

UNICA

UNIVERSITÀ
DEGLI STUDI
DI CAGLIARI

DIPARTIMENTO
DI ECCELLENZA

 23
27

Giurisprudenza

STUDI ECONOMICO-GIURIDICI

Semestrale

ISSN 1971-5692

VOLUME LXIV

2023/2

ESTRATTO



JOVENE

STUDI ECONOMICO-GIURIDICI

ISSN 1971-5692

ISBN 978-88-243-2838-8

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

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

Direttore responsabile: CRISTIANO CICERO

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

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

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

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

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

Sede del comitato editoriale:

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

Sede amministrativa:

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

INDICE

luglio - dicembre 2023

STUDI

FRANCESCO ARCARIA

D. 42.1.59: Aspetti terminologici e contenutistici della sentenza
dei giudici dell'ordo e della cognitio extra ordinem p. 3

ALBERTO MARIA BENEDETTI

Il diritto privato nella prospettiva del procedimento » 17

EMANUELE BILOTTI

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

ROBERTO CALVO

Anonimato e illecito civile » 57

ALICE CHERCHI - CONSTANTIN WILLEMS

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

VALENTINA CORONA

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

PAOLOEFISIO CORRIAS

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

MARIA FRANCESCA CORTESI

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

RICCARDO FERCIA	
‘ <i>Periculi pretium</i> ’. Realtà del procedimento e aleatorietà dell’atto	p. 161
SILVIA IZZO	
Il ricorso della pubblica amministrazione alle soluzioni stragiudiziali delle controversie: vecchi problemi e nuove prospettive »	185
SARA LANDINI	
Sanzioni dell’autorità italiana di garanzia della concorrenza e del mercato (AGCM) per pratiche commerciali scorrette nella liquidazione dei sinistri rca. Brevi note	» 215
ORIENTAMENTI	
ALESSANDRA LEUZZI	
Sul diritto di abitazione e di uso del coniuge superstite separato senza addebito	» 236
RECENSIONI	
STEFANO MALPASSI	
<i>La «democrazia economica» americana. Alla ricerca di un ordine giuridico del mercato, tra cultura individualistica e tentazioni corporativistiche (1919-1939)</i>	
LORENZO SERAFINELLI	
U.S. Law Schools. <i>Una visione alternativa della formazione del giurista negli Stati Uniti</i> [Mauro Grondona]	» 249
PASQUALE LAGHI	
<i>Il testamento collettivo</i> [Cristiano Cicero]	» 287
AUTORI	» 289

ALBERTO MARIA BENEDETTI

IL DIRITTO PRIVATO
NELLA PROSPETTIVA DEL PROCEDIMENTO*

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

Bisognerebbe allora riconoscere che:

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

Abstract

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

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