

Contatto e diritto: spunti in tema di relazioni giuridiche privatistiche e disciplina emergenziale

Marco RIZZUTI*

Dipartimento di Scienze Giuridiche, Università di Firenze

ABSTRACT: Taking as a starting point some of the provisions enacted by emergency legislations during CoViD-19 pandemic, the paper focuses on the relevance of human contact for private law relationships and reflects on the related problems and prospects. In fact, the main goal of the said emergency legislation has been the limitation of human contacts, in order to realize social distancing and to contrast the spread of contagion. Therefore, private law relationships have been, on the one hand, limited and, on the other hand, accelerated because of the substitution of human contact with other technological modalities of contact. In the matter of contracts, the paper considers how human contact has historically represented a key element of formalism, and how also past pandemics have determined some evolutions towards less formalistic rules. Then it comes to contemporary emergency legislations on telematic meetings and on non-formalized modalities of contract conclusion in the banking and financial sectors, reflecting on how such modalities could last beyond the end of pandemic. With regard to family law, the paper considers new non-formalized modalities of divorce, but also the more general impact of emergency legislations on the limitation of personal contact. Finally, it underlines how the need for a specific regulation of family contacts has in some cases accelerated the recognition of new family models

1. Premessa

Una considerazione complessiva dell'impatto dell'emergenza sanitaria sulle relazioni giuridiche privatistiche potrebbe mettere in luce, fra le altre, due tendenze in un certo qual modo contraddittorie, eppure strettamente connesse: da una parte, un effetto di blocco e, dall'altra, uno di accelerazione.

* Contatto Marco RIZZUTI | marco.rizzuti@unifi.it



Dal primo punto di vista, è evidente come le misure intese ad impedire il contagio si siano incentrate sull'impedimento del contatto, e quindi della possibilità di svariate relazioni umane. Ed in assenza di relazioni sociali anche quelle giuridiche si bloccano: *ubi societas ibi ius*, e viceversa. Il che è particolarmente vero per il diritto dei privati, per la loro azione ordinante di rapporti reciproci. Dal secondo punto di vista, però, le stesse relazioni tra privati, proprio per non essere bloccate, vengono deformatizzate da una legislazione emergenziale che finisce così per accelerare le vicende, già ampiamente in atto, di smaterializzazione, tecnologizzazione e velocizzazione dei procedimenti giuridici.

2. Contatto e formalismo negoziale

Tradizionalmente svariate modalità qualificate di contatto umano si riconnettono alla categoria della forma *ad substantiam* degli atti negoziali. Alcuni paradigmi del formalismo si basano sulla pubblicità dell'atto, da intendere proprio come suo svolgimento in pubblico, alla presenza di ulteriori soggetti, nella loro qualità di componenti di un'assemblea, arcaicamente comiziale o modernamente societaria, ovvero surrogata dalla prescritta assistenza di un dato numero di testimoni: in ogni caso anzitutto un fenomeno, come rende palese l'etimologia, di assembramento di persone¹.

Ulteriori paradigmi si reggono invece su di un contatto particolarmente ravvicinato fra gli stipulanti, realizzato con la consegna di un oggetto, con una stretta di mano, con la comune assunzione di una sostanza, con lo scambio di fluidi corporei, comunque in maniera tale da sancire la reciproca fiducia per l'appunto correndo un rischio². Nel mondo moderno

¹ Per limitarsi a qualche esempio, le più arcaiche forme romanistiche di adozione e di testamento si compivano *calatis comitiis*, mentre nel diritto longobardo donazioni e manomissioni dovevano farsi dinnanzi alla *thinx* di tutti gli uomini liberi. Nel nostro mondo la donazione deve ancora essere un atto pubblico, nel senso di rogato da un notaio alla presenza di testimoni (art. 782 c.c. e art. 48 l.n.), mentre le decisioni più importanti nell'ambito societario sono prese in assemblea con verbale notarile (art. 2375 c.c.). Il nesso etimologico fra "assemblea" e "assembramento" è del tutto evidente.

² Anche in questo caso menzioniamo soltanto qualche esempio: dalla *traditio* tuttora costitutiva dei contratti reali (cfr. artt. 1766 o 1803 c.c.) alla classica stretta di mano, cui in certe culture si accompagna il costume di sputare sul palmo; dal condividere il pane, elemento costitutivo della *compagnia*, la più antica delle strutture societarie, se non addirittura rivestito della rilevanza sacramentale della Comunione, alle libagioni degli antichi (su cui torneremo nella nota seguente) ma anche a quelle moderne che possono concludere un pranzo d'affari, o al celebre uso amerindio di fumare assieme il *calumet* per concludere un accordo di pace; sino al patto di sangue che avrebbe reso magicamente 'parenti' gli stipulanti, o al più tranquillizzante bacio rituale degli sposi. Sulla

tutto ciò ha spesso rilevanza ad un livello sociale più che tecnicamente giuridico, ma risalendo alle più antiche connessioni etimologiche ne emerge la valenza fondativa dei rapporti negoziali: *sponsio*, la promessa impegnativa fonte di obbligazione e quindi appunto di responsabilità, rimanda proprio ad una di queste modalità di contatto, la libagione, ed alla fiducia che essa instaurava³. Ovviamente tutto ciò non è per millenni avvenuto in un mondo idilliaco in cui non esistevano malattie infettive, ma in un mondo da esse in buona parte plasmato⁴, ed ha quindi semmai espresso l'accettazione del rischio di contaminazione come base della socializzazione umana e del reciproco paritario riconoscimento tra i paciscenti, almeno formalmente eguali, se non anche il deliberato superamento di un opposto paradigma fondato sul disgusto per l'intoccabile e sulla segregazione castale⁵.

rilevanza sacrale e giuridica della convivialità presso varie culture cfr. C. Malamoud (1989) *Cuire le monde. Rite et pensée dans l'Inde ancienne*, Paris, La Découverte; J. Scheid (2005) *Quand faire, c'est croire. Les rites sacrificiels des Romains*, Paris, Aubier; M. Aria, A. Favole (2015) *La condivisione non è un dono*, in AA.VV. *L'arte della condivisione. Per un'ecologia dei beni comuni*, Torino, Utet.

³ *Spondēre*=promettere, da cui derivano, fra gli altri, i nostri lemmi 'responsabilità' e 'sposarsi', è connesso a *spondēum*=vaso per libagioni, ed alla medesima radice indoeuropea del greco antico *σπονδή*=libagione (ma anche accordo, proprio in quanto sancito tramite libagioni), da cui pure il solenne metro spondaico, nonché dell'ittita *išpānti*=libare e del tocharico *spänt*=fidarsi.

⁴ J. Diamond (1997) *Guns, Germs, and Steel: The Fates of Human Societies*, New York, Norton, che attribuisce alle epidemie originatesi dal contatto con gli animali un ruolo determinante nelle vicende della storia globale degli ultimi tredicimila anni. Si è trattato, infatti, di patologie tipiche dei popoli eurasiatici interessati dalla rivoluzione neolitica (un tempo si sarebbe detto 'i popoli civili'), e quindi sedentari usi a vivere in dense concentrazioni, a stretto contatto con animali allevati e in frequenti rapporti fra le diverse comunità: tutte condizioni che hanno favorito il diffondersi di ricorrenti pandemie zoonotiche, cui è conseguita, col tempo, la relativa immunizzazione rispetto a svariati patogeni, poi rivelatisi invece radicalmente letali al primo contatto con i popoli, amerindi o oceanici, che per tali vicende non erano passati, il che avrebbe, a sua volta, rappresentato primaria concausa della prevalenza dei primi sui secondi e, in definitiva, dell'attuale distribuzione mondiale di potere e ricchezza.

⁵ Nella festa del Vaisakhi, la principale celebrazione della religione Sikh dal 1699, ha fondamentale importanza un rituale, prettamente "anti-igienico", in cui tutti i partecipanti bevono una bevanda zuccherata dal medesimo recipiente, e che affonda le sue radici storiche nel rifiuto del sistema castale dell'Induismo, con il quale un atto del genere sarebbe stato del tutto incompatibile. In quel sistema invece un estremo distanziamento sociale era (ma *de facto* spesso è ancora, nonostante la Costituzione indiana) imposto a quanti svolgessero i mestieri più sporchi e inquinanti, noti per l'appunto come 'intoccabili', termine che, tradotto alla lettera nel greco bizantino *αθίγγανοι* (*α* privativo più *θίγγανειν*=toccare) con riferimento ad una popolazione nomade d'origine indiana, parrebbe aver originato il nostro dispregiativo 'zingari'. Anche l'Europa dell'*Ancien Régime* aveva, del resto, conosciuto comparabili forme di intoccabilità, spesso connesse al timore di contagi, come quella dei cosiddetti *Cagots* dell'area pirenaica (cfr. F. Michel (1847) *L'Histoire des races maudites de la France et de l'Espagne*, Paris, Franck). E, d'altra parte, la stretta di mano, pur risalendo all'antichità classica e preclassica (una delle sue più risalenti rappresentazioni figurative parrebbe quella destinata ad eternare l'incontro fra il sovrano assiro Salmanassar III e quello babilonese Marduk-zakir-shumi I nel IX secolo a.C.), nel mondo moderno ha espresso anche il rifiuto delle gerarchie sociali implicite in altre tipologie di saluto: come icasticamente dimostrerebbe



Se dunque il formalismo negoziale è nelle sue radici anzitutto contatto, non stupisce che le legislazioni sanitarie emergenziali siano, da secoli, anche antiformalistiche. Così, all'indomani di quelle pandemie che svolsero un ruolo relevantissimo e secondo alcuni decisivo nella crisi del tardo impero, il legislatore romano prevede il *testamentum tempore pestis conditum* in una forma semplificata, al fine di evitare quel vero e proprio assembramento che caratterizzava i paradigmi più arcaici del negozio testamentario⁶. E tale forma sarebbe quindi arrivata, in tempi segnati peraltro da una pandemia forse ancor più letale per la tenuta della compagine imperiale, alla compilazione giustiniana⁷, e da lì poi sino alle codificazioni moderne, come ipotesi semidimenticata ma drammaticamente riemersa in tempi recenti⁸. Del pari, alla pandemia globale postbellica di influenza spagnola sarebbe

l'episodio dell'ufficiale napoleonico che, vistasi porgere da un prelado la mano per l'omaggio, la stringe vigorosamente, protestando di essere disposto ad offrire il baciamento solo alle dame.

⁶ L'antico formalismo del *testamentum iure civili* implicava la presenza di cinque testimoni, più il *libripens* ed il *familiae emptor*, oltre naturalmente allo stesso testatore, ed è possibile che una forma in origine connessa alla solennità, ed alla necessità di prova, di una dichiarazione orale pubblica, la *nuncupatio*, retaggio di tempi remoti in cui la scrittura nemmeno esisteva, fosse percepita come sempre meno giustificata in tempi in cui invece la normalità consisteva nella mera consegna da parte del testatore di un documento testamentario già preparato per iscritto e quindi nell'apposizione dei sette sigilli dei predetti soggetti. Parrebbe dunque essere stato Diocleziano, con una costituzione del 290 d.C., a prevedere che in tempo di epidemia i testimoni, il cui numero complessivo doveva comunque restare garantito, in ossequio al tradizionalismo romano, potessero apporre i sigilli anche in maniera non simultanea. Sul devastante impatto per il mondo tardoantico della terribile consecuzione di pandemie, dalla peste Antonina alla fine del II secolo d.C., a quella di Cipriano nel III, ed infine a quella di Giustiniano nel VI, si può vedere K. Harper (2017) *The Fate of Rome: Climate, Disease, and the End of an Empire*, Princeton-Oxford, Princeton University Press.

⁷ Alla compilazione giustiniana la predetta costituzione di Diocleziano è pervenuta come *CI 6.23.8*: "*Testes enim huiusmodi morbo oppresso eo tempore iungi atque sociari remissum est, non etiam conveniendi numeri eorum observatio sublata*". Si tende a ritenere che la peste di Giustiniano abbia causato un crollo demografico senza precedenti e contribuito a determinare la fine del mondo antico, anche se più di recente ne è stata offerta un'interpretazione meno catastrofica (cfr. L. Mordechai, M. Eisenberg (2019) "Rejecting Catastrophe: The Case of the Justinianic Plague", *Past & Present*, 244,1: 3-50).

⁸ Molte fra le codificazioni moderne prevedono forme speciali per il testamento redatto in tempo di epidemia, variamente derogando al regime ordinario. Ai sensi dell'art. 985 del *Code Napoléon* del 1804: "*Les testaments faits dans un lieu avec lequel toute communication sera interceptée à cause de la peste ou autre maladie contagieuse, pourront être faits devant le juge de paix, ou devant l'un des officiers municipaux de la commune, en présence de deux témoins*". In base ai §§ 597 e 598 dell'*ABGB* austriaco del 1811 i testimoni al testamento in tempo di peste, ridotti nel numero e non necessariamente presenti in maniera simultanea, potevano inoltre essere scelti fra soggetti che in tempi normali non avrebbero potuto svolgere tale funzione, quali i membri degli ordini religiosi, gli adolescenti e le donne. Nel *Código Civil* spagnolo del 1889, emanato peraltro poco dopo l'epidemia di colera del 1885, all'ipotesi è dedicato l'art. 701, che recita: "*En caso de epidemia puede igualmente otorgarse el testamento sin intervención de Notario ante tres testigos mayores de dieciséis años*". Nel nostro diritto positivo il riferimento è invece all'art. 609 c.c., che disciplina una più ampia serie di vicende: "Quando il testatore non può valersi delle forme ordinarie, perché si trova in luogo dove domina una malattia reputata contagiosa, o per causa di pubblica calamità o d'infortunio, il testamento è valido se ricevuto da un notaio, dal

seguita la campagna fascista per sostituire la stretta di mano col cosiddetto saluto romano, in nome di ragioni anzitutto igieniche, sempre più affiancate però, con l'allontanarsi dall'emergenza e col fiorire della retorica staraciana, da ulteriori connesse motivazioni di favore per un uso percepito come più virile e meno fraternizzante⁹.

Si giunge, quindi, con la pandemia odierna alle discipline che hanno regolato lo svolgimento delle riunioni in modalità telematica¹⁰, e sostituito ai fini della validità dei contratti bancari e finanziari la sottoscrizione e la consegna di una copia, con l'espressione del consenso tramite posta elettronica anche non certificata e la messa a disposizione della

giudice di pace del luogo, dal sindaco o da chi ne fa le veci, o da un ministro di culto, in presenza di due testimoni di età non inferiore a sedici anni. Il testamento è redatto e sottoscritto da chi lo riceve; è sottoscritto anche dal testatore e dai testimoni. Se il testatore o i testimoni non possono sottoscrivere, se ne indica la causa". L'odierna crisi pandemica parrebbe aver determinato, soprattutto nell'area ispanofona, un risveglio dell'interesse scientifico al riguardo: si possono vedere R. Santillán Santa Cruz (2020) "Testamento en caso de epidemia: estado de la cuestión en Derecho español común", consultabile al sito <https://idibe.org/tribuna/testamento-caso-epidemia-estado-la-cuestion-derecho-espanol-comun/>, nonché M.A. Gómez Valenzuela (2020) "La resurrección del testamento en epidemia en tiempos de Covid-19", consultabile al sito <https://idibe.org/tribuna/la-resurreccion-del-testamento-epidemia-tiempos-covid-19/>; F.A.M. Ferrer (2020) *Pandemia y Derecho Sucesorio*, Buenos Aires, Rubinzal-Culzoni.

⁹ L'episodio è rimasto nella memoria collettiva come un'operazione grottesca e votata al fallimento, anche se oggi è certo più difficile limitarsi a sorriderne mentre leggiamo di scienziati convintamente impegnati in nuove crociate intese ad eradicare per sempre l'antica usanza, cogliendo l'occasione offerta dalla pandemia (cfr. M. Oaklander (2020), "The Coronavirus Killed the Handshake and the Hug. What Will Replace Them?", *Time*, 27 maggio, consultabile su <https://time.com/5842469/coronavirus-handshake-social-touch/>). D'altra parte, la vicenda si inseriva anche in una più ampia tendenza dei regimi totalitari ad invocare "igiene" e rifiuto delle "contaminazioni", in senso non soltanto sanitario, richiami che dovettero avere notevole successo in un mondo sconvolto dal triplice *shock* della Grande Guerra, della pandemia influenzale di proporzioni apocalittiche (cfr. E. Tognotti (2002) *La «spagnola» in Italia. Storia dell'influenza che fece temere la fine del mondo (1918-1919)*, Milano, Franco Angeli; L. Spinney (2017) *Pale Rider: The Spanish Flu of 1918 and How it Changed the World*, London, Jonathan Cape) e poi della Grande Depressione del 1929.

¹⁰ Il problema si è posto da subito all'attenzione degli operatori, ed è stato affrontato prima dalla prassi notarile, con l'interpretazione elaborata della Commissione Società del Consiglio notarile di Milano, in data 11 marzo 2020, e di lì a poco dal legislatore, con gli artt. 73 e 106 del d.l. 17 marzo 2020, n. 18, convertito in l. 24 aprile 2020, n. 27, rubricati rispettivamente "Semplificazioni in materia di organi collegiali" e "Norme in materia di svolgimento delle assemblee di società ed enti", che hanno generalizzato il ricorso alle modalità telematiche in enti pubblici, del terzo settore e societari, anche in deroga ad eventuali previsioni statutarie in senso difforme. In seguito, l'efficacia delle discipline in parola è stata prorogata con l'art. 71 del d.l. 14 agosto 2020, n. 104. Si possono vedere in proposito: M. Palazzo (2020) "Ex facto oritur ius. A proposito delle nuove disposizioni in tema di svolgimento delle assemblee di società", consultabile al sito <http://giustiziavivile.com/societa-e-concorrenza/editoriali/ex-facto-oritur-ius-proposito-delle-nuove-disposizioni-tema-di>; A. Magnani (2020), "L'atto notarile «a distanza». un istituto giuridico da tracciare o un *modus exprimendi*?", *Jus Civile*, 3: 641-675; M. Palazzo (2020) "Cosa resta della disciplina in materia di riunioni assembleari contenuta nella legislazione dell'emergenza?", *Le nuove leggi civili commentate*, 43,4: 909-945.



documentazione informativa su supporto durevole¹¹. Quest'ultime normative si pongono invero come temporalmente delimitate alla durata dello stato di emergenza, ma devono essere inquadrare anche alla luce delle consolidate tendenze sistematiche che hanno contrassegnato la recente evoluzione dell'ordinamento.

Com'è ben noto, proprio la materia dei contratti bancari e finanziari ha, infatti, rappresentato negli ultimi decenni precipuo ambito di sviluppo del cosiddetto neoformalismo di protezione o *ad informationem*, i cui procedimenti si imperniano su obblighi di forma scritta e di consegna della documentazione informativa, intesi a tutelare il cliente in quanto contraente debole e come tale unico legittimato far valere le connesse invalidità relative. Si prendono dunque le distanze dal formalismo strutturale, tipico ad esempio della materia della circolazione immobiliare, e dalla connessa logica tradizionale, in origine invero penalistica, della fattispecie e dell'invalidità come difetto di un suo elemento¹², e ci si volge piuttosto verso un'impostazione funzionalistica, incentrata sulla verifica del raggiungimento dello scopo cui l'elemento carente era preordinato, recependo infine anche nella materia negoziale il paradigma, in origine amministrativistico e processualistico, del procedimento¹³. Ne è

¹¹ In tal senso sono intervenuti, rispettivamente, per i contratti bancari l'art. 4 del d.l. 8 aprile 2020, n. 23, convertito in l. 5 giugno 2020, n. 40, e per quelli di intermediazione finanziaria l'art. 33 del d.l. 19 maggio 2020, n. 34, convertito in l. 17 luglio 2020, n. 77, dopodiché l'efficacia delle discipline in parola è stata prorogata con l'art. 72 del d.l. 14 agosto 2020, n. 104. Occorre tenere presente che secondo le regole ordinarie, dettate dall'art. 20, comma 1 *bis*, del d.lgs. 7 marzo 2005, n. 82, recante il cosiddetto Codice dell'amministrazione digitale, il documento informatico soddisfa il requisito della forma scritta solo se vi è apposta una firma digitale, un altro tipo di firma elettronica qualificata o una firma elettronica avanzata o se, comunque, è stato formato, previa identificazione informatica del suo autore, attraverso un processo che ottemperi alle indicazioni elaborate dall'Agenzia per l'Italia digitale. La disciplina emergenziale, invece, consente di ritenere assolto il requisito della forma scritta anche a fronte di una manifestazione del consenso tramite semplice *e-mail* non certificata, o "*altro strumento idoneo*", purché accompagnata da una copia del documento di identità del contraente. Può non essere del tutto chiaro dove si voglia arrivare con il riferimento agli ulteriori strumenti idonei, ma, almeno nel particolare caso del collocamento di buoni fruttiferi postali dematerializzati di cui all'art. 34 del predetto d.l. 34 del 2020, anch'esso prorogato nella sua efficacia dal citato art. 72 del d.l. 104 del 2020, il perfezionamento del contratto è divenuto possibile pure con la mera registrazione del consenso espresso tramite telefonia vocale.

¹² Il paradigma statico della fattispecie è proprio anzitutto del diritto penale, in cui fondamentali ragioni di garanzia impongono che l'effetto sanzionatorio scatti solo al ricorrere di tutti gli elementi tipizzati, ma ha rappresentato un modello di riferimento anche per il pensiero civilistico almeno a partire da D. Rubino (1939), *La fattispecie e gli effetti giuridici preliminari*, Milano, Giuffrè; nonché A. Falzea (1941) *La condizione e gli elementi dell'atto giuridico*, Milano, Giuffrè.

¹³ L'opera di riferimento al riguardo è infatti A.M. Sandulli (1940) *Il procedimento amministrativo*, Milano, Giuffrè, mentre il modello di fondo è rappresentato dal meccanismo dinamico di cui all'art. 156 c.p.c. sulle invalidità degli atti processuali. Con riguardo alla relativa elaborazione sul versante civilistico si vedano almeno: Salv. Romano (1961) *Introduzione allo studio del procedimento giuridico nel diritto privato*, Milano, Giuffrè; M. Giorgianni (1968) voce "Forma degli atti (diritto privato)", *Enciclopedia del diritto*; P. Perlingieri (1987)

conseguita un'assai significativa attenuazione delle rigidità formali, per l'appunto in ossequio al criterio dello scopo, come hanno dimostrato i celebri approdi giurisprudenziali in materia di validità del contratto mono-firma e di contrasto all'abuso opportunistico della nullità formale del contratto quadro¹⁴. Ma la medesima logica ha potuto ultimamente arrivare ad influire, magari in una maniera neppure del tutto consapevole, pure sul più classico formalismo immobiliare¹⁵.

Riguardando in questa prospettiva anche le predette discipline emergenziali in punto di forma dei contratti bancari e finanziari, non ci sembra dunque incongruo ipotizzare che si possa ragionare anche su di un profilo più ampio, e cioè sulla difficoltà di ritornare poi ad una rigida esclusione della posta elettronica non certificata, mezzo di diffusissimo utilizzo, da

Forma dei negozi e formalismo degli interpreti, Napoli, ESI; S. Landini (2008) *Formalità e procedimento contrattuale*, Milano, Giuffrè; G. Berti De Marinis (2013), *La forma del contratto nel sistema di tutela del contraente debole*, Napoli, ESI.

¹⁴ Nella più recente giurisprudenza vanno considerati gli esiti cui sono pervenute Cass., sez. un., 16 gennaio 2018, n. 898, *Contratti*, 2018, 133, con note di G. D'Amico, S. Pagliantini e R. Amagliani, in base alla quale la mancanza della sottoscrizione dell'intermediario finanziario non implica la nullità per carenza di forma del contratto "monofirma", ove lo scopo di protezione sia stato raggiunto con la sottoscrizione del cliente protetto, e Cass., sez. un., 4 novembre 2019, n. 28314, *Giurisprudenza italiana*, 2020, 273, con note di A. Iuliani e S. Pagliantini, secondo la quale si può opporre un'eccezione di abuso del diritto all'attore in nullità del contratto quadro di intermediazione finanziaria che opportunisticamente se ne avvalga contro i soli ordini relativi ad affari andati male. Cfr., anche per ulteriori riferimenti, M. Rizzuti (2019) "Nullità selettiva e abuso del processo: la parola alle Sezioni Unite", *Corriere giuridico*, 2: 173 ss., con particolare riguardo al nesso fra le due decisioni, che entrambe esprimono un approccio funzionalistico e procedimentale, valorizzando il criterio dello scopo ed il divieto dell'abuso, cioè per l'appunto di un esercizio del diritto in maniera non conforme allo scopo.

¹⁵ Intendiamo alludere a Cass., sez. un., 6 marzo 2020, n. 6459, consultabile al sito <http://giustiziavivibile.com/obbligazioni-e-contratti/note/rapporto-fiduciario-e-formalismo-negoziabile>, con nota di M. Rizzuti. Nella specie un *pactum fiduciae* immobiliare era stato concluso oralmente ma, a circa vent'anni di distanza, i fiduciari ne riconoscevano l'esistenza tramite una dichiarazione unilaterale in forma di scrittura privata. In seguito, il fiduciante, lamentando l'inadempimento dell'impegno al ritrasferimento, adiva le vie giudiziali per ottenere una sentenza ex art. 2932 c.c., mentre una tra i fiduciari resisteva facendo valere la nullità per difetto di forma scritta dell'originaria pattuizione. Le Sezioni Unite riconducono il *pactum* in discorso al mandato senza rappresentanza e non al contratto preliminare, per cui lo considerano valido anche oralmente: invero, è difficile non ravvisare una qualche analogia di sostanza tra l'abuso delle nullità protettive ad opera della parte protetta e l'abuso che della carenza formale del *pactum fiduciae* tentava di porre in essere il nostro fiduciario sottoscrittore di una 'dichiarazione monofirma'. Da questo punto di vista, dunque, nella decisione in commento possiamo vedere affiorare, la stessa mentalità giuridica di contrasto all'abuso delle nullità formali, elaborata nel campo di quelle nuove ma ragionevolmente sviluppabile anche con riguardo a quelle tradizionali. Beninteso, nulla di tutto ciò è esplicitato nella motivazione della decisione, che ruota invece attorno all'opzione fra le due predette alternative ricostruzioni del *pactum fiduciae*: sul piano tecnico, in effetti, entrambe sarebbero state credibilmente argomentabili, ed a livello sostanziale le due figure non parrebbero nemmeno così lontane tra loro, ma è chiaro come soltanto la seconda potesse sorreggere adeguatamente una scelta intesa a rifiutare tutela al soggetto che intenda abusare della pretesa nullità.



ogni rilevanza, o addirittura giuridica esistenza¹⁶, ai fini di un formalismo negoziale da inquadrare in termini funzionali più che strutturali: dovrebbe insomma risultare assai arduo, anche dopo la fine dell'emergenza, sostenere che siffatte modalità formali non possano mai soddisfare il criterio dello scopo¹⁷.

3. Contatto e relazioni familiari

Un ulteriore esempio delle tendenze deformalizzanti insite nel diritto della pandemia, particolarmente significativo anche per il retroterra storico e problematico della vicenda, si può ravvisare in quei protocolli emergenziali che hanno reso possibili procedimenti di divorzio consensuale totalmente smaterializzati, finendo insomma per andare a completare, ad una velocità accelerata, il percorso di degiurisdizionalizzazione e di restituzione alla sfera privatistica della vicenda dello scioglimento dei rapporti coniugali¹⁸.

¹⁶ A tutt'altro proposito avevamo formulato l'ipotesi che un testamento in formato elettronico dovrebbe essere considerato nullo ma non inesistente, e che quindi si possa prospettare anche una sua conferma ex art. 590 c.c.: cfr. M. Rizzuti (2019) "Testamento e biotestamento: le disposizioni di ultima volontà tra persona e patrimonio", in M. Foglia, [a cura di], *La relazione di cura dopo la legge 219/2017. Una prospettiva interdisciplinare*, pp. 109-127, Pisa, Pacini, in cui si confrontavano le antiche forme codicistiche del testamento e quelle tecnologiche oggi note ad altri ordinamenti (cfr. M. Grondona (2016) "Il testamento filmato negli Stati Uniti d'America", *Quaderni della Fondazione Italiana del Notariato, Tradizione e modernità del diritto ereditario nella prassi notarile*, pp. 228-240; I. Sasso (2018) "Il formalismo testamentario nell'era digitale tra Stati Uniti e Italia", *Rassegna di diritto civile*, 1: 186-228; I. Sasso (2018) "Will Formalities in the Digital Age: Some Comparative Remarks", *The Italian Law Journal*, 4,1: 169-193) e previste da noi per il biotestamento, per cui si pone la non peregrina ipotesi del soggetto che in quest'ultimo potrebbe pure inserire disposizioni tecnicamente testamentarie e porre così un concreto problema di eventuale confermabilità (cfr. G. Bonilini (2009) "Il così detto testamento biologico", in *Trattato di diritto delle successioni e donazioni*, II, p. 77 ss., Milano, Giuffrè).

¹⁷ Si può vedere in proposito S. Guadagno (2020) "La conclusione dei contratti bancari all'epoca del covid-19: tra obblighi di forma e obblighi di comportamento", consultabile al sito <http://giustiziacivile.com/banca-finanza-assicurazioni/editoriali/la-conclusione-dei-contratti-bancari-allepoca-del-covid-19>, 23 aprile. Invero, il criterio di idoneità dello strumento tecnico previsto dalle citate disposizioni della legislazione emergenziale potrebbe essere visto come ulteriore incarnazione del criterio procedimentale dello scopo, a suo tempo consacrato dall'art. 156 c.p.c. e recentemente applicato alla materia negoziale dalle decisioni cui abbiamo fatto riferimento.

¹⁸ In quello che nella prima metà del Novecento si presentava come il Paese più antidivorzista d'Europa (cfr. A. Parrella, N. Festa, P. De Francisci, G. Ermini, A. Vitti (1932), voce 'Divorzio', *Enciclopedia Italiana*), negli ultimi anni siamo arrivati al divorzio degiurisdizionalizzato (con gli artt. 6 e 12 del d.l. 12 settembre 2014, n. 132, convertito in l. 10 novembre 2014, n. 162), abbreviato (con la l. 6 maggio 2015, n. 65) e, anche se solo per le unioni civili omosessuali, immediato (con l'art. 1, comma 24, della l. 20 maggio 2016, n. 76). Nei giorni dell'emergenza pandemica sono stati quindi elaborati dalla prassi giudiziale, a cinquant'anni dalla prima legge sul divorzio, meccanismi che consentono di pervenire all'omologa della separazione consensuale o alla sentenza di divorzio congiunto con un procedimento che si regge integralmente su manifestazioni di volontà espresse in via telematica: cfr. L. Ferrarella (2020) "I nuovi divorzi super veloci. Niente udienza, basta una mail", *Corriere*

L'ambito delle relazioni familiari è stato però interessato in maniera particolarmente significativa dalla legislazione emergenziale anche da un differente punto di vista. Ai già menzionati divieti di contatto si è, infatti, da subito correlata la definizione di un'area di esenzione tendenzialmente riferita proprio al perimetro di tali relazioni. Evidentemente, non deve essere sembrato praticabile un isolamento assoluto dei singoli individui, e si è invece ritenuto di consentire una possibilità di contatto, e quindi anche di contagio, fra quanti condividessero la medesima reclusione domestica, mentre, nella successiva fase delle parziali riaperture delle attività esterne, si è non di rado prevista una possibilità di maggiore vicinanza sociale in vari ambiti sulla base degli stessi presupposti¹⁹.

Tale vicenda, anche a cause delle incertezze e di alcune goffaggini nel ricorso che a tal fine la nostra normativa emergenziale ha fatto all'ambigua espressione "congiunti", ha finito per mettere in risalto la discutibilità delle sottostanti precomprensioni familistiche ed il loro scollamento rispetto all'effettività delle relazioni interpersonali odierne, specie quando è sembrato che un grado astratto di parentela, anche piuttosto remoto, dovesse consentire frequentazioni invece inibite a fronte di un rapporto di amicizia²⁰. Non è un caso che i

della Sera, 11 maggio, consultabile al sito https://www.corriere.it/cronache/20_maggio_10/coronavirus-nuovi-divorzi-super-veloci-niente-udienza-basta-mail-6b44803e-92f4-11ea-88e1-10b8fb89502c.shtml. Quelli del Tribunale di Milano sono consultabile al sito www.studiocataldi.it/articoli/39327-separazioni-e-divorzi-virtuali-guida-e-modelli-del-tribunale-di-milano.asp. Va, peraltro, considerato, anche alla luce dell'esperienza cinese, che la forzata convivenza provocata da *lockdown* e quarantene si traduce spesso in un incremento delle crisi familiari, nei casi peggiori anche delle volenze domestiche, e comunque di separazioni e divorzi (cfr. G. Andreoli (2020) "Covid-19, boom di divorzi tra le coppie cinesi costrette a stare in casa. A Xi'an uffici matrimoniali in tilt. Può accadere lo stesso in Italia?", consultabile al sito <https://www.lumsanews.it/in-cina-boom-divorzi-tra-coppie-costrette-a-stare-nella-propria-casa/>).

¹⁹ Ci esimiamo in questa sede dalla puntuale disamina della vasta, ed assai mutevole, normativa "tecnica", statale e regionale, che, durante la "fase 2", ha variamente previsto per i "congiunti" la possibilità, ad esempio, di usufruire di posti vicini al ristorante o in occasione di eventi, in deroga alle regole di distanziamento. Si rinvia alle note che seguono per alcuni riferimenti esemplificativi più specifici.

²⁰ Stando a dichiarazioni governative susseguitesi, e spesso smentite, verso le fine del mese di aprile 2020, il quadro dei contatti permessi avrebbe dovuto escludere gli amici ed includere i parenti fino all'ottavo grado (per un resoconto della surreale vicenda cfr. M. Arcangeli (2020) "Congiunti, fase 2", 5 maggio, consultabile al sito <https://www.ilpost.it/massimoarcangeli/2020/05/05/congiunti-fase-2/>). Può essere interessante osservare come in tal modo si tornasse a dare rilevanza a rapporti di parentela oltre quel sesto grado che era stato posto come limite estremo della successione legittima da un'altra legislazione emergenziale, quella bellica (d.l.lgt. 16 novembre 1916, n. 1896), e che la migliore dottrina da tempo chiedeva semmai di abbassare al quarto (cfr. P. Bonfante (1926) *Scritti giuridici vari*, Torino, Utet, I, p. 564; L. Mengoni (1990) *Successioni per causa di morte. Parte speciale. Successione legittima*, Milano, Giuffrè, 104; A. Albanese (2012) *Delle successioni legittime*, Milano, Giuffrè, p. 627). Sull'odierno oscillare della parentela tra antichi vincoli e prospettive di



successivi sviluppi della normativa abbiamo invece fatto leva sul dato della convivenza, o su altri analoghi parametri oggettivi²¹, oppure più semplicemente su mere limitazioni numeriche senza predeterminazioni relative al tipo di rapporto da prendere in considerazione²².

Nelle esperienze di altri ordinamenti, la medesima improvvisa necessità di definire la rilevanza di talune relazioni intersoggettive ai fini dell'accesso a possibilità di frequentazione, di solito semplicemente rimesse ad una generale libertà personale, ha innescato persino processi di riconoscimento giuridico di nuove forme del pluralismo familiare. Così, in un episodio che potrebbe assumere rilievo storico, una regolamentazione locale americana ha riconosciuto come rientranti nell'ambito familiare, ai fini per l'appunto dei diritti di visita e di contatto in regime di emergenza sanitaria, anche le relazioni di carattere poliamoroso²³. In

rivitalizzazione, anche alla luce della riforma del 2012-2013, cfr. ora F. Cristiani (2019) *Vincolo di parentela e mutazioni della famiglia*, Torino, Giappichelli.

²¹ Si possono considerare alcune indicazioni, emanate nell'agosto 2020, nelle quali ricorre un'ampia formula che ammette la vicinanza interpersonale, per quanto riguarda i mezzi pubblici, tra le "persone che vivono nella stessa unità abitativa, nonché tra i congiunti e le persone che intrattengono rapporti interpersonali stabili... (si riportano alcuni esempi: coniuge, parenti e affini in linea retta e collaterale non conviventi, ma con stabile frequentazione; persone, non legate da vincolo di parentela, di affinità o di coniugio, che condividono abitualmente gli stessi luoghi e/o svolgono vita sociale in comune" (allegato 15 al d.p.c.m. del 7 agosto 2020), ovvero, analogamente, per quanto attiene alle celebrazioni liturgiche, tra i "componenti dello stesso nucleo familiare o conviventi/congiunti, parenti con stabile frequentazione; persone, non legate da vincolo di parentela di affinità o di coniugio, che condividono abitualmente gli stessi luoghi e/o svolgono vita sociale in comune" (risposta del 10 agosto 2020 del Comitato tecnico scientifico al relativo quesito sottoposto dalla Conferenza episcopale italiana al Ministero dell'Interno).

²² Il legislatore belga, nella disciplina del nuovo *lockdown* autunnale, ha previsto la possibilità per chiunque di indicare uno *Knuffelcontact* (dal fiammingo *knuffel*=abbraccio), ovvero una ed una sola persona non convivente con cui si risulterà autorizzati a mantenere un contatto normale (cfr. M. Chini (2020) "One 'cuddle contact', no visits: how Belgium's new contact rules work", *The Brussels Times*, 2 novembre, consultabile al sito <https://www.brusselstimes.com/news/belgium-all-news/138837/one-cuddle-contact-no-visits-belgium-new-contact-rules-work-lockdown-steven-van-gucht-household-visitors-family-housemates-outdoor-groups/>). Anche il legislatore italiano, quando si è trattato di regolamentare le visite natalizie da parte dei soggetti non conviventi, dopo alcune prime dichiarazioni in base alle quali esse sarebbero state consentite soltanto da parte dei 'parenti stretti' (intervista della sottosegretaria S. Zampa a *La Stampa* del 10 novembre 2020, consultabile al sito <https://www.lastampa.it/topnews/primo-piano/2020/11/10/news/sandra-zampa-presto-le-regole-per-il-natale-cenone-solo-con-parenti-stretti-1.39520681>), ha invece optato, con l'art. 1, comma 1, del d.l. 18 dicembre 2020, n. 172, per un parametro numerico, consentendo di riceverle da un massimo di due persone, più gli eventuali minori su cui costoro esercitano la 'potestà' (anziché responsabilità, con una sorta di ritorno al passato ante riforma del 2012-2013) genitoriale, nonché le persone disabili o non autosufficienti (categoria invero non particolarmente chiara) che con gli stessi a loro volta convivano.

²³ Ci riferiamo al regolamento in tema di *domestic partnerships* non necessariamente monogamiche, emanato dalla città di Somerville nel Massachusetts: cfr. E. Aspergen (2020) "A US first? Massachusetts city votes to recognize polyamorous relationships in domestic partnership policy", *USA Today*, 3 luglio, consultabile al sito <https://eu.usatoday.com/story/news/nation/2020/07/02/polyamory-massachusetts-city-somerville-relationships-us/5370718002/>.

tempi di tranquillità sarebbe magari bastata la mera tolleranza per i diversi stili di vita, ma la crisi, rendendo necessaria una minuta regolazione delle possibilità di contatto umano, ha finito con l'innescare un processo di giuridificazione, forse paragonabile a certe eccezionali emersioni dei rapporti familiari di fatto che avevano avuto luogo sotto l'imperio di altre risalenti legislazioni emergenziali²⁴.

Ci sembrerebbe ragionevole ipotizzare che una vicenda del genere possa ripresentarsi anche altrove, magari pure nell'ambito del nostro ordinamento²⁵, ed innescare sviluppi o dibattiti comparabili nel prossimo futuro. Si tratterebbe dunque di un ulteriore esempio della capacità del diritto dell'emergenza pandemica di operare come fattore di accelerazione delle trasformazioni sociali e giuridiche.

²⁴ Alludiamo anche in questo caso alla legislazione bellica, ed in particolare al d.l. 27 ottobre 1918, n. 1726, che, in notevolissimo anticipo sui tempi, riconosceva alla convivente *more uxorio* il diritto alla pensione di guerra. Più in generale, sul rilievo che la legislazione di guerra ha avuto nell'accelerazione delle trasformazioni del diritto privato e della crisi di molti dei suoi dogmi si possono vedere: F. Vassalli (1918) "Della legislazione di guerra e dei nuovi confini del diritto privato", ora in Id., *Studi giuridici*, Roma, II: 377-403; F. Ferrara (1918) "Diritto di guerra e diritto di pace", *Rivista del diritto commerciale*, 682 ss.; P. Grossi (2007) *L'Europa del diritto*, Roma-Bari, Laterza, 229-232; L. Moscati (2016) "La legislazione di guerra e il contributo della civilistica romana", *Rivista italiana per le scienze giuridiche*, 349-367; F. Roggero (2020) «*Uno strumento molto delicato di difesa nazionale*». *Legislazione bellica e diritti dei privati nella Prima Guerra Mondiale*, Roma, Historia et ius.

²⁵ Nella già menzionata esperienza italiana, una parte non irrilevante del dibattito sui "congiunti" ha riguardato per l'appunto una sua eventuale estensione agli amanti, che è stata però esclusa (cfr. "Coronavirus, fase 2: gli ex fidanzati e gli amanti non sono congiunti validi", 4 maggio 2020, consultabile al sito <https://www.affaritaliani.it/politica/coronavirus-fase-2-gli-ex-fidanzati-e-gli-amanti-non-sono-congiunti-validi-669996.html>). Il nostro diritto positivo, del resto, ad oggi riconosce come convivenze di fatto con rilevanza legale solo quelle composte da due persone entrambe di stato libero, ai sensi dell'art. 1, comma 36, della l. 20 maggio 2016, n. 76 (cosiddetta legge Cirinnà). Ciò non toglie che anche prima di tale legge la giurisprudenza avesse coniato un concetto di famiglia di fatto potenzialmente più ampio, per cui il dibattito interno già conosce tendenze favorevoli a forme di riconoscimento giuridico dei rapporti familiari non monogamici, problema che si è posto concretamente in connessione con i fenomeni migratori (cfr. M. Rizzuti (2016) *Il problema dei rapporti familiari poligamici. Precedenti storici e attualità della questione*, Napoli, ESI), ma anche con riguardo ad ulteriori ipotesi (cfr. U. Mattei (2017) "Il poliamore e i beni comuni. Primi riflessioni", in *Principi, regole, interpretazione. Contratti e obbligazioni, famiglie e successioni. Scritti in onore di Giovanni Furguele*, II, pp. 105-116, Mantova, Universitas Studiorum; A. Vercellone (2017) "Più di due. Verso uno statuto giuridico della famiglia poliamore", *Rivista critica del diritto privato*, 35,4: 607-637; E. Grande, L. Pes [a cura di] (2018) *Più cuori e una capanna. Il poliamore come istituzione*, Torino, Giappichelli; M. Di Masi (2019) "Sull'istituzionalizzazione del poliamore", *Rivista critica del diritto privato*, 37,1: 145-157).

