



Milan Law Review
n. 1/2025



UNIVERSITÀ
DEGLI STUDI
DI MILANO

Facoltà di
Giurisprudenza





EDITORE: Università degli Studi di Milano -CRC “Studi sulla giustizia”

DIRETTORE RESPONSABILE: Antonio Gambaro

COMITATO DI DIREZIONE: Mauro Barberis, Marco Barbieri, Luca Bertonazzi, Pierre Brunet, María Adoración Castro Jover, Marco Cian, Giuditta Cordero-Moss, Filippo Danovi, Francesco Delfini, Chiara Favilli, Jordi Ferrer Beltrán, Thomas Finkenhauer, Cristina Frankel-Haeberle, Luis Leiva Fernández, Fernando Londoño Martínez, Belén Mora Capitán, Carlos Petit, Otto Pfersmann, Thomas Rübner, Claudia Storti, Francesco Viganò, Daniela Vigoni.

COMITATO DI REDAZIONE: Stefano Zirulia (coordinatore), Alberto Aimi, Ilaria Anrò, Amal Abu Awwad, Mohamed Arafa, Vittorio Bachelet, Andrea Ballancin, Antonia Baraggia, Davide Casale, Stefano Catalano, Paola Chiarella, Nadia Coggiola, Daniela Dadamo, Linda De Maddalena, Filip Dorsemont, Carmela Elefante, Emanuela Fugazza, Lorenzo Gagliardi, Maria Elena Gennusa, Aleksander Grebieniow, Alessandra Ingrao, Daniel Oliver Lalana, Barbara Mameli, Davide Paris, Titina Maria Pezzani, Lilian San Martín Neira, Irene Stolzi, Marcello Toscano, Tommaso Trinchera, Silvia Zorzetto.

COMITATO SCIENTIFICO: Jean Bernard Auby, Joxerramon Bengoetxea, Francesca Biondi, Luis Blanco Valdés, Alessandro Boscati, Nerina Boschiero, Eugenio Bruti Liberati, Maria Teresa Carinci, Paolo Carnevale, Elena Maria Catalano, Rossella Cerchia, Philippe Chauviré, Roberto Cornelli, Carlos De Cores, Iole Fagnoli, Francesco Giglio, Luigi Lacchè, Luca Luparia, Claudio Luzzati, Natascia Marchei, Luca Masera, Mathias Möschel, Vito Pinto, Gaetano Ragucci, Francesca Ruggieri, Roberto Sacchi, Wojciech Sadursky, Laura Salvaneschi, Francesco A. Schurr, Marco Scoletta, Armin Von Bogdandy, Zhao Yi.

ISSN: 2724-3273

Iscrizione al Registro della Stampa con Decreto del 2 luglio 2021, Tribunale di Milano.

Luogo di pubblicazione: Milano, via Festa del Perdono n. 7, 20122, Italia.

Data di pubblicazione del fascicolo: luglio 2025

doi: [10.54103/milanlawreview/2025/v6/n1](https://doi.org/10.54103/milanlawreview/2025/v6/n1)



Milan Law Review (MLR) è una Rivista giuridica a vocazione multidisciplinare e multilingue, pubblicata con cadenza semestrale in modalità *open access*. La Rivista rappresenta uno spazio di discussione ed approfondimento aperto e pluralista, che si propone di superare gli steccati che tradizionalmente separano le discipline giuridiche e gli ordinamenti nazionali, promuovendo il dibattito scientifico su un ampio spettro di problematiche, da quelle classiche a quelle più strettamente contemporanee.

Nata da un'iniziativa dei tre Dipartimenti afferenti alla Facoltà di Giurisprudenza dell'Università degli Studi di Milano, la Rivista annovera tra i componenti dei propri organi studiosi provenienti da prestigiosi Atenei e Centri di ricerca di tutto il mondo.

La Rivista è classificata dall'ANVUR come **Rivista Scientifica di classe A per l'Area 12**.

Open Access Policy: Questa serie fornisce accesso aperto e senza restrizioni ai suoi contenuti. Chiunque ha il diritto di scaricare, riutilizzare, ristampare, modificare, distribuire e/o copiare i contenuti pubblicati.

La Rivista è distribuita con **licenza Creative Commons Attribution-NonCommercial-NoDerivatives 4.0 International License (CC BY-NC-ND)**. Tale licenza consente di riprodurre, distribuire, comunicare al pubblico, esporre in pubblico, rappresentare, eseguire e recitare il materiale con qualsiasi mezzo e formato, purché venga espressamente riconosciuta la paternità dell'opera. Non è consentito l'utilizzo per scopi commerciali. Presentando un articolo alla Rivista l'autore ne accetta la pubblicazione in base a tale licenza.

Peer Review: I contributi sono sottoposti ad una procedura di referaggio anonimo (*double blind peer review*). Il Direttore responsabile, dopo avere svolto una previa valutazione di adeguatezza scientifica del contributo e di pertinenza all'area tematica della Rivista, invia gli stessi contributi, resi anonimi dal Comitato editoriale, al *referee* da lui scelto nell'ambito di un elenco di *referee* formato dal Comitato di direzione. Il *referee* esprime la propria valutazione, di regola, entro 20 giorni dall'attribuzione dell'incarico.

Codice etico: La Rivista si uniforma agli standard definiti dal *Committee on Publication Ethics* (COPE) e adotta le relative linee guida. Il testo integrale del codice etico è disponibile sulla pagina web della *Milan Law Review*.

Modalità di citazione consigliata: N. COGNOME, *Titolo del contributo*, in *Milan Law Review*, anno, n. X, p. XX-XX.





PUBLISHER: Università degli Studi di Milano -CRC “Studi sulla giustizia”

EDITOR IN CHIEF: Antonio Gambaro

EDITORIAL BOARD: Mauro Barberis, Marco Barbieri, Luca Bertonazzi, Pierre Brunet, María Adoración Castro Jover, Marco Cian, Giuditta Cordero-Moss, Filippo Danovi, Francesco Delfini, Chiara Favilli, Jordi Ferrer Beltrán, Thomas Finkenauer, Cristina Frankel-Haeberle, Luis Leiva Fernández, Fernando Londoño Martínez, Belén Mora Capitán, Carlos Petit, Otto Pfersmann, Thomas Rüfner, Claudia Storti, Francesco Viganò, Daniela Vigoni.

EDITORIAL STAFF: Stefano Zirulia (coordinator), Alberto Aimi, Ilaria Anrò, Amal Abu Awwad, Mohamed Arafa, Vittorio Bachelet, Andrea Ballancin, Antonia Baraggia, Davide Casale, Stefano Catalano, Paola Chiarella, Nadia Coggiola, Daniela Dadamo, Linda De Maddalena, Filip Dorsemont, Carmela Elefante, Emanuela Fugazza, Lorenzo Gagliardi, Maria Elena Gennusa, Aleksander Grebieniow, Alessandra Ingrao, Daniel Oliver Lalana, Barbara Mameli, Davide Paris, Titina Maria Pezzani, Lilian San Martín Neira, Irene Stolzi, Marcello Toscano, Tommaso Trinchera, Silvia Zorzetto.

SCIENTIFIC COMMITTEE: Jean Bernard Auby, Joxerramon Bengoetxea, Francesca Biondi, Luis Blanco Valdés, Alessandro Boscati, Nerina Boschiero, Eugenio Bruti Liberati, Maria Teresa Carinci, Paolo Carnevale, Elena Maria Catalano, Rossella Cerchia, Philippe Chauviré, Roberto Cornelli, Carlos De Cores, Iole Fagnoli, Francesco Giglio, Luigi Lacchè, Luca Luparia, Claudio Luzzati, Natascia Marchei, Luca Masera, Mathias Möschel, Vito Pinto, Gaetano Ragucci, Francesca Ruggieri, Roberto Sacchi, Wojciech Sadursky, Laura Salvaneschi, Francesco A. Schurr, Marco Scoletta, Armin Von Bogdandy, Zhao Yi.

ISSN: 2724-3273

Registration in the Public Press Register by Decree of July 2, 2021 - Court of Milan

Place of Publication: Milano, via Festa del Perdono n. 7, 20122, Italy

Date of Publication: July 2025

doi: [10.54103/milanlawreview/2025/v6/n1](https://doi.org/10.54103/milanlawreview/2025/v6/n1)



Milan Law Review (MLR) is a multidisciplinary and multilingual law journal, published on a six-monthly basis in open access mode. The Review provides an open and pluralist space for discussion and in-depth scholarship, which aims to overcome those pre-established barriers which conventionally separate legal disciplines and national legal systems and to promote the scientific debate on a wide range of issues, from traditional to more strictly contemporary ones.

Created on the initiative of the three Departments composing the Faculty of Law of the University of Milan, MLR counts among the members of its academic bodies prestigious Universities and research centres from all over the world.

Open Access Policy: The Review provides open and unrestricted access to its contents. Anyone has the right to download, use, print, distribute and/or copy published content, in compliance with the adopted license (see below).

The Review is distributed under a **Creative Commons Attribution-NonCommercial-NoDerivatives 4.0 International License (CC BY-NC-ND)**. This license allows to reproduce, distribute, communicate to the public, publicly display, perform and recite the material in any medium and format, provided that the authorship of the work is expressly acknowledged. Use for commercial purposes is not permitted. By submitting an article to the Review, the author accepts publication under this license.

Peer Review: Contributions are subject to double blind peer review. The Editor in Chief, after a preliminary evaluation of the scientific adequacy of the contribution and its relevance to the subject area of the Review, sends the contribution, made anonymous by the Editorial Staff, to the referee chosen from a list of referees formed by the Editorial Board. The referee shall express her or his evaluation within 20 days of the assignment unless otherwise agreed.

Publication Ethics: The Review has adopted its own standards on publication ethics (available on the MLR website), in compliance with the guidelines defined by the *Committee on Publication Ethics* (COPE).

Suggested Citation style: N. SURNAME, *Title*, in *Milan Law Review*, year, n. X, p. XX-XX.





INDICE

ARTICOLI

La renuncia a la resolución por incumplimiento y la práctica de los contratos internacionales FRANCESCO DELFINI	1
Lagunas normativas, derrotabilidad y creación judicial: Un análisis del caso de gestación por sustitución en Argentina JOHN A. CARLIN SÁNCHEZ	11
Collusion and Inequitable Prices in the EU Mandatory Bid Regime FEDERICA CADORIN & MATTEO GATTI	37
Franchising in Algeria, financial issues IMED EDDINE BEKHOUCHE	59
Reforming the Provision of Language Services During Civil Proceedings In Ethiopia: Lessons from Comparative Experiences MULUKEN KASSAHUN AMID	81
Nullità parziale del fondo patrimoniale e destinazione patrimoniale nel prisma della funzione protettiva dei “bisogni della famiglia” GIOVANNI MARIA TOSI	105

Articoli

LA RENUNCIA A LA RESOLUCIÓN POR INCUMPLIMIENTO Y LA PRÁCTICA DE LOS CONTRATOS INTERNACIONALES¹

WAIVER OF TERMINATION FOR BREACH OF CONTRACT AND THE PRACTICE OF INTERNATIONAL CONTRACTS

Francesco Delfini

Catedrático de Derecho Civil en la Facultad
de Derecho de la Universidad de Milán

ORCID: 0000-0001-6426-8602

Università degli Studi di Milano (00wjc7c48)

ABSTRACT

El estudio evalúa la validez y aplicabilidad de una cláusula que excluye la resolución por incumplimiento del contrato, permitiendo a las partes únicamente hacer valer el contrato o solicitar una indemnización por daños y perjuicios.

La cláusula se utiliza ampliamente en diversas transacciones contractuales, como el contrato SPA (Sale and Purchase agreement) en el sector de las fusiones y adquisiciones (M&A), ya que se configura como la denominada cláusula de «único recurso» (“sole remedy” clause), que permite, en caso de incumplimiento de las R&W (Representations and Warranties), solo solicitar la indemnización prevista en el contrato.

¹ Texto, con notas a pie de página, del discurso pronunciado el 23 de mayo 2025 en la Jornadas en homenaje al Profesor Guido Alpa, organizadas por la Universidad Notarial Argentina - Instituto de Derecho Civil, de Buenos Aires.

Questo contributo è stato sottoposto a referaggio anonimo (doppio cieco)
This paper has been subjected to double-blind peer review



Licensed under a [Creative Commons NonCommercial-NoDerivatives 4.0 International](https://creativecommons.org/licenses/by-nc-nd/4.0/)

© The Author(s)

Published online: 23/07/2025



Milano University Press

El autor concluye que la cláusula es válida según la legislación italiana, dentro de los límites previstos en el artículo 1229 del Código Civil italiano y siempre que garantice los recursos alternativos del cumplimiento específico y la indemnización por daños y perjuicios, previstos en el artículo 1453 del Código Civil italiano.

Palabras clave: Resolución; Incumplimiento; Cláusula único recurso.

The essay assesses the validity and enforceability of a clause which precludes the remedy of termination by breach of the contract, allowing the parties only either to enforce the contract or to seek damages.

The clause is widely adopted in several contractual transactions, such as SPA (Sale and Purchase agreement) contract in Mergers and Acquisitions (M&A) business, as it shaped as the so called “sole remedy” clause, allowing in case of breach of the Representations and Warranties (R&W) only to seek the indemnity provide by the contract.

The Author concludes for the validity of the clause under Italian Law, under the limit set forth by Sect. 1229 Italian Civil Code and providing it safeguards the alternative remedies of specific performance and damages, set forth by Sect. 1453 ICC

Keywords: Termination; Breach; Sole remedy clause.

Quiero agradecer a la Universidad Notarial Argentina la invitación a esta conferencia en memoria de Guido Alpa, uno de los Maestros en Derecho Civil de la generación que me precedió.

Guido Alpa siempre prestó gran atención a los datos comparativos y también a la práctica de los contratos internacionales.

No todo el mundo sabe que fue el autor, junto con Vincenzo Zeno-Zencovich, de un compendio, para el mundo anglosajón, sobre el Derecho privado italiano, *Italian Private Law*, publicado con la Universidad de Texas en Austin en 2007, dando a conocer al mundo anglosajón las directrices del Derecho privado italiano.

En términos comparativos, pues, se ocupó del riesgo de no ejecución de un contrato (G. Alpa, *Rischio contrattuale* (dir. Vig.), en *Enciclopedia del diritto*, Giuffrè, Milán, XL, 1989, p. 1146) incluyendo “a) el riesgo de incumplimiento, cuando una de las prestaciones no se cumple por un acto voluntario o negligente del obligado, la intervención de un tercero, un *factum principis* o un caso fortuito; b) el riesgo de la disminución de la satisfacción económica del contrato, debido a la preexistencia o al acaecimiento de circunstancias, previstas, previsibles o imprevisibles que no suponen el incumplimiento en sentido técnico, sino la perturbación de la economía originaria del contrato” y concluyendo que “el control de la forma en que opera el riesgo y, por tanto, de su distribución atañe a la autonomía de las partes privadas” (G. Alpa, *op. cit.*, p. 1147).

Aunque pueda dudarse de que el incumplimiento entre, en sentido técnico, dentro del riesgo contractual, voy a hablar hoy de la posibilidad de que las partes excluyan preventivamente, respecto de futuros incumplimientos, la resolución del contrato, con una cláusula de irresolubilidad, presente con frecuencia en los modelos contractuales internacionales y, en particular, en las compraventas de acciones o cuotas de la totalidad del capital social o, al menos, de la mayoría del mismo: contratos señalados con las siglas SPA (que significa Sale and Purchase Agreement).

En la práctica internacional de las M&A (fusiones y adquisiciones), las partes, en caso de incumplimiento, prefieren mantener el contrato - porque el reembolso sería difícil o imposible - reequilibrando la relación con otros remedios alternativos a la resolución.

Por este motivo, los contratos SPA contienen cláusulas denominadas “exclusive remedy” - de «remedio único» - que excluyen la posibilidad de una demanda de resolución por incumplimiento - o la excepción correspondiente - con formulaciones como: «*The right of each party to obtain indemnification pursuant to Article [•] excludes any other right of action or remedy (including the right to terminate, rescind or modify this Agreement) available to such Party at law*».

Se plantea, entonces, el problema de la validez de esta cláusula a la luz del Derecho italiano, que, como muchos sistemas de Derecho privado europeos o sudamericanos, pertenece a la tradición románica o del Civil Law y descende de la codificación francesa.

Estas cláusulas, de hecho, derogan el apartado 1 del artículo 1453 del Código Civil Italiano, que dispone: «*Art. 1453. (Resolubilidad del contrato por incumplimiento). En los contratos a título oneroso, cuando una de las partes no cumpla sus obligaciones, la otra podrá, a su elección, exigir el cumplimiento o la resolución del contrato, sin perjuicio, en todo caso, de la indemnización de daños*».

Todos los códigos civiles descendientes del Código Napoleón, incluidos los códigos argentino y uruguayo, prevén el «remedio resolutorio» con diferentes formulaciones.

Y así el artículo 1087 del Código Civil y Comercial de la Nación, titulado «Cláusula resolutoria implícita», que dispone: «*En los contratos bilaterales la cláusula resolutoria es implícita y queda sujeta a lo dispuesto en los artículos 1088 y 1089*».

Y también el artículo 1431 del Código Civil uruguayo, que dispone: «*La condición resolutoria se entiende implícitamente comprendida en todos los contratos bilaterales o sinalagmáticos, para el caso en que una de las partes no cumpla su compromiso*».

La fórmula del Código uruguayo es la más parecida a la del antiguo Código Civil italiano de 1865, cuyo artículo 1165, apartado 1, disponía: «*La condición resolutoria está siempre implícita en los contratos bilaterales, para el caso en que una de las partes no cumpla su obligación*», con una formulación idéntica al texto original del artículo 1184 del Código Napoleón².

La redacción del actual código argentino, del uruguayo y de los anteriores códigos civiles italiano y francés dejaban así claro que la base del recurso resolutorio residía en la voluntad de las partes y, por tanto, estas normas no se consideraban imperativas.

La redacción actual del art. 1453 del Código italiano de 1942 no contiene una referencia explícita a la presunta voluntad de las partes, por lo que durante mucho tiempo la norma se consideró inderogable y se consideró inadmisibles una cláusula de irresolubilidad, es decir de renuncia previa al recurso de resolución por incumplimiento.

² Ahora sustituido por el artículo 1224, en vigor desde el 1 de octubre de 2016 (Ord. 2016 - 131 de 10 de febrero de 2016) con la siguiente redacción diferente: «*La résolution résulte soit de l'application d'une clause résolutoire soit, en cas d'inexécution suffisamment grave, d'une notification du créancier au débiteur ou d'une décision de justice*».

Rodolfo Sacco, con quien realicé mis tres años de doctorado a principios de los Noventa, había afirmado en su libro de 1975 sobre el Contrato en el Tratado de Vassalli que: «*Dadas dos promesas recíprocas, la cláusula de irresolubilidad las hace autónomas, de modo que pasan a comportarse como si se tratara de dos promesas libres o inferidas en juego. Autorizar la explotación de una patente, prometer el propio trabajo, prometer un salario, para obtener una contrapartida, y permitir al mismo tiempo la irresolubilidad, es aumentar la probabilidad de enriquecimiento a favor de la parte incumplidora; es decir, significa ponerse en la lógica del regalo o del juego, aceptando de vez en cuando donar a la otra parte o enriquecerla en cualquier caso si ésta se encuentra al mismo tiempo en situación de incumplimiento contractual e insolvente respecto de su obligación de pago de daños y perjuicios. Se plantea entonces la cuestión de si tales asignaciones patrimoniales posiblemente gratuitas son lícitas y tienen causa suficiente*»³.

Esta posición expresaba, por un lado, la preocupación por la posibilidad de un enriquecimiento injusto de la parte incumplidora, que al mismo tiempo es también insolvente respecto de la obligación de resarcimiento de daños, proponiendo que la gratuidad y el juego comienzan cuando se hace una promesa con independencia de la certeza de obtener otra prestación; por otro lado, parecía presuponer que el pacto de no resolución iba siempre acompañado de la renuncia también a la acción de resarcimiento de daños y perjuicios y a la acción de cumplimiento exacto: en otras palabras, constituía una renuncia a todos los tres remedios previstos en el art. 1453 del Código Civil italiano de 1942 en caso de incumplimiento, privando así al contrato de su causa, olvidando que en presencia de promesas recíprocas no cabe la nulidad del contrato por falta de causa⁴.

Debe considerarse entonces que el propio código civil italiano, en el art. 2932 apartado 1, permite expresamente el pacto de exclusión previa de la acción de cumplimiento exacto, que constituye también el principal remedio frente al incumplimiento.

³ R. Sacco, *Il contratto*, en *Tratt. Vassalli*, Utet, Turín, 1975, p. 936; e Id., en R. Sacco – G. De Nova, *Il contratto*, en *Tratt. Sacco*, vol. 2, Utet, Turín, 1993, p. 588. En el mismo sentido, G. Scalfi, *Risoluzione del contratto (diritto civile)*, en *Enciclopedia giuridica*, Treccani, Roma, XXVII, 1991, p. 4.

⁴ En este sentido G. Gorla, *Del rischio e pericolo nelle obbligazioni*, Cedam, Padua, 1934, p. 153, según el cual la causa del contrato sinalagmático consiste en el intercambio de derechos de obligación: la causa de la asunción de la obligación de cada parte no estaría, por tanto, en el cumplimiento efectivo de la contraprestación. Esto no excluye que exista un vínculo de dependencia entre las prestaciones, en la relación contractual sinalagmática: pero una cosa es decir que el contrato con la cláusula de no resolución es nulo por falta de causa, y otra muy distinta es decir que el vínculo de dependencia se habría aflojado.

En mi tesis doctoral de 1993 y posterior monografía⁵ había defendido que la cláusula de irresolubilidad es válida, siempre que se mantengan los otros dos recursos (acción de cumplimiento y acción de daños y perjuicios) y dentro de los límites del artículo 1229 del Código Civil italiano, que establece que *«es nulo todo pacto que excluya o limite anticipadamente la responsabilidad del deudor por dolo o culpa grave»*.

La Corte Suprema italiana, en varios pronunciamientos posteriores, ha indicado precisamente que es al artículo 1229 del Código Civil al que hay que acudir para la validez de la cláusula de irresolubilidad: 1) en la sentencia núm. 6225 de 1 de julio de 1994 las Secciones Unidas del Tribunal Supremo afirmaron que el artículo 1229 del Código Civil *«... tiene dos rayos de acción diferentes: a) cláusulas que limitan el grado de culpa en varios sentidos, en el sentido de que se exige al deudor una diligencia inferior a la normal, establecida por la ley. (...); b) el otro aspecto regulado en el art. 1229 del Código Civil es el relativo a los efectos del incumplimiento imputable, que a su vez se divide en: (1) exclusión de la resolución del contrato para determinados tipos de incumplimiento; (2) limitación de la indemnización de daños y perjuicios derivados del incumplimiento (sin perjuicio del contrato)»*⁶; 2) en el mismo sentido, la posterior sentencia de la Casación n° 7054, de 9 de mayo de 2012⁷, se refiere también con otro *obiter dictum* a el artículo 1229 del Código Civil como limitación a la validez del pacto de irresolubilidad.

El Tribunal de Casación francés también decidió en 2011⁸ que una acción de resolución por incumplimiento puede excluirse mediante un acuerdo previo. En esa ocasión, la Cour de Cassation refutó la demanda de resolución sobre la base de las siguientes consideraciones: *«(...) attendu, d'une part, qu'ayant retenu à bon droit que l'article 1184 du code civil n'est pas d'ordre public et qu'un contractant peut renoncer par avance au droit de demander la résolution judiciaire du contrat et relevé que la clause de renonciation, rédigée de manière claire, précise, non ambiguë et compréhensible pour un profane, était non équivoque, la cour d'appel en a exactement déduit que la demande était irrecevable; Attendu, d'autre part, que Mme X... n'ayant pas soutenu dans ses conclusions que les consorts Y...-X... invoquaient la clause de renonciation de mauvaise foi, le moyen est nouveau, mélangé de fait et de droit (...)»*.

Por consiguiente, el Tribunal Supremo francés decidió, por una parte, que el artículo 1184 del Código Civil francés - que tenía una redacción análoga al artículo

⁵ F. Delfini, *I patti sulla risoluzione per inadempimento*, Kluwer, Milán, 1998.

⁶ Cass. Sez. Unite 1 luglio 1994, n. 6225, in *Foro it.*, 1994, I, p. 3429.

⁷ Cass. 9 maggio 2012, n. 7054, en *Banca dati Dejure*, en *Guida al diritto*, 2012, 32, 79 (s.m.) y en *Giur. it.*, 2012, p. 2255, con nota crítica de G. Sicchiero.

⁸ *Cour de Cassation, Troisième chambre civile*, 3 novembre 2011, n. 10-26203.

1453, apartado 1, del Código Civil italiano - no puede calificarse de norma de orden público y, como tal, puede ser válidamente derogado por la autonomía negocial y, por otro lado, consideró incidentalmente que la invocación de la cláusula de irresolubilidad en juicio podía ser evaluada según el canon de buena fe.

Esta decisión del Tribunal de Casación francés es también de gran importancia para el derecho italiano, porque el artículo 1184 del Código Civil francés (ahora modificado) había conservado, en el momento de la decisión del Tribunal, sustancialmente el mismo texto que el Código Napoleónico original, del que se tomó fielmente el artículo 1165 del Código Civil italiano de 1865: y la diferente redacción del actual art. 1453 del Código Civil italiano es exclusivamente más moderna en cuanto al fundamento de la resolución -abandonando la ficción de una «condición resolutoria siempre implícita en los contratos bilaterales» - pero no ha innovado en absoluto el perfil de los remedios.

La validez de la cláusula de irresolubilidad - dentro de los límites del artículo 1229 del Código Civil italiano y manteniendo los otros remedios previstos en el artículo 1453 del Código Civil - parecen, pues, hoy, más de 30 años después, un resultado adquirido⁹.

Este es también el itinerario seguido en los Principios de Derecho Contractual Europeo, publicados en 2000, cuyo Art. 8:109 «*Cláusula de exclusión o limitación de la protección*», establece: «*Las protecciones por incumplimiento pueden excluirse o limitarse a menos que dicha exclusión o limitación sea contraria a la buena fe y la lealtad negocia*l».¹⁰

⁹ En la edición de 2004 de Contratto (R. Sacco, en R. Sacco – G. De Nova, *Il contratto*, en *Tratt. Sacco*, vol. 2, Utet, Turín, 2004, p. 617) Rodolfo Sacco señalaba que «*la actual edición de esta obra marca un cambio respecto a las anteriores, orientadas hacia la indisponibilidad del remedio*» y se había referido a los argumentos que yo había expuesto en mi tesis doctoral y posterior monografía, escribiendo que «*una reflexión exhaustiva sobre el tema podría concluir a favor de la validez de la cláusula, siempre que se mantengan operativos los remedios dirigidos al cumplimiento y a la indemnización de daños y perjuicios, y se respete, dentro de sus propios límites, el artículo 1229*». El mismo planteamiento se encuentra ahora en la doctrina francesa en T. Genicon, *La resolution du contrat pour inexécution*, L.G.D.J, París, 2007, p. 242, citado por L. Bertino, *Sulla validità di una clausola di irresolubilità del contratto per inadempimento*, en *Nuove leggi civili commentate*, 2013, vol. 2, p. 537. A favor de la validez del pacto de irresolubilidad, dentro de los límites del art. 1229 del Código Civil, más recientemente P. Gallo, *Trattato del contratto*, vol. 3, Utet, Turín, 2010, p. 2146 y ss.

¹⁰ Art. 8:109 en el texto publicado en *Principi di diritto europeo dei contratti*, Parte I e II, editado por C. Castronovo, Giuffrè, Milán, 2001, p. 433; una redacción parcialmente diferente puede leerse en el texto del apéndice del ensayo de G. Alpa, I «*Principles of European Contract Law*» predisposti dalla Commissione Lando, en *Rivista Critica del Diritto privato*, 2000, vol. 3 p. 483 y ss., donde se afirma que «*La versión italiana, publicada a continuación, ha sido preparada por el Ministerio de Justicia y donde la redacción del art. 8:109 es la siguiente: «Los remedios por incumplimiento pueden excluirse o limitarse a menos que ello sea contrario a los principios de buena fe y lealtad negocia*l».

Por tanto, hay que distinguir entre el nivel de validez de la cláusula y el de su eficacia.

Cuando se estipula, la validez de la cláusula debe medirse en función del cumplimiento del art. 1229 del Código Civil y del mantenimiento de los remedios alternativos de la acción de cumplimiento exacto y de la acción de resarcimiento. Es por ello que las cláusulas de «*remedio único*» mejor redactadas especifican que la exclusión de resolución no opera en los casos de incumplimiento por dolo o culpa grave: por lo que si en el caso concreto el incumplimiento del vendedor a las R&W (Representation And Warranties) se califica como incumplimiento de una obligación (y no como asunción de una garantía), el remedio de resolución (así como el de indemnización por daños y perjuicios) no estará sujeto a las limitaciones contenidas en la «cláusula de remedio único», que no operaría.

Si entonces, durante la fase de cumplimiento de la relación contractual, el reequilibrio del sinalagma con la acción de cumplimiento exacto o con la acción de resarcimiento no es factible en la práctica - o por la oposición del obligado o la imposibilidad de ejercitar la acción de cumplimiento exacto o de resarcimiento¹¹- la cláusula puede ser considerada ineficaz por violación del principio de buena fe en la ejecución del contrato (art. 1375 del Código Civil) o impedida por abuso de derecho.

¹¹ Por ejemplo, porque una acción de cumplimiento exacto tiene por objeto un *facere* irremplazable o una acción de daños y perjuicios encuentra la incapacidad del patrimonio del deudor.

BIBLIOGRAFIA

- G. Alpa, *Rischio contrattuale* (dir. Vig.), en *Enciclopedia del diritto*, Giuffrè, Milán, XL, 1989.
- G. Alpa, *I «Principles of European Contract Law» predisposti dalla Commissione Lando*, en *Rivista Critica del Diritto privato*, 2000, vol. 3, p. 483-497.
- L. Bertino, *Sulla validità di una clausola di irrisolvibilità del contratto per inadempimento*, en *Nuove leggi civili commentate*, 2013, vol. 2, p. 536-551.
- C. Castronovo (editado por), *Principi di diritto europeo dei contratti, Parte I e II*, Giuffrè, Milán, 2001.
- F. Delfini, *I patti sulla risoluzione per inadempimento*, Kluwer, Milán, 1998.
- P. Gallo, *Trattato del contratto*, III, Utet, Turín, 2010.
- T. Genicon, *La resolution du cointrat pour inexécution*, L.G.D.J, Paris, 2007.
- G. Gorla, *Del rischio e pericolo nelle obbligazioni*, Cedam, Padua, 1934.
- R. Sacco, *Il contratto*, en *Tratt. Vassalli*, Utet, Turín, 1975.
- R. Sacco – G. De Nova, *Il contratto*, en *Tratt. Sacco*, vol. 2, Utet, Turín, 1993.
- R. Sacco – G. De Nova, *Il contratto*, en *Tratt. Sacco*, vol. 2, Utet, Turín, 2004.
- G. Scalfi, *Risoluzione del contratto (diritto civile)*, en *Enciclopedia giuridica*, Treccani, Roma, XXVII, 1991.

Articoli

LAGUNAS NORMATIVAS, DERROTABILIDAD Y CREACIÓN JUDICIAL: UN ANÁLISIS DEL CASO DE GESTACIÓN POR SUSTITUCIÓN EN ARGENTINA

NORMATIVE GAPS, DEFEASIBILITY AND JUDICIAL CREATION: AN ANALYSIS OF THE SURROGATE PREGNANCY CASE IN ARGENTINA

John A. Carlin Sánchez

Profesor universitario

ORCID: 0000-0002-2017-7802

University of Buenos Aires (0081fs513)

johncarlin@derecho.uba.ar

ABSTRACT

El estudio analiza el caso “S., I. N.” (2024) resuelto por la Corte Suprema de Argentina, centrándose en las lagunas axiológicas que genera la aplicación del artículo 562 del Código Civil y Comercial argentino a casos de gestación por sustitución, y en cómo las decisiones judiciales resuelven estas tensiones mediante derrotabilidad normativa. A partir de los conceptos de derrotabilidad desarrollados por Alchourrón y el análisis de creación judicial de Bulygin, complementados por los desarrollos de Rodríguez sobre relevancia normativa, se examina cómo las técnicas de derrotabilidad revelan tensiones axiológicas preexistentes mediante interpretación restrictiva, identificando lagunas normativas específicas que exigen posterior construcción judicial. El análisis demuestra que, ante las tensiones axiológicas no resueltas por el legislador, los jueces pueden y deben construir soluciones jurídicas coherentes con el sistema constitucional, superando la dicotomía tradicional entre creación y aplicación del derecho.

Palabras clave: gestación por sustitución; laguna normativa; laguna axiológica; derrotabilidad; creación judicial; Código Civil y Comercial argentino.

Questo contributo è stato sottoposto a referaggio anonimo (doppio cieco)
This paper has been subjected to double-blind peer review



Licensed under a [Creative Commons Attribution-NonCommercial-NoDerivatives 4.0 International](https://creativecommons.org/licenses/by-nc-nd/4.0/)

© The Author(s)

Published online: 23/07/2025



Milano University Press

This study analyzes the case “S., I. N.” (2024) decided by the Supreme Court of Argentina, focusing on the axiological gaps generated by the application of Article 562 of the Argentine Civil and Commercial Code to surrogate pregnancy cases, and how judicial decisions resolve these tensions through normative defeasibility. Drawing upon Alchourrón’s concepts of defeasibility and Bulygin’s analysis of judicial creation, complemented by Rodríguez’s developments on normative relevance, the paper examines how defeasibility techniques reveal preexisting axiological tensions through restrictive interpretation, identifying specific normative gaps that require subsequent judicial construction. The analysis demonstrates that, when confronted with axiological tensions unresolved by the legislature, judges can and must construct legal solutions coherent with the constitutional system, transcending the traditional dichotomy between creation and application of law.

Keywords: surrogate pregnancy; normative gap; axiological gap; defeasibility; judicial creation; Argentine Civil and Commercial Code.

* Abogado por la Universidad de Buenos Aires (UBA), docente e investigador en su Facultad de Derecho. Magíster en Global Rule of Law & Constitutional Democracy por la Universidad de Génova (Italia), título obtenido mediante una beca por concurso del Instituto Tarello para la Filosofía del Derecho. Agradezco a los abogados Adriana Rotonda, Mikhail Hiram Tecsí Santillana, Silvina Laura Gini y Agustina Bladilo por la lectura y los comentarios al primer borrador. También agradezco a los evaluadores externos por sus sugerencias, así como a la profesora Zorzetto, quien me acercó la sentencia de la Corte Constitucional. Naturalmente, los errores son de mi exclusiva responsabilidad.

SUMARIO: 1. Introducción – 2. Laguna normativa y derrotabilidad – 2.1. Precisiones metodológicas: ciencia jurídica y dogmática jurídica – 2.2. La conceptualización de Alchourrón y Bulygin – 2.3. El concepto de derrotabilidad – 2.4. Funciones de la creación judicial – 2.5. Dimensión comparada: convergencia en sistemas constitucionales contemporáneos – 3. Análisis del caso: Gestación por sustitución – 3.1. Hechos y planteo del problema – 3.2. La decisión de la mayoría: aplicación literal del artículo 562 – 3.3. La respuesta de Maqueda: técnicas de disociación y construcción judicial – 4. Creación judicial: Análisis de las operaciones interpretativas – 4.1. La norma individual como construcción jurídica – 4.2. Análisis de los criterios empleados por el tribunal – 4.3. Derrotabilidad y operaciones de excepción constitucional – 5. Integración teórica e implicancias – 5.1. Aplicación del marco conceptual – 5.2. Análisis de la relación aplicación-creación – 5.3. Implicancias para la comprensión de la normatividad – 6. Conclusiones.

1. INTRODUCCIÓN

La problemática de las lagunas normativas y la creación judicial del derecho constituye uno de los temas centrales del discurso jurídico contemporáneo, en particular cuando la realidad social supera las previsiones del legislador. En contextos de aceleración tecnológica y transformación social, la pregunta sobre lo que hacen efectivamente los jueces cuando enfrentan casos complejos adquiere especial relevancia teórica. ¿Cómo proceden los tribunales cuando la aplicación literal de una norma existente entra en tensión con principios receptados en los textos constitucionales?

Este trabajo analiza las operaciones interpretativas que emergen en torno al Código Civil y Comercial de la Nación argentino (CCyC) a partir de la respuesta judicial ofrecida por la Corte Suprema de Justicia de la Nación Argentina (CSJN) en el caso “S., I. N. c/ A., C. L.”¹. La Corte Suprema como tribunal máximo se enfrentó a un litigio de filiación derivado de una gestación por sustitución, práctica regulada

¹ Corte Suprema de Justicia de la Nación, *S., I. N. c/ A., C. L. s/ impugnación de filiación*, CIV 86767/2015, 22 de octubre de 2024, Fallos: 347:1527. Según la base de datos de la Secretaría de Jurisprudencia de la CSJN (<https://sj.csjn.gov.ar/>, consultada el 25/5/2025), este es el único caso resuelto por el tribunal sobre gestación por sustitución hasta la fecha. Sin embargo, tribunales inferiores abordan frecuentemente estos casos. Para un análisis de la normativa, jurisprudencia y datos registrales en Argentina, véase N. De La Torre, *El debate sobre la regulación de la gestación por sustitución en la Argentina desde un enfoque de género y diversidad familiar en el decenio 2013-2023*, Tesis de Maestría, FLACSO, Buenos Aires, 2024.

por el artículo 562 del CCyC pero que genera tensiones axiológicas específicas. Esta situación configura un escenario donde la aplicación literal del derecho positivo produce una laguna axiológica que requiere respuestas judiciales mediante operaciones de derrotabilidad de las normas.

La relevancia global de esta problemática se confirma en la reciente sentencia 68/2025 (mayo 2025) de la Corte Constitucional italiana, que resolvió tensiones axiológicas sustancialmente similares en casos de *procreazione medicalmente assistita eterologa* practicadas por parejas homoparentales. Esta convergencia evidencia que los tribunales supremos europeos y latinoamericanos enfrentan dilemas sistemáticos idénticos ante la insuficiencia de marcos regulatorios específicos para nuevas configuraciones familiares derivadas de transformaciones tecnológicas y sociales.

La investigación emplea una metodología de análisis documental-teórico que combina el estudio de un caso único con las herramientas analíticas de Alchourrón y Bulygin, complementadas por la distinción metodológica de Guastini entre ciencia jurídica y dogmática jurídica. Como establece Guastini, la ciencia jurídica propiamente dicha constituye “descripción neutral y libre de valores del derecho vigente”, mientras la dogmática jurídica es “actividad interpretativa y constructiva” donde “los juristas no describen el derecho, sino que contribuyen a crearlo”². Este análisis se enmarca primordialmente en la primera categoría, con el objetivo de examinar las operaciones interpretativas desplegadas por el tribunal mediante técnicas específicas de disociación textual y construcción jurídica, lo que permite demostrar que la indeterminación normativa no constituye una anomalía sino una posibilidad estructural del derecho.

A través de las nociones de laguna normativa, derrotabilidad de las normas y creación judicial del derecho, se analiza cómo los tribunales abordan casos con regulación axiológicamente insuficiente manteniendo la coherencia del sistema jurídico. Las técnicas de derrotabilidad desarrolladas por Alchourrón, junto con el análisis de creación judicial desarrollado por Bulygin, proporcionan herramientas analíticas para examinar cómo los jueces construyen soluciones interpretativas en contextos de transformación social. En particular, la disidencia del ministro Maqueda ejemplifica empíricamente estas operaciones teóricas: identifica una laguna axiológica preexistente, aplica interpretación restrictiva mediante técnicas de disociación textu-

² R. Guastini, *A realistic view on law and legal cognition*, in *Revus*, 2015, vol. 27, p. 51.

al, y colma la laguna normativa resultante mediante construcción judicial fundada en principios positivizados en el texto constitucional argentino.

Esta secuencia metodológica ilustra cómo las operaciones interpretativas trascienden la dicotomía tradicional entre creación y aplicación del derecho, revelando técnicas específicas que pueden examinarse analíticamente en otras situaciones valorativas del derecho de familia contemporáneo. El análisis demuestra que cuando las normas se interpretan mediante herramientas sistemáticas, los tribunales responden a transformaciones sociales a través de operaciones racionales específicas, manteniendo la coherencia del sistema jurídico.

Como hipótesis de trabajo se sostiene que las operaciones de derrotabilidad normativa constituyen el mecanismo técnico-jurídico mediante el cual los tribunales resuelven lagunas axiológicas en contextos de transformación social. La disidencia de Maqueda ilustra operaciones interpretativas que pueden analizarse mediante los conceptos desarrollados por Alchourrón (derrotabilidad) y Bulygin (creación judicial): identificación de tensión axiológica, aplicación de técnicas interpretativas restrictivas, y construcción de soluciones fundadas en principios constitucionales presentes en el sistema. Maqueda estructura su razonamiento en tres etapas analíticamente identificables: primero, reconoce una tensión axiológica entre la norma vigente y principios constitucionales; luego, aplica técnicas de disociación textual que delimitan el alcance del artículo 562; finalmente, construye una solución jurídica fundada en la voluntad procreacional como criterio normativo rector.

El análisis procede examinando primero el marco conceptual de lagunas normativas y derrotabilidad (Sección II), luego aplicando estas herramientas al caso específico de gestación por sustitución (Sección III), analizando las operaciones de creación judicial desplegadas (Sección IV), integrando los hallazgos teóricos (Sección V), y concluyendo con síntesis descriptiva y consideraciones de iure condendo claramente diferenciadas metodológicamente (Sección VI).

2. LAGUNAS NORMATIVAS Y DERROTABILIDAD

2.1. Precisiones metodológicas: ciencia jurídica y dogmática jurídica

Como establece Guastini, existe una distinción entre ciencia jurídica propiamente dicha y dogmática jurídica. Según este autor, la visión tradicional presenta la dogmática jurídica como “una empresa meta-lingüística que toma el lenguaje de los

legisladores como su lenguaje-objeto”, pero esta caracterización resulta “seductora, aunque engañosa”³. En realidad, “los juristas no describen el derecho, sino que contribuyen a crearlo”⁴. La ciencia jurídica propiamente dicha constituye descripción neutral del derecho vigente, mientras la dogmática jurídica es actividad interpretativa y constructiva que participa en la creación normativa. Este análisis se enmarca primordialmente en la primera categoría: busca describir las operaciones interpretativas efectivamente desplegadas por los tribunales en casos de lagunas axiológicas, sin evaluar su corrección normativa. Aunque las operaciones judiciales analizadas constituyen actos de construcción dogmática por parte de los tribunales, el presente estudio las examina como fenómenos empíricamente observables desde una perspectiva científico-descriptiva. Las herramientas conceptuales de Alchourrón y Bulygin, complementadas por los desarrollos de Rodríguez sobre relevancia normativa, permiten reconstruir analíticamente estas operaciones judiciales.

2.2. La conceptualización de Alchourrón y Bulygin

Para abordar el problema de las lagunas normativas y la creación judicial del derecho, las contribuciones de Alchourrón y Bulygin proporcionan herramientas analíticas que permiten examinar la relación entre legislador-creador y juez-aplicador. Bulygin establece una distinción fundamental entre casos genéricos —clases de situaciones reguladas por propiedades abstractas— y casos individuales —instancias concretas que pueden o no subsumirse en esas clases—⁵. Esta distinción permite identificar dos tipos de problemas: cuando un caso individual no pertenece a ninguna de las clases reguladas (laguna normativa) o cuando la aplicación de una norma existente resulta valorativamente problemática (laguna axiológica)⁶.

En el contexto de la gestación por sustitución, la tensión puede precisarse mediante las distinciones de Alchourrón y Bulygin sobre relevancia normativa, desarrolladas por Rodríguez. El legislador consideró relevante en sentido descriptivo la

³ R. Guastini, *A realistic view on law and legal cognition*, in *Revus*, 2015, vol. 27, p. 52.

⁴ R. Guastini, *A realistic view on law and legal cognition*, in *Revus*, 2015, vol. 27, p. 51.

⁵ E. Bulygin, *Los jueces, ¿crean derecho?*, in *Isonomía*, 2003, vol. 18, p. 11-12; C.E. Alchourrón, E. Bulygin, *Normative Systems*, Springer Verlag, Berlin, 1971, donde se desarrolla la concepción de los sistemas normativos como sistemas deductivos, lo que permite identificar lagunas normativas cuando un caso individual no se subsume en una norma general; para una síntesis de las contribuciones de Bulygin a los sistemas normativos y las lagunas normativas, véase P.E. Navarro, *Eugenio Bulygin y la filosofía del derecho*, in *Doxa*, 2023, vol. 42, p. 13-37.

⁶ E. Bulygin, *Los jueces, ¿crean derecho?*, in *Isonomía*, 2003, vol. 18, p. 14-15.

propiedad “gestación” para determinar filiación (artículo 562), pero no consideró relevante la distinción interna basada en “voluntad procreacional de la gestante”. Sin embargo, desde una hipótesis de relevancia prescriptiva derivada de principios constitucionales, esta distinción podría considerarse jurídicamente significativa.

Rodríguez, siguiendo a Alchourrón y Bulygin, explica que las lagunas axiológicas surgen cuando una propiedad es irrelevante descriptivamente en el sistema, pero debe ser relevante según cierta hipótesis de relevancia⁷. La laguna surge de esta discrepancia entre lo que es irrelevante descriptivamente en el sistema positivo pero relevante prescriptivamente desde determinada axiología. Como precisa Guastini, estas operaciones interpretativas reflejan técnicas de disociación que consisten en descomponer la clase de los supuestos previstos por el texto en dos (o más) subclases para sugerir consecuencias jurídicas diferentes⁸. Por su parte, Alchourrón denomina concepción del Sistema Maestro a la concepción jurídica que surge de este modelo ideal de organización deductiva del derecho⁹.

2.3. El concepto de derrotabilidad

La derrotabilidad constituye una pieza clave del aparato conceptual desarrollado por Alchourrón. Como explica este autor, “muchas (sino todas) las formulaciones normativas son derrotables, esto es, poseen usualmente excepciones implícitas, existen circunstancias que derrotan la norma, aunque ellas no están explícitamente enunciadas”¹⁰. Esta operación procede distinguiendo dos momentos: identifica primero una laguna axiológica preexistente donde la norma genera una “mala solución”, y luego, mediante interpretación restrictiva, crea una laguna normativa específica. La derrotabilidad, según Alchourrón, opera cuando “puede ser verdadero que Si A entonces B y falso que Si A y C entonces B, donde la circunstancia C constituye una excepción que derrota el condicional”¹¹, proceso donde “la derrota produce una laguna” para supuestos que quedan sin regulación¹². Como señala Guastini, esto no constituye “interpretación en sentido estricto” sino “construcción jurídica” que

⁷ J.L. Rodríguez, *Lagunas axiológicas y relevancia normativa*, in *Doxa*, 1999, vol. 22, p. 354.

⁸ R. Guastini, *Interpretación y construcción jurídica*, in *Isonomía*, 2015, núm. 43, p. 30.

⁹ C.E. Alchourrón, *Sobre derecho y lógica*, in *Isonomía*, 2000, vol. 13, p. 13.

¹⁰ C.E. Alchourrón, *Sobre derecho y lógica*, in *Isonomía*, 2000, vol. 13, p. 24.

¹¹ C.E. Alchourrón, *Sobre derecho y lógica*, in *Isonomía*, 2000, vol. 13, p. 23.

¹² R. Guastini, *Variaciones sobre temas de Carlos Alchourrón y Eugenio Bulygin. Derrotabilidad, lagunas axiológicas, e interpretación*, in *Doxa*, 2008, vol. 31, p. 149.

“consiste esencialmente en formular normas nuevas, que se pretenden implícitas en el sistema jurídico”¹³.

En el caso analizado, la aplicación del artículo 562 a gestación sin voluntad procreacional evidencia una laguna axiológica preexistente (la solución normativa resulta valorativamente problemática); la interpretación restrictiva de Maqueda revela esta tensión y procede a resolverla mediante construcción judicial que excluye estos casos del ámbito de aplicación literal de la norma, identificando una laguna normativa específica para estos supuestos. Es crucial precisar que la derrotabilidad no opera automáticamente desde los principios constitucionales, sino exclusivamente a través de las valoraciones interpretativas del juez. Como precisa Guastini, estas valoraciones a menudo toman la forma de teorías jurídicas, o mejor dicho de tesis dogmáticas: algo construido por los juristas antes e independientemente de la interpretación de uno u otro enunciado normativo específico¹⁴.

Los principios constitucionales por sí mismos no derrotan normas; son las evaluaciones axiológicas específicas del intérprete las que determinan cuándo una aplicación literal resulta incompatible con el sistema de valores constitucional. Como precisa Alchourrón, la derrotabilidad opera cuando “puede ser verdadero que Si A entonces B y falso que Si A y C entonces B, donde la circunstancia C constituye una excepción que derrota el condicional”¹⁵, pero esta circunstancia C debe ser identificada interpretativamente por el juez mediante evaluaciones axiológicas específicas. Como explica Rodríguez, esta hipótesis de relevancia “puede ser entendida como una proposición normativa que expresa que la propiedad en cuestión debe ser tomada como relevante de acuerdo con cierto sistema axiológico β ”¹⁶.

En S., I. N., Maqueda no aplica de manera mecánica principios constitucionales, sino que construye una valoración interpretativa específica que considera axiológicamente deficiente aplicar el artículo 562 a casos sin voluntad procreacional. Esta secuencia revela la naturaleza bifronte de la derrotabilidad. Por un lado, revela la laguna axiológica preexistente en la tensión entre la aplicación literal del artículo 562 y principios constitucionales. Por otro lado, mediante interpretación restrictiva, identifica una laguna normativa específica para los su-

¹³ R. Guastini, *Interpretación y construcción jurídica*, in *Isonomía*, 2015, núm. 43, p. 20.

¹⁴ R. Guastini, *Variaciones sobre temas de Carlos Alchourrón y Eugenio Bulygin*, in *Doxa*, 2008, vol. 31, p. 152.

¹⁵ C.E. Alchourrón, *Sobre derecho y lógica*, in *Isonomía*, 2000, vol. 13, p. 23.

¹⁶ J.L. Rodríguez, *Lagunas axiológicas y relevancia normativa*, in *Doxa*, 1999, vol. 22, p. 356.

puestos que quedan sin regulación adecuada, que debe ser colmada mediante construcción judicial posterior.

2.4. Funciones de la creación judicial

Bulygin analiza diferentes situaciones donde los jueces operan: aplicación de normas preexistentes en casos normales y creación de derecho en contextos especiales. Como establece este autor: “Los jueces sí crean derecho cuando se enfrentan a: lagunas normativa, conflictos normativos, y lagunas axiológicas”¹⁷. Este marco teórico permite examinar la relación entre creación y aplicación, al distinguir —como precisa Guastini— entre interpretación en sentido estricto (atribución de significado a textos normativos) y construcción jurídica (formulación de normas implícitas). Las operaciones de construcción jurídica incluyen, entre otras “la construcción de lagunas (normativas y axiológicas), la construcción de jerarquías axiológicas, la construcción de excepciones implícitas, y sobre todo la construcción de normas implícitas”¹⁸. El modelo permite analizar un razonamiento judicial que reconoce las lagunas, emplea operaciones constructivas específicas, y genera criterios para examinar estas prácticas interpretativas.

2.5. Dimensión comparada: convergencia en sistemas constitucionales contemporáneos

Las tensiones axiológicas analizadas encuentran manifestaciones en desarrollos jurisprudenciales contemporáneos. En ese sentido, la sentencia 68/2025 de la Corte Costituzionale italiana, resuelta meses después del caso argentino, aborda tensiones sustancialmente idénticas en materia de *procreazione medicalmente assistita eterologa* practicada por parejas del mismo sexo¹⁹. El tribunal italiano declaró la *illegittimità costituzionale* del art. 8 de la *legge* 40/2004 por no prever el reconocimiento filial automático para la “*madre intenzionale*”, mediante técnicas interpretativas que convergen con las desarrolladas por Maqueda: identificación de lagunas axiológicas, in-

¹⁷ E. Bulygin, *Los jueces, ¿crean derecho?*, in *Isonomía*, 2003, vol. 18, p. 24.

¹⁸ R. Guastini, *Interpretación y construcción jurídica*, in *Isonomía*, 2015, núm. 43, p. 20.

¹⁹ Corte Costituzionale italiana, sentenza 68/2025, 10 marzo 2025, que declara la *illegittimità costituzionale* del art. 8 de la *legge* 40/2004 “*nella parte in cui non prevede che pure il nato in Italia da donna che ha fatto ricorso all'estero [...] a tecniche di procreazione medicalmente assistita ha lo stato di figlio riconosciuto anche della donna che, del pari, ha espresso il preventivo consenso al ricorso alle tecniche medesime*”. La similitud con el caso argentino es significativa, confirmando la universalidad de las tensiones axiológicas analizadas.

interpretación restrictiva de normas inadecuadas, y construcción judicial fundada en principios constitucionales.

Esta simultaneidad revela que las operaciones de derrotabilidad normativa constituyen respuestas estructurales del constitucionalismo contemporáneo ante transformaciones sociales que superan las previsiones legislativas, confirmando la aplicabilidad transnacional del marco conceptual de Alchourrón y Bulygin.

3. ANÁLISIS DEL CASO: GESTACIÓN POR SUSTITUCIÓN

3.1. Hechos y planteo del problema

El caso “S., I. N. c/ A., C. L. s/ impugnación de filiación” expone una tensión estructural entre la arquitectura normativa del derecho argentino y las nuevas configuraciones familiares derivadas de las técnicas de reproducción asistida. El conflicto se centra en la filiación de J.P.S., nacido mediante gestación por sustitución. La gestante, C.L.A., actuó de manera altruista y manifestó reiteradamente su ausencia de voluntad procreacional, mientras que los comitentes, L.G.P. e I.N.S. —una pareja homoparental—, buscaron ser reconocidos como padres²⁰. El artículo 562 del CCyC establece que “los nacidos por técnicas de reproducción humana asistida son hijos de quien dio a luz”. Esta norma fue diseñada para casos donde la gestante desea constituirse en madre, manteniendo alineados gestación y voluntad procreacional. El supuesto de gestación por sustitución sin voluntad procreacional genera una tensión interpretativa específica donde el tribunal debe resolver la aplicación del artículo 562 en circunstancias no previstas expresamente por el legislador. Una disposición específica para la gestación por sustitución había sido incluida en el Anteproyecto del Código, pero fue suprimida en la versión final. Esta omisión presenta un escenario donde el sistema normativo contiene una laguna axiológica que requiere respuesta judicial mediante las operaciones interpretativas descritas en el marco conceptual de Alchourrón y Bulygin²¹.

3.2. La decisión de la mayoría: aplicación literal del artículo 562

Los ministros Horacio Rosatti, Carlos Rosenkrantz y Ricardo Lorenzetti llegaron a la misma conclusión —rechazar la demanda— mediante vías argumentativas que

²⁰ Considerando 1º, voto del ministro Rosatti.

²¹ E. Bulygin, *Los jueces, ¿crean derecho?*, in *Isonomía*, 2003, vol. 18, p. 15.

convergen en una interpretación literal del artículo 562. Su enfoque se caracteriza por tres elementos centrales que revelan una estrategia interpretativa específica.

Privilegian la literalidad textual: “la primera fuente de exégesis de la ley es su letra, sin que sea admisible una inteligencia que equivalga a prescindir del texto legal”²². Segundo, niegan la existencia de lagunas normativas: “la circunstancia de que no se haya regulado la gestación por sustitución de un modo diferenciado de otras TRHA no importa la existencia de un vacío legal”^{23 24}. Finalmente, invocan el orden público filiatorio: “no es relevante, a los fines filiatorios, que exista un acuerdo de gestación por sustitución ni que la gestante haya manifestado su voluntad de no tener un vínculo jurídico con el niño”²⁵. La mayoría interpreta que el parto constituye el criterio determinante de filiación independientemente de consideraciones sobre voluntad procreacional.

La mayoría interpreta el artículo 562 como regulatorio de todas las técnicas de reproducción humana asistida, estableciendo como criterio determinante el parto. Rosenkrantz desarrolla esta interpretación: “la ‘voluntad procreacional’ que lleva por título el artículo 562 del Código Civil y Comercial se debe considerar a la luz del texto de la norma, pues resulta claro que, para el legislador, el hecho de dar a luz determina el vínculo filiatorio, más allá de la voluntad de la gestante”²⁶. En términos del marco teórico propuesto, la mayoría opera mediante una interpretación que equipara la existencia formal de una norma con su aplicabilidad universal a todos los casos que pueden subsumirse literalmente en su texto²⁷. Al negar la existencia de cualquier tipo de laguna (normativa o axiológica), la mayoría asume que el artículo 562 debe aplicarse automáticamente sin consideración de tensiones valorativas con principios constitucionales.

²² Considerando 9º, voto del ministro Rosenkrantz.

²³ Considerando 8º, voto del ministro Rosatti.

²⁴ Alchourrón y Bulygin destacan que la aplicación literal de normas puede generar contradicciones axiológicas con principios constitucionales. En “S., I. N.”, la mayoría ignora la tensión axiológica entre el artículo 562 y principios constitucionales, que Maqueda resuelve mediante derrotabilidad normativa, cfr. C.E. Alchourrón, E. Bulygin, *Von Wright on Deontic Logic and the Philosophy of Law*, in *Essays in Legal Philosophy*, Oxford University Press, Oxford, 2015, p. 88-116.

²⁵ Considerando 10, voto del ministro Lorenzetti.

²⁶ Considerando 13º, voto del ministro Rosenkrantz.

²⁷ Bulygin sostiene que una norma es eficaz solo si es judicialmente invocable, no por su mera validez formal. En “S., I. N.”, la mayoría confunde la validez formal del artículo 562 con su adecuación axiológica, ignorando la tensión valorativa que Maqueda resuelve mediante derrotabilidad normativa, cfr. C.E. Alchourrón, E. Bulygin, *Von Wright on Deontic Logic and the Philosophy of Law*, in *Essays in Legal Philosophy*, Oxford University Press, Oxford, 2015, p. 88-116.

3.3. La respuesta de Maqueda: técnicas de disociación y construcción judicial²⁸

La disidencia del ministro Maqueda despliega una operación interpretativa que ejemplifica las técnicas analizadas por Guastini y el marco conceptual de derrotabilidad normativa desarrollado por Alchourrón. Maqueda advierte que la aplicación automática del artículo 562 al supuesto de gestación por sustitución, aunque formalmente posible, genera tensiones con principios constitucionales de jerarquía superior (interés superior del niño, autonomía de la persona, principio de igualdad y no discriminación)²⁹. La norma existe en el sistema, pero su aplicación literal a este supuesto específico produce lo que el marco teórico denomina una laguna axiológica.

Su construcción argumentativa despliega una metodología interpretativa que procede por etapas sistemáticas, empleando lo que Guastini denomina técnicas de disociación y construcción jurídica. Maqueda realiza una delimitación del objeto interpretativo, acotando el problema jurídico: “no se encuentra controvertida la validez de la práctica mediante la cual se dio a luz al niño J.P.S., sino que se discuten las consecuencias fliatorias”³⁰. Luego, emplea interpretación sistemática negativa, demostrando mediante barrido normativo que “el ordenamiento jurídico argentino no prohíbe la gestación por sustitución”. Al final, utiliza análisis textual específico para revelar la palabra ‘también’ en el artículo 562 como elemento lingüístico que ev-

²⁸ El exministro Juan Carlos Maqueda renunció el 29 de diciembre de 2024 al cumplir 75 años, conforme al artículo 99, inciso 4, tercer párrafo de la Constitución Nacional, que establece ese límite de edad salvo nuevo nombramiento con acuerdo del Senado. Su salida, junto con la renuncia previa de la ministra Elena Highton (2021), dejó a la Corte Suprema funcionando con solo tres miembros: Rosatti, Rosenkrantz y Lorenzetti. Esta situación ha reactivado debates sobre los mecanismos de designación judicial y la posibilidad de ampliar la composición del tribunal, que tradicionalmente funciona con cinco integrantes. Mientras se aguarda la designación de nuevos magistrados, la Corte puede completar su integración convocando jueces subrogantes de las cámaras federales de apelaciones. Para el análisis de estos aspectos institucionales, véase P.L. Manili, *La designación de funcionarios en comisión por el Poder Ejecutivo*, in *La Ley*, año LXXXVIII, n.º 23, 23/12/2024.

²⁹ Considerando 12º, voto del ministro Maqueda. Véase, en similar sentido, *H v. United Kingdom* (App. No. 26392/17, 28 marzo 2023) y *KK and Others v. Denmark* (App. No. 35148/18, 6 diciembre 2022), donde el TEDH analiza tensiones axiológicas entre regulaciones existentes y derechos fundamentales (art. 8 del Convenio) en contextos de gestación por sustitución, priorizando el interés superior del niño. Estas decisiones muestran convergencias interpretativas en sistemas jurídicos diferentes ante tensiones axiológicas similares.

³⁰ Considerando 11º, voto del ministro Maqueda. El magistrado sostuvo que: “la elección de una práctica con tal finalidad atañe a la esfera de la autonomía personal, que debe ser celosamente custodiada de cualquier injerencia arbitraria del Estado [...] (artículo 19 de la Constitución Nacional; artículo 11 de la Convención Americana sobre Derechos Humanos; Fallos: 335:799 ‘*Albarracini Nietes*’ y 338:556 ‘*D., M. A.*’; Corte Interamericana de Derechos Humanos, caso ‘*Artavia Murillo y otros (Fecundación in Vitro) vs. Costa Rica*’, sentencia del 28 de noviembre de 2012, párrafos. 142 y 143)”.

idencia una distinción conceptual implícita: “del hombre o la mujer que también ha prestado su consentimiento previo”³¹.

Esta técnica opera sobre lo que Guastini describe como “técnicas de disociación”, que “consisten en descomponer la clase de los supuestos previstos por el texto en dos (o más) subclases” para sugerir consecuencias jurídicas diferentes³². Aplicada al caso concreto, la interpretación restrictiva resultante excluye del ámbito de aplicación del artículo 562 los casos de gestación altruista sin voluntad procreacional, que opera según Guastini mediante “interpretación restrictiva, fundada sobre el argumento de la disociación”³³.

Esta disociación conceptual encuentra sustento textual sólido: el adverbio “también” presupone que otra persona ya tiene voluntad procreacional, evidenciando que la norma fue diseñada para casos donde la gestante también tiene voluntad procreacional. La exclusión no deriva de excepciones textuales expresas, sino de la valoración judicial que considera axiológicamente inadecuada la aplicación literal a casos sin voluntad procreacional de la gestante, identificando una laguna específica para estos supuestos que debe ser posteriormente colmada³⁴.

La primacía de la realidad socioafectiva defendida por Maqueda encuentra sustento en jurisprudencia consolidada que reconoce la preeminencia del vínculo afectivo sobre la verdad puramente biológica³⁵. Esta perspectiva se articula de manera coherente con su interpretación del interés superior del niño como criterio rector³⁶.

El proceso de construcción normativa de Maqueda procede mediante técnicas específicas de integración que ejemplifican lo que Guastini denomina “construcción jurídica” entendida como la actividad que “consiste esencialmente en formular normas nuevas, que se pretenden implícitas en el sistema jurídico”³⁷. Maqueda identifica la laguna axiológica mediante operación lógica: “no existe en el ordenamiento legal argentino

³¹ Considerando 9º, voto del ministro Maqueda. El énfasis en “también” es nuestro.

³² R. Guastini, *Interpretación y construcción jurídica*, in *Isonomía*, 2015, núm. 43, p. 30.

³³ R. Guastini, *Interpretación y construcción jurídica*, in *Isonomía*, 2015, núm. 43, p. 31.

³⁴ Sobre la relación entre disociación, interpretación restrictiva y creación de lagunas, véase J.L. Rodríguez, *Lagunas axiológicas y relevancia normativa*, in *Doxa*, 1999, vol. 22, p. 359-365.

³⁵ La jurisprudencia de la Corte ha establecido que “la verdad biológica no es un dato absoluto cuando se relaciona con el interés superior del niño, pues la identidad filiatoria que se gesta a través de los vínculos consolidados en los primeros años de vida es un dato con contenido axiológico” (Fallos: 330:642, voto del juez Maqueda). Para un análisis sistemático del interés superior del niño, puede consultarse el boletín informativo de la Corte Suprema de Justicia de la Nación, *Interés superior del niño: protección de los derechos de las niñas, niños y adolescentes*, 1.ª ed., Ciudad Autónoma de Buenos Aires, 2024.

³⁶ Considerando 14º, voto del ministro Maqueda.

³⁷ R. Guastini, *Interpretación y construcción jurídica*, in *Isonomía*, 2015, núm. 43, p. 12.

una norma que, de modo expreso, claro y preciso [...] establezcan el modo en que debe determinarse la filiación”³⁸. Además, Maqueda extrae por inducción el principio rector del sistema TRHA: “el eje articulador del régimen filial derivado de las técnicas de reproducción humana asistida es la citada voluntad procreacional”³⁹. Luego, aplica interpretación histórica confirmando que el legislador ‘conscientemente decidió no regular’ la gestación por sustitución al suprimir disposiciones específicas del anteproyecto⁴⁰. Finalmente, Maqueda emplea el test de ponderación constitucional mediante el interés superior del niño: “resulta ineludible estar a la solución que mejor satisface su interés superior”⁴¹. La solución normativa final (S3) —reconocimiento de J.P.S. como hijo de L.G.P. e I.N.S.— emerge de esta secuencia metodológica articulada.

Su voto concluye con una exhortación al Congreso para legislar sobre gestación por sustitución, abordando sus complejidades desde la autonomía de las gestantes hasta la prevención de la mercantilización⁴². Esta interpretación reconoce los límites institucionales de la función judicial mientras resuelve el caso concreto.

La metodología desplegada por Maqueda confirma empíricamente la teoría de la derrotabilidad normativa desarrollada por Alchourrón. Su razonamiento opera mediante: (1) análisis textual del adverbio “también”, (2) interpretación sistemática del régimen TRHA, (3) interpretación histórica de los antecedentes legislativos, y (4) integración constitucional vía interés superior del niño. Esta secuencia metodológica crea una laguna específica para casos de gestación sin voluntad procreacional de la gestante, que luego colma mediante construcción judicial fundada en el principio de voluntad procreacional. La operación revela que la derrotabilidad normativa opera mediante técnicas interpretativas específicas que revelan los límites internos de las normas.

4. CREACIÓN JUDICIAL: ANÁLISIS DE LAS OPERACIONES INTERPRETATIVAS

4.1. La norma individual como construcción jurídica

En el caso analizado, Maqueda formula una norma individual cuya estructura lógica ejemplifica lo que Guastini describe como construcción de normas implícitas:

³⁸ Considerando 12º, voto del ministro Maqueda.

³⁹ Considerando 13º, voto del ministro Maqueda.

⁴⁰ Considerando 10º, voto del ministro Maqueda.

⁴¹ Considerando 14º, voto del ministro Maqueda.

⁴² Considerando 20º, voto del ministro Maqueda.

“normas que no han sido formuladas por autoridad normativa alguna” pero que “no pueden ser consideradas como significados (plausibles) o como implicaciones lógicas de ninguna disposición normativa determinada”⁴³. Esta operación constituye una manifestación empírica de las técnicas de construcción jurídica analizadas en el marco teórico.

El argumento de Maqueda plantea una cuestión teórica relevante sobre la naturaleza de los enunciados sobre lagunas axiológicas. Siguiendo la distinción de Rodríguez, su identificación de la laguna puede analizarse como un enunciado interpretativo (descriptivo, reconstruyendo la axiología presupuesta en el sistema constitucional) más que como un enunciado crítico (prescriptivo, expresando que el derecho debería ser diferente)⁴⁴. El análisis de Maqueda opera principalmente mediante reconstrucción interpretativa de la axiología implícita en el orden constitucional argentino. Como observa Guastini, quien identifica una laguna axiológica “siempre sugiere que dicha laguna es auténticamente normativa, es decir es un defecto objetivo del sistema normativo, independiente de cualquier valoración”⁴⁵, operación que realiza Maqueda al demostrar interpretativamente las limitaciones del artículo 562. Como señala Rodríguez, en este sentido interpretativo “no se trata necesariamente de un enunciado prescriptivo o valorativo, dado que puede tratarse simplemente de una descripción del hecho de que, aunque la autoridad normativa no le ha atribuido relevancia a una cierta propiedad a través de una formulación explícita, esa propiedad es implícitamente relevante en el sistema”⁴⁶.

La teoría de la derrotabilidad muestra que, frente a tensiones entre el texto normativo y principios superiores, los jueces pueden modular la aplicación literal mediante técnicas interpretativas específicas⁴⁷. Esta labor constituye una respuesta a tensiones valorativas no resueltas por el legislador.

El contraste con la mayoría evidencia dos modelos de función judicial. Mientras la mayoría invoca que “la misión de los jueces es dar pleno efecto a las normas vi-

⁴³ R. Guastini, *Interpretación y construcción jurídica*, in *Isonomía*, 2015, núm. 43, p. 36.

⁴⁴ J.L. Rodríguez, *Lagunas axiológicas y relevancia normativa*, in *Doxa*, 1999, vol. 22, p. 355-357.

⁴⁵ R. Guastini, *Variaciones sobre temas de Carlos Alchourrón y Eugenio Bulygin*, in *Doxa*, 2008, vol. 31, p. 150.

⁴⁶ J.L. Rodríguez, *Lagunas axiológicas y relevancia normativa*, in *Doxa*, 1999, vol. 22, p. 357.

⁴⁷ Sobre lagunas axiológicas, cfr. E. Bulygin, *Los jueces, ¿crean derecho?*, in *Isonomía*, 2003, vol. 18, p. 24-25. Sobre derrotabilidad como suspensión de normas por circunstancias excepcionales, cfr. C.E. Alchourrón, *Sobre derecho y lógica*, in *Isonomía*, 2000, vol. 13, p. 23-27.

gentes, sin sustituir al legislador”⁴⁸, Maqueda despliega una operación interpretativa dinámica, coherente con el planteo de Bulygin sobre la creación judicial en contextos de lagunas axiológicas mediante principios compatibles con el orden constitucional.

4.2. Análisis de los criterios empleados por el tribunal

El razonamiento de Maqueda opera mediante criterios interpretativos específicos que pueden reconstruirse analíticamente:

1. Inexcusabilidad judicial: El tribunal no puede abstenerse de resolver invocando carencias legislativas. El artículo 8 del CCyC establece esta obligación de manera expresa. Alchourrón identifica el principio de inexcusabilidad como uno de los pilares del ideal del Sistema Maestro, en virtud del cual “los jueces deben resolver todos los casos que se les someten a juzgamiento dentro del límite de su competencia mediante decisiones fundadas en normas jurídicas del sistema”⁴⁹. Esta exigencia institucional garantiza la continuidad jurisdiccional incluso frente a vacíos normativos, e impide que el silencio judicial se justifique por la sola ausencia de previsión legislativa.
2. Justificación mediante precedentes y principios: La solución propuesta por Maqueda se apoya en precedentes relevantes y principios constitucionales expresos, lo que evidencia que la construcción judicial se integra en la matriz normativa vigente. Según Bulygin, las decisiones judiciales deben estar fundadas: “los jueces deben brindar razones que respalden sus decisiones. Las decisiones judiciales deben estar explícitamente justificadas”⁵⁰. Esta exigencia distingue a la función jurisdiccional de la legislativa y obliga a estructurar el razonamiento judicial como una inferencia normativa válida. En este marco, una decisión fundada se deduce lógicamente a partir de una norma general, junto con proposiciones empíricas —y en ocasiones analíticas— que operan como premisas del razonamiento⁵¹. En el caso, Maqueda estructura su de-

⁴⁸ Considerando 15°, voto del ministro Rosatti.

⁴⁹ C.E. Alchourrón, *Sobre derecho y lógica*, in *Isonomía*, 2000, vol. 13, p. 13-14.

⁵⁰ Cfr. C.E. Alchourrón, E. Bulygin, *Judicial Decisions and the Creation of Law*, in *Essays in Legal Philosophy*, Oxford University Press, Oxford, 2015, p. 76.

⁵¹ Cfr. C.E. Alchourrón, E. Bulygin, *Judicial Decisions and the Creation of Law*, in *Essays in Legal Philosophy*, Oxford University Press, Oxford, 2015, p. 76.

cisión en torno a principios constitucionales y la voluntad procreacional, dando lugar a una justificación compatible con esta exigencia formal⁵².

3. Integración sistemática: La decisión se incorpora en la arquitectura del sistema jurídico, respetando los principios de coherencia y completitud. La construcción judicial actúa desde dentro del sistema para resolver una tensión axiológica mediante herramientas interpretativas racionales. En este sentido, Alchourrón explica que el modelo ideal del Sistema Maestro se sustenta en el postulado de completitud, según el cual “en todo sistema jurídico hay normas que proveen fundamentos para resolver todo caso posible”⁵³. Cuando esta expectativa no se cumple, como ocurre frente a supuestos nuevos no regulados, el juez no puede excusarse de decidir: debe construir una solución jurídicamente fundada que conserve la coherencia normativa del ordenamiento.

4.3. Derrotabilidad y operaciones de excepción constitucional

El razonamiento de Maqueda encuentra sustento teórico en la derrotabilidad normativa de Alchourrón: una norma válida puede ceder ante circunstancias excepcionales que tornan su aplicación incompatible con el sistema⁵⁴. La aplicación automática de la regla “si una persona da a luz, el nacido es su hijo” a quien participó altruistamente sin voluntad de maternar constituye un supuesto donde la aplicación literal genera tensiones axiológicas específicas.

La operación interpretativa distingue entre la violación arbitraria de una norma y su suspensión mediante principios constitucionales presentes en el sistema. La excepción no deroga la regla general, pero la suspende en virtud de consideraciones específicas (autonomía personal e interés superior del niño). La decisión judicial opera identificando las limitaciones internas del texto sin contradecir su función sistemática general, demostrando que el sistema jurídico constituye una práctica institucional interpretativa más que una máquina deductiva. La derrotabilidad opera mediante la

⁵² Considerandos 12° y 13°, voto del ministro Maqueda.

⁵³ C.E. Alchourrón, *Sobre derecho y lógica*, in *Isonomía*, 2000, vol. 13, p. 14.

⁵⁴ La derrotabilidad normativa encuentra precedentes en sistemas de common law como *Holy Trinity v. United States*, 143 U.S. 457 (1892). Este enfoque, adaptado al sistema continental, fundamenta la suspensión justificada de normas por principios constitucionales, cfr. C.E. Alchourrón, *Sobre derecho y lógica*, in *Isonomía*, 2000, vol. 13, p. 26-27; cfr. C.E. Alchourrón, E. Bulygin, *Normative Systems*, Springer Verlag, Nueva York, 1971, donde se analiza la lógica de los sistemas normativos y las indeterminaciones que justifican la derrotabilidad.

secuencia analizada: identificación de laguna axiológica que produce la aplicación literal en tensión con principios constitucionales, aplicación de técnicas de disociación textual (análisis del adverbio “también”), identificación de laguna normativa específica (supuestos sin voluntad procreacional que quedan sin regulación adecuada), y construcción judicial mediante integración de principios constitucionales (voluntad procreacional —autonomía de la persona— como criterio rector del sistema TRHA).

Esta operación revela la naturaleza compleja de la aplicación normativa en contextos de indeterminación axiológica, donde los tribunales despliegan técnicas interpretativas específicas para mantener la coherencia del sistema ante nuevas configuraciones sociales no previstas expresamente por el legislador.

5. INTEGRACIÓN TEÓRICA E IMPLICANCIAS

5.1. Aplicación del marco conceptual

La sentencia analizada permite aplicar el aparato conceptual desarrollado por Alchourrón y Bulygin al análisis de operaciones interpretativas judiciales específicas⁵⁵. El voto de Maqueda ilustra un modelo de razonamiento judicial que combina diagnóstico de insuficiencia normativa, análisis axiológico y formulación de soluciones normativas compatibles con el sistema constitucional⁵⁶. Como explica Bulygin, en lagunas axiológicas los jueces pueden construir normas individuales a partir de una interpretación que identifica principios constitucionales relevantes en el caso concreto. Maqueda desplaza el artículo 562 no por aplicación directa de principios, sino mediante una evaluación axiológica que justifica su inadecuación en ciertos supuestos⁵⁷. En línea con el modelo de Alchourrón, esta aproximación demuestra que la aplicación de normas puede ser restringida en ciertos supuestos cuando una interpretación sistemática, fundada en una valoración racional de principios constitucionales, revela una tensión insalvable con los valores estructurales del sistema jurídico.

⁵⁵ Los autores argumentan que las normas, válidas en momentos específicos, generan lagunas cuando nuevas realidades sociales quedan sin regular. Estas lagunas temporales, frecuentes en contextos de cambio, exigen creación judicial para mantener la coherencia del sistema jurídico, cfr. C.E. Alchourrón, E. Bulygin, *Time and Norms*, in *Essays in Legal Philosophy*, Oxford University Press, Oxford, 2015, p. 136-137.

⁵⁶ Considerando 19º, voto del ministro Maqueda.

⁵⁷ E. Bulygin, *Los jueces, ¿crean derecho?*, in *Isonomía*, 2003, vol. 18, p. 23-24.

El caso revela la productividad analítica del marco conceptual para examinar operaciones judiciales complejas. Las herramientas conceptuales de lagunas axiológicas, derrotabilidad normativa y construcción jurídica permiten reconstruir racionalmente decisiones que, desde perspectivas formalistas, podrían aparecer como creaciones arbitrarias del tribunal.

5.2. Análisis de la relación aplicación-creación

Este análisis examina la distinción entre aplicación y creación judicial mediante el caso concreto. Para enfoques que sostienen esa dicotomía de manera rígida, la sentencia presenta un escenario donde la creatividad judicial constituye un componente estructural del razonamiento jurídico en contextos de indeterminación axiológica⁵⁸. La persistencia de resistencias académicas a reconocer la creatividad judicial como componente del razonamiento jurídico sugiere cuestiones teóricas relevantes sobre las capacidades institucionales de los jueces para construir soluciones fundadas en principios del sistema. El análisis del caso revela operaciones interpretativas que trascienden la mera ejecución normativa, requiriendo una labor de construcción que opera dentro de los márgenes del sistema jurídico. Las operaciones de Maqueda demuestran que la creatividad judicial puede desplegarse mediante técnicas interpretativas racionales (disociación textual, interpretación sistemática, integración constitucional) sin generar arbitrariedad decisoria.

La metodología empleada por Maqueda ilustra cómo la función jurisdiccional puede responder a nuevas situaciones manteniendo coherencia sistemática. Su razonamiento no opera por invención ex nihilo sino mediante reconstrucción interpretativa de principios implícitos en el orden constitucional, evidenciando que la creatividad judicial puede articularse con la legalidad estructural del sistema.

5.3. Implicancias para la comprensión de la normatividad

Las implicancias de este enfoque redefinen aspectos de la función jurisdiccional, que trasciende la mera ejecución normativa para incluir una labor de construcción que opera mediante criterios de coherencia sistemática. Esta comprensión de la normatividad no la concibe como repetición mecánica de fórmulas sino como práctica

⁵⁸ E. Bulygin, *Los jueces, ¿crean derecho?*, in *Isonomía*, 2003, vol. 18, p. 24-25.

interpretativa que debe responder a nuevas situaciones manteniendo los principios estructurales del sistema. La urgencia regulatoria no se reduce a una demanda de certeza jurídica: también plantea al sistema dilemas interpretativos complejos, como la vulnerabilidad de las gestantes económicamente precarizadas o la mercantilización del cuerpo⁵⁹. Estas cuestiones reflejan lagunas axiológicas donde la regulación existente resulta insuficiente para afrontar desafíos valorativos derivados de los cambios recientes en las estructuras familiares y reproductivas.

El análisis revela que los sistemas jurídicos operan en un entorno de incertidumbre jurídica, valorativa y organizativa que exige respuestas interpretativas complejas. Las operaciones de derrotabilidad normativa constituyen respuestas sistemáticas cuando los textos normativos, en su pretensión de universalidad, no regulan adecuadamente las transformaciones sociales emergentes. La convergencia metodológica con la reciente decisión de la Corte Costituzionale italiana (*sentenza* 68/2025) evidencia que las tensiones axiológicas identificadas y las técnicas de derrotabilidad normativa aplicadas trascienden particularidades nacionales: constituyen respuestas judiciales estructuradas ante escenarios familiares que la legislación vigente no había previsto ni regulado adecuadamente.

El valor del análisis excede el caso individual al demostrar cómo las herramientas conceptuales de Alchourrón y Bulygin permiten examinar operaciones interpretativas complejas en contextos de transformación social. El marco teórico aplicado revela que la indeterminación normativa no constituye una anomalía sino una posibilidad estructural del derecho que requiere respuestas interpretativas sistemáticas.

6. CONCLUSIONES

La sentencia “S., I. N. c/ A., C. L.” constituye un caso paradigmático para examinar cómo los sistemas jurídicos contemporáneos enfrentan vacíos regulatorios y dilemas valorativos ante situaciones no previstas por el legislador. Cuando los textos normativos, en su pretensión de universalidad, no regulan adecuadamente las transformaciones sociales emergentes, la derrotabilidad normativa proporciona herramientas analíticas para examinar las respuestas judiciales. La aplicación del

⁵⁹ Considerando 20º, voto del ministro Maqueda; véase también M.P. García Rubio, M. Herrero Oviedo, *Maternidades subrogadas: dilemas éticos y jurídicos*, in *Anales de la Cátedra Francisco Suárez*, 2018, vol. 52, p. 67-89.

marco conceptual de Alchourrón y Bulygin permite demostrar que el razonamiento de Maqueda representa una estrategia interpretativa integral que, mediante operaciones técnicas concretas, permite al juez elaborar soluciones normativas coherentes con el ordenamiento ante supuestos no previstos expresamente por el legislador.

El análisis revela operaciones interpretativas que trascienden la aplicación mecánica de normas preexistentes. La metodología empleada por Maqueda ilustra cómo los tribunales pueden responder a casos complejos mediante herramientas interpretativas racionales: análisis textual (el adverbio “también” como elemento disociativo), interpretación sistemática (coherencia del régimen TRHA), interpretación histórica (antecedentes legislativos del Código), e integración constitucional (principios de autonomía personal e interés superior del niño). Esta secuencia metodológica opera mediante lo que Guastini denomina construcción jurídica más que interpretación en sentido estricto.

La omisión legislativa que Maqueda identifica no constituye una carencia técnica sino una decisión política: la resistencia a abordar legislativamente una práctica socialmente existente. Esta tensión entre práctica social y regulación normativa genera escenarios donde la jurisprudencia desarrolla soluciones interpretativas para casos que superan las previsiones del legislador. Mientras tanto, los tribunales, mediante operaciones interpretativas fundadas en evaluaciones axiológicas racionales, reconstruyen el alcance de los derechos fundamentales de forma coherente con las transformaciones sociales y con el sistema constitucional vigente.

La convergencia metodológica con la reciente decisión de la Corte Costituzionale italiana (*sentenza* 68/2025) confirma que el análisis desarrollado trasciende particularidades nacionales: las tensiones axiológicas identificadas y las técnicas de derrotabilidad normativa aplicadas constituyen herramientas universales del razonamiento judicial constitucional contemporáneo ante transformaciones sociales que desbordan las categorías legislativas tradicionales.

Los tribunales disponen ahora de herramientas metodológicas específicas derivadas del análisis: identificar tensiones axiológicas mediante examen de la evidencia fáctica y los principios constitucionales comprometidos, aplicar técnicas de disociación textual cuando las normas generales no contemplen la especificidad del supuesto, y colmar las lagunas resultantes priorizando la coherencia sistemática con los valores superiores del ordenamiento. La metodología desplegada por Maqueda trasciende el caso específico al ofrecer un modelo analítico para examinar tensiones

axiológicas en otras transformaciones del derecho de familia⁶⁰, desde configuraciones homoparentales hasta técnicas reproductivas emergentes, donde las categorizaciones normativas tradicionales resultan insuficientes para regular la complejidad de las relaciones contemporáneas.

El marco conceptual aplicado demuestra que cuando las normas se interpretan mediante herramientas analíticas sistemáticas, los tribunales pueden responder a transformaciones sociales manteniendo la coherencia del sistema y la legitimidad institucional. La indeterminación normativa no constituye una anomalía sino una posibilidad estructural del derecho que requiere respuestas interpretativas mediante técnicas específicas de construcción jurídica.

El análisis precedente, desarrollado desde una perspectiva científico-descriptiva, permite ahora formular consideraciones normativas específicas sobre el desarrollo futuro del marco regulatorio. Estas consideraciones operan desde la dogmática constitucional y se justifican en tres fundamentos metodológicos. La función prospectiva de la ciencia jurídica: como señala Guastini, aunque la ciencia jurídica es descriptiva, sus resultados pueden informar la dogmática jurídica y las decisiones de política legislativa⁶¹. El análisis de las operaciones interpretativas reveló lagunas sistemáticas que requieren respuesta legislativa. El principio de inexcusabilidad institucional: así como los jueces no pueden refugiarse en carencias normativas para abstenerse de resolver, la academia jurídica no puede limitarse a describir problemas sin contribuir a su solución sistemática. Como establece Alchourrón, el ideal del Sistema Maestro exige que todas las instituciones contribuyan a la completitud y coherencia normativa⁶².

La legitimidad de la construcción dogmática: siguiendo a Guastini, **dado que** esta sección opera desde la dogmática jurídica (no desde la ciencia jurídica), **es posible** formular propuestas interpretativas fundadas sin pretensión de neutralidad científica. Para el legislador, la decisión confirma la urgencia de regular integralmente la gestación por sustitución, no como mera técnica reproductiva sino como fenómeno que interpela los fundamentos mismos de la filiación y la autonomía reproductiva. La regulación debería abordar: (1) criterios específicos de filiación basados en voluntad procreacional, (2) protocolos de protección para gestantes en situación

⁶⁰ Considerando 20º, voto del ministro Maqueda.

⁶¹ R. Guastini, *Interpretación y construcción jurídica*, in *Isonomía*, 2015, núm. 43, p. 52.

⁶² C.E. Alchourrón, *Sobre derecho y lógica*, in *Isonomía*, 2000, vol. 13, p. 13.

de vulnerabilidad económica, (3) marcos de prevención de la mercantilización del cuerpo y la gestación, y (4) mecanismos de resolución de conflictos entre gestantes y comitentes.

Para la práctica judicial, el análisis sugiere criterios operativos transferibles: (1) identificar tensiones axiológicas mediante análisis integral de evidencia fáctica y principios constitucionales comprometidos, (2) aplicar técnicas de disociación textual cuando las normas generales no contemplen la especificidad valorativa del supuesto, (3) colmar lagunas resultantes priorizando coherencia sistemática con valores superiores del ordenamiento, y (4) fundamentar construcciones judiciales en precedentes y principios positivizados para asegurar legitimidad institucional.

Para la dogmática constitucional, el caso establece precedente para el desarrollo de una teoría de la derrotabilidad normativa en el derecho de familia argentino. Los principios de autonomía reproductiva, diversidad familiar e interés superior del niño pueden operar como criterios de relevancia normativa en la medida en que sean identificados interpretativamente, a través de técnicas jurídicas específicas, como fundamento para resolver tensiones no previstas por el legislador. La metodología desarrollada por Maqueda proporciona herramientas conceptuales para casos futuros que presenten tensiones axiológicas similares.

Estas consideraciones de *iure condendo* complementan el análisis científico-descriptivo precedente, operando desde la dogmática constitucional para contribuir al desarrollo coherente del derecho de familia en contextos de transformación social acelerada.

BIBLIOGRAFÍA

- C. Alchourrón, *Sobre derecho y lógica*, in *Isonomía*, 2000, vol. 13, p. 11-33.
- C.E. Alchourrón, E. Bulygin, *Normative Systems*, Springer Verlag, Berlin, 1971.
- C.E. Alchourrón, E. Bulygin, *Essays in Legal Philosophy*, Oxford University Press, Oxford, 2015.
- C.E. Alchourrón, E. Bulygin, *Time and Norms*, in *Essays in Legal Philosophy*, Oxford University Press, Oxford, 2015, p. 136-137.
- C.E. Alchourrón, E. Bulygin, *Von Wright on Deontic Logic and the Philosophy of Law*, in *Essays in Legal Philosophy*, Oxford University Press, Oxford, 2015, p. 88-116.
- C.E. Alchourrón, E. Bulygin, *Normas, proposiciones normativas y enunciados jurídicos*, in *Análisis lógico y derecho*, 2.^a ed., Trotta, Madrid, 2021, p. 205-228.
- C.E. Alchourrón, E. Bulygin, *Sobre el concepto de orden jurídico*, in *Análisis lógico y derecho*, 2.^a ed., Trotta, Madrid, 2021, p. 421-441.
- C.E. Alchourrón, E. Bulygin, *Validez y positivismo*, in *Análisis lógico y derecho*, 2.^a ed., Trotta, Madrid, 2021, p. 531-550.
- E. Bulygin, *Los jueces, ¿crean derecho?*, in *Isonomía*, 2003, vol. 18, p. 7-25.
- E. Bulygin, *Judicial Decisions and the Creation of Law*, in *Essays in Legal Philosophy*, Oxford University Press, Oxford, 2015, p. 75-87.
- E. Bulygin, *The Concept of Efficacy*, in *Essays in Legal Philosophy*, Oxford University Press, Oxford, 2015, p. 37-51.
- E. Bulygin, *Time and Validity*, in *Essays in Legal Philosophy*, Oxford University Press, Oxford, 2015, p. 171-187.
- E. Bulygin, *Lógica deóntica*, in *Lógica deóntica, normas y proposiciones normativas*, Marcial Pons, Madrid, 2018, p. 29-45.

Corte Costituzionale italiana, *Sentenza* 68/2025, *Gazzetta Ufficiale*, 28, 28 de mayo de 2025.

Corte Interamericana de Derechos Humanos, *Artavia Murillo y otros (Fecundación in Vitro) vs. Costa Rica*, sentencia del 28 de noviembre de 2012.

Corte Suprema de Justicia de la Nación, *A., F. s/protección de persona*, Fallos: 330:642, 2007.

Corte Suprema de Justicia de la Nación, *Albarracín Nieves*, Fallos: 335:799, 2012.

Corte Suprema de Justicia de la Nación, *D., M. A.*, Fallos: 338:556, 2015.

Corte Suprema de Justicia de la Nación, *Interés superior del niño: protección de los derechos de las niñas, niños y adolescentes*, 1.^a ed., Ciudad Autónoma de Buenos Aires, 2024.

Corte Suprema de Justicia de la Nación, *S., I. N. c/ A., C. L. s/ impugnación de filiación*, CIV 86767/2015, Fallos: 347:1527, 22 de octubre de 2024.

N. De La Torre, *El debate sobre la regulación de la gestación por sustitución en la Argentina desde un enfoque de género y diversidad familiar en el decenio 2013-2023*, Tesis de Maestría, FLACSO, Buenos Aires, 2024.

European Court of Human Rights, *KK and Others v. Denmark*, App. No. 35148/18, 6 de diciembre de 2022.

European Court of Human Rights, *H v. United Kingdom*, App. No. 26392/17, 28 de marzo de 2023.

M.P. García Rubio, M. Herrero Oviedo, *Maternidades subrogadas: dilemas éticos y jurídicos*, in *Anales de la Cátedra Francisco Suárez*, 2018, vol. 52, p. 67-89.

R. Guastini, *Variaciones sobre temas de Carlos Alchourrón y Eugenio Buhygin. Derrotabilidad, lagunas axiológicas, e interpretación*, in *Doxa*, 2008, vol. 31, p. 143-155.

R. Guastini, *A realistic view on law and legal cognition*, in *Revus*, 2015, vol. 27, p. 45-54.

R. Guastini, *Interpretación y construcción jurídica*, in *Isonomía*, 2015, núm. 43, p. 11-48.

P.L. Manili, *La designación de funcionarios en comisión por el Poder Ejecutivo*, in *La Ley*, año LXXXVIII, n.º 23, 23 de diciembre de 2024.

P.E. Navarro, *Eugenio Bulygin y la filosofía del derecho*, in *Doxa*, 2023, vol. 42, p. 13-37.

J.L. Rodríguez, *Lagunas axiológicas y relevancia normativa*, in *Doxa*, 1999, vol. 22, p. 349-369.

Supreme Court of the United States, *Church of the Holy Trinity v. United States*, 143 U.S. 457, 1892.

Articoli

COLLUSION AND INEQUITABLE PRICES IN
THE EU MANDATORY BID REGIME

Federica Cadorin & Matteo Gatti

Federica Cadorin: Tenure Track Researcher

ORCID: MG 0009-0007-4079-5775

Università degli Studi di Milano (00wjc7c48)

federica.cadorin@unimi.it

Matteo Gatti: Professor of Law

Rutgers Law School

mgatti@law.rutgers.edu

ABSTRACT

This article examines the phenomenon of collusion in corporate acquisition transactions under the framework of the EU mandatory bid rule, focusing on avoidance practices that undermine the application of the highest price paid rule. Through a comparative analysis of landmark cases in France, Italy, and Germany, this study shows how collusive arrangements — often involving side contracts — enable acquirers to offer lower prices to minority shareholders, thereby undermining shareholder protection and distorting the efficiency of the market for corporate control. This article also assesses the adequacy of legal responses at both the EU and national levels in addressing these distortions, arguing that, to effectively restore an ‘equitable’ price, supervisory authorities should take into account any additional benefits granted to the seller of the controlling stake. Compared to valuation methods based on allegedly ‘objective’ criteria, this approach more effectively neutralizes the distorting effects of collusion and strengthens the deterrent function of the mandatory bid rule against inefficient acquisitions.

Keywords: Mandatory Takeover bid; Highest Price Paid rule; Takeover Directive; Collusion.

Questo contributo è stato sottoposto a referaggio anonimo (doppio cieco)
This paper has been subjected to double-blind peer review



Licensed under a [Creative Commons Attribution-NonCommercial-NoDerivatives 4.0 International](https://creativecommons.org/licenses/by-nc-nd/4.0/)

© The Author(s)

Published online: 23/07/2025



TABLE OF CONTENTS: 1. Collusion: Theory and Practice. – 1.1. France: The rescue of Groupama by Caisse des Dépôts et Consignations and the overlap between acting in concert and ‘collusion’ – 1.2 Italy: The takeover bid for Camfin and the debate on intent to evade the highest price paid rule under Italian law – 1.3 Germany: Collusion in voluntary takeover bids and the Celesio case – 2. The case against collusion – 2.1 The impact on the efficiency of the market for corporate control – 2.2 The impact on the overall effectiveness of takeover rules – 3. How does EU and national takeover law handle collusion? – 4. How to restore the ‘equitable’ price – 5. Conclusion

1. COLLUSION: THEORY AND PRACTICE¹

Acquiring control of a listed company under EU takeover law is expensive: the person obtaining ‘control’ (however defined under national laws) must offer to purchase all the remaining shares at the highest price paid over the previous six to twelve months for the same securities. Such price is often well above the then prevailing market price for the float because it typically incorporates the premium paid to entice the selling shareholder(s). Prospective buyers may at times seek transaction structures that minimise their acquisition costs and, among the many ways to reduce such costs,² collusion is one of the most treacherous.

Collusion is an arrangement whereby a portion of the consideration agreed upon between the acquirer and the seller for the controlling interest is paid through a separate transaction, normally a transfer of other assets. Because formally the considera-

¹ While the piece reflects collaborative thinking, authorship of specific sections may be attributed as follows: paragraphs 1, 3, and 4 to Federica Cadorin, and paragraphs 2 and 5 to Matteo Gatti. An earlier version of this contribution appeared as a chapter in A. F. de Araoz, *European Takeovers: The Art of Acquisition* (3rd edition), Globe Law and Business, 2022, p. 53.

² Other transaction structures may be designed to reduce acquisition costs in the context of a mandatory bid: for an example, see the takeover for Funespaña by Mapfre. In that case, the acquirer crossed the relevant threshold as a result of a merger between its subsidiary Gesmap and the target company; the bid was launched after the closing of the merger (30 November 2011), but the highest price paid was calculated taking into account purchases made by the bidder in the twelve months prior to the announcement of the execution of the merger agreement (20 December 2012). This way, the (higher) price agreed by the bidder for target shares in a shareholders’ agreement signed on 31 May 2011 (*i.e.*, before the launch of the bid, but after the announcement of the prospective merger) was not taken into account for setting the bid price. For reference, see SAN 1136/2014 (whereby the Audiencia Nacional confirmed that the highest price paid rule had been applied correctly by Mapfre and the supervisory authority) and STS 3052/2015 (whereby the *Tribunal Supremo* overturned the decision and established that minority shareholders were entitled to receive a consideration not lower than the price agreed by the bidder in the shareholders’ agreement).

tion for such separate transaction is not consideration for the target shares, the parties would exclude it from the calculation of the highest price paid for the shares of the target company. For example, when negotiating the purchase of the controlling block, the acquirer may secure a discount on the price of that stake, which in turn lowers the per-share price to be offered in the subsequent mandatory bid. To compensate for this discount, the seller receives equivalent economic benefits through one or more side agreements — either directly with the acquirer or with parties acting in concert with it. Both the acquirer and the seller can thus benefit from collusion: the acquirer may obtain control at a lower price, while the seller gets to sell its stake at its preferred price thanks to the side deal. Those who lose out are the minority shareholders of the target who receive a low-ball offer. Also, collusion imperils the overall efficiency and transparency of the takeover market and of capital markets in general.

We begin with a brief description of selected cases of collusion in different jurisdictions. We then investigate the problem with collusion from the perspective of the efficiency of the market for corporate control and of the effectiveness of takeover rules in general. Finally, we look into the remedies to collusion provided under EU and national takeover laws, taking a stand on how the ‘equitable’ price should be restored in order to protect the overall efficacy of the mandatory bid rule (MBR) regime and deter inefficient transfers of corporate control.

1.1. France: The rescue of Groupama by Caisse des Dépôts et Consignations and the overlap between acting in concert and ‘collusion’

In 2011, to overcome a state of financial distress, the French insurance company Groupama entered into a memorandum of understanding with the French Deposit and Consignment Office (*Caisse des Dépôts et Consignations* or CDC), whereby the parties agreed to effect a two-step transaction. In the first step, CDC subscribed for preference shares issued by GAN Eurocourtage, a wholly-owned subsidiary of Groupama with a capital injection of €300 million. In the second step, CDC contributed 55.58% of the capital and voting rights of its listed real estate subsidiary Icade to its own wholly-owned subsidiary, Holdco SIIC. In parallel, Groupama contributed to Holdco SIIC 43.94% of the capital and voting rights of Silic, another listed real estate company, on the basis of an exchange ratio of five Icade shares for four Silic shares. As a result of the contribution by Groupama, Holdco SIIC acquired a major stake in Silic, which triggered the MBR under French takeover law (Article 234-2 of the General Regulation of

the AMF). However, because Holdco SIIC was acting in concert with CDC and Icade, and the three companies were thus under a joint and several obligation to launch the mandatory bid, the bidder was ultimately Icade (whose securities, unlike Holdco SIIC's, were listed on Euronext Paris), which made an exchange offer for all Silic shares, at an implicit exchange ratio of five Icade shares for four Silic shares.

While the French supervisory authority (*Autorité des marchés financiers* or AMF) concluded that both the nature and the amount of consideration were compliant with French takeover law, some minority shareholders brought an action before the Paris court of appeal for the annulment of AMF's decision, claiming, among other things, that 'collusion' among the parties violated the highest price paid rule under French law (Article 234-6 of the General Regulation of the AMF).³ In particular, they argued that the subscription for the preference shares of Gan Eurocotage by CDC was aimed at providing additional advantages to Groupama without affecting the price to be offered in the mandatory bid of Silic.

The Paris Court of Appeal did not refute that the transaction fell within the scope of Article 234-6 of the General Regulation of the AMF, but concluded that the joint application of the three replacement criteria provided by law, on the basis of the so-called multi-criteria approach,⁴ did not justify an adjustment of the bid price in the specific case.⁵ Under such approach, the three criteria that French regulation enumerates for adjusting the bid price (namely, generally accepted objective valuation criteria, the characteristics of the target company and the market for its securities) cannot be taken separately; rather, they each have to be jointly applied. Consequently, minority shareholders cannot invoke the most favorable parameter (in the specific case, the average market value of the target's shares), because the supervisory authority is required to combine them all. Such a ruling was eventually confirmed by the French Supreme Court.⁶

³ The rule provides that: "The AMF may request or authorise a price modification if this is warranted by a manifest change in the characteristics of the target company or in the market for its securities, and notably ... if the price mentioned in the first paragraph results from a transaction that includes related items involving the offeror, acting alone or in concert, and the seller of the securities acquired by the offeror over the last twelve months. In these cases ... the price is determined based on generally accepted objective valuation criteria, the characteristics of the target company and the market for its securities" (English translation available on the [AMF website](#)).

⁴ For reference, see H. Le Nabasque, *Solidarité résultant d'une action de concert et obligation de déposer un projet d'offre publique d'acquisition*, in *Revue des sociétés*, 2015, p. 185.

⁵ CA Paris, 27 June 2013, cases 2012/08248 and 2012/08324.

⁶ Cass. com., 25 November 2014, case no. 13-21.71. For a critique, see S. Torck, *Offre publique obligatoire d'ICADE sur SILIC: quelques propos dissidents au sujet de l'arrêt de la Chambre commerciale du 25 novembre 2014*, in *Droit Des Sociétés*, 2015, p. 31.

The argument used by the Court of Appeal (and approved by the Supreme Court) raises questions about how to effectively remedy collusion, something we will investigate in section 4 below.

1.2. Italy: The takeover bid for Camfin and the debate on intent to evade the highest price paid rule under Italian law

In 2013, in the context of a corporate group reorganisation, the family holding company of Italian businessman Marco Tronchetti Provera (Marco Tronchetti Provera & C Spa, or MTP) purchased at €0.80 per share, through newco Lauro Sessantuno Spa (Lauro 61), approximately 12% of Camfin Spa (Camfin) – a company holding more than 26% of Pirelli & C Spa (Pirelli). The seller, Malacalza Investimenti Srl (MCI), was the holding company of another Italian businessman, Vittorio Malacalza. As a result, with almost 61% of voting rights of Camfin, MTP acquired legal control of the company (it already held *de facto* control), thus triggering the MBR pursuant to Article 106 of the Italian Legislative Decree 58 of 24 February 1998 (Consolidated Law on Finance). Consequently, on 5 June 2013, Lauro 61 informed the market that it would launch a takeover bid for Camfin at €0.80 per share.

In connection with the transaction, MCI disclosed that it had sold its stake in Camfin, and also announced that it had reinvested the proceeds to purchase slightly less than 7% of Pirelli, at the price of €7.80 per share. The sellers of the Pirelli stake were Allianz Spa (Allianz) and Fondiaria Sai Spa (FonSai), who obtained prior approval to sell their shares from their counterparts in a lock-up agreement that included Camfin, the ‘chair’ party under such agreement.

Before the completion of the mandatory bid, upon request from some minority shareholders, the Italian supervisory authority (Consob) established that the transaction constituted collusion under Italian takeover law, because MCI had sold its stake in Camfin to Lauro 61 at a discounted price, getting in return a discount to purchase Pirelli shares. Therefore, Consob imposed to raise the bid price to €0.83 per share, pursuant to Article 106, paragraph 3, of the Consolidated Law on Finance.⁷

The transaction planners sought the judicial annulment of Consob’s decision before the *TAR Lazio*, the Lazio Regional Administrative Court. The petitioners

⁷ Consob Decision 18662 of 25 September 2013.

claimed, among other things, that to impose an increase in the bid price, the supervisory authority should have proved that the parties involved in the transaction (including Allianz and FonSai) had *intention* to circumvent takeover regulation. The judges dismissed such claims, adopting an objective notion of collusion, which disregards intent of the participants as a requirement for the purpose of price adjustment; according to such notion, it is sufficient that their conduct results in the attribution of additional advantages to the seller that are not included in the price of the takeover bid.⁸ The matter was also submitted to the European Court of Justice, which concluded that Italian rules on collusion do conform with EU law,⁹ so long as their actual interpretation “can be deduced in a sufficiently clear, precise and foreseeable manner” from national law.¹⁰ Nevertheless, on appeal the Council of State reversed *Tar Lazio* and thus annulled Consob’s decision on price adjustment, affirming that collusion requires “an agreement of all parties aimed at circumventing the rules governing the formation of the bid price.”¹¹

This stance from Italian Council of State was widely criticised, because it adopts a too-narrow notion of collusion that makes it extremely hard for investors to obtain a remedy,¹² thus paving the way for an easier circumvention of the highest price paid rule.¹³

⁸ TAR Lazio, 19 March 2014, judgement numbers 3009, 3010, 3011, 3012.

⁹ The court, in particular, affirmed that the notion of collusion adopted by Consob and TAR Lazio is abstractly compatible with the requirements of the Takeover Directive, according to which “Member States may authorise their supervisory authorities to adjust the price” set pursuant to the highest price paid rule “in circumstances and in accordance with criteria that are clearly determined” (Article 5, Paragraph 4, second subparagraph; on the matter see section 3 below), even though (i) it does not refer to precisely identified conduct; and (ii) the same word “collusion” has a different meaning in other areas of national law.

¹⁰ EU Court of Justice, 20 July 2017, case no. C-206/16.

¹¹ Consiglio di Stato, judgement no. 6330 of 13 November 2018.

¹² Compare with A. Abu Awwad, *Collusione e rettifica del prezzo nell’OPA obbligatoria*, in *Rivista della regolazione dei mercati*, 2019, p. 179; F. Cadorin, *Opa collusiva, poteri della Consob e tutela degli investitori*, in *Giurisprudenza commerciale*, I, 2020, p. 416.

¹³ Nevertheless, despite the narrowing of its scope, collusion claims are still brought, as the takeover for Ansaldo STS shows. In that case, the supervisory authority found that the seller of Ansaldo’s controlling stake, Finmeccanica, had received additional advantages by the means of the parallel sale of the Ansaldo-Breda division to the prospective acquirer (Hitachi) at a price above its fair market value. Consequently, Consob adjusted upwards the bid price, pursuant to Article 106, paragraph 3, of the Consolidated Law on Finance (see Consob Decision 19507 of 3 February 2016). Finmeccanica appealed Consob’s decision before TAR Lazio, but the Tribunal confirmed that the combination of agreements between the acquirer and the seller fell within the notion of collusion, even under the stricter interpretation of the Council of State in the Camfin case (see TAR. Lazio, 26 January 2019, judgement no. 1032).

1.3. Germany: Collusion in voluntary takeover bids and the *Celesio* case

Collusion generally occurs in the context of the MBR, as a way for acquirers to reduce acquisition costs by deviating from the highest price paid rule. But collusion may in principle occur in voluntary bids as well, to prevent the application of the so-called best price rule in such context.

According to the EU Takeover Directive,¹⁴ a bidder is free to set the price of a voluntary bid; but if it offers higher consideration to any target shareholder (either during or after the offer period), the best price rule requires an increase of the offer price for all other target shareholders.¹⁵ The German version of the rule also covers prior purchases of shares, providing that the price to be offered in a voluntary bid must be at least equal to the price paid by the bidder for target shares before, during or after the bid.¹⁶ In addition, German law stipulates that: “Agreements under which the assignment of shares can be requested shall be treated as equivalent to a purchase of shares” (the so-called ‘equivalence rule’).¹⁷

Within such legal framework, in 2013 US health service provider McKesson disclosed that it had signed with Haniel & Cie a share and purchase agreement to acquire a 50.01% stake in Celesio, a pharmaceutical wholesale distributor based in Germany, at €23 per share, and that it would voluntarily bid for all remaining shares at the same price. In parallel, the bidder also extended an offer to all the holders of convertible bonds, at substantively equivalent terms. The deal was conditional on a 75% acceptance threshold.

However, activist US hedge fund Elliott managed to secure slightly more than 25% of the voting rights of Celesio, from purchasing both shares and convertible bonds, thus gaining a *de facto* veto power on the bid. Despite the fact that McKesson sweetened its offer by adding €0.50 per share, Elliott decided to hold out, and the bid eventually failed.

A few days after, Elliott sold its shares to Haniel, which then transferred its whole stake to McKesson, at €23.50 per share. In addition, the latter purchased Elliott’s convertible bonds, in order to secure more than 75% of Celesio shares on a fully di-

¹⁴ Compare with Article 3, Paragraph 1, Subparagraph (a) of the Takeover Directive.

¹⁵ See, eg, Rule 6.2(a) of the Takeover Code for the UK and Article 42, paragraph 2, of the Regulation implementing Italian Legislative Decree 58 of 24 February 1998, concerning the discipline of issuers (Consob delegated regulation on issuers) for Italy.

¹⁶ See Sections 3 to 7 of the German Offer Regulation (*WpÜGAngebV*); previous purchases are considered in Section 4 of the Regulation.

¹⁷ Compare with Section 31(6)(1) of the German Takeover Act (*WpÜG*).

luted basis. Then, having been exempted by the supervisory authority (BaFin) from the one-year cooling-off period, McKesson launched a second voluntary bid for Celesio's shares, at the price of €23.50 per share, which was eventually successful.

In light of these events, the German Small Shareholder Association required BaFin to open an investigation into the matter, claiming that Elliott had secured an additional advantage through the sale of convertible bonds. As BaFin declined to intervene, affirming that the purchase of convertible bonds was not relevant for the application of the best price rule, some minority shareholders sued McKesson. While the Regional Court of Frankfurt am Main supported the position taken by BaFin, stating that a derivative purchase of convertible bonds is not an 'agreement' for the purposes of the equivalence rule,¹⁸ the Higher Regional Court of Frankfurt am Main overturned the decision and established that the target shareholders were entitled to receive an additional payment of €7.45 per share.¹⁹

The litigation was appealed to the Federal Court of Justice, which confirmed that a derivative purchase of convertible bonds carried out in the six months prior to publication of an offer document does qualify, in principle, as an 'agreement' for the purposes of the equivalence rule.²⁰

The case shows that, even in the absence of specific provisions addressing collusive agreements (see section 4 below), anti-circumvention rules (such as the German 'equivalence rule') can be invoked to protect the effectiveness of the highest price paid rule.²¹

2. THE CASE AGAINST COLLUSION

There are two principal reasons why collusion is problematic: first, it prevents the highest price paid rule from expressing the 'equitable price'; secondly, it endangers the overall effectiveness of the MBR regime.

¹⁸ See Regional Court of Frankfurt am Main, 2 December 2014.

¹⁹ See Higher Regional Court of Frankfurt am Main, 19 January 2016.

²⁰ See Federal Court of Justice, 7 November 2017.

²¹ For a deeper analysis, please refer to J. Grant, T. Kirchmaier and C. A. Nigro, *Convertible bonds and the best price rule: the Celesio case*, in J. Grant, *European Takeovers: The Art of Acquisition* (2nd edition), Globe Law and Business, 2018, p. 39; as well as P. Agstner and C. A. Nigro, *Obbligazioni convertibili e corrispettivo dell'opa volontaria nell'esperienza tedesca (con uno sguardo al diritto italiano)*, in *Rivista del diritto societario*, 2021, p. 753.

2.1. The impact on the efficiency of the market for corporate control

As shown in the cases above, collusion reduces the price that will be offered in the mandatory bid and, from this perspective, it is detrimental to minority shareholders, because they would not receive the full consideration obtained by the seller of the control block. But there is more: collusion also alters the very function of the highest price paid rule, which under the Takeover Directive is meant to set the ‘equitable’ price for the target shares.²²

Often, the ‘equitability’ of the price fixed pursuant to the highest price paid rule is explained with the principle of equal treatment of shareholders, according to which all shareholders should be able to exit at the same conditions.²³ But this is a largely unsatisfactory explanation.

In fact, no rule or standard in EU law demands that all shareholders must participate in any sale-of-control transaction on the same terms as the control seller.²⁴ As for the principle of ‘equivalent treatment’ set out in Article 3 of the Takeover Directive, it only requires that all the offerees are treated equally *within* the offer process (both in voluntary and mandatory tender offers). Therefore, it can hardly be regarded as a basis for the ‘equal opportunity rule’ under Article 5. Even at the national law level, when a principle of equality is affirmed or implied in the legal system, it only applies to the relationship between the *company* and its shareholders, without extending to relationships among shareholders, or between existing shareholders and future controllers.²⁵

After all, the rule, while requiring the acquirer of a controlling stake to launch a bid for the remaining shares at ‘the highest’ price paid in the previous months, does not go the extra step of ensuring equal treatment for those shareholders who sold their shares

²² See Article 5, paragraph 4 of the Takeover Directive: “The highest price paid for the same securities by the offeror ... shall be regarded as the equitable price.”

²³ Compare with J. Winter *et al*, *Report of the High Level Group of Company Law Experts on Issues Related to Takeover Bids*, 2002, p. 49. The document, also known as the ‘Winter Report’, was released in order to provide the European Commission with independent advice on issues related to takeover bids for the submission of a proposal for an EU Directive on the matter.

²⁴ EU Court of Justice, 15 October 2009, case no. C-101/08.

²⁵ See R. Skog, *Does Sweden Need a Mandatory Bid Rule? A Critical Analysis*, in *SUERF Studies*, 1997, p. 39; M. Pagano, F. Panunzi and L. Zingales, *Osservazioni sulla Riforma della disciplina dell’opa, degli obblighi di comunicazione del possesso azionario e dei limiti agli incroci azionari*, in *Rivista delle società*, 1998, p. 153; E. Wymeersch, *Takeovers from a Comparative Perspective*, in *Seminario internazionale in materia di Opa. Atti del convegno (Roma, Palazzo Giustiniani, 29 maggio 1998)*, *Quaderni di Finanza Consob*, n. 32, 1999, p. 62.

in the relevant period prior to the mandatory bid at the various market prices.²⁶ In other words, without remedying this disparity between pre-mandatory bid and mandatory bid selling shareholders, the ‘equitable’ price cannot purport to protect *equal treatment* of shareholders. Thus, we must investigate alternative rationales.

In that spirit, it is worth noting that the MBR requires payment of the *highest* per share price the acquirer agreed to pay over a specified timeframe. This implies that the acquirer will not be obligated to pay more than it has already agreed to pay for the same securities, thus making the overall cost of the takeover predictable. As a result, if a prospective acquirer anticipates being unable to cover the acquisition cost as calculated under this rule, the law essentially disincentivises them from crossing the ownership threshold that would trigger the MBR. Therefore, the mere fact that the bid must be addressed to all the holders of the target shares should deter a prospective acquirer from pursuing the acquisition whenever the rationale for the deal is to extract significant private benefits of control at the expense of minority shareholders.²⁷ Indeed, if all shareholders were to tender their shares under the offer, the acquirer would be left with no minority shareholders to exploit.²⁸ From this perspective, the highest price paid rule plays a key role in impeding inefficient acquisitions or transfers of corporate control under European takeover regulation, because its economics imply that the only transactions to take place are those whereby the acquirer expects to increase the value of target shares.²⁹

²⁶ This may occur in both contestable and non-contestable companies. In the former, the acquirer normally reaches the relevant stake as a result of a series of purchases on the stock exchange at gradually increasing prices, so that the ‘highest price’ is likely to be the amount paid upon the latest purchase; in the latter, the acquirer generally buys the controlling stake from the existing blockholder, but he/she may also happen to have bought additional shares on the market, or entered into separate agreements with other significant shareholders, possibly at a higher/lower price, in the same period. In both cases, the law allows these forms of ‘unequal treatment’ of shareholders.

²⁷ About the notion of private benefits of control, see E. Elhauge, *The Triggering Function of Sale of Control Doctrine*, in *University of Chicago Law Review*, 1992, p. 1465; for their impact on control premiums, compare with R. J. Gilson and J. N. Gordon, *Controlling Controlling Shareholders*, in *University of Pennsylvania Law Review*, 1999, p. 794; for the scale of the phenomenon across different jurisdictions, see A. Dyck and L. Zingales, *Private Benefits of Control: An International Comparison*, in *The Journal of Finance*, 2004, p. 537.

²⁸ See L. Enriques, *Mercato del controllo societario e tutela degli investitori: la disciplina dell’OPA obbligatoria*, 2002, p. 32; M. Gatti, *Opa e struttura del mercato del controllo societario*, 2004, p. 282; E. P. Schuster, *The Mandatory Bid Rule: Efficient, After All?*, in *Modern Law Review*, 2013, p. 553.

²⁹ For a formal demonstration, see L. A. Bebchuk, *Efficient and Inefficient Sales of Corporate Control*, in *The Quarterly Journal of Economics*, 1994, p. 957, where the author explains that a transaction on the market of corporate control is efficient if, and only if, the aggregated value of the shares of the target company is higher after its completion (p. 963) and shows that the “equal opportunity rule”, though discouraging some efficient transactions, prevents virtually all inefficient transfers of corpo-

In short, to prevent inefficient transactions on the market of corporate control, the rule gives the acquirer the chance to predict, and even determine, the overall cost of the takeover, which is a function of the highest price actually paid to shareholders who accepted to sell their shares for that price. In this respect, the highest price paid reflects the contractual balance achieved between the parties of a specific transaction — or, put it differently, the case-specific exchange value of the target shares.

This exchange value typically equals or exceeds the exchange value that other shareholders attach to target shares. In concentrated-ownership companies, the seller of the controlling stake expects a premium to compensate for the loss of private benefits of control.³⁰ In contrast, in dispersed-ownership companies — where control may be acquired through a series of stock market purchases at progressively higher prices — the seller of the marginal share (i.e., the one whose sale causes the control threshold to be crossed) is usually the shareholder who values their shares the most.³¹

All in all, the price under the highest price paid rule should be considered ‘equitable’ because, while deterring inefficient transfers or acquisitions of corporate control, it also provides minority shareholders with a consideration not lower than the exchange value of the target shares.

However, in the case of collusion, this mechanism breaks down. When part of the consideration for the controlling interest is disguised as payment for a separate transaction, the highest price formally paid by the acquirer no longer reflects the true value of the target shares. Since the bid price is lower on a per-share basis than the real consideration paid to the seller of the controlling stake, the bidder may afford the takeover even without expecting to increase the value of target shares. In this scenario, the MBR would fail to prevent inefficient transfers of corporate control.³²

rate control (p. 972). Consider, however, that the mandatory bid rule is ineffective when it comes to curbing the so-called “creeping acquisitions”, as explained by L. Enriques and M. Gatti, *Creeping Acquisitions in Europe: Enabling Companies to Be Better Safe than Sorry*, in *Journal of Corporate Law Studies*, 2015, p. 76.

³⁰ See R. J. Gilson and J. N. Gordon, *Controlling Controlling Shareholders*, in *University of Pennsylvania Law Review*, 2003, p. 794.

³¹ Compare with L. A. Stout, *How Efficient Markets Undervalue Stocks: CAPM and ECMH under Conditions of Uncertainty and Disagreement*, in *Cardozo Law Review*, 1997, p. 486.

³² For further details, see F. Cadorin, *OPA obbligatoria e prezzo “equo”*, Milano, Giuffrè, 2023, p. 149; Id., *Opa collusiva, poteri della Consob e tutela degli investitori*, in *Giurisprudenza commerciale*, 2020, I, p. 421.

2.2. The impact on the overall effectiveness of takeover rules

There is yet another overarching rationale supporting devices to correct deviations from the highest paid price rule. A firm enforcement of such a rule protects the overall effectiveness of the MBR regime, which in turn helps strengthening investor trust in capital markets. Effective enforcement of the highest paid price rule also deters prospective acquirers from the temptation of low-balling investors via alternative transaction structures. Otherwise, if transaction planners felt it easy to escape from the highest price paid rule, they would take their chances and, as a result, market participants would lose trust in the underlying rules, stocks would systematically discount the risk of value transfers detrimental to minority shareholders upon a change of control, and the cost of capital in the given market would increase. In sum, remedying collusion and other deviations fosters stricter compliance with the MBR, enhances legal certainty, and strengthens investor reliance on enforcement of the rules of the game.³³

3. HOW DOES EU AND NATIONAL TAKEOVER LAW HANDLE COLLUSION?

EU law acknowledges the risks involved in a deviation from the correct operation of the highest price paid rule and addresses them in the Takeover Directive. As recommended in the Winter Report,³⁴ Article 5 provides that “Member States may authorise their supervisory authorities to adjust the price” set pursuant to the highest price paid rule “in circumstances and in accordance with criteria that are clearly determined” (paragraph 4, second subparagraph). In this regard, the Directive sets out, by way of example, a list of “circumstances” that can be taken into

³³ See M. Gatti, *Mancata promozione di OPA obbligatoria e risarcimento del danno*, in *Giurisprudenza commerciale*, 2005, II, p. 791 (footnote 57), as well as A. Perrone, *Informazione al mercato e tutele dell'investitore*, Milano, Giuffrè, 2003, p. 208 and D. Preite, *Il conflitto di interessi del socio tra codice e disciplina del mercato mobiliare*, in *Rivista delle società*, 1988, p. 399 (addressing self-dealing).

³⁴ See J. Winter *et al*, *Report of the High Level Group of Company Law Experts on Issues Related to Takeover Bids*, 2002, p. 50: “the group holds the view that the Directive should: on the one hand, contain a rule whereby the highest price paid, as defined above, by the offeror is assumed to be an equitable price in a mandatory bid in normal circumstances; on the other hand, explicitly state that Member States are permitted to define both the situations in which this presumption may be displaced and the criteria which may be applied by supervisory authorities in their decision to retain a price higher or lower than the highest price paid.”

account for the price adjustment, such as market manipulations or other exceptional occurrences,³⁵ but leaves the task to national laws for their actual definition. Unlike the Winter Report,³⁶ the Takeover Directive does not explicitly mention *collusion* among those “circumstances” but considers the case where “the highest price was set by agreement between the purchaser and a seller”.

Defining such “circumstances” has been implemented differently by member states. While some (*e.g.*, Germany)³⁷ do not empower their national supervisory authority to adjust the mandatory bid price, most jurisdictions do. But even in this latter category, not every jurisdiction takes collusion into account: for instance, the UK Takeover Code – largely taken as a model for the Takeover Directive³⁸ – does not cover collusion among the “[c]ircumstances which the Panel might take into account when considering an adjustment of the highest price”.³⁹

In any event, most national laws and regulations do consider some kind of collusive arrangement for purposes of bid price adjustment. Italy specifically refers to “collusion between the bidder, or persons acting in concert with the bidder, and one or more of the sellers”,⁴⁰ thereby using the same formulation that is found in

³⁵ Compare with Article 5, paragraph 4, second subparagraph: “To that end, [Member States] may draw up a list of circumstances in which the highest price may be adjusted either upwards or downwards, for example where the highest price was set by agreement between the purchaser and a seller, where the market prices of the securities in question have been manipulated, where market prices in general or certain market prices in particular have been affected by exceptional occurrences, or in order to enable a firm in difficulty to be rescued.”

³⁶ See J. Winter *et al*, *Report of the High Level Group of Company Law Experts on Issues Related to Takeover Bids*, 2002, p. 50: “The group, nonetheless, considers that the highest price paid rule may not, in particular circumstances, achieve an equivalent treatment of holders of securities. Such circumstances include, but are not limited to, the following situations: the highest price paid was set by collusion (*i.e.*, an agreement with the vendor aimed at evading the highest price paid rule...”

³⁷ For reference see Section 31 of the German Securities Acquisition and Takeover Act (*WpÜG*) and Sections 3 to 7 of the Ordinance on the content of the offer document, the consideration in the case of takeover offers and mandatory offers and the exemption from the obligation to publish and submit an offer (*WpÜGAngebotV*). However, even in the absence of specific provisions addressing collusive agreements, BaFin applied the “equivalence rule” to protect the effectiveness of the highest price paid rule in the *Celesio* case (see section 1.3 above).

³⁸ See M. Ventoruzzo, *Europe’s Thirteenth Directive and US Takeover Regulation: Regulatory Means and Political Economic Ends*, in *Texas International Law Journal*, 2006, p. 191.

³⁹ See Note 3 to Rule 9.5 of the Takeover Code.

⁴⁰ Italian Consolidated Law on Finance provides that the Italian Supervision Authority (Consob) “shall regulate situations in which ... subject to provision with just cause by CONSOB, the takeover bid is promoted at a price higher than the highest price paid, provided such a measure is necessary for investor protection purposes and ... there is evidence of collusion between the bidder, or persons acting in concert with the bidder, and one or more of the sellers” (Article 106, paragraph 3; English translation available on the [CONSOB website](#)).

the Winter Report's recommendations.⁴¹ Some jurisdictions, such as France⁴² and Ireland,⁴³ consider other agreements between the prospective bidder and the seller, while others (Spain⁴⁴ and Belgium)⁴⁵ focus on the presence of additional advantages, not included in the per-share price formally paid for the controlling stake.⁴⁶ Yet, despite differences in formulation ("other agreements", on the one hand, and "advantages", on the other hand), at closer inspection both appear to be part and parcel of the same phenomenon. In fact, while the mere existence of other agreements between the prospective bidder (or persons acting in concert with them) and the seller is not inherently relevant, it becomes significant when such agreements grant the seller additional advantages that are not formally reflected in the bid price.⁴⁷ Conversely, 'additional advantages' can only arise through the presence of a side agreement.

Ultimately, irrespective of the wording used by the applicable rules, what matters for the purpose of bid price adjustment is the effect of the overall transaction on the application of the highest price paid rule: when the highest price (formally) paid does not fully reflect the exchange value that the acquirer actually attaches to the target shares, supervisory authority in various jurisdictions intervene to restore the 'equitable' price.

⁴¹ Nonetheless, a dispute arose on the meaning of the term 'collusion' in this context: see section 1.2 above.

⁴² See note 3.

⁴³ See Rule 9.4, Paragraph (d), Subparagraph (i) of the Irish Takeover Rules: "If the bargain is linked to any other transaction, contract or arrangement, the acquirer shall notify the Panel of that fact and of the relevant details and the Panel will determine the applicable acquisition price" for the purposes of the mandatory bid.

⁴⁴ The Spanish Royal Decree 1066/2007 provides that the national supervisory authority (CNMV) may modify the price set according to the highest price paid rule, *inter alia*, when "the acquisitions during the reference period include some compensation in addition to the price paid or agreed" (Article 9, paragraph 4, as translated by the authors).

⁴⁵ Under Article 55 of the Royal Decree of 27 April 2007 on Takeover Bids, the Belgian national supervisory authority (FSMA) "can authorise or demand a change in the price if ... there is evidence that certain transferors of the securities concerned have obtained, in addition to the said consideration, other specific advantages, whether directly or indirectly" (English translation available on the [FSMA website](#)).

⁴⁶ Similarly, Article 47-*octies* of the Regulation implementing Italian Legislative Decree 58 of 24 February 1998, concerning the discipline of issuers (Consob delegated regulation on issuers) clarifies that "The offer price shall be increased by CONSOB pursuant to Article 106, subsection 3, paragraph d), no. 2 of the Consolidated Law on Finance if a higher price than that declared by the bidder is paid as a result of verified collusion between the bidder or the persons acting in concert with them and one or more sellers" (English translation available on the [CONSOB website](#)).

⁴⁷ See section 1 above.

4. HOW TO RESTORE THE ‘EQUITABLE’ PRICE

The Takeover Directive leaves wide-ranging discretion to national laws over the criteria to be applied by supervisory authorities in adjusting the bid price. In fact, Article 5 only provides that member states “may also determine the criteria to be applied in such cases, for example the average market value over a particular period, the break-up value of the company or other objective valuation criteria generally used in financial analysis” (paragraph 4, second subparagraph). In other words, national legislatures (or regulators, as applicable) are free to determine which parameters their supervisory authority must follow.

Accordingly, in UK⁴⁸ and Ireland⁴⁹, as well as in Belgium,⁵⁰ the applicable rules do not define any criterion or parameter for bid price adjustment: in these countries, the takeover authority is left with the task to restore the ‘equitable’ price drawing on other rules and principles under their takeover laws.

Conversely, other jurisdictions provide some guidance on the matter. For instance, France establishes a set of replacement criteria in case of deviation from the correct operation of the highest price paid rule, while Italy and Spain seek to eliminate the impact of such a deviation. In France, when ‘collusion’ (or a different deviation under national law) is established, the highest price paid rule no longer applies, and the bid price is set according to an alternative rule, based on tentatively ‘objective’ valuation criteria.⁵¹ Under the Italian and Spanish regimes, the highest price paid rule still applies, but any additional benefits obtained by the seller of the controlling stake must also be calculated and included.⁵²

⁴⁸ Note 3 to Rule 9.5 of the Takeover Code provides that “The price payable in the circumstances set out above will be the price that is fair and reasonable taking into account all the factors that are relevant to the circumstances. In any case where the highest price is adjusted under Rule 9.5(c), the Panel will publish its decision”.

⁴⁹ See note 43.

⁵⁰ Pursuant to Article 55 of the Royal Decree of 27 April 2007 on Takeover Bids (see note 45), “The FSMA can impose certain conditions together with its decision on a change in price. The FSMA’s decision, and any conditions imposed, will be published.”

⁵¹ See Article 234-6 of the General Regulation of the AMF (see note 3): “In these cases, or in the absence of transactions by the offeror, acting alone or in concert, in the securities of the target company over the twelve-month period referred to in the first paragraph, the price is determined based on generally accepted objective valuation criteria, the characteristics of the target company and the market for its securities”. Consider that the same criteria apply if the acquirer did not buy any share in the target company in the preceding period.

⁵² For reference, check Article 9, paragraph 4 of the Spanish Royal Decree 1066/2007 (mentioned in footnote 44 above), which provides that “In this case, the bid price may not be lower than the highest price resulting from including the amount corresponding to such compensation” (trans-

The first solution is certainly more adherent to the text of the Takeover Directive, which in fact suggests applying “objective valuation criteria generally used in financial analysis”, such as the average market value of the shares or the break-up value of the company. Nevertheless, such criteria raise some issues: first, their definition (and in some instances combination)⁵³ is not clear; second, it is almost impossible to determine an ‘objective’ fundamental value for shares at any given time;⁵⁴ third, and more importantly, such criteria do not seem entirely suitable for restoring an ‘equitable’ price.

In fact, the bid price is ‘equitable’ if, and to the extent that, it reflects the exchange value that the acquirer attaches to the target shares (see section 2.1 above). However, a price set according to ‘objective valuation criteria’ would not necessarily meet this value, which can be affected by ‘subjective’ factors too, such as private benefits of control.⁵⁵ Therefore, if objective criteria apply instead of the highest price paid rule, the adjusted bid price may at times still be lower than the ‘equitable’ price; in such scenario, an inefficient acquisition could take place despite the MBR, as the acquirer would ultimately obtain control of the company at a discounted value.⁵⁶

lated by the authors), and Article 47-*octies* of the Consob delegated regulation on issuers (mentioned in footnote 46 above), which similarly prescribes that “in this case, the offer price is equal to the verified price”.

⁵³ See, for instance, the puzzling results of the application of the multi-criteria approach under French law in section 1.1 above.

⁵⁴ On the matter see, eg, L. A. Stout, *Are Takeover Premiums Really Premiums? Market Price, Fair Value, and Corporate Law*, in *Yale Law Journal*, 1990, p. 1235; Id., *How Efficient Markets Undervalue Stocks: CAPM and ECMH under Conditions of Uncertainty and Disagreement*, in *Cardozo Law Review*, 1997, p. 475 (with a focus on stock markets), as well as M. Maugeri, *Partecipazione sociale, quotazioni di borsa e valutazione delle azioni*, in *Rivista del diritto commerciale*, 2014, p. 93 (on the existence of multiple notions of fair value). In the same vein, some dicta in Delaware case law on appraisal rights show that any attempt to ascribe a precise value to a company is vain or even pointless: see, for instance, *Andaloro v. PFPC Worldwide, Inc.*, 2005 WL 2045640 at * 2 (Del. Ch. 19 August 2005) and *Cede & Co and Cinerama, Inc. v. Technicolor, Inc.*, 2003 WL 25579991 at 2* (Del. Ch. 1 January 2003). Unsurprisingly, Delaware case law on appraisal rights abandoned discounted cash flows analysis as a default mechanism. See *Dell, Inc. v. Magnetar Global Event Driven Master Fund Ltd.*, 177 A.3d 1 (Del. 2017) and *DFC Global Corp. v. Muirfield Value Partners, L.P.*, 172 A.3d 346 (Del. 2017) (both establishing that when a merger results from a robust, arm’s-length process involving informed parties and no conflicts of interest, the deal price may serve as the most reliable indicator of fair value in appraisal proceedings).

⁵⁵ Cf R. J. Gilson and J. N. Gordon, *Controlling Controlling Shareholders*, in *University of Pennsylvania Law Review*, 2003, p. 794. Other ‘subjective’ factors that may be taken into account are synergies achievable from the integration of the target company in the acquirer’s group, as well as information and forecasts not disclosed to the public.

⁵⁶ Actually, it is also possible that the price determined according to ‘objective valuation criteria’ is higher than the ‘equitable’ price, such as when the acquirer knows that the target company is overvalued by the market, on the basis of information only available to him (and to the existing blockholder). In this scenario, the risk of a disproportionate upward adjustment of the bid price might prevent an inherently efficient transfer of corporate control to take place.

Conversely, if additional advantages paid to the seller of the controlling stake are included in the calculation of the adjusted bid price, the impact of collusive agreements on the application of the highest price paid rule can be neutralised, and bid price and exchange-value of the target shares will equate. In this scenario, because of the price adjustment, acquirers are required to provide minority shareholders with the full value they attach to the target shares. Therefore, in non-value-increasing deals, the risk of an upward adjustment of the bid price as a result of collusion should prevent the acquirer from pursuing the acquisition by such means.

This means that the second solution, adopted by Italy and Spain, is preferable when it comes to restoring the ‘equitable’ price — a price incompatible with inefficient transfers of corporate control. Nevertheless, application issues may still loom, given the difficulty of quantifying the economic impact of the side deal. Hence, competent supervisory authorities should exercise all their investigative powers to unfold what really happened during negotiations to find out if there were, for example, any suspicious shifts in the values attributed, respectively, to the relevant stake and to the assets transferred or services provided through the side agreements.⁵⁷

5. CONCLUSION

Collusion refers to a transaction structure in which part of the consideration for the controlling interest — agreed upon between the acquirer and the seller — is formally allocated to a separate transaction, thereby reducing the price that must be offered in the subsequent mandatory bid. Such a structure deprives minority shareholders of the opportunity to divest their shares at an ‘equitable’ price. In doing so, collusion makes the overall MBR regime less trustworthy for investors and alters the very function of the highest price paid rule in the context of the MBR, which is to deter inefficient transfers of corporate control.

Under the Takeover Directive, most jurisdictions address the problem by empowering their supervisory authority to adjust the mandatory bid price when they find that the acquirer entered into one or more side contracts with, or gave any other

⁵⁷ For a case in point, see Consob Decision 18662 of 25 September 2013 mentioned in section 1.2 above, where the Italian supervisory authority discovered (from the correspondence between the parties) that MCI only accepted to sell its stake in Camfin at the (discounted) price proposed by MTI when it became clear that some other Pirelli shareholders were interested in selling their own shares at a price that reflected the same (discounted) valuation.

advantage to, the seller. Supervisory authorities are thus required to take action in the event that the price paid in the mandatory bid does not fully reflect the exchange value the acquirer attaches to the target shares.

In such cases, some jurisdictions require that the bid price be adjusted based on fair market value or other ostensibly objective valuation methods. However, these approaches may fall short of restoring an ‘equitable’ price, properly understood. This is because they often fail to account for private benefits of control and other subjective factors that can materially influence valuation from the acquirer’s perspective. Conversely, to truly neutralise the distorting effects of collusion in the application of the MBR — thereby reinforcing investor trust and deterring inefficient acquisitions — the adjusted ‘equitable’ price should include any additional advantages granted to the seller of the controlling stake in the separate transaction.

BIBLIOGRAPHY

- A. Abu Awwad, *Collusione e rettifica del prezzo nell'OPA obbligatoria*, in *Rivista della regolazione dei mercati*, 2019, p. 167.
- P. Agstner and C. A. Nigro, *Obbligazioni convertibili e corrispettivo dell'opa volontaria nell'esperienza tedesca (con uno sguardo al diritto italiano)*, in *Rivista del diritto societario*, 2021, p. 751.
- L. A. Bebchuk, *Efficient and Inefficient Sales of Corporate Control*, in *The Quarterly Journal of Economics*, 1994, p. 957.
- F. Cadorin, *Opa collusiva, poteri della Consob e tutela degli investitori*, in *Giurisprudenza commerciale*, I, 2020, p. 399.
- F. Cadorin, *OPA obbligatoria e prezzo "equo"*, Milano, Giuffrè, 2023.
- A. Dyck and L. Zingales, *Private Benefits of Control: An International Comparison*, in *The Journal of Finance*, 2004, p. 537.
- E. Elhauge, *The Triggering Function of Sale of Control Doctrine*, in *University of Chicago Law Review*, 1992, p. 1465.
- L. Enriques, *Mercato del controllo societario e tutela degli investitori: la disciplina dell'OPA obbligatoria*, 2002.
- L. Enriques and M. Gatti, *Creeping Acquisitions in Europe: Enabling Companies to Be Better Safe than Sorry*, in *Journal of Corporate Law Studies*, 2015, p. 55.
- M. Gatti, *Opa e struttura del mercato del controllo societario*, 2004.
- M. Gatti, *Mancata promozione di OPA obbligatoria e risarcimento del danno*, in *Giurisprudenza commerciale*, 2005, II, p. 774.
- R. J. Gilson and J. N. Gordon, *Controlling Controlling Shareholders*, in *University of Pennsylvania Law Review*, 1999, p. 785.

- J. Grant, T. Kirchmaier and C. A. Nigro, *Convertible bonds and the best price rule: the Celsio case*, in J. Grant, *European Takeovers: The Art of Acquisition* (2nd edition), Globe Law and Business, 2018, p. 39.
- H. Le Nabasque, *Solidarité résultant d'une action de concert et obligation de déposer un projet d'offre publique d'acquisition*, in *Revue des sociétés*, 2015, p. 185.
- M. Maugeri, *Partecipazione sociale, quotazioni di borsa e valutazione delle azioni*, in *Rivista del diritto commerciale*, 2014, p. 93.
- M. Pagano, F. Panunzi and L. Zingales, *Osservazioni sulla Riforma della disciplina dell'opa, degli obblighi di comunicazione del possesso azionario e dei limiti agli incroci azionari*, in *Rivista delle società*, 1998, p. 152.
- A. Perrone, *Informazione al mercato e tutele dell'investitore*, Milano, Giuffrè, 2003.
- D. Preite, *Il conflitto di interessi del socio tra codice e disciplina del mercato mobiliare*, in *Rivista delle società*, 1988, p. 361.
- E. P. Schuster, *The Mandatory Bid Rule: Efficient, After All?*, in *Modern Law Review*, 2013, p. 529.
- R. Skog, *Does Sweden Need a Mandatory Bid Rule? A Critical Analysis*, in *SUERF Studies*, 1997, p. 967.
- L. A. Stout, *Are Takeover Premiums Really Premiums? Market Price, Fair Value, and Corporate Law*, in *Yale Law Journal*, 1990, p. 1235.
- L. A. Stout, *How Efficient Markets Undervalue Stocks: CAPM and ECMH under Conditions of Uncertainty and Disagreement*, in *Cardozo Law Review*, 1997, p. 475.
- S. Torck, *Offre publique obligatoire d'ICADE sur SILIC: quelques propos dissidents au sujet de l'arrêt de la Chambre commerciale du 25 novembre 2014*, in *Droit Des Sociétés*, 2015, p. 31.
- M. Ventoruzzo, *Europe's Thirteenth Directive and US Takeover Regulation: Regulatory Means and Political Economic Ends*, in *Texas International Law Journal*, 2006, p. 171.

- J. Winter *et al*, *Report of the High Level Group of Company Law Experts on Issues Related to Takeover Bids*, 2002.
- E. Wymeersch, *Takeovers from a Comparative Perspective*, in *Seminario internazionale in materia di Opa. Atti del convegno (Roma, Palazzo Giustiniani, 29 maggio 1998)*, *Quaderni di Finanza Consob*, n. 32, 1999, p. 55.

Articoli

FRANCHISING IN ALGERIA,
FINANCIAL ISSUES

Imed Eddine Bekhouche

Assistant Professor

College of Sciences and Humanities Department of Law

Fahd Bin Sultan University (01epw0x06) PO Box 15700, Tabuk 71454,

Kingdom of Saudi Arabia

ibekhouche@fbsu.edu.sa

ABSTRACT

A key factor in franchising relating to franchisors is the possibility to cash in and repatriate fees and royalties (financial issues). What are the main legal issues relating to financial aspects in Algeria and what is the current practice of the stakeholders in the aspects of financial under the franchise business in Algeria. The main objectives are to examine the legal framework issues relating to financial and to analyse the current practice of the stakeholders in the aspects of financial under the franchise business in Algeria. The doctrinal legal method complemented with qualitative interview was used. The armchair library approach was employed to collect data. The findings show that: the current banking system and legislations relating to the payment of royalties and fees discourage the development of the franchising sector in Algeria. Current franchising practices focus on the financial aspects (payment of royalties and fees) by franchisee who manage the royalty and fees payments by circumventing the law. Franchisee pay royalties without declaring them in Algeria or including them in the sale price of goods imported into Algeria. The results also show that: there is a need to establish a specific law to regulate franchising businesses in Algeria.

KEYWORDS: Franchising; Financial Aspects; Financial Issues; Algeria.

Questo contributo è stato sottoposto a referaggio anonimo (doppio cieco)
This paper has been subjected to double-blind peer review



Licensed under a [Creative Commons NonCommercial-NoDerivatives 4.0 International](https://creativecommons.org/licenses/by-nc-nd/4.0/)

© The Author(s)

Published online: 23/07/2025



1. INTRODUCTION

Franchising is not just an ordinary industry, but it is a way of doing business expansion due to evaluation in franchising, globalisation, mixed cultures and consumers' habit. Franchising is a method for expanding business and distributing goods and services through a licensed relationship. Over the decades, people have travelled long distances to seek the same famous brand and quality products and services.¹

In franchising business, the franchisor is allowed to have financial leverage, leveraging human resources, allowing companies to compete with much larger franchise competitors in the market, speeding up their growth and expanding their business and brands. Apart from that, the franchise business provides job opportunities for franchise owners and workers in developed and emerging markets.²

The origin of the word franchise came from the French “*franchise*”, which was derived from “*frank*”.³

The meaning of this word is a free man or free to work for something. However, in English, the word franchise is used to express liberation from any prohibition, permission, or privilege where a company is allowed to do or not to do something for which it would typically not have rights.⁴

Jurisprudentially, franchising is a business deal between two parties where one party (the franchisor) grants the other party (the franchisee) the right to operate its business system in exchange for the payment of fees and royalties.⁵

The franchise occurs when someone develops a business model and then sells the right to do the business according to that model to another entrepreneur, the franchisee. The entrepreneur who sells the rights is the franchisor. The franchisee usually gets the right to a business model for a certain period and within a specific type of business.⁶

In 2022, there were over 775,000 franchise establishments in the United States. Franchising employed 8.2 million people, generated an economic output of \$787.7

¹ M-K. Vaiginienė, *Franchise Business Development Model – Theoretical Considerations*, *Business, in Theory and Practice Journal*, 2011, vol. 4, p. 311-324

² U.S. Department of Commerce, *Top Markets Report Franchising Overview and Key Findings*. U.S. Department of Commerce, ITA Franchising Top Markets Report, 2016

³ A-I, Alpeza, Erceg, *Opportunities and threats regarding the development of the franchising business model in Croatia*, in *Proceedings of the 7th International Conference Enterprise in Transition*, 2007 p. 131-134

⁴ Ibid.

⁵ T-k. Milenkovic, *The Main Directions in Comparative Franchising Regulation – Unidroit Initiative and Its Influence*, in *European Research Studies XIII*, 2010 vol. 1, p. 104-112

⁶ A-I, Alpeza, Erceg, *Opportunities and threats regarding the development of the franchising business model in Croatia*, in *Proceedings of the 7th International Conference Enterprise in Transition*, 2007 p. 131-134

billion, and offered products and services in more than 300 business categories.⁷

The important issues in any business are those related to finance (costs, profits, and transactions). Franchising consists of a contractual agreement between two parties: the franchisor and the franchisee in which the franchisee acquires the right to market goods or services under the franchisor's brand name, in return for the acquisition the franchisee required to pay a fee or other form of consideration. In addition to the normal operating costs, the franchisee usually must pay a continuous franchise fee and contributing to marketing funds.⁸

More importantly for the franchisor is the payment of the fees and royalty. A key factor in franchising related to the foreigner franchisor is the ability to collect and repatriate fees and royalties, which is only possible in countries that allow capital outflows.⁹ The foreigner franchisor will not enter market which have restriction on the transfer of fees and royalty.

The major obstacle to the development of franchise in Algeria is the absence of a specific law to regulate this area. A comprehensive legal framework on franchise business especially on financial aspects are very crucial in order to attract especially foreign investors. Exchange controls are rules or regulations that restrict or prohibit payments from one country to another. Although most developed countries currently do not restrict or limit cross-border payments of royalties and similar payments, these types of rules are still common in many developing countries.¹⁰

For franchisors, it is important to understand how these exchange controls will affect franchisee pay-outs before spending a lot of time negotiating with potential franchisee.¹¹

The restriction of the payment of royalties and continuous fees play huge role in delaying the development of franchising in any country, because the foreigner franchisor will not enter countries have restriction in the payment of royalties and fees.

⁷ C- Niu, *Franchising Economic Outlook* in *International Franchise Association*, FRANDATA 2022, vol 1, p. 1-15

⁸ F T I Consulting, *The Future of Franchising and the Franchising Model*, in *FTI Consulting Inc*, 2022, p 2-13.

⁹ O-C. Gharbi, Bonet, *Institutional Environments and the Internationalization of Franchise Chains: The Contrasting Cases of Three North African Countries*, in *Journal of Applied Business Research*, 2014, vol. 2, p. 10-23

¹⁰ Z-C. E. Krakus, *Avoiding Common Mistakes in International Franchising*, in *Int'l J. Franchising L.* 14, 2016, vol. 1 p. 43-66

¹¹ Ibid.

There are only few international brands involved in franchise such as Lacoste, Timberland and Swatch are survived in Algeria.¹²

The closing of giant companies like Carrefour in February 2009, European fast-food franchisors the brand Quick in November 2011, Etam, Naf Naf and Celio also terminated their franchise business in Algeria.¹³

In the case of Carrefour, the business was closed after two years of operation in Algeria even though the franchising agreement was planned to open 18 hypermarkets by the end of 2012. This was such a great loss to Algeria's economy.¹⁴

The successful development and competition of franchising business requires a comprehensive legal framework and regulatory environment.¹⁵

Currently the legal framework on franchising business in Algeria is worsened and lacks a comprehensive regulatory framework. The reliance on the commercial Code, Civil Code, and Consumer Protection Act not covering the issues related to disclosure obligation, registration, and financial aspects in franchising. However, the current banking system does not allow the transfer of money abroad... This makes the transfer of royalties very complicated.¹⁶

2. LITERATURE REVIEW

Finance means that aspect of business relating to management of money, credit, banking, and investments.¹⁷ While, "Financial" is defined as "something related to finance or money".¹⁸

In franchising there are two types of payments of the fees by the franchisee to the franchisor. First, the initial fee is the amount of money paid to the franchisor when the franchise agreement is signed. The fee may cover a variety of expenses, such as training costs, on-site start-up costs, and promotional charges. Second, the franchisee pays a royalty fee on a consistent, ongoing basis to the franchisor; this

¹² E.H, Fernandez, Chanut, Gharbi, *Institutional Environments and The Internationalization of Franchise Chains: The Contrasting Cases of Three North African Countries*, in *Journal of Applied Business Research*, 2015, vol. 2, p. 418-430

¹³ Ibid.

¹⁴ Ibid.

¹⁵ Ibid.

¹⁶ A. Fernandez, Guechtouli, *Franchising in Emerging Markets the Case of Algeria*, in *IRM BAM*, 2018, vol.1, p.13-21

¹⁷ B. Garner, *Black's law dictionary*, St Paul Minnesota: West Publishing Co. 2004

¹⁸ Financial, *Financial dictionary definition* [Financial definition](#), in financial defined 15-01-2021

amount is frequently paid on a weekly or monthly basis. A fixed recurring fee, a percentage of sales, or a combination of both may constitute the royalty fee.¹⁹

Royalties are commonly used to cover a trademark and trade name and serve as a fee for services provided by the franchisor, such as training and assistance, marketing, advertising, and accounting.²⁰ In this article, the term financial means any payments made by the franchisee to the franchisor as required under the franchise agreement.

A key factor in franchising relating to franchisors is the possibility to cash in and repatriate fees and royalties, which is possible only in the countries authorizing capital outflow.²¹

A report carried out by the African Development Bank Group to enhance development in Africa stated that; one of the factors which constraining the development of franchising in Africa is the restrict in foreign exchange, and the struggle in the process of making payments to international franchisors.²²

Foreign exchange control exists in Africa, namely Nigeria, South Africa, Tunisia, Ethiopia, Mozambique and Cape Verde Islands. In Nigeria, the royalty fees in franchising may not exceed five per cent of the net sales value.²³

In South Africa the retail limit in franchising is four per cent. While in Mozambique there is control in currency inflow and outflow, and any foreign currency transactions is subject to prior authorization.²⁴

In Tunisia, franchising which was only governed by contract law, did not enjoy a specific legal regime before the recent promulgation of act No 2009-69 on August 12th, 2009. Indeed, franchising had no official recognition and only existed under various forms and names (trademark licences, partnership agreements, technical support agreement...). "This is mainly due to the fact that franchisees located in Tunisia were not legally authorized to pay royalties to foreign franchisors, as such payments were deemed as capital evasion, and were thus considered as a breach of

¹⁹ K-S. Kaplan, *The Educated Franchisee*, in *A Glossary of Terms Franchise*, 2011, p. 19-33

²⁰ Ibid.

²¹ O-C. Gharbi, Bonet, *Institutional Environments and the Internationalization of Franchise Chains: The Contrasting Cases of Three North African Countries*, in *Journal of Applied Business Research*, 2014, vol. 2, p. 10-23

²² M. Tijms, *Enhancing Development in Africa Franchising Report*, The African Development Bank Group, 2002

²³ M-W. Babette, *Franchising in Africa*, 2013

²⁴ Ibid.

the currency change regulation. Besides, access to distribution, wholesale, retail and non-tourist catering activities, is limited to foreigners because they have to obtain a special authorization (so called “business card”) card from the Trade Ministry, which, is rarely issued”. Such regulations could explain why McDonald’s never managed to enter the Tunisian market.²⁵

In Algeria, franchisors encounter difficulty with payment of franchise fees because franchising is not recognised as a form of doing business in Algerian law.²⁶

Moreover, the Central Bank of Algeria does not authorize the transfer of royalties.²⁷

Algeria needs its central bank to repatriate royalties to franchisor that’s what Bachir Mihoubi said during his passage in Algerian national TV channel.²⁸

Moreover, John Sotos and Sam Hall in their article that published on International Franchise Association website, were discussed the discouraging franchise development and argued that: Algeria is another country that has historically-restricted capital flows to the detriment of prospective franchise companies looking to operate business in the area.²⁹

The Algerian government restricts letters of credit to 60 days or less, and Algerian businesses that import more than \$40,000 worth of goods annually are required to pay foreign suppliers via letter of credit. With the exception of food items, strategic products, and other items of “emergency character,” Algerian importers of the majority of goods are required to pay within 30 days of the goods’ shipment date. The requirement to make payment 30 days after shipment exposes importers to substantial exchange rate risk because importers must request import approvals well in advance of shipment. Ninety percent of the commercial market is controlled by six state-owned banks. Other French and Arab banks, including Société Générale, BNP Paribas, HSBC, and Citibank, are also present in Algeria. Western Union and other international money transfer services are also available in the nation. Investors face difficulties due to outdated domestic transfer laws and restrictions on outbound transfers. Even though the central bank has developed a system that allows credit card and cheque payments, it is still relatively new and has not been widely used by

²⁵ G. Menguy, *Franchising in Tunisia*, Avocat & Solicitor, GM Avocats, 2010

²⁶ M-W. Chatwood, *Will Algeria Finally Open up ?* Franchise News, 2014

²⁷ F. Group, *The Export Guide*, Fares Group Law Firm 2017

²⁸ Bachir Mihoubi has more than 20 years of experience in *international franchising* and is the founder and managing director of the *FranCounsel Group LLC*.

²⁹ A-f, Cross-Continent Momentum, *Franchise in Africa*, in *International Franchise Association*, January 27.01.2018

vendors. There are very few ATMs, even in five-star hotels, and neither checks nor credit cards are widely used. The Algerian government outlawed commercial loans made after July 2009 from foreign shareholders in late 2010.³⁰

For Algerian businesses, the government strictly regulates foreign exchange. Only up to 50% of export revenue may be paid to Algerian businesses in US dollars, with the exception of those in the hydrocarbons industry. All export earnings from Algerian hydrocarbon companies must be paid in dinars, the local currency. The Algerian government forbids Algerians from owning financial assets overseas, with very few exceptions. As long as Algerians have the dinar equivalent of the hard currency cost of the imports, it does allow them to use foreign exchange for goods. Businesses can use the Algerian dinar to fund their current accounts.³¹

The inability to pay royalties and entry fees overseas continues to hinder the entry of foreign franchisors, who are still necessary to spur competition and modernise Algerian trade. The Central Bank of Algeria only recognises transfers or commercial transactions that result in a flow of goods or services that can be measured and quantified for every import operation. These are referred to as “real” transactions. Because Algerian regulations confuse a trademark licence fee, which only includes the right to use a brand, with a franchise fee, which includes actual training services, transfer of know-how, and assistance, an invoice that merely mentions the term royalty is not regarded as being quantifiable and quantified.

3. METHOD

The doctrinal methodology aims at examining and analyzing in a systematic way how the laws and legal institutions work.³²

The current article is conducted through the employment of combined method of doctrinal legal method complimented with qualitative interview. The purpose of combining different approaches is to make the finding of the article more reliable and acceptable.³³

³⁰ I-T, *Algeria - Country Commercial Guide*, International Trade Administration U.S. Department of Commerce, 2023

³¹ Ibid.

³² A. yaqin, *Legal Research and Writing*, in *Malaysia: Lexis Nexis*, 2007, p. 10-66

³³ V. Alexander, *Choosing interpretive methods: A positive theory of judges and everyone else*, In *NYUL Rev.* 83, 2008, vol. 2, p. 774-786

The doctrinal method enables the researcher to view law from inside, while the qualitative approach helps the researcher to view the law from outside.³⁴

The objectives of this article were achieved by using the doctrinal approach and semi-structured interviews, which are appropriate to supply quick responses to the article objectives. Qualitative research provides insight into various aspects of social life and generates words as data to be analyzed. Qualitatively research, the focus on people's feelings, perceptions and experiences in order to explore and understand "the meaning that individuals or groups attach to social or human problems".³⁵

In this article the interviews involved twelve (12) consisting of franchisees, franchisors, lawyers, academicians, representative of the Algerian Central Bank, representative of the Algerian Registry Commerce, representative of the Ministry of Commerce, and the director of the Algerian Franchise Association. The respondents were chosen for their experience and the knowledge they have about franchises in Algeria to reach data saturation in this article.

The results of the study were analyzed thematically. The respondents of the interview were twelve. The data used in this article is primary and secondary. The armchair library approach employed for the collection of the primary legal materials except interview. For this purpose, the Sultanah Bahiyah Library used to source the primary legal material. The secondary data equally sourced through the library approach. Data collection also involve interview because it assists and enhance the researcher's understanding. Furthermore, this method enables the researcher to obtain information about person's views, opinions, beliefs, and ideas on any particular matter.³⁶

In this article, the semi-structured interview adopted to get relevant information from the participants. The semi-structured interview used because it is very flexible and affords researcher the opportunity to prepare some questions beforehand that would guide the interviews.³⁷

³⁴ R. Cotterrell, *the Sociological Concept of Law*, in *Journal of Law & Society*. Volume 10, 1983, p. 242-261

³⁵ S. Kristina, *Practitioner's Guide: Qualitative and Quantitative Approaches to Rule of Law Research*, In *United States: INPROL*, 2016, p. 7-19

³⁶ A. yaqin, *Legal Research and Writing*, in *Malaysia: Lexis Nexis*, 2007, p. 10-66

³⁷ G. Bill, *Research Interviewing: The range of techniques: A practical guide*, In *McGraw-Hill Education (UK)*, 2005, p. 70-88

Semi-structured interview also allows respondents to express their point of view freely and provide reliable data.³⁸

The sampling technique employed is purposive. A purposive sampling technique is used in qualitative research.³⁹

The thematic data analysis technique used to analyze the interview data. The researcher followed Creswell⁴⁰ guidelines in carrying out data analysis. The data were manually managed.

4. FINDINGS AND DISCUSSION

4.1. Financial Aspects of Franchising in Algeria

Franchising is a form of business. The important issues in any business are those related to finance (costs, profits, and transactions). Franchising consists of a contractual agreement between two parties: the franchisor and the franchisee in which the franchisee acquires the right to market goods or services under the franchisor's brand name. The business format of a franchise is the most studied form in franchising. In this setup, franchisees receive different types of support, such as operation manuals, training, and on-site advice. The franchisees are required to pay for this support system and are obligated to run the business as determined by the franchisor.⁴¹

Franchisee pay royalties for the services that the franchisor provides to him during the term of the contract because it's cost franchisor money (create a collection, have it made, logistics, shop window design, marketing assistance, network facilitator visits, working with franchisee to help him get the best results...). It has several kinds; take a margin on the products or services that franchisee buys from franchisor or sell its products and services to franchisee at the best price and collect the costs it incurred to assist franchisee in charging a fee. Usually, the franchisor

³⁸ C. Crabtree, *Qualitative Research*, in *Qualitative Research Guidelines Project*, 1.7. 2006.

³⁹ A. yaqin, *Legal Research and Writing*, in Malaysia: Lexis Nexis, 2007, p. 10-66

⁴⁰ C. John W, *Research Design: Qualitative, Quantitative, and Mixed Methods Approaches*, in *Thousand Oaks, California : SAGE Publications*, 2014, p 247-259

⁴¹ N. Karlijn, *Making franchising work: A framework based on a systematic review*, in *International Journal of Management Reviews*, 2014, vol. 1, p. 62-83

separates the price of the product that franchisee buy and the cost of service that franchisor provides to franchisee.⁴²

Franchising is relatively new in Algeria, as such most of the franchisors are foreigners. As the key factor in franchising is for the franchisor to receive payment (in the form of initial fees and ongoing royalties), the question that arises is what are the laws that are related to the transactions of money between Algeria and other countries and how does this affect the franchising development in Algeria?

4.2. Banking System

The current banking system in Algeria does not allow transfer of money abroad. This complicates transfers of royalties.⁴³

The fund transfers are strictly controlled and royalty payments are prohibited.⁴⁴

The prohibition of royalty payments by the Algerian Central Bank is in line with section 12 of Legislative Decree 93-12 of the Investment Law promulgated on 10th October 1993 which states that: an investment operation can enjoy the benefits of fund transfers abroad, provided it has obtained a certification from the Central Bank that it transacts in imports to finance its economic activities or purchases technical means or commodities destined for the market. Franchisees are not able to benefit from this procedure because they are not considered as investors under section 12 of Legislative Decree 93-12 of the Investment Law when making payment of royalties and other ongoing fees as they do not import technical means or goods destined for the market. As a result, European companies which operate their franchises in Algeria effect payments of royalties and other franchise fees by invoicing them as goods imported by the franchisee.⁴⁵

⁴² CLDP, *Practical Guide to Franchising in Tunisia*, Republic of Tunisia Ministry of Commerce, 2018

⁴³ E. Aliouche, D. Bonet, M. Guechtouli and W. Guechtouli, *Franchising in Emerging Markets: The Case of Algeria*, in *The 8th International Conference on Economics and Management of Networks Havana, Cuba* 2018, p. 14-18

⁴⁴ E. Aliouche, D. Bonet, M. Guechtouli and W. Guechtouli, *Franchising in Emerging Markets: The Case of Algeria*, in *The 8th International Conference on Economics and Management of Networks Havana, Cuba*, 2018, p. 14-18

⁴⁵ U.S, *Doing Business in Algeria*, Country Commercial Guide for U.S. Companies, 2014

4.3. The Consequences of Restricting Royalty Transfer for Franchises in Algeria

Franchisees have managed to circumvent the law to make payment of royalties by using additional billing.⁴⁶

This however may expose the franchisees to legal penalties under section No. 1 of Ordinance 96-22 of 9 July 1996 of the Penal Code which regards transferring of funds abroad as a dangerous crime that has implications to the country's economy as follows: "The transfer of funds abroad is a serious crime that has implications for the economy, and the penalty for the violator is imprisonment between 3 to 5 years, and a fine equal to twice the value of the violation."⁴⁷

Through the penalties imposed by the Algerian legislator regarding the transfer of funds abroad, we note a tightening of the judgment from three to five years and fines of up to twice the amount seized, all in order to deter and prevent the transfer of funds abroad. Many experts in the franchising field agree that the prohibition of payment of royalties has impeded the development of the franchising sector in Algeria. Bachir Mihoubi, the founder and managing director of FranCounsel Group, with experience in international business development, management, and law in over 35 countries said during his appearance on an Algerian national TV channel that Algeria remains a potentially lucrative market for franchisees if only the government changes its laws affecting the repatriation of royalties. Algeria needs its Central Bank to repatriate royalties to franchisors.⁴⁸

Babette Märzheuser-Wood who is the Global Head of the Franchise Group and specializes in global franchise, distribution, agency and concession agreements and IP-driven joint ventures argued that a change in the law to approve payment of franchise fees is needed to enable the industry to prosper in Algeria.⁴⁹

Yazid Belkhouso, an economist and commercial consultant for multinational companies believes that the absence of a legal framework regulating the activities of franchising in Algeria has caused the parties to a franchising contract a huge problem

⁴⁶ E. Aliouche, D. Bonet, M. Guechtouli and W. Guechtouli, *Franchising in Emerging Markets: The Case of Algeria*, in *The 8th International Conference on Economics and Management of Networks Havana, Cuba* 2018, p. 14-18

⁴⁷ Algerian Penal Code, *Ordinance 96-22 of 9 July 1996*. Section 1.

⁴⁸ B. PHIL, *Franchising in Algeria*, *Franchising in Algeria Potentially Attractive Once Laws Are Changed*, in *Global Atlanta*, 28.1.2016

⁴⁹ W-B, *Franchise in Algeria*, in *Franchise News: Algeria*, 22.6.2014

which is related to the transfer of net profits to the country of the franchisor. The Central Bank of Algeria and Investment Law prohibits the transfer of currency outside Algeria except to branches of foreign companies in Algeria. This does not apply to companies active in franchising in Algeria.⁵⁰

The International Trade Administration of the U.S. Department of Commerce published an article in its official site under the heading Algeria Commercial Guide about franchises in Algeria. The article mentions that franchises by foreign companies is limited in Algeria, largely because of its strict foreign exchange controls that do not allow the simple repatriation of royalties.⁵¹

It is clear that the current banking system and legislations relating to the payment of royalties and fees discourage the development of the franchising sector in Algeria. The Nebni group, the first citizen think tank working to propose reforms for Algeria, explained the need to lift the constraints for the entry of foreign franchises in the country and to set up a specific franchise status and a regulatory and legal environment.⁵²

4.4. The Payment of Royalties and Fees

In one of the interviews, respondent 8 mentioned, “In some franchise contracts, the franchisee is obligated to pay a cash sum in return for the total services he benefits from, before starting his activity. This fee is paid when he becomes a member of the trademark owner’s network. Usually, this fee is called the entry fees. This amount (i.e., royalties) covers all expenses incurred by the owner of the mark for the benefit of the franchisee, such as technical assistance, training, transfer of technical knowledge, and the right to exploit the mark. All these benefits that he benefits from save his time, effort, and money that he would have spent if he relied on his personal efforts. The royalties are also due upon renewal of the contract, and in this case, it is called renewal royalties. However, there is a difficulty in transferring the amount of royalties owed to the franchisor. Where the Central Bank of Algeria refuses to transfer funds abroad unless it is related to company profits or in-kind transactions regarding the entry of a specific product or service quantitatively and qualitatively.

⁵⁰ K-H, *Franchise in Algeria* بوكيلات الجزائر: الامتيازات التجارية تنتظر التحرر من قيود الحكومة العربي الجديد, 3.5.2016 [online]

⁵¹ Trade.gov, *Franchising in Algeria*, in *International Trade Administration*, 4.9.2020

⁵² FBC, *La Franchise en Algérie*, Franchise Business Club, File, 2017

And it is difficult in the case of franchising, where it comes to supplying intangible elements such as the brand or technical know-how.”⁵³

Respondent 1 added, “The franchisee must pay royalties and fees to the franchisor, which is the biggest problem that causes the concession contracts to be dissolved due to the lack of a smooth currency conversion mechanism without the intervention of the Central Bank.”⁵⁴

Respondent 2 observed the following: “The process of payment needs to be controlled in terms of royalties and fees, and this will only be done according to a legal text, since the Algerian franchisee, who benefits from the foreigner franchising, pays in fraudulent and illegal ways in the eyes of the law, especially with regard to the monetary and exchange law.”⁵⁵

Franchisee in Algeria managed to circumvent the law to make payment of royalties by using additional billing. This however may expose the franchisees to legal penalties under section No. 01 of Ordinance 96-22 of 9 July 1996 of the Penal Code which regards transferring of funds abroad as a dangerous crime that has implications to the country’s economy. An offender shall be sentenced between 3 to 5 years imprisonment and a fine equal to double the subject value of the violation. Respondent 4 added, “Algerian law does not allow taking out hard currency to buy a franchise, Algerian law allows taking out the money abroad to buy goods or obtain a service such as installing equipment. In the case of my company, I negotiated with the franchisor to buy goods instead of buying the franchise, for example, the franchisor will give you the franchise for \$100,000. We agree with him to buy franchises and merchandise for \$1 million, but the price of the franchise is declared as merchandise.”⁵⁶

Respondent 12 mentioned, “Officially, franchisees pay royalties without declaring them in Algeria. Or they include them in the sales prices of goods imported into Algeria, or they introduce authorization requests for the payment of non-existent services in Algeria. But in reality, the practices are much more different and depend on many factors: legal, commercial, financial, customs and fiscal.”⁵⁷

⁵³ R 8 (Lecturer at University Professor), *interviewed by researcher*, WhatsApp, December 12, 2021.

⁵⁴ R 1 (Director of the Algerian Franchise Association), *interviewed by researcher*, November 17, 2021.

⁵⁵ R 2 (Lawyer), *interviewed by researcher*, WhatsApp, December 18, 2021.

⁵⁶ R 4 (Franchisee), *interviewed by researcher*, WhatsApp, January 29, 2022.

⁵⁷ R 12 (Representative of the Ministry of Commerce), *interviewed by researcher*, December 31, 2021.

4.5. Algerian Banking System

Respondent 4 highlight that, “The problem is clear, and it is the banking system in Algeria to carry out the process of transferring money abroad to the franchisor takes about 3 months, while in the rest of the countries the process requires only 3 days. In addition, the law in Algeria does not allow the entry of goods without financial compensation for them, for example, my company is able to obtain goods from the franchisor and the payment is after one year, for example, but the Algerian law forbids that. Once the goods enter Algeria, the payment must be made within a period not exceeding 3 months.”⁵⁸

The respondent 2 agrees with the respondent 4, stating the following: “The main challenges that prevent the development of the franchise in Algeria are the transfer of funds to the foreign franchisor.”⁵⁹

The respondent 6 agree with theme and he stated that, “The biggest problem that prevents the development of franchising in Algeria are the transfer of currency abroad and the movement of capital.”⁶⁰

Moreover, respondent 8 highlighted that, “The most important problem in franchising in Algeria is the absence of legal framing, in addition to the difficulty of transferring the amount of royalties owed to the franchisor.”⁶¹

The analysis above shows that there is a difficulty in the payment of fees and royalties owed to the franchisor. The current banking system in Algeria does not allow transfer of money abroad. This complicates transfers of royalties. This lead Algerian franchisees circumvent the law to make payment of royalties and fees to foreigner franchisors, which could cause to them legal penalties. All the respondents agreed that the main challenges that prevent the development of the franchise in Algeria are the payment of royalties and fees to the foreign franchisor. The prohibition of payment of royalties and fees has impeded the development of the franchising sector in Algeria.

⁵⁸ R 4 (Franchisee), *interviewed by researcher*, WhatsApp, January 29, 2022.

⁵⁹ R 2 (Lawyer), *interviewed by researcher*, WhatsApp, December 18, 2021.

⁶⁰ R 6 (Franchisor), *interviewed by researcher*, WhatsApp, February 23, 2022.

⁶¹ R 8 (Lecturer at University Professor), *interviewed by researcher*, WhatsApp, December 12, 2021.

4.6. Current Practice of Franchise Business Related to Financial Aspects

In regard to the current practice of franchise business related to financial aspects, one item was asked to the respondents. Is it necessary for the franchisees in Algeria to pay the royalties and continuous fees to foreigner franchisors? If yes, what is the process and practices in Algeria?

The above table shows that there is necessary for the franchisees in Algeria to pay the royalties and continuous fees to foreigner franchisors; all respondents agreed with that. Respondent 2 highlighted that, “The Algerian franchisee, who benefits from the foreigner franchising, pays the royalties and fees in fraudulent and illegal ways in the eyes of the law, especially with regard to the monetary and exchange law.”⁶²

The current law in Algeria does not allow transfer of money abroad. This complicates the transfers of royalties. The fund transfers are strictly controlled, and royalty payments are prohibited. Due that the franchisees in Algeria have managed to circumvent the law to make payment of royalties by using the following ways:

Respondent 12 observed that, “Officially, franchisees pay royalties without declaring them in Algeria. Or they include them in the sales prices of goods imported into Algeria, or they introduce authorization requests for the payment of non-existent services in Algeria.”⁶³

Respondent 4 explained more, “I negotiated with the franchisor to buy goods instead of buying the franchise, and for example, the franchisor will give you the franchise for \$100,000. We agree with him to buy franchises and merchandise for \$1 million, but the price of the franchise is declared as merchandise.”⁶⁴

The rest of respondents talked about the difficulties that face franchisees to pay the royalties and fees to foreigner franchisors and pointed that this is the biggest problem that prevents the development of franchising in Algeria. They did not talk about the practice of the payment by the franchisees.

It is apparent from the discussion above that the current practice of franchise business related to financial aspects (paying royalties and fees) is illegal due the prohibition of transfer money abroad. The franchisees managed the payment of royalties and fees

⁶² R 2 (Lawyer), *interviewed by researcher*, WhatsApp, December 18, 2021.

⁶³ R 12 (Representative of the Ministry of Commerce), *interviewed by researcher*, December 31, 2021.

⁶⁴ R 4 (Franchisee), *interviewed by researcher*, WhatsApp, January 29, 2022.

Table 2: Knowing the necessity for the franchisees in Algeria to pay the royalties and continuous fees to foreigner franchisors

Respondents	Yes	No	Do not know
R1	✓		
R2	✓		
R3	✓		
R4	✓		
R5	✓		
R6	✓		
R7	✓		
R8	✓		
R9	✓		
R10	✓		
R11	✓		
R12	✓		

by circumvent the law. The franchisees pay royalties without declaring them in Algeria, or they include them in the sales prices of goods imported into Algeria.

5. RECOMMENDATION AND SOLUTIONS

Respondent 3 observed that, “It is necessary to issue a special law that gives the legal status to the franchise businesses and allows the payment of royalties abroad in an easy and smooth manner without the intervention of the central bank.”⁶⁵

Respondent 4 added, “The government should allow the payment of royalties and fees abroad if it wants to bring in foreign franchisors and develop the franchise field in Algeria.”⁶⁶

Respondent 2 agreed with respondent 4, he stated that, “If Algeria wants to develop the franchise, it must facilitate the process of transferring funds to the franchisor by enacting a clear law in this matter.”⁶⁷

⁶⁵ R 3 (Lawyer), *interviewed by researcher*, WhatsApp, February 22, 2022.

⁶⁶ R 4 (Franchisee), *interviewed by researcher*, WhatsApp, January 29, 2022.

⁶⁷ R 2 (Lawyer), *interviewed by researcher*, WhatsApp, December 18, 2021.

Respondent 9 highlighted, “The most important problem impeding the development of the franchise in Algeria is the financial and banking system that prevents the payment of royalties and fees abroad. To solve this problem, these laws must be amended in order to allow the franchisee to pay royalties and fees abroad.”⁶⁸

Respondent 1 observed that, “The situation of franchising in Algeria can be improved by amending the investment law or enacting a new law on franchising, as Tunisia did, a law that includes the allowing of royalties and fees to be paid to the foreign franchisor.”⁶⁹

Respondent 10 added, “The situation in Algeria can be improved by putting in place new legal systems and frameworks, as neighbouring Tunisia did.”⁷⁰

Respondent 5 added, “Officials in Algeria should provide a business environment for the franchise by enacting laws that protect the interests of the parties (franchisee and franchisor) and allow the transfer of funds to the outside party (foreigner franchisor).”⁷¹

Respondent 8 highlighted that, “Framing the franchise activity in Algeria by enacting a special law on franchising contains articles that clarify and facilitate the payment of royalties.”⁷²

It is apparent from the discussion above that all the respondents recommended the need for a special law for franchising in Algeria. This law allowed the payment of royalties and fees abroad (paid to the foreign franchisor). This law will encourage foreigner franchisors to enter Algerian market. Some respondents recommended to inspire from Tunisian experiment and law.

6. CONCLUSION

There is a difficulty in the payment of fees and royalties owed to the franchisor. Algeria’s current banking system does not permit money transfers abroad. This makes royalties transfers more difficult. The current banking system and legislation governing the payment of royalties and fees clearly discourage the development of

⁶⁸ R 9 (Lecturer at University Professor), *interviewed by researcher*, WhatsApp, November 10, 2021.

⁶⁹ R 1 (Director of the Algerian Franchise Association), *interviewed by researcher*, November 17, 2021.

⁷⁰ R 10 (Representative of the Algerian Central Bank), *interviewed by researcher*, January 05, 2022.

⁷¹ R 5 (Franchisee), *interviewed by researcher*, WhatsApp, January 02, 2022.

⁷² R 8 (Lecturer at University Professor), *interviewed by researcher*, WhatsApp, December 12, 2021.

the franchising sector in Algeria. The current practice of franchise business related to financial aspects (paying royalties and fees) done by franchisees who managed the payment of royalties and fees by circumvent the law. The franchisees pay royalties without declaring them in Algeria, or they include them in the sales prices of goods imported into Algeria. Hence, there is a need to establish a specific law to regulate franchise in Algeria. This law should allow the payment of royalties and fees abroad (paid to the foreign franchisor). This law will encourage foreigner franchisors to enter Algerian market.

BIBLIOGRAPHY

- A-f, Cross-Continent Momentum, Franchise in Africa, in *International Franchise Association*, January 27.01.2018
- Algerian Penal Code, Ordinance 96-22 of 9 July 1996.
- A. Fernandez, Guechtouli, *Franchising in Emerging Markets the Case of Algeria*, in *IRM BAM*, 2018, vol.1, p.13-21
- E. Aliouche, D. Bonet, M. Guechtouli and W. Guechtouli, *Franchising in Emerging Markets: The Case of Algeria*, in *The 8th International Conference on Economics and Management of Networks Havana, Cuba*, 2018, p. 14-18
- A-I, Alpeza , Erceg, *Opportunities and threats regarding the development of the franchising business model in Croatia*, in *Proceedings of the 7th International Conference Enterprise in Transition*, 2007 p. 131-134
- A. yaqin, *Legal Research and Writing, in Malaysia: Lexis Nexis*, 2007, p. 10-66
- B. PHIL, Franchising in Algeria, *Franchising in Algeria Potentially Attractive Once Laws Are Changed*, in *Global Atlanta*, 28.1.2016
- B. Garner, *Black's law dictionary*, St Paul Minnessota: West Publishing Co. 2004
- C- Niu, *Franchising Economic Outlook in International Franchise Association*, *FRANDATA* 2022, vol 1, p. 1-15
- CLDP, *Practical Guide to Franchising in Tunisia*, Republic of Tunisia Ministry of Commerce, 2018
- C. Crabtree, Qualitative Research, in *Qualitative Research Guidelines Project*, 1.7. 2006
- C. John W, *Research Design: Qualitative, Quantitative, and Mixed Methods Approaches*, in *Thousand Oaks, California : SAGE Publications*, 2014, p 247-259

- E.H, Fernandez, Chanut, Gharbi, *Institutional Environments and The Internationalization of Franchise Chains: The Contrasting Cases of Three North African Countries*, in *Journal of Applied Business Research*, 2015, vol. 2, p. 418-430
- FBC, *La Franchise en Algérie*, Franchise Business Club, File, 2017
- F T I Consulting. *The Future of Franchising and the Franchising Model*, in *FTI Consulting Inc*, 2022, p 2-13.
- F. Group, *The Export Guide*, Fares Group Law Firm 2017
- Financial, *Financial dictionary definition* Financial definition, in financial defined 15-01-2021
- G. Menguy, *Franchising in Tunisia*, Avocat & Solicitor, GM Avocats, 2010
- G. Bill, *Research Interviewing: The range of techniques: A practical guide*, In *McGraw-Hill Education* (UK), 2005, p. 70-88
- I-T, *Algeria - Country Commercial Guide*, International Trade Administration U.S. Department of Commerce, 2023
- K-H, Franchise in Algeria توكيلات الجزائر: الامتيازات التجارية تنتظر التحرر من قيود الحكومة [online], العربي الجديد, 3.5.2016
- K-S. Kaplan, *The Educated Franchisee*, in *A Glossary of Terms Franchise*, 2011, p. 19-33
- M-W. Chatwood, *Will Algeria Finally Open up ?* Franchise News, 2014
- M-W. Babette, *Franchising in Africa*, 2003
- M-K. Vaiginiené, *Franchise Business Development Model – Theoretical Considerations*, *Business*, in *Theory and Practise Journal*, 2011, vol. 4, p. 311-324
- M. Tijms, *Enhancing Development in Africa Franchising Report*, The African Development Bank Group, 2002

- N. Karlijn, *Making franchising work: A framework based on a systematic review*, in *International Journal of Management Reviews*, 2014, vol. 1, p. 62-83
- O-C. Gharbi, Bonet, *Institutional Environments and the Internationalization of Franchise Chains: The Contrasting Cases of Three North African Countries*, in *Journal of Applied Business Research*, 2014, vol. 2, p. 10-23
- R. Cotterrell, *the Sociological Concept of Law*, in *Journal of Law & Society*, Volume 10, 1983, p. 242-261
- S. Kristina, *Practitioner's Guide: Qualitative and Quantitative Approaches to Rule of Law Research*, In *United States: INPROL*, 2016, p. 7-19
- T-k. Milenkovic, *The Main Directions in Comparative Franchising Regulation – Unidroit Initiative and Its Influence*, in *European Research Studies XIII*, 2010 vol. 1, p. 104-112
- Trade.gov, Franchising in Algeria, in *International Trade Administration*, 4.9.2020
- U.S, *Doing Business in Algeria*, Country Commercial Guide for U.S. Companies, 2014
- U.S. Department of Commerce, *Top Markets Report Franchising Overview and Key Findings*. U.S. Department of Commerce, ITA Franchising Top Markets Report, 2016
- V. Alexander, *Choosing interpretive methods: A positive theory of judges and everyone else*, In *NYUL Rev.* 83, 2008, vol. 2, p. 774-786
- W-B, Franchise in Algeria , in *Franchise News: Algeria*, 22.6.2014
- Z-C. E. Krakus, *Avoiding Common Mistakes in International Franchising*, in *Int'l J. Franchising L.* 14, 2016, vol. 1 p. 43-66

Articoli

REFORMING THE PROVISION OF LANGUAGE SERVICES DURING CIVIL PROCEEDINGS IN ETHIOPIA: LESSONS FROM COMPARATIVE EXPERIENCES

Muluken Kassahun Amid

PHD Candidate in Human Rights

ORCID: 0009-0008-5142-1186

Addis Ababa University (38b8e254), Ethiopia

muluken.kassahun@aaau.edu.et

ABSTRACT

This study assesses the experiences of offering language services and accommodating language diversity during civil proceedings in the United States, India, and South Africa as a lesson for Ethiopia. To explore the experiences of the above countries, the author used a comparative socio-legal research approach that includes extensive document reviews as well as legal and case analyses. In the case of Ethiopia, the study additionally undertakes semi-structured interviews with court staff and litigants of the selected Federal Courts, Oromia Regional State Courts, and Central Ethiopia Regional State Courts. To enrich the study, the author conducted court room observations of civil proceedings. The article concludes that Ethiopia's civil justice system should learn from comparative experiences in terms of developing comprehensive legal and normative frameworks that govern the provision of quality court interpretation, court file translations, and sign language interpreters. Effective communication and defending of one's own case in court is an essential element for accessing justice. The state is responsible for regulating and providing appropriate facilities or mechanisms to address the language barriers encountered by court litigants.

KEYWORDS: Civil Proceedings; Comparative Lessons; Court Interpretation; Ethiopia; Translation.

Questo contributo è stato sottoposto a referaggio anonimo (doppio cieco)
This paper has been subjected to double-blind peer review



Licensed under a [Creative Commons NonCommercial-NoDerivatives 4.0 International](https://creativecommons.org/licenses/by-nc-nd/4.0/)

© The Author(s)

Published online: 23/07/2025



SUMMARY- 1. Introduction- 2. Governance of Language Services in USA, India and South African Courts-2.1.USA- 2.2. India- 2.3. South Africa- 3. Provision of Language Services in Ethiopian Court Proceedings-3.1. Court Working Languages in Ethiopia- 3.2. Language Services in Civil Proceedings- 3.2.1. Court Interpretation Services- 3.2.2. Court Files Translations- 4. Challenges of Provision of Language Services in Ethiopian Courts- 5. Lessons Ethiopian Courts Learns from Comparative Experiences of Court Language Services- 6. Conclusion- Bibliography

1. INTRODUCTION

The interface between language and court proceedings goes beyond facilitating for effective communication. It is an integral part of fundamental human rights and access to justice. Courts use language to adjudicate disputes and interpret laws and facts. C. Namakula stated that “trial is a communicative process”.¹ In civil cases, the litigants present their statements of claim and defense in state working language. The court then examines the claims, facts and law as well as issue interlocutory orders and judgments using language. Language is used as well in oral proceedings and witness examinations. The court has no laboratory to test and determine the truth other than the words of the law and the facts presented to them.

If the litigant or his witness is unable to communicate effectively in the court’s working language, mere physical presence does not guarantee one’s ability to present and defend the case.² The individual who understands and communicates in the court’s working language has a communication advantage over the party who does not. The court has since become a partisan weapon, jeopardising judicial credibility.³ The absence of professional court interpreters delays case resolution and may lead to miscarriages of justice. It also increases judges’ burden by requiring them to deal with language barriers, in addition to their regular duty of interpreting laws.

In contrast to criminal proceedings, the right to language services is not universally recognized as a human right in civil litigations. States are under no international obligation to recognise and enforce the right to oral interpretation or written trans-

¹ CS. Namakula, *Language Rights in the Minimum Guarantees of Fair Criminal Trial*, in *International Journal of Speech, Language and the Law*, 2012, Vol. 19, No. 1, p. 73–93.

² *Ivi*, p. 84.

³ California Commission on Access to Justice, *Language Barriers to Justice in California*, 2005.

lation services in civil proceedings.⁴ In effect, the recognition of language services is dependent on the states' margin of appreciation or discretion.

This article investigates the experiences of civil lawsuits in the United States, Indian, and South African courts in terms of working languages and providing language assistance in order to draw lessons for Ethiopia. Each country attributed to the federal system of government, but with distinct court structure and experience in providing language services to civil case litigant parties. All of the countries considered for comparison are a mosaic of multilingual, multicultural societies.

Despite the adoption of a working language, a considerable percentage of the population in each state is unable to understand and communicate in the judicial working language. For example, in the United States, almost twenty-five million people have limited English proficiency.⁵ In spite of the fact that English and Hindi are often used as working languages in India's Courts, more than half of the population is not fluent in either.⁶

Similarly, more than 70% of South Africans do not speak the colonial descendant court working languages of English and Afrikaans.⁷ In the same spirit, a sizable proportion of the Ethiopian population is unable to communicate in federal and/or regional court working languages. Each country designed multiple mechanisms to address litigant parties' communication barriers and provide language services to ensure equal participation of all parties in court proceedings.

This study uses a sociolegal method to investigate the comparative experiences and practices of providing language services in Ethiopia during civil proceedings. The research conducts in-depth literature and legal reviews on the provision of language services in USA, Indian, and South African courts. These countries were chosen based on the multilingual nature of their societies, their comprehensive system for handling language diversity in civil proceedings, and judicial federalism structures from which Ethiopia could possibly learn.

⁴ JD. Stone, *Assessing the Existence of the Right to Translation under the International Covenant on Civil and Political Rights*, in Max Plank UNYB, 2012, Vol. 19, p. 159-181.

⁵ National Center for Access to justice (NCAJ), *Language Access*, 2025.

⁶ S. Choudhry, *Language*, in S. Choudhry, M. Khosla, & PB. Mehta (eds), *The Oxford Handbook of the Indian Constitution*, 2016, p. 180-195.

⁷ M. Ralarala, *A Compromise of Rights, Rights of Language and Rights to a Language in Eugene Terreblanche's (ET) Trial within a Trial: Evidence Lost in Translation*, in *Stellenbosch Paper Linguistic*, 2019, Vol. 41, p. 55-70.

In the case of Ethiopia, the author obtains data from relevant Federal Courts, Oromia Regional State Courts, and Central Ethiopia Regional State Courts. Courts were selected based on the diversity of working languages, the demand for language services, and the ways they use to accommodate court litigants' language diversity. To conduct the research, the author used semi-structured interviews, courtroom observations, case analyses, and literature studies. In-depth semi-structured interviews were done with judges, court interpreters, private translation services, private attorneys, litigant parties, and other relevant key informants to saturate the data for the study. The author followed appropriate ethical principles in collecting, analyzing and reporting data.

2. GOVERNANCE OF LANGUAGE SERVICES IN USA, INDIA AND SOUTH AFRICAN COURTS

This section looks at court working language trends and court language service provision in the United States, South Africa, and India. The United States has dual court structures at the federal and state levels, whereas India has an integrated system in which the Supreme Court is administered by the central government, and high courts and subordinate courts are managed by the states.⁸ South Africa has a single court hierarchy, which means that the central government manages all courts, regardless of hierarchy.

Each nation uses a different approach to court working languages. In USA, English is commonly used as a judicial working language in federal and state courts.⁹ Even though South Africa acknowledges twelve official languages, only English and Afrikaans are used as court working languages.¹⁰ Other languages are regarded as in the development phase. Exceptionally, the South African Constitutional Court admits and hears cases in any of the country's official languages.¹¹ However, there is no corresponding commitment from ordinary courts. States' implementation of

⁸ C. Saunders, *Courts in Federal Countries- Constitutional Brief*, in *International IDEA*, 2019.

⁹ S. Choudhry & E. Houlihan, *Official Language Designation- Constitutional Building Primer* 20, in *International IDEA*, 2021.

¹⁰ I Bambust et al., *Constitutional and Judicial Language Protection in Multilingual States: A Brief Overview of South Africa and Belgium*, in *Erasmus Law Review*, 2012, Vol. 5, p. 211-232; I. Currie, *Official Languages and Language Rights*, in W. Stu & B. Michael (eds.), *Constitutional Law of South Africa*, 2013, Chapter 65, p. 1-18.

¹¹ *Ivi*, p. 225.

official language policy in practice is subject to constitutional criteria of “usage, practicality, expense, regional circumstances, and the balance of the needs and preferences of the population as a whole or in the province concerned”.¹²

In India, the constitution designated English as the Supreme Court’s sole working language, while the High Court is authorised to use English, Hindi, or any official language of the state.¹³ In practice, only English and Hindi are permitted as working languages in the high courts. The claim to use other languages at high court levels are consistently rejected by the Supreme Court on grounds of lack of sufficient standardisation of local legal languages and the potential impact of limiting employment opportunities for non-speakers of the language.¹⁴

Unlike the High and Supreme Courts, the majority of India’s subordinate courts hear cases in local languages. Accordingly, the oral litigation and hearing evidence are performed in the local language, while the record and judgment are made in English.¹⁵ This design aimed to offer language accessibility for local residents, enhance court case management timing efficiency and reduce the demand and cost of interpreting factual findings.

In this sense, it is imperative to consider how judicial institutions accommodate the rights and interests of non-speakers of court working language litigants. Failure to accommodate language diversity among court litigants may jeopardise their right to due process owing to communication problems. Dealing with language barriers entails oral communication, written file translation, and offering sign language for deaf litigants. This section looks at how language services are provided in the three jurisdictions mentioned above.

2.1. USA

In the United States, the right to access language services is inferred from the Fifth, Sixth, and Fourteenth Amendments of the Constitution, which provide the

¹² South Africa’s Constitution of 1996 with Amendments, 2012.

¹³ R. Thawani, *Official Languages in District Courts: A Case to Encourage the Use of English*, in *Bar and Bench- Indian Legal News*, 2020.

¹⁴ A. Lakshman, *SC’s Translation Projects Raced Ahead in 2023 as Retd. HC Judges, Law Clerks Help AI*, in *The Hindu*, 31.12.2023.

¹⁵ S. Choudhry & E. Houlihan, *Official Language Designation: Constitutional Building Primer* 20, cit., p. 30; R. Thawani, *Official Languages in District Courts*,

right to due process.¹⁶ The Court Interpreters Act was passed at the federal level by Congress in 1978. The Act requires federal courts to provide court interpreters in all criminal and civil lawsuits filed by the US government at the expense of the state.¹⁷ The act does not mandate federal courts to provide court interpretation services for civil proceeding litigants at state expense. The Act was amended in 1990 to ensure that hard-of-hearing people have access to sign language interpreters in any proceedings.

In other cases, litigant parties must furnish their own interpreters at their own expense. The Director of the Administrative Office of the United States Courts sets the service charge for court interpreters.¹⁸ Accordingly, certified or professionally qualified interpreters offer court interpretation services for \$415 for a full day, \$226 for a half day, and \$59 for each additional hour.¹⁹ The service charge standard for an ad hoc/unqualified translator is \$202 for a full day, \$111 for a half day, and \$35 per hour for overtime payments. The service charge is reviewed on a regular basis by the office.²⁰

The American Bar Association and several court judgments, including *Figueroa v. Doherty* and *Augustin v. Sava*, have emphasised the need of state-provided court interpreters in civil proceedings.²¹ The above cases stressed that failing to offer language services for litigants who are unable to speak courts working language jeopardises their right to a fair hearing or a meaningful opportunity to be heard. In practice, the provision of court interpreters in civil proceedings is at the discretion of federal judges.²²

At the state level, the right to interpretation in civil cases is typically drawn from state statutes or decisions of courts. Several states, including Idaho, Iowa, Kansas, Kentucky, Maine, Minnesota, Nebraska, New Jersey, New York, Oklahoma, Oregon, Tennessee, Wisconsin, and Washington, D.C., recognised the right to an interpreter in civil disputes at state expense.²³ The body in charge of covering interpreter expenses differs by state. This includes the Office of Interpreter Services in Washington, D.C.,

¹⁶ U.S. Department of Justice Civil Rights Division, *Language Access in State Courts*, 2016.

¹⁷ Legal Information Institute, *Interpreters in courts of the United States*, 28 U.S. Code § 1827 - LII, 1978.

¹⁸ *Ivi*.

¹⁹ United States Courts, *Interpreter Categories*.

²⁰ *Ivi*.

²¹ ABA, *American Bar Association Standards for Language Access in Courts*, 2012.

²² *Ivi*, p. 23.

²³ LK. Abel, *Language Access in the Federal Courts*, in *Drake Law Review*, 2013, Vol. 61, p. 593-639.

the Kentucky State Treasury, and the Tennessee Pro Bono Fund.²⁴ In contrast, Texas and Alaska require litigants to cover their own interpreter expenses. Some states offer free sign language interpretation to deaf civil litigants.²⁵

Several state courts have expanded their language services to include translations of relevant documents for persons with limited English proficiency. As an instance, the District of Colombia court offers free translation services for 631 documents (423,915 word counts) in 2022 and 536 documents (410,489 word counts) in 2023.²⁶ Translation services are provided for a variety of documents, including court orders, notices, summons, forms, and handbooks.

According to the data presented above, state courts are better positioned to provide language services in civil proceedings, including court interpretation and translation services. This enables local citizens access to linguistic justice and serve as a laboratory to apply at national level. However, limited resources and insufficient funding make language services in civil disputes difficult to offer. When there are inadequate funds or interpreters, courts prioritise specific groups or cases. The California court system, for example, prioritises family concerns such as parental rights, guardianship, supply of maintenance, and domestic abuse in offering language services.²⁷

Institutionally, the Consortium for State Court Interpreter Certification was formed by the National Center for State Courts to ensure the provision of quality court interpretation services. As of 2023, the consortium has at least forty-three members.²⁸ The consortium facilitates a means for states to share the costs of certification exams, curricula, and training materials.

2.2. India

The Indian Constitution and other subordinate legislations do not adequately acknowledge the provision of language services for individuals who are unable to understand the court's working language. Nonetheless, Article 14 of the Indian Constitution states that the right to equality before the law and equal protection under the law are fundamental rights. Similarly, Article 39 (A) of the Constitution requires

²⁴ *Ivi*, p. 597.

²⁵ *Ivi*, p. 631.

²⁶ District of Colombia Courts, *Language Access Program 2023 Annual Report*, 2024.

²⁷ Civil Justice for All, *Recommendation 6: Simplification and Innovation*.

²⁸ Delaware Courts, *Orientation Seminar for Prospective Interpreters*, 2023.

states to promote equal justice based on equal opportunity. The state's provision for a court interpreter and other language services fosters equal opportunity and equal legal protection for litigants who speak the court's working language and those who do not.

The Use of Official Language in High Courts Bill (2016) recognised the importance of language in ensuring fair hearings. The bill reads, "the right to a fair hearing cannot be done unless the litigant understands the language of the hearing."²⁹ Accordingly, limiting the right to interpretation for someone who fails to understand the court's working language violates the right to a fair hearing. In practice, the state provides court interpreters for individuals who are unable to speak in the court's working language. For example, the Supreme Court of India uses court interpreters to conduct proceedings in eleven languages in the *Kesavananda Bharati vs. State of Kerala* case.³⁰ Courts at different levels are authorised to certify court interpreters.

The Indian judiciary has a comprehensive system of court-related file translation. First, if subordinate courts deliver judgments in local languages, they must freely translate the decisions into English to facilitate litigant parties' right to appeal.³¹ Likewise, as English is the language of record at all levels of court, all documents must be translated into English before being used in court proceedings.³² The litigants are responsible for providing a translated version of their documents at their own expense.

The state sets translation charges and other associated expenses to prevent translation costs from becoming unaffordable, which may impede access to justice, particularly for the indigent members of society. In this regard, the Indian Supreme Court Circular (2015) prescribes translation rates for court files.³³ As the number of pages to be translated increases, the price per page decreases. A translation of 200 words equals one page. The minimal translation fee is 250 rupees (about \$3). A person who translates between 100 and 200 pages is charged twenty-five rupees each page, excluding typing and copying fees.³⁴

²⁹ Indian High Courts Use of Official Languages Bill, Pub. L. No. Bill No. XLVI of 2016, 2016.

³⁰ *Kesavananda Bharati vs. State of Kerala*, Indian Supreme Court, 1973.

³¹ S. Choudhry & E. Houlihan, *Official Language Designation: Constitutional Building Primer* 20, cit., p. 30; R. Thawani, *Official Languages in District Courts*,

³² A. Lakshman, *SC's Translation Projects Raced Ahead in 2023 as Retd. HC Judges, Law Clerks Help AI*, cit.

³³ Supreme Court of India, *Supreme Court of India Circular*, 2015.

³⁴ Supreme Court of India, *Handbook on Practice and Procedure and Office Procedure*, 2017.

The third category of court case translation is the translation of Supreme Court and High Court rulings from English into regional or local languages. Each level of court accomplishes the task with the aim of enhancing the language accessibility of its decisions in local languages. As an illustration, the Indian Supreme Court began interpreting its decisions in 2019.³⁵ To ensure translation efficiency, the court uses a range of Artificial Intelligence (AI) translation tools, including Google Translation. Furthermore, editorial committees have been established at the Supreme and High Court levels to review and correct faulty AI translations.³⁶

Concerning deaf litigants, India ratified the Convention on the Rights of Persons with Disabilities (CRPD) in 2007 and enacted the Rights of Persons with Disabilities Act (2016), both of which recognise the necessity for provision accommodations to ensure them access to justice. Actually, the provision of sign language interpreters and other facilities for deaf individuals to access public services in India is still in its infancy. There are limited licensed sign language interpreters in India, serving millions of deaf people.³⁷ In October 2023, the Indian Supreme Court appoints its first sign language interpreter to assist deaf litigants and lawyers in all Supreme Court proceedings.³⁸ However, no comparable commitments are undertaken at other levels of Indian courts.

2.3. South Africa

Several studies show that in South Africa more than 90% of court cases are heard between people who do not speak court's working language, which is English or Afrikaans.³⁹ This means that court interpreters are equally as important in South African courts as judges. The influx of immigrants into the country increases the demand for court interpretation services. Without court interpreters, litigants face the risk of

³⁵ A. Lakshman, *SC's Translation Projects Raced Ahead in 2023 as Retd. HC Judges, Law Clerks Help AI*, cit.

³⁶ Ministry of Law and Justice of India, *Promotion of Hindi in Higher Courts-AI Assisted Legal Translation Advisory Committee Assisting Translation of e-SCR Judgments into Vernacular Languages By using AI Tool*, 02.02.2024.

³⁷ N. Jaiswal, *With a Deaf Community of Millions, Hearing India is only just Beginning to Sign*, in *The World from PRX*, 2017.

³⁸ S. Kakkar, *Supreme Court Appoints Sign Language Interpreter for Lawyer with Hearing Impairment*, in *The New Indian Express*, 2023.

³⁹ CS. Moyo, *The Growing Need for Foreign Language Court Interpreters in South African Courts*, MA Thesis, University of Witwatersrand, 2016.

injustice owing to language barriers. As a result, court interpretation is an integral part of the judicial system in South Africa, particularly in multilingual provinces.⁴⁰

The South African Constitution (1996) recognises the right to court interpretation only for criminally accused person during trial phase and not in civil litigation.⁴¹ As a result, the right to interpretation in civil proceedings is inferred from the general provision of the right to access courts (Section 34 of the Constitution). This section reads as: “everyone has the right to have any dispute that can be resolved by the application of law decided in a fair public hearing before a court”. Provision of language services is one of the elements that pledges fairness of the hearing.

In court proceedings, the judge may require interpretation for litigants or witnesses. According to Curie, the civil litigant party seeking court interpretation services is responsible for finding their own interpreters and for the cost of interpretation.⁴² Furthermore, English and Afrikaans are the languages of record in court. In consequence, proceedings held in other languages should be interpreted and translated into English and/or Afrikaans.

In 2004, a committee of High Court judges-presidents was established to investigate language use in South African courts.⁴³ The majority of committee members support civil litigants’ rights to open files, respond to pleadings, and pursue litigation in any of the eleven official languages. The Committee also recommends that states include a free interpretation clause in civil proceedings. However, the committee’s decision has yet to be implemented.⁴⁴

To promote professionalism of language services in courts, South Africa issued Language Practitioners’ Council bill and regulations. The regulation sets details of competency, confidentiality, professional dignity, honesty, impartiality, quality, and accountability as ethical standards for all language practitioners in the country.⁴⁵ Court interpreters must also swear an oath to perform court interpretation in good faith.

Furthermore, since the late 1990s, numerous educational institutions have been involved in court interpretation and translation training and education programs

⁴⁰ NC. Steytler, *Implementing Language Rights in Court: The Role of the Court Interpreter*, in *South African Journal on Human Rights*, 1993, Vol. 9, p. 205-222.

⁴¹ I. Currie, *Official Languages and Language Rights*, cit. Ch.65, p. 17.

⁴² *Ivi*, p. 18.

⁴³ I Bambust et al., *Constitutional and Judicial Language Protection in Multilingual States*, cit., p. 231.

⁴⁴ *Ivi*, p. 230.

⁴⁵ South African Language Practitioners’ Council Act: Regulations, NO. 1105, 2015.

to enhance the professionalisation of court language services. Several notable universities in the country, including the University of Pretoria, have begun to offer programs ranging from short-term professional development training to PhD programs in legal interpretation and translation.⁴⁶

The government also established the South African Translators Institute (SATI), a regulatory agency for translators and interpreters.⁴⁷ SATI is in charge of fostering the professionalism of court interpreting services and developing an ethical code. Additionally, SATI is mandated to accrediting the country's language practitioners.⁴⁸

South Africa recognised sign language as the 12th official language in 2023, facilitating Deaf litigants to access civil justice. The government also ratified the CRPD in 2007 and the African Disability Protocol in 2023. In practice, sign language interpretation started to be provided to deaf people seeking access to legal information and court proceedings, including civil litigations.⁴⁹ Nonetheless, the inaccessibility of sign language interpreters and their inexpertise in legal matters puts the system under strain.

3. PROVISION OF LANGUAGE SERVICES IN ETHIOPIAN COURT PROCEEDINGS

Ethiopia is an uncolonised federal nation located in the Horn of Africa. The country has a dual court structure: the federal (central) and regional state courts. The federal and regional courts have their own separate three-tiered regular courts: First Instance Court, High Court, and Supreme Court in ascending order.⁵⁰ In addition, there are informal courts (religious and customary) and special tribunals. The federal courts primarily operate in the federal cities of Addis Ababa and Dire Dawa. Regional courts established and run in their respective regional states.

⁴⁶ MX. Mpahlwa, *Language Policy and Practice in Eastern Cape Courtrooms with Reference to Interpretation in Selected Cases*, MA Thesis, Rhodes University, 2015; SJ. Lebesse, *The Undefined Role of Court Interpreters in South Africa*, MA Thesis, UNISA, 2013.

⁴⁷ TO. Israel, *Court Interpreting: The Effect of Omission, Code-Switching, and Self-Generated Utterances on Interpreter Performance*, PHD Thesis, UNISA, 2022.

⁴⁸ *Ivi*, p. 19.

⁴⁹ CRPD, *List of Issues Prior to Submission of the Combined Second, Third and Fourth Periodic Reports of South Africa*, 2023.

⁵⁰ Constitution of Federal Democratic Republic of Ethiopia, Proclamation No. 1/1995, 1995.

The jurisdiction and powers of federal and regional courts are decided by the respective federal and regional state legislatures. Both federal and regional courts have jurisdiction over civil, criminal, commercial, administrative, and other matters. The Ethiopian constitution also delegated the jurisdiction of Federal High Courts to State Supreme Courts and the jurisdictions of Federal First Instance Courts to State High Courts.⁵¹ However, state court jurisdiction is not delegated to federal courts.

Despite this, the Federal Supreme Court of Ethiopia hears matters brought from regional courts through appeal (on federal delegated powers and cassation (handling errors in federal and regional laws interpretation) cases.⁵² This article, however, does not seek to investigate Ethiopian judicial federalism systems or jurisdictions. Instead, this section examines the potential implications of working with language diversity in Ethiopian courts, as well as how they address language barriers and concerns when hearing civil cases.

3.1. Court Working Languages in Ethiopia

Ethiopia has more than eighty native languages. Language is an integral part of Ethiopian nation-building process, including the demarcation of regional and local government boundaries.⁵³ The Ethiopian federal and state constitutions protect the equality of all languages. Nonetheless, only a limited number of languages earned working language status.⁵⁴ Both the federal government and regional states use a monolingual working language approach, with the exception of the Harari region, which uses a bilingual working language. In Ethiopia, the state's working language automatically becomes the court's working language. The court working language recognised under Ethiopia's federal and regional constitutions appears as follows in the table below:

⁵¹ *Ivi* Article 78.

⁵² GT. Hessebon & AK. Idris, 6. *The Supreme Court of Ethiopia: Federalism's Bystander*, in NT. Aroney & J. Kincaid (eds.), *Courts in Federal Countries: Federalists or Unitarists?*, University of Toronto Press, 2017, p. 165-192.

⁵³ L. Smith, *The Politics of Contemporary Language Policy in Ethiopia*, in *Journal of Developing Societies*, 2008, Vol. 24, p. 207-243.

⁵⁴ Constitution of Federal Democratic Republic of Ethiopia, cit., Article 5.

Federal/ Regional State Courts	Working Language
Federal Courts	Amharic
Afar Region	Afarigna
Amhara Region	Amharic
Benishangul- Gumuz Region	Amharic
Central Ethiopia Region	Amharic
Gambela Region	Amharic
Harari Region	Harari and Afaan Oromo
Oromiya Region	Afaan Oromo
Sidama Region	Sidamu Afoo
Somali Region	Somaligna
South Western Ethiopia Region	Amharic
Southern Ethiopia Region	Amharic
Tigray Region	Tigrigna

According to the table above, Amharic is the working language in federal courts and six regions, whereas Oromiya and Harari use Afaan Oromo. In federal and regional courts, all parties must submit their pleadings in the court's working language. Court working language is also used to hear cases, record court proceedings, and issue judgments.⁵⁵ Written evidence produced to each court must be translated into the court's working language by the party who submits it.

3.2. Language Services in Civil Proceedings

A substantial number of people in Ethiopia's regions and federal cities are unable to speak court working language. Although Amharic is a working language in the federal and several regional states, the language's mother tongue speakers are believed to be one-quarter of Ethiopia's 120 million population.⁵⁶ Similarly, despite the

⁵⁵ MK. Amid, *The Rights of Deaf Persons Access to Civil Justice in Ethiopia: Examining the Laws and Practices*, in *Hawassa University Journal of Law*, 2024, Vol. 8, p. 71-109.

⁵⁶ YT. Fessha. *Language Policy in Federal Ethiopia: Too Much or Too Little?*, in *Forum of Federations*, 2022.

fact that Amharic is widely spoken in several regional state cities, six of the twelve regional states only use their vernacular language in court. These facets draw attention to the issue of how non-speakers of court working language speakers can be accommodated during court proceedings. This subsection examines the normative frameworks and procedures governing the provision of language services in Federal Courts, Oromia Regional State Courts, and Central Ethiopia Regional Courts.

3.2.1. *Court Interpretation Services*

Both the federal and all regional state constitutions in Ethiopia acknowledge free court interpretation solely for criminally accused persons and are silent on the provision of the same language service for civil litigants. Despite this, the Ethiopian constitution guarantee “everyone’s right to access justice,” (Article 37) “equal access to publicly funded social services (including courts),” (Article 41 (3)) and “equality of all languages.” (Article 5) Each constitutional provision serves as the basis for asserting the right to access language services, markedly court interpretation in civil matters.

At the federal level, Article 34 of the Federal Court Proclamation No. 1234/2021 requires federal courts to provide competent interpreters for people who do not understand Amharic. In the same line, the Federal Courts Civil Cases Flow Management Directive No. 08/2021 mandates judges to identify the need for a language interpreter before beginning hearing of the case. The Federal Courts Court Proceeding Directive No. 13/ 2021 further includes ethical standards for court interpreters, such as diligence and impartiality, however it lacks clarity.

In addition, the Federal Court Interpreters Service Fee Determination and Payment Directive specifies the amount of the service fee for court interpreters. Accordingly, local language interpreters are entitled to 250 Ethiopian Birrs (ETB), or approximately 2.5 dollars, for half-day services and double payment (ETB500) for full-day services.⁵⁷ The charge for a foreign language interpreter is double that of a local language interpreter (ETB500 for half day and ETB1000 for full day service). In practice, court interpretation services are provided by court administrative staff, police officers, or any volunteer.⁵⁸ Federal courts fund the expense of interpreting civil and

⁵⁷ Federal Court Interpreters Service Fee Determination and Payment Directive, 2021.

⁵⁸ Interview with Z. Behonegn, *Director of Federal Supreme Court Bench Service Directorate*, Addis Ababa, 2024.

non-civil disputes. However, if the litigant provides his own interpreter at his own expense, the interpreter and beneficiary reach an agreement on amount of service fees.⁵⁹

In the Oromia Regional State, the regional constitution and court statutes restrict court interpretation services to criminally charged individuals. In civil proceedings, litigants are required to provide their own interpreters.⁶⁰ Courts, on rare occasions, offer court interpreters for poor litigants who are unable to produce their own interpreters. In some cities, the practice differs. For instance, in Adama City, more than 90% of court litigants are unable to communicate in the Afaan Oromo court working language.⁶¹ In such matters, judges frequently conduct oral litigation in Amharic, but formal records and rulings are in Afaan Oromo. Although the judges' measures contravene the regional court working language rule, it ensures linguistic accessibility for court litigants and enhance the efficiency of handling cases.⁶²

In Central Ethiopia Regional State, the regional court proclamation authorises the provision of court interpretation services in all court proceedings, including civil matters.⁶³ Practically, oral court proceedings are done in Amharic, the working language of the court, as well as the local languages spoken in the area. As an example, judges in Hadiya Zone First Instance Court and High Court hear oral litigation in Hadiyisa and Amharic languages, and the litigation is recorded in Amharic.⁶⁴ Court interpreters are assigned when litigants and judges are unable to communicate in one other's languages.

Concerning deaf litigants, only a federal court proclamation guarantees the provision of sign language interpreters at court expense. When the necessity arises, the federal courts engage a temporary sign language interpreter.⁶⁵ In the case of Oromia and Central Ethiopia, no court law recognise the provision of sign language interpreters for deaf people. In civil disputes, judges from each region advises the deaf litigant party be represented by a family member, an attorney, or another person

⁵⁹ Interview with A. Legese, *Vice Chief Registrar of Federal High Court*, Addis Ababa, 2024.

⁶⁰ Interview with O. Yadesa, *Oromia Supreme Court President of the Office*, Addis Ababa/ Finfinne, 2024.

⁶¹ Confidential Interview with *Judge of Adama City State First Instance Court (Oromia Region)*, 2024; Confidential Interview, *Private Attorney at Oromia and Federal Courts*, Adama City, 2024.

⁶² *Id.*

⁶³ Interview with I. Mulatu, *Judge of Hadiya Zone State High Court (Central Ethiopia Region)*, Hossaena City, 2024.

⁶⁴ *Id.*; Interview with F. Tadese, *Judge of Hossaena City State First Instance Court (Central Ethiopia Region)*, Hossaena City, 2024.

⁶⁵ Interview with Z. Behonegn, cit.

of their choosing.⁶⁶ However, such practice violates deaf litigants' rights under the CRPD, such as the right to equal recognition, equal access before courts, the right to self-representation, and the right to access procedural accommodation by the state.⁶⁷

3.2.2. *Court Files Translations*

Court file translation refers to the process of converting written documents from their original language to the court's working language. Documents submitted to Ethiopian federal and regional courts must be presented by respective courts working language. In Ethiopia nowadays, court-related files contain written evidence attached to pleadings (such as commercial contracts or medical evidences) as well as court rulings.

Court ruling files comprise court judgments, orders, and summonses as needed. Court judgement can be translated and used as evidence in other courts that use a different working language. For instance, in the *Kassahun Ali vs Michot Aklilu* inheritance case, a proof of heir certificate issued by the Oromia First Instance Court in Afaan Oromo was presented as evidence to claim inheritance at the Hadiya Zone High Court, which works in Amharic.⁶⁸

Court judgments are also translated for the purpose of filing an appeal or cassation before the Federal Supreme Court.⁶⁹ As previously stated, the jurisdiction of federal courts is delegated to regional state high courts and state supreme courts. In effect, federal jurisdiction cases that were initially heard by regional courts using regional working language are eventually appealed to the Federal Supreme Court that operates in the federal working language. Furthermore, the Federal Supreme Court of Ethiopia has a contentious cassation power over regional matters.⁷⁰ The Federal Supreme Court entertains errors in the interpretation of laws decided by regional courts' cassation benches on exclusively regional issues. In cases where the working languages of federal and regional courts differ, the applicant must present the original ruling as well as a translated version in Amharic.⁷¹

⁶⁶ Interview with O. Yadesa, cit; Confidential Interview with *Judge at Central Ethiopia Regional State*, Alaba City, 2024.

⁶⁷ UN General Assembly, *Convention on the Rights of Persons with Disabilities and Optional Protocol*, 2006.

⁶⁸ *Kassahun Ali v Michot Aklilu*, Hadiya Zone State High Court (Central Ethiopia Regional State), 2024.

⁶⁹ Interview with H. Kabtyimer, *Judge at Federal Supreme Court of Ethiopia*, Addis Ababa, 2024.

⁷⁰ GT. Hessebon & AK. Idris, 6. *The Supreme Court of Ethiopia*, cit., p. 179.

⁷¹ Interview with H. Kabtyimer, cit.

In all cases, the interested party is responsible for translating evidentiary files and court decisions at his own expense. Exceptionally, Sidama Regional State Supreme Court gives a translated version of his own verdict for petitioners who wish to appeal to the Federal Supreme Court.⁷² In other cases, the judgment creditor/winner may seek reimbursement for translation costs and expenses in accordance to Article 463 of the Ethiopian Civil Procedure Code (1965).

Translation prices are set by agreements between the translation service provider and the beneficiary. The price of translation in Addis Ababa city ranges from ETB150ETB to 180 (about \$1.5-1.8) per page for regularly available translation needs such as Afaan Oromo, Tigrigna, and English language translation, while the translation rate for sporadic nature languages such as Somali, Afarigna, German, and other foreign languages is double of the above rate (from ETB300-360).⁷³ Because translation firms hire permanent translators for routinely available language translations and outsource for occasional language translation requests.

In the Oromia region, particularly in Adama city, the translation fee ranges from 200-250 ETB (approximately \$2 to 2.5) per page for Amharic document translation, while other languages, including English, vary from 300-400 ETB (\$3-4).⁷⁴ Translation service providers may reduce the cost of translation per page if the beneficiary need a large number of pages translated. The price rate is the same regardless of whether the case is civil or other, evidence or judgment translation.

4. CHALLENGES OF PROVISION OF LANGUAGE SERVICES IN ETHIOPIAN COURTS

The provision of court interpretation and court file translation has encountered numerous hurdles. Among other things, monolingual working language policy at the federal and regional levels fails to consider Ethiopia's multilingual demographics, as well as the country's ethno-linguistic federal system. The tremendous need for language services in many places is not met by providing court interpretation or court file translation. For example, the need for Afaan Oromo language service in the Federal Courts of Addis Ababa and Dire Dawa, on the one hand, and the demand

⁷² Interview with A. Belachew, *Registrar at Federal Supreme Court of Ethiopia*, Addis Ababa, 2024.

⁷³ Confidential Interview with *Word Zone Translation Service*, Addis Ababa, 2024.

⁷⁴ Interview with H. Wake, *Private Translator at Adama City (Oromia Region)*, Adama City, 2024.

for Amharic language service in Adama and other major cities of the country, on the other, necessitate the adoption of bilingual or multilingual court working languages.⁷⁵

Alas, unhealthy historical relationship among ethnic groups and ethnolinguistic structure of the country's federal system generates unpleasant competitiveness and rivalry among speakers of various languages.⁷⁶ Federal and regional states are hesitant to adopt new working languages for fear of marginalising one another's languages, in addition to resource constraints. Language, rather than serving as a means of communication, symbolises ethnic identity in Ethiopia.

Another obstacle to providing high-quality language services in court proceedings is legal constraints. The provision of language services for those who are unable to communicate in court in their working language is poorly regulated by the federal and states. Unlike criminal trials, several states do not recognise a state provision for court interpretation in civil proceedings. Above all, language services in Ethiopia are not professionalised. Anyone can be assigned as a court interpreter or obtain a license for translation services.⁷⁷ Mikkelsen points out that court language interpretation and translation necessitate a thorough understanding of language and legal jargons.⁷⁸ In Ethiopia, the federal and regional courts hire individuals with a bachelor's degree (BA) in language or literature. There are no requirements for legal expertise, nor is induction training provided to improve their competency.⁷⁹

In terms of enforcement, courts that recognise state-provided court interpreters lack adequate competent court interpreters. As an illustration, the Federal Supreme Court has only two court interpreters: one for the Afaan Oromo local language and one for English (a foreign language).⁸⁰ The Federal High Courts do not have a permanent court interpreter and instead use temporary interpreters. More than eleven Federal First Instance Courts in Addis Ababa employ five permanent foreign language court interpreters and one local language court interpreter.⁸¹ As a result,

⁷⁵ Confidential Interview No. 62, cit.

⁷⁶ L. Smith, *The Politics of Contemporary Language Policy in Ethiopia*, cit., p. 209.

⁷⁷ MK. Amid, *The Rights of Deaf Persons Access to Civil Justice in Ethiopia*, cit., p. 87.

⁷⁸ BB. Simelane, *Exploring the Role of Court Interpreters in KwaZulu-Natal Province of South Africa*, MA Thesis, Durban University of Technology, 2022.

⁷⁹ Interview with Z. Haileyesus, *Human Resource Officer at Federal Supreme Court of Ethiopia*, Addis Ababa, 2024; Interview with M. Berhanu, *Director of Human Resource Department at Oromia State Supreme Court*, Addis Ababa/ Finfinne, 2024.

⁸⁰ Interview with Z. Haileyesus, cit.

⁸¹ Confidential Interview with *Federal First Instance Court Chief Registrar*, Addis Ababa, 2024.

federal courts rely heavily on temporary/ad hoc interpreters to cover the wide and diverse range of court interpretation needs.

The situation worsens when an ad hoc interpreter is assigned to carry out the task of court interpretation. The litigant party or court assigns any volunteer as a court interpreter without considering his competence and familiarity with the court setting. If the case is handled by a bilingual judge, the quality of the interpretation can be monitored.⁸² Otherwise, a layperson undertakes court interpretation as they see fit, with no controls or cross-checking systems. Similarly, translation service licenses are issued in federal and regional states to anyone interested in doing business. A translation service license requires no educational qualifications, expertise background, or examination.⁸³ Such practices jeopardise litigants' rights to a fair hearing and access to justice.

Despite this, several translation firms engage translators who are skilled in languages and use legal dictionaries to ensure the quality of their work and prevent potential legal liability for faulty translation. Courts also frequently allow litigants to reflect on the accuracy and correctness of translation and court interpretation. However, litigants who are unfamiliar with legal jargons or are unable to be represented by an attorney are less likely to correct errors of written legal translations and oral court interpretations.⁸⁴

The above-mentioned impediments to court language services have a detrimental effect on access to civil justice. Key informant litigant parties and judges observe that absence of or poor court interpretation and translations causes a delay in the resolution of the dispute and may result in a wrongheaded judgement.⁸⁵ The situation is exacerbated if interpreter interprets the evidence incorrectly during the initial hearing of the case. Because it is difficult to fix errors made during evidence hearings at the appellate or subsequent stages of the litigation phases.

To address this issue, federal courts recently began video recording and documenting throughout court proceedings utilising Artificial Intelligence (AI). A litigant party who is concerned about the accuracy of the interpretation could request cross-check-

⁸² Interview with H. Kabtyimer, cit.

⁸³ Confidential Interview no. 74, cit.

⁸⁴ Interview with H. Kabtyimer, cit.

⁸⁵ Confidential Interview with *Litigant Party at Federal Supreme Court of Ethiopia*, Addis Ababa, 2024; Interview with H. Gebremichael, *Judge at Lideta Federal First Instance Court*, Addis Ababa, 2024.

ing of the recorded courtroom video.⁸⁶ However, there is no equivalent commitment from regional courts. In effect, judges are overburdened for both interpreting the law and cross-checking the correctness of court interpretation and court file translation in order to discover the truth and provide litigant parties with access to civil justice.

5. LESSONS ETHIOPIAN COURTS LEARNS FROM COMPARATIVE EXPERIENCES OF COURT LANGUAGE SERVICES

In previous parts, we looked at the provision of language services in Ethiopia and the comparative experiences of the United States, India, and South Africa. This section refines the lessons Ethiopian courts should take from foreign experiences to improve the provision of court language services, particularly in civil litigations. Multilingualism is an unavoidable part of human diversity throughout the world. States also select a specific language to serve as the court's working language because it is difficult to make all languages the state working language.⁸⁷

The three foreign countries discussed above do not provide constitutional protections for court interpretation or translation services in civil proceeding at the expense of the state, like Ethiopia. However, they designed statutory-based legal and normative frameworks to ensure access and professionalism in court language services. Each country has accreditation and standardisation mechanisms in place for court language services. In addition, they began providing sign language interpreters for deaf litigants during court proceedings.

Ethiopia can also draw lessons from the distinct approaches used by each country. The USA example, among others, shows that adopting a monolingual court working language system is not an obstacle to accommodating court litigants' who have language barriers. The right to court interpretation and translation services at state expense in civil proceedings has been developed through judicial jurisprudence, which includes precedent court decisions as well as statutes.⁸⁸

Furthermore, sub-national state courts in the United States give better protection and safeguards for language services in civil cases than federal courts. Non-state ac-

⁸⁶ Interview with D. Gizaw, *Information Communication Technology Officer at Federal Supreme Court of Ethiopia*, Addis Ababa, 2024.

⁸⁷ J. Leung, *Shallow Equality and Symbolic Jurisprudence in Multilingual Legal Orders*, Oxford University Press, 2019.

⁸⁸ ABA, *American Bar Association Standards for Language Access in Courts*, cit., p. 23.

tors, like the USA Bar Association, play a crucial role in enhancing the excellence of court language services. In the face of limited resources, courts prioritise vulnerable groups' access to language services, such as family matters and domestic violence cases. Courts also give court file translation services on rare occasions.⁸⁹

Ethiopia could also benefit from India's best practices, particularly the importance of distinguishing court working languages at different levels of the court hierarchy.⁹⁰ This strategy promotes working language diversity at the local level while ensuring uniformity at the Supreme Court by using English. The Indian differentiation technique extended to distinguishing between oral proceedings and judicial records and judgments to balance litigant parties' interest and court working language rule.

India also requires courts to provide translated versions of judgments to litigant parties in cases when the working languages of the local and appeal courts differ. This helps to ensure the parties' right to appeal, as opposed to Ethiopia's approach, which compels litigant parties to furnish a translated version of the court decision at their own expense. India's Supreme and High Courts are also beginning to translate their own verdicts into local languages utilising AI technology in order to increase societal legal awareness and language accessibility to their decisions.⁹¹ Indian Supreme Court further set translation pricing standards to guarantee that translation services are affordable, as opposed to Ethiopia, which relies on market prices.

Ethiopia should learn from South Africa's experience, specifically on the importance of investing in producing of qualified legal interpreting and translating professionals. In Ethiopia, there is no training/education curriculum or institution dedicated to the professionalisation of court language services.⁹² South Africa has also adopted a specific and detailed code of conduct for language services in the courts. In addition, the country recognises sign language as an official language of the state alongside other languages. The recognition serves as a springboard to help deaf litigants overcome communication hurdles while accessing courts.

Overall, Ethiopia can benefit from the best practices of other nations in assuring access to language services in civil proceedings. The recognition and enforcement of litigant parties access to language services in civil proceeding is dependent on

⁸⁹ L.K. Abel, *Language Access in the Federal Courts*, cit., p. 595.

⁹⁰ S. Choudhry & E. Houlihan, *Official Language Designation: Constitutional Building Primer* 20, cit., p. 30.

⁹¹ Ministry of Law and Justice of India, *Promotion of Hindi in Higher Courts*, cit.

⁹² Interview with H. Kabtyimer, cit.

states commitment at the federal and regional levels. Besides, because of the resource-intensive nature of language service provision, it is crucial to contextualise the local circumstances and alternatives while providing and managing court interpretation and translation services.

6. CONCLUSION

Court language interpretation and translations are an indispensable part of court proceedings in multilingual social settings. States are under no international obligation to offer language services in civil proceedings for individuals who are unable to communicate in the court's working language and are unable to afford the cost of language services. However, failure to accommodate litigants' language barriers results in a denial of justice. In Ethiopia, federal and regional courts provide limited language assistance to civil case litigants, particularly oral court interpretations. However, the service lacks comprehensive legal and normative frameworks governing qualification, licensing, and certification, free state provision, code of conduct, standardisation, and professionalisation of language services. The jurisprudence and practices developed by courts in the United States, India, and South Africa contribute to the reform of language services in Ethiopian courts civil proceedings. To do this, pertinent federal and regional actors must commit to learning from best foreign experiences and incorporating them into the Ethiopian legal system by contextualising them in local realities and adhering to access to justice standards.

BIBLIOGRAPHY

- L. K. Abel, *Language Access in the Federal Courts*, in *Drake Law Review*, 2013, Vol. 61, p. 593- 639
- M. K. Amid, *The Rights of Deaf Persons Access to Civil Justice in Ethiopia: Examining the Laws and Practices*, in *Hawassa University Journal of Law*, 2024, Vol. 8, p. 71-109
- I. Bambust et al., *Constitutional and Judicial Language Protection in Multilingual States: A Brief Overview of South Africa and Belgium*, in *Erasmus Law Review*, 2012, Vol. 5, p. 211-232
- S. Choudhry, *Language*, in S. Choudhry, M. Khosla, & P.B. Mehta (eds), *The Oxford Handbook of the Indian Constitution*, 2016, P. 180-195
- S. Choudhry & E. Houlihan, *Official Language Designation - Constitutional Building Primer* 20, in *International IDEA*, 2021.
- I. Currie, *Official Languages and Language Rights*, in W. Stu & B. Michael (eds.), *Constitutional Law of South Africa*, 2013, Chapter 65, p. 1-18
- YT. Fessha. *Language Policy in Federal Ethiopia: Too Much or Too Little?*, in *Forum of Federations*, 2022.
- G.T. Hessebon & A.K. Idris, 6. *The Supreme Court of Ethiopia: Federalism's Bystander*, in NT. Aroney & J. Kincaid (eds.), *Courts in Federal Countries: Federalists or Unitarists?*, University of Toronto Press, 2017, p. 165-192
- N. Jaiswal, *With a Deaf Community of Millions, Hearing India is only just Beginning to Sign*, in *The World from PRX*, 2017.
- S. Kakkar, *Supreme Court Appoints Sign Language Interpreter for Lawyer with Hearing Impairment*, in *The New Indian Express*, 2023.
- A. Lakshman, *SC's Translation Projects Raced Ahead in 2023 as Retd. HC Judges, Law Clerks Help AI*, in *The Hindu*, 31.12.2023.

- J. Leung, *Shallow Equality and Symbolic Jurisprudence in Multilingual Legal Orders*, Oxford University Press, 2019
- C.S. Namakula, *Language Rights in the Minimum Guarantees of Fair Criminal Trial*, in *International Journal of Speech, Language and the Law*, 2012, Vol. 19, No. 1, p. 73–93
- L. Ralarala, *A Compromise of Rights, Rights of Language and Rights to a Language in Eugene Terreblanche's (ET) Trial within a Trial: Evidence Lost in Translation*, in *Stellenbosch Paper Linguistic*, 2019, Vol. 41, p. 55-70
- C. Saunders, *Courts in Federal Countries - Constitutional Brief*, in *International IDEA*, 2019
- L. Smith, *The Politics of Contemporary Language Policy in Ethiopia*, in *Journal of Developing Societies*, 2008, Vol. 24, p. 207-243
- N.C. Steytler, *Implementing Language Rights in Court: The Role of the Court Interpreter*, in *South African Journal on Human Rights*, 1993, Vol. 9, p. 205-222
- J.D. Stone, *Assessing the Existence of the Right to Translation under the International Covenant on Civil and Political Rights*, in *Max Planck UNYB*, 2012, Vol. 19, p. 159-181
- R. Thawani, *Official Languages in District Courts: A Case to Encourage the Use of English*, in *Bar and Bench- Indian Legal News*, 2020.

Articoli

NULLITÀ PARZIALE DEL FONDO PATRIMONIALE E DESTINAZIONE PATRIMONIALE NEL PRISMA DELLA FUNZIONE PROTETTIVA DEI “BISOGNI DELLA FAMIGLIA”

PARTIAL INVALIDITY OF THE PATRIMONIAL FUND AND PATRIMONIAL DESTINATION IN THE PRISM OF THE PROTECTIVE FUNCTION OF THE “FAMILY NEEDS”

Giovanni Maria Tosi

Cultore della materia di Diritto Privato

ORCID: 0009-0008-8566-7299

Università degli Studi di Milano (00wjc7c48)

gm.tosi@tosilex.it

ABSTRACT

La sentenza 27792/2024 della Cassazione ha dichiarato la nullità parziale di un fondo patrimoniale. Nonostante non sia particolarmente innovativa, la decisione della Corte tratta insieme due temi altrimenti lontani tra loro: la funzione del fondo patrimoniale e la nullità parziale. La decisione è conforme a numerosi precedenti nei quali vengono definiti la funzione del fondo patrimoniale, il concetto di famiglia, l'essenzialità della clausola nulla e la rilevabilità d'ufficio della stessa.

La concentrazione di questi istituti rende quindi la sentenza un terreno fertile per discutere più in generale una serie di questioni teoriche e pratiche relative alle ipotesi di nullità dell'atto costitutivo di fondo patrimoniale, alla applicabilità della nullità parziale e della conversione al fondo patrimoniale.

Questo contributo è stato sottoposto a referaggio anonimo (doppio cieco)
This paper has been subjected to double-blind peer review



Licensed under a [Creative Commons NonCommercial-NoDerivatives 4.0 International](https://creativecommons.org/licenses/by-nc-nd/4.0/)

© The Author(s)

Published online: 23/07/2025



Milano University Press

Con questo studio s'intende affermare che la funzione economica protettiva dei bisogni della famiglia potrebbe, invero, essere assicurata, ad avviso dello scrivente, dall'art. 167 c.c. – per mezzo di lettura sistematica, costituzionalmente orientata, funzionale e non formalistica – non solo limitatamente alla famiglia nucleare ma anche estesa, stante l'*eadem ratio* protettiva meritevole di tutela, alla famiglia parentale senza dover necessariamente ricorrere al più flessibile strumento negoziale della destinazione patrimoniale di cui all'art. 2645-ter c.c.

PAROLE CHIAVE: Fondo patrimoniale; Bisogni della famiglia; Vincolo di destinazione; Nullità parziale; Conversione.

Judgment 27792/2024 of the Italian Supreme Court of Cassation declared the partial invalidity of a patrimonial fund. Although not particularly innovative, the Court's decision deals with two otherwise distant issues: the function of the patrimonial fund and partial invalidity. The decision follows numerous precedents in which the function of the patrimonial fund, the concept of family, the essentiality of the invalid clause and *ex officio* detection of the same are defined.

Therefore, the union of these issues makes fertile ground for discussing more broadly about a series of theoretical and practical questions regarding the hypothesis of invalid patrimonial fund, the applicability of partial invalidity and conversion to destination constraint.

The purpose of this study is to state that the protective function of the needs of the family could, in the writer's opinion, be ensured by article 167 of the Italian Civil Code – by means of a systematic, constitutionally oriented, functional and non-formalistic reading – not only limited to the nuclear family but also extended, in view of the same protective *ratio*, to the parental family without necessarily having to resort to the more flexible instrument of the destination constraint pursuant to article 2645-ter of the Italian Civil Code.

KEYWORDS: Patrimonial fund; Family needs; Destination constraint; Partial invalidity; Conversion.

SOMMARIO: 1. Introduzione – 2. La nullità del fondo patrimoniale – 3. La nullità parziale e il principio di conservazione del contratto – 4. Convertibilità del fondo patrimoniale in vincolo di destinazione ex art. 2645-ter c.c. – 5. Osservazioni conclusive sulla funzione protettiva economica della famiglia

1. INTRODUZIONE

Recentemente la Corte di Cassazione¹ si è pronunciata con una decisione interessante sul tema della nullità parziale del fondo patrimoniale.

Tale decisione offre il destro per approfondire, in prospettiva funzionale, gli eventuali rapporti tra fondo patrimoniale ex art. 167 c.c. e nullità parziale ex art. 1419 c.c., oltre che la possibile conversione ex art. 1424 c.c. del fondo patrimoniale nullo nel più recente e ampio istituto civilistico degli atti di destinazione ex art. 2645-ter c.c.

Ma partiamo da una breve ricostruzione del caso concreto alla base della citata decisione.

Due conviventi di fatto sono comproprietari di un immobile adibito ad abitazione, in cui vivono insieme alla figlia minorenni. Al termine della loro relazione di convivenza l'immobile viene assegnato alla madre, quale genitore "collocatario".

Qualche anno dopo l'ex compagna conferisce la quota indivisa del suddetto immobile a favore del fondo patrimoniale dei suoi genitori, i quali contestualmente conferiscono nel medesimo fondo altri loro beni.

Il Tribunale di Vicenza respinge il ricorso, proposto nei confronti dell'ex compagna e dei suoi genitori, con il quale l'ex compagno domandava la nullità o l'inefficacia dell'atto costitutivo di fondo patrimoniale, sulla base del presupposto, in primo luogo, che l'ex compagna aveva conferito la sola quota indivisa pari alla metà dell'immobile senza interessare in alcun modo la quota dell'altro e, in secondo luogo, che questi non aveva interesse ad agire potendo in ogni caso proporre domanda di divisione della comunione.

¹ Così Cass., 28 ottobre 2024, n. 27792: «L'art. 1419 c.c. pone la regola della non estensibilità all'intero contratto della nullità che ne inficia eventualmente solo una parte, stabilendo, in via del tutto eccezionale, che la nullità parziale di un contratto o di singole clausole importi la nullità dell'intero contratto solo se risulta che "i contraenti non lo avrebbero concluso senza quella parte del suo contenuto che è colpita dalla nullità". L'indagine sull'essenzialità della clausola nulla è finalizzata a ricostruire in chiave oggettiva se il contratto, una volta espunta la clausola nulla, sia ancora idoneo a realizzare gli interessi perseguiti dalle parti (Cass. 8970/2000)».

Nel 2021 interviene la Corte d'Appello di Venezia che riformando la sentenza del Tribunale di Vicenza dichiara nullo per mancanza di causa l'atto pubblico con il quale l'ex compagna e i genitori avevano costituito il fondo patrimoniale, perché il Tribunale aveva ritenuto che il fondo in questione facesse fronte ai bisogni della famiglia dell'ex compagna, ma secondo la Corte d'Appello questa aveva costituito il fondo patrimoniale a favore dei genitori e non aveva menzionato in alcun modo nell'atto costitutivo la figlia minore.

Avverso la suddetta pronuncia, l'ex compagna e i genitori propongono ricorso per cassazione con tre motivi.

Punti controversi sono la funzione del fondo patrimoniale, il concetto di famiglia (art. 167 co. 1 c.c.) e l'estensione della nullità all'intero fondo patrimoniale.

I ricorrenti contestano che il termine "famiglia" si riferisca alla sola *famiglia nucleare* e non *parentale*. Quest'ultima sarebbe formata non solo dai coniugi e i figli, ma anche dagli ascendenti (e specularmente dai discendenti). Tale contestazione pare condivisibile e ragionevole perché gli ascendenti sono obbligati insieme ai coniugi al mantenimento della famiglia, *rectius* dei nipoti (artt. 316 *bis* e 433 c.c.), e, in secondo luogo, hanno il «diritto di mantenere rapporti significativi con i nipoti minorenni» (art. 317 *bis* c.c.).

I ricorrenti rilevano inoltre che tutti i soggetti, la donna e i suoi genitori, avevano sottoscritto l'atto notarile in calce. I genitori, quindi, avrebbero accettato il conferimento della figlia ex art. 167 co. 2 c.c.

La Corte di Cassazione non accoglie tale ragionevole apertura alla famiglia parentale, e dichiara l'infondatezza di questa censura ribadendo il principio di diritto secondo cui, poiché la costituzione del fondo patrimoniale rientra tra le convenzioni matrimoniali, l'art. 167 c.c. si riferisce alla sola famiglia "nucleare" – fondata sul matrimonio o sull'unione civile – in cui sono compresi i figli nonché gli affiliati e i minori in affidamento temporaneo².

Infine, i ricorrenti lamentano il vizio di ultra-petizione in cui sarebbe incorsa la sentenza impugnata, essendo stato dichiarato nullo per mancanza di causa l'intero

² «La costituzione del fondo patrimoniale rientra tra le convenzioni matrimoniali. Di conseguenza, la norma non si riferisce alla cosiddetta famiglia "parentale" bensì alla famiglia "nucleare": in essa sono compresi i figli, minori e maggiorenni, ancora a carico dei genitori e non autonomi patrimonialmente, nonché, secondo la dottrina, gli affiliati ed i minori in affidamento temporaneo. Il fondo patrimoniale può dunque costituirsi solo a beneficio di tutti i componenti della famiglia nucleare fondata sul matrimonio o sull'unione civile (ex art. 1 co. 13 L. 76/2016) e i beneficiari godono di una semplice aspettativa di fatto ai proventi del fondo ed alla destinazione finale dei beni» così Cass., 28 ottobre 2024, n. 27792.

atto costitutivo del fondo, anche per quanto attiene ai beni immobili conferiti nel fondo patrimoniale dai genitori, malgrado la domanda dell'ex compagno della donna costituente fosse limitata alla declaratoria di nullità dell'atto in relazione alla quota di comproprietà del bene immobile conferito da quest'ultima.

Gli stessi rilevano che neppure dalla motivazione si può evincere che la clausola relativa all'atto di conferimento della donna sia stata ritenuta in rapporto di interdipendenza ed inscindibilità con le altre pattuizioni o conferimenti dei due genitori. Rispetto a tale motivo, il controricorrente dichiara di non avere alcun interesse a prendere posizione.

La Corte invece accoglie questo secondo motivo ribadendo il principio di nullità parziale.

La sentenza non è particolarmente innovativa, anzi in certi passaggi è eccessivamente formalista, ma permette di illustrare alcune questioni di particolare interesse, almeno in parte inedite sotto il profilo delle reciproche correlazioni: le cause possibili di nullità del fondo patrimoniale, l'istituto della nullità parziale e l'applicabilità dello stesso al fondo patrimoniale e, infine, la mancata riqualificazione del fondo patrimoniale nullo.

2. LA NULLITÀ DEL FONDO PATRIMONIALE

Occorre indagare le ragioni per cui è stata dichiarata la nullità del fondo patrimoniale.

La prima ragione addotta è la mancanza di causa. Bisogna, dunque, individuare la causa del fondo patrimoniale³.

³ La causa è un concetto polisemico dibattuto e non unanimemente condiviso in dottrina: come ci ricorda l'illustre giurista, recentemente scomparso – G. Alpa et al., *Diritto privato comparato. Istituti e problemi*, Laterza, Bari, 2012, p. 208 – la causa, proprio in ragione della sua polisemia, ha stimolato «la fantasia dei giuristi trasformandoli in autentici prestigiatori. Perché la causa (...) è proprio una formula magica».

Sullo sfuggente concetto di causa – definita da F. Ferrara Jr., *Teoria dei contratti*, Jovene, Napoli, 1940, p. 127, «oggetto vago e misterioso» – si sono spesi fiumi d'inchiostro.

Già nella letteratura civilistica dei primi del novecento P. Bonfante, *Il contratto e la causa del contratto*, in *Riv. dir. comm.*, 1908, vol. 1, p. 115, indicava la causa come «la più filosofica delle parole», che «ha esercitato nel pensiero giuridico la sua fatale malia (...) problema più discusso e più indecifrabile della dottrina moderna del diritto, il campo preferito delle elucubrazioni metafisiche e della psicologia giuridica»; concetto «indeterminato» per E. Redenti, *La causa del contratto secondo il nostro codice*, in *Riv. trim. dir. proc. civ.*, 1950, p. 896 ss.

Si è passati dall'identificare la causa nella controprestazione, alla funzione economico sociale, poi alla funzione economico individuale e da ultimo alla sintesi degli interessi delle parti sublimati nella causa concreta. Senza pretese di esaustività si vedano *ex multis*: G. Alpa, *La causa e il tipo*, in E. Gabrielli, *I contratti in generale*, in *Trattato dei contratti*, diretto da P. Rescigno, E. Gabrielli, Torino, 2006; C. M.

A nostro avviso pare preferibile valorizzare la specificità dello strumento negoziale in parola e conseguentemente aderire all'orientamento dottrinale secondo cui il fondo patrimoniale ha struttura e funzione autonome, tipiche, non riducibili ad altri schemi negoziali (ad es. allo schema donativo)⁴.

Bianca, *Causa concreta del contratto e diritto effettivo*, in *Riv. dir. civ.*, 2014, p. 251; E. Betti, *Causa del negozio giuridico*, in *Noviss. Dig. It.*, III, Torino, 1959, p. 32 e ss.; G. De Nova, *Il tipo contrattuale* (1974), Napoli, 2014; G. Gorla, *Il contratto. Corso di diritto privato svolto secondo il metodo comparativo e casistico* (1954-1955), Roma, 2023; G. B. Ferri, *Causa e tipo nella teoria generale del negozio giuridico*, Milano, 1966; M. Giorgianni, *Causa (dir. priv.)*, in *Enciclopedia del Diritto*, VI, Milano, 1960, pp. 547-576; G. Gitti, *La «tenuta» del tipo contrattuale e il giudizio di compatibilità*, in *Riv. dir. civ.*, 1, 2008, p. 491; M. Girolami, *L'artificio della causa contractus*, Padova, 2012; P. Perlingieri, *In tema di tipicità e atipicità nei contratti*, in *Il diritto dei contratti tra persona e mercato*, a cura di P. Perlingieri, Napoli, 2003, p. 391; V. Roppo, *Il contratto*, Milano, 2011; V. Roppo, *Causa concreta: una storia di successo? Dialogo (non reticente, né compiacente) con la giurisprudenza di legittimità e di merito*, in *Riv. dir. civ.*, 2013, 985; R. Sacco, *Causa*, in *Digesto delle discipline privatistiche, sez. civ.*, Agg., Torino, 2014, p. 37 e ss.; R. Sacco, *La causa*, in *Il contratto*, in *Trattato di diritto civile*, diretto da Sacco, Torino, 2004, 635 e ss.

La causa – così R. Sacco, G. De Nova, *Il contratto*, IV edizione, Torino, 2016, p. 783 – costituisce invero “un piccolo arcipelago di significati”; in relazione alla causa come criterio di controllo della autonomia privata, si critica la causa quale funzione economico-sociale del contratto proprio perché connessa a quel criterio: “la concezione oggettiva della causa non può spiegare cosa sia questa ‘funzione’, se si intende tenerla distinta ad un tempo dal voluto e dagli effetti” (*ibidem*, p.794 ss.). Secondo gli Autori da ultimo citati “la funzione dell’atto, misurata nel momento della stipulazione, è ciò che le parti dichiarano di volere; e, misurata a negozio avvenuto, è l’effetto giuridico della fattispecie.” (*ibidem*, p.795 ss.).

Suggestiva la *fuga dalla causa* evocata da E. Navarretta, *Le ragioni della causa e il problema dei rimedi – L’evoluzione storica e le prospettive del diritto europeo dei contratti*, in *Riv. dir. comm.*, I, 2003, 999, la quale osserva che tale fenomeno pare motivato più che “da un anelito di libertà insindacabile, smentito dal sensibile ampliamento del sindacato sulla stessa giustizia economica dell’atto, deriva, in realtà, dalla crisi del rimedio preventivo e radicale della nullità e, soprattutto, dai timori che suscita una categoria ritenuta foriera di incertezze e di ambiguità”. La causa – così C. Scognamiglio, *Problemi della causa e del tipo*, in AA.VV., *Trattato del contratto*, diretto da V. Roppo, II, *Regolamento*, Milano, 2006, p. 85 ss. – ha visto in effetti diminuire progressivamente l’importanza rivestita nel discorso sull’autonomia privata essendosi spostata la riflessione “sul terreno del sindacato sul contenuto del contratto ovvero su quello della costruzione dei diritti e dei doveri accessori per l’una e per l’altra parte del contratto, dal diritto di recesso agli obblighi di informazione, destinati a riequilibrare le situazioni di asimmetria informativa e di squilibrio di poteri che il contesto in cui si è costituita la *lex contractus* abbia determinato”, parafrasando C. Castronovo, *Un contratto per l’Europa, Prefazione all’edizione italiana dei Principi di diritto europeo dei contratti*, XXVI, Milano, 2001. Il *crepuscolo della causa*, oltre che in dottrina, si registra ora anche sulla scorta del *diritto privato europeo* che tale elemento contrattuale non pare contemplare.

⁴ R. Lenzi, *Struttura e funzione del fondo patrimoniale*, in *Rivista del notariato*, 1991, p. 53-90. L’autore afferma che l’atto costitutivo di fondo patrimoniale è un tipo negoziale autonomo. Lenzi sviluppa la sua tesi adducendo i seguenti argomenti: in primo luogo, l’atto costitutivo di fondo patrimoniale tra vivi ha una struttura minima essenziale configurabile in termini di contratto con obbligazioni del solo proponente ex art. 1333 c.c., e non di donazione, poiché difetta sempre dell’elemento soggettivo e frequentemente dell’elemento oggettivo, in secondo luogo, la funzione del negozio in oggetto è caratterizzata, da una parte, dalla necessaria presenza del vincolo di destinazione ai bisogni della famiglia e dell’attribuzione di un diritto sui beni e, dall’altra, dalla presenza solo eventuale dell’effetto traslativo, infine, è un negozio «naturalmente ma non essenzialmente gratuito». La tesi di Lenzi è stata criticata quanto alla riconducibilità dell’atto costitutivo di fondo patrimoniale all’art. 1333 co. 2 c.c. È preferibile la tesi della contrattualità e della necessaria accettazione del coniuge non conferente: si veda in tal senso in dottrina P. Dell’Anna, *Patrimoni destinati e fondo patrimoniale*, Milano, 2009, p. 208.

La fattispecie è caratterizzata, da una parte, dalla destinazione di determinati beni a far fronte ai bisogni della famiglia e, dall'altra, dal relativo effetto traslativo, il quale è solo eventuale e non essenziale ove i beni conferiti siano già di proprietà dei costituenti.

Il fondo patrimoniale, quindi, è negozio dalla causa “tipica”, che comprende sia la “funzione destinataria-attributiva” sia la “funzione traslativa eventuale”. Accolta questa premessa secondo condivisibile dottrina l'atto costitutivo è, infine, “naturalmente ma non essenzialmente gratuito”⁵.

La sentenza in oggetto individua come *funzione economico-sociale*⁶ del fondo patrimoniale la salvaguardia dei bisogni della famiglia, intesi come una serie di esigenze di vita dei componenti il nucleo familiare: mantenimento, abitazione, educazione, cure mediche, sviluppo e potenziamento della capacità lavorativa della famiglia⁷.

⁵ R. Lenzi, *op. cit.*, p. 85.

⁶ La formula della causa quale “funzione economico-sociale” - ossia di rapporto oggettivo esistente tra le parti - è dovuta a P. Bonfante, *Il contratto e la causa del contratto*, in *Riv. dir. comm.*, 1, 1908, 115 e a E. Betti, *Causa del negozio giuridico*, in *Noviss. Dig. It.*, III, Torino, 1959, p. 32 e ss.; E. Betti, *La tipicità dei negozi giuridici romani e la cosiddetta atipicità del diritto odierno*, cit., 19-20; E. Betti, *Teoria generale del negozio giuridico*, in *Trattato di diritto civile italiano*, diretto da F. Vassalli, Napoli, Torino, 1950, p. 186 ss.; E. Betti, *La tipicità dei negozi giuridici romani e la cosiddetta atipicità del diritto odierno*, in *Annali Macerata*, 1966, p. 7 ss. Secondo l'illustre Autore, poiché “non è possibile che all'autonomia privata nella sua attività relativa ai negozi giuridici possa essere riconosciuta una illimitata libertà di scelta degli scopi da perseguire. Nessun ordine giuridico si può prestare a procacciare ai singoli, a loro richiesta, la protezione giuridica per la realizzazione di ogni e qualsiasi scopo negoziale. [...] Ciò perché la protezione giuridica deve essere concessa non al capriccio dei privati, ma solo a quegli scopi economici che per la loro rilevanza sociale appaiano adatti ad essere organizzati sotto l'egida del diritto” (*op. ult. cit.*).

⁷ Cass. 27792/2024 «La costituzione del fondo patrimoniale (art. 167 c.c.) è funzionale a far fronte ai bisogni della famiglia, intesi come esigenze di vita dei suoi componenti considerate anche con una certa ampiezza, ricomprendendo in esse, oltre alle esigenze primarie attinenti alla vita della famiglia (mantenimento, abitazione, educazione della prole e dei componenti il nucleo, cure mediche, ecc.), in conformità con il potere di indirizzo della vita familiare in capo ai coniugi, anche i bisogni relativi allo sviluppo stesso della famiglia, nonché al potenziamento della sua capacità lavorativa. Quindi, lo strumento deve rispondere e soddisfare questa funzione economico-sociale che il legislatore ha inteso attribuirgli»; nello stesso senso Cass. civ. sez. I, 8 agosto 2014, n. 17811 «Tale attenuazione non risulta infatti in totale e assoluta sintonia con la funzione che il fondo è destinato a svolgere, incontestabilmente consistente nella istituzione di un patrimonio a sé (prescindendo in questa sede da ogni considerazione in ordine alla sua qualificazione come autonomo o separato), con vincolo di destinazione dei beni a far fronte ai bisogni della famiglia e ad adempiere alle eventuali obbligazioni sorte per il soddisfacimento della detta esigenza. Più precisamente i vincoli in questione sono individuabili rispettivamente nelle limitazioni nell'amministrazione e nell'alienazione dei beni del fondo indicate dall'art. 169 c.c. (in deroga alla regola generale dettata dall'art. 1379 c.c.), nonché in quella consistente nella previsione di inespropriabilità per alcuni crediti contemplata dall'art. 170 c.c. (in deroga all'art. 2740 c.c.) e costituiscono lo strumento attraverso il quale l'istituto realizza nel concreto la funzione economico-sociale che il legislatore ha inteso attribuirgli».

Tale funzione economico-sociale, tuttavia, non sembra mancare nel conferimento della ricorrente⁸.

A riguardo la Cassazione ha svolto l'indagine causale con riferimento ai "bisogni della famiglia".

Prima di procedere con l'analisi di questo argomento, occorre svolgere qualche considerazione preliminare.

La Corte di Cassazione giunge alla conclusione che il fondo patrimoniale in oggetto sia valido solo relativamente ai conferimenti dei due genitori della ricorrente.

A una lettura estremamente superficiale potrebbe sembrare che il conferimento della figlia dei beneficiari del fondo fosse sì a favore della propria famiglia, ma come se quest'ultima fosse fondata sul terminato rapporto di convivenza⁹.

La famiglia, infatti, è un concetto, sociale prima ancora che giuridico, complesso e in costante evoluzione: esistono famiglie non riferibili, nel senso più rigoroso del termine, a rapporti di matrimonio, ma anche in seguito a unioni civili o convivenze stabili. Anche in dottrina si tende a ragionare, invero, non più solo di "famiglia", ma semmai di "famiglie" in senso lato¹⁰.

Tale interpretazione renderebbe l'intera sentenza contraddittoria.

La famiglia di cui si trattava nella controversia è, invero, esclusivamente quella nata dal matrimonio dei due genitori della ricorrente.

Infatti, com'è noto, il fondo patrimoniale può essere costituito solamente in presenza di matrimonio o di unione civile.

Dunque, risultava precluso *ab origine* in maniera totale alla donna e ai terzi, come i suoi genitori, di costituire un fondo patrimoniale a favore della famiglia composta da sé stessa e dalla figlia minorenni, non tanto perché mancasse qualsiasi menzione della figlia minorenni o l'accettazione dell'ex compagno, ma perché mancava un

⁸ V. Roppo, *Il contratto*, Milano, 2011, p. 344 «I contratti legalmente tipici hanno sempre, per definizione, causa lecita. (...) Oggi si ritiene più aderente alle esigenze di una evoluta teoria e disciplina del contratto concepire la causa come causa concreta: (...) come ragione che concretamente giustifica il particolare contratto in esame»; G. B. Ferri, *Causa e tipo nella teoria del negozio giuridico*, Milano, 1968, p. 370 e ss.

⁹ Tale errore di interpretazione trovasi in alcune brevi note di sintesi della sentenza, ad es. *Osservatorio di giurisprudenza civile*, in *Famiglia e diritto*, 1, 2025, p. 58.

¹⁰ L. Leo, *Il concetto di famiglia nella costituzione: la mancanza di una disciplina adeguata per i nuovi modelli di famiglia*, in *Cammino Diritto*, 4, 2021, pp. 1-36; T. Auletta, *Diritto di famiglia*, VII ed., Torino, 2024, p. 8; P. Passaniti, *Dal diritto di famiglia al diritto delle famiglie. Il giudice e la transizione sociologica*, in *ALAF*, 1, 2024, pp. 35-44.

matrimonio o un'unione civile a cui potesse essere riferito il fondo patrimoniale¹¹. L'ex compagno e la donna costituente, infatti, erano solamente conviventi di fatto.

Parimenti non è concepibile un fondo patrimoniale riferito alla famiglia composta solo dalla madre e dalla figlia. Quantunque essa sia certamente una specie di “nucleo” familiare, non è riferibile all'esistenza di un matrimonio legittimo, che costituisce una condizione di efficacia del fondo¹².

Di conseguenza, il fondo patrimoniale necessariamente poteva essere riferito solamente al matrimonio dei genitori della figlia costituente.

Si discute, come si è già accennato, dell'ampiezza della famiglia fondata sul matrimonio legittimo, ossia se l'art. 167 c.c. si riferisca alla famiglia “nucleare” o alla famiglia “parentale”.

La famiglia “nucleare” comprende i figli, minori e maggiorenni, ancora a carico dei genitori e non autonomi patrimonialmente, nonché, secondo la dottrina, gli affiliati ed i minori in affidamento temporaneo. Dalla sentenza si ricava che sarebbero inclusi anche i figli solo concepiti¹³.

La giurisprudenza prevalente e parte della dottrina sposa acriticamente la tesi della famiglia nucleare e la sentenza in oggetto ne è l'ennesima conferma¹⁴.

In contrario, si è affermato che limitare l'ambito del fondo patrimoniale alla sola famiglia nucleare significa andare oltre l'intenzione del Legislatore, il quale, dato che non ha dato una definizione di famiglia, non ha voluto limitare l'istituto alla famiglia nucleare (*ubi lex non distinguit, nec nos distinguere debemus*)¹⁵.

L'orientamento formalistico, eccessivamente rigoroso, assunto dalla Corte sembra configgere paradossalmente proprio con la funzione ultima dell'istituto, ossia la protezione dei bisogni della famiglia, i quali potrebbero utilmente estendersi, in

¹¹ Saremmo tentati di qualificare un negozio del genere come inesistente, tuttavia è illuminante a proposito F. Venosta, *Nullità e inesistenza del contratto*, vol. 1, in *Le nullità contrattuali nell'evoluzione del sistema*, Milano, 2004 «Il contratto nullo, purché non manchi l'accordo, esiste come contratto e non solo come accaduto storico privo di qualificazione giuridica ovvero suscettibile di una qualificazione diversa da quella negoziale».

¹² P. Dell'Anna, *op. cit.*, p. 223.

¹³ Cass. civ. 17811/2014 «I coniugi non possono sciogliere consensualmente il fondo patrimoniale in presenza di figli minori già nati od anche solo concepiti; i figli sono, pertanto legittimati a dedurre la conseguente invalidità del negozio coniugale di scioglimento»; Cass. civ. 22069/2019 «I figli, quali beneficiari del fondo patrimoniale, sono legittimati ad agire in giudizio in relazione agli atti dispositivi eccedenti l'ordinaria amministrazione che incidano sulla destinazione dei beni del fondo».

¹⁴ *Ex multis* C. Grassetti, *Famiglia*, in *Novissimo Digesto Italiano. Appendice III*, Torino, 1982, p. 640.

¹⁵ P. Dell'Anna, *Patrimoni destinati e fondo patrimoniale*, UTET, Milano, 2009, p. 193.

prospettiva funzionale, anche alla protezione dei bisogni della famiglia parentale, a protezione quindi dei nipoti e non solo dei figli.

Nel testo dell'art. 167 c.c., peraltro, non c'è alcun appiglio, nemmeno letterale, con il quale si possa argomentare a favore della famiglia nucleare¹⁶: non si vedono ostacoli concettuali insormontabili a una lettura sistematica, costituzionalmente orientata, protettiva estensiva dei soggetti che compongono la famiglia parentale e non solo la famiglia nucleare.

Secondo un'altra parte della dottrina, in ossequio a una lettura funzionale – vista la funzione protettiva dei bisogni della famiglia – si potrebbe ricomprendere, in via interpretativa, anche la protezione della famiglia parentale e non limitare solamente a quella nucleare¹⁷.

Nel caso in esame ci si chiede dunque da che cosa discenda la nullità del conferimento della signora. Infatti, se il negozio oggetto di sentenza è il fondo patrimoniale quale riferito alla famiglia dei due coniugi perché dovrebbe esser nullo l'apporto dato dalla figlia, terza rispetto ai genitori? Esso ricade entro lo schema dell'art. 167 c.c.

Evidentemente la sentenza confonde, errando, il conferimento del bene al nucleo familiare dei genitori come fatto a favore del proprio nucleo familiare, in funzione di tutela della figlia della conferente, che è nipote rispetto ai beneficiari del fondo.

Si ribadisce che nel caso in esame ad essere esclusi dalla famiglia “nucleare” non sono i genitori della ricorrente, bensì la figlia della ricorrente, perché l'unico matrimonio a cui poteva essere riferito il fondo patrimoniale è proprio quello dei due genitori. Allora si spiega perché i ricorrenti abbiano fatto riferimento agli obblighi degli ascendenti – i “nonni” – verso i nipoti per giustificare il concetto di famiglia “parentale”, ossia la famiglia costituita da nonni e nipoti¹⁸.

¹⁶ In dottrina si registrano diversi orientamenti: a favore della famiglia nucleare si esprimono V. De Paola, A. Macrì, *Il nuovo regime patrimoniale della famiglia*, in *Teoria e pratica del diritto*, Milano, 1978; G. Gabrielli, *Patrimonio familiare e fondo patrimoniale*, in *Enciclopedia del Diritto*, XXXII, Milano, 1982; a favore dell'inclusione anche della famiglia parentale si esprimono G. Cian, G. Casarotto, *Fondo patrimoniale della famiglia*, in *Novissimo Digesto Italiano. Appendice III*, Torino, 1982; T. Auletta, *Il fondo patrimoniale*, in *Il codice civile, Commentario* diretto da P. Schlesinger, Milano, 1992; P. G. Demarchi, *Fondo patrimoniale*, in *Il diritto privato oggi*, a cura di P. Cendon, Milano, 2005.

¹⁷ P. Dell'Anna, *Patrimoni destinati e fondo patrimoniale*, Milano, 2009, p. 193. Secondo l'autore è preferibile verificare nel concreto la presenza di due requisiti: un elemento soggettivo definito come “vincolo di comunione familiare” e un elemento oggettivo definito come “effettività dei bisogni”.

¹⁸ A. Meglio, *La tutela del rapporto nonni-nipoti: il diritto di mantenere rapporti significativi con i nipoti*, in *Cammino Diritto*, 5, 2023, pp. 1-22.

Fin qui l'argomentazione della Cassazione per giustificare la mancanza di causa¹⁹ non è convincente per le suesposte ragioni.

Dalla sentenza, a tratti oscura, si evince, invero, che la nullità è dovuta all'illiceità della causa in concreto.

Secondo la dottrina la causa in concreto è la “funzione economico-individuale”²⁰ del contratto, ossia il «programma concreto che non può che risultare sulla base del singolo regolamento d'interessi attuato»²¹.

La Cassazione segue - senza farne menzione chiarificatrice - il ragionamento della Corte d'Appello²², secondo cui la nullità deriverebbe dalla divergenza tra il rego-

¹⁹ «Orbene, la Corte d'Appello ha accertato che, nell'atto costitutivo per cui è causa, non vi era alcun riferimento alla minore E.E., figlia della A.A. e del D.D., così escludendo che, nella specie, il fondo fosse stato costituito per far fronte ai bisogni “della famiglia di A.A.”, emergendo dall'atto costitutivo che le parti erano soltanto la A.A. ed i suoi genitori e non risultando in alcun modo che anche “i bisogni della famiglia intesa come famiglia della A.A. siano salvaguardati”. E peraltro non può essere costituito un fondo patrimoniale in relazione ai bisogni di distinte famiglie nucleari: nella specie, l'unico nucleo familiare risultante dall'atto era quello rappresentato dai coniugi B.B. e C.C. e dalla loro figlia A.A. Il conferimento della quota di comproprietà di quest'ultima sulla casa coniugale, in comunione con l'ex convivente di fatto D.D., risultava quindi privo di causa».

²⁰ L'elaborazione della teoria della funzione economica-individuale si deve a G. B. Ferri, *Causa e tipo nella teoria del negozio giuridico*, cit., passim, specificamente 345 e ss.; Id., *La causa nella teoria del contratto, in Studi sull'autonomia dei privati*, Torino, 1997. Relativamente al contratto, considerata la dimensione patrimonialistica delineata dall'art. 1321 c.c., la causa rappresenta la sua funzione economico-individuale, mentre, con riguardo ai negozi il cui oggetto è privo di patrimonialità, la causa deve essere inquadrata in termini di funzione individuale: così sempre G. B. Ferri, *Il negozio giuridico fra libertà e norma*, Rimini, 1995, 143, nota n. 161. Parafrasando G. Sicchiero, *Mancanza di causa, nullità e qualificazione del contratto*, in *Giur.it.*, 2011, 2044, se nella teoria di Betti della causa si aveva riguardo quale strumento sintetico di indicazione della modificazione macroeconomica ottenuta con un determinato tipo contrattuale, nella prospettiva di Ferri, essa diventa espressione dell'effetto microeconomico dell'affare. Cfr. anche M. Nuzzo, *Utilità sociale e autonomia privata*, Milano, 1975, 105.

²¹ Il concetto di causa, come noto, si muove secondo due direttrici essenziali: inizialmente una *economico-sociale* (Betti) e successivamente una *economico-individuale* (Ferri). In estrema sintesi, nella variante sociale l'indagine causale ha per oggetto la ragione macroeconomica dello spostamento di ricchezza che si realizza con il contratto, nella seconda variante l'oggetto dell'indagine è la funzione individuale – microeconomica – dello schema contrattuale. In tal senso vedasi: F. Piraino, *Contro l'uso della nullità parziale in chiave di conformazione del contratto*, in *Giurisprudenza Italiana*, 2020, p. 1558. In materia di trust, ma con riferimento al fondo patrimoniale, vedasi Cass. civ., sez. I, 9 maggio 2014, n. 10105 «Tuttavia, il “programma di segregazione” corrisponde solo allo schema astrattamente previsto dalla Convenzione, laddove il programma concreto non può che risultare sulla base del singolo regolamento d'interessi attuato, la causa concreta del negozio, secondo la nozione da tempo recepita da questa Corte (tanto da esimere da citazioni). Quale strumento negoziale “astratto”, il trust può essere piegato invero al raggiungimento dei più vari scopi pratici; occorre perciò esaminare, al fine di valutarne la liceità, le circostanze del caso di specie, da cui desumere la causa concreta dell'operazione».

²² Corte d'Appello di Venezia, 15 giugno 2021, n. 1974, in *Banca Dati di Merito* «Orbene, secondo la prospettazione di parte appellata (più volte reiterata), “la ex compagna del ricorrente ha inteso garantire e assicurare un tetto alla figlia minore, vista anche la situazione economica deficitaria in cui versava all'epoca e versa, tuttora, il Sig. D.D.” e “ha pensato di mettere al riparo dai creditori almeno metà della casa ove vive la bambina” (pag. 7 comparsa di costituzione e risposta d'appello)»; Cass. 28 ottobre 2024, n. 27792 «La corte territoriale (...) ha accolto il primo motivo di gravame (...)

lamento contenuto nell'atto costitutivo, in cui si fa riferimento al nucleo familiare rappresentato dai genitori e dalla signora, e lo scopo di sottrazione del bene ai creditori a tutela della figlia minore, prospettato dalla signora, ma non espressamente indicato nell'atto costitutivo²³.

La Corte di Cassazione, quindi, ha respinto il primo motivo di ricorso, confermando la sentenza di merito, poiché, da una parte, ha rilevato espressamente che il conferimento della signora non fosse destinato ai bisogni di una famiglia “nucleare”, ma di una famiglia “parentale” e, dall'altra, ha confermato implicitamente che lo scopo di elusione della responsabilità patrimoniale ex art. 2740 c.c. pare incompatibile con la funzione del fondo patrimoniale – così come con l'atto di destinazione patrimoniale che si rivela particolarmente insidioso in forza della clausola aperta che consente di porre eterogenei interessi meritevoli di tutela a fondamento della destinazione patrimoniale – e, dunque, non è valida causa in concreto.

L'ammissibilità dell'*actio nullitatis*, quale ulteriore rimedio a favore dei creditori rispetto all'azione revocatoria, in caso di illiceità della causa, è tendenzialmente riconosciuta²⁴.

osservando che (...) la causa del negozio non è quella di sottrarre il bene ai creditori, ma quella di far fronte ai bisogni della famiglia, tanto che l'esecuzione sui beni e sui frutti del fondo patrimoniale è consentita, a norma dell'art. 170 c.c., soltanto per debiti contratti per far fronte ad esigenze familiari, cosicché, escluso che nella specie il fondo fosse stato costituito per far fronte ai bisogni della famiglia di A.A., emergendo dall'atto costitutivo che le parti erano soltanto gli odierni appellati, la A.A. e i suoi genitori, e mai veniva nominata la minore, figlia della A.A. e del D.D., non appariva che “i bisogni della famiglia intesa come famiglia della A.A. siano salvaguardati” e il negozio era nullo per assenza di causa».

²³ Si confessa che anche questa soluzione non ci convince appieno. La causa in concreto dovrebbe comunque emergere dal regolamento contrattuale, vedasi in tal senso M. Tamponi, *Contributo all' esegesi dell'art. 1419 c.c. Parte I*, in *Rivista trimestrale di diritto e procedura civile*, 1, 1978, p. 153 «Se la clausola principale corrisponde alla figura tracciata nel codice, nondimeno il contratto posto in essere dalle parti è quello costituito dalla clausola principale e dalle clausole secondarie».

²⁴ Consiglio Nazionale del Notariato, *Atti di destinazione – Guida alla redazione*, Studio n. 357-2012/C, pp. 17-18 «Indubbiamente, l'azione revocatoria costituisce la forma di tutela giurisdizionale che troverà più frequente applicazione, ma non sembra essere l'unica tutela attivabile da parte dei terzi pregiudicati dall'atto di destinazione. I terzi potranno infatti agire al fine di far accertare la natura simulata dell'atto di destinazione ovvero farne dichiarare l'inopponibilità nei loro confronti per mancanza di meritevolezza. Qualora l'atto presenti dei vizi tali da comportarne la nullità, potrà essere esperita la relativa azione da chiunque vi abbia interesse, secondo i principi e le regole generali. Qualora infine il terzo pregiudicato sia un legittimario del destinante potranno essere anche esperite le azioni a tutela della quota di riserva, ove ne ricorrano le condizioni. (...) Al fine di riconoscere adeguata tutela al soggetto leso dagli effetti della destinazione, sembra opportuno ritenere che le azioni per far valere l'inefficacia relativa dell'atto siano cumulative rispetto a quelle invalidanti, in quanto dirette a soddisfare interessi diversi del soggetto agente»; si segnala inoltre la bibliografia su “causa e meritevolezza” contenuta nello stesso studio a p. 45 e ss.

Vero che il contratto in frode ai creditori non è di per sé illecito²⁵ ma se si traduce in violazione di norma imperativa può ben integrare gli estremi del contratto in frode alla legge²⁶.

Si osserva che l'atto costitutivo del fondo può essere dichiarato nullo *ex art.* 1418 c.c. per mancanza della *causa familiae*, *ex art.* 1344 c.c. per frode alla legge ed *ex art.* 1345 c.c. per motivo illecito comune ad entrambe le parti oppure anche in capo al solo disponente se atto di liberalità, come nel caso della donazione (788 c.c.).

La giurisprudenza di merito e legittimità attualmente definisce la causa come «sintesi degli interessi reali che il contratto è diretto a realizzare, al di là del modello, anche tipico, adoperato». Si assiste, quindi, a un mutamento di paradigma: dalla causa come funzione economico-sociale alla causa concreta²⁷.

È stato, però, acutamente osservato che l'ambito di applicazione degli artt. 1344 e 1345 c.c. si è notevolmente ridotto in ragione dell'attitudine espansiva della causa concreta²⁸.

Nel primo caso, l'art. 1344 c.c. pare utilizzabile nei soli casi di collegamento negoziale, poiché un negozio isolato se diretto a finalità proibite dall'ordinamento deve essere considerato *contra legem*, più che *in fraudem legis*.

²⁵ L. Castelli, *Il contratto dell'usufruttuario in frode al nudo proprietario*, in *Corr. giur.*, 2008, p. 1589; F. Carraro, *Valore attuale della massima "fraus omnia corrumpit"*, in *Riv. trim. dir. proc. civ.*, 1949, p. 789; F. Galgano, *Diritto civile e commerciale*, Padova, 2004, p. 361; e da ultimo I. L. Nocera, *Il contratto "a danno del terzo": identificazione come categoria unitaria e necessità di una tutela effettiva*, in *Giustizia civile*, 3, 2021, p. 465.

²⁶ Secondo la diversa prospettiva di A. Falzea, *Introduzione e considerazioni conclusive*, in *Destinazione di beni allo scopo. Strumenti attuali e tecniche innovative*, Milano, 2003, pp. 31-2 occorre, invece, tenere rigorosamente distinti gli atti che incidono sulla responsabilità - causandone un ampliamento o una limitazione - dagli atti che incidono direttamente sul patrimonio e che perciò solo indirettamente incidono sulla responsabilità: «Solo alla prima ipotesi si applica l'art. 2740 c.c., con la conseguenza della nullità per illiceità degli atti che comportano direttamente una limitazione della responsabilità del soggetto. Per gli atti che incidono direttamente sul patrimonio trova invece applicazione soltanto lazione revocatoria ove ne ricorrano i presupposti e le condizioni. (...) Dalla precedente serie argomentativa discende che la conclusione del batto di destinazione allo scopo, malgrado debba comportare necessariamente, perché si attui un'ipotesi negoziale vicina al trust, la separazione dei beni oggetto della destinazione dal restante patrimonio del destinante, non incidendo direttamente sulla responsabilità del soggetto dell'operazione non si pone in contrasto con l'art. 2740 c.c., limitandosi ad esporre il batto allazione revocatoria».

²⁷ Vedi A. Federico, *La causa del contratto tra «regole» e «principi»*, in *Comparazione e diritto civile*, 2018, p. 12.

²⁸ N. Stefanelli, *La parabola della causa*, in *Persona e mercato*, 3, 2015, pp. 236 e 237. Secondo A. Federico, *La causa del contratto tra «regole» e «principi»*, in *Comparazione e diritto civile*, 2018, p. 15 «La causa concreta non si risolve nella mera messa in evidenza dell'interesse perseguito dai contraenti. Qualora il medesimo interesse sia realizzato attraverso effetti giuridici diversi non può essere affermata l'identità causale delle distinte operazioni negoziali, giacché la diversità degli effetti mostra un peculiare profilo funzionale non oscurabile dall'isolamento dell'interesse e dall'affermazione della idoneità ad essere soddisfatto da parte di differenti effetti giuridici, a meno di voler attribuire all'interesse una consistenza ontologica che non può essere ravvisata a prescindere dall'intervento dell'ordinamento giuridico: oggetto della valutazione, dunque, non sono soltanto gli interessi dedotti dai contraenti, ma il concreto significato degli effetti giuridici come relativizzato dagli interessi perseguiti dalle parti». Vedi anche A. Federico, *La trascrizione degli atti di destinazione*, in R. Calvo e A. Ciatti, *I contratti di destinazione patrimoniale*, in *Tratt. contr.* Rescigno e Gabrielli, 19, Torino, 2014, p. 589.

Nel secondo, in estrema sintesi, la causa concreta assorbe quei motivi che costituiscono il contenuto eventuale del regolamento contrattuale. Dunque, l'ambito dell'art. 1345 c.c. pare ridotto ai motivi meramente psicologici che non emergono dal contratto.

Considerato quanto sopra detto, sembra più ragionevole ritenere che nel caso in esame sia stata dichiarata la nullità *ex art.* 1418 c.c., in seguito parzialmente ridotta come si vedrà nel prosieguo²⁹, perché in concreto il terzo costituente intendeva, da una parte, sottrarre un bene ai creditori e, dall'altra, tutelare un soggetto, la nipote, (ingiustamente) estraneo al nucleo familiare dei coniugi.

Esulano dall'economia del presente contributo ulteriori approfondimenti in merito al contratto in frode alla legge, ai creditori oltre che tra causa concreta e motivo³⁰.

Alla luce di questa interpretazione si spiega anche la successiva argomentazione della Corte in tema di mancata accettazione dei coniugi.

La seconda ragione per cui il fondo patrimoniale era stato ritenuto nullo dalla Corte di Appello, infatti, consisteva nel fatto che fosse mancata l'accettazione dell'ex convivente, essendo il fondo patrimoniale costituito da terzi.

Questo secondo argomento, secondo la Cassazione, è inconferente, perché la ricorrente e il controricorrente erano infatti solamente conviventi di fatto³¹.

²⁹ Anticipando il tema del prossimo paragrafo condividiamo quanto lucidamente osservato da L. Calvosa, *Fondo patrimoniale e fallimento*, Milano, 2003, p. 105 «Qualora si fuoriesca dallo schema legale (restrittivamente interpretato), può appalesarsi un abuso del tipo, un'utilizzazione deviante di esso, che non può consentirsi: deve pertanto reagirsi, e non necessariamente con la nullità del negozio (per frode alla legge), ma anche con tecniche ermeneutiche più appropriate, come nella specie quella della "riduzione teleologica" della fattispecie, operante quando la fattispecie stessa si scontri con altri interessi meritevoli di tutela».

³⁰ I. L. Nocera, *Il contratto "a danno del terzo": identificazione come categoria unitaria e necessità di una tutela effettiva*, in *Giustizia civile*, 3, 2021, p. 465 n. 69 «La Corte di Cassazione in una pronuncia a sezioni unite ha invero affermato che l'intento delle parti di recare pregiudizio ad altri, ove non sia riconducibile ad una delle fattispecie di cui agli artt. 1343, 1344 e 1345 c.c. "non è illecito, non rinvenendosi nell'ordinamento una norma che sancisca – come per il contratto in frode alla legge – l'invalidità del contratto in frode ai terzi ai quali l'ordinamento appresta, invece, in determinate ipotesi, altri rimedi a tutela dei loro diritti. In particolare, questa Corte ha più volte chiarito che non danno luogo a nullità del contratto l'intento di frodare i creditori (il cui diritto è altrimenti tutelato, come, ad es., con le azioni revocatorie), né l'intento di vanificare un'aspettativa giuridica (tutelata, ad es. *ex art.* 1359 c.c.), né, infine, lo scopo di impedire l'esercizio di un diritto (ad es., di prelazione nella vendita di fondo rustico, tutelato mediante il diritto di riscatto: v. sent. n. 6239 del 1983; n. 3905 del 1981; n. 4116 del 1986)" (così, in termini, Cass., sez. un., 25 ottobre 1993, n. 10603, in *Mass. Giur. it.*, 1993); In dottrina si veda anche F. Longobucco, *Profili evolutivi del principio fraud omnia corrumpit tra «contratto in frode al terzo» e «contratto in danno di terzo»*, in *Rass. dir. civ.*, 2012, 721.

³¹ «La Corte di merito sembra, in tale passaggio motivazionale, aver fatto riferimento a D.D. e ad A.A. (terza rispetto ai genitori, i coniugi B.B. e C.C.) come se si trattasse di coniugi e non di ex con-

Tuttavia, la Cassazione conferma che la mancanza di accettazione rappresenta un vizio formale che si aggiunge all'assenza di causa.

Ciononostante le argomentazioni sul punto delle parti sembrano essere sfuggite alla Corte di Cassazione.

Da una parte, i ricorrenti rilevavano che tutti i soggetti interessati avevano sottoscritto l'atto notarile in calce.

Dall'altra, il controricorrente dichiarava che la Corte d'Appello avesse correttamente ritenuto «l'atto costitutivo carente sotto il profilo formale, stante la mancata accettazione da parte dei coniugi dell'atto di liberalità posto in essere dalla loro figlia».

In realtà, quindi, il richiamo all'art. 167 co. 2 c.c. era riferito all'accettazione dei due genitori costituenti.

Il requisito della riferibilità del fondo patrimoniale a un matrimonio merita qualche riflessione ulteriore.

In primo luogo, dalla sentenza si evince che è ammissibile la costituzione di fondo patrimoniale riferibile alla famiglia fondata sul matrimonio di due coniugi legalmente separati³².

In secondo luogo, è evidente, invece, che il fondo patrimoniale non possa essere costituito da una persona non coniugata, «che voglia costituire un fondo per far fronte ai bisogni propri di una propria eventuale, futura famiglia»³³, salvo quanto si dirà nel prosieguo in tema di vincolo di destinazione.

Un altro esempio di nullità del fondo patrimoniale è costituito dal difetto o vizio di forma. Si è già detto a riguardo che il fondo patrimoniale è una convenzione matrimoniale³⁴. Se il fondo patrimoniale è costituito dai coniugi o da un terzo per

viventi di fatto, con conseguente inconferenza del richiamo all'art. 167 co. 2 c.c. Ma, in ogni caso, si tratta di una motivazione *ad abundantiam*, con la quale si intendeva rilevare, oltre all'assenza di causa, un altro vizio, di carattere formale, del negozio costitutivo del fondo patrimoniale».

³² Per la tesi dell'ammissibilità in dottrina vedasi: G. Trapani, *Il vincolo di destinazione dei beni oggetto del fondo patrimoniale ed i limiti all'autonomia privata dei costituenti*, in S. Tondo (a cura di), *I patrimoni separati fra tradizione e innovazione*, Torino, 2007, p. 50.

³³ G. Trapani, *op. cit.*, p. 49; P. Dell'Anna, *Patrimoni destinati e fondo patrimoniale*, UTET, Milano, 2009, p. 224; entrambi gli autori fanno riferimento agli studi del Consiglio Nazionale del Notariato a firma di A. Ruotolo nn. 2165 e 2445, i quali – sebbene non siano stati pubblicati – pare che confermino la tesi negativa.

³⁴ Cass. Civ. 8824/1987; Cass. civ. SS. UU. 21658/2009 «La costituzione del fondo patrimoniale di cui all'art. 167 c.c. è soggetta alle disposizioni dell'art. 162 c.c., circa le forme delle convenzioni matrimoniali, ivi inclusa quella del quarto comma, che ne condiziona l'opponibilità ai terzi all'annotazione del relativo contratto a margine dell'atto di matrimonio, mentre la trascrizione del vincolo per gli immobili, ai sensi dell'art. 2647 c.c., resta degradata a mera pubblicità-notizia e non sopprime al

atto tra vivi, è richiesta la forma scritta per atto pubblico; se invece è costituito da un terzo con testamento, sono ammesse tutte le forme previste per il testamento.

È richiesta, quindi, una doppia pubblicità: l'annotazione del relativo contratto a margine dell'atto di matrimonio e la trascrizione del vincolo per gli immobili (art. 2647 c.c.).

In terzo luogo, il conferimento può essere considerato invalido se proveniente da un terzo non idoneo.

Sembra pacifica la tesi secondo cui ai fini della costituzione del fondo patrimoniale si può ritenere “terzo” chiunque sia “non coniuge” e, quindi, anche il figlio³⁵.

In primo luogo, la norma non specifica l'ambito soggettivo della figura del “terzo”. In secondo luogo, le ricostruzioni dottrinali sulla natura giuridica del fondo patrimoniale costituito dal “terzo” non confliggono con le questioni relative alla capacità d'agire del figlio nei confronti dei genitori, infine, è compatibile con la funzione di far fronte ai bisogni della famiglia che il “terzo” non sia un estraneo ma il figlio dei due coniugi.

Tuttavia, bisogna verificare in concreto che il figlio possa legittimamente impegnare i suoi beni e vincolarne la disponibilità. In ogni caso, è necessaria l'accettazione dei coniugi.

Questo non-problema non emerge né dalla decisione della Corte di Appello, né dalla decisione della Cassazione, quindi sembra ragionevole ritenere valida la tesi positiva appena esposta.

Infine, il conferimento è nullo se ha per oggetto un bene non idoneo. Nel caso in esame ci si potrebbe interrogare sull'ammissibilità del conferimento della propria quota su bene indiviso. Sembra pacifica l'ammissibilità.

Infatti, dato che il legislatore ammette che si possa concedere ipoteca sui beni indivisi (art. 2825 c.c.), non si trova alcuna ragione per cui non sia ammissibile conferire la propria quota di proprietà in fondo patrimoniale³⁶.

difetto di annotazione nei registri dello stato civile, che non ammette deroghe o equipollenti, restando irrilevante la conoscenza che i terzi abbiano acquisito altrimenti della costituzione del fondo».

³⁵ S. Metallo (a cura di), *Atto di costituzione di fondo patrimoniale: il terzo costituente può essere il figlio*, Quesito CNN n. 119/2008, in data 11 aprile 2008.

³⁶ Secondo la dottrina, invece, si deve ritenere inammissibile il conferimento della quota di un bene indiviso compreso nella massa ereditaria (c.d. quotina). L. Genghini, *La volontaria giurisdizione e il regime patrimoniale della famiglia*, Milano, 2023, p. 608; arg. ex Cass. SS.UU. 15 marzo 2016, n. 5068 «La donazione di cosa altrui o parzialmente altrui, sebbene non espressamente vietata, è nulla per difetto di causa, sicché la donazione del coerede avente ad oggetto la quota di un bene indiviso compreso nella massa ereditaria è nulla, atteso che, prima della divisione, quello specifico bene non fa parte del patrimonio del coerede donante».

Eventualmente, dato che il fondo patrimoniale può avere per oggetto solo beni immobili e beni mobili registrati, qualora all'esito della divisione il conferente riceva una somma di denaro in luogo di beni in natura e non sia stata prevista una clausola di surrogazione, il fondo patrimoniale, se aveva per oggetto la sola quota indivisa, si estinguerà.

D'altra parte, la sentenza in oggetto ha confermato che il conferimento era nullo per difetto di causa e non per inammissibilità dell'oggetto del conferimento.

3. LA NULLITÀ PARZIALE E IL PRINCIPIO DI CONSERVAZIONE DEL CONTRATTO

La Corte ha accolto il profilo relativo alla violazione del principio della domanda e della necessaria corrispondenza tra chiesto e pronunciato da parte della Corte d'Appello in quanto l'appellante non aveva chiesto, né provato, la nullità dell'intero contratto³⁷.

L'art. 1419 c.c. dispone che non è estensibile all'intero contratto la nullità che ne inficia solo una parte, stabilendo che la nullità di parte del contratto o di singole clausole importi la nullità dell'intero contratto solo se risulta che «i contraenti non lo avrebbero concluso senza quella parte del suo contenuto che è colpita dalla nullità».

Com'è noto il legislatore con l'art. 1419 co. 1 c.c. opera un bilanciamento tra due principi fondamentali: il principio della conservazione del contratto e il principio dell'autonomia privata³⁸.

In base al principio di conservazione del contratto (art. 1367 c.c.) la nullità di parte del contratto o di singole clausole non invalida l'intero contratto, regola che si suole riassumere con il brocardo *utile per inutile non vitiatur*³⁹.

Secondo il principio dell'autonomia privata, invece, il contratto è interamente nullo se la parte colpita dalla nullità era essenziale, ossia senza di essa i contraenti non avrebbero stipulato il contratto.

³⁷ La nullità può essere rilevata in ogni stato e grado ma solo ove siano acquisiti agli atti tutti gli elementi di fatto dai quali possa desumersene l'esistenza Cass. 4867/2024.

³⁸ In dottrina sulla nullità parziale si vedano senza pretesa di esaustività i seguenti contributi monografici: G. Criscuoli, *La nullità parziale del negozio giuridico: teoria generale*, Milano, 1959; M. Casella, *Nullità parziale del contratto e inserzione automatica di clausole*, Milano, 1974; P. M. Putti, *La nullità parziale: diritto interno e comunitario*, Napoli, 2002; A. D'Adda, *Nullità parziale e tecniche di adattamento del contratto*, Padova, 2008; G. Vulpiani, *Unità, frammentazione e sanabilità della nullità del contratto*, Napoli, 2021.

³⁹ V. Franceschelli, *Nullità del contratto. Artt. 1418-1423*, in P. Schlesinger (fondato da), F. D. Busnelli (diretto da), *Il Codice Civile. Commentario*, Milano, 2015.

È bene partire da una breve analisi dell'art. 1419 c.c., per coglierne la portata precettiva.

Tradizionalmente, la disposizione si applica a clausole non essenziali⁴⁰ del contratto.

Nel caso in esame però non si sta discutendo né di una clausola-precetto, né di una parte del contratto, per tale intendendosi un richiamo quantitativo ad una “porzione” di prestazione⁴¹.

Invero, la Cassazione applica l'art. 1419 c.c. a una intera prestazione (il trasferimento fatto dalla signora). Se il contratto fosse corrispettivo, la nullità di una prestazione intera non potrebbe che risultare in una nullità totale. In questo caso, invece, la prestazione in questione può essere enucleata ed esaminata non in funzione delle altre (conferimenti dei genitori).

A questo proposito, quindi, emerge dalla sentenza la questione se la nullità del fondo patrimoniale sia oggettivamente parziale *ex art.* 1419 co. 1 c.c. o soggettivamente parziale *ex art.* 1420 c.c., ossia se, in caso di costituzione del fondo patrimoniale a iniziativa del terzo per atto tra vivi, il negozio abbia struttura bilaterale o plurilaterale.

Secondo parte della dottrina è un negozio bilaterale che si perfeziona con l'accettazione di entrambi i coniugi conforme alla proposta del terzo.

Secondo un'altra parte della dottrina è un negozio trilaterale, perché vi sono tre centri d'interesse distinti accomunati da un unico scopo⁴².

D'altronde, nel caso in esame non è una clausola o una parte dell'atto costitutivo a essere invalido, ma la prestazione di una delle parti⁴³.

Anche su questo punto la Cassazione, con la denunciata scarsa chiarezza argomentativa, non prende una posizione precisa: da una parte fa riferimento agli artt. 1420 e 1446 c.c., dall'altra qualifica come “singola clausola” del negozio complessivo il conferimento della quota indivisa della ricorrente.

⁴⁰ C. Grassetti, *Clausola del negozio*, in *Enciclopedia del Diritto*, VII, 1960, pp. 184-186; M. Tamponi, *Contributo all'esegesi dell'art. 1419 c.c. Parte I*, in *Rivista trimestrale di diritto e procedura civile*, 1, 1978, pp. 105-156; M. Tamponi, *Contributo all'esegesi dell'art. 1419 c.c. Parte II*, in *Rivista trimestrale di diritto e procedura civile*, 2, 1978, pp. 483-513;

⁴¹ Secondo parte della dottrina è preferibile la tesi secondo cui la norma non distingue effettivamente tra parte del contratto e singole clausole, ma contiene solo un'endiadi, sul punto: A. Fusaro, *La nullità parziale*, in *Nuova giurisprudenza civile commentata*, 1990, p. 33.

⁴² La categoria dei contratti plurilaterali con comunione di scopo non è riducibile ai soli contratti associativi: V. Roppo, *Il contratto*, Milano, 2011, p. 420; R. Sacco, *op. cit.*, p. 1448.

⁴³ R. Tommasini, *Nullità (Diritto privato)*, in *Enciclopedia del Diritto*, vol. XXVIII, 1978, p. 905.

Nel caso in esame il negozio costitutivo di fondo patrimoniale pare di natura plurilaterale. Si rammenta che i requisiti del negozio plurilaterale sono la pluralità delle parti, lo scopo comune e la non essenzialità della partecipazione di tutte le parti⁴⁴.

Il primo requisito è soddisfatto dalla presenza di tre parti (la ricorrente e i suoi due genitori). Pure il requisito dello scopo comune sembra sussistere, in quanto tutte le parti intendevano conferire beni in un unico fondo patrimoniale. Né si può argomentare in contrario che il conferimento del terzo e i conferimenti dei coniugi vadano a costituire due fondi patrimoniali autonomi, entrambi in capo ai coniugi, perché ciò non può accadere se non per espressa previsione dei contraenti nell'atto.

Più problematica appare la sussistenza del terzo requisito. Nel caso di costituzione di fondo patrimoniale da parte del terzo, se questi è l'unico a conferire beni, è chiaro che la sua partecipazione sia essenziale. Nel caso in esame, tuttavia, non solo il terzo, ma anche i coniugi conferiscono contestualmente propri beni nel fondo. Né si può affermare che le prestazioni del terzo e dei due coniugi fossero corrispettive, in quanto i conferimenti non avevano natura di scambio reciproco, ma di comune destinazione a tutela della famiglia.

Per queste ragioni, quindi, sembra ragionevole ritenere che la costituzione del fondo patrimoniale abbia natura plurilaterale soltanto quando vi siano i seguenti presupposti: la presenza del terzo costituente e la contestualità dei conferimenti dei coniugi stessi.

Dunque, si applica al caso in esame, come a tutti i negozi plurilaterali, la disciplina dell'art. 1420 c.c., in altre parole il fondo patrimoniale, se plurilaterale, può essere dichiarato parzialmente nullo quanto alle parti (c.d. nullità soggettivamente parziale).

Tuttavia, nel prosieguo si farà riferimento a quanto detto dalla dottrina in tema di nullità oggettivamente parziale, perché secondo la dottrina gli artt. 1419 e 1420 c.c. operano all'incirca nella stessa maniera⁴⁵.

È discusso in dottrina quale criterio si debba applicare nell'interpretazione dell'art. 1419 co. 1 c.c. per determinare l'essenzialità della parte o della clausola del contratto⁴⁶.

Soprattutto la dottrina più risalente sosteneva che si dovesse applicare un criterio di natura soggettiva, fondato ora sulla "volontà reale", ora sulla "volontà ipotetica" dei contraenti.

⁴⁴ M. C. Diener, *Il contratto in generale*, Milano, 2021, p. 61 e ss.

⁴⁵ *Ex multis* P. Gallo, *Trattato del contratto*, vol. 3, Milano, 2010, p. 1963.

⁴⁶ M. C. Diener, *Il contratto in generale*, Milano, 2021, p. 784.

Questo orientamento è stato criticato perché creerebbe uno sbilanciamento inammissibile a discapito della conservazione del contratto.

Oggi la dottrina prevalente⁴⁷, quindi, sostiene che sia preferibile un criterio di natura oggettiva, fondato sulla “causa” del negozio e sul principio di “buona fede” contrattuale, perché solo il confronto condotto con i suddetti criteri oggettivi tra il contratto originario e il contratto residuo permette di mantenere l’equilibrio delle prestazioni tra i contraenti.

Nel concreto occorre verificare se il regolamento contrattuale privato della parte invalida sia compatibile con la pattuizione originaria delle parti⁴⁸.

Le parte interessata, quindi, deve dimostrare che la clausola invalida sia essenziale e inscindibile rispetto al resto dell’accordo, ossia funga da *condicio causam dans* o *sine qua non*, cd. prova di resistenza⁴⁹.

Non manca, però, chi crede che anche seguendo quest’ultimo orientamento si possa creare uno squilibrio eccessivo a sfavore questa volta del principio dell’autonomia privata⁵⁰.

Un’altra questione molto dibattuta è l’ammissibilità del rilievo d’ufficio dell’estensione della nullità parziale all’intero contratto ai sensi dell’art. 1421⁵¹.

⁴⁷ V. Roppo, *Il contratto*, Milano, 2011, p. 812; Cfr. Cass. civ. 05 luglio 2000, n. 8970 «In particolare, questa Corte ha precisato: che la nullità si estende all’intero contratto se si tratta di pattuizione autonoma essenziale ovvero di pattuizione in correlazione inscindibile con il resto (cfr. Cass. 16 novembre 1996, n. 10050; Cass. 1 marzo 1995, 2340); che l’indagine di “essenzialità” deve svilupparsi con l’intento di ricostruire, oggettivamente, la perdurante utilità del contratto (dopo la rimozione della clausola nulla) rispetto agli interessi con esso perseguiti (Cass. 18 agosto 1998, n. 7871); che, pertanto, è necessaria una valutazione della potenziale volontà delle parti, che non è la volontà manifestata, ma quella obiettivamente ricostruibile sulla base del concreto regolamento di interessi; che la prova della mancanza di un interesse al mantenimento del contratto deve essere fornita da chi deduce l’estensione della nullità all’intero contratto (Cass. 13 novembre 1997, n. 11248); che l’apprezzamento in tema di “essenzialità” è incensurabile in sede di legittimità se motivato adeguatamente e razionalmente (Cass. 2340/95, 11248/97, 2387/97, 7871/98 cit.).»

⁴⁸ P. Gallo, *Trattato del contratto*, vol. 3, Milano, 2010, p. 1955.

⁴⁹ V. Franceschelli, *Nullità del contratto. Artt. 1418-1423*, in P. Schlesinger (fondato da), F. D. Busnelli (diretto da), *Il Codice Civile. Commentario*, Milano, 2015, p. 166.

⁵⁰ V. Bachelet, *La «decodificazione» giurisprudenziale dell’art. 1419, primo comma, c.c. e le sue fattispecie*, in *Europa e diritto privato*, 3, 2021. L’autore afferma che i giudici impiegano liberamente la regola sancita dall’art. 1419 co. 1 c.c. per conservare il contratto parzialmente invalido, anche a scapito del principio dell’autonomia privata parimenti tutelato dall’articolo citato. Bachelet a sostegno della suddetta tesi porta le seguenti argomentazioni: in primo luogo, gli interpreti hanno abbandonato i criteri soggettivi della volontà reale e della volontà ipotetica a favore del criterio oggettivo dell’essenzialità della parte nulla; in secondo luogo, è cresciuto il numero di norme speciali che prevedono il rimedio dell’invalidità parziale necessaria; in terzo luogo, i giudici compiono il bilanciamento dei principi in maniera “occulta”. Lo scopo di Bachelet è persuadere il lettore della bontà dell’impiego della c.d. *teleologische Reduktion* in presenza di norme che prevedano nullità di protezione, al fine di preservare il rigore sistematico e mantenere il diritto contrattuale “al passo coi tempi”.

⁵¹ Sul tema in generale della rilevanza d’ufficio della nullità si segnala il seguente contributo: M. Farina, *La rilevanza d’ufficio della nullità negoziale tra limiti sostanziali e processuali*, in *Rivista di diritto privato*, 4, 2014, pp. 545-564. L’autore affronta il problema dei limiti alla rilevanza d’ufficio, a partire

Parte della dottrina⁵² e della giurisprudenza sostiene la tesi positiva, portando le seguenti argomentazioni. Da un punto di vista logico-procedurale si ritiene che se il giudice non può dare corso a una domanda fondata su un contratto nullo, allora deve poter dichiarare la nullità d'ufficio. Da un punto di vista sostanziale si afferma che la non rilevabilità d'ufficio è distonica rispetto alla disciplina generale. Inoltre, bisognerebbe distinguere tra rilevazione e dichiarazione d'ufficio della nullità⁵³.

Un'altra parte della dottrina e della giurisprudenza invece sostiene la tesi negativa⁵⁴.

«dalla struttura e dal funzionamento dei singoli rimedi che, di volta in volta, si richiede al giudice di adottare». Tale maniera di procedere è finalizzata a dimostrare l'opportunità di «limitare l'intervento officioso del giudice ai soli casi in cui la struttura e la funzione della domanda proposta, così come desumibili da un'attenta analisi del regime codicistico dell'impugnativa, richiedano, a monte, l'esistenza di un contratto valido, oppure mirino a dare ad esso vigore diretto, ovvero indiretto».

⁵² R. Sacco, *Il contratto*, Torino, 2016, pp. 1512-1513 «L'estensione della nullità a tutto il contratto ha un carattere eccezionale; e può essere pronunciata solo su istanza di parte, né può proporre questa domanda la parte cui la clausola nulla arreca solo una perdita e nessun vantaggio; i fatti che sono alla base dell'estensione della nullità – e cioè la volontà delle parti – hanno bisogno di prova; il giudice non può assumere questa prova d'iniziativa, deve invece attendere la richiesta della parte interessata, cui fa capo il corrispondente onere. Tanto varrebbe a dire che, se una clausola è nulla e manca la volontà ipotetica delle parti di tenere in piedi il contratto depurato, l'intero contratto è annullabile».

⁵³ C. Consolo, *Poteri processuali e contratto invalido*, in *Europa e diritto privato*, 4, 2010, p. 982. L'autore afferma che la declaratoria di nullità dell'intero contratto potrà aversi solo a seguito di una nuova domanda della parte che ne ha interesse, anche se ciò non esclude la rilevabilità d'ufficio. Consolo sostiene questa tesi in base alle seguenti ragioni: in primo luogo, il *petitum* dell'azione dichiarativa di nullità è diverso e più ampio, in secondo luogo, l'estensione della nullità ex art. 1419 co. 1 c.c. ha carattere eccezionale, ossia in altre parole l'art. 1419 co. 1 c.c. non deroga al principio dispositivo, in terzo luogo, il giudice non può dichiarare d'ufficio la nullità dell'intero contratto se la parte non ha proposto accertamento incidentale a valle della rilevazione (è ammesso invece il contrario purché il motivo di nullità sia lo stesso).

⁵⁴ In tal senso: M. Mantovani, *La nullità e il contratto nullo*, in A. Gentili (a cura di), *Rimedi – 1, Trattato del contratto*, vol. 4, Milano, 2006, p. 110; P. Gallo, *op. cit.*, p. 1960; Cass. civ., sez. III, 27 dicembre 2003, n. 1189 «È giurisprudenza costante di legittimità che l'estensione all'intero contratto della nullità delle singole clausole o del singolo patto, secondo la previsione dell'art. 1419 c.c., ha carattere eccezionale perché deroga al principio della conservazione del contratto e può essere dichiarata dal giudice solo in presenza di un'eccezione della parte che vi abbia interesse, perché senza quella clausola non avrebbe stipulato il contratto (Cass. 3 febbraio 1995 n. 1306); onde la questione dell'estensione o meno a tutto il contratto, a norma del 1° comma dell'art. 1419 c.c., della nullità di una singola clausola non è esaminabile d'ufficio, e pertanto, se non dedotta in sede di appello, non è proponibile per la prima volta in sede di legittimità (Cass. 22 gennaio 1980 n. 500). Il ricorrente avrebbe dovuto perciò non limitarsi a lamentare, “*sic et simpliciter*”, la mancata indagine sulla estensibilità della nullità all'intero contratto, ma espressamente dedurre di aver sollevato la relativa eccezione»; Cass. civ., sez. II, 26 maggio 2008, n. 13561, in *Rivista del notariato*, 2009, 1, con nota di S. Clericò, *Brevi note sulla nullità parziale del contratto ex art. 1419 c.c.*, pp. 451-460; Cass. civ., sez. I, 13 giugno 2008, n. 16017: «Questa Corte ha ritenuto che l'effetto estensivo della nullità della singola clausola o del singolo patto all'intero contratto, avendo carattere eccezionale rispetto alla regola della conservazione, non può essere dichiarato d'ufficio dal giudice ed è onere della parte che assume l'anzidetta estensione di allegare tempestivamente, e di provare con ogni mezzo idoneo, l'interdipendenza del resto del contratto dalla clausola o dal patto inficiato da nullità (Cass. 11.8.1980, n. 4921). Non è però vero il contrario, perché mentre nel primo caso il giudice che pronuncia la nullità dell'intero contratto senza esser stato inve-

In primo luogo, dal principio della conservazione del contratto consegue l'eccezionalità dell'estensione della nullità. In secondo luogo, sembra che il legislatore abbia voluto attribuire alle parti la disponibilità del vizio di nullità del contratto.

Sulla questione è intervenuta la Cassazione a Sezioni Unite con la sentenza 26242 del 12 dicembre 2014, la quale ha affermato che non c'è alcun motivo per escludere il potere della sola rilevazione d'ufficio di una nullità totale da parte del giudice nell'ipotesi in cui le parti discutano invece della nullità della singola clausola negoziale⁵⁵.

La tesi della Cassazione si fonda principalmente sulla considerazione che sia necessario distinguere tra rilevazione d'ufficio della nullità e dichiarazione della stessa.

Si prospettano, quindi, due ipotesi.

Si domanda al giudice l'accertamento di una nullità parziale. Questi a sua volta rileva d'ufficio la nullità totale del contratto. Se entrambe le parti insistono nella originaria domanda di accertamento, il giudice è vincolato ad una pronuncia di rigetto della domanda, poiché non può attribuire efficacia a un negozio radicalmente nullo⁵⁶.

Si domanda al giudice l'accertamento della nullità totale. Questi rileva d'ufficio la nullità parziale del contratto. Se entrambe le parti confermano la domanda di nullità

stato di tale domanda viola il principio di corrispondenza tra chiesto e pronunciato, nel secondo caso egli pronuncia pur sempre nei limiti della domanda della parte, accogliendola soltanto parzialmente».

⁵⁵ Vedasi anche A. Cataudella, *Il giudice e le nullità*, in *Giustizia civile*, 4, 2015, pp. 667-684. L'autore afferma che il giudice può rilevare d'ufficio la nullità totale del contratto a fronte di una domanda che si limiti a chiedere una dichiarazione di nullità parziale. Cataudella argomenta la suddetta tesi in questo modo: in primo luogo, la rilevabilità d'ufficio della nullità del contratto ex art. 1421 c.c. è una caratteristica essenziale della nullità, in secondo luogo, l'art. 1419 co. 1 c.c. impone l'onere della prova al contraente che vuol conseguire l'estensione della nullità all'intero contratto, ma non nega al giudice il potere di rilevarla d'ufficio, in terzo luogo, la volontà ipotetica dei contraenti è un mero criterio di interpretazione per l'interprete, in quarto luogo, la rilevabilità d'ufficio è sempre subordinata alla circostanza che la nullità emerga dagli elementi acquisiti al processo. Lo scopo di Cataudella è dimostrare che il giudice ben può dichiarare la nullità totale a fronte di una domanda di nullità parziale e viceversa, affinché risulti chiaramente che la *ratio* della rilevabilità d'ufficio è evitare che nel processo si riconducano al contratto nullo gli effetti propri del contratto valido.

⁵⁶ Cass. SS. UU. 26242/2014, in *Giurisprudenza Italiana*, 2015, con nota di Pagni «Il giudice innanzi al quale sia stata proposta domanda di nullità parziale del contratto deve rilevarne di ufficio la nullità totale, e, qualora le parti, all'esito di tale indicazione officiosa, omettano un'espressa istanza di accertamento in tal senso, deve rigettare l'originaria pretesa non potendo attribuire efficacia, neppure parziale (fatto salvo il diverso fenomeno della conversione sostanziale), ad un negozio radicalmente nullo»; critico sulla soluzione adottata dalla Sezioni Unite: N. Rizzo, *Il rilievo d'ufficio della nullità preso sul serio*, in *Nuova Giurisprudenza Civile Commentata*, 2015, p. 323. Secondo l'autore la soluzione sopra detta è dubbia per due ragioni: in primo luogo, non si esclude che si possa aprire un successivo giudizio sulla nullità del contratto, e, in secondo luogo, è dovere del giudice evitare che il contratto, il cui programma negoziale è compromesso a causa della privazione della clausola nulla, possa produrre effetti pregiudizievoli.

totale, il giudice è vincolato ad una pronuncia di rigetto della domanda, poiché non può sovrapporre la propria valutazione a quelle delle parti⁵⁷.

Dopo l'intervento delle Sezioni Unite, quindi, si ritiene che il giudice possa sì rilevare d'ufficio l'estensione della nullità parziale all'intero contratto, ma non può dichiararla senza domanda di parte in tal senso, perché l'impulso processuale deve provenire dalla parte interessata⁵⁸ cd. prova della prova di resistenza⁵⁹.

La Cassazione nella sentenza in esame si conforma all'indirizzo sopra indicato.

In conclusione, come già detto l'indagine sull'essenzialità della clausola nulla è volta a ricostruire se il contratto, a seguito dell'espunzione, sia ancora idoneo a realizzare gli interessi perseguiti dalle parti.

Non è stata ritenuta ammissibile perciò la pronuncia della Corte di Appello che ha dichiarato la nullità integrale dell'atto di costituzione del fondo patrimoniale, perché i coniugi lo avrebbero ugualmente costituito relativamente ai propri beni,

⁵⁷ Cass. SS. UU. 26242/2014, in *Giurisprudenza Italiana*, 2015, con nota di Pagni «Il giudice innanzi al quale sia stata proposta domanda di nullità integrale del contratto deve rilevarne di ufficio la sua nullità solo parziale, e, qualora le parti, all'esito di tale indicazione officiosa, omettano un'espressa istanza di accertamento in tal senso, deve rigettare l'originaria pretesa non potendo inammissibilmente sovrapporsi alla loro valutazione ed alle loro determinazioni espresse nel processo»; Cass. civ., sez. I, 18 giugno 2018, n. 16051 «Giovà precisare che, secondo l'orientamento inaugurato dalle Sezioni unite di questa Corte, il giudice innanzi al quale sia stata proposta domanda di nullità integrale del contratto deve rilevarne di ufficio la sua nullità solo parziale ove peraltro questa emerga dai fatti allegati o dai documenti acquisiti in giudizio; nel contempo, qualora le parti, all'esito di tale indicazione officiosa, omettano un'espressa istanza di accertamento in tal senso, il giudice deve rigettare l'originaria pretesa non potendo inammissibilmente sovrapporsi alla loro valutazione e alle loro determinazioni così come espresse nel processo».

⁵⁸ Cass. civ., sez. III, 04/07/2023, n. 18794: «La regola dell'art. 1419 c.c., comma 1, enuncia il concetto di nullità parziale ed esprime il generale favore dell'ordinamento per la "conservazione", in quanto possibile, degli atti di autonomia negoziale, ancorché difformi dallo schema legale; ne consegue il carattere eccezionale dell'estensione della nullità che colpisce la parte o la clausola all'intero contratto, con la conseguenza che - non solo - è a carico di chi ha interesse a far cadere *in toto* l'assetto di interessi programmato fornire la prova dell'interdipendenza del resto del contratto dalla clausola o dalla parte nulla, mentre resta precluso al giudice rilevare d'ufficio l'effetto estensivo della nullità parziale all'intero contratto (Cass., Sez. Un., n. 41994/2021); però, come la stessa pronuncia ha anche evidenziato, quale corollario sul piano processuale di tale principio, "il giudice innanzi al quale sia stata proposta domanda di nullità integrale del contratto deve rilevarne di ufficio la sua nullità solo parziale" e gli è precluso "rilevare la nullità della clausola di reviviscenza senza che l'invocazione di tale nullità sia supportata dalla allegazione e dimostrazione, con onere a carico della parte stessa, dell'interdipendenza del resto del contratto dalla clausola o dalla parte nulla »; Cass. civ., sez. II, 26/04/2024, n. 11188 «Ora, in tema di contratti, agli effetti della disposizione contenuta nell'art. 1419 c.c. sulla nullità parziale, la prova che le parti non avrebbero concluso il contratto senza quella parte affetta da nullità, con conseguente estensione della invalidità all'intero contratto, deve essere fornita dall'interessato ed è necessario, al riguardo, un apprezzamento in ordine alla volontà delle parti quale obiettivamente ricostruibile sulla base del concreto regolamento di interessi, rimesso al giudice del merito ed incensurabile in sede di legittimità, se adeguatamente e razionalmente motivato».

⁵⁹ V. Franceschelli, *op. cit.*, p. 169.

anche qualora la figlia non avesse conferito la sua quota di comproprietà.

Peraltro la Cassazione afferma che la Corte d'Appello non ha motivato la circostanza che la singola clausola relativa al conferimento della quota indivisa dell'ex compagna sia un elemento essenziale del negozio, né ha dimostrato che il conferimento sia in un rapporto di interdipendenza e di inscindibilità con i conferimenti dei due coniugi.

4. CONVERTIBILITÀ DEL FONDO PATRIMONIALE IN VINCOLO DI DESTINAZIONE EX ART. 2645-TER C.C.

Quanto sopra detto sulla causa del fondo patrimoniale e sulla *ratio* della nullità parziale costringe l'interprete a soppesare la bontà di un istituto trascurato nel caso in esame: la riqualificazione del contratto e la conversione del negozio nullo⁶⁰.

Innanzitutto, bisogna interrogarsi sull'applicabilità dell'art. 1424 c.c. Secondo ampia dottrina, gli artt. 1419 e 1424 c.c. si fondano su una medesima *ratio*: ricostruire – in maniera oggettiva o soggettiva, a seconda delle opinioni – l'ipotetica volontà delle parti⁶¹.

Senza lasciarsi condizionare dal *nomen juris*, è ammissibile un contratto con cui si vincola il bene alla soddisfazione dei bisogni di un minore, il quale non è figlio dei coniugi che desiderano segregare il proprio patrimonio?

Il fondo patrimoniale potrebbe non essere, per le ragioni fatte proprie dalla decisione della Corte di Cassazione che qui si commenta, lo strumento adatto, sempre che non si opti, come parrebbe preferibile, in ossequio a lettura sistematica, costituzionalmente orientata, per una lettura funzionale e non formale dell'art. 167 c.c.

⁶⁰ Bisogna distinguere la conversione del fondo patrimoniale nullo dalla trasformazione di un fondo patrimoniale valido. In quest'ultima ipotesi, infatti, le parti intendono vincolare con un atto di destinazione o conferire in un trust i beni a suo tempo costituiti in un fondo patrimoniale, vedasi per esempio: S. Bartoli, *I trusts nei rapporti di famiglia e nella gestione patrimoniale della crisi coniugale*, in *Il diritto commerciale d'oggi*, 3, 2006; D. Muritano, *Trasformazione di fondo patrimoniale in trust?*, in *La gestione straordinaria delle imprese*, 2, 2020.

⁶¹ V. Roppo, *op. cit.*, p. 814 «Mentre la norma sulla conversione riflette un principio di conservazione del contratto, l'art. 1419¹ ha un'ispirazione opposta: suo scopo non è già salvare, bensì mettere in discussione ed eventualmente distruggere contratti». La letteratura sulla conversione non è amplissima, si segnalano: G. Satta, *La conversione dei negozi giuridici*, Milano, 1903; L. Mosco, *La conversione del negozio giuridico*, Napoli, 1947; L. Bigliazzi-Geri, *Conversione dell'atto giuridico*, in *Enciclopedia del Diritto*, X, Milano, 1962; G. Gandolfi, *La conversione dell'atto invalido. Il problema in proiezione europea*, Milano, 1988; V. Franceschelli, *Conversione del negozio nullo*, in *Digesto delle discipline privatistiche*, Torino, 1989; G. Giaimo, *Conversione del contratto nullo. Art. 1424*, in P. Schlesinger (fondato da), F. D. Busnelli (diretto da), *Il Codice Civile. Commentario*, Milano, 2012.

Tuttavia il medesimo interesse può senz'altro trovare soddisfazione attraverso lo strumento degli atti di destinazione disciplinato dall'art. 2645-ter c.c.⁶² I due negozi non sono certo equivalenti, – ad esempio cambia il regime pubblicitario – ma la funzione è, almeno in parte, sovrapponibile: limitata ai bisogni della famiglia nel fondo patrimoniale ed ampliata a eterogenee situazioni meritevoli di tutela nel caso dell'atto di destinazione.

Tutto ciò si ricollega alla nota questione circa l'ammissibilità della costituzione di un fondo patrimoniale "atipico" a tutela della famiglia di fatto.

Come già detto, il fondo patrimoniale è riferibile solo alla famiglia fondata sul matrimonio o sull'unione civile (ex art. 1, comma 13, l. 76/2016), salvo che non si ritenga di optare, come forse sarebbe preferibile per una lettura funzionale estesa a proteggere i bisogni anche della famiglia parentale.

Prevaleva, quindi, in dottrina la tesi negativa. Un Autore così concludeva: «non può cioè ammettersi un contratto atipico per l'assenza del presupposto del matrimonio, ma tipico nel contenuto»⁶³.

Con l'introduzione dell'art. 2645-ter c.c., invece, si deve ritenere che i genitori single o i conviventi di fatto possano vincolare alcuni beni a salvaguardia della propria famiglia (di fatto), come se fossero conferiti in un fondo patrimoniale, in quanto sarebbe uno dei possibili interessi meritevoli di tutela previsti dall'art. 1322 co. 2 c.c., a cui rimanda la norma sopra citata⁶⁴.

Specularmente ci si chiede se i coniugi possano costituire un vincolo di destinazione ex art. 2645-ter al posto di un fondo patrimoniale.

La risposta positiva sembra dominante, tuttavia nell'atto di destinazione, per giustificare il mancato ricorso allo strumento contrattuale tipico, bisognerà distinguere con chiarezza le pattuizioni tipiche del fondo con i relativi effetti e le pattuizioni in deroga per valorizzarne l'eccentricità rispetto al modello legale tipico e specifico per la famiglia⁶⁵.

⁶² Ex multis P. Dell'Anna, *Patrimoni destinati e fondo patrimoniale*, UTET, Milano, 2009; F. Santamaria, *Il negozio di destinazione*, Milano, 2009; M. Ceolin, *Destinazione e vincoli di destinazione nel diritto privato*, Padova, 2010; U. Stefini, *Destinazione patrimoniale ed autonomia negoziale: l'art. 2645-ter c.c.*, Padova, 2010; A. Morace Pinelli, *Trascrizione di atti di destinazione per la realizzazione di interessi meritevoli di tutela riferibili a persone con disabilità, a pubbliche amministrazioni, o ad altri enti o persone fisiche. Art. 2645 ter*, in G. De Nova (a cura di), *Commentario Scialoja-Branca-Galgano*, Bologna, 2017.

⁶³ R. Lenzi, *Struttura e funzione del fondo patrimoniale*, in *Rivista del notariato*, 1991, p. 60.

⁶⁴ P. Dell'Anna, *Patrimoni destinati e fondo patrimoniale*, UTET, Milano, 2009, p. 238; A. Morace Pinelli, *Trascrizione di atti di destinazione per la realizzazione di interessi meritevoli di tutela riferibili a persone con disabilità, a pubbliche amministrazioni, o ad altri enti o persone fisiche. Art. 2645 ter*, in G. De Nova (a cura di), *Commentario Scialoja-Branca-Galgano*, Bologna, 2017, p. 345.

⁶⁵ P. Dell'Anna, *op. cit.*, p. 197.

Quanto alla pubblicità, si ritiene che prevalga il sistema previsto per il fondo patrimoniale⁶⁶: annotamento dell'atto nei registri dello stato civile e trascrizione ai sensi dell'art. 2647 c.c. relativamente agli immobili.

Relativamente alla conversione del negozio nullo sono richiesti tre requisiti: il rapporto di continenza, la volontà ipotetica delle parti e l'ignoranza dell'invalidità del primo negozio⁶⁷.

Per rapporto di continenza si intende che il negozio nullo comprenda un negozio a contenuto minore lecito, poiché non è ammessa la convertibilità di un negozio illecito.

Nel caso in esame, in conformità al principio di ragionevolezza, pare corretto ritenere che il fondo patrimoniale possieda le caratteristiche sostanziali e formali necessarie per essere convertito in un valido vincolo di destinazione ex art. 2645-ter⁶⁸.

Relativamente al presupposto della volontà delle parti si registra lo stesso tipo di argomentazioni svolte con riferimento alla nullità parziale. Si ritiene che sia sufficiente che l'intento pratico originariamente perseguito dalle parti sia soddisfatto⁶⁹.

⁶⁶ *Ibidem*.

⁶⁷ V. Franceschelli, *Conversione del negozio nullo*, in *Digesto delle discipline privatistiche*, IV, Torino, 1989.

⁶⁸ Quanto alla struttura soggettiva dell'atto di destinazione si discute in dottrina se esso abbia natura bilaterale o unilaterale. Se si aderisce alla prima tesi, come si ritiene preferibile in assenza di elementi contrari *sub* art. 2645-ter c.c. e a fronte dell'espresso limite normativo di stretta tipicità delle promesse unilaterali *sub* art. 1987 c.c., non si pongono problemi alla conversione. Nel caso si ritenga il contrario, si apre il tema dell'ammissibilità della conversione del contratto nullo in atto unilaterale. La tesi negativa è sostenuta prevalentemente dalla giurisprudenza di legittimità (e.g. Cass. 14 luglio 1983, n. 4827) e da parte della dottrina (*ex multis* M. Mantovani, *Il recupero del contratto nullo*, in A. Gentili (a cura di), *Rimedi – 1, Trattato del contratto*, vol. 4, Milano, 2006, p. 145). A nostro avviso si ritiene ragionevole preferire la tesi positiva della conversione dell'atto nullo bilaterale in atto valido unilaterale fondata sulla prevalenza della funzione concreta della conversione rispetto al mero dato formale. Si vedano in tal senso: V. Roppo, *op. cit.*, p. 808; M. Franzoni, *Simulazione. Nullità del contratto. Annulabilità del contratto. Artt. 1414-1446*, in *Comm. Scialoja-Branca*, Bologna, 1998, p. 212; G. Gandolfi, *Ancora sulla conversione del contratto invalido (e a proposito di una recente monografia)*, in *Rivista di diritto civile*, 2, 1996, p. 439; G. Giaimo, *op. cit.*, p. 132 e ss.

⁶⁹ Cass. civ. 02/01/2025, n. 19 «Ai fini della conversione del negozio nullo ai sensi dell'art. 1424 c.c., non occorre l'accertamento della volontà concreta delle parti di accettare il diverso contratto frutto della conversione - poiché ciò comporterebbe la coscienza della nullità dell'atto compiuto, ostativa alla stessa conversione - ma è sufficiente che l'intento pratico originariamente perseguito dalle parti sia soddisfatto, anche solo in parte, dagli effetti del nuovo negozio frutto della conversione»; Cass. civ. 04/06/2021, n. 15603 «A differenza dell'attività di interpretazione del contratto, che è diretta alla ricerca della comune volontà dei contraenti e integra un tipico accertamento di fatto riservato al giudice di merito, l'attività di qualificazione giuridica è finalizzata a individuare la disciplina applicabile alla fattispecie e, affidandosi al metodo della sussunzione, è suscettibile di verifica in sede di legittimità non solo per ciò che attiene alla descrizione del modello tipico di riferimento, ma anche per quanto riguarda la rilevanza qualificante attribuita agli elementi di fatto accertati e le implicazioni effettuali conseguenti. (Nella specie, la S.C., dopo aver sollecitato il contraddittorio sul punto, ha ravvisato uno stretto collegamento funzionale tra i due contratti di locazione oggetto di giudizio, tale

Relativamente al presupposto dell'ignoranza delle parti circa la nullità del contratto da convertire merita di essere segnalata l'ipotesi in cui le parti prevedano già espressamente nel contratto una clausola di "salvezza" con la quale nel caso qualcuno eccepisca la nullità del contratto si stabilisce che esso varrà comunque nell'altra forma prevista.

Una discussione sulla natura giuridica di tale clausola esula dai fini di questo contributo⁷⁰, tuttavia è un ulteriore rimedio rimesso all'autonomia delle parti, con il quale è possibile evitare che cada nel vuoto la volontà negoziale espressa.

Per esempio, con riferimento al trust, non mancano esempi nella prassi notarile di clausole con le quali si dichiara che ogni trascrizione immobiliare del vincolo nascente dal trust e dai trasferimenti al trustee abbia quanto meno gli effetti di cui all'art. 2645-ter c.c.

Tuttavia, per essere valido l'atto di destinazione non è sufficiente che sia conforme al modello legale.

Occorre anche che gli interessi concreti non perseguano finalità fraudolente, ma siano meritevoli di tutela ex art. 1322 co. 2 c.c.

Difatti, la causa astratta nei contratti tipici risulta di per sé rispettata, come noto, ma gli interessi concreti devono essere attentamente vagliati, al fine di scongiurare tramite la causa concreta deviazioni illecite, non essendo scontata la compatibilità con il modello legale astratto.

Il tema, forse meno pregnante per il fondo, pare invece decisivo per l'atto di destinazione in ragione della diversa regolazione della fattispecie.

Questo controllo di meritevolezza concreta degli interessi perseguiti dalle parti è ancor più rilevante se si intende riqualificare il fondo patrimoniale in un vincolo di destinazione operando la conversione del contratto nullo in altro valido compatibile con il primo.

da consentire una considerazione unitaria dell'intera operazione negoziale, qualificata in termini di affitto di azienda»); Nullità – anche solo parziale – pare invero sproporzionata a fronte degli interessi famigliari protetti in entrambe le fattispecie (fondo e destinazione) e per l'effetto della nullità disattesi *ex abrupto*, quindi occorrerebbe una valutazione in ordine al "giusto rimedio" applicabile. Si vedano P. Perlingieri, *Equilibrio normativo e principio di proporzionalità nei contratti*, in *Rassegna di diritto civile*, 2, 2001; *idem*, *Il «giusto rimedio» nel diritto civile*, in *Il giusto processo civile*, 1, 2011; *idem*, *Il diritto civile tra regole di dettaglio e principi fondamentali. «Dall'interpretazione esegetica all'interpretazione sistematica»*, in *Il Foro Napoletano*, 1, 2019; M. Angelone, *Conversione d'ufficio del contratto nullo e controllo delle conseguenze secondo proporzionalità e ragionevolezza*, in *Actualidad Jurídica Iberoamericana*, 16 bis, 2022, pp. 1854-1889.

⁷⁰ Per la tesi della conversione "convenzionale" vedasi A. Gentili, *Le invalidità*, in E. Gabrielli (a cura di), *I contratti in generale*, Torino, 2006, p. 1569; per la tesi del contratto sospensivamente condizionato vedasi G. Giaimo, *Conversione del contratto nullo. Art. 1424*, in P. Schlesinger (fondato da) – F. D. Busnelli (diretto da), *Il Codice Civile. Commentario*, Milano, 2012, p. 62.

In conclusione, dunque, a prescindere dal fuorviante riferimento alla famiglia parentale da parte della Cassazione in commento - visto che il fondo era costituito tra coniugi con il conferimento della figlia ai genitori - nulla osta, quand'anche effettivamente di famiglia parentale si trattasse, alla riqualificazione del fondo patrimoniale nullo in termini di atto di destinazione funzionale alla protezione di interessi meritevoli di tutela.

La funzione protettiva dei bisogni della famiglia è, invero, meritevole di tutela sia nel caso dell'art. 167 c.c. limitato *ex lege* famiglia nucleare, secondo lettura formalistica e non funzionale come sarebbe preferibile, che nel caso più elastico dell'art. 2645-*ter* c.c. che ben può proteggere anche la famiglia parentale.

5. OSSERVAZIONI CONCLUSIVE SULLA FUNZIONE PROTETTIVA ECONOMICA DELLA FAMIGLIA

Le conclusioni a cui giunge la Cassazione non sono particolarmente innovative, ma confermano, forse con un eccessivo formalismo che non convince, alcuni principi stabiliti dalla giurisprudenza di legittimità riguardo la costituzione di fondo patrimoniale e l'istituto della nullità parziale.

A un'analisi più approfondita la sentenza pecca di ambiguità in alcuni passaggi, ambiguità che forse si sono trascinate dalla decisione della Corte di Appello e dalle doglianze dei ricorrenti.

Secondo una lettura superficiale si potrebbe, infatti, essere indotti a ritenere che il conferimento della figlia al fondo patrimoniale fosse nullo perché non era coniugata. Ciò, sebbene sia in linea astratta corretto, non è pertinente con il caso concreto in esame.

Nella parte dedicata al secondo motivo di ricorso, infatti, la Cassazione afferma che l'atto di costituzione del fondo patrimoniale sia solo parzialmente nullo perché l'attore non aveva richiesto la nullità dell'intero atto e la Corte d'Appello non aveva dimostrato che il conferimento della figlia fosse essenziale alla costituzione del fondo patrimoniale da parte dei suoi genitori.

Finalmente qui fa capolino l'idea, fonte dell'equivoco interpretativo stigmatizzato *supra*, che il fondo fosse stato costituito a favore della famiglia nucleare costituita dai genitori e dalla conferente, figlia dei beneficiari del fondo patrimoniale, ricorrente nel caso di specie.

Per risolvere questa ambiguità, bisogna considerare che nel ragionamento della Cassazione manca del tutto il riferimento esplicito al fatto che la ricorrente non

poteva in alcun modo costituire un fondo patrimoniale a favore della propria famiglia, perché mancava del tutto un matrimonio a cui potesse essere riferito il fondo patrimoniale.

Quindi, *a priori* il fondo non poteva che essere stato costituito per salvaguardare i bisogni della famiglia dei genitori ricorrenti.

Compreso questo diventa chiaro che il conferimento della ricorrente è nullo perché difetta della causa, dato che era sempre stato prospettato come conferimento a favore sì della famiglia dei suoi genitori, ma a tutela della figlia della conferente, nipote dei beneficiari diretti del fondo.

Rimane il dubbio che l'interpretazione restrittiva del concetto di famiglia non sia coerente con la funzione protettiva economica del fondo patrimoniale, finalizzata ad assicurare il soddisfacimento dei bisogni della famiglia, e limiti paradossalmente, in ossequio a criterio formalistico, non condivisibile, l'autonomia privata nonostante la meritevolezza della funzione protettiva non disconoscibile, come si è avuto modo di argomentare nel corso del presente studio, anche con riferimento ampliato alla *famiglia parentale*.

Si spiega così il successo crescente del vincolo di destinazione ex art. 2645-ter c.c. strumento contrattuale aperto e flessibile, nei limiti del controllo di meritevolezza degli interessi concreti tutelati.

Non sfugge, tuttavia, all'interprete attento, pur esulando ulteriori approfondimenti dall'economia del presente studio, che conferire tutti i beni del costituente in un fondo patrimoniale, in un trust o con atto di destinazione lascia forti dubbi sulla validità del contratto stesso pur formalmente conforme allo schema causale astratto⁷¹.

Tale contratto violerebbe, invero, non una regola costitutiva, ma di compatibilità della funzione concreta con il generale principio di proporzionalità e ragionevolezza applicato anche alle deroghe legali alla responsabilità patrimoniale ex art. 2740 c.c.⁷²

⁷¹ Come si è già rilevato di regola è l'azione revocatoria lo strumento di tutela dei creditori per rimediare ad atti dispositivi dannosi per il creditore. Tuttavia va riconosciuta una maggiore "insidiosità" dell'atto di destinazione, perché attraverso di esso il "disponente" ottiene il risultato di sottrarre il bene all'azione esecutiva dei creditori – in tutto o in parte – senza privarsi della disponibilità del bene non essendo necessario trasferirne la proprietà in capo a terzi. Di qui la necessità di un "controllo" sulla causa in concreto e sull'attuazione effettiva della destinazione dichiarata, in mancanza della quale si potrebbe invocare, come già rilevato *supra*, anche la nullità del contratto come pure la simulazione dell'atto di destinazione. Sul punto si veda in tal senso: G. D'Amico, *L'atto di destinazione (a dieci anni dall'introduzione dell'art. 2645 ter)*, in *Riv. di Dir. Priv.*, 2016, p. 20.

⁷² G. Perlingieri, A. Fachechi (a cura di), *Ragionevolezza e proporzionalità nel diritto contemporaneo*, Napoli, 2017.

Le limitazioni di responsabilità patrimoniale del debitore previste dall'art. 2740 comma 2 c.c. – non le esclusioni vale la pena sottolineare – sono certamente quelle disciplinate nei casi previsti dalla legge (fondo patrimoniale, destinazione patrimoniale e trust): tuttavia anche in questi casi par lecito dubitare della validità di contratti la cui causa concreta sia funzionale all'esclusione totale e preventiva – con effetto ablativo generalizzato – della responsabilità patrimoniale del debitore⁷³.

Si conferma, inoltre, la tendenza della giurisprudenza di legittimità a conservare i contratti dopo aver svolto un'indagine causale che permetta di verificare la compatibilità dell'assetto contrattuale al momento della conclusione del contratto e l'assetto contrattuale dopo l'espunzione della parte o della clausola nulla.

Lettura, tuttavia, formalistica non sempre operata, come sarebbe preferibile, nel prisma funzionale degli interessi concreti perseguiti dalle parti.

La funzione economica protettiva dei bisogni della famiglia potrebbe, invero, essere assicurata, ad avviso dello scrivente, dall'art. 167 c.c. - per mezzo di lettura sistematica, costituzionalmente orientata, funzionale e non formalistica - non solo limitatamente alla *famiglia nucleare* ma anche estesa, stante l'*eadem ratio* protettiva meritevole di tutela, alla *famiglia parentale*, valorizzando il significativo rapporto giuridico *nonni-nipoti*, senza dover necessariamente ricorrere, pur essendo del tutto ammissibile, al più flessibile strumento negoziale della destinazione patrimoniale di cui all'art. 2645-ter c.c.

⁷³ Sul tema generale della disciplina rimediaria degli atti di destinazione si vedano le interessanti riflessioni di G. Amadio, *Note introduttive. L'interesse meritevole di tutela*, in Consiglio Nazionale del Notariato, *Atti di destinazione – Guida alla redazione*, Studio n. 357-2012/C, pp. 58-59 «[L']alternativa che si è venuta delineando in dottrina, tra nullità dell'atto e mancato prodursi dei suoi effetti forti (opponibilità ai terzi e separazione patrimoniale), può sciogliersi solo in base alla diversa accezione di meritevolezza, che si decida di accogliere: se la si identifica con la liceità, in suo difetto consegue un esito in termini di invalidità radicale dell'atto; se viceversa della meritevolezza si assume un significato rilevante sul piano assiologico [per cui anche un interesse lecito non può, per ciò stesso, ritenersi meritevole della tutela forte di cui alla norma in esame] l'esito negativo del giudizio inciderà non tanto sulla validità dell'atto, quanto sul prodursi degli effetti peculiari, in cui quella tutela si sostanzia. Messe a confronto con la funzione notarile, le due prospettive conducono a esiti opposti, in ordine al ruolo, cui il notaio dovrebbe essere chiamato: a) laddove il giudizio si traduca in una mera valutazione di liceità, esso potrà a ragione ritenersi ricompreso nel controllo di legalità dell'atto, cui il pubblico ufficiale è ordinariamente chiamato; b) se viceversa della meritevolezza debba giudicarsi in termini di peculiare qualificazione dell'interesse sul piano etico-assiologico, resterà esclusa la possibilità di fondare tale giudizio o su un divieto espresso di ricevere l'atto che intenda realizzarlo, o sulla sua manifesta contrarietà all'ordine pubblico o al buon costume, cioè sui normali indici di liceità dell'interesse medesimo».

BIBLIOGRAFIA

- G. Alpa, *La causa e il tipo*, in E. Gabrielli, *I contratti in generale*, in *Trattato dei contratti*, diretto da P. Rescigno, E. Gabrielli, Torino, 2006;
- G. Alpa et al., *Diritto privato comparato. Istituti e problemi*, Laterza, Bari, 2012.
- G. Amadio, *Note introduttive. L'interesse meritevole di tutela*, in Consiglio Nazionale del Notariato, *Atti di destinazione – Guida alla redazione*, Studio n. 357-2012/C.
- M. Angelone, *Conversione d'ufficio del contratto nullo e controllo delle conseguenze secondo proporzionalità e ragionevolezza*, in *Actualidad Jurídica Iberoamericana*, 16 bis, 2022, pp. 1854-1889.
- T. Auletta, *Il fondo patrimoniale*, in *Il codice civile, Commentario* diretto da P. Schlesinger, Milano, 1992.
- T. Auletta, *Diritto di famiglia*, VII ed., Torino, 2024.
- V. Bachelet, *La «decodificazione» giurisprudenziale dell'art. 1419, primo comma, c.c. e le sue fattispecie*, in *Europa e diritto privato*, 3, 2021.
- S. Bartoli, *I trusts nei rapporti di famiglia e nella gestione patrimoniale della crisi coniugale*, in *Il diritto commerciale d'oggi*, 3, 2006.
- A. Batà (a cura di), *Osservatorio di giurisprudenza civile*, in *Famiglia e diritto*, 1, 2025.
- E. Betti, *Teoria generale del negozio giuridico*, in *Trattato di diritto civile italiano*, diretto da F. Vassalli, Napoli, Torino, 1950.
- E. Betti, *Causa del negozio giuridico*, in *Noviss. Dig. It.*, III, Torino, 1959.
- E. Betti, *La tipicità dei negozi giuridici romani e la cosiddetta atipicità del diritto odierno*, in *Annali Macerata*, 1966.
- C. M. Bianca, *Causa concreta del contratto e diritto effettivo*, in *Riv. dir. civ.*, 2014.

- L. Bigliazzi-Geri, *Conversione dell'atto giuridico*, in *Enciclopedia del Diritto*, X, Milano, 1962.
- P. Bonfante, *Il contratto e la causa del contratto*, in *Riv. dir. comm.*, 1, 1908.
- L. Calvosa, *Fondo patrimoniale e fallimento*, Milano, 2003.
- F. Carraro, *Valore attuale della massima "fraus omnia corrumpit"*, in *Riv. trim. dir. proc. civ.*, 1949.
- M. Casella, *Nullità parziale del contratto e inserzione automatica di clausole*, Milano, 1974.
- L. Castelli, *Il contratto dell'usufruttuario in frode al nudo proprietario*, in *Corr. giur.*, 2008.
- C. Castronovo, *Un contratto per l'Europa, Prefazione all'edizione italiana dei Principi di diritto europeo dei contratti*, XXVI, Milano, 2001.
- A. Cataudella, *Il giudice e le nullità*, in *Giustizia civile*, 4, 2015, pp. 667-684.
- M. Ceolin, *Destinazione e vincoli di destinazione nel diritto privato*, Padova, 2010.
- G. Cian, G. Casarotto, *Fondo patrimoniale della famiglia*, in *Novissimo Digesto Italiano. Appendice III*, Torino, 1982.
- S. Clericò, *Brevi note sulla nullità parziale del contratto ex art. 1419 c.c.*, pp. 451-460.
- C. Consolo, *Poteri processuali e contratto invalido*, in *Europa e diritto privato*, 4, 2010.
- G. Criscuoli, *La nullità parziale del negozio giuridico: teoria generale*, Milano, 1959.
- A. D'Adda, *Nullità parziale e tecniche di adattamento del contratto*, Padova, 2008.
- G. D'Amico, *L'atto di destinazione (a dieci anni dall'introduzione dell'art. 2645 ter)*, in *Riv. di Dir. Prin.*, 2016.
- P. Dell'Anna, *Patrimoni destinati e fondo patrimoniale*, UTET, Milano, 2009.

- P. G. Demarchi, *Fondo patrimoniale*, in *Il diritto privato oggi*, a cura di P. Cendon, Milano, 2005.
- G. De Nova, *Il tipo contrattuale* (1974), Napoli, 2014;
- V. De Paola, A. Macrì, *Il nuovo regime patrimoniale della famiglia*, in *Teoria e pratica del diritto*, Milano, 1978.
- M. C. Diener, *Il contratto in generale*, Milano, 2021.
- A. Falzea, *Introduzione e considerazioni conclusive*, in *Destinazione di beni allo scopo. Strumenti attuali e tecniche innovative*, Milano, 2003.
- M. Farina, *La rilevabilità d'ufficio della nullità negoziale tra limiti sostanziali e processuali*, in *Rivista di diritto privato*, 4, 2014, pp. 545-564.
- A. Federico, *La trascrizione degli atti di destinazione*, in R. Calvo, A. Ciatti, *I contratti di destinazione patrimoniale*, in *Tratt. contr.* P. Rescigno, E. Gabrielli, 19, Torino, 2014.
- A. Federico, *La causa del contratto tra «regole» e «principi»*, in *Comparazione e diritto civile*, 2018.
- F. Ferrara Jr., *Teoria dei contratti*, Jovene, Napoli, 1940.
- G. B. Ferri, *Causa e tipo nella teoria generale del negozio giuridico*, Milano, 1966;
- G. B. Ferri, *La causa nella teoria del contratto*, in *Studi sull'autonomia dei privati*, Torino, 1997.
- G. B. Ferri, *Il negozio giuridico fra libertà e norma*, Rimini, 1995.
- V. Franceschelli, *Conversione del negozio nullo*, in *Digesto delle discipline privatistiche*, IV, Torino, 1989.
- V. Franceschelli, *Nullità del contratto. Artt. 1418-1423*, in P. Schlesinger (fondato da), F. D. Busnelli (diretto da), *Il Codice Civile. Commentario*, Milano, 2015.

- M. Franzoni, *Simulazione. Nullità del contratto. Annullabilità del contratto. Artt. 1414-1446*, in *Comm. Scialoja-Branca*, Bologna, 1998.
- A. Fusaro, *La nullità parziale*, in *Nuova giurisprudenza civile commentata*, 1990.
- G. Gabrielli, *Patrimonio familiare e fondo patrimoniale*, in *Enciclopedia del Diritto*, XXXII, Milano, 1982.
- F. Galgano, *Diritto civile e commerciale*, Padova, 2004.
- P. Gallo, *Trattato del contratto*, vol. 3, Milano, 2010.
- G. Gandolfi, *La conversione dell'atto invalido. Il problema in proiezione europea*, Milano, 1988.
- G. Gandolfi, *Ancora sulla conversione del contratto invalido (e a proposito di una recente monografia)*, in *Rivista di diritto civile*, 2, 1996.
- L. Genghini, *La volontaria giurisdizione e il regime patrimoniale della famiglia*, Milano, 2023.
- A. Gentili, *Le invalidità*, in E. Gabrielli (a cura di), *I contratti in generale*, Torino, 2006.
- G. Giaimo, *Conversione del contratto nullo. Art. 1424*, in P. Schlesinger (fondato da), F. D. Busnelli (diretto da), *Il Codice Civile. Commentario*, Milano, 2012.
- M. Giorgianni, *Causa (dir. priv.)*, in *Enciclopedia del Diritto*, VI, Milano, 1960, pp. 547-576.
- M. Girolami, *L'artificio della causa contractus*, Padova, 2012.
- G. Gitti, *La «tenuta» del tipo contrattuale e il giudizio di compatibilità*, in *Riv. dir. civ.*, 1, 2008.
- G. Gorla, *Il contratto. Corso di diritto privato svolto secondo il metodo comparativo e casistico (1954-1955)*, Roma, 2023.
- C. Grassetti, *Clausola del negozio*, in *Enciclopedia del Diritto*, VII, 1960, pp. 184-186.
- C. Grassetti, *Famiglia*, in *Novissimo Digesto Italiano. Appendice III*, Torino, 1982.

- R. Lenzi, *Struttura e funzione del fondo patrimoniale*, in *Rivista del notariato*, 1991.
- L. Leo, *Il concetto di famiglia nella costituzione: la mancanza di una disciplina adeguata per i nuovi modelli di famiglia*, in *Cammino Diritto*, 4, 2021, pp. 1-36.
- F. Longobucco, *Profili evolutivi del principio fraud omnia corrumpit tra «contratto in frode al terzo» e «contratto in danno di terzi»*, in *Rass. dir. civ.*, 2012.
- M. Mantovani, *Il recupero del contratto nullo*, in A. Gentili (a cura di), *Rimedi – 1, Trattato del contratto*, vol. 4, Milano, 2006.
- A. Meglio, *La tutela del rapporto nonni-nipoti: il diritto di mantenere rapporti significativi con i nipoti*, in *Cammino Diritto*, 5, 2023, pp. 1-22.
- S. Metallo (a cura di), *Atto di costituzione di fondo patrimoniale: il terzo costituente può essere il figlio*, Quesito CNN n. 119/2008, in data 11 aprile 2008.
- A. Morace Pinelli, *Trascrizione di atti di destinazione per la realizzazione di interessi meritevoli di tutela riferibili a persone con disabilità, a pubbliche amministrazioni, o ad altri enti o persone fisiche. Art. 2645 ter*, in G. De Nova (a cura di), *Commentario Scialoja-Branca-Galgano*, Bologna, 2017.
- L. Mosco, *La conversione del negozio giuridico*, Napoli, 1947.
- D. Muritano, *Trasformazione di fondo patrimoniale in trust?*, in *La gestione straordinaria delle imprese*, 2, 2020.
- E. Navarretta, *Le ragioni della causa e il problema dei rimedi – L'evoluzione storica e le prospettive del diritto europeo dei contratti*, in *Riv. dir. comm.*, I, 2003.
- I. L. Nocera, *Il contratto “a danno del terzo”: identificazione come categoria unitaria e necessità di una tutela effettiva*, in *Giustizia civile*, 3, 2021.
- M. Nuzzo, *Utilità sociale e autonomia privata*, Milano, 1975.
- I. Pagni, *Il “sistema” delle impugnative negoziali dopo le Sezioni Unite*, in *Giurisprudenza Italiana*, 1, 2015, pp. 70-80.

- P. Passaniti, *Dal diritto di famiglia al diritto delle famiglie. Il giudice e la transizione sociologica*, in *ALAF*, 1, 2024, pp. 35-44.
- G. Perlingieri, A. Fachechi (a cura di), *Ragionevolezza e proporzionalità nel diritto contemporaneo*, Napoli, 2017.
- P. Perlingieri, *Equilibrio normativo e principio di proporzionalità nei contratti*, in *Rassegna di diritto civile*, 2, 2001.
- P. Perlingieri, *In tema di tipicità e atipicità nei contratti*, in *Il diritto dei contratti tra persona e mercato*, a cura di P. Perlingieri, Napoli, 2003.
- P. Perlingieri, *Il «giusto rimedio» nel diritto civile*, in *Il giusto processo civile*, 1, 2011.
- P. Perlingieri, *Il diritto civile tra regole di dettaglio e principi fondamentali. «Dall'interpretazione esegetica all'interpretazione sistematica»*, in *Il Foro Napoletano*, 1, 2019.
- F. Piraino, *Contro l'uso della nullità parziale in chiave di conformazione del contratto*, in *Giurisprudenza Italiana*, 2020.
- P. M. Putti, *La nullità parziale: diritto interno e comunitario*, Napoli, 2002.
- E. Redenti, *La causa del contratto secondo il nostro codice*, in *Riv. trim. dir. proc. civ.*, 1950, p. 896 ss.
- N. Rizzo, *Il rilievo d'ufficio della nullità preso sul serio*, in *Nuova Giurisprudenza Civile Commentata*, 2015.
- V. Roppo, *Il contratto*, Milano, 2011.
- V. Roppo, *Causa concreta: una storia di successo? Dialogo (non reticente, né compiacente) con la giurisprudenza di legittimità e di merito*, in *Riv. dir. civ.*, 2013, 985;
- R. Sacco, *La causa*, in *Il contratto*, in *Trattato di diritto civile*, diretto da R. Sacco, Torino, 2004, 635 e ss.

- R. Sacco, *Causa*, in *Digesto delle discipline privatistiche, sez. cin.*, Agg., Torino, 2014, p. 37 e ss.;
- R. Sacco, G. De Nova, *Il contratto*, IV edizione, Torino, 2016.
- F. Santamaria, *Il negozio di destinazione*, Milano, 2009.
- G. Satta, *La conversione dei negozi giuridici*, Milano, 1903.
- C. Scognamiglio, *Problemi della causa e del tipo*, in AA.VV., *Trattato del contratto*, diretto da V. Roppo, II, *Regolamento*, Milano, 2006, p. 85 ss.
- G. Sicchiero, *Mancanza di causa, nullità e qualificazione del contratto*, in *Giur. it.*, 2011.
- N. Stefanelli, *La parabola della causa*, in *Persona e mercato*, 3, 2015.
- U. Stefini, *Destinazione patrimoniale ed autonomia negoziale: l'art. 2645-ter c.c.*, Padova, 2010.
- M. Tamponi, *Contributo all'esegesi dell'art. 1419 c.c. Parte I*, in *Rivista trimestrale di diritto e procedura civile*, 1, 1978, pp. 105-156.
- M. Tamponi, *Contributo all'esegesi dell'art. 1419 c.c. Parte II*, in *Rivista trimestrale di diritto e procedura civile*, 2, 1978, pp. 483-513.
- R. Tommasini, *Nullità (Diritto privato)*, in *Enciclopedia del Diritto*, vol. XXVIII, 1978.
- G. Trapani, *Il vincolo di destinazione dei beni oggetto del fondo patrimoniale ed i limiti all'autonomia privata dei costituenti*, in S. Tondo (a cura di), *I patrimoni separati fra tradizione e innovazione*, Torino, 2007.
- F. Venosta, *Nullità e inesistenza del contratto*, vol. 1, in *Le nullità contrattuali nell'evoluzione del sistema*, Milano, 2004.
- G. Vulpiani, *Unità, frammentazione e sanabilità della nullità del contratto*, Napoli, 2021.