JUS CIVILE

Rivista a cura di **Rosalba Alessi, Carmelita Camardi, Massimo Confortini, Carlo Granelli, Mario Trimarchi**



2-2021

marzo-aprile

G. Giappichelli Editore

ISSN 2281-3918/2421-2563

I contributi, inviati alla Rivista per la pubblicazione, sono soggetti a revisione tra pari a doppio cieco (*double blind*). È, quindi, garantito l'anonimato dei valutatori e dei valutati.

Vengono sottoposti a revisione tutti i contributi costituenti Articoli e saggi, inseriti in una delle voci tematiche.

Il Comitato dei revisori è costituito, esclusivamente, da professori ordinari dell'area privatistica, indicati in un apposito elenco pubblicato.

La revisione è affidata a due membri del Comitato dei revisori, scelti a rotazione dai curatori in base alle indicazioni di settore fatte da ciascun componente.

Il *referee* è tenuto a compilare la scheda di valutazione. È garantita la piena autonomia dei revisori rispetto alla Direzione della Rivista.

Soltanto in casi eccezionali, i Curatori assumono, con adeguata motivazione, la responsabilità della pubblicazione.

JUS CIVILE



INDICE

pag.

Articoli e Saggi

La reticenza prenegoziale nel progetto di riforma del codice civile[°*]
di *Matteo De Poli* 254

La reciente reforma de los plazos de prescripción del código civil uruguayo introducida por ley n. 19.889, de 9 de julio de 2020 [*]
di *Jorge Rodríguez Russo* 275

Corona-krise e diritto tedesco delle obbligazioni e dei contratti: le sopravvenienze della pandemia tra BGB e legislazione speciale [*]
di *Federico Azzarri* 302

Pegno 'non-possessorio' e 'rotativo' tra attività d'impresa e settore agricolo: costituzione ed effetti [*]
di *Rosario Franco* 341

La solidarietà sociale come risposta alla crisi del contratto: una disamina della legislazione emergenziale nell'era Covid-19 [*]
di *Laura Barbi* 406

Il principio di tipicità dei diritti reali e il vaglio di ammissibilità del diritto di uso esclusivo di parti comuni a favore di un condomino [*]
di *Diana D'Alberti* 433

La subfornitura. L'araba fenice del diritto civile: che vi sia ciascun lo dice, dove sia nessun lo sa [*]
di *Paolo Doria* 450

[*°] Contributo sottoposto a revisione.

JUS CIVILE



pag.

Comunione legale e parte contrattuale. Spunti critici. La posizione del coniuge non agente co-acquirente rispetto all'atto stipulato dal consorte (art. 177, lett. A, c.c.) [*]

di *Ercole Trerotola* 493

Brevi note in tema di nullità della prova testimoniale nei contratti aventi forma scritta *ad probationem* e *ad substantiam* [*]

di *Eleonora Melis* 536

L'"*introduzione alla problematica della «proprietà»*" nel quadro delle riletture costituzionali del diritto proprietà [**]

di *Luca Nivarra* 550

Giurisprudenza

Sulla natura del patto di famiglia: breve rassegna di dottrina alla luce di un recente arresto della cassazione [*]

Cass. civ., sez. V, sent. 24 dicembre 2020, n. 29506

di *Giancarlo Tantillo* 566

[**] I curatori, valutata la rilevanza del contributo, assumono la responsabilità diretta della pubblicazione.

JUS CIVILE



MATTEO DE POLI

Professore ordinario di Diritto dell'economia – Università degli Studi di Padova

LA RETICENZA PRENEGOZIALE NEL PROGETTO DI RIFORMA DEL CODICE CIVILE*

SOMMARIO: *1. Premessa. – 2. Sull'obbligo di informazione nel corso delle trattative: ambito, contenuto, destinatari. – 2.1. Sull'inderogabilità dell'obbligo. – 3. Le conseguenze della violazione dell'obbligo tra responsabilità precontrattuale e dolo. – 4. Una proposta di articolato.*

1. – È noto che la lettera degli artt. 1337 e 1338 c.c. sia stata progressivamente erosa dall'azione giurisprudenziale, con l'effetto di creare una disciplina della materia collaterale a quella prodotta dal diritto scritto [1]. È al fine di positivizzare il diritto vivente, mi

* Testo, corredato di note, della relazione tenuta il 15 giugno 2019 al convegno *Il Diritto Patrimoniale – Una Rivisitazione: Le Revisioni* organizzato dall'Associazione Civilisti Italiani.

[1] Il dato letterale dell'art. 1338 c.c. lascerebbe intendere che la reticenza rilevi come causa di responsabilità precontrattuale nelle sole ipotesi in cui la parte che, conoscendo o dovendo conoscere l'esistenza di una causa d'invalidità del contratto, non ne abbia dato notizia all'altra parte, la quale ha, invece, incolpevolmente confidato nella validità del contratto. Tuttavia, come correttamente rilevato già da G. PATTI e S. PATTI, *Responsabilità precontrattuale e contratti standard*, Giuffrè, 1993, p. 159 ss. e spec. 162, la norma di cui all'art. 1338 c.c. «è considerata una specificazione del più generale disposto dell'art. 1337 c.c.», che lascerebbe spazio ad un'interpretazione di più ampio respiro, volta a considerare risarcibile anche il danno provocato da condotte reticenti su informazioni (di una certa rilevanza) in presenza di un contratto valido o in assenza del contratto stesso (perché, ad esempio, la parte ha scoperto l'altrui reticenza prima della stipula del contratto ed è receduta dalle trattative). *Contra* v., *ex multis*, G. D'AMICO, *La responsabilità precontrattuale*, in V. ROPPO (dir. da), *Trattato del Contratto*, vol. V, Giuffrè, 2006, p. 1025 ss. e spec. 1035, secondo cui «con la disposizione dell'art. 1338, il legislatore non può che avere inteso chiarire che l'unico dovere di informazione di carattere generale (cioè operante a prescindere da specifica previsione normativa) alla cui violazione può darsi rilevanza ai fini della responsabilità precontrattuale è quello avente ad oggetto la esistenza di eventuali "cause di invalidità" del contratto». Sul punto è recentemente intervenuta la Suprema Corte, la quale ha giustamente osservato che «*la regola posta dall'art. 1337 c.c., non si riferisce alla sola ipotesi della rottura ingiustificata delle trattative ma ha valore di clausola generale, il cui contenuto non può essere predeterminato in modo preciso ed implica il dovere di trattare in modo leale, astenendosi da comportamenti maliziosi o reticenti e fornendo alla controparte ogni dato rilevante, conosciuto o conosci-*



sembra, più che di porre rimedio ad una grave situazione di incertezza, che il Governo è intervenuto con un progetto di riforma del Codice Civile, il disegno di legge S.1151 *Delega al Governo per la revisione del codice civile*, del 19 marzo 2019. Il d.d.l., al suo art. 1, co. 1, lett. *f*), delega il Governo a «*prevedere, nel corso delle trattative per la conclusione del contratto, che la parte che sia a conoscenza di una informazione di rilievo determinante per il consenso sia inderogabilmente tenuta a comunicarla all'altra parte quando questa la ignori e abbia fatto necessario affidamento sulla lealtà della controparte; sono escluse le informazioni concernenti il valore dell'oggetto del contratto*». Il testo ricalca, quasi pedissequamente, il disposto dei primi due commi dell'art. 1112-1 del Codice Civile francese – introdotto dall'art. 2 dell'ordinanza 131 del 10 febbraio 2016 [2] –, il quale, al primo comma, sancisce che «*Celle des parties qui connaît une information dont l'importance est déterminante pour le consentement de l'autre doit l'en informer dès lors que, légitimement, cette dernière ignore cette information ou fait confiance à son cocontractant*», precisando poi, al secondo comma, che «*Néanmoins, ce devoir d'information ne porte pas sur l'estimation de la valeur de la prestation*».

La Relazione dedicata a questa parte della riforma merita una particolare attenzione e, così, essa diviene un utile strumento di comprensione della volontà del Governo. Ivi [3], tra l'altro, si chiarisce che tale riforma mira a «*colmare una riconosciuta lacuna dell'attuale sistema codicistico della responsabilità precontrattuale quale risultante dagli articoli 1337 e 1338 del codice civile, pur fatti oggetto di una significativa valorizzazione giurisprudenziale dell'obbligo di comportarsi secondo buona fede nello svolgimento delle trattative e della tutela del legittimo affidamento nella validità del vincolo*» [4], e che «*Nel dettare i principi e i criteri direttivi di cui all'articolo 1, comma 1, lettere da f) a i), si prevede un insieme di misure, volte a tutelare, prevalentemente, ma non solo, il contraente che si venga a trovare in una situazione di asimmetria, che coprono l'intero arco*

---

bile con l'ordinaria diligenza, ai fini della stipulazione del contratto. Ne consegue che la violazione dell'obbligo di comportarsi secondo buona fede nello svolgimento delle trattative e nella formazione del contratto assume rilievo non solo in caso di rottura ingiustificata delle trattative e, quindi, di mancata conclusione del contratto o di conclusione di un contratto invalido o inefficace, ma anche nel caso in cui il contratto concluso sia valido e, tuttavia, risulti pregiudizievole per la parte vittima dell'altrui comportamento scorretto» (così Cass. civ., sez. I, 23 marzo 2016, n. 5762, conformemente a Cass. civ., sez. II, 26 aprile 2012, n. 6526; e Cass. civ., sez. III, 8 ottobre 2008, n. 24795).

[2] Per una panoramica completa della portata della riforma del *Code Civil*, v. *ex multis*, D. VALENTINO (a cura di), *La riforma del Code Civil: una prospettiva italo-francese*, Edizioni Scientifiche Italiane, 2018, *passim*.

[3] Alle pp. 8-10.

[4] Così la Relazione a p. 9.



della vicenda contrattuale, dalla fase delle trattative a quella della formazione del contratto fino alla fase esecutiva» [5]; che «*La delimitazione dell'oggetto della reticenza alle "informazioni di rilievo" è un criterio direttivo dettato per il legislatore delegato onde evitare che possa reputarsi fonte di responsabilità l'omissione di qualsiasi informazione, rendendo così più complessa la fase delle contrattazioni, con evidenti ricadute di ordine economico e sociale*» [6]; che «*Il criterio direttivo di cui alla lettera f) risulta in linea con gli approdi giurisprudenziali più recenti in tema di responsabilità precontrattuale (compendiati nella massima secondo cui "La violazione dell'obbligo di comportarsi secondo buona fede nello svolgimento delle trattative e nella formazione del contratto, previsto dagli artt. 1337 e 1338 c.c., assume rilievo in caso non solo di rottura ingiustificata delle trattative e, quindi, di mancata conclusione del contratto o di conclusione di un contratto invalido o inefficace, ma anche di contratto validamente concluso quando, all'esito di un accertamento di fatto rimesso al giudice di merito, alla parte sia imputabile l'omissione, nel corso delle trattative, di informazioni rilevanti le quali avrebbero altrimenti, con un giudizio probabilistico, indotto ad una diversa conformazione del contratto stesso", Corte di cassazione, sezione prima, sentenza n. 5762 del 23 marzo 2016)*» [7]; ed, infine, che «*Il disegno di legge delega mira così a completare, con la normativa delegata attuativa dei detti principi e criteri direttivi, la tutela tradizionalmente assicurata in ambito contrattuale in caso di dolo, quale vizio del consenso e causa di invalidità del contratto ai sensi dell'articolo 1439 del codice civile o quale fonte di responsabilità ai sensi dell'articolo 1440 del codice civile. La disciplina dettata dal disegno di legge risulta innovativa sol che si consideri che entrambe tali ultime norme sono interpretate come escludenti dal loro ambito di operatività le condotte omissive reticenti, alla stregua della prevalente giurisprudenza civile che – malgrado le ben più variegate interpretazioni dottrinali, volte ad ampliare l'ambito applicativo del dolo omissivo – continua a richiedere condotte commissive, connotate da malizia o astuzia integranti i "raggiri"*» [8].

È sulla base di questi dati (*i.e.*, articolato, Relazione, riforma del *Code Civil*), letti – ove possibile – in modo combinato, che condurrò la mia analisi e formulerò la mia proposta.

---

[5] *Ibidem*.

[6] *Ibidem*.

[7] *Ibidem*.

[8] Così la Relazione a p. 10.



2. – Il cuore della lettera *f*) sta nell'introduzione di un obbligo della parte trattante di comunicare all'altra parte, *nel corso delle trattative,* le informazioni rilevanti per la determinazione di contrarre delle quali, a differenza dell'altra parte, *essa sia a conoscenza.*

Balza immediatamente agli occhi il confino di tale obbligo alla fase delle trattative [9], ossia a tutto quel complesso di atti – incontri, colloqui, scambi di idee, proposte, controproposte – che precede la stipula del contratto.

Nulla lascia pensare che il Governo abbia pensato di escludere la sussistenza di tale obbligo nella successiva fase della formazione del contratto [10]. Di più: la relazione al Disegno di Legge, a p. 9, spinge a ritenere che di una svista, una sottovalutazione, più che di una scelta, si sia trattato, forse perché «trattative» e «formazione del contratto» sono state (impropriamente) considerate quali sinonimi. Infatti, ivi si legge che «*Nel dettare i principi e i criteri direttivi di cui all'articolo 1, comma 1, lettere da f) a i), si prevede un insieme di misure, volte a tutelare, prevalentemente, ma non solo, il contraente che si venga a trovare in una situazione di asimmetria, che coprono l'intero arco della vicenda contrattuale, dalla fase delle trattative a quella della formazione del contratto fino alla fase esecutiva*».

Quanto all'art. 1112-1 del Codice francese, esso non contiene alcun esplicito riferimento alle *négociations*: vero è, tuttavia, che la norma si inserisce proprio nella sottosezione rubricata «*Les négociations*», sicché questo appare essere il suo vero ambito applicativo [11].

---

[9] Invero, l'art. 1, co. 1., lett. *f*) del Disegno di Legge delega il legislatore, per quanto è di nostro interesse oggi, ad introdurre l'«*obbligo della parte di comunicare, nel corso delle trattative per la conclusione del contratto, informazioni di cui sia venuta a conoscenza e che siano determinanti per il consenso*», in modo tale da «*colmare una riconosciuta lacuna*» – così si legge alle pp. 8 e 9 della Relazione al Disegno di Legge – «*dell'attuale sistema codicistico della responsabilità precontrattuale quale risultante dagli articoli 1337 e 1338 del codice civile, pur fatti oggetto di una significativa valorizzazione giurisprudenziale dell'obbligo di comportarsi secondo buona fede nello svolgimento delle trattative e della tutela del legittimo affidamento nella validità del vincolo*».

[10] «Trattative» e «formazione del contratto», è dato condiviso, sono concetti distinti tra loro: il primo, si è detto, si riferisce all'insieme di atti preparatori alla stipula del contratto; il secondo, invece, all'incontro di proposta ed accettazione, e, quindi, alla fase di stipula del contratto.

[11] Nella stessa dimenticanza in cui pare sia incorso il legislatore italiano sembra sia incorso anche il legislatore francese, disciplinando tali doveri informativi nella sola sottosezione dedicata alle *négociations*. Sul punto v. D. DI SABATO, *La nuova disciplina della responsabilità precontrattuale francese*, in *Contratto e Impresa*, n. 1, 2018, pp. 97-98. V. anche N. RONTCHEVSKY, *Les objectifs de la réforme: accessibilité et attractivité du droit français des contrats*, in *Actualité Juridique Contrats d'Affaires*, n. 3, 2016, p. 112: «*La rédaction finale de l'ordonnance a cependant précisé et restreint la portée du devoir d'information qui est désormais placé dans les dispositions relatives aux négociations, encore que ce devoir devrait s'imposer aussi en l'absence de négociations précédant la conclusion du contrat*».



Il mancato riferimento alla fase della formazione del contratto si pone in modo distonico non solo con quanto previsto dall'art. 1337 c.c. – secondo cui le parti sono tenute a comportarsi secondo buona fede nella fase delle trattative e, anche, nella formazione del contratto – ma anche con la disposizione francese corrispondente al nostro art. 1337 c.c., l'art. 1104 del *Code Civil*, che impone l'obbligo di comportarsi secondo buona fede tanto nella fase delle trattative quanto in quella di formazione del contratto, stabilendo che «*Les contrats doivent être négociés, formés et exécutés de bonne foi*» [12].

Ciò detto, è auspicabile che la Legge Delega o il Decreto Legislativo che ne seguirà esplicitino che gli obblighi di informazione riguardano sia la fase delle trattative sia quella della formazione del contratto. Diversamente, ciò che il padrone di casa (il Legislatore) non farà entrare dalla porta, entrerà dalla finestra che il pronto vicino (la Magistratura) si incaricherà di aprire, anche senza esigenza di forzarla, bastandogli usare il *passe-partout* (il dovere di comportarsi secondo buona fede anche nella formazione del contratto) messogli a disposizione dallo stesso padrone di casa [13].

Così precisato l'ambito operativo dell'obbligo, spetta ora illustrarne il contenuto, che il Governo vorrebbe limitato – in coerenza quanto disposto nell'art. 1112-1 del *Code Civil* – all'«informazione di rilievo determinante per il consenso», ed il suo destinatario.

Quanto al contenuto, esso è indicato nelle circostanze conosciute e determinanti.

Il riferimento alle sole circostanze «conosciute» espone la futura disposizione al rischio che essa sia intesa come il risultato di una precisa scelta del Governo di regolare questo obbligo precontrattuale in modo difforme dall'archetipo dei doveri di comunicazione precontrattuale, quello sulle cause di invalidità di cui la parte è *o dovrebbe essere* a conoscenza. Il progetto di riforma, infatti, prende in considerazione le sole informazioni (rilevanti) che una parte conosce effettivamente [14]. Sanzionando non solo la parte dolo-

---

[12] «*A pan-European common approach on this important question is clearly emerging (the Italian Code being very similar as well)*», così S. GRUNDMANN e M.S. SCHÄFER, *The French and the German Reforms of Contract Law*, in *European Review of Contract Law*, n. 4, 2017, p. 472, che salutano la tendenza dei legislatori europei – ossia, quello francese, quello italiano e quello tedesco – a riconoscere un ruolo di primo piano al dovere delle parti di comportarsi secondo buona fede non solo nell'esecuzione del contratto ma anche nella sua negoziazione.

[13] Che senso avrebbe, infatti, non sanzionare la condotta di chi sia venuto a conoscenza di un fatto determinante per il consenso della controparte con cui sta trattando quando la fase delle trattative è ormai conclusa ed è prevista, il giorno seguente, la sottoscrizione del documento contrattuale? Si pensi, inoltre, al contratto per adesione, il quale non presenta la fase delle trattative: il proponente sarà legittimato ad omettere informazioni rilevanti per i potenziali contraenti?

[14] La medesima scelta è operata dal legislatore francese (all'art. 1112-1 del *Code* si legge «*…qui connaît une information…*». Sul punto, v. A. FEDERICO, *Négociations e obblighi di riservatezza*, in *Giurisprudenza*



samente silente ma anche quella silente perché negligente, l'art. 1338 c.c., all'evidenza, offre invece una tutela di portata sicuramente più estesa rispetto a quella prevista dalla riforma e costituisce la base teorica della diffusa convinzione dell'equiparabilità tra conoscenza e conoscibilità [15].

È vero che la Relazione mette in chiaro che il Governo è sensibile al bilanciamento tra obbligo di informazione e onere di informarsi, e bene fa. L'esclusione dell'obbligo di

---

Italiana, n. 5, 2018, p. 1311, secondo cui «*L'abbandono – rispetto al progetto* [iniziale di riforma del *Code*] *– della "conoscibilità" consente di escludere la configurazione dell'obbligo di informazione quale regola generale*». A riguardo, E. CALZOLAIO, *La responsabilità precontrattuale dopo la riforma del Code Civil francese. Profili comparatistici*, in *Rivista Trimestrale di Diritto e Procedura Civile*, n. 4, 2017, pp. 1307-1308, osserva che «*La formulazione originaria adottata nel progetto di riforma era molto ampia ed aveva attirato l'attenzione soprattutto delle associazioni di categoria (in particolare la Camera di commercio di Parigi), secondo cui la previsione di un obbligo dai contorni generici avrebbe messo a repentaglio la sicurezza dei rapporti commerciali. Il testo in vigore tiene conto di queste osservazioni e delimita il perimetro dell'obbligo di informazione*», dal momento che «*l'obbligo riguarda le informazioni conosciute dal contraente, ma non quelle che questi avrebbe dovuto conoscere, come prevedeva il progetto iniziale. Per tal via, il legislatore della riforma ha inteso evitare un'estensione del contenuto dell'obbligo di informazione che potesse spingersi fino a consacrare una sorta di dovere di consulenza a carico del contraente*». Sulla scelta finale di compromesso operata dal legislatore francese è comunque critico P. SIRENA, *Verso una ricodificazione del diritto privato italiano? Il modello del nuovo Code Napoléon*, in *Osservatorio di Diritto Commerciale*, n. 1, 2018, p. 41: «*Il contenuto dell'obbligo di informazione sancito dal nuovo art. 1112-1 Cod. Nap. è eccessivamente ampio e suscita una certa perplessità dal punto di vista della politica del diritto. L'esistenza di asimmetrie informative tra le parti contraenti è generalmente fisiologica e costituisce anzi un presupposto necessario affinché sia esercitata la libertà di iniziativa economica privata, e pertanto anche quella di autonomia privata. Al di fuori delle ipotesi in cui può verificarsi un fallimento del mercato, come accade soprattutto qualora il contratto sia unilateralmente redatto da un professionista e sottoposto all'adesione di un consumatore, un generale obbligo di informazione nella fase precontrattuale si pone dunque in contrasto con un presupposto naturale dell'economia capitalistica e può risultare pregiudizievole per il benessere economico e anche sociale della collettività, per quanto il nuovo art. 1112-1, al. 1, Cod. Nap richieda che la controparte "légitimement* […] *ignore cette information ou fait confiance à son cocontractant"*».

[15] Sul problema dell'equiparazione tra conoscenza e conoscibilità pare qui sufficiente riportare quanto già sostenuto da F. BENATTI, *La responsabilità precontrattuale*, Giuffrè, 1963, p. 46, secondo il quale la parificazione delle circostanze conoscibili a quelle conosciute «*si deduce da due considerazioni, una di carattere storico, l'altra di ordine sistematico. Innanzitutto sin dal diritto giustinianeo il principio della buona fede oggettiva era diretto a colpire non solo il comportamento doloso, ma anche quello colposo.* […] *In secondo luogo è facile constatare come, tranne nei contratti a titolo gratuito (artt. 798, 1812, 1821, comma 2°, c.c.), il nostro legislatore costantemente equipari, ai fini del sorgere del dovere di comunicazione, la conoscenza (Kennen) delle circostanze da rendere note alla loro conoscibilità (Kennenmussen): si confrontino in proposito gli artt. 1338, 1578, comma 2°, 1821, comma 1°, c.c.*». Seguendo, il ragionamento dell'A. sul punto, si osservino anche gli artt. 1715 e 1759 c.c. Invero, quest'ultimo articolo, che si riferisce espressamente alle sole circostanze note al mediatore, «*comprende, in senso positivo, l'obbligo di comunicare le circostanze* […] *note o* [anche] *comunque conoscibili con la comune diligenza che si richiede al mediatore*» (così Cass. civ., sez. II, 16 settembre 2015, n. 18140. Conformemente, v. Cass. civ., sez. II, 5 aprile 2017, n. 8849; Cass. civ., sez. II, 6 novembre 2012, n. 19075; e Cass. civ., sez. III, 16 luglio 2010, n. 16623).



informazione in caso di facile conoscibilità, però, nulla c'entra con questo tipo di conflitto e finisce per tradire l'obiettivo di stimolare la conclusione di contratti soddisfacenti, e dunque efficienti, grazie a questa nuova [16] forma di tutela del trattante *insciente*. Il perché è presto detto: se l'efficiente circolazione di beni e servizi nel mercato richiede scelte consapevoli e, dunque, informate, e se questa finalità massimizza l'interesse pubblico, l'estensione del dovere di informazione alle circostanze non note ma ugualmente conoscibili e la correlata esigenza di ritenere il soggetto cui spetta la comunicazione tenuto non solo ad un dovere di informazione ma, anche, ad un previo dovere di attivazione, di indagine, di ricerca ecc. (tutti doveri preparatori e strumentali all'adempimento di quello di informazione); quest'estensione, dicevo, esalta l'utilità complessiva del suo risultato, che è maggiore del sacrificio che viene richiesto ad una delle due parti.

Va dunque auspicata una correzione del testo con l'estensione dell'obbligo alle circostanze di cui la parte deve essere a conoscenza. Diversamente, temo che tale risultato verrà raggiunto dall'opera interpretativa della giurisprudenza, che mi pare abbastanza convinta dell'equiparazione tra *kennen* e *kennenmussen.*

Conosciuta o anche facilmente conoscibile, l'informazione da comunicarsi deve essere «di rilievo determinante per il consenso». La Relazione al Disegno di Legge non offre un aiuto particolarmente utile per stabilire quali informazioni siano di rilevanza determinante per il consenso e quali no: infatti, a p. 9 della Relazione, si legge che «*La delimitazione dell'oggetto della reticenza alle "informazioni di rilievo" è un criterio direttivo dettato per il legislatore delegato onde evitare che possa reputarsi fonte di responsabilità l'omissione di qualsiasi informazione, rendendo così più complessa la fase delle contrattazioni, con evidenti ricadute di ordine economico e sociale*». Escluso uno spazio alla rilevanza meramente soggettiva, idiosincratica, resta comunque il dubbio su quali siano le informazioni oggettivamente capaci di determinare il consenso di una delle parti. Potremmo guardare all'art. 1429 c.c.: un'informazione sarebbe particolarmente rilevante – così come un errore è essenziale – quando: *i*) cade sulla natura o sull'oggetto del contratto [17]; *ii*) cade sull'identità dell'oggetto della prestazione ovvero sopra una qualità dello

[16] O, comunque, solo ora espressamente riconosciuta.

[17] Sul punto, peraltro, v. E. DEL PRATO, *Le annullabilità*, in V. ROPPO (dir. da), *Trattato del Contratto*, vol. 4, Giuffrè, 2006, p. 248, che evidenzia come «*Se l'oggetto del contratto, in linea con la dottrina ampiamente dominante, viene individuato nelle prestazioni, la portata di queste ultime nel determinare la natura del contratto porta ad una tendenziale sovrapposizione dell'errore sulla natura del contratto all'errore sul suo oggetto nel senso che, almeno nella maggioranza dei casi, l'errore sull'oggetto si traduce nell'errore sulla natura del contratto*».



stesso; *iii*) cade sull'identità o sulle qualità della persona dell'altro contraente; *iv*) cade su una norma giuridica ed è stato la ragione unica o principale del contratto. Invero, le ipotesi appena elencate non individuano informazioni *ex se* in grado di determinare il consenso: ad esempio, ben potrebbe essere irrilevante per una parte credere di trattare con un soggetto piuttosto che con un altro. Sappiamo, però, che dette ipotesi costituiscono un elenco – non tassativo, tra l'altro, – di informazioni potenzialmente rilevanti, e che la valutazione sulla loro capacità *in concretu* di determinare il consenso di una parte – ossia, di essere tali che, se ricevute, l'avrebbero spinta a desistere dal concludere il contratto – non potrà che essere fatta dal giudice, caso per caso [18], valutando ogni circostanza rilevante.

La scelta di non specificare l'ambito di rilevanza della materia su cui una parte è stata silente, se confermata, non dovrebbe essere fatta oggetto di critiche troppo severe. In tema di dolo negoziale la Suprema Corte, al fine di stabilire se i raggiri di una parte siano stati tali da determinare il consenso dell'altra, ha recentemente ritenuto – con un *decisum* che io trovo condivisibile – che «*compete al giudice del merito accertare, sulla base delle risultanze probatorie, se la fattispecie concreta integri un'ipotesi di dolo determinante e tale valutazione è sindacabile in sede di legittimità solo per vizio di motivazione, nei limiti previsti dall'art. 360, comma 1, n. 5, c.p.c.*» [19]. Il *Code Civil*, invece, ha risolto il problema delimitando il perimetro delle informazioni rilevanti: il comma 3 dell'art. 1112-1 precisa, infatti, che «*Ont une importance déterminante les informations qui ont un lien direct et nécessaire avec le contenu du contrat ou la qualité des parties*» [20].

---

[18] A dimostrazione di come il concreto apprezzamento della rilevanza delle informazioni sia una valutazione di particolare complessità si veda anzitutto Cass. civ., sez. III, 19 luglio 2007, n. 16031, che ha ritenuto che una compravendita di azioni tra privati non potesse essere annullata per dolo omissivo circa informazioni relative allo stato patrimoniale della società emittente: infatti, secondo la Corte, «*non si nega in astratto la possibilità che la compravendita di azioni possa essere affetta dal vizio costituito dal dolo determinante, ma si precisa che il semplice mendacio o le omissioni sulla situazione patrimoniale della società non sono da sole sufficienti*», essendo, invece, rilevanti quelle informazioni che «*attengono alla funzione tipica delle azioni predette, e cioè all'insieme delle facoltà e dei diritti che esse conferiscono al loro titolare, nella struttura della società, senza alcun riguardo al valore di mercato di esse, quale può risultare dal bilancio, dallo stato patrimoniale della società e da tutti gli altri elementi che influiscono sul loro valore*». Ancora, in tema di compravendita di autoveicoli, v. Cass. civ., sez. II, 5 febbraio 2007, n. 2479 ha precisato che «*il contraente non ha diritto di occultare i fatti la cui conoscenza è indispensabile alla controparte per una corretta formazione della propria volontà contrattuale (notizie sull'andamento del mercato, sulla natura legale dell'importazione, sulla data di fabbricazione e di collaudo)*»

[19] V. Cass. civ., sez. II, 27 febbraio 2019, n.5734, così massimata in *Giust. Civ. Mass.*, 2019.

[20] Secondo A. FEDERICO, *Négociations e obblighi di riservatezza*, in *Giurisprudenza Italiana*, n. 5, 2018, p. 1311 «*Si tratta, in conformità dell'elaborazione giurisprudenziale, di informazioni relative alla prestazione fornita, alla contropartita richiesta, alla liceità dell'operazione, o ancora, se conosciute*



Sia nel progetto di riforma italiano sia nella riforma francese si prevede che non sia oggetto dell'obbligo di informazione il valore dell'oggetto del contratto [21]. Ciò non vuol dire, naturalmente, che questa non sia un'informazione di rilievo determinante per il consenso [22], ma, da un lato, che il valore, quale circostanza *estrinseca* alla prestazione o al bene [23], fuoriesce dall'ambito della competenza cognitiva della parte, dall'altro, che il valore resta pur sempre il frutto di una personale valutazione di ciascuna delle parti e, dunque, più che un fatto passibile di informazione, è una stima, un'opinione [24].

Va dà se, però, che andrà escluso l'obbligo di comunicare la valutazione del bene scambiato, non il suo valore inteso come la somma delle sue qualità.

Ciò detto sul rapporto tra silenzio anti-doveroso e determinazione del consenso indico ora perché questa parte della nuova fattispecie pare essere incoerente con le premesse enunciate nella relazione, oltre ad essere – a mio modo di vedere – obiettivamente insoddisfacente.

Ho già detto che la Relazione indica, a p. 9, come precedente da codificare la sentenza n. 5762 del 2016 della S.C., la cui massima ufficiale stabilisce che «*La violazione dell'obbligo di comportarsi secondo buona fede nello svolgimento delle trattative e nella formazione del contratto, previsto dagli artt. 1337 e 1338 c.c., assume rilievo in caso non solo di rottura ingiustificata delle trattative e, quindi, di mancata conclusione del contratto o di conclusione di un contratto invalido o inefficace, ma anche di contratto validamente concluso quando, all'esito di un accertamento di fatto rimesso al giudice di*

---

dall'altra parte, alle finalità perseguite da uno dei contraenti, là dove, in ordine alla qualità delle parti il riferimento è alle qualità essenziali dei contraenti evocati in tema di errore sulla persona».

[21] Nel *Code civil*, al secondo comma dell'art. 1112-1, è ripresa la consolidata tradizione giurisprudenziale che esclude da quelle che sono informazioni rilevanti per il consenso «*l'estimation de la valeur de la prestation*». Sul punto v. D. MAZEAUD, *Prime note sulla riforma del diritto dei contratti nell'ordinamento francese*, in *Rivista di Diritto Civile*, n. 2, 2016, p. 434.

[22] Invero, il valore dell'oggetto del contratto è, in genere, la circostanza che più interessa conoscere nelle trattative ed è bizzarro escluderla, almeno in questo modo.

[23] In tema di errore sul valore, si v. V. ROPPO, *Il contratto*, Giuffrè, 2011, p. 739 ss.

[24] Già G. VISINTINI, *La reticenza come causa di annullamento dei contratti*, in *Rivista di Diritto Civile*, n. 1, 1972, p. 172, osservava che l'obbligo generale di informazione «*spetta a ciascuna parte sulle circostanze che attengono alla propria prestazione e non può estendersi fino ad illuminare la controparte sui pregi e sugli svantaggi della prestazione a suo carico.* […] *La stima del valore della propria prestazione è lasciata all'autoresponsabilità della parte in cui incombe, salva l'applicazione delle norme sull'errore*». Infatti, prosegue l'A., «*il limite in parola discende dallo stesso principio di autonomia privata: spetta a ciascuno la tutela dei propri interessi e il rischio relativo. Se si usa male della propria libertà di iniziativa economica imputet sibi, salva l'applicazione delle norme sull'errore sulle qualità dell'oggetto quando ne ricorrano gli estremi*».



merito, alla parte sia imputabile l'omissione, nel corso delle trattative, di informazioni rilevanti le quali avrebbero altrimenti, con un giudizio probabilistico, indotto ad una diversa conformazione del contratto stesso».

Ebbene, in questo caso la Corte di Cassazione ha dato rilievo alla mancata comunicazione di fatti che, se conosciuti, avrebbero indotto, si dice testualmente, «ad una diversa conformazione del contratto», non al recesso dalle trattative. Ossia, a circostanze *incidenti* sulla volontà, non determinanti la stessa. Ed anche prescindendo dall'importanza data nella Relazione a questa decisione della S.C., a giustificare la sufficienza dell'incidenza della lacuna informativa sulla volontà si pongono, quantomeno, *i*) la convinzione che non sarebbe giustificato privare dell'azione di danni il soggetto che, avuta l'informazione, avrebbe (continuato a trattare e, *in thesi*) concordato condizioni diverse; nonché *ii*) l'esigenza di coerenza con la disciplina del dolo incidente.

Passo ora ad esaminare il destinatario dell'informazione. Ad essere tutelato sarà chi «ignora» l'informazione rilevante di cui la controparte è a conoscenza e ha fatto «necessario affidamento sulla lealtà» di quest'ultima. Come si legge a p. 9 della Relazione, invero, il progetto di riforma mira a realizzare un «*doveroso bilanciamento dell'obbligo di informare e dell'onere di informarsi*». Più precisamente, il Governo vuole dare concreta attuazione al principio di buona fede di cui all'art. 1337 c.c., così come elaborato dalla giurisprudenza in tema di reticenza prenegoziale, obbligando la parte che conosce una informazione rilevante a comunicarla alla controparte; e vuole anche evitare di avallare condotte negligenti, financo parassitarie, nel corso delle trattative e della formazione del contratto.

L'ignoranza[25] è uno stato psichico che il Codice Civile italiano – modellato, come abbiamo già detto, su di una concezione del soggetto come individuo e scarsamente sensibile all'ipotesi di appartenenza dello stesso a classi sociali, economiche, culturali che ne giustifichino un trattamento preferenziale[26] – ben conosce, posto che la pose alla base di importanti disposizioni[27] e la collocò tra le vicende che – ogni volta che emergessero

[25] L'ignoranza è intesa, in generale, come la mancanza di conoscenza; per ignoranza s'intende anche la conoscenza positiva di un dato contrario a quello reale. Rileva V. PIETROBON, *Errore, volontà e affidamento nel negozio giuridico*, Cedam, 1990, p. 331 (rifacendosi al pensiero di E. ZIETELMANN, *Irttum und Rechtsgeschäft. Eine psychologisch-juristyche Untersüchung*, Duncker & Humblot, 1879, p. 320), come la *mera ignoranza* da sola, non può dar causa all'azione e dunque al negozio. Di rilievo è dunque solo l'ignoranza di un fatto associata alla conoscenza di altro la quale sia in grado di suscitare l'azione.

[26] Constatazione suscettibile, ovviamente, di eccezioni, come dimostra la tutela concessa al lavoratore dipendente, ma anche, ad esempio, quella a favore dell'assicurato.

[27] L'art. 1341, co. 1, c.c., in prima battuta, a significare la percezione dell'area di maggior incidenza del problema.



all'interno della negoziazione – avrebbero dovuto essere gestite all'insegna della logica cooperativa, *ex fide bona* [28], non all'insegna di quella *egoistica*, o dell'*autoresponsabilità*, propria degli ordinamenti di stampo liberale, come quelli della *common law*. Possiamo definire l'ignoranza come la dimensione «individuale» e statica dell'asimmetria informativa [29].

L'affidamento, per contro, è uno stato psichico che sembra implicare una proiezione attiva, dinamica verso il suo oggetto, tale da distinguerlo da quello di mera non-conoscenza.

Nel progetto si prevede che esso sia «necessario». Si voleva forse dire «legittimo», ossia, incolpevole, come nell'art. 1338 c.c.? Oppure «necessario» significa «indispensabile», alludendo alle vicende in cui il diritto all'informazione discende dall'impossibilità, o dalla eccessiva onerosità, per la parte, di acquisire autonomamente una determinata informazione perché intimamente connessa alla controparte o alla prestazione che essa deve rendere [30]?

---

[28] Il caso forse più evidente è l'art. 1338, ma di grande interesse è l'intera disciplina dei vizi occulti. A riguardo v. però L. MENGONI, *Autonomia privata e Costituzione*, in *Banca, borsa, titoli di credito*, 1997, n. 1, p. 15, secondo cui il problema della consapevolezza e della libertà di decisione nella conclusione del contratto non è più quello tradizionalmente impostato dall'art. 1338 c.c., ossia quello di sanzionare il silenzio del contraente sull'esistenza di cause di invalidità ignote all'altro, bensì quello attinente ai «*presupposti e i limiti degli obblighi di informazione e di illustrazione dei termini dell'affare che la buona fede impone al contraente informato nei confronti di una controparte inesperta, disinformata, meno dotata di cultura economica-giuridica*».

[29] Invero, definizione già proposta in M. DE POLI, *Asimmetrie informative e rapporti contrattuali*, Cedam, 2002, p. 11.

[30] Rifacendoci a quanto osservato in passato – in M. DE POLI, *op. cit.*, *passim* – utilizzando, come paradigma, la disciplina dei vizi nella compravendita, notiamo che: *i)* essa riguarda casi di patologia nella comunicazione del venditore al compratore, mai nella direzione contraria. Questo dato non deve passare inosservato né deve essere considerato naturale. La falsa rappresentazione (l'errore) del venditore intorno a caratteristiche – intese in senso ampio – del bene da egli stesso venduto è fenomeno alquanto frequente, come ci attesta il copioso orientamento giurisprudenziale in tema di annullamento del contratto di compravendita di bene immobile per errore sulla natura edificatoria del terreno: si. v., tra le tante, Cass. civ., sez. II, 6 maggio 1991, n. 4984; e Cass. civ., sez. II, 12 ottobre 1985, n. 4955, che hanno entrambe annullato il contratto per errore del venditore stesso, ribadendo – se pur implicitamente – l'ininfluenza dell'elemento della scusabilità ai fini della pronuncia di annullamento del contratto per errore e così – sempre implicitamente – segnando la più evidente frattura fra piano invalidatorio e piano risarcitorio; *ii)* tutti i fatti storici presi in considerazione riguardano circostanze intrinseche al bene (così accade per i vizi e le mancanze di qualità). Il carattere necessariamente intrinseco al bene di vizi e mancanza di qualità è stato affermato in più occasioni: Cass. civ., sez. II, 29 marzo 1989, n. 1522, *e.g.*, ha respinto la domanda di risoluzione del contratto di vendita di valvole deviatrici per un impianto di riscaldamento – valvole in concreto impossibilitate a funzionare – rilevando che il difetto di funzionamento dipendeva dalle caratteristiche dell'impianto, incapace di supportare quel tipo di valvole, non da difetti o imperfezioni delle valvole, e che esso non era fatto la cui responsabilità potesse essere fatta cadere sul venditore, salvo che questi avesse promesso l'idoneità del pro-



Inoltre, tale affidamento, si noti, deve cadere non sulla controparte, ma sulla sua lealtà.

L'art. 1112-1, co. 1, del *Code Civil* presenta notevoli differenze rispetto alla disposizione del progetto di riforma italiano, offrendo tutela a chi, «*légitimement, … ignore cette information ou fait confiance à son cocontractant*». Il legislatore francese prende sì in considerazione entrambe le situazioni finora esaminate, ma le separa con una significativa disgiunzione («*ou*»), tutelando sia la parte che legittimamente ignora l'informazione rilevante, sia quella che fa legittimo affidamento sulla controparte (non sulla sua lealtà)[31]. Infine, degna di nota è la scelta del legislatore d'oltralpe di stabilire che sia l'ignoranza, sia l'affidamento devono essere legittimi e non, rispettivamente, incolpevole e necessario. La differenza è notevole, essendoci casi in cui l'ignoranza colpevole è legittima ed altri in cui è illegittima o, ancora, casi in cui l'ignoranza, pur incolpevole, è comunque illegittima. Quanto all'affidamento: quello necessario è tendenzialmente sempre legittimo, ma quello legittimo non sempre è necessario.

Ciò detto, trovo che la formula utilizzata dal Governo vada decisamente corretta e, in particolare, propongo che sia eliminata – drasticamente – la parte che fa riferimento al «necessario affidamento sulla lealtà della controparte»[32]. La trovo ridondante, inutile. In particolare, l'affidamento mi appare come uno stato, una proiezione del tutto eccedente ai fini che ci occupano oggi, così come al fine di tutelare la parte che abbia concluso un contratto invalido.

Questa convinzione si sorregge anche ponendosi dall'angolo visuale del processo e del contenuto della prova. Per comodità, cerco di verificarne la correttezza applicandola all'art. 1338 c.c., ove il legislatore utilizza sia lo stato dell'ignoranza sia quello del *confidare*.

---

dotto a soddisfare le particolari esigenze prospettate dal compratore, o in ogni modo incidenti sulle sue possibilità di utilizzo e sfruttamento e con esso in relazione (sussistenza sullo stesso di diritti reali o personali, garanzie reali, pignoramento, sequestro). Mai, invece, a vicende dell'ambiente esterno, pur se assolutamente rilevanti per la scelta (si pensi, se non alle consuete condizioni di mercato, alla presenza, nella zona ove stanzia il bene immobile venduto, di chiassosi mercati rionali, di locali pubblici aperti fino a notte tarda ecc.), e nemmeno a vicende riguardanti la persona del venditore (la qualità giuridica dello stesso, oppure il suo indirizzo): tutti fatti che – ovviamente – hanno la capacità, quanto meno a livello teorico, di deprezzare l'oggetto del contratto, mai di avvalorarlo.

[31] «*Sono quindi escluse dall'obbligo quelle informazioni che l'altra parte già aveva, nonché quelle che avrebbe potuto ottenere in modo ragionevole. In proposito, già prima della riforma la giurisprudenza aveva avuto occasione di ritenere legittima l'ignoranza in caso di impossibilità del contraente di acquisire l'informazione, nonché nei casi in cui, in base al rapporto di fiducia instaurato con il contraente, l'altra parte poteva legittimamente confidare in una completa informazione, come ad esempio nei rapporti tra soci, nelle relazioni familiari o amichevoli, nelle relazioni tra amministratori e soci, o nei contratti dei consumatori*» (così, sull'articolo del *Code*, E. CALZOLAIO, *op. cit.*, p. 1309).

[32] Colpisce che il legislatore non abbia utilizzato una formula nota e collaudata in materia precontrattuale quale quella che tutela la parte che, «*senza sua colpa, ha confidato nella validità del contratto*».



L'*inscientia* e l'affidamento sono – indiscutibilmente – *oggetti* della prova, non *strumenti* della stessa. Quali stati psichici, è legittimo, oltreché quasi sempre necessario, ricorrere per la loro prova allo strumento della presunzione e, così, anche, supporre che la prova dell'ignoranza sia il mezzo per ritenere dimostrato anche un altro (e diverso) fatto, l'affidamento. Se così è, però, è alto il rischio che gli indizi dell'ignoranza servano a dimostrare anche l'affidamento, con il risultato di scolorire le differenze tra i due stati psichici.

Che ignorare e confidare siano concetti difficilmente separabili e trattabili autonomamente – e che, di fatto, quando collocati l'uno con l'altro, si presentino come una sorta di *endiadi* – lo si comprende anche ponendosi al di fuori della dinamica processuale e rilevando che, nella realtà, l'atto di confidare sulla validità del contratto è, in genere, estraneo al procedimento psichico che accompagna il contraente alla stipulazione del contratto: salvo casi marginali, l'atto di confidare sembra una sovrastruttura artificiale, da convertire nel più realistico stato di non-conoscenza.

Ciò mi ha portato, in passato, a pensare che il legislatore abbia usato l'espressione «confidato sulla validità del contratto» dell'art. 1338 c. c. pensando non già a qualche cosa di positivo, ad una «persuasione» sulla validità, ma al contraente *ignorans,* ignaro e, comunque, al solo stato di non-conoscenza (incolpevole), quello di chi – facendo ricorso alla formula usata dall'art. 1147 c.c. – è in buona fede; e che, dunque, il risarcimento vada concesso dietro la sola dimostrazione dell'*inscientia* (incolpevole).

2.1. – Il Disegno di Legge qualifica come *inderogabile* la previsione che impone alle parti di comunicarsi le informazioni rilevanti. Così dispone anche – con un grado di precisione maggiore – il comma 5 dell'art. 1112-1 del *Code Civil*, secondo il quale «*Les parties ne peuvent ni limiter, ni exclure ce devoir*». Pertanto, le parti non dovrebbero poter convenire alcuna deroga al dovere di comunicare le informazioni rilevanti di cui siano a conoscenza, né, dunque, escludendo tale obbligo né limitandone la portata.

Tale conclusione sembrerà scontata a chi riporta l'obbligo di informazione a quello di buona fede e considera lo stesso come uno dei «*doveri inderogabili di solidarietà politica, economica e sociale*» di cui all'art. 2 Cost., trattando, dunque, l'art. 1337 c.c. come norma imperativa inderogabile [33]. Questa convinzione trova terreno fertile in Francia,

[33] V. C. M. BIANCA, *Diritto Civile*, vol. 1, Giuffrè, 1990, p. 158, secondo cui al «*dovere di salvaguardare l'utilità altrui compatibilmente col proprio interesse*», di cui all'art. 2 Cost., «*si riconducono specifica-*



dove il legislatore sancisce espressamente, all'art. 1104, co. 2, del *Code*, che l'obbligo di comportarsi secondo buona fede nelle trattative, nella formazione e nell'esecuzione del contratto è una disposizione di ordine pubblico: «*Cette disposition est d'ordre public*» [34]. Una simile impostazione – che, facendo divenire imperativa una regola di comportamento [35], comporterebbe la nullità tanto dell'accordo prenegoziale che legittima la reticenza di una o di entrambe le parti, tanto del contratto successivamente stipulato – pare lungi dall'essere accolta nel nostro ordinamento. Ed infatti la Suprema Corte, da tempo, sostiene che «*la disposizione dell'art. 1337 cod. civ. – che impone alle parti l'obbligo di comportarsi secondo buona fede nello svolgimento delle trattative e nella formazione del contratto – è (al pari di quelle degli artt. 1175 e 1375 cod. civ.) norma meramente precettiva o imperativa positiva, dettata a tutela ed a limitazione degli interessi privatistici nella formazione ed esecuzione dei contratti, e non può, perciò, essere inclusa tra le 'norme imperative', aventi invece contenuto proibitivo, considerate dal comma 1 dell'art. 1418 cod. civ., la cui violazione determina la nullità del contratto anche quando tale sanzione non sia espressamente comminata*» [36].

---

mente gli obblighi di correttezza o di buona fede del privato, il quale è tenuto a tutti quei comportamenti attivi che, senza un suo rilevante sacrificio, valgono ad evitare o a diminuire l'altrui danno. […] *Obblighi di correttezza sono espressamente sanciti nel codice civile nelle trattative contrattuali (art. 1337)*». *Contra*, G. D'AMICO, *Problemi dell'applicazione diretta dei principi costituzionali nei rapporti di diritto privato*, in G. ALPA e G. CONTE (a cura di), *Diritti e libertà fondamentali nei rapporti contrattuali*, Giappichelli, 2018, pp. 398-399, secondo cui «*non può non condividersi l'opinione di chi* [L. MENGONI] *ha autorevolmente osservato che la clausola di buona fede non ha bisogno di "stampelle" costituzionali (e in particolare della stampella dell'art. 2 Cost.). […] La c.d. "costituzionalizzazione" della clausola generale di buona fede non solo non è necessaria, ma è fonte – oltre tutto – di un possibile equivoco (che non ha tardato di fatto a realizzarsi). Poiché i principi costituzionali hanno carattere "cogente" (in quanto norme fondamentali dell'ordinamento), è apparso invero naturale svolgere l'ulteriore "passaggio", consistente nell'affermazione del carattere "imperativo" anche della clausola generale (di buona fede) in quanto espressione del principio costituzionale di solidarietà*».

[34] Per una panoramica generale sul recente ampliamento della portata dell'«*ordre public*» nell'ordinamento francese si v., *ex multis*, G. PASSAGNOLI, *Note sull'ordre public dopo la riforma del* code civil, in *Giurisprudenza Italiana*, n. 5, 2018, p. 1265 ss.

[35] Commentando la scelta del legislatore francese, A. GORGONI, *I vizi del consenso nella riforma del Code Civil: alcuni profili a confronto con la disciplina italiana*, in *Persona e Mercato*, n. 1, 2018, p. 98, osserva come «*il confine tra regole di validità e regole di comportamento/responsabilità sia talvolta piuttosto sottile. Una scorrettezza precontrattuale che consti nell'omessa informazione di un fatto determinante, da un lato, finisce col giustificare la conformazione del contenuto del contratto attraverso il risarcimento, dall'altro può essere il sostrato del dolo* […] *o dell'abuso dello stato di dipendenza e cagionare l'invalidità del contratto. Se si ampliano i vizi del volere, com'è avvenuto con la riforma francese, si riduce la distanza tra le regole di comportamento e quelle di validità*».

[36] Così Cass. civ., sez. III, 18 ottobre 1980, n. 5610. Si veda anche Cass. civ., sez. un., 19 dicembre 2007, n. 26724. A riguardo, la Corte, in una successiva pronuncia, ha ribadito la «*tradizionale distinzione*



Esprimo la mia contrarietà verso la scelta di definire l'obbligo come «inderogabile». Nei contratti *peer-to-peer* non c'è ragione perché le parti non possano disciplinare liberamente questo aspetto della loro relazione precontrattuale [37] e la buona fede non sarebbe comunque messa in discussione perché tali intese non legittimerebbero condotte in mala fede, limitandosi, piuttosto, a specificare lo svolgersi delle trattative ed i comportamenti cui si atterranno le parti. Invero, nel momento in cui una di esse è avvertita che non riceverà talune informazioni, la successiva – e preventivata – reticenza della controparte non potrà dirsi contraria a buona fede ma, invero, sarà conforme a quanto pattuito.

3. – La Relazione al Disegno di Legge fa intuire con certezza che il legislatore voglia attribuire alla parte che non abbia ricevuto le informazioni rilevanti che le spettavano, quantomeno, una tutela risarcitoria. Infatti, come già accennato, si legge [38] che «*Il criterio direttivo di cui alla lettera f) risulta in linea con gli approdi giurisprudenziali più recenti in tema di responsabilità precontrattuale (compendiati nella massima secondo cui "La violazione dell'obbligo di comportarsi secondo buona fede nello svolgimento delle trattative e nella formazione del contratto, previsto dagli artt. 1337 e 1338 c.c., assume*

tra norme di comportamento dei contraenti e norme di validità del contratto: la violazione delle prime, tanto nella fase prenegoziale quanto in quella attuativa del rapporto, ove non sia altrimenti stabilito dalla legge, genera responsabilità e può esser causa di risoluzione del contratto, ove si traduca in una forma di non corretto adempimento del generale dovere di protezione e degli specifici obblighi di prestazione gravanti sul contraente, ma non incide sulla genesi dell'atto negoziale, quanto meno nel senso che non è idonea a provocarne la nullità. Che tale distinzione, sovente ribadita anche dalla dottrina, sia fortemente radicata nei principi del codice civile è difficilmente contestabile. Per persuadersene è sufficiente considerare come dal fondamentale dovere che grava su ogni contraente di comportarsi secondo correttezza e buona fede – immanente all'intero sistema giuridico, in quanto riconducibile al dovere di solidarietà fondato sull'art. 2 Cost., e sottostante a quasi tutti i precetti legali di comportamento delle parti di un rapporto negoziale (ivi compresi quelli qui in esame) – il codice civile faccia discendere conseguenze che possono, a determinate condizioni, anche riflettersi sulla sopravvivenza dell'atto (come nel caso dell'annullamento per dolo o violenza, della rescissione per lesione enorme o della risoluzione per inadempimento) e che in ogni caso comportano responsabilità risarcitoria (contrattuale o precontrattuale), ma che, per ciò stesso, non sono evidentemente mai considerate tali da determinare la nullità radicale del contratto (semmai eventualmente annullabile, rescindibile o risolubile), ancorché l'obbligo di comportarsi con correttezza e buona fede abbia indiscutibilmente carattere imperativo. E questo anche perché il suaccennato dovere di buona fede, ed i doveri di comportamento in generale, sono troppo immancabilmente legati alle circostanze del caso concreto per poter assurgere, in via di principio, a requisiti di validità che la certezza dei rapporti impone di verificare secondo regole predefinite».

[37] Ad esempio, legittimando il silenzio di una di esse ovvero di entrambe circa informazioni particolarmente rilevanti, ovvero pattuendo un esonero di responsabilità per la parte che abbia omesso di comunicare all'altra una o più informazioni rilevanti.

[38] A p. 9 della Relazione.



rilievo in caso non solo di rottura ingiustificata delle trattative e, quindi, di mancata conclusione del contratto o di conclusione di un contratto invalido o inefficace, ma anche di contratto validamente concluso quando, all'esito di un accertamento di fatto rimesso al giudice di merito, alla parte sia imputabile l'omissione, nel corso delle trattative, di informazioni rilevanti le quali avrebbero altrimenti, con un giudizio probabilistico, indotto ad una diversa conformazione del contratto stesso", Corte di cassazione, sezione prima, sentenza n. 5762 del 23 marzo 2016)»[39].

Resta però da sciogliere il nodo, già segnalato, della «soglia» di attivazione della tutela perché, se sarà confermato il testo dell'articolato, essa, posizionandosi all'altezza dell'informazione che, se vi fosse stata, avrebbe legittimato la parte a recedere dalla trattativa, priverà incomprensibilmente dell'azione di danni tutti coloro che avrebbero ugualmente concluso il contratto, seppure a condizioni diverse.

Inutile spendere troppe parole, poi, sul fatto che la parte che abbia fatto necessario affidamento sulla lealtà della controparte, venuta a sapere del silenzio di questa su una circostanza determinante, potrà recedere giustificatamente dalle trattative. Nel caso, poi, in cui la parte che abbia fatto necessario affidamento sulla lealtà della controparte e abbia subito dei danni a causa della condotta reticente di questa – basti pensare ai costi di assistenza legale, o a quelli di trasporto per giungere nel luogo delle trattative, etc. – avrà diritto al risarcimento degli stessi, sia nell'ipotesi in cui non abbia concluso il contratto sia in quella in cui lo abbia concluso (sia questo valido ovvero invalido).

Prima di passare all'esame della *vexata quaestio* dei rapporti tra silenzio e dolo contrattuale spendo qualche veloce osservazione sul tema dell'onere della prova. Il legislatore francese, sul punto, è lapidario, sancendo, all'art. 1112-1, co. 4, che "*Il incombe à celui qui prétend qu'une information lui était due de prouver que l'autre partie la lui devait, à charge pour cette autre partie de prouver qu'elle l'a fournie*». Per l'ordinamento

[39] Che la parte possa agire per il risarcimento sia nel caso in cui il contratto stipulato sia valido sia nel caso in cui sia invalido, nonché nel caso in cui esso non sia stato affatto concluso dimostra che il bene giuridico tutelato non è tanto il contratto stesso o il fine a cui lo stesso è predisposto ma la lealtà nelle trattative. Infatti, come opportunamente sottolineato dalla Suprema Corte, «*il bene tutelato dal citato art. 1337 c.c. non è propriamente quello che la parte invocante la responsabilità precontrattuale si propone di conseguire con il contratto, ma è la legittima aspettativa che le trattative si svolgano lealmente e correttamente su un piano di parità, senza che la controparte, per riserva mentale o senza serietà di intenti o addirittura con malizia, tenga impegnata l'altra parte, precludendole altre possibilità*» (così Cass. civ., sez. II, 26 aprile 2012, n. 6526). *Contra* v. C. M. BIANCA, *Diritto Civile*, vol. 3, Giuffrè, 2000, p. 171, il quale ritiene che la fonte di responsabilità di cui all'art. 1338 c.c. non derivi tanto dalla reticenza di una delle parti ma, piuttosto, dalla stipula del contratto invalido. Secondo l'A., infatti, «*Il fatto lesivo, occorre aggiungere, non è costituito dalla mancata comunicazione delle cause d'invalidità o inefficacia ma, direttamente, dalla stipulazione del contratto invalido o inefficace da parte di chi conosce o dovrebbe conoscere tali cause*».



francese, pertanto, la parte dovrà provare di essere stata legittimamente all'oscuro dell'informazione rilevante ovvero di aver fatto legittimo affidamento sulla controparte, e – *ça va sans dire* – che, se fosse venuta a conoscenza di quell'informazione, non si sarebbe determinata a contrarre; spetterà, invece, alla parte reticente dimostrare di aver fornito l'informazione in questione.

Il progetto di riforma italiano, invece, tace sul punto, lasciandone la soluzione alle regole in materia di onere della prova previste dal Codice Civile. Non è dato sapere se il silenzio del Governo sia dovuto a prudenza, indifferenza ovvero ad una dimenticanza; vero è che un suo intervento sarebbe auspicabile stante ancora l'incertezza sulla natura contrattuale ovvero extracontrattuale della responsabilità precontrattuale e le ricadute che lo stesso ha in tema di onere della prova.

A ben vedere, l'art. 1, co. 1, lett. *m*) del Disegno di Legge sembra aprire uno spiraglio circa la possibilità che il legislatore intervenga in materia: lo stesso dovrebbe, infatti, «*coordinare più razionalmente e compiutamente le eventuali ipotesi di concorso, cumulo o sovrapposizione di forme di responsabilità contrattuale, extracontrattuale e precontrattuale*». La Relazione, purtroppo, a p. 12, riporta quasi pedissequamente il progetto di delega, senza fornire alcun chiarimento [40], sicché non resta che auspicare che il legislatore delegato precisi egli stesso, entro i confini della futura Legge Delega, la natura e le caratteristiche della responsabilità precontrattuale.

Spetta ora affrontare il tema delle ricadute della riforma sui rapporti tra violazione dell'obbligo informativo e dolo contrattuale.

In un passo della Relazione [41], il Governo contraddice apertamente la Suprema Corte, postulando il trattamento della condotta reticente in termini di dolo (omissivo): «*Il disegno di legge delega mira così a completare, con la normativa delegata attuativa dei detti principi e criteri direttivi, la tutela tradizionalmente assicurata in ambito contrattuale in*

---

[40] Contrariamente, invece, a quanto fa la Relazione alla riforma del *Code – i.e.*, il *Rapport au Président de la République relatif à l'ordonance n° 2016-131 du 10 février 2016 portant réforme du droit des contrats, du régime général et de la preuve des obligations* – che, a p. 6, precisa che «*Cette responsabilité sera en principe de nature extracontractuelle*». Sul punto, v. D. Di Sabato, *op. cit.*, pp. 89-90, che sottolinea come «*l'art. 1112 code civil non fa espresso riferimento alla natura dell'illecito – e avrebbe potuto visto che l'ordonnance in diverse altre occasioni è prodiga di definizioni e enunciazioni di impronta pedagogica* –» ma che «*la scelta del legislatore, tuttavia, emerge oltre che dalla relazione di presentazione, dal tenore dell'art. 1116 code civil che espressamente prevede che la revoca illegittima dell'offerta contrattuale, che avvenga cioè prima del decorso del termine assegnato all'oblato o prima del decorso di un tempo ragionevole, impedisce la conclusione del contratto ma determina l'assunzione della responsabilità extracontrattuale da parte dell'autore*».

[41] A p. 10.



caso di dolo, quale vizio del consenso e causa di invalidità del contratto ai sensi dell'articolo 1439 del codice civile o quale fonte di responsabilità ai sensi dell'articolo 1440 del codice civile. La disciplina dettata dal disegno di legge risulta innovativa sol che si consideri che entrambe tali ultime norme sono interpretate come escludenti dal loro ambito di operatività le condotte omissive reticenti, alla stregua della prevalente giurisprudenza civile che – malgrado le ben più variegate interpretazioni dottrinali, volte ad ampliare l'ambito applicativo del dolo omissivo – continua a richiedere condotte commissive, connotate da malizia o astuzia integranti i "raggiri"».

L'intento del Governo non si presta a fraintendimenti. Ciononostante, il dubbio che la violazione del *nuovo* obbligo informativo non costituisca «raggiro» ai sensi dell'art. 1439 c.c. permane per più ragioni: *i*) perché la riforma non prevede alcun intervento correttivo su quest'ultima disposizione, che rimane incentrata sul «raggiro» (declinato al plurale, tra l'altro) e la sua latitudine, con l'effetto che ciascun Giudice resterà libero di ritenere – come, del resto, riteniamo noi – che il silenzio non costituisca «raggiro» [42]; *ii*)

[42] La tesi della sufficienza del silenzio antidoveroso ed intenzionale come causa di annullamento non convince alla luce del disposto dell'art. 1439 c.c.: «*Il dolo è causa di annullamento del contratto quando i raggiri usati da uno dei contraenti sono stati tali che, senza di essi, l'altra parte non avrebbe contrattato*». La norma parla espressamente di «*raggiri*», si riferisce cioè ad una condotta positiva di uno dei contraenti tale da modificare la percezione della realtà della controparte. La *machinatio* tipica del dolo non può essere certo integrata dal mero silenzio su una o più informazioni determinanti: il mero silenzio non altera la percezione della realtà della controparte, si limita a lasciarla com'è. Altra cosa sarebbe stata se il *decipiens* avesse celato informazioni al *deceptus* – giustamente Cicerone ci ricorda che Diogene di Babilonia insegnava al suo discepolo Antipatro che «*aliud est celare, aliud est tacere*» (CICERONE, *De Officiis*, lib. III, par. 52) – ovvero se lo avesse rassicurato circa taluni suoi auto-convincimenti causati dall'ignoranza circa talune informazioni rilevanti. In entrambi questi casi è ravvisabile una condotta attiva del *decipiens*, integrante dei raggiri, e tale da giustificare l'annullamento del contratto per dolo. La giurisprudenza della Suprema Corte – salvo rare ed isolate pronunce, come Cass. civ., sez. II, 7 agosto 2002, n. 11896, già criticata in M. DE POLI, *Servono ancora i «raggiri» per annullare il contratto per dolo? Note critiche sul concetto di reticenza invalidante*, in *Riv. dir. civ.*, 6, 2004, p. 911 ss. – pare accogliere questa tesi, negando che il mero silenzio possa integrare il dolo di cui all'art. 1439 c.c. Infatti, «*pur potendo il dolo omissivo viziare la volontà e determinare l'annullamento del contratto, tuttavia, esso rileva a tal fine solo quando l'inerzia della parte contraente si inserisca in un complesso comportamento adeguatamente preordinato, con malizia od astuzia, a realizzare l'inganno perseguito. Il semplice silenzio, anche su situazioni di interesse della controparte, e la reticenza, non immutando la rappresentazione della realtà, ma limitandosi a non contrastare la percezione di essa alla quale sia pervenuto l'altro contraente, non costituiscono causa invalidante del contratto. Piuttosto, la reticenza ed il silenzio non sono sufficienti a costituire il dolo, se non in rapporto alle circostanze ed al complesso del contegno che determina l'errore del "deceptus", che devono essere tali da configurarsi quali malizia o astuzia volte a realizzare l'inganno perseguito*» (così Cass. civ., sez. VI, 8 maggio 2018, n. 11009; conformemente a Cass. civ., sez. lav., 17 maggio 2012, n. 7751; Cass. civ., sez. II, 31 maggio 2010, n. 13231; Cass. civ., sez. II, 20 aprile 2006, n. 9253). Giustamente la Suprema Corte considera rilevante il mero silenzio ai fini dell'annullamento solo nel caso in cui si inserisca in una serie di raggiri, non essendo lo stesso di per sé sufficiente ad integrarli. In generale, sulla figura del dolo



perché, a rafforzare tale conclusione, c'è l'argomento che vuole che un dovere di comunicare circostanze rilevanti per il consenso sia sempre esistito, *ex bona fide,* e che, pertanto, nulla sia cambiato se non una maggiore certezza del diritto; infine, *iii*) perché quel passo della Relazione, a ben vedere, mira a qualificare una fattispecie, non a regolarla e, perciò, con quel fare un po' pedagogico che lo contraddistingue, non pare essere vincolante [43].

Il *Code Civil* [44] si pone sulla stessa lunghezza d'onda ma con maggiore precisione: infatti, l'art. 1112-1, co. 6, stabilisce che «*Outre la responsabilité de celui qui en était tenu, le manquement à ce devoir d'information peut entraîner l'annulation du contrat dans les conditions prévues aux articles 1130 et suivants*». La norma indica chiaramente la responsabilità della parte reticente, la quale, pertanto, potrà essere convenuta per il risarcimento dei danni subiti dalla controparte che, legittimamente, era all'oscuro dell'informazione rilevante o le si era affidata. Sancisce poi l'annullabilità del contratto eventualmente concluso, rinviando alle norme in materia di vizi del consenso (gli artt. 1130 e ss.). Tra queste, l'art. 1137, co. 2, riconduce la condotta reticente ad una ipotesi di dolo, stabilendo che «*Constitue également un dol la dissimulation intentionnelle par l'un des contractants d'une information dont il sait le caractère déterminant pour l'autre partie*» [45].

---

negoziale, essenziale è il rinvio a A. GENTILI, voce *"Dolo"*, in *Enc. giur*., XII, Roma, 1989, p. 1 ss., oltre che a ID., *Le invalidità, Trattato Rescigno* a cura di Gabrielli, Torino 1999, vol. 2, p. 1394. In arg., si v. anche recentemente A.M. GAROFALO, *Il ruolo dell'affidamento nella responsabilità precontrattuale*, in *Teoria e Storia del Diritto Privato*, n. XI, 2018, pp. 79 ss. e spec. 87 s.

[43] Sono inoltre convinto che occorra tenere distinti i casi in cui una condotta illecita (anti doverosa) produca l'effetto di (indurre a contrattare e di) far stipulare un contratto *che diversamente non sarebbe stato concluso*, violando così la *libertà* negoziale altrui – la menzogna, il raggiro commissivo sono casi emblematici di tale ipotesi perché la condotta dell'agente *causa* la scelta negoziale (ossia, ne costituisce la fonte) – da quelli in cui la condotta illecita non interagisce affatto sul processo determinativo dell'agente (che si forma in piena autonomia) ma produce l'effetto di *non fornire la completa rappresentazione dei fatti storici rilevanti* e, oppure, quello di *non impedire la conclusione del contratto* che, se non ci fosse stato l'illecito, non sarebbe stato concluso. In quest'ultima serie di casi sembra colpita più che la *libertà* negoziale (che appare *integra*, posto che al contratto la parte si è determinata in forza del proprio volere), la *consapevolezza* negoziale. Effettuata questa distinzione, il dolo contrattuale – per come lo immagina chi scrive, ossia solo di tipo *commissivo* – investe i soli casi di turbamento della *libertà* negoziale; l'errore, quelli della *consapevolezza* negoziale. La violazione dell'obbligo di informazione – intesa come fattispecie auto-sufficiente – si inserisce, a mio avviso, all'interno delle condotte causalmente capaci di *non impedire la conclusione del contratto* (turbativa della consapevolezza), non di quelle capaci di *determinarla* (turbativa della libertà).

[44] Riprendendo i principali orientamenti giurisprudenziali sul punto (così D. MAZEAUD, *op. cit.*, pp.435-436).

[45] Sul punto v. A. GORGONI, *I vizi del consenso nel* code civil*: un confronto con la disciplina italiana*, in *Giurisprudenza Italiana*, n. 5, 2018, p. 1226, che correttamente osserva come il *Code* specifichi i contenuti del «raggiro», senza peraltro impiegare detto termine, in «*manouvres*» e «*mensognes*» (al comma primo dell'art. 1137) e in condotte reticenti (al comma secondo).



4. – Spetta ora formulare una proposta di articolato.

Le ipotesi che vedo plausibili sono tre: *i*) aggiungere un secondo comma all'art. 1337 c.c.; oppure *ii*) all'art. 1338; o, ancora, *iii*) inserire un nuovo articolo.

Scarterei la prima per rendere immune il dovere di buona fede da questi slanci positivistici: il suo ruolo di *regola di chiusura* deve, a mio avviso, rimanere capace di operare anche, in ipotesi, con riferimento al nuovo obbligo di informazione precontrattuale.

Scarterei poi un possibile innesto nell'art. 1338 c.c. perché questa disposizione non mira ad introdurre un obbligo – come, invece, si fa nel Disegno di Legge quanto all'obbligo di informazione – ma a disciplinare la misura del risarcimento del danno in caso di violazione di un obbligo la cui esistenza è data per presunta.

Una soluzione potrebbe essere quella di aggiungere un nuovo art. 1337-*bis* c.c., il cui possibile contenuto – ripartito in due commi – potrebbe essere il seguente:

> «Art. 1337-*bis*. Obbligo di informazione
>
> *Nello svolgimento delle trattative e nella formazione del contratto, la parte che sia o debba essere a conoscenza di un'informazione tale da determinare il consenso o da influire sulle condizioni del contratto deve darne notizia all'altra che la ignori senza sua colpa.*
>
> *Sono escluse le informazioni concernenti il valore dell'oggetto del contratto*».

O, in alternativa,

> «Art. 1337-*bis*. Obbligo di informazione
>
> *Nello svolgimento delle trattative e nella formazione del contratto, la parte che sia o debba essere a conoscenza di un'informazione che deve considerarsi determinante del consenso o incidente sulle condizioni del contratto, deve darne notizia all'altra che la ignori senza sua colpa.*
>
> *Sono escluse le informazioni concernenti il valore dell'oggetto del contratto*».

Entrambe le proposte sono linguisticamente coerenti con le due disposizioni di riferimento, ossia gli artt. 1337 e 1338 c.c. La coerenza non è solo terminologica, dal momento che entrambe collocano l'obbligo nel preciso ambito individuato dall'art. 1337 c.c.; entrambe individuano il contenuto dell'obbligo (*i.e.*, dare notizia) così come fa l'art. 1338 c.c.; entrambe discriminano tra ignoranza colpevole ed incolpevole, così come fatto sempre dall'art. 1338 c.c.

La prima proposta parla di informazione «*tale … da influire sulle condizioni del con-*



tratto», utilizzando la formula di cui all'art. 1759 c.c. (Responsabilità del mediatore), formula che ha ben retto fin d'ora all'usura del tempo e dei contrasti interpretativi.

La seconda, invece, non ha punti di riferimento, almeno nel Codice, ma è un naturale svolgimento di fattispecie quali il dolo incidente.

Nessun correttivo, invece, ritengo vada apportato alla fattispecie del dolo negoziale, meglio sembrandomi non disperdere il connesso bagaglio di elaborazione dottrinale e giurisprudenziale.

JUS CIVILE



JORGE RODRÍGUEZ RUSSO

Profesor Agregado de Derecho Privado – Universidad de la República (Uruguay)

LA RECIENTE REFORMA DE LOS PLAZOS DE PRESCRIPCIÓN DEL CÓDIGO CIVIL URUGUAYO INTRODUCIDA POR LEY N. 19.889, DE 9 DE JULIO DE 2020

SUMARIO: *1. Introducción. – 2. Los alcances de la reforma. – 3. Normas derogadas. – 4. Normas sustituidas. – 4.1. Normas modificativas de los plazos de prescripción adquisitiva. – 4.2. Normas modificativas de los plazos de prescripción extintiva. – 4.3. Sustituciones de textos legales con modificaciones menores y de mera coordinación. – 4.4. Norma transitoria para las prescripciones adquisitivas o extintivas en curso. – 5. Apreciación global de la reforma.*

1. – El presente artículo tiene por objeto el examen de las recientes modificaciones al Código Civil [1] en materia de plazos de prescripción adquisitiva y extintiva, llevadas a cabo por la Ley de Urgente Consideración N° 19.889, que fuera promulgada el 9 de julio de 2020, publicada en el Diario Oficial el 14 de julio y entrara en vigor el 24 de julio del mismo año.

Esta Ley [2] en su Sección X, titulada "*Modificaciones al Código Civil*", incorporó siete disposiciones (artículos 461-467) en las que en lo medular se derogan tres artículos del

[1] La más reciente modificación al Código Civil la introdujo la *Ley General de Derecho Internacional Privado* N° 19.920, de 27 de noviembre de 2020, publicada en el Diario Oficial el 16 de diciembre de 2020, cuya entrada en vigencia según su artículo 63 tendrá lugar noventa días después de su publicación. Dicha norma en su artículo 62 derogó todo el Apéndice del Código Civil (artículos 2393-2404), que fuera incorporado por Ley N° 10.084, de 3 de diciembre de 1941.

[2] Auténtica Ley "*ómnibus*", compuesta de 476 artículos, en la que se regulan una multiplicidad de materias diversas y heterogéneas (seguridad pública, educación, emergencia en vivienda, relaciones laborales, economía y empresas públicas, eficiencia del Estado, desarrollo social y salud, servicios de comunicaciones, sector agropecuario, etc.) cuyo Proyecto el Poder Ejecutivo elevara al Poder Legislativo con declaración de Urgente Consideración, al amparo de lo previsto por el artículo 168 numeral 7° de la Constitución de la República. El texto completo de la Ley se encuentra disponible en el siguiente enlace: www.http://legislativo.parlamento.gub.uy/htmlstat/pl/leyes/LUC.pdf.



Código Civil [3] y se sustituyen los textos de otras trece normas codiciales [4], todas ellas en la órbita del Derecho Privado patrimonial.

Como hemos señalado [5], la sustitución de artículos aislados de un Código ya de por sí es un acto que pone en riesgo la unidad y coordinación sistemática que lo conforma y tipifica como tal. Particularmente, no se advierte la urgencia de proceder a la derogación y modificación de más de una docena de artículos del Código Civil de la República, practicadas en forma aislada, prescindentes de la interacción entre el *Derecho normado* y el *Derecho practicado* [6], en materias tan heterogéneas y disímiles como los son los plazos de prescripción, la insubsanabilidad de la nulidad absoluta del contrato, el domicilio del Escribano autorizante de la escritura pública de repudiación de la herencia o el domicilio de los testigos en un testamento solemne otorgado en el país.

En la Exposición de Motivos del Proyecto que el Poder Ejecutivo remitiera a la Asamblea General en abril de 2020 se dice simplemente que "*se incorpora un conjunto de modificaciones al Código Civil, en relación a herencias, donaciones y prescripciones*", siendo esta toda la fundamentación sobre el tema, fundamentación errática por otra parte, porque en rigor no son modificaciones "*a las herencias, donaciones y prescripciones*", como la generalidad de los términos puede denotar, sino más bien modificaciones puntuales al plazo de la acción de partición de la herencia (artículo 1150 CC), a la reducción de las donaciones inoficiosas contra el tercero adquirente del inmueble donado (artículo 1112 CC) [7] y a determinados plazos de prescripción adquisitiva y extintiva, cuyas normas fueron individualizadas en la nota 4.

El Código Civil es la norma fundamental del Derecho Privado y tiene como agudamente advirtiera Giorgianni, un significado o dimensión constitucional [8]; es en rigor la

---

[3] Artículos 809, numeral 9°, 1205 y 1231.

[4] Artículos 1075, 1150, 1194, 1204, 1206, 1211, 1215, 1216, 1217, 1243, 1244, 1561 y 1569.

[5] J. RODRÍGUEZ RUSSO, "*Algunas reflexiones sobre las modificaciones al Código Civil insertas en el Proyecto de Ley de Urgente Consideración*", en *Anuario de Derecho Civil Uruguayo* (ADCU), T. L, Editorial La Ley, Montevideo, julio 2020, pp. 873-891.

[6] Son términos de Alejandro NIETO, *Una Introducción al Derecho*, Tirant lo Blanch, Valencia, 2019, pp. 31, 32, 168 y ss.

[7] Modificación que finalmente no prosperó, al no ser aprobada la derogación del artículo 1112, que faculta a los legitimarios a promover la acción de reducción de la donación inoficiosa contra el tercero adquirente del inmueble donado cuando el donatario es insolvente.

[8] Michele GIORGIANNI, "*Il Diritto Privato ed i suoi attuali confini*", en *Riv. trim. dir. e proc. civ.*, I, Giuffrè, Milano, 1961, p. 399. Para el insigne civilista italiano este significado "constitucional" de los códigos del siglo XIX, que es inherente a sus normas, se aprecia donde se considere que la propiedad privada y el contrato, que constituyen las columnas del sistema, venían a "constitucionalizar" una cierta concepción de la vida económica.



constitución del Derecho Privado. Cualquier reforma o modificación sustantiva de sus normas, por los intereses involucrados, requiere de un amplio y plural debate, que naturalmente no puede ser canalizado mediante el tratamiento de una Ley de Urgente Consideración, instrumento inadecuado tanto por su forma, como por su contenido.

Una reforma del Código o por lo menos una modernización de las normas del Derecho de las Obligaciones –como se ha hecho en Alemania en 2001 y en Francia en 2016– requiere transitar por otro tipo de instancias legislativas para poder llevarla a cabo con eficacia y coherencia. Incluso para la reforma de materias puntuales, como la prescripción, no es dable modificar de forma aislada algunas normas que establecen ciertos plazos, sin tener en cuenta todos los demás aspectos centrales de la institución. Si en términos de política jurídica se estima oportuna la revisión y acortamiento de algunos de los excesivos términos prescripcionales, debe ello ser acompasado de una revisión integral de la disciplina de la prescripción, puesto que también exige una modernización en múltiples aspectos.

2. – La mayoría de las modificaciones que contiene la Sección X de la Ley 19.889[9] recaen sobre prescripción adquisitiva y extintiva, introduciendo una reducción de algunos de sus plazos, extremo necesario sin dudas –como hemos venido sosteniendo desde hace algún tiempo[10]– pero que debió ser acompasado de una completa redefinición de la disciplina de estos institutos, comenzado por su ubicación sistemática (puesto que la usucapión pertenece al Derecho de Cosas, en tanto la prescripción extintiva o liberatoria pertenece en lo sustancial al Derecho de las Obligaciones, por lo que debe estar contenida en la Parte General, o al menos en la Teoría General de las Obligaciones) con una adecuada regulación de las causas de interrupción y suspensión del curso de la prescrip-

[9] El texto de las normas de esa Sección reproduce íntegramente el del Proyecto de Ley sobre "Prescripción Adquisitiva", de 14 de agosto de 2012, presentado por el Representante por Durazno Carmelo José VIDALÍN (Comisión de Constitución, Códigos, Legislación General y Administración, Carpeta N° 1794, Repartido N° 91, abril de 2015).

[10] RODRÍGUEZ RUSSO, "*Autonomía privada en materia de prescripción extintiva y caducidad. Primera Parte*", en *ADCU*, T. XXXVII, Fcu, Montevideo, 2007, pp. 675 y ss.; "*Autonomía privada en materia de prescripción extintiva y caducidad. Segunda Parte*", en *ADCU*, T. XXXVIII, Fcu, Montevideo, 2008, pp. 789 y ss.; *Prescripción Extintiva y Caducidad en el Derecho Civil*, Fcu, Montevideo, 2010, p. 199 y ss.; "*La regulación de la prescripción extintiva y la caducidad en el Anteproyecto de Código Civil y Comercial de la República Argentina de 2012*", en *Revista de la Facultad de Derecho*, Nº 33, Montevideo, 2013, pp. 113-142; "*Los alcances de la autonomía privada en la prescripción extintiva y la caducidad de los derechos, con especial referencia al Derecho Civil Uruguayo*", en *Jus Civile*, 1-2020, p. 58 y ss.



ción, la eliminación de las prescripciones cortas de carácter presuntivo, la delimitación del espacio que le cabe a la autonomía privada en la disciplina del instituto, especialmente en cuanto a la modificación convencional de los plazos, así como la incorporación al Código Civil de una orgánica y diferenciada regulación de la caducidad o decadencia de los derechos.

En diversos trabajos hemos manifestado que resulta imperiosa una reforma legislativa en la materia, a fin de abreviar y simplificar los términos de prescripción, trazando con precisión los límites operativos de la autonomía privada, con un plazo general de cinco años como máximo para la prescripción extintiva, sin perjuicio de algunos plazos especiales que contemplen las particularidades de ciertas relaciones jurídicas. Y dejar a la iniciativa privada la abreviación o extensión de los mismos dentro de ciertos límites razonables, a través de la fijación de topes mínimos y máximos, como lo ha hecho el Código francés con la reforma de 2008, al no permitir acortar a más de un año, ni extender a más de diez (artículo 2254) o el Código de Cataluña de 2002, que permite alargar los plazos legales hasta el doble y acortarlos hasta la mitad (artículo 121-3). La reducción de la extensión de los plazos debería ir acompañada también de una simplificación y disminución del número de términos especiales, que hoy existen en demasía en nuestro Código Civil, con la completa supresión de las prescripciones "presuntivas", que en ese contexto carecen de toda razón de ser [11].

En los desarrollos que siguen se examinarán someramente las normas derogadas y sustituidas, centrando el análisis en aquellas modificaciones que comportan cambios de mayor envergadura en el sistema codicial, pues algunas son alteraciones menores, con ajustes de mera coordinación, producto de la abreviación de los plazos legales que se incorpora.

3. – Los artículos 461 y 466 de la Ley introducen derogaciones a tres artículos del Código Civil.

El primero de los nombrados deroga el numeral 9° del artículo 809, que establecía que no podían ser testigos en un testamento solemne otorgado en la República "*los que*

[11] Así lo hemos expresado en *Prescripción Extintiva y Caducidad en el Derecho Civil*, pp. 258-259; "*Codice Civile e dispersione legislativa. Alcune considerazioni intorno alla situazione nel Diritto Civile uruguaiano*", en *Rassegna di Diritto Civile*, Nº 3, Edizione Scientifiche Italiane, Napoli, 2014, pp. 883-888; "*Las prescripciones cortas de carácter presuntivo en el Derecho Civil Uruguayo*", en *ADCU*, T. XLVI, Fcu, Montevideo, 2016, pp. 796-797.



no tengan domicilio en el Departamento", solución perfectamente compartible, pues se revelaba completamente anacrónica la limitación existente en ese sentido, propia de la época en que se sancionó el Código.

El artículo 466, por su parte, deroga los artículos 1205 y 1231, comportando ello una eliminación de normas jurídicas que atañen al ausente en materia de prescripción [12] y al régimen transitorio para las prescripciones comenzadas a la fecha de entrada en vigencia del Código Civil.

El artículo 1205 establecía un concepto de ausencia específico para la usucapión, reputándose tal al propietario que residiese en país extranjero, con la importante consecuencia que en tal caso el término de la prescripción ordinaria de inmuebles se duplicaba. La norma especificaba, además, que si parte del tiempo estuvo presente y parte ausente, cada dos años de ausencia se contará por uno solo para completar los diez años de presente. Tal distinción, que podía tener alguna justificación en la época de sanción del Código Civil, con la actual dinámica del tráfico y de los medios de comunicación, luce claramente desacertada, por lo que se justifica plenamente su eliminación.

Si bien con la derogación del artículo 1205 CC se elimina de los artículos 1204 y 1211 la distinción entre presentes y ausentes para la usucapión ordinaria y extraordinaria de inmuebles, se mantiene no obstante la referencia en el artículo 1212, norma que no es modificada por la Ley, la que si bien no establece un plazo diferente para la prescripción ordinaria de bienes muebles, contiene la referencia a que el verdadero dueño haya estado "*ausente o presente*" [13]. Por otra parte, no se realizan los ajustes necesarios a los plazos referenciados en las correspondientes secciones del Código, pues en el parágrafo 1° de la Sección I del Capítulo II sigue hablando "*De la prescripción de diez y veinte años*" (cuando ya no existe la prescripción ordinaria veinteñal de inmuebles entre no presentes), en el parágrafo 2° de la Sección I del Capítulo II dice "*De la prescripción de treinta años*" (cuando en rigor, en virtud de la reducción del plazo, la prescripción extraordinaria de inmuebles pasó a ser de veinte años) y en la Sección I del Capítulo II mantiene la denominación "*De las prescripciones de treinta, veinte y diez años*" (cuando la prescripción extintiva de las acciones reales pasó a ser de veinte años, la prescripción extintiva

[12] El artículo 1205 del Código Civil es una norma especial, que establecía una noción de "ausencia" particular para la prescripción, diferente a la que resulta de las normas del instituto regulado en los artículos 50 y siguientes del CC, cuya relevancia a los efectos usucapionales radica en que se extiende el plazo de prescripción. Cfme. Walter HOWARD, *Modos de Adquirir*, tercera edición corregida y ampliada, primera reimpresión, Universidad de Montevideo, 2018, pp. 513 y 514.

[13] A los efectos de la debida congruencia y armonía debió también corregirse el texto del artículo 1212 CC, eliminando la distinción.



de las acciones personales a diez años y la caducidad de la acción ejecutiva fijada en cinco años).

El artículo 1231 del Código Civil, ahora derogado, establecía una norma transitoria de carácter funcional para las prescripciones empezadas a la fecha de vigencia del Código [14], que se regían por las leyes antiguas, consagrando así la solución de la ultractividad de la norma. Como veremos oportunamente, para dichas situaciones, el artículo 467 de la Ley 19.889 introduce el criterio de la aplicación inmediata de la nueva norma, con algunas dosificaciones para la consumación de la prescripción dentro de los dos años de vigencia de la Ley.

4. – Por su parte, los artículos 462 y 463 de la Ley sustituyen el texto de trece artículos del Código Civil, dándoles una nueva redacción.

El primero sustituye el artículo 1075 en sede de repudiación de la herencia, eliminando el último tramo de la norma, relativa a la exigencia que se tratare del Escribano "*del domicilio del repudiante o del difunto*", decisión legislativa absolutamente compartible, pues no tenía un sustento racional la limitación establecida por la norma, que ahora simplemente dispone que "*la repudiación de la herencia debe hacerse en escritura pública autorizada por Escribano*".

De las doce sustituciones de distintos artículos del Código Civil que efectúa el artículo 463 de la Ley, hay siete que revisten carácter sustantivo, puesto que al reducir el plazo para que opere la prescripción, comporta una modificación fundamental en el supuesto de hecho de la norma y, por ende, en la mutación que se opera en el plano jurídico, sea para la adquisición o para la pérdida de un derecho. En este sentido debemos mencionar las modificaciones que se introducen a los artículos 1150, 1194, 1206, 1211, 1215, 1216 y 1217 del CC.

Finalmente, los artículos 464 y 465 de la Ley nada tienen que ver con el Código Civil. El primero sustituye el artículo 1018 del Código de Comercio, modificando el término de la prescripción extintiva ordinaria, que se reduce de veinte a diez años [15]; el segundo,

---

[14] Artículo 1231. "Las prescripciones empezadas a la fecha en que este Código sea obligatorio, se determinarán conforme a las leyes antiguas.

Sin embargo, las iniciadas para las que se necesitare todavía, según las leyes antiguas, más de treinta años, contados desde la fecha indicada en el inciso anterior, se consumarán por ese lapso".

[15] "Todas las acciones provenientes de obligaciones comerciales, ya sean contraídas por escritura pública o privada, quedan prescriptas, no siendo intentadas dentro de diez años".



incorporando un numeral 5) al artículo 349 del Código General del Proceso en sede de procesos de estructura extraordinaria [16].

En este último aspecto, un enorme defecto de técnica legislativa incorporar modificaciones a estos Códigos dentro de la Sección de modificaciones al Código Civil.

4.1. – En lo que respecta a las modificaciones a los plazos de prescripción adquisitiva corresponde destacar:

a) En el artículo 1150 CC se reduce de treinta a veinte años el plazo para pedir la partición de la herencia, norma que ha dado lugar a interpretaciones disímiles en la doctrina civilista compatriota, en el sentido de determinar si refiere a la prescripción adquisitiva del bien [17] o a la prescripción extintiva de la acción para pedir la partición [18].

Nos hemos pronunciado anteriormente por la primera de las posiciones, en virtud de los siguientes fundamentos: la acción de partición es declarativa y las acciones declarativas son imprescriptibles; el supuesto típico de la norma, que se articula en base a la posesión del bien, que es el fundamento de la usucapión; la adquisición del dominio por prescripción produce la pérdida del derecho por el anterior titular, por lo que en tal caso no hay en rigor prescriptibilidad de la acción de división, sino ausencia de cosa común que pueda dar lugar a partición; si fuera una prescripción extintiva de la acción declarativa de partición continuaría la indivisión sin posibilidad de hacerla cesar por la división de la herencia.

b) En el artículo 1194 CC se introducen varias modificaciones al texto legal existente, siendo la más destacable la reducción del plazo para estar al abrigo de las pretensiones del Fisco.

Dicha reducción está en consonancia con la modificación del artículo 1211 CC, puesto que el plazo de la prescripción adquisitiva extraordinaria pasa también a ser de veinte años.

---

[16] Incorpórase al artículo 349 del Código General del Proceso, el numeral siguiente*:* "5) Los procesos de prescripción adquisitiva de cualquier clase de bienes".

[17] En ese sentido: Eduardo VAZ FERREIRA, *Tratado de las Sucesiones*, T. VI, Vol. 1, Fcu, Montevideo, 1991, pp. 137-139. Sara GUIDO DE CROTTOGINI-Mabel RASINES DEL CAMPO, *Estudios acerca del llamado Proceso Sucesorio*, Fcu, Montevideo, 1978, p. 46. Dora BAGDASSARIÁN-Mabel RASINES DEL CAMPO, *Partición Extrajudicial*, AEU, 1ª edición, Montevideo 2002, p. 38. J. RODRÍGUEZ RUSSO, *Prescripción Extintiva y Caducidad*, pp. 157-159.

[18] Fernando MIRANDA-Hebert CURBELO URROZ, *La copropiedad. Naturaleza y funcionamiento*, Montevideo 1964, p. 25. Juan Andrés RAMÍREZ, "*La prescripción de la acción de partición*", en *ADCU*, T. XXXIV, Fcu, Montevideo, 2004, pp. 631-637.



En el inciso primero de la norma se incorpora a los Gobiernos Departamentales y la excepción de las tierras públicas; en el segundo inciso se cambia la redacción que había sido dada por la Ley 16.603, reduciendo el plazo de prescripción de treinta a veinte años e introduciendo la referencia a las tierras públicas [19].

Según el Código Civil (artículos 476 y 477) los bienes son de propiedad nacional o particular. Los bienes de propiedad nacional cuyo uso pertenece a todos los habitantes del Estado son bienes públicos del Estado o bienes nacionales de uso público; aquellos de propiedad nacional cuyo uso no pertenece generalmente a los habitantes, son bienes fiscales o bienes privados del Estado. El artículo 481 dispone que "*son bienes fiscales todas las tierras que, estando situadas dentro de los límites del Estado, carecen de otro dueño*".

Como señala la doctrina [20], en su origen todas las tierras pertenecieron al Estado por derecho inmanente (dominio originario), que dispuso de tierras a favor de los particulares en determinados momentos, a través de leyes que así lo permitieron, generándose períodos de disponibilidad y de indisponibilidad de las tierras públicas (esta disponibilidad de las tierras a favor de los particulares recibe el nombre de Salida Fiscal). Pero también dispuso de tierras a favor de los Municipios y éstos, a su vez, a favor de los particulares (es lo que se llama Salida Municipal).

Ante eventuales acciones reivindicatorias por parte del Estado o de los Gobiernos Departamentales la ley ha regulado el instituto "saneador" de la prescripción.

Las tierras públicas, esto es, aquellos inmuebles que nunca salieron del dominio del Estado – las que el Estado enajenó válidamente, pero volvieron a su patrimonio, ya no son tierras públicas, sino tierras fiscales, sujetas por tanto a la prescripción común prevista por el Código Civil [21]– son prescriptibles, pero han quedado sometidas a una prescripción especial, que ha ido variando a lo largo del tiempo, cuyo régimen finalmente fue

---

[19] El nuevo texto establece: "El Estado y los Gobiernos Departamentales respecto de los bienes de propiedad privada, con excepción de las tierras públicas, los establecimientos públicos y corporaciones, quedan sujetos a las mismas prescripciones que los particulares y pueden oponerlas como ellos.

Con respecto a las tierras públicas que un poseedor hubiere poseído por sí o por sus causantes a título universal o singular por espacio de veinte años, estarán en todos los casos al abrigo de las pretensiones del Fisco, cumpliendo con los demás requisitos establecidos en la legislación especial".

[20] Sonia SALGADO-Andrea TELLECHEA, *Aportes para un Estudio de Títulos*, Coordinadora Prof. Dora BAGDASSARIÁN, pp. 13-14, publicado el 01/10/2016, disponible en https://publicaciones.fder.edu.uy/index.php/me/article/view/128. Horacio RUBBO, *Estudio de Títulos*, novena edición, Asociación de Escribanos, Montevideo, 2015, pp. 63-68.

[21] Enrique SAYAGUÉS LASO, *Tratado de Derecho Administrativo*, T. II, sexta edición, Fcu, Montevideo, 1988, N° 789, pp. 259-260.



previsto por la Ley N° 12.802, de 30 de noviembre de 1960, estableciendo la salida fiscal de los bienes que hubieran sido poseídos por los particulares por espacio de treinta años.

El artículo 121 de la citada ley establece: *"El poseedor de un campo u otro terreno que ha poseído por sí o por sus causantes a título universal o singular, por espacio de treinta años, estará en todos los casos al abrigo de las pretensiones del fisco siempre que esta posesión conste por documento público o auténtico*" [22]. Cuando no pueda probarse la posesión por documento público o auténtico, de acuerdo al artículo 122 de la misma Ley, se podrá recurrir a la declaración judicial, mediante justificación de que han poseído por sí o por sus causantes a título universal o singular, en forma pública y continua, por un lapso no menor de 30 años.

Dicho término con la Ley 19.889 es llevado a veinte años, de manera que cumplidos los requisitos de la Ley 12.802 y transcurridos los veinte años, el poseedor prescribe, sin que pueda el Estado oponer excepción alguna [23].

Del mismo modo que para la Salida Fiscal, el legislador dispuso por la ley 13.892, del 19 de octubre de 1970, la prescripción de las tierras Municipales, estableciendo en su artículo 524: "*Las tierras municipales a que se refiere la ley 4272 (del 21 de octubre de 1912), se considerarán definitivamente salidas del dominio municipal, siempre que hubieran sido poseídas por cuarenta y cinco años y que esa posesión conste en documentos públicos o auténticos*". El artículo 525 estableció, además, que cuando se trate de poseedores que no tengan posesión por cuarenta y cinco años en la forma prevista en el inciso primero del artículo anterior, así como de poseedores cuyo sobrante extra título exceda del 15 % del área titulada, podrán obtener la salida municipal pagando al municipio tantos cuarenta y cinco avas del valor fiscal vigente al momento de iniciar la gestión, como años enteros faltaren para completar dichos 45 años. Se opera dicha salida por escritura pública a favor del poseedor, solemnidad que surge del reenvío del inciso final de la norma mencionada a la Ley N° 4272, de 21 de octubre de 1912, que en su artículo 27 expresa que *"las enajenaciones definitivas que se hicieran desde la promulgación de esta ley, se formalizarán en escritura pública"* [24].

---

[22] Esta norma había sido incorporada por la Ley N° 16.603 del año 1994 como inciso segundo del artículo 1194 CC: "El poseedor de un campo u otro terreno que ha poseído por sí o por sus causantes, a título universal o singular, por espacio de treinta años, estará en todos los casos al abrigo de las pretensiones del Fisco, cumpliendo los requisitos establecidos por la legislación especial".

[23] Cfme. Mauricio TOMÉ-Miguel TOMÉ, *Modificaciones al Código Civil operadas por la Ley N° 19.889*, Naven Ediciones, Montevideo, julio 2020, p. 34.

[24] Más ampliamente sobre el punto: SALGADO-TELLECHEA, *Aportes para un Estudio de Títulos*, pp. 14-18. RUBBO, *Estudio de Títulos*, pp. 67-68.



Respecto a la prescripción de las Salidas Municipales, según Tomé, con la reforma introducida se unifican los plazos, al rebajarlo también a veinte años, argumentando que la agregación de los Gobiernos Departamentales al artículo 1194 CC implica una derogación tácita del artículo 524 de la Ley N° 13.982 [25], por lo cual "*las salidas municipales prescribirán con plazo de 20 años, no exigiéndose escritura pública como requería el régimen anterior*" [26].

Los inmuebles que alguna vez salieron del patrimonio del Estado y luego volvieron a él porque los readquirió, sea por herencia, legado, compraventa, fallecimiento del propietario sin dejar herederos (artículo 482 CC) etc., son prescriptibles por la forma ordinaria de la prescripción [27].

c) En el artículo 1204 CC se modifica el plazo de la prescripción adquisitiva ordinaria de inmuebles con justo título y buena fe, que en todos los casos pasa a ser de diez años [28], eliminándose la anterior distinción entre presentes y ausentes, que llevaba a duplicar el plazo en el último de los supuestos nombrados.

No obstante dicha supresión y la derogación del artículo 1205 del CC, en el título del apartado 1° de la Sección donde se ubica dicho artículo 1204, como se señaló, sigue haciéndose referencia a la prescripción "de diez y veinte años".

d) En el artículo 1206 CC, que disciplina la accesión o adjunción de posesiones, las modificaciones al texto legal son tanto por supresión como por adición, ya que se elimina el reclamo formal realizado por el inciso primero a las normas de la posesión y se agrega un tercer inciso, para permitir añadir posesión en caso de la prescripción extraordinaria de bienes inmuebles (artículo 1211 CC) y de bienes muebles (artículo 1214 CC).

En ese sentido se suprime en el inciso primero el reclamo formal a los artículos 646 y 647 CC, que había merecido ciertas observaciones de parte de la doctrina: por un lado por innecesario, ya que el primero de los artículos nombrados establece el concepto de posesión y el artículo 1206 no regula otra cosa que un tema de posesión; por el otro, por ser demasiado comprensiva la remisión integral al artículo 647, pues debe entenderse

---

[25] El punto no resulta claro y preciso, porque el inciso segundo del artículo 1194, que es el que reduce el plazo prescripcional, menciona solamente al Fisco, sin incluir también a los Gobiernos Departamentales, como lo hizo en cambio el inciso primero.

[26] *Ob. cit*., pp. 33 y 34. Añaden que la *ratio* de la norma (artículo 1194) es distinguir cuáles son los bienes del Estado que pueden ser usucapidos por los particulares de acuerdo al régimen general del Código Civil y cuáles deberán ser prescriptos conforme a la norma especial vigente.

[27] SAYAGUÉS LASO, *Ob. cit.*, p. 259. TOMÉ, *Ob. cit.,* p. 32.

[28] El nuevo texto establece: "La propiedad de los bienes inmuebles u otros derechos reales se adquiere por la posesión de diez años con buena fe y justo título (artículo 693)".



aplicable únicamente a los supuestos de transmisión de la posesión, no a los casos de adquisición originaria de la misma [29].

Respecto a la incorporación de un nuevo inciso al texto legal, se establece la inaplicabilidad de la disciplina de la adjunción o accesión de posesiones del artículo 1206 [30] a los casos de la usucapión extraordinaria de los artículos 1211 (inmuebles) y 1214 (muebles) del Código Civil. Por cierto, el ámbito de aplicación del artículo 1206 ha sido objeto de distintas interpretaciones en la civilística nacional, pues mientras para un sector de la doctrina opera para toda clase de usucapión, para otro es únicamente a la usucapión abreviada de bienes inmuebles, conforme a lo que surge de la ubicación de la norma y a las exigencias de justo título y buena fe, aunque para Howard sería admisible su extensión analógica a la usucapión abreviada en materia mobiliaria, dado que entre ambas existe identidad de fundamento [31].

Con la modificación introducida al texto de la norma, en los casos de la prescripción extraordinaria de los artículos 1211 y 1214, el actual poseedor podrá completar el tiempo necesario para prescribir añadiendo la de aquél o aquéllos que le precedieron en la posesión, siempre que la obtuviera por título universal o particular, oneroso o lucrativo [32].

e) En el artículo 1211 CC se modifica el plazo de la prescripción adquisitiva extraordinaria de inmuebles, que de treinta pasa a ser de veinte años, sin necesidad de justo título y buena fe, eliminándose también la referencia que contenía la norma a presentes y ausentes ("*bien sea entre presentes o entre ausentes*") y la variante gramatical de la coma que seguía inmediatamente a la palabra "necesidad" [33].

---

[29] Cfme HOWARD, *Modos de Adquirir*, p. 554.

[30] El inciso 1° del precepto admite la adjunción de posesiones si hay buena fe y justo título entre los poseedores (causante o autor y sucesor). Si falta uno de estos requisitos, pero el sucesor es de buena fe, podrá usucapir en forma abreviada si se dan los requisitos para ello ("*siempre que posea para sí*", dice el inciso 2°).

[31] HOWARD, *Modos de Adquirir*, p. 553. El autor citado realiza un pormenorizado estudio de los fundamentos de las distintas posiciones sobre el radio de aplicación de la norma.

[32] El texto del artículo 1206 quedó redactado de esta manera: "El poseedor actual puede completar el término necesario para la prescripción, añadiendo a su posesión la de aquél de quien hubo la cosa, bien sea por título universal o particular, oneroso o lucrativo, con tal que uno y otro hayan principiado a poseer de buena fe.

Cuando por falta de buena fe o justo título en el autor, no pueda el sucesor aprovecharse de la posesión de aquél, podrá, sin embargo, prescribir, siempre que posea por sí, durante todo el tiempo señalado por la ley.

Este artículo no es aplicable a los supuestos de los artículos 1211 y 1214 de este Código. En los casos de estos artículos, el poseedor actual puede completar el tiempo necesario para la prescripción añadiendo la de aquél o aquéllos que le precedieron en la posesión, si la obtuviera de ellos por título universal o particular, oneroso o lucrativo".

[33] "La propiedad de los bienes inmuebles y los demás derechos reales se prescribe también por la pose-



En la prescripción extraordinaria la ley no exige ni justo título ni buena fe, razón por la cual se extienden los plazos legales para usucapir (prescripción larga), ya que el prescribiente obtuvo la posesión sin título alguno o con base a un título que no es válido o verdadero.

4.2. – En cuanto a la modificación de los plazos de prescripción extintiva cabe distinguir las acciones reales de las personales:

a) En sede de prescripción extintiva de las acciones reales se modifica el artículo 1215 del CC, abreviando el término de la prescripción de treinta a veinte años, en concordancia con la modificación del artículo 1211, suprimiéndose coherentemente la referencia que contenía la norma a "*sin distinción entre presentes y ausentes*".

En el nuevo texto del artículo 1215 del Código Civil se elimina el inciso segundo sobre la hipoteca, que realizaba un reenvío formal a las normas del Título respectivo del Libro Cuarto, manteniéndose en cambio inmutable el artículo 2348, que refiere erróneamente a la "prescripción" de la hipoteca por el término de treinta años, pero que en rigor atañe a la caducidad del derecho (caducidad impropia), o más precisamente, a su carácter de derecho temporal [34]. No se tuvo en cuenta lo dispuesto por esta norma en sede de hipoteca, que sin dudas también debió ser modificada, a efectos de que guarden la debida coherencia y armonía con el principio de la prescripción extintiva veinteñal para las acciones reales que se introduce, así como las normas registrales que establecen la caducidad de la inscripción de la hipoteca a los treinta o treinta y cinco años (artículo 79, numerales 5 y 6, de la Ley de Registros Públicos N° 16.871, de 28 de setiembre de 1997). Tampoco se ha realizado el ajuste correspondiente al texto de los artículos 501 y 1865 del CC, por lo que la prescripción en tales casos formalmente sigue estando establecida legalmente en treinta años.

Para la prescripción extintiva de las acciones reales debe tenerse en cuenta que las mismas se pierden como consecuencia de la usucapión del bien por otro sujeto, pues no existe una prescripción extintiva autónoma de la acción real [35], ya que el dominio no se

---

sión de veinte años, sin necesidad de parte del poseedor, de presentar título y sin que pueda oponérsele la mala fe, salvo la excepción establecida en el artículo 633".

[34] Francesco SANTORO PASSARELLI, "*Prescrizione e decadenza*", en *Riv. dir. civ.*, 1926, p. 561. Jorge GAMARRA, *Tratado de Derecho Civil Uruguayo*, T. II, Vol. 2, cuarta edición, Fcu, Montevideo, 2003, pp. 151 y 152. RODRÍGUEZ RUSSO, "*Caducidad de la hipoteca*", en *ADCU*, T. XLII, Sección Jurisprudencia Comentada, Montevideo, 2012, pp. 569-584.

[35] Sobre el punto remitimos a nuestra obra *Prescripción Extintiva y Caducidad en el Derecho Civil*, pp. 81, 158, 196 y ss. El tema es objeto de controversia en doctrina. Así, entre otros, se pronuncia en contra



extingue por el no uso. Sucede que perdido el dominio por el anterior titular, en virtud de la adquisición originaria operada (usucapión) se pierde también su mecanismo de defensa, que es la acción reivindicatoria. Lo refrenda el propio texto del artículo 1215 [36], que luego de establecer el principio de la prescripción extintiva ordinaria de la acción real, menciona las excepciones de los artículos 643 numeral 5, 1204, 1212 y 1214 del CC, en el que salvo en el primer caso (derecho real menor), las demás son todas ellas atinentes a prescripciones adquisitivas de la propiedad de diez, tres y seis años. Quiere decir, entonces, que la acción real se pierde a los tres, seis, veinte años, como consecuencia de la usucapión operada a favor de otro sujeto.

b) En materia de prescripción extintiva de los derechos personales o creditorios (derechos de pretensión) se introducen modificaciones a los plazos dispuestos por los artículos 1216 y 1217 CC, reduciendo a la mitad el término ordinario de prescripción y el de la caducidad de la acción ejecutiva.

En ese sentido el término ordinario de la prescripción extintiva pasa a ser de diez años, incorporándose algunos cambios gramaticales en el texto del artículo 1216, que para nada alteran el sentido de la norma.

Con la reducción dispuesta se aproxima el plazo de la prescripción extintiva ordinaria al de las prescripciones cortas (extintivas y presuntivas) de los artículos 1221-1225 CC, acercando también el término ordinario de prescripción del Derecho Privado al del Derecho Público, tanto cuando el Estado es acreedor como cuando es deudor, como sucede con la prescripción tributaria (cinco años, de principio, según el artículo 38 del Código Tributario) y las reclamaciones contra el Estado (caducidad cuatrienal dispuesta por el artículo 39 de la Ley N° 11.925, de 27 de marzo de 1953) [37].

En el artículo 1217 se reduce a cinco años el término de caducidad de la acción ejecutiva. Se ha discutido en doctrina si se trata de un término de caducidad [38] –puesto que la ley determina que transcurrido el mismo la acción no adquiere el carácter ejecutivo por

---

Manuel ALBALADEJO, *De la Prescripción Extintiva*, segunda edición, Colegio de Registradores de la Propiedad, Mercantiles y Bienes Muebles de España, Madrid, 2004, pp. 69 y ss., para quien una cosa es no tener acción real por haber perdido el derecho protegido por ella (dominio) y otra cosa es perder la acción por prescripción extintiva.

[36] "Toda acción real se prescribe por veinte años, salvo la excepción determinada en el numeral 5) del artículo 643, y lo que se dispone en los artículos 1204, 1212 y 1214".

[37] Así lo ha señalado el Profesor Gerardo CAFFERA en Jornada sobre Aspectos Civiles de la Ley de Urgente Consideración, organizada por Fundación de Cultura Universitaria (Montevideo, 21 de julio de 2020).

[38] Cfme. José IRURETA GOYENA (h) "*Diferencias entre prescripción y caducidad*", en *Revista de Derecho Público y Privado*, N° 89, Montevideo, 1945, p. 261.



la confesión judicial del deudor, ni por el reconocimiento del mismo– o si es más bien una hipótesis de prescripción [39]. Consideramos que es un término de caducidad, por el automatismo con que opera la consecuencia asignada por la norma, pues transcurrido el plazo la acción no adquiere el carácter ejecutivo de ninguna forma y si no lo adquiere es porque ya lo había perdido, y porque, además, la confesión o reconocimiento del deudor, si fuera verdaderamente un caso de prescripción extintiva, configuraría una renuncia tácita de la misma, tal como lo establece el artículo 1189 inciso 3º del Código Civil. En efecto, verificada la prescripción por la reunión de todos sus requisitos, si el deudor reconoce expresa o tácitamente la obligación, se entiende que renuncia a la misma, de manera que la acción debería seguir manteniendo el mismo carácter ejecutivo que tenía; si ello no acontece es porque transcurridos los diez años –cinco ahora con la modificación– se extingue el derecho de ejecutar [40].

Nos parece importante destacar la conveniencia de la reducción de los plazos de la prescripción, acorde a dinámica actual de las relaciones jurídicas y las exigencias del tráfico jurídico, por lo que compartimos plenamente la solución legislativa consagrada.

En esa dirección hemos expresado que resulta imperiosa una reforma de nuestro Código Civil en algunos aspectos centrales de la prescripción extintiva, tendencia que se manifiesta en las últimas décadas en el Derecho comparado, como lo corroboran las reformas que han sido llevadas a cabo en Alemania (2001) y Francia (2008), por citar tan solo dos ejemplos paradigmáticos. La aceleración del tiempo en el orden social, con una nueva dinámica en el tráfico económico y jurídico, ha puesto de manifiesto las deficiencias de la regulación de la institución y la necesidad de una profunda reforma legislativa. Los Códigos Civiles, como ha dicho Patti [41], fueron concebidos para disciplinar un mundo distinto del de hoy; el mundo de ayer era "*el mundo de la seguridad*", caracterizado por un ordenado desarrollo de las relaciones sociales y de la previsibilidad de los distintos acontecimientos en las distintas fases de la vida. En ese marco de regularidad y certeza y de lento desarrollo de las relaciones sociales, se justificaban los extensos plazos ordinarios de prescripción, que en esa instancia representaban una buena parte de la vida de la persona humana, pero que en el momento actual se revelan completamente inadecuados.

La "*aceleración de la historia*" –de las relaciones sociales– y la velocidad de los me-

---

[39] Así, Enrique VÉSCOVI, *Derecho Procesal Civil*, T. IV, Ediciones Idea, Montevideo, 1979, p. 188.

[40] RODRÍGUEZ RUSSO, *Prescripción Extintiva y Caducidad en el Derecho Civil*, pp. 139, 145 y 146.

[41] Salvatore PATTI, "*Certezza e giustizia nel Diritto della prescrizione in Europa*", en *Riv. trim. di dir. e proc. civ.*, Vol. 64, Cedam, Padova, 2010, pp. 21 y ss.



dios de comunicación, unidos a una diversa valoración del interés público involucrado, han conducido a un completo replanteamiento de la disciplina de la institución, imponiéndose la sustitución de aquellos términos excesivamente largos, que favorecían al acreedor, por términos más breves, porque se considera digno de tutela el interés del deudor a una rápida consolidación de la situación.

Resulta indispensable abreviar todos los plazos existentes y fijar con precisión los límites operativos de la autonomía privada, de manera de acompasar la materia a las nuevas exigencias. En ese sentido habíamos dicho que en una futura reforma de nuestro Código debería propenderse al establecimiento de términos más breves [42], con un plazo general de tres o cinco años como máximo – como ha sucedido con las reformas de 2001 en Alemania o Francia en 2008 – sin perjuicio de algunos pocos plazos más que contemplen las particularidades de ciertas relaciones jurídicas. Y dejar a la iniciativa privada la abreviación o extensión de los mismos dentro de límites razonables, a través de la fijación de topes mínimos y máximos, como lo han hecho la Ley francesa 2008-561 o la Ley catalana 29/2002, ya citadas precedentemente. La instancia de reforma debería ser propicia también para una orgánica disciplina de la caducidad de los derechos, con una regulación diferenciada según la naturaleza disponible o indisponible de la relación jurídica de que se trate –como lo han plasmado efectivamente los Códigos italiano, portugués, catalán y boliviano– mediante una precisa delimitación de las normas de la prescripción extintiva que le resultarían aplicables, a fin de evitar reiteraciones innecesarias, en función de un principio de economía legislativa.

Es oportuna una disciplina diferenciada de la caducidad, en la medida en que no resulta adecuado someter a los derechos de naturaleza disponible al mismo régimen de los que no lo son, fundamentalmente en lo que respecta a la posibilidad de estimación de oficio por el juez, renuncia, modificación convencional de los términos legales y suspensión de su curso por acuerdo de partes.

Desde una perspectiva sistemática, ambas instituciones (prescripción extintiva y caducidad) deberían ser ubicadas en la Parte General, cortando así todo ligamen de unidad de la prescripción extintiva con la usucapión, que pertenece al Derecho de las Cosas.

En el Derecho romano la prescripción extintiva no tenía ningún parentesco con la

---

[42] "*Autonomía privada en materia de prescripción extintiva y caducidad. Primera Parte*", p. 675 y ss.; "*Autonomía privada en materia de prescripción extintiva y caducidad. Segunda Parte*", p. 789 y ss.; *Prescripción Extintiva y Caducidad en el Derecho Civil*, p. 199 y ss.; "*La regulación de la prescripción extintiva y la caducidad en el Anteproyecto de Código Civil y Comercial de la República Argentina de 2012*", pp. 113-142.



prescripción adquisitiva, recibiendo incluso denominaciones distintas. No había en realidad un concepto general o unitario de la prescripción, sino dos tipos distintos de prescripción. La concepción unitaria se debe a los glosadores, quienes intentaron encerrar en un concepto unitario usucapión y prescripción extintiva. En ellos, en la doctrina canónica, en la doctrina germánica *Verschweigerung* y en la escuela del Derecho Natural, que siguiendo sus tendencias apriorísticas aceptó el concepto unitario, se ha inspirado la doctrina posterior durante mucho tiempo [43], manifestándose ello en el Derecho Positivo de los Códigos decimonónicos inspirados en el francés.

La cuestión de la ubicación de la regulación de estas dos instituciones depende naturalmente de una decisión de política legislativa. Si bien el lugar más apropiado parece ser el de la "Parte General" de los Códigos, como lo han hecho el BGB, reformado en 2001 (artículos 194 y siguientes) o Código Civil de Brasil de 2002 (artículos 189-211), en algunos sistemas se encuentra emplazada en otras sedes, como sucede en el Código italiano de 1942, donde ha sido ubicada en el Libro de la "Tutela de los Derechos" (Libro Sexto, Título V, artículos 2934-2969) o en el Código Civil de Bolivia de 1976, disciplinada en el Libro del "Ejercicio, Protección y Extinción de los Derechos" (artículos 1492-1520), mientras que en otros la prescripción liberatoria es regulada en el Libro "De las Obligaciones", como es el caso del Código Civil de Paraguay de 1987 (artículos 633-668).

En lo sustantivo, debería der desanclada la prescripción liberatoria de la acción para ejercer el derecho – con su consabido efecto de la supervivencia de una *naturalis obligatio*, como sucede hoy en nuestro Código – y reconducido su objeto a la extinción misma de aquél, con lo cual habrán de diluirse varios de los obstáculos para la admisión de un amplio margen de actuación de la autonomía privada [44].

Lamentablemente la Ley N° 19.889 se limitó a reducir algunos plazos de prescripción, mediante pequeños ajustes al texto de normas aisladas, prescindiendo de una consideración global y sistemática del problema, al omitir todos los demás aspectos de la prescripción señalados, que sin lugar a dudas deberían ser reformados y actualizados, incorporando además una regulación autónoma de la decadencia de los derechos. Por otra parte, el acortamiento de los plazos legales se realiza de manera bastante "tímida", pues en general la reducción oscila entre la tercera parte y la mitad de la extensión de los plazos hoy existentes, lo que dista bastante de las soluciones más avanzadas en el Derecho

[43] Así lo señalan Leopoldo ALAS-Demófilo DE BUEN-Enrique RAMOS, *De la Prescripción Extintiva*, Centro de Estudios Históricos, Madrid, 1918, p. 2 y ss.

[44] Lo hemos señalado en el trabajo publicado en *Jus Civile*, 1/2020, p. 61.



comparado, que han llevado por ejemplo el plazo de la prescripción extintiva ordinaria a tres o a cinco años, como es el caso del BGB, el Código francés y el de Cataluña.

4.3. – La sustitución dispuesta por el artículo 463 de la Ley al texto de los artículos 1243, 1244 y 1569 del CC comportan modificaciones menores, previstas a fin de coordinar los plazos en función de las modificaciones incorporadas a los artículos 1204 y 1216.

En ese sentido se elimina en el artículo 1243 la mención a la suspensión del curso de las prescripciones de veinte años – puesto que ahora el plazo de prescripción ordinaria, adquisitiva o extintiva, pasa a ser de diez años – y se incorpora en el numeral primero la referencia omnicomprensiva a "*incapaces absolutos o relativos*", sustituyendo la enumeración casuista que empleaba el Código Civil al respecto [45].

Se corrige asimismo el plazo del inciso segundo del artículo 1244 CC, que se reduce de treinta a veinte años, transcurrido el cual no se tienen en cuenta las suspensiones, compatibilizándose de igual modo el inciso final del artículo 1569 en sede de nulidad relativa, que establece idéntica solución para los casos de suspensión del cuadrienio por causa de incapacidad: ahora, transcurridos veinte años desde la celebración del acto o contrato, no se podrá pedir la declaración de nulidad.

De esa manera, los términos de treinta años previstos por el inciso final de los artículos 1244 y 1569, se adecuan a la nueva regulación de los plazos de prescripción, teniendo en cuenta las modificaciones introducidas a los artículos 1211 y 1215 del Código Civil.

El artículo 463 de la Ley 19.889 también sustituye el texto del artículo 1561 CC en materia de nulidad absoluta, suprimiéndose la referencia del último tramo de la norma, que prescribe que no puede subsanarse "*por la ratificación de las partes ni por un lapso que no pase de treinta años*", estableciéndose en su lugar, en forma directa, que "*no puede subsanarse*", solución perfectamente compartible desde el punto de vista técnico jurídico [46].

En efecto, es valor entendido por la moderna doctrina que la nulidad absoluta, dado el estado de completa ineficacia que afecta al negocio jurídico, es insusceptible de "subsa-

[45] "De los menores, de los dementes, de los sordomudos y de todos los que están bajo patria potestad o bajo tutela o curaduría (artículo 405)".

[46] El nuevo texto dispone: "La nulidad absoluta puede y debe ser declarada por el Juez de oficio, cuando aparece de manifiesto; puede alegarse por todo el que tenga interés en ello, excepto el que ha ejecutado el acto o celebrado el contrato, sabiendo o debiendo saber el vicio que lo invalida, asimismo, pedirse su declaración por el Ministerio Público en el interés de la moral y de la ley, y no puede subsanarse".



narse" por confirmación o por transcurso del tiempo, no comportando una sanción, sino un juicio de disvalor de los intereses programados [47].

Se eliminan entonces la errónea referencia a la "ratificación" de las partes –puesto que se trata en rigor del negocio jurídico confirmación, que comporta una renuncia al derecho a peticionar la nulidad– y la referencia al plazo de treinta años, que no es un término de prescripción extintiva de la acción de nulidad [48], sino de prescripción adquisitiva del bien [49]. No es que la nulidad se "subsane" en este caso, sino que el contratante, al perder el dominio como consecuencia de la usucapión, vendría a carecer de todo interés para poder promover la declaración judicial de la nulidad del contrato, con la consiguiente acción reivindicatoria del bien materia de la prestación ejecutada con base a un contrato absolutamente nulo (artículo 1565 CC). Por tanto, operada la adquisición del dominio por prescripción, un nuevo derecho de propiedad nace a favor del usucapiente [50], por lo que a partir de ese momento ya no existe el deber restitutorio del bien a su anterior titular, careciendo el contratante de todo interés en la declaración judicial de la nulidad, pues por más que la misma sea declarada por el juez, no podrá lograr la efectiva restitución del bien que entregó oportunamente.

Lamentablemente, producto de legislarse acríticamente sobre la base de un Proyecto de Ley presentado en el año 2012, se reintroduce al texto de la norma la facultad del Ministerio Público de solicitar la declaración de la nulidad absoluta en el interés de la ley y de la moral. Esta facultad había sido derogada en 2015 por el artículo 652 de la Ley N° 19.355 [51]. Con ello se genera una notoria incoherencia, puesto que se la reincorpora al

---

[47] La nulidad no puede ser considerada una sanción, porque una sanción es impuesta porque se ha violado un deber. Cfme. Eerik LAGERSPETZ, "*Normas y Sanciones*", en *La normatividad del Derecho*, Aulis Aarnio, Ernesto Garzón Valdés y Jyrki Uusitalo (comps.), Gedisa, Barcelona, 1997, p. 55. Herbert Lionel Adolphus HART, *El Concepto de Derecho*, tercera edición, Abeledo Perrot, Buenos Aires, 2011, pp. 43-44.

[48] En ese sentido señala GAMARRA que al ser una acción meramente declarativa no está sujeta a prescripción. Añade que solo si el plazo de treinta años fuere para la prescripción extintiva de la acción de nulidad podría hablarse en puridad de subsanación de la nulidad, porque la prescripción adquisitiva nada tiene que ver con las nulidades. Cfme. *Tratado de Derecho Civil Uruguayo*, T. XVI, Fcu, Montevideo, 1990, pp. 167-169.

[49] El legislador se refirió con ello a la prescripción adquisitiva, pues las acciones declarativas son imprescriptibles, al no haber derecho que pueda perderse por el transcurso del tiempo. Cfme. Mabel RASINES DEL CAMPO-Jorge RODRÍGUEZ RUSSO, "*Nulidad e inexistencia en sede de objeto del contrato. Estudio de los antecedentes del artículo 1672 del Código Civil*", en *ADCU*, T. XXIV, Fcu, Montevideo, 1994, p. 596.

[50] Cfme. Luigi CARIOTA FERRARA, *El Negocio Jurídico*, Editorial Aguilar, Madrid, 1956, p. 11.

[51] "Deróganse todas aquellas referencias a la intervención procesal del Ministerio Público y Fiscal, contenidas en disposiciones del Código Civil, del Código General del Proceso, del Código de la Niñez y la Adolescencia, de la Ley Orgánica del Ministerio Público y Fiscal (Decreto-Ley N° 15.365, de 30 de di-



artículo 1561 CC, cuando la propia Ley 19.889 en su artículo 109 establece también la derogación de las referencias a la intervención en materia fiscal de la Fiscalía General de la Nación, siguiendo así idéntico temperamento al adoptado en 2015 por la citada Ley 19.355.

4.4. – El artículo 467 de la Ley contiene una disposición transitoria destinada regular los problemas de derecho temporal en virtud de las modificaciones incorporadas a los plazos de la prescripción del Código Civil, tratándose por tanto de una norma transitoria de carácter *funcional* [52].

En efecto, como expresa Guastini [53], toda norma tiene temporalmente al menos cinco dimensiones: su existencia o pertenencia al ordenamiento, su vigencia, su validez, su aplicabilidad por los órganos jurisdiccionales o administrativos y su eficacia.

La transitoriedad de las normas está conectada al tiempo de la eficacia y puede tener carácter estructural o funcional.

En sentido funcional son transitorias las normas dictadas expresamente con el fin de regular el paso de una disciplina a otra, "*de forma que sea más fácilmente indentificable la regla jurídica que debe ser aplicada a todas aquellas situaciones que no han finalizado al momento de la entrada en vigor del nuevo derecho y que están, dicho de algún modo, a caballo en el momento del paso de la vieja a la nueva disciplina normativa*". A menudo, dice el autor precitado, las normas funcionalmente transitorias son metanormas, cuyo contenido consiste en otorgar ultractividad a las normas del antiguo régimen y/o a otorgar retroactividad a las normas del nuevo régimen [54].

El inciso primero del artículo 467 prevé la aplicabilidad de la nueva norma a las prescripciones comenzadas a la fecha de su entrada en vigencia, pero cuyos plazos prescriptivos no se hubieren completado totalmente a tal fecha, ni vayan a completarse dentro de

---

ciembre de 1982), de la Ley Orgánica de la Judicatura y Organización de los Tribunales (Ley N° 15.750, de 24 de junio de 1985) y leyes especiales, en cuanto se opongan a lo dispuesto en los artículos 27 a 29 del Código General del Proceso, en la redacción dada por el artículo 649 de la presente ley".

[52] "Artículo 467. (Disposición transitoria). – Las prescripciones empezadas a la fecha en que esta ley sea obligatoria se determinarán conforme a las disposiciones de ésta.

Sin embargo, las prescripciones en curso que, por efecto de las reducciones de plazo establecidas por esta ley, se hubieren consumado o se consumaren antes del plazo de dos años a partir de la fecha indicada en el inciso anterior, se consumarán recién al finalizar dicho lapso".

[53] Riccardo GUASTINI, *La sintaxis del Derecho*, Marcial Pons, Barcelona, 2016, pp. 267, 271, 273; *Interpretar y Argumentar*, Ediciones Legales, Lima, 2019, pp. 429, 434, 436.

[54] GUASTINI, *La sintaxis del Derecho*, p. 274; *Interpretar y Argumentar*, pp. 438-439.



los dos años de la misma, según surge de la armonización con lo dispuesto por el inciso segundo, mediante argumentación a contrario. Porque para aquellas prescripciones cuyo curso ha comenzado en base a la normativa anterior, pero que en virtud de la nueva norma ya "*se hubieren consumado*", o que "*se consumaren*" dentro del término de dos años contados del tiempo de su entrada en vigencia, se establece que "*se consumarán*" recién al finalizar dicho plazo. Esto significa que las prescripciones que ya se hubieren consumado en base al régimen anterior, vale decir, aquellas cuyos plazos se hubieren ya completado en función del régimen vigente y no en virtud de la reducción de los plazos, quedan fuera del ámbito de aplicación de esta disposición transitoria [55].

La reducción de los términos de prescripción puede determinar que a la fecha de entrada en vigor de la nueva norma, en virtud del régimen que se incorpora, ya hubiere transcurrido el correspondiente plazo prescriptivo, por lo que puede afectar los derechos del titular, quien en base al régimen vigente en ese momento contaba con plazo para accionar e interrumpir la prescripción, al no haber transcurrido en su totalidad el plazo prescriptivo, extremo que conduce a establecer en esta norma transitoria que en dicha hipótesis solo se consumará y podrá operar la prescripción al finalizar el plazo de dos años contados en la forma indicada.

El efecto de la prescripción consumada opera de manera diversa según se trate de prescripción adquisitiva o extintiva. En la usucapión, dice Howard, el efecto adquisitivo y extintivo se produce de manera automática por el solo transcurso de los plazos legales establecidos, sin que sea indefectible expresión de voluntad de clase alguna; la adquisición del derecho se produce *ipso iure* con el cumplimiento de los plazos legales y demás requisitos exigidos, siendo en ese instante en que se produce la mutación jurídica y la cosa abandona la esfera patrimonial de quien era su titular y se incorpora en el patrimonio del usucapiente. Por eso, desde ese instante adquisitivo, que no requiere declaración de voluntad del adquirente, ni sentencia judicial alguna, los acreedores del nuevo titular podrán accionar contra dicho bien [56].

En la prescripción extintiva, además del transcurso de los plazos legales y la reunión de los demás requisitos, es necesario que el interesado manifieste su voluntad, que la reclame mediante acción o excepción, puesto que no opera de oficio ni automáticamente y el deudor puede renunciar a ella, por lo que debe ser judicialmente declarada para que se

[55] Por ejemplo, una prescripción extintiva en la que hubieran transcurrido los veinte años al momento de la entrada en vigencia de la Ley 19.889 o una usucapión extraordinaria de inmuebles en la que hubieran transcurrido ya los treinta años de posesión con las cualidades legales.

[56] Cfme HOWARD, *Modos de Adquirir*, pp. 612 y 613.



verifique el efecto, momento a partir del cual recién se produce el mentado efecto "extintivo" y liberatorio del deudor, con la correspondiente pérdida de la acción por parte del acreedor, transformándose en una obligación natural. Antes que el deudor la haga valer podrá hablarse apenas de "*prescriptibilidad*", pero aun no puede hablarse de extinción por prescripción [57], pues se requiere además que sea declarada por el juez.

La norma transitoria de la Ley alude a las prescripciones en curso que en virtud de la reducción de los plazos "*ya se hubieren consumado*". Pero si está "consumada" no podría ser interrumpido su curso, ni impedida su verificación, ni tiene sentido que vuelva a consumarse al finalizar el bienio, ni que pueda diferirse la consumación de una prescripción ya consumada. Más bien debió decirse que son los plazos los que se hubiesen "completado o se completaren" antes de los dos años de la entrada en vigencia de la norma.

En ese contexto debe entenderse, por ejemplo, que las prescripciones extintivas que "ya se hubieren consumado" o que "se consumaren" dentro de los dos años del tiempo de vigencia de la nueva regulación, sólo podrán operar y ser declaradas judicialmente al término de dicho lapso, verificándose recién allí su efecto típico. Antes de tal momento no pueden producirse las consecuencias jurídicas de la prescripción, a pesar de haberse completado el correspondiente plazo prescriptivo como consecuencia de la abreviación de los términos que se establece en la nueva regulación. Si en virtud de la reducción de los plazos ya hubiere quedado "consumada" la prescripción o vaya a consumarse antes de dos años de la entrada en vigencia de la Ley, recién se consumarán al vencer dicho plazo (24/07/2022).

Se optó, así, por aplicar la nueva norma a las prescripciones ya comenzadas, descartando la opción de establecer que se seguirán rigiendo por la norma anterior, como lo dispuso el inciso primero del artículo 1231 CC que ahora se deroga, decisión compartible, más allá de las deficiencias técnicas señaladas en cuanto a la formulación del régimen transitorio de dos años.

A nuestro juicio esta disposición transitoria debió ser incorporada al Código Civil, en sustitución del texto del artículo 1231 derogado, pues ha quedado como una norma aislada, por fuera del sistema del Código, cuando en rigor ella viene a regular la consumación de la prescripción adquisitiva o extintiva a raíz del acortamiento de los plazos legales.

---

[57] Cfme. Jaime BERDAGUER, *Fundamentos del Derecho Civil*, T. IV, Fcu, Montevideo, 2014, pp. 373-374. Gerardo CAFFERA, *Obligaciones*, Fcu, Montevideo, 2018, p. 528. Sobre el punto remitimos a nuestra obra *Prescripción Extintiva y Caducidad en el Derecho Civil*, pp. 64 y ss.



5. – En una apreciación global de los cambios introducidos por la Ley de Urgente Consideración N° 19.889 debe señalarse en primer término el acentuado carácter asistemático de los mismos, pues se reducen a modificaciones aisladas en cuatro aspectos: a) la sustitución del texto de trece artículos del Código, verificada esencialmente en materia de plazos de los plazos legales de prescripción; b) la derogación de normas particulares; c) el establecimiento de una disposición transitoria para las prescripciones en curso a la fecha de entrada en vigor de la Ley; d) la modificación de normas ajenas al propio Código Civil.

Los cambios más importantes se encuentran en la reducción de algunos particulares plazos de prescripción adquisitiva y extintiva, sin un criterio orgánico que lo anime, dejando de lado aspectos trascendentes que también debieron ser objeto de regulación, como por ejemplo, las causas de interrupción y de suspensión del curso de la prescripción, la modificación convencional de los plazos legales, la caducidad de los derechos, el efecto extintivo de la prescripción sobre el derecho mismo antes que la pérdida de la acción, que es lo que hoy establece el Código Civil en los artículos 1188, 1441 y 1442 numeral 3.

En efecto, entendemos que la instancia de reforma legislativa en la materia era propicia para la disciplina de múltiples aspectos de estas instituciones, así como de la caducidad de los derechos, que no cuenta hoy con un régimen particular y orgánico en el Código Civil. Las causas de interrupción y suspensión del curso de la prescripción debieron ser revisadas, admitiendo la citación a conciliación como causal autónoma de interrupción desde el día que se realiza [58], sin necesidad que tenga que ser seguida de demanda y emplazamiento judicial dentro de treinta días (artículo 1236), disponiendo también como causa de interrupción civil la sola presentación de la demanda –tal como lo prevé el artículo 39 de la Ley de Relaciones de Consumo N° 17.250, de 11 de agosto de 200– sin que sea menester el emplazamiento judicial notificado al deudor o poseedor, como en cambio lo exige hoy el artículo 1235 del Código Civil [59], sometiendo además a revisión las causales previstas por el artículo 1237, en las que el emplazamiento judicial se considera como no realizado y no haber interrumpido la prescripción adquisitiva. En lo que respecta a las causales de suspensión, las mismas deberían ser admitidas para todas las

[58] Porque con la solicitud de actuación judicial la conducta del titular del derecho deja de ser pasiva, objetivando con ella que no tolera la continuidad de la situación.

[59] La tesis mayoritaria entiende que es el emplazamiento judicial notificado el que interrumpe, pero no faltan autorizadas opiniones que postulan que es el emplazamiento judicial, sin que sea menester la notificación al deudor o poseedor. En este último sentido se pronuncia HOWARD, *Modos de Adquirir*, pp. 596–597.



prescripciones, sin limitarlas –como sucede actualmente– a los casos de prescripción adquisitiva ordinaria (artículos 1204 y 1212) y prescripción extintiva ordinaria (artículo 1216), incorporando además otras causas de suspensión [60], como el impedimento para el ejercicio del derecho por parte del titular, pues es principio general que al impedido por justa causa no le corre término [61] (*contra non valentem agere non currit praescriptio*). La reducción del término ordinario de la prescripción extintiva de veinte a diez años debió ser acompasada con una simplificación del número de términos especiales, que hoy existen en abundancia en nuestro Código, mediante el establecimiento de algunos plazos más breves que contemplen la particularidad de ciertas pretensiones y la eliminación de la perturbadora categoría de las prescripciones presuntivas (artículos 1222-1226), como lo han hecho los modernos Códigos y legislaciones. Tales prescripciones, de muy antiguo origen, fueron desconocidas en el Derecho romano, donde la prescripción no fue nunca considerada como una presunción de pago. En Italia se remontan a los Estatutos de las ciudades, que alteraron en algunos casos la índole primitiva de la institución, convirtiéndola en una simple presunción de pago, mitigando el severo rigor del principio sancionado en el Derecho Canónico, que exigiendo la *buena fe* continuada golpeaba en su propia raíz a la prescripción, tornándola prácticamente imposible. Como en muchos casos no podía ser invocada la prescripción, se terminó por considerar que el silencio del acreedor durante cierto tiempo podía constituir por lo menos una presunción de pago. En Francia las Ordenanzas de 1510 y de 1673, las Costumbres de París y de Orleáns, consagraron estas prescripciones cortas, considerándolas como presunciones de pago, siendo esta también la opinión de los autores franceses anteriores al *Code*, como Dumoulin, Pothier y Bigot-Préameneu, constituyendo a la postre el derecho común en la materia [62]. Estas prescripciones presuntivas comparten con la prescripción el elemento dinámico del transcurso del plazo, pero al estar fundadas en una presunción simple de pago, pueden ser destruidas por el acreedor mediante un solo y único medio de prueba: el juramento

[60] El actual artículo 1243 sólo prevé como causales de suspensión la incapacidad de obrar del titular del derecho y la herencia yacente mientras no tenga curador.

[61] En materia procesal el artículo 98 del Código General del Procese consagra el principio general de suspensión de los plazos: "Al impedido por justa causa no le corre plazo desde el momento en que se configura el impedimento y hasta su cese. Sólo se configura justa causa la que provenga de fuerza mayor o caso fortuito para la parte y que la coloque en la imposibilidad de realizar el acto por sí o por mandatario".

[62] Cfme. Cfme. Giorgio GIORGI, *Teoria delle Obbligazioni nel Diritto Moderno Italiano*, T. VIII, Casa Editrice "Fratelli Cammelli", Firenze, 1896, p. 506. Louis GUILLOUARD, *Traité de la Prescription*, T. II, A. Pedone, París, 1902, pp. 199-200. Giuseppe PUGLIESE, *La Prescrizione nel Diritto Civile. II. La Prescrizione Estintiva*, Utet, Torino, 1924, p. 526.



decisorio del deudor. Como advierte Pugliese [63], se trata de prescripciones cuya naturaleza es completamente anómala, pues mientras la verdadera prescripción extingue el derecho, en ellas solamente hay una presunción de cumplimiento, presunción *iuris tantum*, porque puede ser destruida mediante la prueba contraria que admite la ley. La pertinencia de su presencia en el Código –por las razones expuestas– es un extremo controvertible; la aceleración del tiempo en el orden social en las últimas décadas, con una nueva dinámica en el tráfico económico y jurídico, ha puesto de manifiesto las deficiencias en la propia regulación de la bimilenaria institución. En lo que concierne a los efectos de la prescripción extintiva debió establecerse que una vez declarada judicialmente ella provoca la extinción misma del derecho, superando las actuales desarmonías existentes, puesto que si bien la prescripción extintiva ha sido prevista por el artículo 1447 del CC como un modo de *extinción de las obligaciones*, el artículo 1188 termina por definirla como un modo de perder la *acción* (inciso 3º), a pesar de haber comenzado por proclamar que era un modo de extinguir los *derechos ajenos*, todo lo cual genera un delicado problema: determinar qué es lo que realmente se extingue, si la obligación en sí misma o la acción para reclamar en juicio su cumplimiento (artículo 1441). Una interpretación sistemática nos parece que conduce hoy a la última solución, al menos para los derechos creditorios, pues el Código dispone que se "*extingue*" la obligación civil, pero queda subsistente una obligación natural (artículo 1442 numeral 3). En ese contexto se explica perfectamente que la prescripción provoque para el acreedor tan solo la pérdida de la acción judicial para reclamar la prestación, y al quedar la obligación desprovista de ella, pasa a comportarse como obligación natural, que precisamente es aquella privada de acción para exigir su cumplimiento, pero que cumplida voluntariamente por el deudor autoriza al acreedor a retener lo pagado (artículo 1445).

En el plano de las derogaciones se eliminan los artículos 1205 y 1231 del Código Civil. Este último precepto regulaba la situación de las prescripciones comenzadas en la época de entrada en vigor del Código Civil, siguiendo el criterio de la ultractividad de la norma anterior, puesto que disponía que dichas prescripciones "*se determinarán conforme a las leyes antiguas*". El artículo 1205, por su parte, definía al ausente a los efectos de la prescripción [64], con lo cual a partir de la derogación de la norma se suprime completamente la dis-

[63] PUGLIESE, *La Prescrizione Estintiva*, p. 528.

[64] "Repútase ausente, para los efectos de la prescripción, el propietario que reside en país extranjero. Si parte del tiempo estivo presente y parte ausente, casa dos años de ausencia se contarán por uno solo para completar los diez años de presente.

La ausencia que no fuere por un año entero y continuo no será tomada en cuenta para el cómputo del anterior período".



tinción entre presentes y ausentes en materia de usucapión inmobiliaria abreviada u ordinaria (artículo 1204), que llevaba a duplicar el término legal en caso de ausencia [65].

La disposición transitoria destinada a regular el pasaje de un régimen al otro en virtud de la reducción de los plazos de prescripción (artículo 467 de la Ley de Urgente Consideración N° 19.889) debió excluir expresamente a las prescripciones adquisitivas y extintivas cuyo plazo se hubiere completado con anterioridad a la entrada en vigor de la Ley, extremo que si bien es posible inferirlo por vía interpretativa mediante *argumento a contrario*, debió ser objeto de una concreta previsión legislativa, en aras a la seguridad y certeza [66], pues carece de sentido que si los términos de prescripción ya hubieren transcurrido íntegramente, se difiera por dos años la consumación de la correspondiente prescripción. Los términos textuales en que ha sido formulada la disposición transitoria en cuestión también merecen reparos, en la medida que no es la "prescripción consumada" la que se difiere o posterga por dos años en su consumación, sino la prescripción cuyos términos legales se han completado, teniendo en cuenta además la propia operatividad de la prescripción extintiva, que requiere iniciativa de parte y declaración judicial, extremos que evidencian su carencia de efectos automáticos.

Las modificaciones de los textos legales referidos, sin embargo, no fueron acompañadas de los ajustes y coordinaciones necesarias al articulado del Código, dejando subsistentes plazos y denominaciones que no condicen con la reducción que se prevé (como por ejemplo, artículos 501, 1204, 1211, 1215, 1865 y 2348) y la referencia a "presentes o ausentes" en el artículo 1212, extralimitándose en el contenido y denominación de la Sección X, al incorporarse modificaciones a otros Códigos, reintroduciendo por error textos que habían sido oportunamente derogados.

Más allá de ello, es dable valorar como positiva la disminución de la extensión de los plazos de la usucapión extraordinaria de inmuebles y de la prescripción extintiva ordinaria, que vino a abreviar en la tercera parte y la mitad, respectivamente, los términos legales existentes. La acentuada extensión de los mismos se revelaba anacrónica en la actual dinámica de las relaciones jurídicas, si bien la reducción operada pudo perfectamente ser mayor, llevando dichos plazos a guarismos de quince años para la usucapión extraordinaria y de cinco años para la prescripción extintiva.

Finalmente, corresponde destacar que no resultó aprobada por el Poder Legislativo la

[65] También los artículos 1211 y 1215, en sede de prescripción adquisitiva extraordinaria de bienes inmuebles y de prescripción extintiva de acciones reales, respectivamente, referían a la distinción entre presentes y ausentes, aunque sin establecer un distinto régimen jurídico.

[66] Si bien, como advierte Alejandro NIETO al referirse a la falacia del determinismo legal, la ley reduce la incertidumbre, pero no la elimina (*Crítica de la Razón Jurídica*, Editorial Trotta, Madrid, 2007, p. 120).



propuesta contenida en el Proyecto de Ley de Urgente Consideración para derogar al artículo 1112 del Código Civil, que respondía claramente a la preocupación de eliminar el riesgo económico que genera en el tráfico jurídico la adquisición de bienes inmuebles donados [67], puesto que provoca una relativa incertidumbre e inseguridad para el tercero adquirente, en la medida que podría verse alcanzado por una acción de reducción de las donaciones inoficiosas, que si bien es personal y se traduce en una obligación de valor debida a los legitimarios o herederos forzosos (artículos 889 inciso 2°, 1108, 1639 y 1642), lo cierto es que lo expone a dicho riesgo durante un plazo de caducidad de cuatro años, contados desde la apertura legal de la sucesión del donante (artículo 1643).

La situación involucra dos intereses concurrentes claramente contrastantes: el de los terceros adquirentes en no ser alcanzados por una hipotética acción personal de reducción de las donaciones inoficiosas y el de los legitimarios o herederos forzosos a la protección de su legítima. El artículo 1112 se inclinó por priorizar la tutela de los herederos forzosos, cuya legítima tiene carácter intangible (artículos 884, 888 y 894 del CC), decisión de política jurídica plenamente compartible, puesto que el riesgo de una acción contra el tercero subadquirente está acotado y la situación de inseguridad que ello conlleva podría eventualmente ser neutralizada mediante una fianza, habida cuenta que se trata de una acción que no tiene naturaleza real, ni presupone la resolución del contrato, ni determina la reasunción de la titularidad del derecho sobre bien transferido, pues el tema se resuelve a nivel obligacional. Con la derogación de la norma se optaba, en cambio, por proteger el interés de los terceros subadquirentes, priorizando así la seguridad del tráfico jurídico por sobre la tutela de los legitimarios.

Es cierto que la mencionada norma brinda una protección parcial a los legitimarios, por cuanto no comprende a la donación de bienes muebles, que en muchos casos tienen hoy un valor superior a los inmuebles, pero se explica perfectamente porque los Códigos decimonónicos fueron concebidos para disciplinar una economía de base predominantemente agrícola [68], donde el centro estaba constituido por la riqueza inmobiliaria, ya que la tierra era el recurso productivo fundamental.

---

[67] Aunque se trata de un riesgo bastante acotado, pues hay que ver si el donante está vivo, su edad, su situación patrimonial, si existen otros legitimarios. Si ya se produjo la apertura de la sucesión, el plazo que ha transcurrido, los bienes que deja el causante, el número de legitimarios, si hay iniciada una acción de reducción, etc. El peligro de reducción es, pues, muy remoto, como dice GAMARRA, dado que a ello hay que agregar que en caso que apareciere algún legitimario, el donante no hubiere dejado bienes suficientes para cubrir su legítima y que el donatario además fuera insolvente (Cfme. *Tratado de Derecho Civil Uruguayo*, T. VI, Fcu, Montevideo 1992, pp. 115-116).

[68] GIORGIANNI, "*Il Diritto Privato ed i suoi attuali confini*", p. 399. Natalino IRTI, *La cultura del Diritto Civile*, Utet, Torino, 1990, pp. 4 y ss. Vincenzo ROPPO, *Il Contratto*, Giuffrè, Milano, 2001, p. 76.



En el pasado existieron también otras iniciativas legislativas de modificación del artículo 1112 CC que tampoco prosperaron, como el Proyecto de Ley presentado por el senador Aldo Lamorte de 25 de setiembre de 2018, que limitaba su aplicación exclusivamente al caso en que el donatario hubiese enajenado el bien inmueble a título gratuito, puesto que en tal caso el tercero obtiene una ventaja patrimonial. Esta solución, por vía intermedia, buscaba el equilibrio de los intereses en juego, porque sin derogar la norma tutelaría el interés de los legitimarios (en caso de ulterior donación) y el de los terceros subadquirentes (en caso de adquisición a título oneroso). Según se expresa en la Exposición de Motivos de dicho Proyecto, "*se está de acuerdo en la defensa de las legítimas, pero no en afectar a terceros cuando éstos no han recibido beneficio alguno. (...). La idea no es eliminar el artículo, sino tan solo amparar a los terceros que adquieran el bien después de la donación a título oneroso, sin que éste deje de cumplir su finalidad de proteger las legítimas que corresponden a los herederos que la ley ampara*" [69].

En definitiva, el tema en cuestión requiere de un profundo análisis, con un amplio y plural debate, que debería ser dado en el marco de una futura reforma del Código Civil, llevada a cabo con carácter general o en algunos amplios sectores, como por ejemplo el Derecho de las Obligaciones, el Derecho de la Responsabilidad Civil, el Derecho de las Sucesiones o el Derecho de los Contratos.

En ese sentido se pronunció el Instituto de Derecho Privado, Salas II y III, de la Facultad de Derecho de la Universidad de la República en su comparecencia del 21 de mayo de 2020 ante la Comisión Especial del Senado para el Estudio del Proyecto de Ley con Declaratoria de Urgente Consideración [70]: "*el Instituto tiene inconvenientes en que se apruebe la derogación del artículo 1112 porque la situación se plantea entre proteger al heredero forzoso, al asignatario forzoso, o proteger la circulación de los bienes al tercer poseedor (...) por lo que considera que este artículo en particular debería ser separado y estudiado en forma independiente", "incluso, con la posibilidad de una futura reforma del Código Civil, en la que nos hemos quedado bastante atrás respecto de legislaciones vecinas y ordenamientos internacionales*".

---

[69] En base a dicho Proyecto el artículo 1112 del CC quedaba redactado de la siguiente manera: "Cuando el inmueble o inmuebles donados excedieren el haber del donatario y éste los hubiese enajenado por donación, los coherederos sólo podrán repetir contra el tercero poseedor a título gratuito por el exceso y previa excusión de los bienes del donatario".

[70] Distribuido N° 63/2020, Carpeta N° 143/2020, disponible en el siguiente enlace: https://parlamento.gub.uy/camarasycomisiones/senadores/comisiones/documentos/versiones-taquigraficas?page=5.



FEDERICO AZZARRI

Ricercatore di Diritto privato – Università di Pisa

CORONA-KRISE E DIRITTO TEDESCO DELLE OBBLIGAZIONI E DEI CONTRATTI: LE SOPRAVVENIENZE DELLA PANDEMIA TRA BGB E LEGISLAZIONE SPECIALE

SOMMARIO: *1. La pandemia e il diritto. – 2. Il nuovo art. 240 EGBGB: inquadramento generale. – 3. Le regole di diritto comune: l'impossibilità della prestazione. – 4. (Segue) L'alterazione del fondamento negoziale. – 5. La moratoria delle obbligazioni del consumatore nei rapporti di durata. – 6. La moratoria delle obbligazioni delle microimprese nei rapporti di durata. – 7. Gli effetti del Leistungsverweigerungsrecht. – 8. La limitazione del diritto di disdetta del locatore nei contratti di locazione e affitto. – 9. Il differimento delle obbligazioni restitutorie nei contratti di mutuo con i consumatori. – 10. La Gutscheinlösung: i buoni rilasciati dall'organizzatore in seguito alla cancellazione di eventi o pacchetti turistici a causa della pandemia.*

1. – Anche in Germania l'emergenza sanitaria innescata dalla diffusione della pandemia SARS-CoV-2 ha provocato importanti stravolgimenti nel tessuto sociale ed economico [1], esigendo, al fine di contrastare l'avanzata dei contagi, l'adozione di misure che hanno rappresentato un inatteso "banco di prova" per lo stato di diritto [2].

L'interruzione delle attività commerciali, la chiusura di luoghi fondamentali della formazione e della vita civile – quali scuole, università, cinema, teatri, musei – e le norme di distanziamento e di riduzione dei contatti sono state costantemente al centro della discussione politica e di un dibattito pubblico che, senza smarrire la consapevolezza della gravità del momento, ha nondimeno guardato con apprensione al conflitto in cui la

[1] Per una prima analisi delle conseguenze economiche della pandemia, v. P. BOFINGER-S. DULLIEN-G. FELBERMAYR-C. FUEST-M. HÜTHER-J. SÜDEKUM-B. WEDER DI MAURO, *Wirtschaftliche Implikationen der Corona-Krise und wirtschaftspolitische Maßnahmen*, sul sito del Leibniz-Institut für Wirtschaftsforschung an der Universität München: https://www.ifo.de/en/publikationen/2020/monograph-authorship/wirtschaftliche-implikationen-der-corona-krise.

[2] M.-PH. WELLER-M. LIEBERKNECHT-V. HABRICH, *Virulente Leistungsstörungen – Auswirkungen der Corona-Krise auf die Vertragsdurchführung*, in *NJW*, 2020, 1017.



minaccia del virus precipitava improvvisamente diritti di rango primario [3].

Il serrato confronto tra attori istituzionali, e tra governo centrale e *Länder*, ha trovato riscontro in alcune autorevoli prese di posizione, registrate durante la prima fase dell'emergenza, che ben testimoniano la laboriosità del bilanciamento tra interessi apicali infine compiuto a beneficio della salute collettiva. Si pensi, per esempio, al monito del presidente dell'Ordine federale dei medici innanzi alle restrizioni delle libertà personali, temendone le ricadute che avrebbero potuto avere sulla salute psichica delle persone [4]; o, ancora, alle dichiarazioni di fine aprile del Presidente del Bundestag, che aveva stigmatizzato la prospettiva di una generalizzata compressione dei diritti fondamentali, quand'anche volta alla difesa del diritto alla vita, sostenendo che ai *Grundrechte* soltanto sarebbe immanente un contemperamento reciproco, laddove la dignità delle persone resterebbe, invece, assolutamente «unantastbar» (art. 1 GG), anche a costo di non escludere la possibilità di morire [5].

Al di là della complessità sociale, etica e normativa sottesa alle politiche di controllo dell'infezione, in questa sede ci si soffermerà sulla puntuale risposta del legislatore tedesco ai riflessi, sui rapporti negoziali, dei provvedimenti pubblicistici che, per ostacolare la trasmissione del virus, hanno comportato un inevitabile rallentamento dei traffici economici.

2. – La legge del 27 marzo 2020 "per la mitigazione delle conseguenze della pandemia COVID-19 nel diritto civile, fallimentare e della procedura penale" ha stabilito numerose misure provvisorie finalizzate a rimodulare una serie di rapporti e di situazioni il cui regolare svolgimento risultava compromesso dalle considerevoli – e fino a poche settimane prima inimmaginabili – limitazioni introdotte per contenere il numero dei contagi [6].

---

[3] Richiama il principio di proporzionalità Heribert PRANTL, *Auch für die Not gibt es Regeln*, sulla *Süddeutsche Zeitung* (ed. online del 20 marzo 2020): https://www.sueddeutsche.de/politik/corona-krise-recht-1.4851980?reduced=true.

[4] V. le dichiarazioni di Klaus Reinhardt riportate dalla *Süddeutsche Zeitung* nell'articolo "*Ärztepräsident warnt vor Überforderung*" (ed. online del 20 marzo 2020): https://www.sueddeutsche.de/gesundheit/gesundheit-aerztepraesident-warnt-vor-ueberforderung-dpa.urn-newsml-dpa-com-20090101-200320-99-402425.

[5] L'intervista a Wolfgang Schäuble si legge sul sito del quotidiano *Der Tagesspiegel*: https://www.tagesspiegel.de/politik/bundestagspraesident-zur-corona-krise-schaeuble-will-dem-schutz-des-lebens-nicht-alles-unterordnen/25770466.html.

[6] *Gesetz zur Abmilderung der Folgen der COVID-19-Pandemie im Zivil-, Insolvenz- und Strafverfahrensrecht*. Per un quadro complessivo delle misure adottate, oltre a quelle della legge in parola, v. H. HIR-



Come annunciato dall'intestazione, le disposizioni in parola hanno riguardato diversi ambiti [7].

TE, *Ges. z. Abmilderung d. Folgen d. COVID-19-Pandemie*, in H. HIRTE-H. VALLENDER (Hrsg.), *Uhlenbruck. Insolvenzordnung*, 2, 15. Aufl., München, 2020, Rn. 21 ss.

Le problematiche giuridiche sollevate dall'emergenza sanitaria sono state oggetto di numerosi studi, anche in considerazione della varietà dei settori dell'ordinamento interessati. Molti contributi sono stati dedicati al diritto del lavoro, al diritto tributario, al diritto processuale e alla protezione dei dati personali. Per un'analisi delle implicazioni riscontrate nei diversi campi del diritto, v. la raccolta di scritti curata da H. SCHMIDT, *COVID-19. Rechtsfragen zur Corona-Krise*, 2. Aufl., München, 2020, mentre, con riferimento ai profili più strettamente civilistici, v. M.-PH. WELLER-M. LIEBERKNECHT-V. HABRICH, *op. cit.*, 1017; TH. RÜFNER, *Das Corona-Moratorium nach art. 240 EGBGB*, in *JZ*, 2020, 443; M. MAINZ-KWASNIOK, *Umgang in den Zeiten des Corona-Virus*, in *NZFam*, 2020, 318; B. NIEPMANN, *Unterhalt in den Zeiten von Corona*, *ivi*, 2020, 383; S. SITTNER, *Mietrechtspraxis unter Covid-19*, in *NJW*, 2020, 1169; S. LÖW, *Pauschalreiserecht in Zeiten der Covid-19-Pandemie*, *ivi*, 1252; T.B. LÜHMANN, *Das Moratorium im Darlehensrecht anlässlich der Covid-19-Pandemie*, *ivi*, 1321; E. FÜHRICH, *Rücktritt vom Pauschalreisevertrag vor Reisebeginn wegen Covid-19-Pandemie*, *ivi*, 2020, 2137; O. BRAND-O. BECKER, *Deliktische Haftung bei einer Ansteckung mit SARS-CoV-2*, *ivi*, 2665; CH. ARMBRÜSTER-J– PRILL, *Schuldverträge in Zeiten der Corona-Pandemie*, in *JuS*, 2020, 1008; K. ZEHELEIN, *Infektionsschutzbedingte Schließungsanordnungen in der COVID-19-Pandemie. Risikoverteilung bei Störung der Geschäftsgrundlage (unter rechtsvergleichender Perspektive)*, in *NZM*, 2020, 390; M. KOBLIZEK-M. FINKE, *Auswirkungen der Corona-Krise auf Bauverträge*, in *NZBau*, 2020, 279; S. OTTE-GRÄBENER, *Auswirkungen der COVID-19-Pandemie auf Lieferverträge*, in *GWR*, 2020, 147; H. KRÄTZSCHEL, *Die Errichtung letztwilliger Verfügungen in Corona-Zeiten*, in *ZEV*, 2020, 268. Al diritto dei contratti è inoltre dedicata la raccolta di saggi *Vertragsrecht in der Coronakrise*, a cura di D. EFFER-UHE e A. MOHNERT, Baden-Baden, 2020, disponibile in *Open access* all'indirizzo https://www.nomos-elibrary.de/10.5771/9783748909279/vertragsrecht-in-der-coronakrise.

[7] In particolare, sul fronte dell'*Insolvenzrecht*, l'art. 1 [contenente il *Gesetz zur vorübergehenden Aussetzung der Insolvenzantragspflicht und zur Begrenzung der Organhaftung bei einer durch die COVID-19-Pandemie bedingten Insolvenz (COVID-19-Insolvenzaussetzungsgesetz – COVInsAG)*] ha sospeso (§ 1) fino al 30 settembre 2020, con gli effetti di cui al § 2, l'obbligo di promuovere la procedura di fallimento verso le persone giuridiche, le società senza personalità giuridica e le associazioni (ai sensi, rispettivamente, del § 15a InsO e del § 42 II BGB), salvo quando la condizione di insolvenza non sia stata determinata dalla pandemia o non vi sia alcuna prospettiva di superarla. A tal proposito, la norma presume che, se il debitore non era insolvente al 31 dicembre 2019, il suo stato sia ora dovuto alle ripercussioni della crisi sanitaria e che lo stesso sia perciò suscettibile di superamento. Inoltre, con riguardo alle istanze presentate dal creditore tra il 28 marzo e il 28 giugno 2020, l'apertura della procedura di insolvenza è subordinata alla circostanza che i suoi presupposti sussistessero già al primo marzo 2020 (§ 3).

Un altro gruppo di regole, funzionali stavolta all'obiettivo di ridurre le occasioni di aggregazione, attiene poi al diritto societario e dei soggetti collettivi in genere.

Così, per le società per azioni, le società in accomandita per azioni, le società europee e le mutue assicuratrici, l'art. 2 (contenente il *Gesetz über Maßnahmen im Gesellschafts-, Genossenschafts-, Vereins-, Stiftungs– und Wohnungseigentumsrecht zur Bekämpfung der Auswirkungen der COVID-19-Pandemie*) stabilisce (§ 1) che talune decisioni concernenti lo svolgimento dell'assemblea generale possano essere prese dal consiglio di amministrazione anche ove ciò non sia previsto dallo statuto o dal regolamento interno: vengono in rilievo, in particolare, le decisioni che attengono alla partecipazione e al voto degli azionisti attraverso strumenti di comunicazione elettronica; quelle inerenti alla partecipazione attraverso modalità audiovisive dei membri del collegio sindacale; e, infine, quelle relative all'organizzazione stessa con tali modalità dell'assemblea generale. Sono poi individuati i requisiti nel rispetto dei quali il consiglio di amministrazio-



L'art. 5 – dedicato al diritto contrattuale – ha inserito all'interno della legge introduttiva al codice civile (*Einführungsgesetz zum Bürgerlichen Gesetzbuche – EGBGB*) l'art. 240, che, inizialmente, si sviluppava in quattro paragrafi, ai quali, come vedremo, se ne sono più avanti aggiunti altri tre.

La norma ha – in vario modo – attribuito a diverse categorie di debitori che, a causa della crisi sanitaria, si sono ritrovati nell'impossibilità materiale o economica di adempiere le proprie obbligazioni, specifiche forme di tutela consistenti nel riconoscimento di una temporanea facoltà di rifiutare, interrompere o rinviare l'esecuzione della prestazione. Il legislatore ha così inteso garantire al debitore – a seconda dei contesti, un consumatore o un imprenditore – la preservazione della liquidità necessaria, nel primo caso, a non intaccare il livello di sussistenza ritenuto intangibile, e, nel secondo caso, a non compromettere la stabilità finanziaria della sua attività, onde evitare che quest'ultima potesse restare irreparabilmente pregiudicata da una situazione eccezionale e transitoria.

Di primo acchito, dall'art. 240 EGBGB emerge il seguente assetto: il § 1, con riferimento a taluni rapporti di durata, sorti da contratti stipulati prima dell'otto marzo 2020, assegna ai consumatori e alle microimprese il diritto di rifiutare fino al 30 giugno 2020 la prestazione a cui sono tenuti quando, a causa di circostanze riconducibili alla pandemia Covid-19, l'adempimento non possa avvenire senza mettere a rischio il mantenimento del consumatore (o dei familiari che da lui dipendono) o le basi economiche della microimpresa [8]. Il § 2, invece, appresta una regola specifica per i contratti di locazione e di

---

ne può decidere che l'assemblea generale si tenga "virtualmente", ossia senza la partecipazione fisica degli azionisti o dei loro delegati. E a finalità analoghe si ispira altresì la disposizione (§ 2) che, nelle società a responsabilità limitata, ammette che i soci possano assumere decisioni al di fuori dell'assemblea generale, esprimendo il proprio consenso in *Textform* o per iscritto, pure quando non ricorrano le più rigide condizioni previste dal § 48 II GmbHG. Per le associazioni e le fondazioni, invece, è stata sancita la proroga dei componenti del consiglio direttivo in carica, fino alla loro revoca o alla nomina dei successori, e, in deroga al § 32 I BGB, si è inoltre stabilito che tale organo possa autorizzare i componenti dell'assemblea (anche ove non sia contemplato dallo statuto) a intervenire e a esercitare i loro diritti sociali mediante strumenti di comunicazione elettronica, oppure a far pervenire per iscritto il loro voto prima che si tenga l'assemblea e senza partecipare alla stessa (§ 5; e v. anche il terzo comma che apporta una deroga al § 32 II BGB). Infine, pure in materia di condominio è stata prolungata la permanenza dell'amministratore in carica fino alla sua revoca o alla nomina di un nuovo amministratore, e del pari è stata estesa fino all'adozione di un nuovo piano finanziario l'efficacia di quello approvato per ultimo dai condòmini (§ 6).

Ancora, un altro settore interessato dal provvedimento legislativo è stato quello della procedura penale (art. 3), dove si è aggiornata la disciplina dell'interruzione del dibattimento (§ 229 StPO) alle sopravvenienze ascrivibili alla crisi sanitaria, stabilendo, anzitutto, la sospensione del decorso dei termini di interruzione fino a quando il dibattimento non possa proseguire nel rispetto delle misure di prevenzione dei contagi, e comunque non oltre due mesi.

[8] Tale previsione appare meglio strutturata di quella dell'art. 3, comma 6-*bis*, d.l. 23 febbraio 2020, n. 6,



affitto concernenti immobili o vani immobiliari, la quale neutralizza il potere di disdetta del locatore, in caso di mancato pagamento dei canoni scaduti tra il primo aprile e il trenta giugno 2020, allorquando tale inadempimento sia del pari ascrivibile alla crisi sanitaria. Il § 3, infine, è rivolto ai contratti di mutuo stipulati dai consumatori prima del 15 marzo 2020, e stabilisce una dilazione legale delle obbligazioni restitutorie in scadenza tra il primo aprile e il trenta giugno 2020 e una regola di adattamento del contratto che lascia tuttavia impregiudicata la facoltà delle parti di addivenire a una diversa disciplina del rapporto; inoltre, è contemplata pure qui la sospensione della facoltà del mutuante di sciogliere il contratto.

Il § 4 concerne poi l'eventuale proroga delle soluzioni anzidette. Attesa, infatti, l'imprevedibilità della durata e delle ripercussioni della pandemia, tale norma autorizzava il governo federale, con decreto non richiedente l'approvazione del Bundesrat, a prolungare i termini della moratoria di cui al § 1, nonché le limitazioni al potere di disdetta dei rapporti di locazione e di affitto di cui al § 2 e alcune regole inerenti ai rapporti di mutuo di cui al § 3. All'uopo, era stato predisposto un meccanismo di prolungamento in due livelli. Al primo livello, l'arco temporale dei rimedi in questione avrebbe potuto essere esteso fino al 30 settembre 2020, là dove si fosse stimato che la vita sociale e le attività lavorative ed economiche di numerose persone e imprese sarebbero state ancora significativamente guastate dalla pandemia. Al secondo livello, invece, dette estensioni divenivano suscettibili di protrarsi anche oltre il 30 settembre 2020, attraverso un decreto del governo federale bisognoso stavolta dell'approvazione del Bundestag, allorquando i cascami della pandemia fossero proseguiti anche dopo l'entrata in vigore del precedente decreto [9].

I §§ 5 e 6, introdotti nei mesi di maggio e di luglio, hanno poi disciplinato le ricadute della pandemia sui contratti stipulati nell'ambito di alcuni settori sensibilmente colpiti dalle misure di contenimento. Il § 5, in particolare, ha previsto che là dove un evento

---

la quale, osserva G. DE CRISTOFARO, *Rispetto delle misure di contenimento anti Covid-19 ed esonero del debitore da responsabilità per inadempimento. Il comma 6*-bis *dell'art. 3 del d.l. 23 febbraio 2020, n. 6, introdotto dall'art. 91 del d.l. 17 marzo 2020, n. 18, conv. dalla l. 24 aprile 2020, n. 27*, in www.giuri.unife.it/it/coronavirus/diritto-virale, essendo potenzialmente applicabile a ogni rapporto contrattuale, presenta un livello tale di lacunosità e ambiguità solo in parte spiegabile con l'estrema urgenza che ne ha caratterizzato la genesi; inoltre, rivolgendosi a qualsiasi debitore e a qualsiasi creditore, essa non compie alcuna distinzione soggettiva basata sulla maggiore esposizione di determinate categorie di contraenti alle conseguenze dell'emergenza sanitaria.

[9] In quest'ultimo caso, peraltro, non era previsto un termine massimo al prolungamento delle misure, cosicché lo si sarebbe dovuto trarre, implicitamente, dall'art. 6 VI della legge di mitigazione, che fissa infatti nella data del 30 settembre 2022 quella in cui perderà vigore l'intero § 240 EGBGB.



musicale, culturale, sportivo o del tempo libero in genere non si sia potuto tenere a causa dell'emergenza sanitaria, ai possessori del biglietto possa essere corrisposto, almeno in prima battuta, un buono di valore pari all'importo pagato; e un'identica regola è stata stabilita anche rispetto ai contratti stipulati per l'accesso a strutture in cui si svolgano attività analoghe a quelle testé menzionate ma di cui sia stata disposta la provvisoria chiusura a causa del virus. Il § 6, invece, dettato in tema di contratti di viaggio "tutto compreso", ha, in modo più blando, ammesso soltanto che in caso di recesso di uno dei contraenti, per ragioni legate alla pandemia, l'organizzatore possa offrire al viaggiatore, anziché il prezzo versato, un buono da impiegare entro la fine del 2021, lasciando tuttavia inalterato il diritto di quest'ultimo di esigere subito la restituzione della somma versata.

Infine, il § 7, introdotto nel mese di dicembre, reca una presunzione tesa ad agevolare il ricorso al § 313 BGB da parte del conduttore o dell'affittuario di un fondo per uso non abitativo [10].

3. – Le regole appena riassunte sono andate ad arricchire il quadro del diritto comune normalmente preposto al trattamento delle alterazioni sopravvenute del rapporto sinallagmatico: quadro sul quale conviene intanto soffermarsi, sia per comprendere la valenza delle previsioni speciali, sia perché queste non escludono che uno spazio di operatività continui comunque a esserci pure per le norme codicistiche.

Orbene, quando la prestazione sia impossibile per il debitore o per chiunque, la pretesa del creditore viene meno ai sensi del § 275 I BGB, e, di conseguenza, anche quest'ultimo è liberato dall'obbligo di eseguire la controprestazione (§ 326 I BGB). Il § 275 I BGB si riferisce all'impossibilità "autentica" (*echte Unmöglichkeit*), che ricorre quando si è innanzi a un impedimento insormontabile, di natura fisica o giuridica, oggettiva o soggettiva; diversamente, in questa fase non rileva ancora l'eventuale imputabilità al debitore dell'impedimento, la quale entra invece in gioco per gli ulteriori profili risarcitori inerenti alla responsabilità dell'obbligato [11]. La norma attiene essenzialmente all'impossibilità definitiva, mentre non regola in modo specifico l'impossibilità temporanea (che è poi quella che principalmente dovrebbero comportare gli impedimenti legati all'emergenza sanitaria): secondo la dottrina prevalente, tuttavia, il precetto ivi contenuto copre pure l'impossibilità transitoria, la quale esclude dunque l'obbligo del

[10] V. nt. 42.

[11] D. LOOSCHELDERS, *Schuldrecht. Allgemeiner Teil*, 16. Aufl., München, 2018, 165.



debitore alla prestazione solo per il tempo in cui sussiste l'impedimento [12].

Anche l'incidenza della pandemia sui rapporti obbligatori non può prescindere da una valutazione circostanziata. Per esempio, di fronte all'obbligazione di realizzare una certa opera, in adempimento di un *Werkvertrag*, l'impossibilità appare configurabile là dove si sia avuta una chiusura dell'impresa o una carenza di lavoratori [13]; mentre, rispetto all'obbligazione di procurare al creditore beni determinati solo nel genere, in adempimento stavolta di un contratto di vendita, i margini di liberazione dalla prestazione divengono più stretti, atteso che il § 275 I BGB non è in sé incompatibile con i *Gattungsschulden*, ma, tuttavia, esso richiede la completa scomparsa dal mercato dell'intero genere a cui le cose appartengono, o che il loro approvvigionamento sia bloccato da un ostacolo giuridico invalicabile [14]. Quanto, poi, alle obbligazioni pecuniarie, la mancanza di liquidità del debitore non potrebbe mai, di per sé, valere come causa d'impossibilità della prestazione, posto che il § 275 BGB non si applica ai debiti in denaro e che la *Zahlungsunfähigkeit* non integra un'ipotesi soggettiva di impossibilità [15].

Là dove, invece, l'ostacolo non risieda nell'impossibilità della prestazione, ma nella maggiore onerosità che la sua esecuzione comporta, si profilano due alternative, in ragione del tipo di sopravvenienza che interferisce con la normale attuazione dell'obbligo.

Qualora, anzitutto, la prestazione richieda uno sforzo gravemente sproporzionato rispetto all'interesse del creditore, alla luce del contenuto del rapporto obbligatorio e del principio di buona fede, il § 275 II BGB attribuisce al debitore un'eccezione che gli consente di rifiutare l'adempimento (con la precisazione che, nella determinazione degli sforzi esigibili dall'obbligato, deve valutarsi pure se l'impedimento sia o meno a esso imputabile). Questa disposizione attiene all'impossibilità "pratica" della prestazione (*praktische Unmöglichkeit*), il cui superamento, cioè, esigerebbe una spesa esorbitante avuto riguardo all'interesse del creditore. L'esempio di scuola è quello dell'anello che deve essere consegnato al compratore ma che, al momento della consegna, cade in mare: in teoria, il suo recupero sarebbe magari ancora possibile, ma a un dispendio tale di risorse che non starebbe in alcun ragionevole rapporto col valore del monile [16]. Viceversa,

---

[12] D. LOOSCHELDERS, *op. cit.*, 164.

[13] CH. J. WAHNSCHAFFE, *The Impact of Covid-19 in German Contract Law*, in *Opinio Juris in Comparatione*, special issue, 2020, 2 s.

[14] D. LOOSCHELDERS, *op. cit.*, 162.

[15] D. LOOSCHELDERS, *op. cit.*, 162 s.; TH. ZERRES, *Bürgerliches Recht. Allgemeiner Teil, Schuldrecht, Sachenrecht, Zivilprozessrecht*, 9. Aufl., Berlin, 2019, 157.

[16] TH. ZERRES, *op. cit.*, 159 s.; D. LOOSCHELDERS, *op. cit.*, 166.



non rientra nel § 275 II BGB (ma, semmai, nel § 313 BGB [17]) l'impossibilità "economica" (*wirtschaftliche Unmöglichkeit*), la quale si verifica quando la prestazione diviene più onerosa in conseguenza di un sopraggiunto aumento dei prezzi di mercato, atteso che in simili evenienze aumenterà anche l'interesse stesso del creditore a riceverla, cosicché non muta il rapporto tra detto interesse e lo sforzo richiesto al debitore [18].

A fronte delle misure di contrasto della pandemia, il ricorso alla norma in questione è parso ammissibile quando, pur rimanendo stabili i prezzi di mercato, il costo della prestazione cresca a causa dell'incidenza della spesa che il debitore sostiene per adeguarsi ai necessari protocolli sanitari. Appare difficile fissare *ex ante* una soglia di sproporzione, tra lo sforzo economico del debitore e l'interesse del creditore, oltre la quale il debitore sarebbe sempre legittimato a sollevare l'eccezione in parola [19]; in linea di massima, però, è stato ipotizzato che l'eccezione sia plausibile quando si abbia una discrepanza di circa il 10-15% tra tali voci e si tratti di una prestazione che il creditore potrebbe nondimeno procurarsi anche presso terzi; ove, invece, la prestazione non sia suscettibile di essere reperita altrove, la soglia potrebbe salire fino al 20%, fermo restando, comunque, che non deve mai prescindersi da una valutazione caso per caso [20].

4. – L'altro istituto che potrebbe poi tornare utile nel nostro discorso è quello dell'alterazione del fondamento negoziale (*Störung der Geschäftsgrundlage*). In base al §

---

[17] V. par. successivo.

[18] D. LOOSCHELDERS, *op. cit.*, 166, sottolinea come l'espressione "*grobes Missverhältnis*" (§ 275 II BGB) implichi che solo in casi eccezionali potrà pervenirsi alla liberazione del debitore, fornendo all'uopo un utile esempio. Si supponga che A abbia alienato a B la sua auto, dal valore di 10.000 euro, per un prezzo pari al valore. Prima della consegna, il veicolo viene rubato (senza che vi abbia colpa il venditore) e in seguito ritrovato in una remota località: il compratore pretende la consegna del mezzo, poiché ha in mente di rivenderlo a terzi conseguendo un profitto di 10.000 euro, mentre il venditore si oppone, adducendo che le spese di trasporto ammonterebbero a 10.000 euro, ossia al prezzo concordato. In questo caso, una grave sproporzione tra gli sforzi richiesti al debitore e l'interesse del compratore alla prestazione non sarebbe ravvisabile, poiché i primi corrisponderebbero a 20.000 euro (pari al valore del mezzo più i costi del recupero) e su una medesima cifra si attesterebbe anche il secondo (considerando il valore dell'auto più il profitto che l'acquirente ricaverebbe dalla sua rivendita). È vero semmai che A subirebbe una perdita di 10.000 euro: ma, a ben vedere, tale perdita è dovuta unicamente al furto, e sarebbe gravata ugualmente su A anche qualora l'auto non fosse stata ritrovata, posto che in quel caso egli sarebbe stato sì liberato dalla prestazione di consegna, ai sensi del § 275 I BGB, ma, al contempo, avrebbe pure perso il diritto alla controprestazione per effetto del § 326 I BGB.

[19] CH. J. WAHNSCHAFFE, *op. cit.*, 3 e nt. 15.

[20] TH. RIEHM, *Corona und das Allgemeine Leistungsstörungsrecht*, in D. EFFER-UHE-A. MOHNERT (Hrsg.), *op. cit.*, 23.



313 BGB, quando le circostanze che costituiscono il fondamento del contratto sono notevolmente mutate in seguito alla stipulazione, al punto che le parti non lo avrebbero concluso o lo avrebbero concluso ad altre condizioni, se avessero previsto tali mutamenti, può allora essere preteso l'adeguamento del medesimo là dove, considerate tutte le circostanze del caso concreto, e in particolare la distribuzione pattizia o legale del rischio, da una parte non possa essere preteso il mantenimento del negozio al suo contenuto originario [21].

A dispetto della generalità del testo, la norma configura invero una fattispecie residuale, attivabile cioè solo in mancanza di previsioni convenzionali o normative [22] che provvedano specificamente a regolare la distribuzione del rischio che si è manifestato [23]. Tuttavia, nel contesto di cui ci occupiamo, essa potrebbe acquisire un non trascurabile rilievo, atteso che gli inconvenienti legati alla pandemia sono tendenzialmente estranei all'ordinaria ripartizione dei rischi compiuta dal *Leistungsstörungsrecht*, né gli stessi sono di solito presi in considerazione dalle clausole comunemente impiegate in materia di sopravvenienze (con l'eccezione delle clausole di "forza maggiore" e delle clausole "MAC") [24]. Inoltre, come vedremo, anche le previsioni introdotte *ad hoc* dalla legge di mitigazione non risultano prevalenti rispetto al § 313 BGB, stante la diversità dei profili trattati.

La fattispecie della *Störung der Geschäftsgrundlage* consta di tre requisiti: quello

---

[21] Quando ricorrono tutti gli elementi della fattispecie, il contraente che subisce la *Störung der Geschäftsgrundlage* ha una pretesa all'adeguamento del contratto, in forza della quale l'altro è tenuto a partecipare alle trattative e a prestare il proprio consenso alla modifica negoziale. Per ragioni di economia processuale, però, si ammette che la parte svantaggiata possa invero azionare subito la prestazione "adeguata", anziché prima esigere dall'altra il consenso all'adeguamento del contratto e poi l'esecuzione dello stesso. Ciò detto, secondo la giurisprudenza, sul contraente contro cui è diretta la richiesta di *Anpassung* graverebbe un vero e proprio obbligo (*Pflicht*), che in caso di inadempimento consentirebbe all'altro di chiedere il risarcimento del danno. In realtà, in dottrina si dubita di questa ricostruzione, osservandosi come il fatto che la parte titolata a chiedere l'adeguamento possa già raggiungere direttamente questo risultato, anche senza la cooperazione dell'altra, dovrebbe indurre a ritenere che a quest'ultima non faccia capo un obbligo, in senso tecnico, quanto un mero dovere (*Obliegenheit*), rispetto al quale mancherebbe quindi sia una pretesa all'adempimento, sia una pretesa al risarcimento del danno in caso di inosservanza; D. LOOSCHELDERS, *op. cit.*, 284.

Si rammenti, infine, che il terzo comma del § 313 BGB stabilisce che là dove l'adeguamento non sia possibile, o non sia esigibile da una delle parti, la parte svantaggiata possa recedere dal contratto; rimedio che nei contratti di durata è sostituito da quello della disdetta (*Kündigung*)

[22] Per le seconde si pensi, per esempio, alle norme sul recesso e la disdetta, sui vizi della cosa comprata, sull'impossibilità della prestazione o sull'annullabilità a causa di errore. In tal senso, un'altra norma da prendere in esame, e su cui torneremo in chiusura di questo scritto, è anche il § 651h III BGB, all'interno della disciplina del contratto di viaggio organizzato.

[23] D. LOOSCHELDERS, *op. cit.*, 280.

[24] TH. RIEHM, *op. cit.*, 15 s.



"fattuale", dato dal consistente mutamento delle circostanze che, al tempo della conclusione del contratto, le parti hanno comunemente assunto come presupposto della loro volontà contrattuale, o che almeno una di esse ha assunto come tale, ma in modo riconoscibile all'altra e senza che le venisse contestata questa rappresentazione [25]; quello "ipotetico", che richiede di indagare se i contraenti, qualora avessero previsto detto mutamento, avrebbero concluso l'affare a condizioni diverse o non lo avrebbero concluso affatto; e, infine, quello "normativo", in base al quale la pretesa di mantenere inalterate la pattuizioni originarie deve risultare irragionevole nei confronti della parte che subisce lo svantaggio [26].

Soprattutto quest'ultimo presupposto appare, tradizionalmente, di non facile riscontro, essendo alquanto rigoroso il vaglio che lo attende [27]. Di solito, infatti, la giurisprudenza subordina la revisione del contratto all'eccezionale evenienza che il suo mantenimento si riveli assolutamente incompatibile "con il diritto e la giustizia" [28], anche alla luce degli interessi di entrambi i contraenti e dei vantaggi che (assieme agli svantaggi) la parte pregiudicata dal cambiamento delle circostanze abbia nondimeno ricevuto [29]. A tal fine, come precisa il § 313 I BGB, assume un'importanza dirimente la presenza di criteri convenzionali o legali che accollino a uno dei contraenti il rischio che, in concreto, si sia poi verificato inficiando l'operazione economica: se, infatti, il contratto o la legge pongono una certa sopravvenienza a carico di una parte, non si potrà allora ottenere, mercé l'adattamento dei termini negoziali, un'allocazione alternativa della stessa [30].

---

[25] Al mutamento delle circostanze il § 313 II BGB equipara la successiva scoperta della falsità delle rappresentazioni essenziali che erano state assunte come fondamento del contratto.

[26] CH. J. WAHNSCHAFFE, *op. cit.*, 4.

[27] CH. J. WAHNSCHAFFE, *op. ult. loc. cit.*

[28] BGH 1° febbraio 2012, in *NJW*, 2012, 1718, e, prima della tipizzazione dell'istituto, BGH 11 ottobre 1994, in *NJW*, 1995, 47.

[29] TH. FINKENAUER, *§ 313*, in *Münchener Kommentar zum BGB*, 3, 8. Aufl., München, 2019, Rn. 76 s.; L.K. KUMKAR-W. VOß, *COVID-19 und das Institut der Geschäftsgrundlage. Zur Anwendbarkeit des § 313 BGB in der Gewerberaummiete bei Umsatzrückgängen und Geschäftsschließungen im Zusammenhang mit der Corona-Krise*, in *ZIP*, 2020, 898.

[30] K. GÖLDNER, *Die Grundsätze der Störung der Geschäftsgrundlage nach § 313 BGB und deren Anwendung in der Corona-Krise*, in *ZfIR*, 2020, 404 s.; D. LOOSCHELDERS, *op. cit.*, 283.Tra le ipotesi di ripartizione convenzionale del rischio rientrano, per esempio, la previsione di un diritto di recesso, che implicitamente esclude l'eventualità di un adeguamento negoziale (a meno che il recesso non sia ancorato solo a una specifica sopravvenienza: nel qual caso, il rimedio del § 313 BGB sarebbe disattivato solo per quella), e la pattuizione di un prezzo fisso (*Festpreis*) in cambio di una data prestazione, atteso che una simile modalità di determinazione del corrispettivo equivale, in via concludente, a un *Anpassungsausschluss*. Quanto alle ipotesi di ripartizione legale, si fa riferimento soprattutto ai principi generali, e specialmente a



D'altro canto, la crisi sanitaria esprime un avvenimento che sembra ben aderire allo schema della norma codicistica, condividendo del resto talune caratteristiche con altre gravi vicende della storia tedesca [31]. L'emergenza Covid, infatti, ha colto completamente impreparata pressoché ogni parte contrattuale, irrompendo drammaticamente su un vasto novero di relazioni negoziali ed esigendo, onde essere fronteggiata, l'adozione di misure pubbliche che hanno necessariamente impresso consistenti restrizioni alla vita sociale ed economica [32]. In effetti, la *Corona-Krise*, stravolgendo le basi su cui numerosi contratti si erano formati, ha avuto ripercussioni massicce sulla successiva esecuzione di tali rapporti (elemento "fattuale"), scoprendo il fianco a sopravvenienze che, almeno fino all'inizio del 2020, non potevano essere previste nella loro pervasiva portata (elemento "ipotetico"), e la cui origine risiede chiaramente in un evento – la pandemia – che non è ragionevolmente deferibile agli ordinari criteri legali di gestione del rischio contrattuale. Tali canoni, infatti, attengono a una classe di rischi "tipica" di ogni contratto, laddove, nel nostro caso, l'evento in sé è talmente al di fuori di qualsiasi parametro di ordinarietà e prevedibilità da non poter essere lasciato (in assenza di improbabili deroghe convenzionali) a carico di una parte soltanto: d'altronde, le variabili – scientifiche, sociali, di valutazione politica… – che ne governano le conseguenze enfatizzano ancor di più quel tratto di eccezionalità innanzi al quale una formalistica applicazione dei criteri in questione si rivelerebbe irrazionale, risolvendosi in un involontario "gioco d'azzardo" [33] (ed ecco dunque integrato pure l'elemento "normativo").

Ciò detto, le sopravvenienze a cui si appresta qui a reagire il § 313 BGB sono principalmente tre.

Anzitutto, quella della maggiore onerosità che, per l'aumento dei prezzi provocato dalla pandemia, determinate prestazioni potrebbero avere per il debitore, scombinando

---

quello che fa gravare il rischio sul soggetto che col minor costo può prevenirlo, ovvero su colui nella cui *Machtsphäre* si trova l'oggetto della prestazione: così, sul proprietario grava il rischio per la perdita di valore o la rovina del bene, mentre sul creditore di una prestazione in natura quello della sua diminuzione di valore, ma anche della possibilità di poterla poi utilizzare per lo scopo che intendeva perseguire; nelle obbligazioni pecuniarie, invece, incombe sul creditore il rischio della svalutazione monetaria, mentre sul debitore quello dell'insolvenza, posto che la mancanza di denaro non lo esonererebbe dalla responsabilità per inadempimento; e ancora, l'utilizzatore di condizioni generali di contratto sopporta il rischio della loro inefficacia (§§ 307 ss. BGB), mentre sul venditore di una cosa altrui grava il rischio del mancato o oneroso acquisto della cosa dal terzo, salvo che esso non sia stato diversamente regolato nel contratto: TH. FINKENAUER, *op. cit.*, Rn. 68 ss.

[31] M.-PH. WELLER-M. LIEBERKNECHT-V. HABRICH, *op. ult. loc. cit.*

[32] M.-PH. WELLER-M. LIEBERKNECHT-V. HABRICH, *op. ult. loc. cit.*

[33] K. GÖLDNER, *op. cit.,* 406.



così il nesso sinallagmatico fissato inizialmente dalle parti. Al riguardo, la norma ha un campo elettivo diverso da quello, sopra ricordato, del § 275 II BGB, riferendosi qui alla *Äquivalenzstörung*, la quale ricorre quando all'aumento del costo che la prestazione ha per il debitore, per effetto di circostanze fattuali o giuridiche successive alla stipulazione, consegue una considerevole alterazione del rapporto tra la prestazione e la controprestazione, contestualmente, stavolta, a un parallelo aumento dell'interesse del creditore verso la prestazione attesa (proprio in ragione del maggior valore che questa ha assunto)[34]. In dottrina, si fanno gli esempi dei contratti inerenti a beni che, a causa della crisi sanitaria, abbiano registrato un repentino incremento di domanda, come i disinfettanti o le mascherine, o che siano semplicemente divenuti di più difficile reperibilità sul mercato per effetto indiretto della pandemia, come gli asparagi, in seguito alla diminuzione dei lavoratori agricoli. In questi casi, se il prezzo per la fornitura di tali beni si mantenesse stabile rispetto a quanto inizialmente convenuto, l'aggravio di costo che il fornitore sostiene per l'approvvigionamento si tradurrebbe in un "valore aggiunto" per il compratore o, comunque, rifletterebbe pur sempre una crescita dell'interesse di quest'ultimo alla prestazione. Ora, di solito, nei contratti di fornitura, ancorché a lungo termine, tale rischio grava, in linea di principio, sul debitore. Tuttavia, un turbamento del nesso di corrispettività

[34] L'*Äquivalenzstörung* si incentra dunque sull'alterazione del rapporto tra prestazione e controprestazione stabilito nel contratto; poiché è l'autonomia privata, attraverso l'accordo, a definire tale rapporto, l'adeguamento (o addirittura lo scioglimento) del contratto previsto dal § 313 BGB postula necessariamente che l'alterazione si riveli di una certa gravità, ossia che si profili come notevole e imprevedibile. La differenza rispetto all'ipotesi di cui al § 275 II BGB sta in ciò, che nell'ottica di quest'ultima disposizione la proporzionalità è riferita unicamente al rapporto tra la prestazione in natura e l'interesse del creditore, cosicché la *grobe Unverhältnismäßigkeit* richiamata dalla norma si riscontrerà quando le spese necessarie per l'adempimento risultino esorbitanti rispetto a detto interesse. Viceversa, il giudizio sotteso al § 313 BGB prende in esame, anzitutto, la posizione del debitore, giacché occorre accertare se le maggiori spese che egli deve sopportare siano o meno proporzionate alla controprestazione attesa. In altri termini, il § 275 II BGB postula che l'interesse del creditore alla prestazione non cresca in conseguenza dell'incremento di spesa che l'adempimento richiede al debitore: ciò è quanto avviene nell'esempio, già rammentato, dell'anello che cade in mare prima di essere consegnato al compratore, dove all'enorme aumento delle spese a cui il debitore andrebbe incontro per recuperarlo non farebbe seguito un analogo incremento dell'interesse del creditore a riceverlo, atteso che il livello di tale interesse è già cristallizzato nel valore che era stato conferito al gioiello quando le parti ne avevano convenuto il prezzo. Al contrario, il § 313 BGB riguarda, invece, quei casi in cui all'incremento delle spese che il debitore deve sostenere per adempiere corrisponde pure un incremento dell'interesse del creditore alla prestazione: tale è l'ipotesi, caratteristica, della prestazione che diviene più onerosa in ragione di un generalizzato rialzo dei prezzi, poiché nell'aggravio di costo a carico del debitore si riflette pure l'aumento del valore del *Leistungsinteresse*. Il diverso piano su cui agiscono le due regole spiega anche come mai, nel primo caso, la legge, pur consentendo la liberazione dell'obbligato (evitandogli così di sobbarcarsi il maggior costo dell'adempimento), non lo renda automaticamente immune all'eventuale pretesa risarcitoria del creditore (§ 275 IV BGB), laddove, invece, nel secondo caso, il creditore non può mai reclamare alcun risarcimento dal debitore; sul punto, D. LOOSCHELDERS, *op. cit.*, 169 s., 285.



idoneo a innescare il meccanismo correttivo del § 313 I BGB potrebbe aversi là dove il costo della prestazione salisse in modo notevole e imprevedibile, in quanto innescato da cause – come appunto lo scoppio di una pandemia – da un lato estranee alla tipologia dei rischi tipicamente assunti dal fornitore, e, da un altro lato, prodromiche a una grande variazione del prezzo di beni (come i disinfettanti o le mascherine) che, per loro natura, sono in genere estranei a dinamiche speculative [35].

Gli altri due frangenti in cui può manifestarsi un'alterazione del fondamento negoziale sono poi quelli delle materiali complicazioni della fase attuativa del rapporto e della diminuzione dell'interesse del creditore alla prestazione.

La prima ipotesi dipende dal fatto che la maggior parte dei contratti è stipulata con la tacita accettazione che la loro esecuzione non comporti alcun rischio rilevante per la salute delle parti. Durante la crisi sanitaria, però, anche l'adempimento di accordi che, di per sé, non sarebbero pericolosi può incontrare significativi ostacoli, fino al punto di diventare inesigibile, là dove, per esempio, debba avvenire in una "zona rossa" o implichi un contatto con soggetti contagiati o in quarantena. In simili circostanze, contro la pretesa del creditore alla prestazione, il debitore potrebbe essere tutelato, oltre che dal secondo comma del § 275 BGB, pure dal terzo, che riconosce al soggetto vincolato a una prestazione che coinvolga la sua persona il potere di rifiutarne l'esecuzione ogniqualvolta si profili una situazione di individuale inesigibilità da reputarsi prevalente rispetto all'interesse del creditore [36]. Tale eccezione è suscettibile di essere sollevata solo in casi straordinari [37], tra i quali rientrerebbe tuttavia anche quello in cui alla regolare attuazione del rapporto si frapponesse un pericolo per la salute del debitore in quanto appartenente a

[35] M.-Ph. Weller-M. Lieberknecht-V. Habrich, *op. cit.*, 1022.

[36] Le conseguenze rimediali delle fattispecie previste ai commi secondo e terzo del § 275 BGB (nonché pure al comma primo) non sono direttamente regolate da questa disposizione, la quale, al quarto comma, chiarisce piuttosto che i diritti del creditore saranno determinati secondo i §§ 280, 283-285, 311a e 326 BGB. Ciò significa che la liberazione del debitore non comporta, di per sé, l'esonero da una possibile responsabilità contrattuale: la quale, però, richiederà la presenza degli elementi normalmente costitutivi della stessa, e dunque anche dell'imputabilità al debitore, ai sensi dei §§ 276 e 278 BGB, dell'evento che ha impedito il regolare adempimento; D. Looschelders, *op. cit.*, 235 s.

[37] Si rammentano, all'uopo, tanto esempi ormai classici, come quello della cantante che rinuncia al recital per accorrere dal figlio in pericolo di vita, quanto esempi più frequenti nella quotidianità, come quello del lavoratore subordinato che non renda la sua prestazione per recarsi a una visita medica indifferibile, oppure del debitore che non esegua la prestazione per assistere un parente gravemente malato. Appare altresì ascrivibile al § 275 III BGB pure l'impedimento che si fondi sull'obiezione di coscienza del debitore, in ragione del rilievo accordato alla *Gewissensfreiheit* dall'art. 4 I GG, purché il conflitto tra l'adempimento e le convinzioni del debitore non fosse a quest'ultimo prevedibile al momento della conclusione del contratto (emblematico è il caso del postino che si rifiuti di consegnare materiale proveniente da un partito di estrema destra o da una setta religiosa: BVerwG, 29 giugno 1999, in *NJW*, 2000, 88); D. Looschelders, *op. cit.*, 171.



una categoria vulnerabile [38]. Senonché, alla liberazione bilaterale delle parti – e dunque al dissolvimento dell'affare – (§ 326 I BGB) è qui preferibile il mantenimento in vita del vincolo attraverso una rimodulazione del suo contenuto, ai sensi del § 313 BGB [39], la quale contempli, per esempio, una modifica del luogo o delle modalità di adempimento, o il rinvio del tempo dello stesso, o, ancora, la riduzione della quantità delle merci dovute [40].

Infine, come accennato, il § 313 BGB può essere invocato pure quando l'interesse del creditore alla prestazione si sia ridotto o sia venuto addirittura del tutto meno. La norma, infatti, concerne anche l'eventualità della *Zweckstörung*, e, segnatamente, della compromissione del *Verwendungszweck*. Di solito, il rischio che la prestazione non possa più essere utilmente impiegata dal creditore grava su quest'ultimo. Tuttavia, la possibilità di utilizzo della stessa in vista di uno scopo preciso è idonea a integrare anche un elemento costitutivo del fondamento negoziale, là dove questo intento sia conosciuto (o debba esserlo) all'altro contraente e risulti a tal punto decisivo, per il funzionamento razionale dell'operazione economica, da doverlo ritenere condiviso in quanto penetrato nello *Zweck* del negozio: cosicché, poi, la pretesa di detto contraente all'esecuzione del contratto, anche qualora non vi fossero più le condizioni per la realizzazione del suo scopo, sarebbe da respingere perché contrastante con il generale principio che vieta di *venire contra factum proprium* [41]. Siffatti inconvenienti possono essere occasionati pure

---

[38] TH. RIEHM, *op. cit.*, 37.

[39] È qui opportuna una precisazione, in quanto, di solito, l'impossibilità della prestazione non lascerebbe margini all'adattamento del contratto ai sensi del § 313 BGB, posto che il § 275 BGB, rispetto a quest'ultima norma, risulta "prioritario" (v. nt. 22). Tuttavia, come evidenziato anche nel testo, la crisi sanitaria rappresenta un evento così eccezionale e imprevedibile da collocarsi al di fuori del novero dei rischi tipici del *Leistungsstörungsrecht*, giustificando pertanto soluzioni flessibili che lascino spazio, ove possibile, anziché allo scioglimento del contratto, alla sua rimodulazione attraverso il § 313 BGB; TH. RIEHM, *op. ult. locc. citt.* Sul punto, v. CH. GRÜNEBERG, *§ 275*, in *Palandt. BGB*, 79. Aufl., München, 2020, Rn. 29.

[40] M.-PH. WELLER-M. LIEBERKNECHT-V. HABRICH, *op. ult. loc. cit.* K. GÖLDNER, *op. cit.*, 409, ipotizza il caso di un contratto concluso tra un insegnante e degli studenti per l'impartizione di lezioni private: se le misure di distanziamento sociale impediscono alle parti di riunirsi in una medesima stanza per lo svolgimento delle lezioni, in luogo dello scioglimento del contratto per impossibilità della prestazione è sicuramente preferibile optare, ove possibile, per il suo adeguamento, posto che l'emergenza sanitaria non fa venire meno l'interesse degli studenti a ripassare gli argomenti di studio e quello dell'insegnante a trarre un guadagno dalla propria attività. Così, si potrebbe prevedere che le lezioni si svolgano *online*, anziché in presenza, salvo tuttavia il diritto del singolo partecipante di disdire il contratto qualora, per esempio a causa dell'insufficiente qualità della sua connessione Internet, non fosse in condizione di seguire con profitto le lezioni tenute in questa modalità.

[41] D. LOOSCHELDERS, *op. cit.*, 286.

Un caso significativo in giurisprudenza, prima ancora che fosse codificato l'istituto dell'alterazione del fondamento negoziale, era stato quello di un'associazione che, per festeggiare il carnevale del 1991, aveva organizzato un evento e ingaggiato un'orchestra da ballo per due serate. Senonché, a seguito dello scoppio



dall'emergenza sanitaria: si pensi all'"effetto domino" suscettibile di discendere dalla cancellazione di un evento pubblico, il cui annullamento travolge l'utilità di tutte le prestazioni che, in modo più o meno diretto, attorno a quell'evento ruotavano (la cancellazione di una festa cittadina, per esempio, renderebbe vano, tra l'altro, il contratto con cui gli organizzatori avevano ingaggiato una banda, nonché quello che a loro volta i suonatori avevano stipulato con un vettore per il trasporto sul luogo della manifestazione). E ancora, il fondamento negoziale potrebbe altresì dirsi caduto rispetto a quei contratti di locazione o affitto di immobili stipulati appositamente per lo svolgimento di una data attività, nota al locatore, quando poi questa attività non possa esservi svolta a causa dei divieti tesi a prevenire la diffusione del virus, e ciò soprattutto là dove appaia imprevedibile la durata della situazione emergenziale [42].

Resta, a questo punto, da chiedersi se innanzi a fattispecie negoziali suscettibili di essere trattate secondo il § 313 BGB, ma di cui si occupano al contempo le norme dell'art. 240 EGBGB (come, per esempio, i contratti di locazione), la regola codicistica venga soppiantata dalla disciplina speciale. In realtà, come accennato, tale disciplina lascia so-

---

della guerra del Golfo, la sala concessa dal comune era stata negata, e la manifestazione conseguentemente cancellata, in quanto reputata inopportuna alla luce della gravità dei fatti internazionali. Ciò nondimeno, in seguito alla disdetta del committente, i musicisti agiscono in giudizio per chiedere il pagamento del corrispettivo (ai sensi del § 649 S. 2 aF – v. ora il § 648 S. 2 BGB), ma la Corte di Appello di Karlsruhe respinge la loro richiesta, affermando come la ragione del recesso risiedesse in un rischio che doveva supporsi gravare ugualmente su entrambe le parti, sicché gli orchestrali, secondo buona fede, avrebbero dovuto ritenersi vincolati solo in quanto permanessero quelle condizioni che avrebbero consentito uno svolgimento della festa che non urtasse la sensibilità dell'opinione pubblica (OLG Karlsruhe, 15 maggio 1992, in *NJW*, 1992, 3176).

[42] M.-PH. WELLER-M. LIEBERKNECHT-V. HABRICH, *op. ult. loc. cit.*

Al riguardo, è stato recentissimamente aggiunto un ulteriore paragrafo all'art. 240 EGBGB – il settimo – proprio al fine di precisare che, nelle locazioni non abitative e negli affitti, se gli immobili o i vani locati non sono utilizzabili dall'impresa del conduttore o dell'affittuario, o lo sono solo con significative restrizioni, a causa delle misure statali di contrasto della pandemia, si presume allora che, in seguito alla conclusione dell'accordo, sia notevolmente mutata una circostanza che in origine costituiva il fondamento del contratto ai sensi del § 313 I BGB. La norma, introdotta dall'art. 10 del *Gesetz zur weiteren Verkürzung des Restschuldbefreiungsverfahrens und zur Anpassung pandemiebedingter Vorschriften im Gesellschafts-, Genossenschafts-, Vereins– und Stiftungsrecht sowie im Miet– und Patentrecht* del 22 dicembre 2020, mirerebbe a rendere più agevole per il conduttore e l'affittuario invocare il § 313 BGB, dettando all'uopo una presunzione di avvenuto mutamento delle circostanze fondamentali. Infatti, già in precedenza era possibile avvalersi di questa disposizione, ma nella prassi si erano tuttavia registrate incertezze che erano talvolta sfociate nel rifiuto del locatore di rinegoziare il contratto (BT-Drs 19/25322, 19). Senonché, in dottrina si dubita che la nuova regola abbia una concreta utilità, non comportando l'automatica applicazione del § 313 BGB né prescindendo dall'accertamento di tutti i requisiti sostanziali del medesimo: M. BRINKMANN-G. THÜSING, *Pandemiefolgen in der Gewerberaummiete: Geschäftsgrundlage, Vermutung, Risikozuweisung und Verfahrensbeschleunigung. Kritische Gedanken aus Anlass eilends verabschiedeter Mietgesetzgebung (Art. 240 § 7 EGBGB; § 44 EGZPO)*, in *NZM*, 2021, 5 ss.



stanzialmente impregiudicata la facoltà delle parti di ricorrere al § 313 BGB, giacché essa affronta un problema diverso da quello dell'alterazione del fondamento negoziale. L'art. 240 EGBGB, infatti, contiene disposizioni a tutela del debitore che, a causa della pandemia, si ritrovi in una situazione di difficoltà finanziaria che non gli consente di adempiere la prestazione se non mettendo a rischio il suo sostentamento o la continuazione della sua attività economica. Per aiutare il debitore a superare dette difficoltà, la legge ha allora predisposto talune ipotesi di moratoria o di differimento degli obblighi contrattuali, accompagnate dalla sospensione del diritto di disdetta del creditore: ma tali strumenti agiscono sul piano attuativo del rapporto, mirando a preservare la liquidità dell'obbligato, e non, come il § 313 BGB, sul piano genetico del contratto, le cui pattuizioni originarie restano infatti immutate. Del resto, tra i rischi fronteggiati dal § 313 BGB non rientra quello dell'insostenibile perdita di liquidità del debitore, a cui, in vario modo, risponde invece l'art. 240 EGBGB: sicché, non essendo le due norme sovrapponibili, quanto a premesse ed effetti, entrambe si mantengono operative nei rispettivi ambiti [43].

5. – Esaminati gli aspetti di diritto generale delle obbligazioni e dei contratti, possiamo adesso soffermarci sull'art. 240 EGBGB, il cui carattere contingente è sottolineato fin dall'emblematica rubrica "regole di diritto contrattuale dovute alla pandemia COVID-19".

Il § 1 I assegna al consumatore – a certe condizioni – il diritto di rifiutare l'adempimento di una prestazione, originata da un contratto di durata concluso prima dell'otto marzo 2020, quando la sua solvibilità sia stata compromessa a causa della diffusione del virus SARS-CoV-2 [44].

Il § 1 II conferisce poi un'analoga eccezione alle microimprese, adattandone i presupposti sostanziali al diverso profilo soggettivo.

Tali norme non possono essere derogate in senso sfavorevole al debitore (§ 1 V); tuttavia, esse non si applicano (§ 1 IV) ai contratti di locazione e affitto di cui al § 2, né ai contratti di mutuo, che (ove conclusi da consumatori) del pari ricevono una disciplina specifica al § 3, né ai contratti di lavoro, per i quali la vigente normativa di settore già presenta soluzioni diversificate allorquando la prestazione del lavoratore risulti impedita [45].

---

[43] L.K. KUMKAR-W. VOß, *op. cit.*, 894 s.; K. GÖLDNER, *op. cit.*, 408.

[44] Sulla durata dell'eccezione, v. il secondo par. di questo scritto.

[45] BT-Drs 19/18110, 35.



L'eccezione riservata ai consumatori postula, in primo luogo, e in linea con la definizione che di *Verbraucher* dà il § 13 BGB, che il negozio sia stato concluso per uno scopo personale, e dunque che non sia riconducibile in modo prevalente all'attività imprenditoriale o professionale eventualmente svolta dal debitore. Deve inoltre trattarsi di un autentico rapporto privatistico: restano pertanto estranei al campo dell'eccezione, per esempio, gli obblighi contributivi della previdenza sociale e le prestazioni pecuniarie basate su vincoli di diritto pubblico [46].

In secondo luogo, come accennato, il contratto deve essere stato stipulato prima dell'otto marzo 2020, indicando tale data il "*Pandemiestichtag*", ossia il termine fino al quale è stato ritenuto plausibile che le implicazioni della crisi sanitaria non fossero ancora concretamente immaginabili alla gran parte dei consociati; viceversa, coloro che abbiano concluso in seguito l'affare, si suppone lo abbiano fatto nella consapevolezza di tale rischio, e dunque accettando di sopportarne gli eventuali riflessi sulla loro condizione finanziaria [47].

Inoltre, il contratto deve aver dato luogo a un rapporto obbligatorio di durata, ossia a una relazione che non si esaurisce in uno scambio istantaneo di prestazioni ma si proietta nel futuro, col risultato che l'entità complessiva della principale prestazione tipica sarà quantificabile in ragione del tempo trascorso (sono gli stessi rapporti di cui parla anche il § 314 BGB). Al netto delle esenzioni già ricordate (§ 1 IV), ai fini della norma vengono anzitutto in rilievo i contratti assicurativi, i contratti di somministrazione di beni (acqua, energia elettrica, gas…) e i contratti di fornitura di servizi di telecomunicazione [48].

L'eccezione in discorso, però, non vale indistintamente per tutti i rapporti di durata, ma solo per quelli "essenziali" (*wesentliche Dauerschuldverhältnisse*), ossia indispensabili a garantire al consumatore l'adeguata erogazione di un servizio di interesse generale (§ 1 I S. 3). La natura del servizio e il soddisfacimento di un congruo livello di fabbisogno sono, insomma, i criteri che delimitano la validità dell'eccezione.

Riguardo al primo requisito, può osservarsi come la categoria dei servizi pubblici evocata dalla norma, attraverso il concetto di *Daseinsvorsorge*, sia oggi sensibilmente più ampia di quanto non lo fosse al tempo in cui era stata elaborata da Ernst Forsthoff, nel 1938. Attualmente, infatti, in essa rientrano non solo i trasporti pubblici e la somministrazione di energia elettrica, gas e acqua, ma, per effetto dell'indole sociale e demo-

---

[46] R. GAIER, *Art. 240 § 1 EGBGB*, in *Münchener Kommentar zum BGB*, 13, 8. Aufl., München, 2021, Rn. 7.

[47] R. GAIER, *op. cit.*, Rn. 8.

[48] R. GAIER, *op. cit.*, Rn. 9.



cratica dello Stato tedesco proclamata dall'art. 20 I GG, anche prestazioni di natura molto diversa tra loro: vi si annoverano, infatti, i servizi di scarico delle acque reflue e la raccolta dei rifiuti; il servizio postale e quelli di telecomunicazione; i servizi sanitari, e specialmente l'assistenza ospedaliera e quella rivolta alle persone non autosufficienti o anziane; le attività degli istituti d'istruzione, nonché delle istituzioni sportive, dei teatri e delle radio; le prestazioni delle banche e delle assicurazioni; le prestazioni sociali volte al sostentamento degli indigenti, alla cura della salute e all'assistenza [49]. Ciò detto, però, le ipotesi interessate dall'eccezione di cui al § 1 sono, invero, assai più ristrette di quel che queste indicazioni potrebbero lasciare intendere. Infatti, tranne che per i servizi di telecomunicazione, negli altri casi molto spesso il vincolo non ha natura privatistica oppure non corrisponde a un rapporto di durata, e questo quand'anche il contratto sia magari indubbiamente diretto all'acquisto di beni che soddisfano un bisogno primario, come gli alimenti o i vestiti.

Quanto poi al secondo requisito, non deve essere enfatizzata la prescrizione che subordina l'eccezione alla circostanza che il consumatore si avvalga del servizio in misura adeguata. Si esclude, infatti, che la norma solleciti una valutazione in termini strettamente quantitativi e che autorizzi un sindacato sull'utilizzo che il consumatore fa del servizio, consentendo magari al fornitore di ridurne l'erogazione. Più semplicemente, la disposizione tende solo a impedire che l'eccezione possa essere invocata onde ritardare il pagamento di un servizio di cui il consumatore abbia usufruito in maniera manifestamente eccessiva e sproporzionata [50].

Alla luce di queste considerazioni, è apparso che all'eccezione possa efficacemente ricorrersi nel quadro di rapporti contrattuali relativi alla fornitura di energia elettrica, acqua, gas e teleriscaldamento, ma anche di beni e servizi come la linea telefonica, la linea Internet, la tv via cavo (non le pay-tv), i giornali e le riviste, stante l'importanza che questi strumenti hanno in vista di una piena inclusione del cittadino nella comunità e della sua consapevole partecipazione, attraverso l'accesso ai mezzi di informazione, alla vita sociale, culturale e politica del paese. Inoltre, l'eccezione è sembrata altresì attivabile nei rapporti derivanti da assicurazioni obbligatorie (v., per esempio, il § 193 III VVG in materia di assicurazione sanitaria, o il § 1 PflVG sulla responsabilità civile automobilistica), con l'esclusione, dunque, delle assicurazioni volontarie e di quelle di tipo pubblicistico. Diversamente, l'eccezione non può invece essere sollevata dal singolo condomino onde

[49] R. GAIER, *op. cit.*, Rn 12.

[50] R. GAIER, *op. cit.*, Rn 13.



differire il pagamento delle spese condominiali, non essendo ravvisabile tra questi e il condominio un rapporto di consumo [51].

Ciò premesso, l'eccezione sorge quando il debitore, a seguito di circostanze riconducibili alla pandemia, abbia subito diminuzioni di reddito che non gli permettono di adempiere la prestazione senza mettere a repentaglio il suo adeguato sostentamento o quello dei familiari che da lui dipendono.

In ordine al profilo eziologico, la norma si riferisce qui alla diminuzione o alla perdita totale del reddito che il consumatore sconti a causa della pandemia, a prescindere dalla natura autonoma o subordinata del lavoro svolto, dal carattere transitorio o durevole dell'alterazione patrimoniale e dal fatto che questa sia direttamente o indirettamente [52] imputabile alla crisi sanitaria. Vi è un legame diretto quando il consumatore, per esempio, abbia dovuto sospendere la propria occupazione dopo aver contratto l'infezione, mentre sono indirette tutte le conseguenze che sulle sue entrate abbiano avuto le restrizioni alla vita sociale ed economica che hanno condotto all'annullamento di manifestazioni e di eventi, all'interruzione di attività commerciali e alla chiusura di locali aperti al pubblico, con le immaginabili implicazioni che da ciò possono essere discese per coloro che da tale circuito traevano in tutto o in parte il loro reddito. Tra le ricadute indirette della pandemia sono state ascritte anche le mancate entrate scaturite dal tempo di lavoro a cui i genitori abbiano dovuto rinunciare onde provvedere all'accudimento dei figli in seguito alla chiusura di scuole e asili; nonché, inoltre, le sospensioni di attività, soprattutto nel settore alberghiero e manifatturiero, quand'anche non imposte dalle misure di contenimento dei contagi ma da esigenze di tutela della salute dei dipendenti o dal crollo della domanda della clientela. Infine, sono altresì da attribuire alla crisi sanitaria le flessioni che sul loro reddito abbiano registrato i liberi professionisti che, per effetto delle regole di distanziamento sociale, abbiano visto sfumare occasioni di lavoro [53].

Quanto, invece, all'individuazione del livello di sostentamento che non può essere intaccato, mentre per ciò che riguarda i familiari che dal consumatore dipendono si suggerisce il rinvio alle c.d. tabelle di Düsseldorf, che sono generalmente impiegate dai tribunali nei procedimenti familiari inerenti al mantenimento, per ciò che concerne, invece, il debitore in prima persona, appare problematico avvalersi dei criteri comunemente applicati in materia di alimenti, dove pure è previsto l'esonero dell'obbligato là dove non sia

---

[51] R. GAIER, *op. cit.*, Rn 14 ss.

[52] M. SCHMIDT-KESSEL-CH. MÖLLNITZ, *Coronavertragsrecht – Sonderregeln für Verbraucher und Kleinstunternehmen*, in *NJW*, 2020, 1104.

[53] R. GAIER, *op. cit.*, Rn. 19.



in grado di adempiere "senza mettere in pericolo il proprio adeguato mantenimento" (§ 1603 I BGB). In quel contesto, infatti, la franchigia che può comportare l'esenzione dall'obbligo alimentare oscilla a seconda dei soggetti tra i quali il rapporto sorge (§ 1603 II BGB). Deve invece considerarsi che l'art. 240 § 1 EGBGB intende sollevare temporaneamente il consumatore da quelle obbligazioni, assunte in costanza del suo precedente tenore di vita, che non sono tuttavia suscettibili di un'immediata riduzione. Sicché, occorre piuttosto valutare fino a quale soglia un ridimensionamento della *Lebensführung* del debitore sia plausibile e ragionevole: dunque, per esempio, mentre si potrà ammettere che il consumatore, al fine di saldare i propri debiti, eviti di acquistare beni di lusso e voluttuari, non si potrà, invece, richiedere allo stesso di ridurre le somme destinate all'acquisto di generi alimentari [54].

Un'ultima precisazione, infine, a proposito delle pretese creditorie la cui coercibilità l'eccezione è idonea a bloccare momentaneamente. Il § 1 guarda a ogni pretesa che stia "in relazione a" un contratto dei consumatori: non si intendono, così, solo le pretese volte all'adempimento di un'obbligazione principale (*Hauptleistungspflicht*), ossia avente ad oggetto il pagamento al professionista del corrispettivo, potendosi infatti includere nell'alveo della disposizione anche le pretese "secondarie", attinenti, cioè, al pagamento degli interessi moratori o al risarcimento del danno. Resta invece dubbio se l'eccezione sussista pure quando la pretesa fosse esigibile già prima dell'otto marzo 2020: mentre alcuni lo negano, non vedendo la giustificazione di un simile beneficio [55], altri sostengono che il dato letterale non imponga un'interpretazione restrittiva, ma segnalano nondimeno come, quando l'obbligazione sia scaduta prima del "*Pandemiestichstag*", il suo inadempimento, nel dubbio, non sia da ascrivere alla crisi sanitaria, ma, verosimilmente, a una situazione pregressa e indipendente, e tale quindi da confutare in radice uno dei presupposti dell'eccezione [56].

6. – Come anticipato, anche il secondo comma del § 1 dell'art. 240 EGBGB conferisce alle microimprese una *Einrede* simile a quella prevista al primo comma [57].

Pure qui, l'eccezione postula che il rapporto obbligatorio di durata [58] sia originato da

---

[54] R. GAIER, *op. cit.*, Rn. 20 s.

[55] M. BRÄNDLE, *Art. 240 § 1 EGBGB: Niemand zahlt mehr an niemanden*, in *ZAP*, 2020, 372.

[56] R. GAIER, *op. cit.*, Rn. 27.

[57] Per l'individuazione delle microimprese la norma rinvia alla nota raccomandazione della Commissione europea del 6 maggio 2003.

[58] Valgono anche qui le esclusioni di cui al quarto comma.



un contratto concluso prima dell'otto marzo 2020 e che si tratti altresì di un rapporto "essenziale": ovvero, volto a procurare quelle prestazioni necessarie all'adeguata continuazione dell'impresa. Rientrano in tale categoria i contratti di somministrazione di acqua, gas, energia elettrica e teleriscaldamento, quelli relativi ai servizi di telecomunicazione, quelli di locazione o *leasing* di macchinari, strumenti e veicoli aziendali, così come i contratti di assistenza e di magazzinaggio e le assicurazioni obbligatorie. Il limite dell'adeguatezza sottintende, invece, che i servizi in parola debbono essere commisurati a un utilizzo ragionevole basato sull'attuale fabbisogno della microimpresa, volendosi evitare che l'eccezione costituisca l'alibi di piani di sviluppo che, nelle contingenze economiche del caso, apparirebbero ingiustificatamente avventurosi [59].

Un'importante differenza rispetto all'eccezione del consumatore sta nel fatto che, mentre quella può essere opposta, in definitiva, solo nei confronti della pretesa di carattere pecuniario del creditore, l'eccezione delle microimprese, diversamente, è opponibile anche verso la pretesa del creditore all'esecuzione di una prestazione in natura o di un servizio. Ciò si evince tanto dai lavori preparatori [60], quanto dalla sistematica del § 1 [61] e dalla nozione di *wesentliche Dauerschuldverhältnisse* rilevante ai fini del secondo comma (§ 1 II S. 3) [62], la quale è infatti suscettibile di racchiudere pure quei rapporti di durata in cui la microimpresa sia obbligata a una *Sach–* o *Dienstleistung* in cambio di un corrispettivo [63].

La microimpresa può sollevare l'eccezione in due ipotesi, che debbono nondimeno essere determinate da circostanze riconducibili alla pandemia, ovvero: quando non possa eseguire la prestazione, e quando non possa eseguirla senza mettere in pericolo i fondamenti economici della propria attività (§ 1 II Nr. 1 e 2).

La prima ipotesi ricorre là dove vi sia un'impossibilità (anche solo parziale o transitoria) di eseguire la prestazione ai sensi del § 275 I BGB: il che lascia fuori da questa

---

[59] R. GAIER, *op. cit.*, Rn. 31-34.

[60] BT-Drs 19/18110, 34.

[61] Se infatti fosse in gioco solo l'obbligo della microimpresa di pagare il corrispettivo di un servizio ricevuto risulterebbe superflua la fattispecie di cui al § 1 II Nr. 1, posto che la difficoltà della microimpresa di adempiere la prestazione in denaro sarebbe già ben rappresentata al Nr. 2 della stessa norma; CH. MÖLLNITZ-M. SCHMIDT KESSEL, *Art. 240 §§ 1-4 EGBGB*, in H. HIRTE-H. VALLENDER (Hrsg.), *Uhlenbruck. Insolvenzordnung*, cit., Rn. 36.

[62] Tra le prestazioni che caratterizzano i rapporti di durata essenziali, in quanto "necessarie all'adeguata continuazione dell'impresa", rientrano infatti anche quelle relative al pagamento di un compenso che alla microimpresa derivi dallo svolgimento della sua attività commerciale; R. GAIER, *op. cit.*, Rn. 35.

[63] R. GAIER, *op. ult. loc. cit.*



eventualità le obbligazioni pecuniarie, atteso che il debito di denaro, per sua natura, non diviene mai impossibile [64].

La seconda ipotesi, invece, presuppone, anzitutto, la riduzione della capacità patrimoniale della microimpresa di adempiere le proprie obbligazioni per cause legate, in modo diretto o indiretto, all'emergenza sanitaria. Il legislatore ha anzitutto pensato alle ipotesi più frequenti, alla luce delle misure pubbliche di contrasto del virus: nei lavori preparatori si immagina così che le difficoltà finanziarie della microimpresa derivino dal fatto che questa non possa entrare in contatto con i clienti, oppure che i suoi dipendenti non possano presentarsi al lavoro, o, ancora, che gli ordini dei committenti siano stati intanto cancellati [65]. La casistica è assai varia, atteso, tra l'altro, che numerose attività sono state temporaneamente chiuse, mentre altre hanno visto diminuire sensibilmente, per effetto del coprifuoco e delle misure di distanziamento sociale, sia il numero dei dipendenti in servizio sia quello dei clienti [66].

Orbene, ai sensi del § 1 II Nr. 2, l'eccezione può essere esercitata quando l'adempimento delle obbligazioni della microimpresa, in un quadro già gravato dalle perdite provocate dagli inconvenienti ora ricordati, rischi di innescare una serie di problemi di liquidità che, se inarrestata, finirebbe col rendere irragionevole la continuazione stessa dell'impresa. Lo scopo dell'eccezione, insomma, è quello di consentire alle microimprese di attraversare il periodo della crisi sanitaria mantenendo liquidi sufficienti alla loro sopravvivenza [67].

Quanto alle pretese suscettibili di essere provvisoriamente arginate dall'eccezione, vengono anzitutto in rilievo quelle connesse all'obbligo di pagare il corrispettivo di un rapporto di durata essenziale: per cui, per esempio, l'eccezione potrà essere rivolta all'assicuratore che richieda il pagamento del premio o al fornitore dell'energia elettrica o di un servizio di telecomunicazione che reclami la rimunerazione della fornitura. Tutta-

---

[64] R. GAIER, *op. cit.*, Rn. 37, che osserva tuttavia come il Nr. 1 del § 1 II si riveli utile soprattutto per inibire le pretese secondarie eventualmente connesse con l'impossibilità della prestazione principale (ove, in particolare, il debitore si sia assunto il rischio di approvvigionamento). Rispetto a quest'ultima, invece, non trova molto spazio l'impossibilità giuridica dipendente dai provvedimenti pubblicistici che hanno imposto la chiusura provvisoria di alcune attività. In tal caso, infatti, da un lato, alla base dell'eccezione, mancherebbe molto spesso un rapporto di durata (avendo detti provvedimenti riguardato anzitutto ristoranti, parrucchieri e negozi al dettaglio); mentre, dall'altro lato, anche là dove un rapporto di durata vi fosse, già dalle norme generali discenderebbe la liberazione parziale o temporanea del debitore. Sul punto, v. anche A.-M. KAULBACH-B. SCHOLL, *Die vertragsrechtlichen Regelungen in Art. 240 EGBGB: Voraussetzungen, Rechtsfolgen, offene Fragen*, in *Vertragsrecht in der Coronakrise*, cit., 114 s.

[65] BT-Drs 19/18110, 33.

[66] R. GAIER, *op. cit.*, Rn. 38.

[67] R. GAIER, *op. cit.*, Rn. 39.



via, come accennato, l'eccezione può essere qui altresì opposta al creditore che esiga la prestazione in natura o il servizio allorquando l'adempimento (anche al di là del § 275 II e III BGB) avrebbe conseguenze esiziali per la solidità economica della microimpresa. Si pensi a un'attività che, a causa della pandemia, avesse visto crollare il proprio giro di affari e fosse rimasta aperta solo per i pochi clienti con i quali intratteneva già un rapporto di durata: se questa apertura implicasse costi insostenibili per la microimpresa, e che potrebbero essere evitati attraverso la momentanea chiusura, essa sarebbe allora legittimata, in base alla norma in esame, a rifiutare le sue prestazioni [68].

Come già osservato a proposito del consumatore, infine, l'eccezione può essere sollevata pure qui verso pretese contrattuali "secondarie" quali quelle al pagamento degli interessi e al risarcimento del danno [69].

7. – Messi in luce gli elementi costitutivi dell'eccezione dilatoria, possono adesso esserne meglio illustrati gli effetti, i quali, a prescindere da chi sia il debitore (se un consumatore o una microimpresa), restano sempre i medesimi.

L'eccezione, attivabile senza particolari formalità [70], postula il diritto del debitore di rifiutare provvisoriamente l'esecuzione della prestazione (*Leistungsverweigerungsrecht*), la cui coercibilità è quindi temporaneamente sospesa. Il debitore non può pertanto cadere in mora nell'arco di durata dell'eccezione, né è obbligato al pagamento degli interessi di cui al § 288 BGB [71]. Dal canto suo, invece, il creditore continua a essere tenuto a eseguire la controprestazione senza potersi avvalere della comune eccezione di inadempimento (§ 320 BGB): se così non fosse, del resto, sarebbe vanificato l'intento della norma di evitare al debitore di restare privo dell'utilità apportata dalla controparte [72].

Qualora il servizio ricevuto fosse quantitativamente eccessivo rispetto al fabbisogno normale del consumatore, o alla misura richiesta dalla normale conduzione della microimpresa, il *Leistungsverweigerungsrecht* avrà un'efficacia parziale, ossia circoscritta

---

[68] R. GAIER, *op. cit.*, Rn. 38, 41.

[69] R. GAIER, *op. cit.*, Rn. 42.

[70] Si discute anzi se il debitore debba espressamente richiamarvisi (M. SCHMIDT-KESSEL-CH. MÖLLNITZ, *op. cit.*, 1105) oppure no, bastando all'uopo anche un comportamento concludente (R. GAIER, *op. cit.*, Rn. 45).

[71] R. GAIER, *op. cit.*, Rn. 48. Sono da ritenersi precluse anche le altre sanzioni, legali o contrattuali, dell'inadempimento, come, per esempio, quelle dell'interruzione della fornitura dell'energia elettrica o del gas previste, rispettivamente, dal § 19 StromGVV e dal § 19 GasGVV. L'eccezione può inoltre essere sollevata anche quando sia già in corso una procedura esecutiva.

[72] M. SCHMIDT-KESSEL-CH. MÖLLNITZ, *op. cit.*, 1105; R. GAIER, *op. cit.*, Rn. 44.



alla sola quota di prestazione riferibile al margine di tutela accordato dalla legge [73].

La stabilità degli effetti dell'eccezione, entro il lasso di validità della stessa, è subordinata alla permanenza dei requisiti che ne hanno legittimato l'esercizio: se, dunque, i redditi del consumatore o la situazione finanziaria della microimpresa avessero in seguito un miglioramento tale per cui l'adempimento dei loro obblighi non rappresentasse più un fattore di rischio, l'efficacia dell'eccezione verrebbe, a quel punto, inesorabilmente meno [74].

Comunque, pur in presenza di tutti i suoi presupposti, l'effetto dilatorio non è inevitabile. Esso, infatti, può essere impedito dalla c.d. clausola di ragionevolezza, che realizza un contemperamento tra gli interessi delle due parti, posto che il creditore, in seguito all'eccezione, si ritrova a subire un rinvio della prestazione attesa e finanche a dover rinunciare alle utilità (gli interessi moratori) che di regola discenderebbero dal ritardo.

La ragione di questo bilanciamento risiede nella tutela costituzionale dei diritti di credito, la quale viene ricavata o dal più generale riconoscimento della libertà contrattuale (art. 2 I GG) [75], o, come sembra preferibile, dalla garanzia del diritto di proprietà (art. 14 I GG), che si estende infatti alle posizioni creditorie in quanto situazioni soggettive di tipo patrimoniale [76]. Da questo punto di vista, l'eccezione si profila come un elemento conformativo del contenuto e dei limiti sostanziali di queste situazioni (ai sensi dell'art. 14 I S. 2 GG), ma, d'altro canto, essa non può comportare un sacrificio unilaterale e ingiustificato delle medesime, impegnando piuttosto il legislatore a una valutazione comparativa preliminare che stabilisca la soglia oltre la quale la *Einrede* non appare più ragionevole nel quadro di un'equilibrata ponderazione delle posizioni delle parti [77].

Il punto di caduta di tale valutazione viene fissato al terzo comma del § 1, il quale stabilisce che, nei contratti del consumatore, l'eccezione non opera quando la mancata esecuzione della prestazione metterebbe a rischio i fondamenti economici dell'attività del professionista; mentre, nei contratti della microimpresa, l'eccezione non può del pari essere fatta valere quando il differimento della prestazione metterebbe in pericolo l'adeguato sostentamento del creditore o dei familiari che da lui dipendono o, ancora, i fondamenti economici della sua attività [78].

Nel primo caso, la norma, richiamandosi alla salvaguardia dei «wirtschaftliche

---

[73] R. GAIER, *op. cit.*, Rn. 46.

[74] R. GAIER, *op. cit.*, Rn. 47.

[75] BT-Drs 19/18110, 35.

[76] BVerfG 7 dicembre 2004, in *NJW*, 2005, 879.

[77] R. GAIER, *op. cit.*, Rn. 50.

[78] È onere del creditore eccepire, a sua volta, tali circostanze al debitore.



Grundlage», risponde alla medesima esigenza sottesa al requisito previsto (nei rapporti tra imprese) al Nr. 2 del secondo comma, ovvero quella di evitare che contingenti problemi di liquidità possano compromettere irreparabilmente la prosecuzione di un'attività economica. Tale esigenza, però, viene adesso in considerazione non al fine di ammettere l'eccezione, quanto, invece, di escludere che questa possa essere avanzata dal consumatore. Il legislatore paventa qui le implicazioni che avrebbe, per il creditore, un ricorso in massa all'eccezione in uno spazio di tempo ridotto; tuttavia, simili preoccupazioni sembrano destinate a ridimensionarsi, quantomeno innanzi a talune classi di imprenditori, come le grandi compagnie che distribuiscono energia elettrica o servizi di telecomunicazione, le quali, per dimensioni e struttura, dovrebbero essere in grado di assorbire anche un esercizio su larga scala del *Leistungsverweigerungsrecht*.

Quanto, poi, alle ipotesi di immunità verso l'eccezione sollevata dalla microimpresa, si contempla, in primo luogo, il caso in cui l'eccezione metta a rischio l'adeguato sostentamento del creditore o dei familiari che da lui dipendono, evocandosi così lo stesso requisito previsto dal § 1 I, ma stavolta, anche qui, non in chiave costitutiva bensì preclusiva degli effetti della *Einrede*. La prestazione la cui esecuzione si impedisce al debitore di rifiutare è quella avente ad oggetto il pagamento in denaro di un corrispettivo, posto che solo l'inadempimento di un debito pecuniario è idoneo a compromettere direttamente il mantenimento del creditore o dei suoi familiari. Non è invece necessario che il pagamento debba essere eseguito nei confronti di una persona fisica: è sufficiente che questa tragga il proprio reddito dall'attività economica in favore della quale la prestazione deve essere resa. In secondo luogo, l'eccezione può altresì essere bloccata pure là dove il ritardo della prestazione metta a rischio i fondamenti economici dell'attività del creditore; in tal caso, l'obbligazione può avere ad oggetto non solo una somma di denaro, ma, ove il creditore sia un imprenditore, anche una prestazione in natura o un servizio indispensabili alla prosecuzione stessa dell'attività della controparte della microimpresa [79].

Quando l'eccezione venga neutralizzata dalla clausola di ragionevolezza, il debitore ha facoltà di disdire il contratto di durata (§ 1 III S. 3). Si tratta di una disdetta per giusta causa, che, in mancanza di regole specifiche, soggiace alla disciplina del § 314 BGB. Normalmente, lo scioglimento del contratto non farebbe cadere la legittimazione a chiedere il risarcimento del danno (§ 314 IV BGB), ma, in questo caso, una pretesa risarcitoria non è concepibile, non essendo la ragione della disdetta imputabile alla controparte [80].

---

[79] R. GAIER, *op. cit.*, Rn. 52.

[80] R. GAIER, *op. cit.*, Rn. 53.



8. – I §§ 2 ss. dell'art. 240 EGBGB sono dedicati a specifici contratti.

Il § 2 concerne i contratti di locazione e affitto di fondi o vani immobiliari. La norma – inderogabile a svantaggio del conduttore e dell'affittuario – stabilisce che il locatore non può sciogliere mediante disdetta un rapporto di locazione o affitto per il solo fatto che il locatario o l'affittuario non abbia pagato regolarmente i canoni scaduti nel periodo compreso tra il primo aprile e il trenta giugno 2020 [81], allorquando tale inadempimento sia dovuto alle ripercussioni della pandemia Covid-19. Il nesso tra il mancato pagamento del canone e l'emergenza sanitaria, prosegue la disposizione, deve essere adeguatamente dimostrato, mentre restano impregiudicate le eventuali altre ragioni che potrebbero legittimare una disdetta del locatore. La tacitazione del diritto di disdetta, infine, vale fino al 30 giugno 2022 [82]: se dopo tale data il conduttore seguitasse ancora a non corrispondere i canoni arretrati, l'inadempimento diverrebbe a quel punto idoneo a giustificare lo scioglimento del contratto senza preavviso [83].

A differenza della disciplina della moratoria (§ 1) e di quella sui contratti di mutuo (§ 3), la tutela del conduttore e dell'affittuario non dipende dalla data in cui il contratto è stato concluso, cosicché essa spetta anche al contraente che abbia stipulato il negozio in un momento in cui era già consapevole delle ricadute che la pandemia avrebbe potuto avere sulla sua sfera patrimoniale [84].

L'esclusione della disdetta, come accennato, riguarda solo l'inadempimento dell'obbligo di corresponsione del canone. Pertanto, la disdetta non potrà essere impedita, tra

---

[81] Benché il dato testuale non sia del tutto chiaro, l'esegesi più coerente con la natura emergenziale della disposizione ha indotto a ritenere che la limitazione del diritto di disdetta debba valere solo per i canoni scaduti durante il periodo tra il primo aprile e il trenta giugno 2020, e non anche per quelli che siano già scaduti in precedenza e risultino poi semplicemente ancora dovuti; M. HÄUBLEIN, *Art. 240 § 2 EGBGB*, in *Münchener Kommentar zum BGB*, cit., Rn. 12.

[82] Può sembrare singolare che la cessazione degli effetti dei primi tre commi del § 2 sia stata fissata dal quarto comma tre mesi prima che cessino gli effetti dell'intero art. 240 EGBGB (art. 6 VI legge di mitigazione). La discrasia si spiega col fatto che, in una prima versione, la sospensione del diritto di disdetta avrebbe dovuto riguardare i canoni scaduti fino al 30 settembre 2020, mentre la perdita di efficacia del § 2 era stata fissata al 30 settembre 2022; in seguito, però, per le pressioni della CDU/CSU, il primo periodo è stato ridotto di tre mesi, e, coerentemente, è stato diminuito anche il secondo, creandosi così uno iato rispetto al termine finale di efficacia dell'art. 240 EGBGB; M. HÄUBLEIN, *op. cit.*, Rn. 2.

[83] M. HÄUBLEIN, *op. cit.*, Rn. 34.

[84] Il diverso trattamento di questa ipotesi, rispetto alle altre due ricordate nel testo, è stato spiegato con la minore invasività che qui presenta l'intervento legislativo. Ciò detto, si è però osservato come sull'aspirante conduttore, che già al tempo della conclusione del contratto conosca le difficoltà di pagamento in cui potrebbe incorrere, gravi un dovere precontrattuale di informazione, il cui mancato assolvimento potrebbe portare all'annullamento del negozio (123 BGB) o alla disdetta straordinaria per giusta causa (§ 543 I BGB): M. HÄUBLEIN, *op. cit.*, Rn. 8.



l'altro, quando sia motivata dall'esigenza del locatore di adibire l'immobile ad abitazione propria o dei suoi familiari (§ 573 II Nr. 2 BGB); quando il mancato pagamento del canone discenda non dalla pandemia, ma magari dalla volontà del debitore o da una situazione di insolvenza non imputabile alla crisi sanitaria; quando, ancora, il conduttore si renda inadempiente rispetto al pagamento di somme che non appartengono tecnicamente al canone (ma integrano, per esempio, cauzioni o spese di gestione dell'immobile), oppure ad obblighi contrattuali di altro genere (§§ 543 I, 573 II Nr. 1 BGB) [85].

Quanto al nesso tra l'inadempimento e la pandemia, è sufficiente un collegamento anche solo indiretto, come quello riconducibile ai provvedimenti pubblicistici di contenimento dei contagi o ai cambiamenti che l'emergenza sanitaria ha indotto nei comportamenti delle persone. L'incapacità del conduttore o dell'affittuario di far fronte all'obbligazione di pagare il canone potrà così dipendere, per esempio: nelle locazioni commerciali, dalla temporanea chiusura dell'attività economica, dall'infezione contratta dal conduttore o dai suoi dipendenti, dalla diminuzione del numero dei clienti o dal mancato ricevimento delle merci; e, nelle locazioni abitative, dalla perdita del posto di lavoro, dalla collocazione del conduttore in *Kurzarbeit* [86], dalla riduzione (per i lavoratori autonomi) delle occasioni professionali, o da spese impreviste sempre legate alla pandemia [87].

Sul piano applicativo, si pone il problema del sacrificio esigibile dal conduttore o dall'affittuario prima di beneficiare della limitazione del diritto di disdetta. Ci si è chiesti, infatti, se questa misura valga solo a vantaggio del conduttore che si ritrovi improvvisamente in una situazione di incapienza, o se, diversamente, essa operi pure quando il debitore disponga comunque di un patrimonio attuale, ma ritenga di non essere nelle condizioni di provvedere al versamento del canone. Alla luce della funzione della norma, è sembrata preferibile la seconda interpretazione: il conduttore o l'affittuario, quindi, non sarà tenuto a impiegare indiscriminatamente i suoi beni onde compensare le mancate entrate e saldare il debito con il locatore, dovendo piuttosto rispondere verso quest'ultimo con il patrimonio liquido di cui dispone, ancorché in misura non superiore a quella oltre cui risulterebbero compromessi il proprio adeguato mantenimento o quello delle persone che da lui dipendono o, ancora, la conduzione della sua impresa [88].

---

[85] M. HÄUBLEIN, *op. cit.*, Rn. 29.

[86] Si tratta di un istituto che consente a un'impresa in difficoltà economica di evitare i licenziamenti attraverso una diminuzione della prestazione lavorativa dei suoi dipendenti a fronte di una riduzione dello stipendio, che viene parzialmente integrato dallo Stato.

[87] M. HÄUBLEIN, *op. cit.*, Rn. 16-18.

[88] M. HÄUBLEIN, *op. cit.*, Rn. 19 s.



Infine, è da segnalare come la restrizione temporanea del diritto di disdetta del locatore non faccia venire meno le ordinarie possibilità che la legge offre al conduttore di sanare l'inadempimento e di impedire o rendere inefficace la disdetta (§§ 543 II S. 2 e 3, 569 III Nr. 2 BGB): le nuove disposizioni, infatti, si affiancano a quelle già previste dal codice civile a favore del conduttore senza tuttavia sostituirvisi [89].

9. – Come già le disposizioni in precedenza esaminate, pure il § 3 dell'art. 240 EGBGB, dedicato ai contratti di mutuo conclusi dai consumatori [90], mira a scongiurare quell'"effetto domino" che la pandemia potrebbe avviare nelle sfere patrimoniali dei privati. La norma persegue un obiettivo di stabilizzazione del sistema economico che riflette un impiego funzionalizzante del diritto privato in vista della realizzazione di un interesse pubblico [91]. Storicamente, essa si inserisce nel solco di quelle ipotesi di *Vertragshilfe*, apparse dopo la seconda guerra mondiale, che ammettevano una dilazione, e talora perfino una riduzione, degli obblighi del debitore; con la differenza, però, che in quei casi tali esiti non si verificavano *ex lege*, ma in virtù di un pronunciamento del giudice [92].

Di base, la disciplina stabilisce, per i contratti di mutuo conclusi dai consumatori prima del 15 marzo 2020, che, a certe condizioni, le obbligazioni restitutorie del mutuatario, previste nel periodo intercorrente tra il primo aprile e il trenta giugno 2020, siano di diritto differite di tre mesi dal giorno della loro scadenza. Inoltre, si dispone una limitazione dell'ordinario diritto del mutuante di sciogliere il contratto mediante disdetta.

Il diverso *Stichtag*, rispetto a quello del § 1, si spiega col fatto che normalmente la stipulazione di un mutuo richiede una più lunga fase precontrattuale e che, di solito, nel credito immobiliare, il contratto di vendita precede quello di finanziamento [93].

Il § 3 si applica ai negozi che, ai sensi del § 491 BGB, rappresentano un contratto di mutuo ai consumatori, restando invece indifferente che si tratti di *Allgemein* – o *Immobiliarverbraucherdarlehensverträge*, secondo la distinzione compiuta al § 491 II e III

---

[89] M. HÄUBLEIN, *op. cit.*, Rn. 37.

[90] L'ottavo comma del § 3 autorizzava altresì il governo federale a estendere, con decreto richiedente l'approvazione del Bundestag ma non quella del Bundesrat, la disciplina in parola anche ad altri soggetti, tra cui, in particolare, le microimprese.

[91] CH. A. WEBER, *Art. 240 § 3 EGBGB*, in *Münchener Kommentar zum BGB*, cit., Rn 2.

[92] CH. A. WEBER, *op. cit.*, Rn 3., che rammenta, tra l'altro, il § 1 del *Gesetz über die richterliche Vertragshilfe* del 26 marzo 1952.

[93] BT-Drs 19/18110, 38; T.B. LÜHMANN, *op. cit.*, 1321.



BGB. Vengono così in gioco tutti i contratti di mutuo onerosi che non rientrino nelle eccezioni annoverate al § 491 II S. 2, III S. 2 e 4 BGB [94].

Perché operi il differimento delle obbligazioni del mutuatario occorrono due requisiti: che il consumatore abbia sofferto una perdita di entrate riconducibile a circostanze straordinarie causate dalla pandemia Covid-19; e che, alla luce di tali perdite, la pretesa del mutuante al pagamento di quanto dovuto appaia inesigibile.

Il primo requisito postula un collegamento tra la diminuzione delle entrate e la crisi sanitaria da intendersi, anche qui, in senso ampio, ossia in via diretta e indiretta. Così, tale nesso vi sarà non solo quando la situazione economica del mutuatario si sia deteriorata avendo egli contratto l'infezione, o avendo la sua attività subito un arresto a causa dei provvedimenti pubblicistici di contrasto del virus, ma pure quando egli abbia dovuto sospendere o ridurre la propria occupazione per accudire i figli a seguito della chiusura di scuole e asili. Questa interpretazione risulta coerente col dato testuale del § 3 I S. 1, il quale non si riferisce strettamente alla pandemia Covid-19, bensì agli «außergewöhnlichen Verhältnisse» cagionati dalla propagazione della medesima [95].

Il secondo requisito, invece, ricorre, in particolare, quando l'esecuzione della prestazione metta in pericolo l'adeguato livello di sostentamento del mutuatario o delle persone al cui mantenimento è obbligato [96] (§ 3 I S. 2). In linea di massima, ed entro detto limite, i pagamenti che il mutuatario può compiere attingendo a risorse liquide (come i depositi bancari) sono da ritenersi esigibili allorquando non risulti in concreto prevedibile che tali risorse abbiano un'altra destinazione; viceversa, il mutuatario non è tenuto a vendere immediatamente un immobile o a prendere in locazione un appartamento meno costoso, né, in generale, a "svendere" i beni che gli appartengono [97].

---

[94] CH. A. WEBER, *op. cit.*, Rn. 8.

[95] CH. A. WEBER, *op. cit.*, Rn. 12 s. La norma include le perdite di entrate di ogni genere. Non solo, quindi, quelle del lavoratore dipendente che resti senza occupazione o sia posto in *Kurzarbeit*, ma anche quelle che sconta il lavoratore autonomo o l'imprenditore a causa di una diminuzione del volume di affari e degli utili.

[96] Vengono qui in gioco tutte le tipologie di obblighi legali di mantenimento, quali quelle di cui ai §§ 1360 ss., 1570 ss., 1601 ss., 1615l ss. BGB.

[97] CH. A. WEBER, *op. cit.*, Rn. 16, che profila tuttavia una diversa soluzione per quanto concerne le azioni e gli investimenti caratterizzati da un rischio speculativo.

Si discute inoltre se, ai fini della valutazione di esigibilità della prestazione, debba tenersi conto della facoltà del mutuatario, che abbia anche altri debiti e non sia in grado di adempierli contestualmente a quello verso il mutuante, di rifiutare l'adempimento delle altre obbligazioni avvalendosi dell'eccezione prevista al § 1. In altri termini, ci si è chiesti se il mutuatario, in una situazione del genere, sia o meno tenuto a esercitare anzitutto il *Leistungsverweigerungsrecht* onde destinare le risorse così risparmiate al pagamento del debito col mutuante. Parte della dottrina è di questo avviso, sottolineando come la moratoria di cui al § 1 sia



Quando sono presenti tutti gli elementi costitutivi della *Stundung*, gli obblighi del mutuatario al rimborso del capitale e degli interessi che scadrebbero tra il primo aprile e il trenta giugno 2020 vengono di diritto rinviati di tre mesi rispetto alla loro scadenza. Resta comunque ferma la facoltà del consumatore di adempiere regolarmente le sue obbligazioni, secondo i termini originariamente pattuiti, posto che la norma incide sulla esigibilità, e non sulla eseguibilità, della prestazione: in tal caso, la dilazione si considererà non avvenuta (§ 3 I S. 3 e 4), inibendosi altresì ogni successiva pretesa restitutoria, a prescindere dalla consapevolezza o meno del mutuatario circa il differimento dei suoi obblighi [98].

Benché non sia espressamente stabilito, l'opinione preferibile ritiene che la dilazione debba essere gratuita, e dunque che non si producano interessi durante la medesima. Tale conclusione (pur non condivisa da tutta la dottrina) appare maggiormente in linea con la gratuità che caratterizza l'eventuale adeguamento legale del contratto ai sensi del quinto comma del § 3 [99], nonché con l'obiettivo del provvedimento di "dare respiro al consumatore" [100], posto che non vi è dubbio che una dilazione gratuita offra al debitore più ossigeno di una onerosa [101].

La disciplina prevista al § 3 I non è imperativa: essa, infatti, può essere convenzionalmente derogata dalle parti, soprattutto al fine di stabilire pagamenti parziali, di regolare la restituzione del capitale o degli interessi e di ristrutturare il debito (§ 3 II). Tali deroghe saranno tuttavia soggette alla *Inhaltskontrolle* del § 307 I BGB là dove vengano apportate mediante condizioni generali di contratto oppure attraverso una clausola destinata a essere utilizzata una volta soltanto e sul cui contenuto il consumatore non abbia potuto influire (§ 310 III Nr. 2 BGB). Peraltro, essendo qui esplicitamente incoraggiata dal legislatore la rinegoziazione del contratto, come a breve vedremo, si ritiene che il

---

un mezzo di preservazione della liquidità del debitore (CH. MÖLLNITZ-M. SCHMIDT KESSEL, *op. cit.*, Rn. 154). Altra parte, invece, più condivisibilmente, nega che la sistematica dell'art. 240 EGBGB imponga un simile ordine di priorità, segnalando come il § 3, ai commi quarto e quinto, punti a una soluzione sostenibile di più lungo periodo di quella delineata al § 1: ma tale ambizione sarebbe tuttavia vanificata qualora il debitore dovesse invece avvalersi prioritariamente della moratoria (CH. A. WEBER, *op. cit.*, Rn. 17. Peraltro, poiché, a differenza della moratoria, il rinvio delle obbligazioni del mutuatario opera *ex lege*, è stato altresì osservato come si debba piuttosto considerare se non siano proprio gli effetti di tale differimento a confutare il presupposto dell'eccezione di cui al § 1 basato sulla circostanza che l'adempimento del rapporto di durata metta a rischio, nel caso concreto, l'adeguato sostentamento del debitore: R. GAIER, *op. cit.*, Rn. 23).

[98] CH. MÖLLNITZ-M. SCHMIDT KESSEL, *op. cit.*, Rn. 158.

[99] BT-Drs 19/18110, 40.

[100] BT-Drs 19/18110, 37.

[101] CH. A. WEBER, *op. cit.*, Rn. 24 s.



sindacato sulle pattuizioni in deroga debba seguire un criterio più discreto di quello consueto [102].

Durante la dilazione, il mutuante non può esercitare il diritto di disdetta che normalmente gli spetterebbe in caso di mora del consumatore (§ 498 BGB) e di significativo peggioramento delle condizioni economiche del mutuatario o del valore di una garanzia prestata per il mutuo (§ 490 I BGB; Nr. 19 III Alt. 2 AGB-Banken) (§ 3 III): eventuali dichiarazioni di disdetta che pervenissero al mutuatario in tale arco di tempo sarebbero quindi inefficaci. Siffatta franchigia, tuttavia, non vale qualora risulti irragionevole per il mutuante ai sensi del sesto comma. Restano, invece, sempre ferme le altre cause di disdetta ammesse dalla legge (come quella al § 488 III BGB) [103].

Il § 3 IV stabilisce che il mutuante è tenuto a offrire al consumatore un'occasione di dialogo (anche attraverso mezzi di comunicazione a distanza) al fine di verificare l'adottabilità di regole convenzionali e di particolari misure di supporto del debitore. La norma ha un duplice scopo: da un lato, promuove la ricerca di soluzioni condivise che siano il più possibile aderenti alle specificità del singolo caso; da un altro lato, esorta altresì le parti a trovare un accordo onde gestire il rapporto nel periodo successivo alla dilazione [104]. All'eventuale mancanza di intesa supplirà la regola integrativa prevista al § 3 V, la quale sancisce il prolungamento di tre mesi dell'intero rapporto contrattuale e la conseguente posticipazione delle rate del mutuo: in questo modo, si evita al mutuatario, al termine dei tre mesi di dilazione, di dover sostenere, per il trimestre successivo, un gravoso rimborso "doppio", composto cioè, oltre che dalle rate che erano state sospese, da quelle che sono poi ulteriormente scadute [105].

Là dove il consumatore benefici della *Stundung*, sul mutuante grava un vero e proprio obbligo di avviare l'anzidetta fase interlocutoria, salvo quando la stessa si riveli in radice manifestamente inutile (come sarebbe qualora il mutuatario dichiarasse spontaneamente di non volerla intraprendere) [106] o quando il rinnovo delle trattative non appaia in concreto esigibile dal mutuante (là dove, per esempio, il mutuatario si fosse in precedenza mo-

---

[102] CH. A. WEBER, *op. cit.*, Rn. 29.

[103] Le disposizioni di cui al terzo comma sono inderogabili a svantaggio del consumatore.

[104] CH. A. WEBER, *op. cit.*, Rn. 35.

[105] T.B. LÜHMANN, *op. cit.*, 1323. Tale prolungamento, però, si giustifica solo in quanto concretamente necessario a impedire il doppio aggravio del mutuatario: sicché, se egli avesse comunque pagato una rata, e avesse beneficiato della dilazione solo per le altre due, il prolungamento del rapporto sarebbe allora di due mesi soltanto.

[106] CH. A. WEBER, *op. cit.*, Rn. 36.



strato notevolmente inaffidabile) [107]. In tutti gli altri casi, se il mutuante non si attiene a questa direttiva può essere chiamato a risarcire il danno, ove un danno sussista e siano altresì integrati i requisiti della responsabilità per violazione di un obbligo previsti dal § 280 I BGB [108].

Come già nella fattispecie di cui al § 1, anche qui il beneficio accordato al consumatore non opera indiscriminatamente. Se, infatti, il diritto del mutuante è suscettibile di subire una restrizione, in vista di un prevalente obiettivo d'ordine sociale, ciò, tuttavia, non esonera il legislatore dal compiere quel bilanciamento di interessi che non può mai risolversi nell'ingiustificata soccombenza di una situazione giuridica (quella appunto del creditore) che gode pur sempre di una copertura costituzionale, discendente dalla garanzia che ricevono dall'art. 2 I GG la libertà contrattuale e il diritto alla conduzione di un'attività economica [109] e, soprattutto, dall'art. 14 I GG i diritti di credito in quanto tali [110].

Il punto di equilibrio tra i contrapposti interessi è fissato dal sesto comma del § 3, il quale stabilisce che i commi dal primo al quinto non si applichino là dove appaia irragionevole infliggere al mutuante il differimento delle pretese restitutorie e la sospensione del diritto di disdetta, secondo un giudizio che deve essere svolto sulla base di tutte le circostanze rilevanti del singolo caso, inclusi i cambiamenti delle condizioni generali di vita riconducibili all'emergenza sanitaria. Al riguardo, i lavori preparatori evocano ipotesi di gravi o prolungate violazioni degli obblighi contrattuali da parte del consumatore, come, per esempio, l'aver millantato fraudolentemente l'esistenza di una garanzia o l'aver alienato la medesima prima o durante la situazione eccezionale determinata dalla pandemia, posto che siffatti comportamenti arrecano un serio pregiudizio alla posizione creditoria [111]. In realtà, però, tali esemplificazioni non sembrano molto significative, poiché simili condotte, non rientrando tra le ipotesi escluse dal terzo comma, legittimerebbero comunque il diritto di disdetta del mutuante (ai sensi dei §§ 490 III, 314 BGB, e del Nr. 19 III AGB-Banken); cosicché, da questo punto di vista, la previsione in parola non avrebbe una grande utilità. Al fine di attribuire un qualche rilievo alla norma, la si è allora letta nel senso di ravvisarvisi un'immunità analoga a quella contemplata al § 1 III S. 1

---

[107] CH. MÖLLNITZ-M. SCHMIDT KESSEL, *op. cit.*, Rn. 172.

[108] CH. A. WEBER, *op. cit.*, Rn. 36; CH. MÖLLNITZ-M. SCHMIDT KESSEL, *op. cit.*, Rn. 174. Diversamente, T.B. LÜHMANN, *op. cit.*, 1323, secondo cui sul mutuante non graverebbe un vero e proprio obbligo di comunicare col mutuatario.

[109] BT-Drs 19/18110, 38.

[110] T.B. LÜHMANN, *op. cit.*, 1325.

[111] BT-Drs 19/18110, 40.



a proposito della moratoria generale: pertanto, in quest'ottica, il mutuante non sarebbe tenuto a sopportare la dilazione e la privazione temporanea del diritto di disdetta là dove le ricadute patrimoniali di tali opzioni rischiassero di metterne a repentaglio la tenuta economica, come potrebbe accadere qualora la clientela si avvalesse largamente e contestualmente del differimento dei pagamenti [112].

10. – Con leggi successive a quella del 27 marzo 2020 sono stati inseriti due ulteriori paragrafi all'art. 240 EGBGB, al fine di definire le sorti di determinati rapporti negoziali la cui attuazione è stata pregiudicata in modo significativo dalla pandemia. In particolare, con il § 5 sono state disciplinate le conseguenze derivanti dalla cancellazione di eventi dal vivo o dalla chiusura di attività che erogano servizi che comportano di solito la compresenza di una pluralità di fruitori, mentre con il § 6 sono state regolate le ripercussioni che l'emergenza sanitaria ha avuto sui contratti di acquisto di pacchetti turistici.

Tali discipline sono accomunate dalla facoltà, riconosciuta al debitore della prestazione guastata dalla situazione emergenziale, di corrispondere al creditore un buono anziché la somma di denaro che aveva ricevuto [113]. La soluzione così predisposta, ribattezzata *Gutscheinlösung*, mira a garantire al debitore, impossibilitato a rendere la prestazione, ma che magari aveva già sostenuto considerevoli spese in vista della medesima, un risparmio di liquidità che può rivelarsi decisivo per la sopravvivenza della sua impresa, nonché, su scala macroeconomica, dell'intero comparto interessato [114]. Tra le due normative vi è però un'importante differenza, poiché, mentre il § 6 consente al creditore di rifiutare il buono e di esigere subito la restituzione di quanto pagato, il § 5, diversamente, subordina detta pretesa alla sussistenza di alcuni presupposti. Tale limitazione, come vedremo, ha però suscitato perplessità, giacché non è del tutto chiaro fino a che punto il suo costo possa essere lasciato a carico dei creditori, i quali, avendo eseguito anticipata-

[112] CH. A. WEBER, *op. cit.*, Rn. 41 s., che prospetta altresì la possibilità di considerare il differimento anche solo parzialmente irragionevole, ossia suscettibile di essere comunque sopportato dal mutuante ma a condizioni diverse da quelle in generale previste dalla legge, e cioè, per esempio, per un periodo più breve rispetto a quello trimestrale o escludendone la gratuità.

[113] La tecnica del «voucher» è stata prevista, e variamente disciplinata, anche nel nostro ordinamento, con riguardo al rimborso di «titoli di acquisto di biglietti per spettacoli, musei e altri luoghi della cultura» e di «titoli di viaggio, di soggiorno e di pacchetti turistici» (artt. 88 e 88-*bis*, d.l. 17 marzo 2020, n. 18); sul punto, v. F. PIRAINO, *La normativa emergenziale in materia di obbligazioni e di contratti*, in *Contratti*, 2020, 508 ss. (il saggio è precedente alle modifiche apportate dal d.l. 19 maggio 2020, n. 34, conv. mod. l. 17 luglio 2020, n. 77).

[114] BT-Drs 19/18697, 5.



mente la loro prestazione, si ritrovano, di fatto, in una posizione assimilabile a quella di un finanziatore [115].

Il § 5 I S. 1 [116] prevede che se un evento musicale, culturale, sportivo o comunque attinente al tempo libero non si sia potuto tenere a causa della pandemia, l'organizzatore sia legittimato a corrispondere, ai titolari di biglietti acquistati prima dell'otto marzo 2020, un buono in luogo del rimborso del prezzo del biglietto (rimborso che spetterebbe all'acquirente ai sensi dei §§ 326 I S. 1 Hs. 1 e IV e 346 I BGB [117]). L'ambito applicativo della disposizione è molto ampio, includendo tutte le manifestazioni – come spettacoli teatrali, competizioni sportive, proiezioni cinematografiche, rassegne, concerti… – che non si siano svolte per lo scoppio della crisi sanitaria. La norma postula che la cancellazione dell'evento sia riconducibile a un divieto o a un atto di natura pubblicistica, i quali, però, potrebbero anche essere rivolti a soggetti diversi dall'organizzatore ma necessari allo svolgimento della manifestazione (è il caso di un divieto di circolazione che impedisca ai musicisti di raggiungere la sede del concerto) [118]. Il § 5 I S. 2 prende inoltre in esame l'eventualità che queste manifestazioni o attività siano frazionate in più giorni, benché il titolo di ingresso sia unitario (si pensi all'abbonamento a una stagione lirica o concertistica, o a un corso di lingua o di musica [119]): in tale ipotesi, l'importo del buono sarà commisurato al valore delle parti che non si siano tenute.

Una regola analoga a quella del primo comma (S. 1) è poi stabilita (§ 5 II) con riguardo alla chiusura di strutture in cui si svolgano del pari attività musicali, culturali, sportive o inerenti al tempo libero, allorquando il fruitore abbia acquistato il titolo di ingresso prima dell'otto marzo 2020 (si pensi a una carta semestrale per l'accesso a un museo, o all'abbonamento annuale alla palestra o alla piscina [120]). La previsione richiede che la chiusura della struttura sia stata imposta da una norma di diritto pubblico, cosicché non

---

[115] J. BUSCHE, *Art. 240 § 5 EGBGB*, in *Münchener Kommentar zum BGB*, cit., Rn. 3.

[116] Il § 5 è stato introdotto dal *Gesetz zur Abmilderung der Folgen der COVID-19-Pandemie im Veranstaltungsvertragsrecht und im Recht der Europäischen Gesellschaft (SE) und der Europäischen Genossenschaft (SCE)* del 15 maggio 2020.

[117] Il § 326 BGB, in particolare, stabilisce che se il debitore non è tenuto ad adempiere in base al § 275 I-III BGB, la pretesa alla controprestazione venga meno (I S. 1 HS 1), e che qualora il debitore abbia nondimeno eseguito la prestazione non dovuta, quanto è stato prestato possa essere ripetuto in base ai §§ 346-348 BGB (IV).

[118] W. VOIT, *Art. 240 § 5 EGBGB*, in W. HAU-R. POSECK (Hrsg.), *BeckOK BGB*, 56. Aufl., München, 2020, Rn. 9.

[119] W. VOIT, *op. cit.*, Rn. 5.

[120] J. BUSCHE, *op. cit.*, Rn. 19.



rientrano nel suo alveo le interruzioni volontariamente decise dalla struttura stessa o motivate con la non convenienza economica dell'apertura in costanza dell'emergenza [121].

L'emissione e l'invio del buono sono sempre gratuiti, e il suo ammontare equivale al prezzo pagato dall'acquirente, comprensivo dell'eventuale diritto di prevendita (§ 5 III). Se rilasciato da un organizzatore di eventi, il buono permette di acquistare un altro evento programmato dall'organizzatore, ma non è, di per sé, un titolo d'ingresso: pertanto, se il nuovo evento avesse un prezzo maggiore rispetto al valore del buono, il titolare dovrà integrare a sue spese l'eccedenza. Anche quando sia poi rilasciato da una delle strutture di cui al secondo comma, il buono dovrà ugualmente esprimere un valore in denaro (e non, invece, il lasso di tempo corrispondente al periodo di chiusura della struttura) [122].

Il titolare riacquista il diritto al rimborso del prezzo originariamente versato quando, per le sue personali condizioni di vita, l'attribuzione del buono appaia irragionevole, oppure quando non lo abbia riscattato entro il trentuno dicembre 2021 (§ 5 V).

Il richiamo alle condizioni di vita dell'avente diritto comprende sia la sfera patrimoniale, sia quella personale: nel primo senso, si annoverano le ipotesi in cui il creditore, in assenza del rimborso, non riesca a far fronte a spese essenziali (come il canone di locazione o le bollette per la fornitura di energia elettrica), oppure corra il rischio di non essere in grado di provvedere autonomamente e in misura adeguata al mantenimento proprio o dei familiari che da lui dipendono; nel secondo senso, invece, potrebbe accadere, per esempio, che il creditore si trasferisse in un'altra città, rispetto a quella in cui l'evento o l'attività erano pianificati, divenendogli così estremamente disagevole sfruttare in seguito il buono, oppure che per tutta la durata dello stesso non possa giovarsene a causa di un serio problema di salute – mentre non varrebbe addurre la mera perdita di interesse alla prestazione [123]. Là dove, infine, il creditore abbia lasciato inutilmente trascorrere il termine del trentuno dicembre 2021, potrà comunque chiedere il pagamento in denaro del buono senza dover all'uopo fornire alcuna giustificazione [124].

---

[121] J. BUSCHE, *op. cit.*, Rn. 27.

[122] W. VOIT, *op. cit.*, Rn. 11 ss.; J. BUSCHE, *op. cit.*, Rn. 30, che segnalano altresì come il buono, quale titolo di legittimazione (§ 807 BGB), sia suscettibile di essere ceduto a terzi, dietro corrispettivo, secondo le modalità previste per il trasferimento dei beni mobili (§§ 929 ss. BGB), cosicché in tal modo il titolare possa immediatamente realizzare il controvalore pecuniario dello stesso.

[123] J. BUSCHE, *op. cit.*, Rn. 38 ss.; W. VOIT, *op. cit.*, Rn. 16. In linea di massima, non si potrà pretendere che il creditore, per avvalersi del buono, sopporti spese supplementari sproporzionate rispetto a quelle programmate inizialmente (qualora, per esempio, avesse acquistato il biglietto per un evento che si sarebbe dovuto tenere in concomitanza con una vacanza programmata nello stesso luogo).

[124] J. BUSCHE, *op. cit.*, Rn. 41.



Come anticipato, la subordinazione del rimborso a queste condizioni è stata piuttosto discussa in dottrina [125], dove si è addirittura dubitato della legittimità, o almeno della proporzionalità, di una simile ingerenza nell'autonomia privata, alla luce della protezione costituzionale di cui godono i diritti patrimoniali e la libertà contrattuale (artt. 14 I e 2 I GG). Si è infatti sottolineato come questa regolamentazione interferisca retroattivamente su relazioni contrattuali già in essere, differendo la scadenza dell'obbligazione restitutoria senza prevedere al contempo la corresponsione di alcun interesse, e anzi spostando sul creditore – spesso un consumatore – il rischio della futura insolvenza del debitore. D'altro canto, la validità della disciplina è stata invece sostenuta sia adducendo l'equivalenza del valore del buono rispetto al prezzo pagato inizialmente dal creditore, sia (soprattutto) in considerazione della difficile realizzabilità, nell'immediato, di una molteplicità di pretese restitutorie, attese le difficoltà economiche a cui sono andati incontro gli operatori ai quali la normativa si indirizza [126].

Assai meno problematico del § 5, invece, è il § 6 dell'art. 240 EGBGB [127], con il quale il legislatore ha voluto regolamentare le ricadute che sul mercato dei servizi turistici ha avuto la crisi sanitaria mondiale. In tale contesto, infatti, non si pongono le obiezioni di legittimità testé ricordate, essendo state adottate soluzioni più elastiche, probabilmente in ragione della maggior onerosità dei contratti di viaggio e degli strascichi di una recente vicenda a cui accenneremo.

La disciplina del § 6 si interseca con quella, di matrice europea, del *Pauschalreisevertrag*, e presuppone (al primo comma) che il viaggiatore o l'organizzatore, per ragioni connesse alla pandemia, abbiano esercitato, ai sensi del § 651h I, III e IV S. 1 Nr. 2 BGB, il recesso da un contratto di viaggio concluso prima dell'otto marzo 2020 [128]. Tali

---

[125] W. VOIT, *op. cit.*, Rn. 2; J. BUSCHE, *op. cit.*, Rn. 3, 37.

[126] BT-Drs 19/18697, 8. Per la legittimità costituzionale della misura, A. BÖMER-PH. NEDELCU, *Die Rückwirkung der Gutscheinlösung im Lichte des Verfassungs– und Intertemporalen Privatrechts*, in *NJOZ*, 2020, 1220 ss.; A.-M. KAULBACH-B. SCHOLL, *op. cit.*, 141, che sottolineano come siano proprio le due eccezioni previste al quinto comma a garantire la costituzionalità della norma. D'altro avviso, H. EIBENSTEIN, *Verfassungswidrigkeit der "Gutscheinlösung" im Veranstaltungsvertragsrecht. Zum unzulässigen Eingriff in die Eigentumsfreiheit und dem Verbot rückwirkender Gesetze*, in *COVuR*, 2020, 250 ss.

[127] Che discende dall'art. 1 del *Gesetz zur Abmilderung der Folgen der COVID-19-Pandemie im Pauschalreisevertragsrecht und zur Sicherstellung der Funktionsfähigkeit der Kammern im Bereich der Bundesrechtsanwaltsordnung, der Bundesnotarordnung, der Wirtschaftsprüferordnung und des Steuerberatungsgesetzes während der COVID-19-Pandemie* del 10 luglio 2020.

[128] Il senso dello *Stichtag* è chiaro: oltre quella data, l'organizzatore doveva raffigurarsi il rischio che la crisi sanitaria potesse pregiudicare l'esecuzione del contratto, cosicché, se egli ha scelto di concluderlo ugualmente, ha consapevolmente accettato tale rischio, divenendo pertanto ingiustificata la facoltà accordata dal § 6 (K. TONNER, *Art. 240 § 6 EGBGB*, in *Münchener Kommentar zum BGB*, cit., Rn. 18).



disposizioni, che appartengono al regime ordinario del contratto di viaggio "tutto compreso", prevedono: il diritto di recesso del viaggiatore prima dell'inizio del viaggio, con conseguente perdita del diritto dell'organizzatore al pagamento del prezzo ma acquisto del diritto a un adeguato indennizzo [129] (§ 651h I BGB); l'esonero del viaggiatore dall'obbligo di corrispondere detto indennizzo, quando nel luogo di destinazione o nelle sue immediate vicinanze si verificano circostanze inevitabili e straordinarie che compromettono notevolmente l'esecuzione del pacchetto turistico o il trasporto dei viaggiatori verso il luogo di destinazione (si intendono per tali le circostanze che non rientrano nel controllo della parte che ad esse si richiama e le cui conseguenze non si sarebbero potute evitare nemmeno qualora fossero state prese tutte le misure ragionevolmente esigibili) [130] (§ 651h III BGB); il diritto di recesso dell'organizzatore là dove questi, a causa di circostanze inevitabili e straordinarie, non sia in grado di eseguire il contratto (§ 651h IV S. 1 Nr. 2 BGB).

Orbene, quando ricorrano tali ipotesi di recesso (§ 651h I e III; § 651 IV S. 1 Nr. 2 BGB) [131], l'organizzatore è tenuto di regola all'immediata restituzione al viaggiatore del

---

[129] Il secondo comma stabilisce che l'ammontare dell'indennizzo può anche essere convenuto in via forfettaria nel contratto sulla base di taluni indici (quali il tempo che intercorre tra il recesso e l'inizio del viaggio, i risparmi di spesa e i guadagni che derivano all'organizzatore dalla riassegnazione delle prestazioni turistiche), mentre, in mancanza di una simile pattuizione, sarà determinato secondo il prezzo del pacchetto turistico meno i risparmi di spesa e i guadagni che derivano all'organizzatore dalla riassegnazione delle prestazioni turistiche.

[130] È sicuramente idonea a liberare il viaggiatore dall'obbligo di corrispondere l'indennizzo all'organizzatore la circostanza che, nella meta del viaggio, si registri un rischio sanitario connesso al virus Covid-19, così come anche la vigenza in quel luogo di misure che prevedano la quarantena di chi arrivi dall'estero o altre restrizioni della vita pubblica; e ancora, pure la sussistenza di un divieto di ingresso dei cittadini stranieri nel paese di destinazione renderebbe ugualmente gratuito il diritto di recesso, trattandosi di un vincolo che in alcun modo rientra nella disponibilità del viaggiatore; M.-PH. WELLER-M. LIEBERKNECHT-V. HABRICH, *op. cit.*, 1021.

[131] Le quali, nel nostro caso, presuppongono che il viaggio, nel suo complesso, non possa svolgersi senza una notevole compromissione causata dall'emergenza sanitaria: sicché, il § 6 non si applicherà né quando il viaggio, tutto sommato, avrebbe potuto regolarmente svolgersi, né quando il recesso (ancorché gratuito) sia dipeso da un altro fattore, come una catastrofe naturale (K. TONNER, *op. cit.*, Rn. 14 s.). Il § 6, inoltre, non si applicherà nemmeno quando a essere compromessa sia una singola prestazione di viaggio, come, per esempio, quella del vettore; tuttavia, anche qui, possono venire in gioco soluzioni simili a quelle ivi contemplate. Proprio a seguito delle molteplici cancellazioni di voli provocate dalla pandemia, infatti, molte compagnie hanno offerto ai passeggeri un rimborso in buoni anziché in denaro. Tuttavia, l'art. 5 reg. (CE) 261/2004, in realtà, prevede che, in conseguenza dell'annullamento del volo, al passeggero venga proposta una rosa di alternative comprensiva del rimborso in denaro del biglietto entro sette giorni (art. 8), mentre la possibilità di corrispondere buoni di viaggio e/o altri servizi è in effetti prevista solo in luogo dell'eventuale compensazione pecuniaria (art. 5, commi 1, lett. *c*, e 3), e comunque rimessa all'assenso del viaggiatore (art. 7, comma 3). Sicché, la Commissione, con raccomandazione del 13 maggio 2020 [C(2020)



prezzo del pacchetto, da compiersi, al più tardi, non oltre quattordici giorni dallo scioglimento del contratto (§ 651h V BGB). Con il § 6 si è dunque cercato di temperare l'esito che un esercizio in massa del diritto di recesso avrebbe potuto rappresentare per gli imprenditori del settore, i quali rischiavano altrimenti di andare incontro a una perdita tale di liquidità che avrebbe potuto finanche compromettere la prosecuzione stessa dell'attività economica [132].

Tale obiettivo è stato perseguito permettendo all'organizzatore di corrispondere al viaggiatore un buono anziché il rimborso del prezzo pagato (§ 6 I); ma, diversamente da quanto stabilito al § 5, questa opzione si configura adesso solo come un'eventualità, posto che spetta al viaggiatore scegliere se accettare il buono oppure chiedere subito la restituzione di quanto versato (§ 6 I S. 3), secondo un'alternativa sulla quale l'organizzatore è peraltro tenuto a richiamare l'attenzione del viaggiatore (§ 6 I S. 4). Il buono è rilasciato per un importo pari al prezzo (o al solo acconto) corrisposto [133] e la sua scadenza è fissata al 31 dicembre 2021 (§ 6 IV): se non venisse adoperato entro tale data, il viaggiatore potrebbe esercitare l'ordinario diritto al rimborso previsto dal § 651h V BGB.

Rispetto al § 5, e al di là della comunanza di intenti, vi sono nondimeno due fondamentali differenze: la prima, per l'appunto, è che il creditore di un *Veranstalter* o di un *Betreiber* può trovarsi tenuto, almeno per un primo (non breve) momento, ad accettare il buono, laddove il viaggiatore, viceversa, è fin da subito libero di rifiutarlo. La seconda, poi, è data dal fatto che mentre il creditore della prestazione ricreativa è lasciato esposto al rischio del dissesto finanziario della controparte, l'acquirente del pacchetto turistico, invece, è tutelato contro questa evenienza dal § 6 VI, il quale estende la protezione assicurativa contro l'insolvenza dell'organizzatore (§ 651r BGB) anche al valore del buono,

---

3125 final], ha ritenuto opportuno indicare una serie di caratteristiche che i buoni offerti in seguito all'annullamento di pacchetti turistici o di servizi di trasporto dovrebbero presentare – tra cui la rimborsabilità e la cedibilità senza costi ulteriori –, sottolineando, però, come la loro accettazione, in alternativa al rimborso, debba sempre essere volontaria. In tema, v. anche la comunicazione della Commissione del 18 marzo 2020 [C(2020) 1830 final].

[132] BT-Drs 19/19851, 9.

[133] In teoria, l'organizzatore potrebbe emettere il buono anche per un valore più alto, incorporandovi così una sorta di *bonus* per incentivare la scelta del viaggiatore. Senonché, tale possibilità è stata consapevolmente non contemplata dal legislatore, temendosi che un indiscriminato aumento del valore dei buoni conducesse più rapidamente al raggiungimento della soglia di 110.000.000 di euro a cui è possibile limitare la responsabilità dell'assicurazione (§ 651r III S. 3 BGB). Peraltro, è stato notato come anche l'organizzatore, a ben vedere, non dovrebbe avere interesse ad assegnare al buono un valore più alto del prezzo pagato dal viaggiatore, poiché essendo pure tale eccedenza coperta dall'assicurazione contro l'insolvenza dell'organizzatore, aumenterebbe allora anche il contributo di quest'ultimo per il finanziamento della garanzia pubblica integrativa (§ 6 VII); K. TONNER, *op. cit.*, Rn. 24 s.



qualora, una volta decorsane la scadenza, il debitore non sia in condizione di adempiere l'obbligazione restitutoria [134].

Peraltro, il legislatore, memore della vicenda del tour operator "Thomas Cook", il cui fallimento, nell'autunno del 2019, ha avuto conseguenze così ampie da rendere insufficiente perfino la garanzia codicistica, stante il limite di centodieci milioni di euro fissato al § 651r III S. 3 BGB [135], ha ora previsto, qualora i buoni, in caso di insolvenza dell'organizzatore, non siano interamente rimborsati dall'assicuratore o dall'istituto di credito, che il viaggiatore possa far valere nei confronti dello Stato tedesco il diritto alla restituzione della parte residua. In tal modo, i titolari di buoni rilasciati a causa dell'emergenza sanitaria beneficiano di una posizione privilegiata rispetto ai viaggiatori che vantano invece normali pretese restitutorie verso l'organizzatore, le quali non godono infatti della garanzia pubblica [136]. Di tale disparità di trattamento, invero, il legislatore è apparso consapevole nei lavori preparatori, ma, in ragione della complessità che un intervento in materia presenta, ha preferito limitarsi intanto ad agire sulla più stringente questione del regime dei buoni emessi nei frangenti della pandemia, rinviando a un'occasione meno concitata la riforma della *Insolvenzsicherung im Reiserecht* [137].

---

[134] K. TONNER, *op. cit.*, Rn. 2 s.

[135] Pure in quella vicenda, essendo stato soddisfatto solo il 17,5% delle richieste restitutorie, il governo federale è intervenuto onde rimborsare ai viaggiatori quanto non avevano ricevuto dal *Kundengeldabsicherer*. Il soccorso pubblico non era qui imposto da una norma di legge, ma è stato volontariamente deciso dal governo onde scongiurare una possibile responsabilità dello Stato per violazione del diritto europeo (e, in particolare, della direttiva sui pacchetti turistici); K. TONNER, *op. cit.*, Rn. 3 e 36.

[136] K. TONNER, *op. cit.*, Rn. 39.

[137] BT-Drs 19/19851, 14.

JUS CIVILE



ROSARIO FRANCO

Notaio

PEGNO 'NON-POSSESSORIO' E 'ROTATIVO' TRA ATTIVITÀ D'IMPRESA E SETTORE AGRICOLO: COSTITUZIONE ED EFFETTI

SOMMARIO: *1. Il pegno 'non possessorio' e il pegno 'rotativo'. – 2. Il pegno (mobiliare) non possessorio ex lege 59/2016:* a) *soggetti. – 3.* Segue: b) *oggetto. – 4.* Segue: c) *la 'destinazione dei beni' e l''inerenza dei crediti garantiti' all'esercizio dell'impresa. – 5.* Segue: d) *costituzione, forma, effetti inter partes ed efficacia erga omnes tra consensualità (del contratto) e dichiaratività (della pubblicità). – 6.* Segue: e) *la rotatività, la surrogazione reale e il meccanismo sostitutorio. L'opponibilità ai terzi. – 7.* Segue: f) *il conflitto tra titolari di diverse cause di prelazione: i privilegi di cui artt. 44-46 TUB ed il pegno non possessorio. – 8.* Segue: g) *la trasformazione, l'alienazione, la disposizione dei beni costituiti in pegno ed il «rispetto della loro destinazione economica». – 9. L'escussione della garanzia pignoratizia: l'autonomia privata quale plus-valore nella realizzazione del credito in autotutela esecutiva. – 10. Il pegno 'agricolo' di cui all'art. 78, comma 2-duodecies del d.l. 17 marzo 2020. – 11. Sintesi.*

1. – L'analisi delle figure giuridiche del pegno 'non possessorio' e del pegno 'rotativo' merita una preliminare ricognizione esplicativa e qualificatoria siccome entrambe risultano di recente (se non introduzione, almeno) diffusione nel nostro ordinamento in scia a sollecitazioni sovvenienti sia dal legislatore dell'Unione, sia da decisive spinte evolutive dell'economia finanziaria e bancaria. Invero, al netto degli interventi normativi che hanno preso avvio dalla nota vicenda del 'pegno' sui prosciutti [1], passando attraverso l'estensione oggettuale ai prodotti lattiero-caseari [2] ed alla pignorabilità delle c.dd. quote-latte, diritti (o titoli) all'aiuto e di impianto (e re-impianto) viti-vinicoli [3] fino alla rotati-

[1] L. 24 luglio 1985, n. 401.

[2] L. 27 marzo 2001, n. 122.

[3] Ai sensi dell'art. 18 del d.lgs. n. 102/2004 si dispone che «gli imprenditori agricoli, singoli o associati, per garantire l'adempimento delle obbligazioni contratte nell'esercizio dell'impresa agricola possono costituire in pegno, ai sensi dell'articolo 2806 del codice civile, anche le quote di produzione e i diritti di reimpianto della propria azienda» aggiungendosi al comma 2 che «in deroga a quanto previsto dall'articolo 2786 del codice civile, gli imprenditori agricoli continuano ad utilizzare le quote di produzione e i diritti di



vità del privilegio generale mobiliare di cui agli artt. 44 e 46 TUB [4] ed agli strumenti finanziari di cui agli artt. 83-*octies* e 87 del TUF [5], si è dovuto attendere il Regolamento del Consiglio CE 29 maggio 2000, n. 1346/2000 per la disciplina della procedura di insolvenza (art. 5, par. 1 in cui si indica la possibile *variabilità nel tempo* dell'oggetto della garanzia) e segnatamente la successiva Direttiva 2002/47/Ce sui contratti di garanzia finanziaria [6], attuata con d.lgs. 21 maggio 2004, n. 170 e poi modificata con Direttiva 2009/44/CE recepita con il d.lgs. 24 marzo 2011, n. 48, per una prima disciplina delle divisate ipotesi *anomale* di pegno, successivamente specificate e ridefinite (non senza persistenti questioni interpretative) dalla legge 30 giugno 2016, n. 119 [7] (di conversione con modifiche del d.l. 3 maggio 2016, n. 59) e di recente anche con il d.l. 17 marzo 2020, art. 78, comma 2-*duodecies* e ss. (convertito con la legge 24 aprile 2020, n. 27).

Si tratta, dunque, di figure non ancora *stabilizzate* [8] (per quanto ora più ampiamente penetrate) nel nostro ordinamento e intorno alle quali in dottrina, oltre che nella giurisprudenza, sussistono ancora incertezze che ineriscono, *ab ovo*, alle stesse definizioni, evidentemente trascurando quelle preziose indicazioni che premonitoria e attenta dottrina [9] aveva sapientemente tracciato nello studio della complessa problematica ad esse sot-

---

reimpianto» contemplandosi una tipica ipotesi di pegno non possessorio; come confermato dalla Agea, nella Circolare, 21 novembre 2017, prot. n. 89117, in *www.agea.gov.it/portal/page/portal/AGEAPageGroup/RedazioneAgea/Normativa /Circolare %20AGEA. 2017. %20%20del%20trasferimento%20titoli.pdf*, p. 16.

Cfr. R. FRANCO, *Dai titoli all'aiuto alle autorizzazioni agli impianti viticoli: tra* beni *e* diritti, in *Riv. dir. alim.*, 2020, n. 3, p. 15 ss.

[4] D.lgs 1° settembre 1993, n. 385.

[5] D.lgs. 24 febbraio 1998, n. 58, il quale prevede il sistema di annotazione mediante registrazioni in appositi conti tenuti dall'intermediario; cui *adde* art. 34 del d.lgs. 24 giugno 1998, n. 213.

[6] La quale, peraltro, recepita con il d.lgs. 24 marzo 2011, n. 48 ha costituito l'*incipit* anche per la modifica della legge n. 633/1941 sul diritto di autore, in cui lo spossessamento è sostituito da tecniche alternative.

[7] Ricorda opportunamente R. DI RAIMO, *Appunti sulla circolazione con scopo di garanzia nel diritto attuale*, in *Riv. dir. banc.*, 2018, p. 53 ss., spec., 57 ss., come la nuova disciplina, per un verso, sia l'esito di sollecitazioni, non sempre formali, sovvenienti dall'Unione europea e condensate nel Libro verde della Commissione Europea del 18 febbraio 2015 intitolato «Costruire un'Unione dei mercati dei capitali» per un riposizionamento delle difficili situazioni in cui versavano le banche in occasione della precedente crisi economica e, per l'altro, sia stata occasionata dalle vicende occorse a quattro banche italiane in relazione alle quali si era prospettata l'applicazione, per la prima volta, del meccanismo cd. del *bail in* di cui alla Direttiva UE/2014/59.

[8] Ed invero l'art. 11 della delega 19 ottobre 2017, n. 155 prevede la delega al Governo per una sistematica disciplina delle garanzie non possessorie e rotative.

[9] Per tutti, tra le tante pubblicazioni in merito, E. GABRIELLI, *Il pegno «anomalo»*, Padova, 1990, *passim*; ID., *Sulle garanzie rotative*, Napoli 1998, *passim*; ID., *Diritti reali.* 5. *Il pegno*, in *Tratt. dir. civ.*, diretto da R. Sacco, Torino, 2005, *passim*; ID., *Studi sulle garanzie reali*, Torino, 2015, *passim* che costituisce una raccolta di numerosi contributi (comprese alcune voci enciclopediche) in tema di pegno rotativo, dalla



tese, vieppiù in un sistema come il nostro in cui, in scia al brocardo ulpianeo [10] *proprie pignus dicimus, quod ad creditorem transit*, il profilo 'possessorio' ha costituito per secoli la sineddoche [11] dell'intero istituto pignoratizio; in adesione alla stessa etimologia [12] del pegno, vuoi che si accetti la ricostruzione per cui esso condivide con *pugnus* la radice indicante il fenomeno dell'avere qualcosa (e, dunque, un bene mobile) tra le proprie mani, vuoi che si concordi con l'ipotesi che lo lascia discendere dal latino *pingĕre* e, quindi di-pingere, nella plastica rappresentazione del segno fatto sulla cosa per ricordare l'impegno preso.

Orbene – nel prescindere da ogni possibile tentazione di intraprendere un preliminare discorso sul (valore euristico del) le definizioni giuridiche [13] che nella nota ripartizione tra lessicali e reali appartengono senz'altro alle prime, a loro volta comunemente suddivise in lessicali, stipulative e ridefinizioni – soggiunge opportuno procedere ad una condivisa esplicazione delle divisate due figure, fissandone gli elementi individuativi per un fecondo sviluppo delle successive riflessioni.

Converrà a tal fine distinguere tra pegno 'non possessorio' e pegno 'rotativo' [14] ed evidenziare che le formule non assumono un valore né endiàdico, né ossimòrico se è vero che seppur *normalmente* concorrenti nella modulazione concreta degli interessi delle parti, esse non possono essere sovrapposte, né sono coincidenti e coestensive. Invero, per un verso, con la predicazione 'non-possessorio' si intende far riferimento all'ipotesi del pegno che, *traendosi* dalla tradizionale (quanto inconferente [15]) impostazione *pan-*

---

quale le ulteriori citazioni. In scia, tra gli altri, F. DELL'ANNA MISURALE, *Profili evolutivi della disciplina del pegno*, Napoli, 2004, *passim.*

[10] Come rammentato da G. FAGGELLA, *Il pegno commerciale*, *Comm. cod. comm.*, Milano, 1924, pp. 98-99; A. BURDESE, voce *Pegno (diritto romano)*, in *Enc. dir.*, XXXII, Milano, 1982, p. 663.

[11] Di pegno «anchilosato dal requisito dello spossessamento» discute, Alb. CANDIAN, *Le garanzie mobiliari*, Milano, 2001, p. 311.

[12] Ma in senso contrario, A. BURDESE, *Pegno*, cit., p. 662, il quale ritiene corretta la riconduzione dell'etimologia a *pango* nel significato di fissare e/o stringere un accordo.

[13] Sulle definizioni in generale, si cfr. A. BELVEDERE, *Il problema delle definizioni nel codice civile*, Milano, 1977, p. 64 ss.; ID., voce *Definizioni*, in *Dig. disc. priv.-sez. civ.,* Torino, 1989, p. 149 ss. che ripercorre e ripensa criticamente l'autorevole insegnamento di U. SCARPELLI, *Il problema della definizione ed il concetto di diritto*, Milano, 1955, p. 56 ss.; nonché della linguista B. MORTARA GARAVELLI, *Le parole e la giustizia. Divagazioni grammaticali e retoriche su testi giuridici italiani*, Torino, 2001, p. 11 ss.

[14] La formula si è diffusa con le numerose opere di E. Gabrielli, il quale rappresenta uno dei massimi esperti di pegno nel nostro paese, ma puntualizza in ID., *Il pegno «anomalo»*, cit., p. 181 ss. ed *ivi* nota 139 che la formula è da imputare alla paternità di un Parere *pro veritate* di G.B. Portale e A.A. Dolmetta.

[15] Ce lo ricorda, ancora, ispirandosi ad Ulpiano, A. BURDESE, *Pegno*, cit., pp. 663, 666 che rammenta come già nell'epoca romana, a partire dalla fine del III secolo a.c., si distingueva un *pignus datum* (e dun-



possessoria della garanzia mobiliare [16], si costituisce definitivamente (*id est*: validamente) quale *contratto* [17] consensuale, in luogo di quello codicistico strutturato [18] come contratto reale. Per quanto, in proposito, attenta linea di pensiero [19] avesse proficuamente revocato in dubbio non solo la realità del pegno, distinguendo tra "titolo per la costituzione" – *titulus* – e "costituzione del pegno" [20] – *modus* –, bensì la stessa pensabilità giuri-

---

que con attribuzione del possesso al creditore) da un *pignus conventum* (ovvero la *conventio pignoris* con il possesso del bene che rimaneva al debitore); cfr., altresì, L. BOVE, voce *Pegno (diritto romano)*, in *Nss. Dig. it*., XII, Torino, 1957, p. 764.

[16] Di «retaggi del passato» discute E. GABRIELLI, *Spossessamento e funzione di garanzia nella teoria delle garanzie reali*, in ID., *Studi sulle garanzie reali*, cit., p. 71 ss., spec., p. 74.

I primi tentativi di superamento dell'elemento del possesso nella configurazione della tradizionale figura del pegno si devono alle premonitorie letture sistematiche di G. TUCCI, *Garanzie sui crediti dell'impresa e tutela dei finanziamenti*, Milano, 1974, p. 155 ss.; L. BARBIERA, *Garanzia del credito e autonomia privata*, Napoli, 1971, p. 121 s.; G. PIEPOLI, *Garanzie sulle merci e spossessamento*, Napoli, 1980, *passim* e poi giungono ad un primo stadio di componimento con il noto contributo di E. GABRIELLI, *Il pegno «anomalo»*, cit., *passim.*

È opportuno precisare che la più attenta dottrina in tema di pegno ha segnatamente distinto lo *spossessamento* del bene da parte del debitore dalla *consegna* del medesimo bene al creditore, ritenendo, variamente, necessari entrambi ovvero soltanto il primo per la valida costituzione della garanzia mobiliare. Sul punto, cfr., S. CICCARELLO, *voce Pegno (dir. priv.)*, in *Enc. dir.*, XXXII, Milano, 1982, p. 690 s.

[17] L'art. 1, comma 3, della legge n. 119 del 2016 fa riferimento, espressamente, al solo *contratto*, là dove, nell'interpretazione dell'art. 2786 c.c., la dottrina quasi unanimemente consente la costituzione del pegno anche per atto negoziale unilaterale (D. RUBINO, *La responsabilità patrimoniale. Il pegno*[2], in *Tratt. dir. civ.*, diretto da F. Vassalli, Torino, 1956, p. 238 ss.; E. GABRIELLI, *Pegno*, in ID., *Studi sulle garanzie reali*, cit., p. 95 s.; F. REALMONTE, *Il pegno*[2], in *Tratt. dir. priv.*, diretto da P. Rescigno, XIX, Torino, 1997, p. 827 s.; F. RUSCELLO, *Il pegno sul credito. Costituzione e prelazione*, Napoli, 1994, p. 115). Si tratterà di verificare, nell'evolversi delle analisi, se il richiamo al contratto si rivelerà indefettibile o, al contrario, si spiegherà come una sineddoche.

[18] Per tutti, D. RUBINO, *La responsabilità patrimoniale. Il pegno*[2], cit., p. 220 ss.; S. CICCARELLO, *Pegno*, cit., p. 693 s.

[19] D. MESSINETTI, *Le strutture formali della garanzia mobiliare*, in *Riv. crit. dir. priv.*, 1991, p. 783 ss., spec., p. 794; E. GABRIELLI, *Il pegno*, cit., p. 109 ss.; ID., *Pegno*, cit., p. 97 s.; ID., *Il pegno «anomalo»*, cit., p. 89 ss.

[20] E, dunque, tra *validità*-perfezionamento dell'atto costitutivo di pegno (che non deve necessariamente strutturarsi in una convenzione, essendo sufficiente anche l'atto unilaterale) ed *opponibilità*, che si conseguirebbe, sul modello della garanzia ipotecaria, con la successiva *consegna* (del bene al creditore o con l'*iscrizione* per l'ipoteca); consegna che, neutra ed incolore, parteciperebbe *già* del momento esecutivo del regolamento pignoratizio: in questo senso già G. FAGGELLA, *Il pegno commerciale*, cit., p. 98: «la legge … richiede il requisito del possesso per la esistenza del diritto di prelazione» in replica a C. VIVANTE, *Tratt. di dir. comm.*, IV, Milano, 1916, n. 1780, per il quale la consegna della cosa costituisce elemento essenziale alla costituzione, anche *inter partes*, del pegno. Ma deve, in ogni caso, ribadirsi la distinzione tra possesso e pubblicità costitutiva con l'iscrizione dei registri immobiliari per l'ipoteca evitando di incorrere in quella «analogia … illusoria» (S. PUGLIATTI, *La trascrizione*, in *Tratt. dir. civ. comm.*, diretto da Cicu e Messineo, I, 1, Milano, 1957, p. 290 s., anche per i successivi virgolettati; D. MESSINETTI, *Le strutture formali della garanzia mobiliare*, cit., p. 790 ss.) che «a prima vista» verrebbe di effettuare «tra la funzione alla quale



dica [21] della divisata figura [22], almeno se non coonestata dalla verifica in concreto degli interessi dedotti nello schema negoziale-configuratorio di riferimento [23], lasciando traslocare la *consegna*, nella sua materialità e neutralità [24], dalla (natura di co-elemento della fattispecie integrante la) *struttura* [25] (o da altre ipotizzate *funzioni* [26]) al momento ese-

---

adempie l'iscrizione, rispetto alla costituzione dell'ipoteca, e la investitura possessoria [nella costituzione del pegno], e conseguentemente [indurre] a ritenere che codesta investitura possessoria sia una forma di pubblicità»; E. GABRIELLI, *Garanzia e garanzie reali*, in ID., *Studi sulle garanzie reali*, cit., p. 24 ss.

La precedente affermazione ove si collega la consegna all'opponibilità e, dunque, lo spossessamento alla prelazione merita, tuttavia, la precisazione secondo cui lo spossessamento del debitore è solo condizione necessaria ma non sufficiente per l'opponibilità del pegno, che, infatti, si consegue *soltanto* con la scrittura avente data certa (art. 2787). Si evita così di esporsi alla replica che rilevasse come lo spossessamento, in una alle concomitanti «tecniche di privazione del potere di disposizione del bene» (E. GABRIELLI, *Pegno*, cit., p. 120), costituisce «condizione insostituibile [soltanto] per la produzione dell'effetto della prelazione» (L. BARBIERA, *Garanzia del credito e autonomia privata*, Napoli, 1971, p. 141 s.) non anche per conseguire (l'ulteriore e diverso effetto del) l'opponibilità ai terzi della garanzia pignoratizia. Dunque, lo spossessamento, anche nella prospettiva tradizionale, costituisce una condizione necessaria ma non sufficiente, rivelandosi altresì necessaria, per espresso riferimento legislativo di cui all'art. 2787, la scrittura avente data certa, la quale, peraltro, come si è riferito, costituisce «strumento evidentemente inadeguato, al quale si ricorre proprio perché manca qualsiasi forma di pubblicità» (S. PUGLIATTI *La trascrizione*, cit., p. 292; e con vigore, E. GABRIELLI, *Pegno*, pp. 119-122: «il requisito della data certa, infatti, non costituisce un mezzo pubblicitario, ma una forma necessaria, di fronte ai terzi, quale elemento costitutivo del titolo per la sua opponibilità ai creditori chirografari»; G.E. COLOMBO, *Pegno bancario: le clausole di estensione, la prova della data*, in *Banca, borsa, tit. cred.*, 1982, I, p. 193 ss., spec., p. 205). Con questa e non con quello, in ultima analisi, si consegue l'effetto dell'opponibilità ai terzi della garanzia mobiliare.

Cfr., L. MENGONI, *Gli acquisti a non domino*, Milano, 1975, p. 16 ed *ivi* nota 36; F. REALMONTE, *Il pegno*[2], cit., p. 828; E. GABRIELLI, *Il pegno*, cit., p. 109 ss.

[21] La principale voce ricostruttiva a favore della configurabilità del contratto reale si deve a U. NATOLI, *I contratti reali*, Milano, 1975, *passim*, spec., p. 24 ss.; cui *adde*, almeno, G. D'AMICO, *La categoria dei cc.dd. contratti reali «atipici»*, in *Rass. dir. civ.*, 1984, p. 358 ss.

Per un'esaustiva prima informazione, cfr., A. ORESTANO, *Schemi alternativi*, in *Tratt. del contratto*, diretto da V. Roppo, Milano, 2006, p. 287 ss.; U. PERFETTI, *La conclusione del contratto*, II, *Il contratto in generale*, in *Tratt. dir. civ. comm.*, Cicu-Messineo-Mengoni, continuato da Schlesinger, Milano, 2016, p. 54 ss.

[22] G. OSTI, voce *Contratto*, in *Nss. Dig. it.*, IV, Torino, 1959, p. 483 ss.; A. DI MAJO GIAQUINTO, *L'esecuzione del contratto*, Milano, 1967, p. 331 ss., 338 ss., 347 ss.; F. GALGANO, *Il negozio giuridico*[2], in *Tratt. dir. civ. comm.*, Cicu-Messineo-Mengoni, Milano, 2002, p. 187 ss. che giudica la realità un *essentiale negotii* solo per i contratti gratuiti; E. GABRIELLI, *La consegna di cosa diversa*, Napoli, 1987, p. 93 ss., 105 ss.; V. DI GRAVIO, *Teoria del contratto reale e promessa di mutuo*, Milano, 1989, p. 1 ss.; F. MASTROPAOLO, *I contratti reali*, in *Tratt. dir. civ.*, diretto da R. Sacco, Torino, 1999, *passim.*

[23] G. PALERMO, *Contratto preliminare*, Padova, 1991, p. 36 ed *ivi* nota 15, nonché p. 41 ss.; ID., *L'autonomia negoziale*, Torino, 2015, p. 33 ss.

[24] Cfr., in termini generali, R. FRANCO, *Il legislatore della novella e la* procedimentalizzazione *dell'autonomia privata. Note a margine della complessa figura del* rent to buy, in ID. (a cura di), Rent to buy *tra fattispecie e procedimento. Studio sull'autonomia negoziale*, Napoli, 2017, p. 21 ss., spec., p. 55 ss.; ID., *Autonomia privata e procedimento nella formazione della regola contrattuale*, Padova, 2012, p. 352 ed *ivi* nota 507.

[25] Sebbene poi all'interno dell'orientamento che sostiene la rilevanza strutturale della consegna si discu-



cutivo del regolamento di interessi [27], con il bene oggetto del pegno che sarebbe rimasto nella *disponibilità* (*scilicet*: materiale, non necessariamente anche giuridica) del debitore. Dall'altro la specificazione della 'rotatività' si esplica, prendendo a prestito illuminate parole, quale ipotesi di garanzia «che consent[e] la sostituibilità e mutabilità nel tempo dell'oggetto senza comportare, ad ogni mutamento, la rinnovazione del compimento delle modalità richieste per la costituzione della garanzia o per il sorgere del diritto di prelazione, ovvero senza che dia luogo alle condizioni per la revocabilità dell'operazione economica in tal modo posta in essere» [28] e senza alcun effetto novativo [29].

---

ta del ruolo che segnatamente ad essa competa tra una rilevanza sul piano causale (U. NATOLI, *I contratti reali*, cit., p. 27 ss.; G. D'AMICO, *La categoria dei cc.dd. contratti reali «atipici»*, cit., p. 359 ed ivi nota 30 di richiami), sul piano della forma del contratto reale (P. FORCHIELLI, *I contratti reali*, Milano, 1952, p. 98 ss.), ovvero su quello della stessa qualificazione tipologica negoziale o, ancora, quale elemento di caratterizzazione del tipo legale (sì che un contratto reale senza la consegna configurerebbe non già un contratto invalido, bensì atipico: U MAJELLO, *Custodia e deposito*, Napoli, 1958, p. 280 ss.; F. MASTROPAOLO, *I contratti reali*, in *Tratt. dir. civ.*, diretto da R. Sacco, Torino, 1999, p. 57 ss.). Cfr., altresì, G. BENEDETTI, *Dal contratto al negozio unilaterale*, Milano, 1969, p. 75, il quale riporta l'esempio del pegno per il quale lo *spossessamento* sarebbe concausa della stessa attuazione funzionale dell'istituto, nella convinzione che nei contratti reali, la *traditio* «caratterizza essenzialmente il procedimento» di formazione «chiudendone la sequenza», sì che tra questi e le corrispondenti versioni del contratto consensuale vi sarebbe un'incompatibilità; in senso contrario R. SACCO(-G. DE NOVA), *Il contratto*[3], I, Torino, 2004, p. 704; V. ROPPO, *Il contratto*, in *Tratt. dir. priv.*, a cura di G. Iudica-P. Zatti, Milano, 2011, p. 522; P. SIRENA, *Effetti e vincolo*, in *Effetti*, III, a cura di M. Costanza, in *Tratt. del contr.*, diretto da V. Roppo, Milano, 2006, p. 54 s., il quale nega che l'elemento della consegna sia idoneo a tradurre il pegno nella categoria dei contratti reali, trasponendolo su quello dell'efficacia se esso «non è richiest[o] per la sua conclusione, ma soltanto per la produzione dei suoi effetti (reali) tipici»; ma diversamente, ancora, G. OPPO, *In tema di responsabilità patrimoniale*, in ID., *Scritti giuridici*, III, *Obbligazioni e negozio giuridico*, Padova, 1992, p. 355 ss. (già in *Riv. dir. comm.*, 1944, I, p. 105 ss.).

[26] Tra esse, ad es., quella di concausa di efficacia.

[27] D. MESSINETTI, *Le strutture formali della garanzia mobiliare*, cit., p. 793, il quale, nel sottolineare «un'affermazione funzionalistica della validità delle strutture e una loro non insostituibilità», rilevava come «se abbandoniamo il paradigma della garanzia mobiliare a fattispecie possessoria, possiamo affermare la validità di strutture dotate dello stesso senso proprio della garanzia possessoria, alla luce dei fini della prassi che l'attività trasformatrice mette in moto».

[28] E. GABRIELLI, *Le garanzie rotative*, in *I contratti del commercio, dell'industria e del mercato finanziario*, diretto da F. Galgano, Milano, 1995, I, p. 853, giacché «sul piano degli effetti normativi il connotato della mobilità o sostituibilità dell'oggetto della garanzia, come dato in sé, riguarda il tema dell'oggetto solo in maniera esteriore e indiretta» (E. GABRIELLI, *Pegno*, p. 117 ed *ivi* nota 89); ID., *Pegno*, cit., p. 157 ss., 223 ss.

[29] Autorevolmente, D. MESSINETTI, *Le strutture formali della garanzia mobiliare*, cit., p. 812 ss. il quale evidenzia la «distinzione [che corre] tra gli oggetti materiali e l'oggetto della garanzia con astrazione unitaria delle singole concrete res», sì che nell'ipotesi della rotatività l'oggetto della garanzia acquista «un valore di sintesi, indipendentemente dalla specifica identità delle singole componenti, con una svalutazione del sostrato materiale»; Cass., 27 settembre 1999, n. 10685, in *Dir e giur.*, 2000, p. 470 ss.; in *Riv. not.*, 2000, p. 1464 ss.: «il pegno rotativo non comporta la costituzione di una nuova garanzia nel momento della modi-



Sì che se con la 'non-possessorietà' si riferisce della mancanza di un elemento tradizionalmente ritenuto costitutivo del pegno (o almeno della sua opponibilità), con il possesso del bene oppignorato che rimane al costituente, con la 'rotatività', di contro, trascorrendosi dalla *formazione* del titolo al suo *oggetto*, si allude – di là dalla collocazione del possesso – alla possibilità della continua modificabilità, nel corso tempo [30], del bene oppignorato ed al «rovesciamento del modello del potere dispositivo sul bene» [31] (*melius*: disponibilità giuridica) con una struttura gestoria modellata sullo schema dell'agire per conto altrui, nell'unitarietà temporale della complessiva operazione economica [32] di garanzia. Ed allora se (soltanto) *normalmente* il pegno non possessorio è connotato anche dalla rotatività, non potrà dirsi che *ogni* pegno senza spossessamento debba necessariamente lasciar verificare anche la surrogabilità – legale o convenzionale – del bene oggetto della garanzia. Ci potrà essere, dunque, un pegno non possessorio, rotativo e non rotativo; sì come ci potrà essere un pegno (tradizionalmente) possessorio, ma rotativo (con la disponibilità giuridica e il potere di surrogazione reale nelle mani del creditore) e non rotativo.

D'altra parte si deve pure distinguere [33] – continuando nel preliminare tracciamento

---

ficazione dell'oggetto, poiché la sostituzione dei beni lasciando immutato il valore dei beni destinati al soddisfacimento preferenziale del creditore pignoratizio non determina alcun pregiudizio per gli altri creditori».

[30] D. MESSINETTI, *Le strutture formali della garanzia mobiliare*, cit., p. 784, il quale rileva come «il punto di novità» sia costituto dalla «mobilità nel tempo dell'oggetto della garanzia, che esce fuori dai limiti della fissità e della specificità, quale riflesso dell'automatizzazione dell'esigenza di funzionalità, che caratterizza sistemi anonimi e spersonalizzati di regole economiche».

[31] D. MESSINETTI, *Le strutture formali della garanzia mobiliare*, cit., p. 817, ove si evidenzia come la «rotatività ha origine […] nel fatto che […] viene ipotizzata la possibilità che il vincolo di garanzia si incorpori (circoli), in tempi successivi, su beni … acquistati (dal creditore pignoratizio) con il reimpiego delle somme ricavate dalla vendita dei beni […] costituiti in pegno. Il progetto di garanzia implica, dunque, necessariamente, uno specifico *medium* strutturale finalizzato allo scopo. Questo non può non essere dato che da un potere del creditore di sostituire e modificare, nel tempo, l'oggetto su cui esercita il vincolo».

[32] Per la concettualizzazione dell'operazione economica rilevante giuridicamente sia in termini di "unità formale" sia quale categoria ordinante, e, dunque, quale sintesi complessa dei singoli segmenti negoziali e/o materiali che possono contribuire ad attuarla, il rinvio è d'obbligo a E. GABRIELLI, *"Operazione economica" e teoria del contratto. Studi*, Milano, 2013, *passim*: «l'operazione economica … quale schema unificante l'intero assetto di interessi disegnato dall'autonomia privata, penetra all'interno delle singola cause che compongono il collegamento negoziale, qualificandole in concreto, a prescindere dalla causa tipica dei singoli schemi negoziali» (p. 179); E. GABRIELLI, *Pegno*, cit., p. 160 ss.

[33] Magistrali, sul punto, le riflessioni di D. MESSINETTI, *Le strutture formali della garanzia mobiliare*, cit., p. 787 ss., 790; E. GABRIELLI, *Pegno "non possessorio" e teoria delle garanzie mobiliari*, in *Riv. dir. comm.*, 2017, p. 241 ss., spec., p. 256 s.; ID., *Una garanzia reale senza possesso*, in *Giur. it.*, 2017, p. 1715 ss., spec., p. 1717; ID., *Pegno*, cit., p. 168 s. ove si precisa che il «termine "anomalo" […] non vuole né essere un escamotage linguistico, né tanto meno, ovviamente, indicare l'esistenza di un *tertium genus* tra "ti-



delle linee identificative del pegno 'non possessorio', per così dire 'di nuova generazione' – tra una 'non-possessorietà' *anomala*, sì come ricostruita alla stregua della disciplina settoriale anteriore al 2016 e delle configurazioni negoziali private con il concorrente *qualificante* vincolo di indisponibilità [34], proprio del tipo legale, e una 'non possessorietà' *atipica* originante dalla disciplina della garanzia mobiliare nell'impresa che prescinde da tale ultimo elemento specificativo nel consentire *normalmente* a quest'ultimo ampi poteri di disposizione e trasformazione dei beni costituiti in pegno.

Invero, la prima modalità, con cui la vicenda della non possessorietà si manifesta, continua a mantenere la convenzione all'interno del tratto tipologico del pegno codicistico, sostituendo [35] alla consegna, che costituisce *soltanto uno* (questo è il punto!) dei diversi meccanismi (legali o negoziali) idonei a conseguire quel fine a cui presidio il possesso è stato tradizionalmente selezionato [36], tecniche alternative parimenti idonee a provocare, per il debitore, l'effettiva perdita «della esclusiva disponibilità della cosa» (art. 2786, comma 1) ovvero la «impossibilità di disporne senza la cooperazione del creditore» (art. 2786, comma 2) con il corrispondente vincolo di indisponibilità idoneo a realizzare pienamente la funzione di garanzia (mercé la privazione per il costituente del potere

---

picità" e "atipicità", ma unicamente far emergere come determinate fattispecie di pegno (di fonte legale o convenzionale), pur presentandosi con una veste esteriore, apparentemente diversa da quella propria del tipo legale, debbano in ogni caso […] essere ricondotte proprio all'interno sia dello schema legalmente tipico, sia della disciplina, del pegno»; ID., *Garanzia e garanzie reali*, cit., p. 33 ss., ove si insiste sul rilievo per cui la funzione di garanzia non deve essere costretta nello schema e/o modello codicistico del pegno, postulando, impropriamente, una consustanzialità a questo dello spossessamento, là dove, al contrario, essa potrà «realizzarsi – pur all'interno del tipo contrattuale e quindi senza alterarne la struttura formale e comportare effetti diversi da quelli propri dello schema legale – utilizzando strumenti alternativi, quali l'iscrizione del vincolo in appositi registri, che comunque determinino l'impossibilità per il costituente di compiere atti di disposizione della *res* oggetto della garanzia»; ID., *Il pegno «anomalo»*, cit., p. 74 ss.

[34] Là dove nel modello pignoratizio del 2016 l'elemento *qualificante* è rappresentato – oltre che dalla rotatività – dalla non possessorietà in una alla piena disponibilità giuridica dei beni in testa al debitore (con la salvezza che il titolo costitutivo la ridimensioni o la escluda interamente).

[35] Con la riforma del 2006 del *Còde civil* il legislatore francese ha espressamente sostituito all'elemento materiale dello spossessamento quello – più consono alle esigenze economiche attuali – della registrazione della garanzia in pubblici registri mediante annotazione.

[36] D. MESSINETTI, *Le strutture formali della garanzia mobiliare*, cit., p. 795 ss.: «la fattispecie possessoria […] incorporante la forma costitutiva della garanzia, è un momento necessario, solo in quanto collegato con quei disposti normativi che trovano il loro comune punto di riferimento con l'art. 1153 c.c., secondo i quali è possibile attivare una circolazione dei beni mobili (traslativa o comunque costitutiva di diritti in favore di terzi) fondata su fattispecie possessorie», E. GABRIELLI, *Il pegno*, cit., p. 109 ss.; ID., *Spossessamento e funzione di garanzia nella teoria delle garanzie reali*, cit., p. 71 ss.: «la *traditio rei* […] non è fine a sé stessa, ma rappresenta lo strumento per la realizzazione di una diversa situazione finale: l'impossibilità per il costituente di compiere atti di disposizione della *res* oggetto della garanzia» (p. 76); ID., *Il pegno «anomalo»*, cit., p. 123 ss., 187 ss., 216 ss.



di beneficiare dell'effetto liberatorio mediante la tecnica di cui all'art. 1153 c.c. e l'eventualità per il creditore di attuare la ritenzione) nella diversità del modello strutturale [37].

La seconda (*scilicet*: la non possessorietà *post* 2016), al contrario, denuncia evidenti caratteri di atipicità [38] con l'attribuzione di penetranti poteri di escussione della garanzia e di autotutela esecutiva al creditore (assenti nel modello legale [39]) nonché di ampi poteri gestori e dispositivi, dei beni oggetto della garanzia, al debitore (depositario), con le relative clausole di lavorazione e di estensione (c.dd. verticali [40] e orizzontali [41]) del vincolo (proprie di altri ordinamenti europei e segnatamente di quelli tedesco ed anglosassone). Specificità che, se rappresentano una «forma di surrogato negoziale […] tale che la cosa si prolung[hi] nel credito per il prezzo [ovvero in quella che costituisce l'esito della sua trasformazione]» [42], finiscono anche per costituire elementi che segnano una marcata diversità. Idonei, questi ultimi, ad ipostatizzare il definitivo superamento della tradizionale logica pignoratizia, sia pure aggiornata dalla pagina del pegno anomalo, se è vero che rispetto a quello, producente *soltanto* una diversa modalità espressiva della tecnica codicistica in funzione dell'indisponibilità, questo (il pegno non possessorio di cui alla legge n. 119/2016), al contrario, evidenzia caratteristiche ulteriori ed estranee (e che non si esauriscono nel mancato spossessamento), idonee a prefigurare uno specifico sotto-tipo [43] del

---

[37] D. MESSINETTI, *Le strutture formali della garanzia mobiliare*, cit., p. 790 s., il quale sottolinea il *caveat* per l'interprete di evitare «un'aprioristica, e come tale indebita, identificazione tra modello e funzione. Indebita perché … la risposta tecnica dell'ordinamento alle complessità della prassi sociale è una risposta strumentale: è ricondotta, cioè, a una razionalizzazione dei mezzi in vista dei fini e si esprime in un linguaggio proposizionalmente articolato».

[38] Ovvero chiare «note *extra* tipiche» come evidenzia E. GABRIELLI, *Pegno "non possessorio" e teoria delle garanzie mobiliari*, cit., p. 257; sottolinea le notevoli novità della disciplina del 2016 anche M. CAMPOBASSO, *Il pegno non possessorio. "Pegno", ma non troppo*, in *Nuove leggi civ. comm.*, 2018, p. 703 ss.

[39] Ed invero le disposizioni di cui agli artt. 2742, 2794 e 2798 attribuiscono al creditore pignoratizio alcune facoltà che comunque devono essere *mediate* dalla valutazione giudiziale.

[40] Con l'espressione 'verticali' comunemente si intendono quelle clausole contenenti la disciplina di estensione del pegno alle somme o ai crediti originanti dal trasferimento (o, in senso più ampio, alla disposizione giuridica) dei beni originari oggetto di pegno. Per un'ampia trattazione, A. VENEZIANO, *Le garanzie mobiliari non possessorie. Profili di diritto comparato e di diritto del commercio internazionale*, Milano, 2000, p. 41 ss.; ma anche, E. GABRIELLI, *Pegno "non possessorio" e teoria delle garanzie mobiliari*, cit., p. 260.

[41] Con l'espressione 'orizzontali' si suole individuare tutti quei meccanismi – legali e/o convenzionali – alla cui stregua il prodotto originario sottoposto a pegno, in seguito ad uno o più processi di lavorazione, si trasforma in altro da sé (ad es. dall'uva si passa al mosto, poi al prodotto oggetto della fermentazione e così via fino alla bottiglia e al successivo, ma anche precedente, invecchiamento) ovvero viene sostituito con altri beni.

[42] E. GABRIELLI, *Pegno "non possessorio" e teoria delle garanzie mobiliari*, cit., p. 260-261.

[43] Cfr., ad es., E. GABRIELLI, voce *Tipo contrattuale*, in *Enc. giur. Treccani*, Agg., Roma, 2000, p. 1 ss.;



pegno codicistico, non già un'ipotesi a garanzia atipica [44] *tout court*. Sì da evidenziare, per un verso, la non essenzialità di alcuni elementi evocati dalla disciplina tradizionale e, confermare, per l'altro, che la minima unità effettuale del pegno continua ad individuarsi nel conseguimento della medesima funzionalità di garanzia.

Sì è così trascorsi dal pegno di origine romana giunto fino alle interpretazioni prevalenti della disciplina codicistica per il quale lo spossessamento veniva fatto coincidere con la stessa (possibilità giuridica dell')attuazione della funzione di garanzia [45], alle innovative pagine che, ricollocando condivisibilmente il possesso *esclusivamente* tra le tecniche realizzative del pegno (non perciò stesso esaurendole), avevano evidenziato come la funzione di garanzia non fosse coestensiva con lo spossessamento, fino al pegno non possessorio di 'nuova generazione', oltrepassante anche l'ultimo presidio che del pegno costituiva la cifra connotativa (vale a dire il vincolo di indisponibilità per il costituente) per, al contrario, attribuire al datore di garanzia ampi poteri gestori e dispositivi nel prefigurato fine di una maggiore performatività della garanzia mobiliare e nella generale prospettiva dell'insuperabile dimensione della dinamicità economica e finanziaria sottesa alla postmodernità.

Il tutto in un più ampio orizzonte di una *Modernisierung* dell'intero (strategico) settore delle garanzie, non sono mobiliari, al fine di intercettare la costante necessità di coniugare virtuosamente le inesauribili esigenze di credito, specialmente da parte delle imprese, e le istanze di certezza del recupero da parte dei soggetti erogatori (sì come recepite nel disegno di legge n. 1151 presentato al Senato della Repubblica il 19 maggio 2019, Delega al Governo per la revisione del codice civile), e, dunque, tra un'efficiente responsabilità patrimoniale del debitore e l'innesto di pervasivi fattori configuranti una sua più concreta protezione, come lucidamente segnalate in un recente propositivo intervento [46] in una alla concorrente «responsabilità di razionalizzazione dell'intera materia» [47] ed

---

al quale, in forza del richiamo contenuto all'art. 1, comma 10-bis, si applicano «in quanto compatibili» le norme codicistiche del pegno: sul punto cfr., G. BELLAVIA, *Il pegno non possessorio alla luce delle recenti novità normative: spunti teorici ed applicativi*, in *giustiziacivile.com*, 22 giugno 2018, p. 15-18.

[44] P. PERLINGIERI, *Il diritto civile nella legalità costituzionale secondo il sistema italo-comunitario delle fonti*, Napoli, 2006, p. 619 ss.; G. PERLINGIERI, *Garanzie «atipiche» e rapporti commerciali*, in *Riv. dir. imp.*, 2017, p. 21 ss.

[45] Lo ribadiva A. MONTEL, voce *Pegno (diritto vigente)*, in *Nss. Dig. it.*, XII, Torino, 1957, p. 794, il quale rilevava come il pegno si costituisce proprio e soltanto con l'*impossessamento* del bene da parte del creditore; dunque, l'atto dell'impossessamento deve ritenersi quale «*atto costitutivo del pegno*» (corsivo originale).

[46] F. MACARIO, *Appunti per un progetto di riforma delle garanzie del credito*, in *Questione giustizia*, 29 maggio 2018, p. 1 ss.

[47] A. CHIANALE, *Le nuove frontiere delle garanzie reali: uno statuto personale del creditore*, in *Contr. impr.*, 2019, p. 1304 ss., spec., p. 1305.



alla «concezione funzionalistica del "rapporto di responsabilità"» [48].

Con la promozione di una virtuosa *valorizzazione* dell'autonomia privata [49], da sempre ai margini dell'ampio settore delle garanzie, tradizionalmente presieduto dal principio di *tipicità*, e senza che la stessa venga confinata al limitante ruolo di esclusiva registrazione delle diffuse tipizzazioni sociali della contrattualistica bancaria [50]. Sì da prestare la massima attenzione, per un verso, al *tendenziale* superamento di due principi che, fino a quale anno fa, apparivano come immodificabili con il loro carico di tradizione dogmatica: l'*unicità* (e la necessaria soggettività) del patrimonio [51] e la *par condicio creditorum*; e, per l'altro, alla sovveniente diffusione delle recenti discipline del sovraindebitamemento (che dal diritto commerciale giungono al debitore *civile* [52]) con i concorrenti meccanismi delle clausole marciane e di esdebitazione [53] (legali e/o convenzionali).

---

[48] F. MACARIO, *Appunti per un progetto di riforma delle garanzie del credito*, cit.

[49] E. GABRIELLI, *Garanzia e garanzie reali*, cit., p. 29 ss.; M. BUSSANI, *Il modello italiano delle garanzie reali*, in *Contr. e impr.*, 1997, p. 163 ss., spec., p. 173 ss.; Alb. CANDIAN, *Le garanzie mobiliari. Modelli e problemi nella prospettiva europea*, Milano, 1999, p. 304 ss.

[50] In questo senso criticamente, A. CHIANALE, *Le nuove frontiere delle garanzie reali: uno statuto personale del creditore*, cit., p. 1305, sebbene il disegno di legge n. 1151, alla lettera *o)* dell'unico articolo di cui è composto preveda che la disciplina delle «nuove forme di garanzia del credito» avvenga «anche in considerazione delle prassi contrattuali consolidatesi nell'uso bancario e finanziario».

[51] Così, qualche anno fa, si rilevava in R. FRANCO, *Le recenti (de)specializzazioani del credito fondiario*, in *Dir. merc. ass. e fin.*, 2019, p. 255 ss.: il concetto, e la stessa funzione ideologica della responsabilità patrimoniale, è da «sempre sottoposto a costanti tensioni rivalutative: uno per tutti la separazione patrimoniale che tanto faticano, i giuristi continentali, a comprendere nel perenne confronto con l'effetto destinatorio, come entrambi contrapposti all'asserita (e tanto difficile da superare) unicità patrimoniale necessitante logicamente, prima che giuridicamente, dell'elemento soggettivo d'imputazione e di raccordo; e che pure una più meditata rilettura delle opere di Brinz e Bekker in Germania con la *Zwechvermögentheorie*, e, soprattutto, di quelle di Bonelli e Ferrara che si confrontavano nella vivace polemica risalente al secondo decennio del secolo scorso, avrebbe consentito di agevolmente comprendere, svelando la sovrapposizione concettuale tra patrimonio e soggetto che, di contro, non necessariamente si devono vicendevolmente implicare. Il patrimonio non deve essere necessariamente di qualcuno; ma può anche essere destinato per uno scopo; il patrimonio non dovrà, per individuarsi, inevitabilmente specificarsi nella *selezione* soggettiva, ma potrà *raccordarsi unitariamente* in ragione di una destinazione (*für etwas*)».

[52] Cfr., legge n. 3/2012, in base alla quale, dunque, anche chi non è un imprenditore commerciale può ora … *fallire* … ma anche subito dopo *riabilitarsi* quale soggetto attivo del mercato nelle nuove prospettive sottese alla politica economica del cd. *fresh start*. La quale se, nelle immediatezze, implica un'opportunità per il debitore, è idonea a suscitare anche profonde riflessioni critiche in merito ad una delle possibili visioni della cd. *credit society* che per alimentarsi ed accrescere sempre più le imprese che in essa si agitato ha la costante necessità di avere infiniti attori *ripuliti dal pregresso* e posti in grado di essere nuovamente *capaci di indebitarsi*. In altri termini, attraverso l'anamorfosi del *favor debitoris*, si costruisce un *favor creditoris*, versione post-moderna, sì come riconcettualizzato con riferimento non già ad un singolo rapporto obbligatorio ma con riferimento al mercato del credito, inteso probabilmente quale «nuovo criterio di *ordine pubblico*»: G. D'AMICO, *Responsabilità patrimoniale e procedure concorsuali nella "società del debito": oltre la tutela (esclusiva) del creditore*, in *Questione giustizia*, 2019, 2, p. 171 ss., spec., p. 178.



2. – Dalla lettura del comma 1 dell'art. 1 della legge n. 59/2016 emerge che il datore di pegno – sia esso lo stesso debitore, sia esso un terzo – deve essere un imprenditore «iscritto nel registro delle imprese» [54], senza ulteriori specificazioni della sezione entro la quale deve essere inserito. Ne consegue, probabilmente, l'esclusione delle società semplici (salvo che per le medesime non si proceda all'iscrizione volontaria) e la ricomprensione degli imprenditori agricoli [55], dei modelli organizzativi societari e di tutti i soggetti (persone fisiche, enti, soggetti giuridici e persone giuridiche del terzo settore limitatamente alle attività economiche svolte con metodo imprenditoriale, enti pubblici economici, ecc.) del polimorfo mondo imprenditoriale che abbiano accesso alla divisata pubblicità iscrizionale. I crediti garantiti dalla concessione della garanzia mobiliare devono [56] essere «inerenti all'esercizio dell'impresa», con le ulteriori specificazioni di essere presenti o futuri, determinati o determinabili, in ogni caso individuati con riferimento all'importo massimo che il pegno garantisce. Dunque, per delineare la fattispecie individuativa l'interprete deve riferirsi sia all'elemento soggettivo (l'imprenditore), sia all'elemento dinamico-funzionale dell'inerenza [57] e, quindi, del nesso funzionale tra il credito ricevuto e la finalizzazione del medesimo alla (più ampiamente intesa) gestione dell'impresa.

Potrebbe rimanere aperta la questione relativa alla verifica della ricorrenza dei due

---

Sul punto le dense e proficue pagine di C. CAMARDI, *Certezza e incertezza nel diritto privato contemporaneo*, Torino, 2017, p. 73 ss. Per un primo spunto, ancora, G. D'AMICO, *Responsabilità patrimoniale e procedure concorsuali nella "società del debito": oltre la tutela (esclusiva) del creditore*, cit., p. 177 s.

[53] Sia consentito il rinvio, in termini generali, a R. FRANCO, *Alienazione in funzione di garanzia e patto marciano: recenti conquiste e incerti automatismi. Una riflessione senza (troppi) entusiasmi*, in *Riv. dir. priv.*, 2018, p. 265 ss., spec., p. 297 ss.; ID., *Le recenti (de)specializzazioni del credito fondiario*, cit., p. 255 ss.

[54] Occorre quindi sia il requisito sostanziale dello svolgimento in concreto dell'attività, sia quello formale dell'iscrizione nel registro delle imprese.

[55] M. CAMPOBASSO, *Il pegno non possessorio. "Pegno", ma non troppo*, cit., p. 705; S. AMBROSINI, *Il pegno non possessorio ex lege n. 119/2016*, cit., p. 5.

[56] Rimane, peraltro, aperta la questione relativa all'individuazione della conseguenza giuridica dell'eventuale riscontro, *ex post*, dell'assenza del nesso funzionale tra i 'crediti garantiti' e l''inerenza all'esercizio dell'impresa' giacché la sanzione della nullità della convenzione pignoratizia, pur prefigurata nei primi commenti (S. AMBROSINI, *Il pegno non possessorio ex lege n. 119/2016*, cit., p. 5; R. BROGI, *D.L. 59/2016: prime annotazioni sul pegno mobiliare non possessorio*, in *Il Quotidiano giuridico*, 6 maggio 2016, p. 1 ss.; R. MARINO, *Il pegno non possessorio quale strumento funzionale all'autotutela satisfattiva del creditore: profili evolutivi*, cit., p. 772) in ragione di una sua configurazione in termini di requisito funzionale-causale della medesima (se non addirittura come norma imperativa), parrebbe dover ricevere una più pacata valutazione al fine di verificare, non soltanto mercé il ricorso all'art. 1424 c.c., una possibile conservazione della costituita garanzia, in ragione delle concreta modulazione degli interessi delle parti, sia pure con l'applicazione della disciplina tradizionale in luogo di quella di cui alla legge n. 119/2016.

[57] Inerenza all'impresa che costituisce un «paradigma denotativo» per E. GABRIELLI, *Pegno "non possessorio" e teoria delle garanzie mobiliari*, cit., p. 253. Parrebbe, dunque, doversi escludere che, ricorrendo



indicati elementi (soggettivo ed oggettivo) *connotativi* della fattispecie, vale a dire se essi dovranno essere (entrambi) accertati *soltanto* nella fase costitutiva del pegno o dovranno, al contrario, persistere per tutta la durata della garanzia ovvero se, presenti *ab origine*, saranno poi da verificare soltanto nell'eventuale momento successivo dell'esercizio della prelazione pignoratizia. Esclusi possibili effetti invalidanti [58] o di inefficacia che si potrebbero rispettivamente produrre per la sopravvenuta registrata carenza della qualità soggettiva del datore di garanzia ovvero della funzionalizzazione all'esercizio dell'impresa dei crediti garantiti, si ritiene che la conseguenza non possa essere altra da quella che conduca all'applicazione (residuale, ai sensi della norma di chiusura di cui al comma 10-*bis* dell'art. 1 della legge n. 59/2016) della disciplina codicistica del pegno (per la mancata prefigurazione dei requisiti qualificatori di quello 'non possessorio'), sì come riletta nella condivisibile proposta evolutiva delineante la figura del c.d. pegno anomalo, ormai recepita in giurisprudenza [59] (e caratterizzata, almeno, dal patto di rotatività con la concomitante surrogazione reale non novativa e dall'assenza dello spossessamento, sia pure senza le rilevanti novità introdotte dalla novella). Dunque, soltanto qualora (ed al momento in cui) il creditore pignoratizio o il debitore garantito volessero rispettivamente ricorrere all'esercizio di quelle più ampie prerogative a loro concesse dalla novella dovrà procedersi al riscontro in concreto della sussistenza dei due indicati elementi specificativi, traslocando così, in termini funzionali, la disciplina da una registrazione statica ad un accertamento dinamico: il c.d. «interesse alla conservazione (in senso dinamico) della garanzia mobiliare» [60].

Qualche perplessità è emersa in merito alla necessaria verificazione della qualità imprenditoriale del debitore-beneficiario della garanzia nel caso in cui il datore di pegno sia

---

il requisito soggettivo dell'imprenditore iscritto nel registro delle imprese, possa applicarsi la disciplina della legge n. 119/2016 senza la necessaria verifica anche dell'altro requisito – oggettivo – dell'inerenza del credito all'esercizio dell'impresa.

[58] Come mostrano di ritenere R. MARINO, *Il pegno non possessorio quale strumento funzionale all'autotutela satisfattiva del creditore: profili evolutivi*, cit., p. 772; S. AMBROSINI, *Il pegno non possessorio ex lege n. 119/2016*, cit., p. 7; e, sia pure limitatamente, alla fase costitutiva, G. BELLAVIA, *Il pegno non possessorio alla luce delle recenti novità normative: spunti teorici ed applicativi*, p. 7.

[59] Cass., 1° luglio 2015, n. 13508: «il pegno di cosa futura rappresenta una fattispecie a formazione progressiva che trae origine dall'accordo delle parti (...) avente meri effetti obbligatori e si perfeziona con la venuta ad esistenza della cosa e con la consegna di essa al creditore. In tale fattispecie la volontà delle parti è già perfetta nel momento in cui nell'accordo sono determinati sia il credito da garantire che il pegno da offrire in garanzia, mentre l'elemento che deve verificarsi in futuro, per completamento della fattispecie, è meramente materiale consistendo esso (oltre che nella venuta ad esistenza della cosa) nella consegna di questa al creditore»; Cass., 1° febbraio 2008, n. 2456.

[60] D. MESSINETTI, *Le strutture formali della garanzia mobiliare*, cit., p. 817.



un imprenditore terzo: a chi [61] ritiene che anche il debitore debba rivestire la qualifica imprenditoriale, si oppone chi [62], rilevando la generica dizione legislativa (riferita al profilo oggettivo) del credito «inerent[e] all'esercizio dell'impresa», ipotizza anche un debitore non imprenditore ovvero un imprenditore non iscritto o una società di fatto.

Nulla è detto con riguardo sia alla natura giuridica di colui che eroga il credito, sia al modello mediante il quale l'erogazione deve avvenire. Con riferimento alla prima questione, l'erogatore potrà essere, dunque, in assenza di espresse indicazioni, un qualsiasi soggetto, pubblico o privato, persona fisica o giuridica, non necessariamente coincidente con un operatore bancario o finanziario, in ogni caso un soggetto di diritto a ciò abilitato; con riferimento alla tecnica contrattuale di erogazione, non dovendosi trattare improrogabilmente soltanto di mutui o finanziamenti in genere, qualsiasi credito potrà essere garantita dal pegno non-possessorio, quale che sia la modalità di concessione del credito.

3. – Segue. – Quanto all'oggetto, l'art. 1, comma 2, individua sia i beni che possono subire il pegno, sia i criteri cui le parti possono ricorrere per l'individuazione dei medesimi. Con riferimento ai primi, dopo qualche iniziale incertezza dovuta alla formulazione della disposizione del decreto legge, in sede di conversione, si è chiarito che potrà trattarsi di beni mobili, sia materiali che immateriali, e di crediti purché specificati dalla predicazione dell'inerenza all'esercizio dell'impresa; si deve cioè trattare di cespiti (di qualsivoglia natura) rientranti nello svolgimento in concreto [63] dell'attività imprenditoriale e/o nel complesso aziendale. Si prevede l'espressa esclusione dell'assoggettabilità a pegno dei «beni mobili registrati» e, quindi, di tutti quei beni già suscettibili di ipoteca mobiliare [64] (art. 2810, comma 2): per l'effetto si è posta la questione se possano costitui-

[61] M. CAMPOBASSO, *Il pegno non possessorio. "Pegno", ma non troppo*, cit., p. 705 ed *ivi* nota 8.

[62] E. GABRIELLI, *Pegno "non possessorio" e teoria delle garanzie mobiliari*, cit., p. 252; F. DELL'ANNA MISURALE, *La nuova garanzia mobiliare introdotta con L. n. 119 del 2016,* cit., p. 10 s.; F. MURINO, *Prime considerazioni sul c.d. pegno non possessorio*, cit., p. 238 s.; ma, in senso contrario, F. LAMANNA, *"Decreto banche": iper-tutela del credito e ritocchi telematici alla legge fallimentare*, Milano, 2016, pp. 16-17.

[63] Con il relativo profilo probatorio tutto da costruire ad opera dell'interprete, ma che non si crede esposto ad alcun tipo di limitazione. Sì che se la verifica sarà agevole per quei cespiti debitamente annotati nel relativo libro aziendale, non perciò stesso dovranno escludersi quegli altri che non avessero ricevuto tale formalizzazione, condividendosi il rilievo per cui la destinazione imprenditoriale «deve essere intes[a] in senso estensivo»: M. CAMPOBASSO, *Il pegno non possessorio. "Pegno", ma non troppo*, cit., p. 707; F. MURINO, *Prime considerazioni sul c.d. pegno non possessorio*, cit., p. 241 s.

[64] E. GABRIELLI, *Il pegno*, cit., 131. Ma qualche perplessità, in termini generali, esprime F. MASTROPAOLO, *Contratti di garanzia reale mediante pegno di beni mobili, di crediti, di moneta, di azienda*, in ID.



re oggetto di pegno non possessorio, da un lato, i brevetti, i marchi registrati e gli altri diritti di proprietà industriale e, dall'altro, le quote societarie [65], con specifico riferimento a quelle di s.r.l., nell'assunzione che queste – a differenza di quelle di partecipazione nelle società di persone – possano ricondursi alla natura di beni *mobili* e non debbano piuttosto prefigurarsi quali più complesse posizioni contrattuali. E si è condivisibilmente rilevato [66] che l'esclusione dall'oggetto del pegno dei divisati beni sia imputabile all'opportunità, avvertita dal legislatore, di evitare che, con riferimenti ad essi, si potesse creare un conflitto tra diversi strumenti pubblicitari [67] ai fini della costituzione e delle prerogative concesse dalle rispettive prelazioni (in termini di grado e efficacia dichiarativa delle relative pubblicità).

In merito ai secondi si indicano ampi criteri di identificazione: potrà trattarsi di beni, anche immateriali, o crediti [68], presenti o futuri [69] (art. 1348; con la precisazione che il

---

(a cura di), *I contratti di garanzia*, in *Tratt. contratti*, diretto da P. Rescigno e E. Gabrielli, IV, t. 2, Torino, 2006, p. 1245, sebbene rilevando che in caso di contrasto prevarrà il creditore ipotecario.

[65] Cfr., le riflessioni di F. MURINO, *Prime considerazioni sul c.d. pegno non possessorio*, cit., p. 243 ss.

[66] M. CAMPOBASSO, *Il pegno non possessorio. "Pegno", ma non troppo*, cit., p. 708-709; A. CHIANALE, *Il pegno non possessorio su beni determinati*, cit., p. 955 s.; ma in senso contrario, con riferimento alle quote di partecipazione sociale, F. MURINO, *Prime considerazioni sul c.d. pegno non possessorio*, cit., p. 248 ss., il quale espressamente estende il pegno anche alle quote di partecipazione sociale nelle società personali. Un approfondimento in G. BELLAVIA, *Il pegno non possessorio alla luce delle recenti novità normative: spunti teorici ed applicativi*, cit., p. 8 ss.

[67] Ma nel senso dell'ammissibilità di sottoposizione a pegno anche dei diritti industriali, marchi e brevetti, F. DELL'ANNA MISURALE, *La nuova garanzia mobiliare introdotta con L. n. 119 del 2016,* cit., p. 12 s., la quale argomenta nel senso che la legge del 2016 è *specialis* rispetto alla generale disciplina del pegno ed è successiva rispetto alla disciplina di cui al d.lgs., 10 febbraio 2005, n. 30, recante disciplina anche del registro U.I.B.M.

[68] Sebbene, a rigore, la lettera della legge (così come al comma 3 ed al comma 6) riferisca i criteri di cui nel testo esclusivamente ai 'beni' mobili non estendendoli né ai beni immateriali, né ai crediti.

[69] Si tratta di precisazioni *ingenue* per E. GABRIELLI, *Pegno "non possessorio" e teoria delle garanzie mobiliari*, cit., p. 250. La precisazione, a differenza della successiva, potrebbe spiegarsi in ragione della tradizionale controversia (E. GABRIELLI, *Il pegno*, cit., p. 144 ss.) insorta in tema di oggetto di pegno codicistico con particolare riguardo all'assoggettabilità ad esso di beni o crediti futuri, stante anche la limitrofa incidenza interpretativa dell'espresso divieto in tema di ipoteca. Sennonché, anche per il pegno codicistico si era proficuamente chiarito come, in virtù della norma generale di cui all'art. 1348 c.c., esso potrà avere ad oggetto anche beni o crediti futuri, purché originanti da e/o imputabili titolativamente a rapporti giuridici già costituiti ed esistenti. Qualora, invece, non fosse in essere neppure quest'ultimo si sarebbe al cospetto di crediti (non già futuri, bensì soltanto) eventuali, con il che la problematica della determinazione *oggettuale* si sposterebbe su quella della puntuale redazione della clausola di estensione (di matrice soprattutto bancaria) della garanzia mobiliare a quei crediti per i quali non si è, appunto, ancora formato neppure il titolo (negoziale o legale) al momento della nascita del pegno. In mancanza di una precipua indicazione dei criteri alla cui stregua individuare il credito futuro – anche per le sottese esigenze di tutela dei terzi di cui all'art. 2787, comma 3 – con la individuazione di un'unitaria operazione negoziale e l'annessa previsione di



un'attività configuratoria-procedimentale privata (alla quale ha aderito anche la giurisprudenza che sia pure discutendo impropriamente di fattispecie e formazione progressiva: Cass., sez. un., 2 ottobre 2012, n. 16725, in *Foro it.*, 2013, I, c. 557 ss.; Cass., 27 settembre 1999, n. 10685, cit.: «la continuità del rapporto non è incompatibile con la realità del pegno, perché deriva dalla convenzione con la quale le parti previdero la possibilità di sostituirne l'oggetto senza estinzione del precedente rapporto di garanzia. E, come già rilevato nella citata sentenza n. 5264 del 1998 […] questa possibilità di surrogazione reale dell'oggetto del pegno non è incompatibile con il diritto positivo, che prevede la riferibilità della garanzia a un valore economico piuttosto che al bene di volta in volta utilizzato per concretizzarlo» sì che «le parti poss[o]no obbligarsi a sostituirne l'oggetto senza necessità di ulteriori stipulazioni e, quindi, nella continuità del rapporto originario»; Cass., 27 agosto 1998, n. 8517, in *Corr. giur.*, 1998, p. 1311 ss.; Cass., 1 agosto 1996, n. 6969, in *Fall*., 1997, p. 263 ss.), la previsione di beni/crediti futuri dovrebbe ritenersi inefficace almeno *erga omnes* e, dunque, ai fini della costitutività della prelazione pignoratizia (ma con una residuale efficacia obbligatoria *inter partes*): per tutti, E. GABRIELLI, *Pegno "non possessorio" e teoria delle garanzie mobiliari*, cit., p. 141 ss. Cfr., altresì, S. CICCARELLO, *Pegno*, cit., p. 686; F. REALMONTE, *Il pegno*[2], cit., p. 807; G. GORLA-P. ZANELLI, *Del pegno*[4], in *Comm. cod. civ.*, a cura di Scialoja e Branca, continuato da Galgano, Bologna-Roma, 1992, p. 29.

In merito vale la pena sottolineare che la distinzione negoziale tra pegno rotativo e pegno di beni/crediti futuri deve rimanere ferma ed essere rivendicata (nonostante qualche incertezza giurisprudenziale: Cass., 11 novembre 2003, n. 16914 in *Foro it.*, 2004, I, c. 410 ss.; Cass., 14 gennaio 2000, n. 8089, in *Fallimento*, 2001, p. 636 ss.). Invero, sul punto anche i due più recenti contraddittori in tema di pegno rotativo – evocando nomi fiabeschi ('Grillo parlante' per Francesco Gazzoni e 'Pinocchio' per Enrico Gabrielli) – concordano: altro è il pegno rotativo che si costituisce *uno acto* (e dal cui momento il diritto reale di garanzia potrà dirsi esistente) in una all'azione dell'autonomia privata procedimentale e configuratoria che gli è sottesa, senza che la modifica materiale dell'oggetto induca ad incertezze sull'oggetto astratto del fenomeno della garanzia e senza, dunque, la produzione di alcun effetto novativo (D. MESSINETTI, *Le strutture formali della garanzia mobiliare*, cit., p. 812 ss.); altro il pegno di cose/crediti futuri che non può prefigurarsi se non come fattispecie a formazione progressiva (ma, in senso diverso, S. CICCARELLO, *Pegno*, cit., p. 686 per il quale il contratto sarebbe fin dall'origine definitivo e di natura consensuale e la consegna assumerebbe mero valore simbolico) che giunge a definitivo compimento con la venuta ad esistenza del bene e lo spossessamento a favore del creditore (ovvero mercé altre modalità alternative a quest'ultimo per l'ontologia della *res*): qui il pegno potrà dirsi costituito solo allorquando saranno verificati detti eventi (e, dunque, con efficacia *ex nunc,* ad ogni effetto di legge), senza alcuna retroattività dell'effetto reale (che, invece, costituisce il *quid essentiae* della rotatività, espressione com'è di un'operazione economica continuativa ed unitaria). Cfr., F. GAZZONI, *Qualche dubbio su pegno rotativo (in attesa di spiegazioni …)*, in *Riv. not.*, 2000, p. 1468 ss., spec., p. 1471 e E. GABRIELLI, *«Pinocchio», il «Grillo parlante» e il problema del pegno rotativo: spiegazioni … a richiesta (fra il serio e il faceto)*, ora in ID., *Studi sulle garanzie reali*, cit., p. 291 ed *ivi* nota 47. Dunque, «una cosa è il pegno rotativo, altra e diversissima cosa è il pegno su cosa futura, al punto che se davvero il primo fosse da assimilare al secondo, la soluzione da dare al problema posto dall'art. 67 l.f. dovrebbe essere esattamente opposta» (F. GAZZONI, *Qualche dubbio su pegno rotativo (in attesa di spiegazioni …)*, cit., p. 1471; e con vigore argomentativo, E. GABRIELLI, *Pegno*, cit., p. 162 s.).

Cfr., Cass., 28 maggio 1998, n. 5264, in *Banca, borsa, tit. cred.*, 1998, II, p. 485 ss.: «l'ammissibilità di modificazioni oggettive che non facciano venir meno l'identità del rapporto giuridico o che, pur dando vita alla costituzione di un rapporto nuovo, assicurino, comunque, la tutela della situazione giuridica preesistente è, in effetti, specificamente riconosciuta dal legislatore, rispetto ai diritti reali di garanzia, con una serie di disposizioni (artt. 2742, 2795, primo e secondo comma, 2815 e 2816, 2825, secondo comma, c.c.) che, nella diversità delle ipotesi regolate, sono legate da un aspetto comune, costituito dal fatto di prendere in considerazione la "cosa" per la sua "componente di valore", in piena aderenza all'interesse del titolare del diritto, che non è rivolto al bene nella sua "individualità", ma al suo valore economico» .



pegno – già efficace in termini obbligatori ed *inter partes* – diviene immediatamente opponibile con l'iscrizione [70] nel relativo registro [71] e non con la venuta ad esistenza del bene e/o del credito [72], con l'annesso spossessamento o formazione del titolo in riferimento ai crediti o altri diritti: comma 4 dell'art. 1 legge n. 59/2016), determinati o determinabili [73] (con una indicazione probabilmente superflua [74] stante la disciplina generale di cui all'art. 1346) ovvero individuati [75] «mediante riferimento a una o più categoria

---

[70] M. CAMPOBASSO, *Il pegno non possessorio. "Pegno", ma non troppo*, cit., p. 710. Diversamente, A. CHIANALE, *Il pegno non possessorio su beni determinati*, cit., p. 957 s.

[71] Registro che, a quanto consta, non è stato ancora istituito; sul punto è stata già presentata un'interrogazione parlamentare alla Camera dei Deputati in data 21 aprile 2020, n. 4-05264 con la quale si chiede di conoscere «quali siano motivi per i quali ad oggi il registro informatizzato … non è stato ancora istituito presso l'Agenzia dell'entrate, rendendo quindi efficace tale nuovo istituto giuridico; [e] quali iniziative siano state predisposte dal Ministro interrogato al fine di rimuovere tutti gli elementi ostativi alla creazione del predetto registro informatizzato».

[72] Così come vorrebbe la regola generale in tema di compravendita di cosa futura valevole anche per il pegno codicistico: venuta ad esistenza del bene/credito e relativo spossessamento; di conseguenza la costituzione del pegno non possessorio su cosa futura retroagirà nell'efficacia giuridica, una volta che la cosa è venuta ad esistenza, al momento in cui è avvenuta l'iscrizione. Concordano, V. OLISTERNO, *La consacrazione normativa dei pegni cd. anomali: il pegno mobiliare non possessorio del D.L. 59/2016 convertito con modifiche in L. 119/2016*, in *Iurisprudentia*.it., p. 6 s.; R. MARINO, *Il pegno non possessorio quale strumento funzionale all'autotutela satisfattiva del creditore: profili evolutivi*, cit., p. 783.

[73] Art. 1, comma 2.

[74] Di «ingenuità» discute E. GABRIELLI, *Pegno "non possessorio" e teoria delle garanzie mobiliari*, cit., p. 250.

[75] È bene rammentare che è segnatamente sulla puntale descrizione dei beni ovvero sulla specifica indicazione dei criteri e modalità alla cui stregua individuare i beni che andranno a sostituire, per effetto del funzionamento del meccanismo rotativo, quelli originariamente oppignorati, che si gioca tutta la partita della rotatività (con vigore argomentativo, D. MESSINETTI, *Le strutture formali della garanzia mobiliare*, cit., p. 798, per il quale le tecniche di individuazione dei termini della fattispecie acquistano la propria giustificazione normativa «in presenza di processi di oggettivazione particolari di tutta la struttura complessiva della garanzia, che rendono possibile la variabilità dell'oggetto, in quanto, per la stessa razionalità immanente nella funzione, ne implicano la riproduzione»*;* E. GABRIELLI, *Pegno*, cit., p. 160 ss.). Non soltanto, dunque, quella dell'opponibilità *erga omnes* della rotatività (con la connessa delicata questione dei conflitti tra il creditore pignoratizio ed i terzi che vantassero diritti sui beni che sostituiscono quelli originari, nell'ipotesi in cui tali diritti fossero stati acquistati da tali terzi in epoca successiva alla data di costituzione ed iscrizione del pegno, ma precedentemente al momento della sostituzione), ma della stessa utile concettualizzazione della rotatività, con i suoi effetti retroattivi e non novativi (nella continuità dell'oggetto là dove «il bene viene in considerazione, non già nella sua individualità, ma per il suo valore economico», E. GABRIELLI, *Pegno*, cit., p. 160). Invero, questa in tanto ha un senso (logico, prima che giuridico) in quanto il pegno potrà dirsi costituito fin dal primo atto costitutivo ed indipendentemente dalle successive modificazioni oggettuali; qualora ciò non potesse essere con certezza conseguito il pegno rotativo perderebbe ogni suo *appeal* giuridico (in termini teorici e ricostruttivi) ed economico (quale nuova avvincente modalità di garanzia). Ed infatti, sulla questione, insiste, condivisibilmente, sul punto E. GABRIELLI, *Pegno*, cit., p. 116 s.; ID., *Rotatività della garanzia*, ID., *Studi sulle garanzie reali*, cit., p. 228 s.; ID., *"Forma" e "realtà" nel*



merceologiche» o, finanche (e, qui la rilevante novità), mercé la mera indicazione di «un valore complessivo» [76]. Con un'ideale prosecuzione di quella antica prospettiva cui appariva utile convenire che, nel settore delle garanzie, si sarebbe dovuto convertire il 'diritto al bene' nel 'diritto al suo valore' (di scambio), così raccordando le sempre più stringenti esigenze dei traffici commerciali globalizzati sottese all'interesse all'immediata monetizzazione delle garanzie e all'autonoma circolazione di quel 'valore' (inteso come *bene* in sé, già facente parte del patrimonio del beneficiario) a quelle intuizioni [77], sovvenute agli albori del secolo scorso (e successivamente meglio precisate [78]), individuative della minima unità funzionale dell'ipoteca – quale paradigma di ogni garanzia – non nel 'diritto al bene' bensì nel 'diritto *al* (e non *sul* [79]) valore' del bene ovvero quello alla costituzione di una «riserva di utilità (reale) sul patrimonio del costituente» [80].

---

diritto italiano delle garanzie reali, in ID., *Studi sulle garanzie reali*, cit., p. 54 ss., 58 s., ove si ribadisce che «l'atto di autonomia privata [ove strutturato e conformato alla stregua delle indicazioni formali prescritte dal legislatore per il pegno e, specificamente, artt. 2787 e 2800] non può perdere la sua efficacia nei confronti dei soggetti che vantino titoli in conflitto, poiché il controllo sulla rispondenza dell'operazione economica di garanzia alle regole di validità e di opponibilità del vincolo dettate dal legislatore sarà necessariamente successivo al momento di costituzione del vincolo e del patto di rotatività» (p. 58); ID., *«Pinocchio», il «Grillo parlante» e il problema del pegno rotativo: spiegazioni ... a richiesta (fra il serio e il faceto)*, cit., p. 285 s.; ID., *Il pegno*, cit., p. 237 ss., spec., p. 242; cui *adde*, ma in senso diverso, M. RESCIGNO, *Le garanzie «rotative» convenzionali: fattispecie e problemi di disciplina*, in *Banca, borsa, tit. cred.*, 2001, p. 1 ss., spec., p. 25 ss.

[76] Probabilmente neanche in questo caso potrà dirsi che il legislatore abbia accolto, nella sua integralità, la nozione tecnica del cd. pegno flottante, propria di altri ordinamenti (tradizionalmente quelli di *common law*), in cui la garanzia mobiliare può costituirsi avendo per oggetto non cose e/o diritti, bensì esclusivamente (e direttamente) *valori* economici. Il riferimento legislativo al 'valore complessivo' sarebbe da intendersi, quindi, quale criterio – ulteriore rispetto agli altri indicati nel medesimo enunciato legislativo – al quale si è fatto ricorso allo scopo *esclusivo* di individuare i beni oggetto del pegno non possessorio (*id est*: criterio di individuazione), non già per indicare che *anche* esso stesso, in quanto mero *valore*, potrebbe costituire oggetto di pegno. Per le coordinate del dibattito, sia pure antecedente alla novella del 2016, cfr., E. GABRIELLI, *Il pegno*, cit., 257 ss.

[77] G. P. CHIRONI, *Trattato dei privilegi, delle ipoteche e del pegno*, I, Milano-Torino-Roma, 1917, p. 25 ss.

[78] G. GORLA, *Le garanzie reali dell'obbligazione*, Milano, 1935, p. 83 ss.; D. RUBINO, *L'ipoteca*, in *Tratt. dir. civ. comm.*, diretto da Cicu e Messineo, Milano, 1956, p. 6 ed ivi nota 4, il quale magistralmente puntualizza – mercé il rigore dogmatico che gl'è proprio – che l'ipoteca rappresenta un *diritto al valore* non già *sul valore*, vale a dire che il suo oggetto è un determinato bene (non potendo consistere in un valore) per quanto sia possibile ricavare dalla vendita forzata. Cenni anche in A. RAVAZZONI, *Le ipoteche*, in *Tratt. dir. civ. comm.*, diretto da Cicu-Messineo-Mengoni e continuato da Schlesinger, Milano, 2006, p. 11 s., 44 s.

[79] Al fine di evitare di incorrere nell'errore prospettico di considerare il *valore* quale *oggetto* dell'ipoteca.

[80] E. GABRIELLI, *Garanzia e garanzie reali*, cit., p. 14 s. (già in F. MASTROPAOLO (a cura di), *I contratti di garanzia*, cit., p. 1009 ss.), ove la specificazione che la costituzione della 'riserva' è logicamente e crono-



La previsione legislativa, infine, si rivela idonea a ridimensionare anche un altro carattere del pegno tradizionale, vale a dire la *specialità* (*ex* artt. 2784-2786-2787, comma 3): se l'oggetto del pegno potrà individuarsi «anche mediante riferimento a una o più categorie merceologiche» ovvero al solo *valore* complessivo (ad es., di un determinato complesso aziendale, formato da beni mobili non registrati e crediti di impresa) ne consegue evidentemente il dissolvimento della predicazione (costitutiva) della specialità pignoratizia ed un sensibile avvicinamento del pegno al privilegio mobiliare [81] (ad es. quello di cui agli artt. 44 e 46 TUB).

4. – Segue. – L'art. 1, comma 2, nell'indicare i possibili beni oggetto di pegno non possessorio, aggiunge un ulteriore elemento connotativo e/o qualificativo-funzionale affinché questi possano rendersi oggetto di garanzia, vale a dire la predicazione della loro *destinazione* (siano essi beni mobili, immateriali o crediti) all'esercizio dell'impresa. La previsione destinatoria dei medesimi pone la problematica – che sarà meglio investigata in seguito, con riferimento al fenomeno sostitutorio – della possibile successiva incidenza della sua modifica (rispetto all'originaria funzionalizzazione aziendale) sulla (stessa regola negoziale e, più probabilmente, sulla) disciplina del pegno già costituito. Si può in proposito ritenere, sia pure con margini di possibili ulteriori approfondimenti, che per quanto la destinazione all'impresa sia elemento innovativo, quanto specificativo della nuova figura di garanzia mobiliare, essa non sia idonea a segnare la pattuizione privata in termini di validità e/o sopravvenuta inefficacia e/o inopponibilità della medesima [82] (ri-

logicamente anteriore alla realizzazione patrimoniale della 'utilità'; E. GABRIELLI, *Spossessamento e funzione di garanzia nella teoria delle garanzie reali*, cit., p. 77.

[81] Lo rileva anche M. CAMPOBASSO, *Il pegno non possessorio. "Pegno", ma non troppo*, cit., p. 710-711; nonché, R. Di RAIMO, *Appunti sulla circolazione a scopo di garanzia nel diritto attuale*, cit., p. 60: «il pegno non possessorio, quello del DL 59/2016 s'intende, fatica a distingu.ersi qualitativamente dalla garanzia generica. Meglio, la genericità dei nessi identificativi del rapporto consegna l'immagine di un legislatore il quale, memore della teoria che nei primi decenni del secolo scorso rappresentava la responsabilità patrimoniale generica come una sorta di pegno *omnibus* sul patrimonio del debitore, ha bensì attribuito all'autonomia privata il potere di sezionare i patrimoni per quote di valore, frammentando l'unico patrimonio c.d. generale, unificato dal criterio proprietario espresso dallo stesso art. 2740, in più nuclei unificati invece dagli accordi e dall'iscrizione costitutiva di cui all'art. 6 del DL.»; cui *adde* G. STELLA, *Il "pegno non possessorio" alla luce delle disposizioni del Decreto legge n. 59/2016*, cit., p. 5.

[82] Come invece ritengono R. BROGI, *D.L. 59/2016: prime annotazioni sul pegno mobiliare non possessorio*, cit., p. 2 e S. AMBROSINI, *Il pegno non possessorio ex lege n. 119/2016*, cit., p. 7, il quale rileva come dalla mancanza del «nesso che deve intercorrere tra il bene oppignorato ed esercizio dell'impresa […] dovrebbe verosimilmente discendere l'invalidità della costituzione di pegno (per violazione di norma imperativa) e comunque la sua inopponibilità ai terzi»; concorda, A. CHIANALE, *Il pegno non possessorio su beni determinati*, cit., p. 955.



dimensionando, pertanto, la sua funzionalizzazione causale), bensì ad incidere – nel profilo dinamico – soltanto sulle singole facoltà che al creditore ed al debitore sono attribuite dalla novella. Invero, qualora al momento dell'esercizio di detti poteri, attribuiti dall'art. 1 della legge n. 59/2016, si rilevasse la sopravvenuta assenza della divisata destinazione, i rispettivi titolari si ritroverebbero in una posizione di impossibilità *ex lege* ad esercitarli, dovendosi ritenere che il pegno abbia *smesso* (o mai conseguita) quella qualificazione di sotto-tipicità per divenire una variante (probabilmente) *anomala* del pegno codicistico [83] (là dove, peraltro, l'elencazione dei beni, possibili oggetto del pegno, in nulla si differenzia da quella di cui alle tradizionali indicazioni, con la salvezza, evidentemente, per quei criteri di individuazione che fanno riferimento soltanto alla categoria merceologica di appartenenza ovvero al valore complessivo [84]).

L'*inerenza* all'esercizio dell'impresa è criterio (*melius*: requisito di fattispecie) al quale il legislatore ricorre al fine di individuare i crediti ed i rapporti giuridici in generale che l'imprenditore può garantire con il ricorso alla figura del pegno non possessorio. Si tratterà – compresa agevolmente la *ratio* della disposizione nella dimensione imprenditoriale nel cui ambito si è inteso disciplinare la nuova figura di garanzia mobiliare – di ritrovare, dal punto di vista pratico-funzionale, gli indici idonei a selezionare i crediti «funzional[i] alla realizzazione dell'attività di impresa» [85] rispetto a quelli che, non specificati dall'inerenza, dovranno ricorrere alla tradizionale figura del pegno o ad altri modelli di garanzie, tipiche o atipiche, ma non a quella di cui alla novella del 2016. Potendosi rilevare che se, per un verso, quei rapporti creditizi riconducibili *tout court* alla sfera *strettamente* personale del debitore saranno senz'altro esclusi dalla possibilità di essere *accessoriati* dalla garanzia pignoratizia non possessoria, per l'altro, non potranno rivelarsi sufficienti (almeno se tassativamente interpretati) quei criteri elaborati nell'ambito

---

L'affermazione appare incerta in quanto, per un verso, propone un'assertiva natura imperativa della disposizione di cui all'art. 1, comma 2, là dove la stessa, più esattamente, (si limita ad) indica(re) un requisito specificativo del sotto-tipo del pegno non-possessorio di cui alla novella, con la conseguenza che la sua possibile assenza dovrebbe svolgersi sul profilo regolamentare, non già su quello propriamente costitutivo del pegno (con l'applicazione della disciplina codicistica); per l'altro, incorre in una sovrapposizione tra invalidità ed inefficacia che al contrario, proprio nella vicenda pignoratizia, devono essere tenute in adeguata cifra di distinzione incidendo la prima sull'atto costitutivo e la seconda sull'opponibilità (*id est*: prelazione) così come si provvede nella condivisa separazione tra "titolo per la costituzione" – *titulus* – e "costituzione del pegno" – *modus* (art. 2786 e 2787).

[83] In questo senso parrebbe anche E. GABRIELLI, *Pegno "non possessorio" e teoria delle garanzie mobiliari*, cit., p. 264.

[84] In questi casi, nell'impossibilità di evocare la figura del pegno tradizionale, stante l'evidente indeterminatezza dell'oggetto, la pattuizione sarebbe destinata all'inefficacia.

[85] E. GABRIELLI, *Pegno "non possessorio" e teoria delle garanzie mobiliari*, cit., p. 253.



della giurisprudenza tributaria [86] per identificare i rapporti per i quali è prevista (giustappunto in quanto relativi all'impresa) la deducibilità dei costi di esercizio, a tal fine risultando sufficiente non che la spesa debba essere esclusivamente riferibile alla struttura d'impresa (ed al suo oggetto sociale), bensì soltanto che essa sia in *ogni caso* funzionalmente collegata alla produzione di un utile soggetto alla imposizione fiscale.

Si «tratta [invero] di un paradigma denotativo, che diviene anche profilo di ricostruzione della garanzia, il quale richiama quello rinvenibile nel diritto dei consumatori, laddove un determinato atto per essere qualificato come del consumatore, e quindi soggetto alla relativa disciplina, deve essere caratterizzato "dallo scopo dell'atto"» [87]; secondo una «declinazione normativa, ormai ricorrente nel sistema, la quale fa leva su una sorta di necessario collegamento tra qualità soggettiva della parte (imprenditore) e funzione del contratto (garanzia dei crediti inerenti all'esercizio dell'impresa), impiegando così sia il profilo soggettivo, sia oggettivo della fattispecie per inquadrarla nel sistema». La valutazione con riguardo al medesimo sarà da compiersi improrogabilmente con riferimento al caso concreto, escludendo ogni automatismo interpretativo o meccanico sillogismo, esaltando il carattere pervasivo dell'inerenza all'impresa di ogni singolo rapporto creditizio in una dimensione che lasci prevalere i criteri economici-finanziari e non quelli meramente giuridici.

5. – Segue. – I commi 3 e 4 dell'art. 1 della legge n. 59/2016 si provvedono di indicare i requisiti necessari per la costituzione e l'opponibilità ai terzi del *contratto* costitutivo di pegno non possessorio. Si prescrive [88] la forma scritta [89] in termini strutturali e, quindi,

---

[86] Cass. civ., 21 gennaio 2021, n. 1147; Cass. civ., 30 settembre 2020, n. 20829; Cass., 25 febbraio 2015, n. 3746.

[87] E. GABRIELLI, *Pegno "non possessorio" e teoria delle garanzie mobiliari*, cit., p. 253, anche per il successivo virgolettato.

[88] A differenza del pegno tradizionale, per il quale la forma scritta unitamente alla data certa sono requisiti necessari al fine soltanto della prelazione (e non anche per la valida costituzione) per gli importi superiori ad euro 2,58: in questi termini, Cass., 5 settembre 2006, n. 19059, in *Mass. giur. it.*, 2006, CED; Cass., 19 novembre 2002, n. 16261, in *Fallimento*, 2003, p. 751 e, in dottrina, già A. MONTEL, *Pegno*, cit., p. 782. Si tratta, segnatamente, di una forma *ad substantiam* per la costituzione della prelazione (o come si «dice spesso che la forma è prescritta per l'efficacia o l'opponibilità nei confronti dei terzi» e non per la costituzione *tout court* della garanzia mobiliare come insegnava magistralmente F. GIORGIANNI, voce *Forma degli atti (dir. priv.)*, in *Enc. dir.*, XVII, Milano, 1968, p. 997-998; con rigore, G. E. COLOMBO, *Pegno bancario*, cit., p. 208 s., il quale rileva che la forma scritta richiesta dall'art. 2787, comma 3, «non essendo "requisito del negozio", la scrittura può non essere coeva al sorgere del negozio: il negozio nasce valido e perfetto indipendentemente dalla scrittura; solo affinché esso possa produrre certi effetti rispetto ai terzi, o a determi-



(probabilmente [90]) *ad substantiam*, e non soltanto ai fini della prelazione (art. 2787), con le ulteriori necessarie previsioni (la cui assenza è parimenti sanzionata con la nullità) «del creditore, del debitore e dell'eventuale terzo concedente il pegno, [del]la descrizione del bene dato in garanzia, del credito garantito e [dell]'indicazione dell'importo massimo garantito». Senza, tuttavia, alcun riferimento allo *spossessamento* che diviene, pertanto, un elemento non più richiesto né in sede di costituzione (comma 3), né in sede di

---

nati terzi, sarà necessaria una scrittura, coeva o successiva al negozio») e, comunque, non di una forma meramente *ad probationem*: cfr., E. GABRIELLI, *Il pegno*, cit., p. 95 ss.

Tuttavia, l'adoperata formula legislativa «deve risultare da atto scritto» parrebbe censurabile almeno sotto due profili. Il primo: sarebbe stato decisamente più puntuale ricorrere non tanto all'espressione devono essere «redatti per iscritto» (come si può verificare con riferimento all'art. 23 TUF che pure ha ingenerato assai vivaci controversie interpretative in margine alla natura della prescrizione formale e che si è provato ad analizzare in altra sede, in seguito indicata) quanto a quella codicistica «devono farsi per atto pubblico o per scrittura privata» (in ciò, peraltro, esaurendosi, salva l'assimilazione di alcune forme telematiche, le possibilità logiche dello scritto). Il secondo: il ricorso al 'deve *risultare'* in luogo di quello 'devono farsi' o 'devono essere redatti' lascia – sia pur remota – qualche possibile incertezza se la forma richiesta sia necessaria ai fini della costituzione o ai fini della prova.

[89] Ma non si impone l'ulteriore requisito dell'atto pubblico o della scrittura privata autenticata che, al contrario, sono sempre ritenute le predicazioni necessarie al fine di accedere ai pubblici registri, deputati a fornire informazioni privilegiate rispetto alle quali il controllo iniziale dell'identità dei soggetti dell'atto è posto come minimo requisito di accesso. È critico verso il complessivo atteggiamento *a-formale* del legislatore in quanto troppo aderente all'«ideologia sostenuta dai corifei del neoliberismo della finanza globale», A. CHIANALE, *Le nuove frontiere delle garanzie reali: uno statuto personale del creditore*, p. 1310. In proposito vale la pena sottolinea che lo Schema di Decreto di istituzione del pubblico registro dei pegni non possessori da tenersi presso l'Agenzia delle Entrate, predisposto dal Ministero dell'economia e delle finanze, all'art. 3, comma 4, prevede che per l'accesso al predetto registro sia necessaria che la forma della scrittura costitutiva del pegno sia almeno quella dell'atto pubblico, della scrittura privata autenticata ovvero con sottoscrizioni accertate giudizialmente o, ancora, un documento digitale formato ai sensi dell'art. 24 del d.lgs. 7 marzo 2005, n. 82.

[90] La perplessità – ignota, peraltro, a tutti gli autori che sono sinora intervenuti, i quali si sono decisamente espressi nel senso di un requisito di forma *ad substantiam* – è riconducibile alle sovvenienti questioni che sono prepotentemente emerse nell'interpretazione dell'art. 23 TUF con la nota vicenda del contratto cd. monofirma. Questioni originate, tra l'altro, anche in ragione della formula legislativa «sono redatti per iscritto» con la connessa azione di nullità a legittimazione relativa (art. 23, comma 3, TUF), e che ha generato il dibattito dottrinale e giurisprudenziale al fine di accertare se essa veicolasse una forma scritta richiesta *ad substantiam* (per intendersi: della stessa natura di quella codicistica) ovvero una forma scritta diversa da quella necessaria per la scrittura privata (che, nella linea di pensiero dominante, deve recare la sottoscrizione delle parti), quale forma *informativa* o forma *funzionale* e teleologicamente orientata in termini di tutela. La medesima questione potrebbe riproporsi qui, avendo il legislatore prescritto che l'atto costitutivo di pegno «deve risultare da atto scritto» e non, come si dispone all'art. 1350 c.c., «devono farsi per atto pubblico o per scrittura privata».

Cfr. R. FRANCO, *Il c.d. contratto monofirma: dalla fattispecie al procedimento*, in *Eur. dir. priv.*, 2020, p. 635 ss.; e, con un contributo più ampio, in ID., *Dalla fattispecie al procedimento: il c.d. contratto monofirma per un tentativo di* ri-concettualizzazione *della scrittura privata. Con postilla sulla nullità selettiva*, in ID. (a cura di), *Il monofirma: firma, procedimento e formalità. Contributo allo studio della forma contrattuale*, Napoli, 2020, p. 105 ss. ove si è provato, nella più ampia prospettiva dell'ipotesi lavorativa, a ridiscutere sistematicamente la stessa condivisa e diffusa nozione di scrittura privata, sì come comunemente accettata.



opponibilità (comma 4) che si consegue invece con la (e dal momento della) iscrizione del pegno nel «registro informatizzato costituito presso l'Agenzia delle entrate e denominato "registro dei pegni non possessori"». Si risolve così, nel modo indicato dal più attento pensiero [91], la controversa questione relativa all'individuazione del *dies a quo* per il calcolo dei tempi per l'esercizio dell'azione revocatoria, ordinaria e fallimentare, il quale decorrerà dalla data di pubblicità del pegno nell'apposito registro e non da quella successiva delle eventuali sostituzioni oggettuali, le quali, per un verso, non produrranno alcun effetto novativo e, per l'altro, non incideranno sul profilo *oggettuale* della costituita, unitaria e originaria operazione di garanzia.

Emerge una figura di pegno non possessorio che si esprime mercé un contratto consensuale, non più reale, immediatamente valido e vincolante tra le parti, producente tutti gli effetti previsti dalla legge; con la forma scritta *sempre* necessaria in sede costitutiva «a pena di nullità»; una pubblicità (che è meccanismo idoneo a doppiare lo spossessamento [92]) con funzione (non più costitutiva, come per la consegna del bene nel pegno codicistico [93], bensì meramente) dichiarativa [94] ai fini dell'opponibilità [95] (e che in quello tradizionale si conseguiva con la scrittura avente data certa) e la concomitante funzione di regola di governo della circolazione dei beni oggetto di pegno, affiancando (ma anche superando?) alla regola generale del possesso vale titolo di cui all'art. 1153 c.c. (ed ancora valida per il pegno codicistico) quella del pegno *senza possesso* ma con la prescritta iscrizione nel registro pubblico [96].

---

[91] Cass., 22 dicembre 2015, n. 25796, nonché, almeno, D. MESSINETTI, *Le strutture formali della garanzia mobiliare*, cit., p. 814 ss.; E. GABRIELLI, *«Pinocchio», il «Grillo parlante» e il problema del pegno rotativo*, cit., p. 284 ss.; ID. *Rotatività della garanzia*, cit., p. 225 ss.

[92] E. GABRIELLI, *Pegno "non possessorio" e teoria delle garanzie mobiliari*, cit., p. 254.

[93] E come pareva emergere dalla precedente versione della formulazione della disposizione contenuta nel d.l. («il pegno non possessorio si costituisce esclusivamente con l'iscrizione in un registro») poi successivamente convertito in legge con modificazioni incidenti, tra l'altro, giustappunto, sulla più corretta identificazione della funzione della pubblicità.

[94] Il rilievo è unanime: M. CAMPOBASSO, *Il pegno non possessorio. "Pegno", ma non troppo*, cit., p. 706; F. MURINO, *Prime considerazioni sul c.d. pegno non possessorio*, cit., p. 265; S. AMBROSINI, *Il pegno non possessorio ex lege n. 119/2016*, cit., p. 8; sebbene in G. BELLAVIA, *Il pegno non possessorio alla luce delle recenti novità normative: spunti teorici ed applicativi*, cit., p. 14 s. persistano ancora perplessità e in F. MURINO, *Prime considerazioni sul c.d. pegno non possessorio*, cit., p. 265 s. si continui finanche a ritenere preferibile la ricostruzione della pubblicità in termini costitutivi.

[95] La priorità dell'iscrizione nel registro dei pegni non possessori sarà criterio elettivo anche per la soluzione dei conflitti tra più creditori pignoratizi con riferimento al medesimo oggetto, a nulla rilevando la data in cui si sono concluse le rispettive convenzioni pignoratizie.

[96] L'eventuale conflitto tra un acquirente che rivendichi il titolo di appartenenza ai sensi dell'art. 1153



L'iscrizione ha una durata decennale, rinnovabile, «per mezzo di una nuova iscrizione», la quale, nondimeno, deve essere effettuata prima della scadenza, con un meccanismo assimilabile a quello previsto per la rinnovazione dell'ipoteca di cui all'art. 2847 c.c.; la cancellazione potrà effettuarsi con accordo tra le medesime parti costituite e, in mancanza, ordinata giudizialmente (dietro apposita domanda giudiziale).

---

ed un avente causa dal costituente pegno che avesse precedentemente iscritto la garanzia nel registro dovrebbe veder prevalere quest'ultimo, se alla regola iscrizionale vuol riconoscersi efficacia applicativa: potrebbe dirsi, infatti, che il terzo acquirente non è in buona fede al cospetto della conoscibilità dell'informazione emergente dai registri e portante l'intervenuta costituzione di pegno (F. DELL'ANNA MISURALE, *La nuova garanzia mobiliare introdotta con L. n. 119 del 2016,* cit., p. 7 s.; in senso problematico, A. CHIANALE, *Il pegno non possessorio su beni determinati*, cit., p. 965 s.; ID., *Le nuove frontiere delle garanzie reali: uno statuto personale del creditore*, cit., p. 1311, ove si prende in considerazione la distinzione tra 'alienazioni normali' e 'alienazioni anomale', sì che se la prima esclude l'opponibilità del pegno al terzo acquirente stante la rotatività, la seconda ribadirebbe, al contrario, l'opponibilità della garanzia mobiliare, rilevandosi, altresì, che «l'art. 1153 c.c. – pur richiamato dall'art. 46, comma 5, TUB e dall'art. 186 c. app. – non può trovare razionalmente applicazione in questo ambito», e cioè in quello del pegno non possessorio; nonché G. BELLAVIA, *Il pegno non possessorio alla luce delle recenti novità normative: spunti teorici ed applicativi*, cit., p. 18 s., il quale ritiene che per non onerare il terzo in buona fede di un eccessivo onere di verificazione del registro di pubblicità del pegno non possessorio, il medesimo potrebbe continuare ad avvantaggiarsi del meccanismo di acquisto generale di cui all'art. 1353).

È però anche vero, come condivisibilmente rileva M. CAMPOBASSO, *Il pegno non possessorio. "Pegno", ma non troppo*, cit., p. 720 s., che il prefigurato (e non agevolmente risolvibile) conflitto dovrebbe *tendenzialmente* non porsi nelle vicende di cui alla nuova disciplina del pegno non possessorio là dove, salvo diversa disposizione negoziale, si consente *naturaliter* al debitore l'alienazione e/o la disposizione del bene. Sennonché (come, per vero, anche il medesimo A. rileva), se la novella, per un verso (art. 1, comma 2), ammette che il pegno si possa costituire anche su beni individuati esclusivamente «mediante riferimento a una o più categorie merceologiche o a un valore complessivo» ovvero su beni soltanto determinabili o futuri, e, per altro, consente che il costituente possa, arricchendo il regime della rotatività, disporre con ampie facoltà dei beni oggetto del pegno senza la necessità di alcuna esplicita formalità dell'intervenuta sostituzione (e del consenso del creditore), con la conseguenza che uno o più beni originari (anche se determinati in sede di costituzione) potrebbero non ritrovarsi più nel suo patrimonio poiché sostituiti da *altri* beni, allora l'ipotesi del divisato conflitto si fa meno remota e tutt'altro che eccezionale, con buona pace della certezza della prelazione del creditore pignoratizio e delle emergenze informative del registro dei pegni, con il rientro in gioco della regola generale del possesso vale titolo. In altri termini, se l'oggetto del pegno è determinato e specificato fin dalla costituzione ovvero si proceda ad una sua puntuale indicazione in concomitanza con le successive operazione sostitutorie, il terzo acquirente del bene non potrebbe ritenersi in buona fede in quanto la consultazione del Registro (che, per vero, potrebbe non essere operazione agevole) gli avrebbe consentito di apprendere la precedente costituzione di un diritto reale minore; se, al contrario, il bene o complesso di beni non è originariamente individuato ovvero, al momento della surrogazione reale, il bene in sostituzione non viene puntualmente descritto, si potrebbe suggerire il 'rientro in gioco' della regola generale di cui all'art. 1153, con il terzo che, in ipotesi in buona fede (giustappunto perché *anche* la consultazione del Registro non gli consentirebbe di apprendere alcuna utile informazione in merito all'individuazione del bene oggetto di pegno), conseguendo il possesso, prevarrebbe sul titolare della precedente (costituita ed iscritta) garanzia pignoratizia; fatta salva, evidentemente, per quest'ultimo, l'azione per il risarcimento del danno contro il disponente. Cfr., anche, F. MURINO, *Prime considerazioni sul c.d. pegno non possessorio*, cit., p. 255 s.



Tra i criteri costitutivi del pegno si deve individuare anche la necessità dell'espressa indicazione «dell'importo massimo [del credito] garantito» (comma 1 e 3 dell'art. 1 legge n. 59/2016). Si tratta di una previsione che, in scia alla sopravvenuta modifica legislativa in tema di fideiussione [97], con l'introduzione di una norma *transtipica* espressione di un «principio tipico delle garanzie reali» [98] [ma non soltanto di queste ultime] riconducibile all'ordine pubblico economico [99] (di 'protezione') e, dunque, pervasivo dell'autonomia privata (sia in termini programmatici, sia in termini esecutivo-applicativi) nell'intero ambito delle garanzie (tipiche o atipiche), permette di ritenere ammissibile [100] una versione ('attenuata', ma che rappresenta l'unica possibile nel nostro ordinamento) del cd. pegno *omnibus*, in uso soprattutto nei rapporti bancari. Si potrà consentire un costante e dinamico adeguamento della garanzia al continuo mutamento dell'esposizione debitoria del cliente nei confronti dell'istituto bancario nel perseverante controllo diretto ad impedire quelle «condotte prevaricatrici del creditore destinate a tramutare [la garanzia] in uno strumento di vessazione a nocumento» [101] del costituente. Vale a dire di una garanzia a beneficio di *ogni* credito che il debitore riceve e/o riceverà da quello specifico finanziatore nell'ambio di una più ampia ed unitaria operazione economica, a condizione

---

[97] Art. 1938 così come modificato dalla legge n. 154/1992.

[98] S. GIOVA, *La proporzionalità nell'ipoteca e nel pegno*, Napoli, 2012, p. 41 ss., 103 ss.; A. CHIANALE, *Il pegno non possessorio su beni determinati*, cit., p. 962; e cfr., infatti, anche l'art. 46 TUB.

[99] Cass., 5 aprile 2016, n. 6533, in *Corr. giur.*, p. 479 ss., con nota di M. BELLANTE, *Responsabilità del creditore per eccesso di iscrizione ipotecaria sui beni del debitore*; in *Nuova giur. civ. comm.*, 2016, p. 1183 ss., con nota di V. BELLOMIA, *Nuove prospettive in tema di ipoteca giudiziale e responsabilità aggravata del creditore*; in *Rass. dir. civ.*, 2017, p. 294 ss., con commento di S. GIOVA, *La responsabilità del creditore per l'iscrizione d'ipoteca giudiziale sproporzionata*; nonché Cass., 26 gennaio 2010, n. 1520, in *Giur. comm.*, 2011, II, p. 530 ss., con nota di C. CHIGI, *Il limite dell'importo massimo garantito: principio di garanzia e di ordine pubblico economico*; in *Riv. trim. dir. proc. civ.*, 2010, p. 713 ss., con nota di R. CALVO, *Lettere di* patronage *e abuso: un intervento chiarificatore della Cassazione*; in *Rass. dir. civ.*, 2011, p. 1249 ss., con nota di M. ANGELONE, *Divieto di garanzie personali atipiche* «omnibus»: *l'applicabilità diretta al patronage del limite di importo massimo garantito ex art. 1938 c.c.*; successivamente confermata da App. Bari, ord., 6 ottobre 2014, con nota di G. SALITO, *Garanzie personali e ordine pubblico*, in *Corti salernitane*, 2016, p. 227 ss.; in *Giur. it.*, 2015, p. 814 ss., con nota di M. ROBLES, *La fideiussione cd.* omnibus *secondo l'ordine pubblico "economico" di "Bruxelles I"*; in *Nuova giur. civ. comm.*, 2105, I, p. 430 ss., con nota di I. PIZZIMENTI, *Importo massimo garantito per obbligazioni future e principi generali di ordine pubblico.*

[100] L'apparente contrasto tra E. GABRIELLI, *Pegno "non possessorio" e teoria delle garanzie mobiliari*, cit., p. 262 e M. CAMPOBASSO, *Il pegno non possessorio. "Pegno", ma non troppo*, cit., p. 711 è dovuto al diverso modo di intendere la predicazione *omnibus*, intesa dal primo in senso ampio e dal secondo in senso più ristretto, giustappunto con riferimento al criterio dell'importo massimo garantito; nonché, A. CHIANALE, *Il pegno non possessorio su beni determinati*, cit., p. 962-963.

Per la ricostruzione, si cfr., E. GABRIELLI, *Il pegno*, cit., p. 138 ss.

[101] R. CALVO, *Lettere di* patronage *e abuso: un intervento chiarificatore della Cassazione*, cit., p. 717 s.



che sia indicato l'importo massimo *coperto* dal pegno [102] e sia preservata la (la continuata verifica della) proporzionalità [103] *in concreto* [104] tra credito e debito [105] e, quindi, non astrattamente predeterminabile, ma verificata di volta in volta alla stregua degli interessi delle parti sì come filtrati mediante il criterio della ragionevolezza *sistematica* ed *ordinamentale* [106], idonea a fugare ogni sovveniente soggettivismo dell'interprete. Con una

[102] Da qui la proposta di ricorrere alla predicazione 'attenuata' al fine di distinguere l'ipotesi ammessa dal nostro legislatore rispetto alla figura *omnibus* vigente nelle garanzie internazionali che l'ammettono anche 'in purezza', e, dunque, senza alcun parametro limitativo. Nel senso del testo, M. CAMPOBASSO, *Il pegno non possessorio. "Pegno", ma non troppo*, cit., p. 711 ss.: «ritengo pertanto ammissibile la clausola secondo cui il pegno non possessorio sia costituito, nei limiti dell'importo massimo indicato, a garanzia di tutti i futuri crediti inerenti all'esercizio dell'impresa sorti fra il creditore pignoratizio ed il debitore».

[103] Principio ben diverso e distinto da quello di equivalenza delle prestazioni o di stretta corrispettività tra esse.

Cfr., P. PERLINGIERI, *Equilibrio normativo e principio di proporzionalità dei contratti* (già in *Rass. dir. civ.*, 2001, p. 334 ss.), ora in ID., *Il diritto dei contratti tra persona e mercato. Problemi di diritto civile*, Napoli, 2003, p. 441 ss., spec., p. 452 ove la proporzionalità viene individuata come «principio che vale per tutte le garanzie, non soltanto per quelle personali» e quale «principio imperativo di tutto il sistema delle garanzie».

Alla proporzionalità, quale criterio pervasivo della legalità delle garanzie fa espresso riferimento anche l'articolato sistema delle garanzie negli appalti pubblici come ridisegnato dal vigente Codice dei contratti pubblici (d.lgs. 18 aprile 2016, n. 50). Infatti, in ossequio ai criteri di delega, l'art. 93 dispone che, in caso di partecipazione alla gara, l'offerta deve essere corredata da una c.d. "garanzia provvisoria" il cui importo sia «*proporzionato* e adeguato alla natura delle prestazioni»; l'art. 103, aggiunge che la c.d. "garanzia definitiva" costituita dall'appaltatore per la successiva sottoscrizione del contratto di appalto deve essere «progressivamente svincolata a misura dell'avanzamento dell'esecuzione» dell'opera, del servizio o della fornitura: quest'ultima norma denota un forte impatto sistematico dal momento che sancisce l'automatica riduzione della garanzia prestata affinché sia mantenuto, tempo per tempo, il giusto equilibrio rispetto all'obbligazione residua dell'appaltatore.

[104] App. Bari, ord., 6 ottobre 2014, cit., ove si legge che è necessaria «la fissazione di un limite di importo proporzionato alla normale e prevedibile attività del debitore ed alla sue potenzialità economiche e non anche di un importo qualsiasi che si tramuterebbe in uno strumento di garanzia sostanzialmente illimitato».

[105] R. CALVO, *Equità e controllo del giudice sull'equilibrio contrattuale*, in F. VOLPE (a cura di), *Correzione e integrazione del contratto*, Bologna, 2016, p. 170 s.; G. PERLINGIERI, *Garanzie «atipiche» e rapporti commerciali*, cit., p. 32; S. GIOVA, *La proporzionalità nell'ipoteca e nel pegno*, cit., p. 129 ss.; R. FRANCO, *Alienazione in funzione di garanzia e patto marciano: recenti conquiste e incerti automatismi*, cit., p. 282, 309-310, 312, 317, ove si è dato pieno credito alla prospettiva del «pieno riconoscimento del principio di proporzionalità che dovrà essere pervasivo di ogni rapporto tra credito e garanzia, sul fondamento di (antichi e nuovi) specifici dati normativi operanti in tutto il settore delle garanzie, di là da persistenti schemi dogmatici che ancora s'attardano nella distinzione delle logiche sottese a quelle personali o reali, accessorie o autonome, tipiche o atipiche»; nonché, in giurisprudenza, ABF Milano, 15 ottobre 2014, n. 6713; ABF Roma, 22 aprile 2014, n. 2492, in *www.arbitrobancariofinanziario.it*, ove le affermazioni per cui «in virtù del disposto degli artt. 2872 codice civile e 39 comma 5° TUB, [si deve affermare] l'esistenza di un principio generale di proporzionalità delle garanzie creditorie rispetto all'entità del credito cui accedono» con la conseguenza di una doverosa ricerca di una «effettiva e ragionevole proporzione» tra esse.

[106] In R. FRANCO, *Alienazione in funzione di garanzia e patto marciano: recenti conquiste e incerti automatismi*, cit., p. 317 si invitava l'interprete alla «costante verifica dell'applicazione *ragionevole* del principio di proporzionalità, pervasivo dell'intero fenomeno della garanzia».



valutazione da compiersi sia al tempo della costituzione della garanzia (cd. momento genetico), sia costantemente e continuativamente nel corso di svolgimento dell'intero rapporto obbligatorio garantito (cd. rapporto funzionale).

Il rilievo è degno di nota in quanto tradizionalmente la specialità del pegno conduce la linea di pensiero prevalente ad accettarne (*id est*: del pegno *omnibus*) l'ammissibilità [107] (in termini di validità dell'atto costitutivo) ma con effetti limitati [108] *inter partes* [109] e, dunque, inopponibili ai terzi creditori (o aventi causa dal datore di pegno) in quanto potenzialmente idoneo a lederne gli interessi (in seguito ad eventuali collusioni tra creditore pignoratizio e debitore) a presidio dei quali è collocato l'art. 2787, comma 3.

Si sarebbe confermata [110] la distinzione tra pegno quale diritto reale e prelazione o, il che è lo stesso, tra *garanzia* e *prelazione*, tra le quali non v'è né rapporto, né (improrogabile) implicazione: la prima rilevante nel rapporto *inter partes* (e nei rapporti con i terzi non creditori), la seconda incidente sul profilo esterno per il conseguimento dell'opponibilità (ai terzi creditori). Con questa che «non identifica il contenuto primario ed esclusivo del diritto, ma ne indica soltanto un profilo di disciplina, conseguenziale alla costituzione della riserva» [111] svolgendo «una funzione integrativa rispetto alla creazione del-

---

[107] C. ANGELICI, *Le garanzie bancarie*, in ANGELICI-BELLI-GREZO-PORZIO-RISPOLI FARINA, *I contratti delle banche*, Torino, 2002, p. 232 ss.; F. REALMONTE, *Il pegno*[2], cit., p. 801 s. e 832; G. GORLA-P. ZANELLI, *Del pegno*, cit., p. 24 ed *ivi* nota 2 e 59; E. GABRIELLI, *Il pegno*, cit., p. 141 ss.; ID., *Pegno*, in *Studi sulle garanzie reali*, cit., p. 111 ss.; ID., *Garanzie mobiliari e fallimento: il problema della determinazione del credito nel pegno* omnibus, in *Rass. dir. civ.*, 1992, p. 407 ss.

In giurisprudenza: Cass., 5 dicembre 2016, n. 24790; Cass., 25 marzo 2009, n 7214; Cass., 19 marzo 2004, n. 5561; Cass., 13 aprile 1997, n. 1380; Cass., 11 agosto 1998, n. 7871; Cass., 19 giugno 1972, n. 1927, in *Riv. dir. civ.*, 1974, II, p. 212, con nota critica di M. Tamponi; Trib. Torino, 2 febbraio 1996, in *Banca, borsa, tit. cred.*, 1996, II, p. 501.

[108] Effetti che si individuano almeno nella possibilità per il creditore pignoratizio di esercitare il diritto di ritenzione (ma per qualche perplessità, F. REALMONTE, *Il pegno*, cit., p. 802-803).

[109] E. GABRIELLI, *Il pegno*, cit., p. 143-144 ove si riconduce il valore impegnativo *inter partes* «quanto meno […] ai materiali comportamenti che i paciscienti si impegnano a portare in essere per la successiva estensione del preesistente vincolo di garanzia ad altri e successivi crediti e/o beni, ovvero […] all'esistenza in capo al costituente di obbligazioni strumentali di dare».

[110] D. MESSINETTI, *Le strutture formali della garanzia mobiliare*, cit., p. 794 ss.; M. FRAGALI, voce *Garanzia (dir. priv.)*, in *Enc. dir.*, XVIII, Milano, 1969, p. 460; A. MONTEL, *Pegno*, cit., p. 774 s.: approfonditamente E. GABRIELLI, *Garanzia e garanzie reali*, cit., p. 17 ss.; G. E. COLOMBO, *Pegno bancario*, cit., p. 205: «anche senza la prelazione, il pegno attribuisce il diritto di sequela, dal quale consegue che, se dopo la costituzione del pegno il bene viene dal costituente venduto a terzi, il creditore pignoratizio conserva il diritto di far vendere quel bene per soddisfarsi sul ricavato, o di farsi assegnare il bene a soddisfazione del suo credito». Nel senso della non distinzione, cfr., A. RAVAZZONI, voce *Garanzia (diritti reali)*, in *Dig. disc. priv.-sez. civ.*, VIII, Torino, 1992, p. 603.

[111] E. GABRIELLI, *Pegno*, cit., p. 93 s., anche per il successivo virgolettato; già L. BARBIERA, *Responsa-*



la riserva di utilità che, viceversa, configura sul piano dogmatico l'idea della garanzia reale»; là dove il pegno, pur senza guadagnare la prelazione, continua ad attribuire al suo titolare il diritto di sequela e il diritto di ritenzione (con la connessa facoltà di soddisfarsi sul bene oppignorato): «[d]isconoscere questi due effetti del pegno senza prelazione significa non distinguere tra *diritto reale* e *prelazione*, ovvero significa dimenticare che il pegno, prima di essere (*eventualmente*) una causa di prelazione, è (*necessariamente*) un diritto reale su cosa altrui» [112].

Le preoccupazioni di una pervasiva diffusione di tale innovativa modalità conformativa della struttura e della funzione della garanzia mobiliare (almeno a porsi nella prospettiva positiva, là dove la prassi economica l'aveva da tempo recepita e disciplinata, non senza alcune persistenti incertezze) non possono essere sottaciute, sebbene, all'un tempo, auspicabilmente ricomponibili nella sovveniente e più ampia prospettiva sottesa agli interventi legislativi degli ultimi anni. I quali, in scia alle sollecitazioni di matrice europeista, si collocano in un complessivo ripensamento dell'intera politica creditizia e del mercato del credito con l'introduzione dei noti strumenti, tutti formalmente recepiti e disciplinati [113], dell'esdebitazione, del patto marciano (e del relativo meccanismo del trasferimento sospensivamente condizionato), degli accordi di ristrutturazione del debito, degli sviluppi dei profili di autotutela esecutiva con la tendenza alla *de-pubblicizzazione* a favore di una spiccata caratterizzazione privatistica (non priva di concomitanti strumenti di controllo dell'azione individuale), fino alla deriva [114] (ormai definitiva) sia del cd. principio di *par condicio creditorum* (che, nelle linee attuali, si rivela idoneo più ad evidenziare i segni del tempo che non a dimostrare un'ancora pervasiva attualità [115]), sia

---

bilità patrimoniale. Disposizioni generali. Artt. 2740-2744, 2ª ed., in *Cod. civ. comm.*, fondato da P. Schlesinger e diretto da F.D. Busnelli, Milano, 2010, p. 28 s.: ID., *Garanzia del credito e autonomia privata*, cit., p. 99 ss., 141 ss.; E. GABRIELLI, *Il pegno «anomalo»*, cit., p. 62 ss.

[112] G. E. COLOMBO, *Pegno bancario*, cit., p. 205, corsivi originali.

[113] Ed oggetto di possibili successivi interventi di sistemazione, con particolare riferimento all'estensione del meccanismo esdebitatorio di cui all'art. 8 della legge delega 19 ottobre 2017, n. 155.

[114] P. SCHLESINGER, *L'eguale diritto dei creditori di essere soddisfatti sui beni del debitore*, in *Studi in onore di Mengoni*, Milano, 1995, p. 919 ss.; V. ROPPO, *La responsabilità patrimoniale del debitore*, in *Tratt. dir. priv.*, diretto da P. Rescigno, Torino, 19, p. 485 ss., spec., p. 529 ss. e, in ogni caso, si tratterebbe di un principio effettivamente operante solo nella fase esecutiva. Ma per la riaffermazione della vigenza del principio, diffusamente, L. BARBIERA, *Responsabilità patrimoniale*, cit., p. 151 ss.

Per una ordinata sistemazione del principio, M. FABIANI, *La* par condicio creditorum *al tempo del codice della crisi*, in *Questione giustizia*, 2019, 2, p. 202 ss.

Cfr. R. FRANCO, *Alienazione in funzione di garanzia e patto marciano: recenti conquiste e incerti automatismi*, cit., p. 265 ss.

[115] Di una «sorta di storico simulacro» discute E. GABRIELLI, *Pegno "non possessorio" e teoria delle garanzie mobiliari*, cit., p. 249.



di quello di tipicità [116] del sistema delle garanzie reali. Il legislatore delegato [117], allora, dovrà farsi carico di intercettare le distinte, ma convergenti linee evolutive del sistema dei privilegi e delle garanzie mobiliari, innanzitutto per riconcettualizzarlo *funditus* e poi ri-ordinarlo e dettarne una competitiva (oltre che razionalizzante) disciplina uniforme.

6. – Segue. – Con l'espressa – e rinnovata [118] – formalizzazione della rotatività il legislatore acquisisce positivamente e in termini generali anche i concetti limitrofi e (normalmente) coestensivi di surrogabilità legale (già prevista dall'art. 2742, accanto a quella di matrice convenzionale per effetto dell'originario negozio di configurazione) e dello svolgimento procedimentale del rapporto senza effetti novativi. Vale a dire che il pegno risulterà costituito sempre alla stregua del contratto originario; in una parola, dell'unitaria operazione economica regolata mercé il ricorso alla garanzia mobiliare, esaltandone «il profilo dinamico e causale» [119]. Si tratta di una rotatività *ex lege* e, per così dire, *hard* dal momento che – stando alla lettera delle legge – essa riuscirebbe (finanche) a prescindere da tutte quelle puntuali specificazioni che la migliore dottrina [120] al riguardo, da

---

[116] Ma per una puntuale riconsiderazione, G. PERLINGIERI, *Garanzie «atipiche» e rapporti commerciali*, cit., p. 21 ss.; M. ANGELONE, *Nuove forme di garanzia e «legalità costituzionale»*, in *Giust. civ.*, 2017, p. 910 ss.

[117] Il riferimento è agli artt. 10 e, soprattutto, 11 della legge 19 ottobre 2017, n. 155 – Delega al Governo per la riforma delle discipline della crisi di impresa e dell'insolvenza ove si individuano alcuni principi fondamentali per la regolamentazione delle ipotesi di pegno non possessorio, espressamente prevedendo al 'libera utilizzabilità' dei beni concessi in pegno da parte del costituente, la rotatività e la non novatività della sostituzione oggettuale.

[118] Già e almeno con l'art. 9, lett. c) della d. lgs. 21 maggio 2004, n. 170 il legislatore aveva indicato che «agli effetti di cui all'art. 67 della legge fallimentare […] la prestazione della garanzia in conformità ad una clausola di sostituzione non comporta costituzione di nuova garanzia e si considera effettuata alla data di prestazione della garanzia originaria». In verità, come si verificherà in seguito, già il privilegio agrario del 1927 ammetteva (sia pure in ragione delle necessità sovveniente dalla natura dei beni che ne costituivano l'oggetto) una clausola di rotatività.

[119] E. GABRIELLI, *Rotatività della garanzia*, cit., p. 225.

[120] E. GABRIELLI, *Rotatività della garanzia*, cit., p. 225 ss., 228: «il patto per essere efficace nei confronti dei terzi, fin dal momento costitutivo del diritto di garanzia, dovrà … indicare sia il meccanismo di rotatività del vincolo, sia le modalità di individuazione degli oggetti sui quali il medesimo verrà nei tempi successivi ad insistere»; ID., *Rotatività della garanzia*, cit., p. 263 s.; ID., *Sulle garanzie rotative*, cit., p. 131: «l'operare del diritto di prelazione nella garanzia rotativa, fin dal momento del vincolo, con esclusione di qualsiasi effetto novativo deve […] rinvenire il proprio fondamento nella configurazione dell'unità formale dell'operazione economica dalla quale devono emergere le indicazioni necessaria ad identificare, nello svolgersi ed avvicendarsi del vincolo di garanzia, i beni o valori che ne costituiscono l'oggetto»; ID., *Pegno*, cit., p. 165 s.; ID., *Il pegno*, cit., p. 242 ss.; approfonditamente, M. RESCIGNO, *Le garanzie «rotative»*



tempo, unitamente alla giurisprudenza [121], anche al fine di evitare manovre fraudolente a danno dei terzi creditori chirografari [122], si era prodigata di indicare e rammentare. Invero – fatta salva la possibile previsione negoziale che immunizzi il pegno non possessorio dalla rotatività [123] (art. 1, comma 2) – il funzionamento del meccanismo sostitutorio, operante *ex lege*, sembrerebbe potersi ammettere con la sola formale indicazione del *valore* dei beni oggetto di pegno e dell'*importo massimo garantito*, ma (questo è il punto!) senza un'originaria configurazione programmatica in sede di costituzione della garanzia reale, mercé la quale le parti fissino gli elementi di funzionamento della rotatività e selezionino gli indici idonei all'individuazione dei beni e/o diritti che potranno avvicendare

convenzionali: fattispecie e problemi di disciplina, cit., p. 4 ss., 16 ss., il quale individua i requisiti minimi della clausola di rotatività «nella necessità [che la medesima] specifichi le modalità, anche cronologiche, della sostituibilià dei beni oggetto della garanzia (la clausola, altrimenti detto, non deve essere *generica*), e … nel fatto che la sostituzione "avvenga nei limiti di valore dei beni originariamente dati a pegno" ovvero nella "predeterminazione del valore entro il quale le sostituzioni dell'oggetto della garanzia possono essere effettuate"».

[121] Per tutte, Cass., 28 maggio 1998, n. 5264, cit., ove si puntualizza che il patto di rotatività deve riportare «la precisazione dei tempi e delle modalità di sostituzione».

[122] P. PISCITELLO, *Le garanzie bancarie flottanti*, Torino, 1999, p. 96 ss.; M. RESCIGNO, *Le garanzie «rotative» convenzionali: fattispecie e problemi di disciplina*, cit., p. 6.

[123] La clausola negoziale – stante l'ampiezza della lettera della legge – potrebbe sia impedire la rotatività *in toto*, sia modularne le modalità di esercizio in modo da consentirla al ricorrere di alcuni co-elementi legittimanti, come ad es., all'espresso consenso del creditore (richiesto, per es., per tutti i beni ovvero per alcuni beni e non per altri; oppure per alcune attività dispositive e non per altre; o, ancora, nel caso di pegno coinvolgente più beni, solo per quelle attività che si collochino al di sotto di un certo valore, ecc.). In proposito si pone il problema dell'opponibilità di siffatta clausola limitativa (cd. clausola di indisponibilità negoziale) al terzo acquirente (*successivo*) di un bene mobile sottoposto a pegno, il quale risulterebbe *protetto* dal meccanismo acquisitivo di cui l'art. 1153 c.c., se non fosse che il medesimo potrebbe non essere giudicato in buona fede al cospetto delle emergenze pubblicitarie del pegno nel relativo Registro. Con riguardo al *divieto negoziale* (che potrebbe inerire non soltanto all'alienazione e/o disposizione, ma anche alla trasformazione, cumulativamente o alternativamente tra esse) – riconducibile all'ampia categoria dei divieti di alienazione convenzionali di cui all'art. 1379 c.c. – si deve ritenere che esso non sia sottoposto (come, invece, argomenta A. CHIANALE, *Il pegno non possessorio su beni determinati*, cit., p. 968) alle limitazioni prescritte da tale ultima disposizione, là dove si negano effetti reali ai divisati divieti se non contenuti «entro convenienti limiti di tempo» e rispondenti «ad un apprezzabile interesse di una delle parti». Invero, il divieto in parola (per il quale la disciplina del pegno non possessorio non prevede alcuna limitazione in termini di tempo e di opponibilità), ove effettivamente risultante dalla convenzione pignoratizia debitamente iscritta nel Registro, potrà mantenere la sua opponibilità per tutta la durata della garanzia mobiliare cui accede, risultando non già un autonomo divieto imposto ad una delle parti, bensì una concreta espressione della modulazione di interessi consegnata ad una più vasta ed unitaria operazione economica, complessivamente intesa. D'altra parte, nella generale figura pignoratizia è, giustappunto, l'attribuzione della facoltà di disposizione a costituire l'elemento innovativo e selettivo di una data specificità (legale o negoziale), non già il divieto di disporre dei beni costituiti in pegno (e sempreché in possesso del debitore e non consegnati al creditore), e che costituisce, di per sé stesso, una nota essenziale della tradizionale figura di pegno, in quanto tale non necessitante di un'interpretazione conformatrice *ex* art. 1379.



quello iniziale, con la proficua finalità di mantenere inviolata la prelazione e l'opponibilità ai terzi nel rispetto «delle regole di validità e di opponibilità imposte dal legislatore [ante novella], [idonei a] soddisfare i rigorosi criteri normativi che l'ordinamento ha fissato in materia» [124]. Nella prospettiva legislativa dell'elezione della dimensione funzionale unitaria ad indice elettivo e pervasivo del concetto stesso di garanzia mobiliare si sarebbe definitivamente accolto il pensiero che rilevava come la rotatività si colloca in «uno stadio eminentemente tecnico […] e non producente un allargamento fittizio della garanzia in senso quantitativo (ossia, della costituzione di più pegni in ordine successivo […]), ma piuttosto uno sviluppo nel senso qualitativo» [125].

L'operatività del meccanismo sostitutorio è correlata all'indicazione legislativa che *autorizza* il costituente pegno – senza la necessità di alcuna previsione negoziale [126] o del consenso creditorio [127] – a «trasformare o alienare, nel rispetto della loro destinazione economica, o comunque a disporre dei beni gravati da pegno» (art. 1, comma 2), senza alcuna ulteriore formalità. Viene così risolta la questione – che si agitava nella dottrina in margine al pegno rotativo *anomalo* – in merito all'individuazione delle modalità mediante le quali potesse operare formalmente la rotatività, là dove l'orientamento prevalente [128], anche giurisprudenziale [129], sia pure non senza eccezioni [130], affermava, (alme-

---

[124] E. GABRIELLI, *Rotatività della garanzia*, cit., p. 228; individuava nei due richiamati requisiti dell'indicazione del valore dei beni costituiti in pegno e nella specificità operazionali del meccanismo sostitutorio gli elementi essenziali della rotatività, anche M. RESCIGNO, *Le garanzie «rotative» convenzionali: fattispecie e problemi di disciplina*, cit., p. 4 ss., aggiungendo che – in mancanza – «la "rotatività" potrebbe trasformarsi non già nella possibilità di conservare, con carattere di continuità, un privilegio su beni dello stesso valore pur se mutevoli nel tempo, ma di godere di un prolungamento indefinito nel tempo di un privilegio, entro un certo limite di valore, su beni in realtà fra loro sommantesi e cristallizzato nella sua origine alla data della iniziale costituzione della garanzia immobiliare».

[125] D. MESSINETTI, *Le strutture formali della garanzia mobiliare*, cit., p. 812.

[126] Anzi, la legge prevede la sua *naturale* operatività, salvo una diversa – ed espressa – previsione contrattuale diretta a negarne il funzionamento.

[127] Consenso richiesto semmai soltanto qualora un'espressa clausola negoziale prevista nel contratto costitutivo di pegno l'avesse posto e qualificato come co-elemento di efficacia dell'azione del debitore o del costituente la garanzia.

[128] G. GORLA-P. ZANELLI, *Del pegno*, cit., p. 24; D. RUBINO, *La responsabilità patrimoniale. Il pegno*, cit., p. 206; F. REALMONTE, *Il pegno*[2], cit., p. 825 s.; M. RESCIGNO, *Le garanzie «rotative» convenzionali: fattispecie e problemi di disciplina*, cit., p. 16 ss., spec., p. 21 s.

[129] Cass., 1° febbraio 2008, n. 2456; Cass., 5 marzo 2004, n. 4520; Cass., 28 maggio 1998, n. 5264, cit.

[130] Sia in dottrina: E. GABRIELLI, *Rotatività della garanzia*, cit., p. 225 ss.; ID., *Sulle garanzie rotative*, cit., p. 139; R. LENER, *Pegno di titoli dematerializzati e di titoli in gestione patrimoniale*, in *Banca, borsa, tit. cred.*, 1998, p. 586 ss.; sia in giurisprudenza: Cass., 22 dicembre 2015, n. 25796: «il trasferimento del vincolo pignoratizio su altri titoli, acquistati in sostituzione dei primi in virtù della clausola c.d. clausola



no [131]) ai fini della conservazione della prelazione pignoratizia, l'insuperabilità della presenza di una nuova scrittura, avente data certa, riportante le sufficienti indicazioni di individuazione dei nuovi beni dati in pegno.

L'autonomia privata ne esce veementemente rafforzata [132] con una possibile azione conformativa e applicativa che ritrova nella novella ben poche di quelle limitazioni ricostruttive evidenziate nella rielaborazione della rotatività convenzionale, confermandosi, in scia alla soluzione giurisprudenziale, che il meccanismo sostitutorio opera senza la necessità di espresse formalità e senza il concorrente consenso del creditore garantito [133], per quanto le concrete esigenze di funzionamento imporranno [134] probabilmente di introdurre esplicite clausole "di inerenza" in merito alla generale gestione imprenditoriale dei beni costituiti in pegno, alle modalità di (e alle eventuali limitazioni alla) disposizione dei beni da parte del costituente (*covenants*) ed alle indicazioni applicative per lo svolgimento delle relative attività.

Si deve riscontrare [135] l'assenza [136], altresì – e qui la faccenda si fa davvero delicata –,

---

rotativa pattuita, non [richiede] … che l'indicazione di tali nuovi titoli fosse espressa in un atto scritto avente data certa»; Cass., 2 ottobre 2012, 16666: «la forma scritta è prevista dall'art. 2787 c.c., comma 3 ai soli fini della prelazione del creditore pignoratizio sulla cosa oggetto della garanzia, mentre per le parti la convenzione costitutiva del pegno si perfeziona, ai sensi dell'art. 2786 c.c., con la consegna della cosa al creditore (cfr., da ultimo, Cass. n. 1526 del 2010), e ciò basta ad escludere che, come pretenderebbe la ricorrente, il trasferimento ai nuovi titoli del vincolo pignoratizio originariamente gravante sui titoli scaduti, previsto dalla convenzione stipulata per iscritto dalle parti, potesse realizzarsi solo a seguito di un ulteriore atto scritto»; Cass., 11 novembre 2003, n. 16914, cit.; Cass., 27 settembre 1999, n. 10685, cit.; Trib. Genova, 30 maggio 1997, in *Banca, borsa, tit. cred.*, I, 1998, p. 578 ss.

[131] Nel senso che qualora si ritenesse che la forma scritta occorra ai fini della stessa validità dell'atto costitutivo di pegno si dovrebbe concludere che ove la medesima fosse mancante non potrebbe verificarsi alcun effetto neppure *inter partes*.

[132] Lo rileva altresì M. CAMPOBASSO, *Il pegno non possessorio. "Pegno", ma non troppo*, cit., p. 717; F. DI MARZIO, *Pegno mobiliare non possessorio*, in *giustiziacivile.com*, 6 maggio 2016, p. 1 ss.; F. DELL'ANNA MISURALE, *La nuova garanzia mobiliare introdotta con L. n. 119 del 2016,* cit., p. 9 s.; R. MARINO, *Il pegno non possessorio quale strumento funzionale all'autotutela satisfattiva del creditore: profili evolutivi*, cit., p. 788 s.

[133] Lo evidenziano M. CAMPOBASSO, *Il pegno non possessorio. "Pegno", ma non troppo*, cit., p. 717 s.

[134] Sia pure in termini tra essi diversi, M. CAMPOBASSO, *Il pegno non possessorio. "Pegno", ma non troppo*, cit., p. 719 s.; G.B. BARILLÀ, *Pegno non possessorio e patto marciano: dalla tutela statica del credito alle nuove forme di garanzia*, cit., p. 595 ss.

[135] Al pari di quanto è dato verificare nella disposizione di cui all'art. 1, comma 1, lett. g) del d.lgs., n. 170/2004 ove si precisa che la «clausola di sostituzione» è la «clausola del contratto di garanzia finanziaria che prevede la possibilità di sostituire in tutto o in parte l'oggetto, nei limiti di valore dei beni originariamente costituiti in garanzia».

[136] Essendo la formula legislativa del tutto anòdina al riguardo; lo rileva anche, G.B. BARILLÀ, *Pegno non possessorio e patto marciano: dalla tutela statica del credito alle nuove forme di garanzia*, cit., p. 590



di ogni riferimento sia alla questione relativa alla determinazione del *valore* che il bene sostituito deve avere in relazione a quello originario (o già oggetto di precedente sostituzione), sia a quella connessa relativa all'individuazione del momento temporale in cui il divisato confronto tra valori deve essere svolto [137] per la piena legittimità della vicenda sostitutiva ed un'effettiva tutela dei creditori chirografari. Competerà, pertanto, all'interprete: *a*) di accertare se, anche nella rotatività legale, la parità di valori tra bene originario e bene sostitutivo costituisca elemento indispensabile alla validità della medesima (arg. *ex* artt. 2784 e 2786) ovvero alla sua mera opponibilità (art. *ex* art. 2787, comma 2); *b*) di individuare il momento in cui la comparazione valoriale dovrà essere effettuata tra le possibili opzioni solutorie rappresentate dal valore che il *bene originario* [138] aveva *i*) al momento della costituzione [139], *ii*) al momento in cui avviene l'operazione di sostituzio-

---

s., sebbene il medesimo A. ritenga, in fine alle sue considerazioni, come dalla novella emerga che il riferimento sia non ai "valori originari" dei beni costituti in pegno, bensì ai valori che i medesimi avranno al tempo della sostituzione; F. DELL'ANNA MISURALE, *La nuova garanzia mobiliare introdotta con L. n. 119 del 2016,* cit*.,* p. 14 s.

[137] Esemplarmente E. GABRIELLI, *«Pinocchio», il «Grillo parlante» e il problema del pegno rotativo*, cit., p. 287 ss.; ma anche i puntuali rilievi critici di F. GAZZONI, *Qualche dubbio sul pegno rotativo (in attesa di spiegazioni ...)*, cit., p. 1470.

[138] L'ipotesi di cui nel testo evidentemente è riferita all'ipotesi in cui oggetto del pegno siano beni determinati o determinabili, non anche a quella – ora positivamente ammessa – di un oggetto individuato soltanto mercè il riferimento al valore complessivo. In questa ultima ipotesi, infatti, la questione non dovrebbe più porsi giacché, selezionato il criterio individuativo valoriale, esso dovrebbe continuare a svolgere la sua funzione in termini 'numerici nominali' anche successivamente al tempo delle eventuali sostituzioni.

[139] Cass., 11 novembre 2003, n. 16914, cit., ove si fa espresso riferimento al valore originario del bene costituito in pegno; Cass., 27 settembre 1999, cit. ove si ammette il patto di rotatività purché «rimangano immutati natura e valore dell'oggetto costituito in pegno». In tale senso anche L. RUGGERI, *Il pegno rotativo*, in *Nuova giur. civ. comm.*, 2002, p. 709 ss., spec., p. 712 s., il quale opta per la «preferibilità [della tesi] secondo la quale il valore dei beni deve intendersi quello determinato al momento della prima costituzione della garanzia, in quanto da quel momento stesso il valore economico dei beni posti a garanzia viene destinato al soddisfacimento del creditore pignoratizio e sottratto ai creditori chirografari; a favore di tale soluzione gioca anche la considerazione della maggiore «sicurezza» offerta, dato che il valore verrebbe congelato al momento iniziale»; L. PANZANI, *Pegno rotativo e pegno sugli strumenti finanziari*, in *Fallimento*, 2002, p. 943; nonché, G.B. BARILLÀ, *Pegno non possessorio e patto marciano: dalla tutela statica del credito alle nuove forme di garanzia*, cit., p. 591-592, il quale nell'accedere all'interpretazione (sulla quale A.A. DOLMETTA, *Appunti sul pegno con clausola di rotatività*, intervento al Convegno Ita, *Dal pegno sui strumenti finanziari al pegno di valore*, Milano, 24 ottobre 2001, consultato dal dattiloscritto) per cui nel pegno rotativo l'autonomia privata resta libera di scegliere se riferire l'efficacia della relativa clausola al *valore originario dei beni*, rilevato al momento costitutivo del pegno, o al *valore dei beni originari*, rilevato al momento della sostituzione, ritiene che salve espresse opzioni negoziali, «è preferibile l'interpretazione che consideri, ai fini della clausola di rotatività, il pegno come apposto ai "valori originari" e non ai "beni originari"», sebbene dalla novella parrebbero emergere indicazioni nel senso opposto, vale a dire che per «il "nuovo" istituto del pegno non possessorio, sia pure in maniera indiretta e non esplicita, il legislatore ha previsto un sottotipo di pegno su "beni originari"» con la conseguenza che il valore va raccordato al mo-



ne [140] ovvero *iii*) al tempo dell'apertura dell'esecuzione forzata o concorsuale [141]; *c*) l'eventuale conseguenza [142] del mancato rispetto del valore-limite entro il quale operare la

---

mento in cui avviene la sostituzione; F. DELL'ANNA MISURALE, *La nuova garanzia mobiliare introdotta con L. n. 119 del 2016,* cit., p. 16, sebbene, per un verso, non si nascondano le perplessità di applicazione della soluzione all'ipotesi «di trasformazione o sostituzione del bene» o a quella in cui «l'oggetto della garanzia non sia determinabile attraverso l'indicazione del suo valore» e, per l'altro, non si escluda che l'autonomia privata possa procedere, in piena libertà, ad indicare il momento al quale riferirsi per l'individuazione del valore dell'oggetto del pegno; la stessa A. per argomentare la sua ricostruzione (il *valore* utile al funzionamento del meccanismo di rotatività va ragguagliato al momento della costituzione del pegno) si riferisce *curiosamente* al medesimo disposto di cui al comma 7-*ter* dell'art. 1, richiamato anche da G.B. Barillà (nota precedente) per sostenere la diversa impostazione alla cui stregua quel *valore* va individuato al momento in cui avviene la sostituzione.

[140] E. GABRIELLI, *«Pinocchio», il «Grillo parlante» e il problema del pegno rotativo*, cit. p. 288; ID., *Rotatività della garanzia*, cit., p. 234, 264; ID., *Pegno*, cit., p. 117, 166 s.; ID., voce *Rotatività della garanzia*, in *Dig. disc. priv-sez. civ.*, XVIII, Torino, p. 121; M. CAMPOBASSO, *Il pegno non possessorio. "Pegno", ma non troppo*, cit., p. 715 ss.; P. PISCITELLO, *Le garanzie bancarie flottanti*, cit., p. 102 ed *ivi* nota 145; S. AMBROSINI, *Il pegno non possessorio ex lege n. 119/2016*, cit., p. 7 ss.

[141] Come suggerisce F. GAZZONI, *Qualche dubbio sul pegno rotativo (in attesa di spiegazioni ...)*, cit., p. 1470 s., sia pure con le precisazioni di cui in ID., *Il vestito dell'imperatore (replica «ossessiva» sul pegno rotativo)*, in *Riv. not.*, 2002, p. 567 s.: «lo so anch'io che i conti non si dovrebbero far al momento del fallimento, ma la mia proposta (provocatoria) aveva solo il senso di porre un'eccezione per disciplinare un'altra eccezione (quella della surrogazione reale non novativa) [in ogni caso] anche se si rifiuta l'idea di una (eccezionale) rilevanza del momento in cui il fallimento è dichiarato, non è certo eccezionale l'idea che i conteggi vadano fatti al momento della sostituzione»

[142] Per la nullità *in toto* del vincolo nel caso in cui il valore del bene sostituente è maggiore di quello sostituto cfr., P. PISCITELLO, *Le garanzie bancarie flottanti*, cit., p. 100 ss.; per la mera inopponibilità del pegno rispetto al valore eccedente e la persistente validità del medesimo, nei limiti del valore attuale (*id est*: al tempo della sostituzione) del bene originario, M. RESCIGNO, *Le garanzie «rotative» convenzionali: fattispecie e problemi di disciplina*, cit., p. 28 s., il quale giudica «funzionalmente eccessiva» la sanzione della nullità e «soprattutto difficile da giustificare sotto il profilo formale: infatti non è possibile che l'intero patto di rotatività resti inficiato per l'effetto di una violazione della sua esecuzione. La sanzione, in tal caso, non potrebbe che essere confinata all'atto esecutivo illegittimo e così all'atto di sostituzione o di integrazione dell'oggetto di garanzia che violi i presupposti della sua legittimità. Con la conseguenza che esso potrebbe essere sostituito da altro atto di sostituzione o di integrazione legittimo o potrebbe, ove i beni lo consentano, essere ritenuto in parte valido (così, per es., se i beni sostituiti fossero divisibili come, ad esempio, una quantità di titoli azionari, la sostituzione potrebbe ritenuta legittima limitatamente a quella parte di beni corrispondente al valore dei beni sostituiti)».

In giurisprudenza, Cass., 28 maggio 1998, n. 5264, cit.: «perché la sostituzione dell'oggetto della garanzia possa realizzarsi, con gli effetti appena delineati è, tuttavia, necessario che essa avvenga entro i limiti di valore dei beni originariamente dati in pegno. Solo in tal caso, infatti, può ritenersi che la sostituzione, lasciando immutato il valore dei beni destinati al soddisfacimento preferenziale del creditore pignoratizio, non determini alcun pregiudizio per gli altri creditori. E può, quindi, ammettersi che la modificazione dell'oggetto non comporti il sorgere di un nuovo rapporto di garanzia, che prenda data dalla consegna dei nuovi beni. […] Appare, quindi, evidente che condizione imprescindibile per la rilevanza giuridica (e, quindi, per la validità) del c.d. patto di rotatività è, anzitutto, la previsione che le future ed eventuali sostituzioni dell'oggetto della garanzia si mantengano entro il valore dei beni originariamente costituiti in pegno», nonché, Cass., 26 gennaio 2010, n. 1526, in *Resp. civ.*, 2011, p. 661 ss.: «la specificazione che la sostitu-



sostituzione, qualora il nuovo bene risultasse avere un valore maggiore di quello sostituito. Orbene, un significativo elemento di interpretazione sovviene dalla prescrizione legislativa (art. 1, comma 3) che impone di riportare, a pena di nullità, nell'atto costitutivo del pegno non possessorio, l'indicazione del 'valore massimo garantito', con la conseguenza che la rotatività potrà avvenire esclusivamente nei limiti del divisato *valore*, con piena tutela anche dei creditori chirografari, confermando l'autorevolezza dell'affermazione per cui questi ultimi «non risentono alcun pregiudizio dalla sostituzione, che rispetto ad essi, avviene sempre nei limiti di valore del bene originariamente dato in pegno» [143].

La questione dell'individuazione del momento in cui rilevare il valore del bene originario per consentire che la sostituzione avvenga in un necessario regime di equivalenza (o di 'neutralità del valore') implica un approfondimento di quella relativa alla possibile inserzione negoziale, nel contratto costitutivo di pegno, di una *clausola di integrazione valoriale*; vale a dire di una clausola che salvaguardi il *valore iniziale* del pegno mediante la programmata integrazione dei beni che ne costituiscono oggetto, segnatamente per quelli (beni o posizioni giuridiche soggettive) suscettibili di subire (anche notevoli) oscillazioni di valore non programmabili con sufficiente certezza nell'arco temporale di copertura della garanzia mobiliare [144]. Alla luce della nuova disciplina [145] parrebbe potersi ritenere legittima la previsione della divisata clausola là dove si consente espressamente: *a*) che i beni e/o crediti costituiti in pegno possano essere identificati anche soltanto con riferimento «a un valore complessivo» (art. 1, comma 1); e *b*) che il contratto debba prevedere – a pena di nullità – tra gli altri elementi, anche l'importo massimo garantito con la costituzione del pegno.

Si eviterebbero, così, le principali critiche sollevate dalla dottrina in merito all'am-

---

zione dei beni oggetto di garanzia deve essere accompagnata dalla consegna e che quelli dati in sostituzione non debbono avere valore superiore ai precedenti non è un elemento essenziale del patto di rotatività, la cui mancanza ingenera nullità, ma il requisito che quanto dato in sostituzione deve possedere perché la prelazione del creditore su quanto ricevuto in pegno sia opponibile ai terzi».

Non si esprime E. GABRIELLI, *«Pinocchio», il «Grillo parlante» e il problema del pegno rotativo*, cit., p. 288; ID., *Rotatività della garanzia*, cit., p. 234; ID., *Pegno*, cit., p. 117, sebbene discuta in termini di una «necessaria equivalenza tra valore del bene originario e valore del bene sostituito [che] dovrà essere misurata con riguardo (al valore del bene) al momento in cui si operano le singole sostituzioni del bene originario e non con riguardo (al valore del bene) al momento dell'eventuale apertura dell'esecuzione forzata o concorsuale»

[143] G. GORLA-P. ZANELLI, *Del pegno*, cit., p. 35 ed *ivi* nota 1.

[144] Ne condivide la piena legittimità.

[145] Conviene sul punto anche M. CAMPOBASSO, *Il pegno non possessorio. "Pegno", ma non troppo*, cit., p. 717.



missibilità di una clausola siffatta con i prefigurati effetti pregiudizievoli in danno ai terzi, qualora, in forza dell'integrazione, il residuo patrimonio del costituente pegno si esponesse ad una *pericolosa* riduzione, giacché, al contrario, nell'ipotesi del pegno non possessorio, per un verso, i beni e/o crediti oppignorati si possono identificare anche soltanto con riferimento ad un valore iniziale e, per l'altro, il contratto costitutivo deve indicare il valore dell'importo massimo garantito. Conseguentemente, ai terzi è consentito apprendere, fin dall'inizio, il valore massimo che il pegno sarà idoneo a garantire, con l'effetto che qualora il valore dei beni dovesse scendere al di sotto di quello indicato nell'atto costitutivo, il creditore potrà pretendere un'immediata integrazione (nei limiti, evidentemente, di quanto riportato nel contratto).

Il comma 5 reca una disciplina specifica – pericolosamente [146] ridimensionativa [147]

---

[146] M. CAMPOBASSO, *Il pegno non possessorio. "Pegno", ma non troppo*, cit., p. 722 s., se solo si pensa agli abusi nella costituzione di pegni successivi per beni determinati cui potrebbe ricorrere un debitore al fine di favorire un creditore (magari bancario) a danno di altri precedenti creditori titolati, il quale poi segnatamente si pone l'interrogativo: «chi mai concederà un finanziamento fidando su una prelazione che domani potrebbe essere degradata senza il suo consenso [la legge, invero, prevede che quest'ultimo sia notiziato della nuova costituzione, senza richiederne l'intervento mercé un consenso autorizzatorio] tramite un accordo fra il debitore ed un terzo?»; in tema, cfr., altresì, F. MURINO, *Prime considerazioni sul c.d. pegno non possessorio*, cit., p. 268 ss.; M. ZANOTELLI, *Beni mobili e immateriali: pegno non possessorio "a tutto campo"*, in *Guida normativa – Il Sole 24 Ore*, luglio 2016, p. 11.

[147] Invero, ogni riferimento (anche) allo stato soggettivo del soggetto erogatore del credito successivo, quale elemento sovveniente al fine di riperimetrare l'ambito applicativo della norma sì da consentire al medesimo di (avvalersi del descritto meccanismo per) prevalere sulla precedente costituzione, soltanto, per l'appunto, se in buona fede, per poi così, conseguentemente, dover ipotizzare – stanti le emergenze risultanti dal Registro che, invece, la buona fede la escluderebbero per definizione – un possibile conflitto esclusivamente (a dispetto della generale formulazione legislativa) tra un *precedente* pegno avente ad oggetto beni futuri o soltanto determinabili, in riferimento ai quali, nell'atto costitutivo, non sarebbe previsto (con l'effetto che l'informazione non emergerebbe neppure dal Registro pubblicitario) alcun elemento identificativo (eliminando ogni riferimento allo stato soggettivo di buona fede per l'assenza di notizie pubblicitarie) e la successiva concessione di un pegno per l'acquisto di un bene determinato, costituisce, allo stato attuale, un'opzione interpretativa che dovrà essere sottoposta all'esame giurisprudenziale per una sua possibile validazione, veicolando essa, com'è evidente, una tipica ipotesi di *riduzione teleologica della fattispecie* (per la trattazione magistrale del fenomeno ermeneutico sotteso a questo modello argomentativo il rinvio è d'obbligo a L. MENGONI, *L'argomentazione orientata alle conseguenze*, in *Ermeneutica e dogmatica giuridica*, Milano, 1996, 91 ss.: «è uno schema più ampio del modo tradizionale di argomentare riferito alle implicazioni pratiche immediate degli effetti giuridici di una regola di decisione, le quali vengono in considerazione come criteri di scelta tra più interpretazioni possibili di un testo normativo o come indici di lacune di previsione» all'interno della più complessa e generale riduzione teleologica-assiologica della disposizione interrogata per inferire la regola applicabile al caso concreto).

Al contrario, qualora la disposizione fosse applicata per ciò che letteralmente dice, e, dunque, senza il ricorso ad alcun elemento scriminante ulteriore che si fondi sulla buona fede del secondo finanziatore che eroga un credito per acquistare un bene specifico inerente all'impresa (d'altra parte la buona fede si coniuga con il possesso, ma non con la pubblicità, in adesione all'impostazione che in presenza di un sistema pub-



dell'opponibilità di cui al comma 4 – per l'ipotesi di un finanziamento concesso per «l'acquisto di un bene determinato che sia destinato all'esercizio dell'impresa» e che sia stato «garantito da riserva di proprietà sul medesimo bene o da un pegno anche non possessorio»: in questa vicenda il creditore garantito da un pegno non possessorio «anche se anteriormente costituito ed iscritto» sarà pregiudicato dal creditore titolato in ragione del predetto finanziamento a condizione: *i*) «che il pegno non possessorio sia iscritto nel registro in conformità [alle modalità indicate] al comma 6»; *ii*) «che al momento della sua iscrizione il creditore [ultimo] informi i titolari di pegno non possessorio iscritto anteriormente».

L'interpretazione proposta nelle prime letture [148] non parrebbe condivisibile nella misura in cui restringendo il campo di applicazione della disposizione al solo conflitto tra titolare di pegno su bene futuro (o, comunque, non iscritto) e creditore titolato in ragione di un finanziamento per l'acquisto di un bene determinato prende in esame, per quest'ultimo, soltanto l'ipotesi della *garanzia* offerta con il meccanismo della vendita con riserva di proprietà (e, dunque, il caso in cui il debitore, giustappunto per l'accordo di riservato dominio, non è, ancora, nella piena disponibilità del bene e non potrebbe perciò stesso costituirlo in pegno), là dove la medesima norma prosegue prevedendo anche l'ipotesi in cui la garanzia (per l'acquisto di un bene determinato) sia offerta mediante la costituzione di un *pegno anche non possessorio successivo*, sì che ogni ragionamento possibile con riferimento alla riserva di proprietà non potrà che essere revocato in discussione in una vicenda che si peculiarizza in ragione dell'altra modalità di concessione della garanzia. Per l'effetto, rimane tutto da dimostrare che tale ultimo pegno abbia per oggetto un bene futuro e non ancora presente nel patrimonio del debitore, come, invero, normalmente accade (acquisto del bene da parte del debitore e successiva – giuridicamente, ma contestuale logicamente – costituzione del pegno). Sì che, il creditore garantito da un pegno non possessorio dovrà essere consapevole [149] che – in forza del predetto

---

blicitario formale mette sempre in *non cale* la buona fede: per quello immobiliare, F. GAZZONI, *Tratt. della trascrizione*. 1. *La trascrizione degli atti e delle sentenze*, t. 1, Torino, 2012, p. 30 ss.; *contra*, R. NICOLÒ, *La trascrizione*, I, Milano, 1973, p. 18; per quello mobiliare, già R. SACCO, *Se il terzo in mala fede sia tutelabile ai sensi dell'art. 1524, 2° comma cod. civ.*, in *Riv. dir. comm.*, 1952, II, p. 273 ss.), l'eventuale conflitto determinerà sempre la prevalenza di quest'ultimo su qualsiasi costituzione (ed iscrizione) di pegno non possessorio precedente, anche perché il secondo pegno avrà ad oggetto un bene specifico che – probabilmente non presente nel patrimonio del costituente (proprio perché il finanziamento è finalizzato a reperire la provvista necessario ad acquistarlo) e per l'effetto del comma 5 – potrebbe essere assoggettato a quello precedente qualora il pegno fosse programmaticamente (quanto genericamente) esteso a tutti i beni aziendali ovvero ad una ampia categoria merceologica di beni ovvero a tutti i beni futuri.

[148] F. DELL'ANNA MISURALE, *La nuova garanzia mobiliare introdotta con L. n. 119 del 2016,* cit., p. 11 s.

[149] A tale onere è sottoposto per effetto della disposizione in parola.



comma 5 – per l'acquisto di un bene determinato il debitore che gli ha concesso *precedentemente* una garanzia pignoratizia («antecedentemente costituit[a] ed iscritt[a]») potrebbe ricorrere ad una nuova costituzione di un pegno (anche non possessorio) che, per quanto *successiva*, in ragione della funzionalizzazione del finanziamento, prevale su quella precedente. Con l'aggiunta che il «pegno non possessorio costituito a favore del successivo finanziatore [prevarrà anche qualora non avesse] ad oggetto proprio [e soltanto i] beni acquistati [in forza del] finanziamento (tale corrispondenza è richiesta [infatti] solo per la diversa ipotesi del finanziatore tutelato tramite riserva di proprietà sui beni di cui ha sovvenzionato l'acquisto)» [150] e non anche per quella relativa alla costituzione di un pegno anche non possessorio.

7. – Segue. – La legge, infine, non indica alcun criterio [151] per la risoluzione del possibile conflitto [152] tra creditori garantiti con il privilegio mobiliare di cui agli artt. 44 (credito agrario e peschereccio) e 46 (credito alle imprese) TUB e quelli garantiti dal pegno non possessorio [153] (credito alle imprese, senza alcuna distinzione in margine alla loro natura). L'interprete è costretto, pertanto, ad inoltrarsi nella delicata e complessa questione della risoluzione dei conflitti tra titolari di un privilegio speciale mobiliare (quello codicistico di cui all'art. 2748 c.c. e quelli specifici di cui agli artt. 44 e 46 TUB) e il creditore pignoratizio senza spossessamento di cui alla legge n. 119/2016, con le difficolta ingenerate dalla surrogazione reale originata dal meccanismo *legale* della rotatività.

L'art. 2748, comma 1, per la verità, enuncerebbe una regola puntuale alla cui stregua il privilegio speciale sui beni mobili è sempre posposto al pegno. Il pegno, in altri termi-

---

[150] M. CAMPOBASSO, *Il pegno non possessorio. "Pegno", ma non troppo*, cit., p. 722.

[151] E. GABRIELLI, *Rotatività della garanzia*, cit., p. 209 ss.; ID., *Il pegno*, p. 126 ss.; M. CAMPOBASSO, *Il pegno non possessorio. "Pegno", ma non troppo*, cit., p. 725 ss.; A. CHIANALE, *Il pegno non possessorio su beni determinati*, cit., p. 969 ss.

[152] In generale, G. TUCCI, *I privilegi*[2], in *Tratt. dir. priv.*, diretto da P. Rescigno, Torino, 1997, p. 719 ss.

La novella indica, invece, il criterio di risoluzione con riferimento al conflitto tra titolare del pegno non possessorio (debitamente iscritto nel relativo Registro) e creditore (chirografario) che abbia eseguito il pignoramento, in forza delle regole di cui all'art. 1, comma 7-*quater* legge n. 119/2016 e art. 2915, comma 2, c.c., risolvendolo a favore del primo e autorizzandolo ad escutere la garanzia alla stregua di quelle modalità *agevolative* e maggiormente *performative* per le ragioni creditorie, sì come consentite dalla novella del 2016.

[153] Ed invero il criterio generale di cui all'art. 2748, comma 1, che dispone la preferenza del creditore pignoratizio (possessorio s'intende) al titolare del privilegio speciale mobiliare fa, infatti, salva la diversa disposizione della legge (che, al contrario, inverte il criterio di prevalenza, ed impone la regola altrettanto generale di cui all'art. 2781 c.c. e l'ipotesi specifica costituta giustappunto dall'art. 46 TUB).



ni, prevale sempre sul privilegio mobiliare speciale. Sennonché, sia il rilievo per cui il pegno sotteso all'evocata disciplina codicistica è il tradizionale pegno *possessorio*, sia l'eccezione che il medesimo comma reca seco, facendo salve eventuali diverse disposizioni legislative, si rivelano idonei a ridimensionare, e non di poco, la pretesa valenza generale della rappresentata regola. Ed invero, se si riflette, per un verso, sulla circostanza che il pegno di cui alla legge n. 119/2016 è un pegno rotativo e non possessorio e, per l'altro, che quell'eccezione è espressamente recepita dall'art. 2781, ove si prevede che la legge possa disporre che il privilegio speciale mobiliare prevalga sul pegno, ma che probabilmente ciò non potrà accadere per il privilegio di cui all'art. 46 TUB alla stregua di quanto prescrive il comma 4 della medesima disposizione, la questione si configura come assai delicata e di non agevole soluzione. Si dovrà, infine, accantonare il puntuale criterio selettivo (individuato nell'art. 1153 c.c., richiamato dal comma 5 dell'art. 46 TUB) della regola del possesso (in buona fede) vale titolo [154], nella prefigurata sovrapponibilità delle ipotesi applicative, sia dal profilo soggettivo – finanziamenti [155] ad imprese – sia dal profilo oggettivo – qualsivoglia bene (materie prime e bene finito) e macchinari o impianti inerenti al processo di produzione dell'impresa.

Tuttavia, scomparsa la norma che prevedeva la prevalenza del privilegio mobiliare sul pegno possessorio (art. 3 del d.lgs. 1° ottobre 1947, n. 1075) per effetto dell'introduzione dell'art. 46 TUB (il quale, dunque, non potrà essere ricondotto al disposto dell'art. 2781 che deroga alla regola dell'art. 2748, comma 1), si deve rilevare che l'eventuale conflitto tra creditori titolati dovrà risolversi alla stregua di quanto indicato al comma 5 di tale ultima disposizione [156] con la regola [157] di cui all'ultimo comma dell'art. 2777 c.c., vale a dire che: *a*) il privilegio speciale mobiliare non può pregiudicare i diritti di prelazione aventi data certa anteriore (e, ai sensi della legge n. 119/2016, aventi *iscrizione* anteriore [158]) alla trascrizione di cui all'art. 1524 c.c. (richiesta, nonostante quale lettura ridimensionativa [159], ai fini dell'opponibilità del privilegio speciale ai sensi dell'art. 46,

[154] Lo evidenzia icasticamente, E. GABRIELLI, *Il pegno*, p. 127.

[155] Con la sola possibile linea di distinzione ad individuarsi sia nella durata minima del finanziamento di cui all'art. 46 TUB a quelli «a medio e lungo termine», sia nel soggetto erogatore che nella legge sul pegno non possessorio non si esaurisce nelle banche o istituti di credito a ciò autorizzati.

[156] E, dunque, ancora in deroga alla disciplina di cui all'art. 2748, comma 1.

[157] Con la disattivazione della possibile salvezza dell'operatività del principio di cui all'art. 1153 che, nelle vicende indagate, è, per definizione, messo in *non cale* dall'assenza del profilo possessorio.

[158] Potendosi costituire il pegno con la sola scrittura privata priva della data certa che si conseguirebbe giustappunto con l'iscrizione.

[159] Cfr., ad esempio, M. RISPOLI FARINA-G. FALCONE, *Le operazioni bancarie speciali*, in E. CAPO-



comma 3, TUB); e che *b*) il medesimo prevale sulle garanzie pignoratizie che avessero titolo (nel pegno tradizionale) con data (certa; ma nel caso di pegno non possessorio, con iscrizione, di là dalla data del contratto) successiva all'esecuzione di tale ultima formalità [160] (*id est*: art. 1524), con un sensibile avvicinamento al criterio risolutivo dei conflitti a quello previsto dalla disciplina (in tema di ipoteca) dagli artt. 2808 e 2852 c.c..

E tuttavia le perplessità al riguardo non si esauriscano, se, per un verso, il pegno non possessorio potrà avere ad oggetto beni anche soltanto *determinabili* con riferimento ad «una o più categorie merceologiche» ovvero, ancora, individuati soltanto con riferimento a «un valore complessivo» e, per l'altro, il privilegio speciale potrà gravare anche su «impianti e opere» future sebbene la relativa disciplina prescriva la necessità di una maggiore precisione individuativa dei beni in sede di costituzione negoziale del privilegio.

8. – Segue. – La legge all'art. 1, comma 2, per il compiuto svolgimento del meccanismo rotativo, e, dunque, per l'eventuale sostituzione o trasformazione dei beni oppignorati, prescrive il rispetto della destinazione economica; con il che parrebbe doversi implicitamente escludere che le predette vicende rotatorie possano condurre, nel loro svolgimento, alla sostituzione dei beni originari – per i quali è predicata la destinazione all'esercizio dell'impresa – con altri beni che, per un verso, non rientrassero nel novero di quelli che possono divenire oggetto di pegno e, per l'altro, (pur rientrandovi) non soddisfacessero il requisito della prescritta destinazione. In altri termini, il costituente pegno rinverrebbe – sia pure in maniera non esplicita, ma in forza di una coerenza logica, razionale e tipologica della fattispecie – nel divisato disposto normativo, limitazioni *ex lege* all'esercizio delle ampie facoltà di disposizione (*id est*: di trasformazione e di alienazione) dei beni costituiti in pegno, là dove i nuovi beni non fossero idonei [161] ad essere

---

BIANCO (a cura di), *I contratti bancari*, in *Tratt. contratti* Rescigno e Gabrielli, Torino, 2016, p. 1332 ss.; M. RESCIGNO, *Il privilegio per i finanziamenti bancari a medio e lungo termine a favore delle imprese, con particolare riguardo alla rotatività del suo oggetto*, in *Banca, borsa, tit. cred.*, 1999, I, p. 583 ss.; ID., *Le garanzie «rotative» convenzionali: fattispecie e problemi di disciplina*, *ivi*, 2001, I, p. 1 ss.

[160] F. PARENTE, *Commento all'art. 2748 c.c.*, in *Della tutela dei diritti*, a cura di G. Bonilini e A. Chizzini, in *Comm. Cod. Civ.*, diretto da E. Gabrielli, Torino, 2016, p. 1058 ss.; P. PISCITELLO, *Le garanzie bancarie flottanti*, cit., p. 156; G. TUCCI, *Commento sub art. 46 t.u.b.*, in *Commentario al testo unico delle leggi in materia bancaria e creditizia*, diretto da F. Capriglione, t. I, 2ª ed., Padova, 2001, p. 348; ID., *I privilegi*^{2}, cit., p. 719 s.

[161] Per la verità la legge prevede (art. 1, comma 2) anche l'ipotesi in cui, in seguito alle svariate attività di lavorazione, il bene ultimato, anche «per unione o commistione», ricomprenda più beni originariamente sottoposti a pegno nella loro precedente individualità ed autonomia, prescrivendo che le facoltà dei singoli creditori



sottoposti al vincolo della garanzia pignoratizia, ad esempio perché immobili o mobili registrati [162].

Limitazioni che dovrebbero estendersi, per effetto di specifiche (ed opportune [163] ovvero necessarie [164]) clausole negoziali, alla gestione, da parte del costituente pegno, dei beni e/o crediti che ne formano oggetto, al fine di consentire «il rispetto della loro destinazione economica» (art. 1, comma 2). In proposito, ci si potrebbe interrogare in margine all'individuazione della possibile conseguenza della violazione di tale ultimo precetto legislativo [165], e così verificare la possibilità di trasferire il dibattitto dal piano dell'alternativa tra "invalidità ed inefficacia" (*id est*: inopponibilità), cui il medesimo parrebbe essere stato costretto dalle prime proposte di lettura, a quello che, ritenuto «più fondato e più proficuo» [166] sul piano metodologico, riconosca alla disposizione di legge un «valore unicamente enunciativo […] tanto da non determinare in caso di sua violazione neppure una fuoriuscita dal tipo "pegno", qualora dalla alienazione o disposizione dei beni originariamente gravati da pegno il vincolo finisca per trasferirsi su un bene non assoggettabile per legge alla garanzia pignoratizia, quale ad esempio un bene immobile, ovvero un bene mobile registrato; un bene dunque ontologicamente non rispettoso della destinazione economica del bene originariamente assoggetto al vincolo di garanzia».

---

restino parimenti attribuite «secondo criteri di proporzionalità», con la conseguenza che se uno di essi avesse conseguito, anche in ragione «delle stime effettuate con le modalità di cui al comma 7, lettera a)», un importo più alto in esito all'escussione pignoratizia in autotutela esecutiva, il medesimo dovrà «restituire» agli altri creditori titolati (sebbene la legge indichi il beneficiario nel datore di pegno), al fine di risolvere il conflitto tra essi, il rispettivo valore «riferibile alle altre categoria merceologiche che si sono unite o mescolate».

[162] Cfr., M. CAMPOBASSO, *Il pegno non possessorio. "Pegno", ma non troppo*, cit., p. 719 s.; G.B. BARILLÀ, *Pegno non possessorio e patto marciano: dalla tutela statica del credito alle nuove forme di garanzia*, cit., p. 595 ss.; G. BELLAVIA, *Il pegno non possessorio alla luce delle recenti novità normative: spunti teorici ed applicativi*, cit., p. 12 s.

[163] M. CAMPOBASSO, *Il pegno non possessorio. "Pegno", ma non troppo*, cit., p. 717 s., il quale ipotizza, per un verso, la previsione contrattuale di clausole di *covenants* e, per l'altro, «se ricorrono i presupposti dell'abuso dei beni da parte del debitore o del terzo datore di pegno», il ricorso alle «azioni conservative e inibitorie da parte del creditore pignoratizio (art. 1, comma 2°, ult. periodo)»; escludendo in ogni caso ogni possibile profilo di nullità.

[164] G.B. BARILLÀ, *Pegno non possessorio e patto marciano: dalla tutela statica del credito alle nuove forme di garanzia*, cit., p. 596 per il quale è «destinato alla nullità il patto con cui si attribuisca in via espressa la gestione dell'attività sostitutiva al mero arbitrio di una delle parti».

[165] Al contrario, qualora l'attività di trasformazione o alienazione e, comunque, di disposizione dei beni costituiti in pegno siano svolte in conformità alla loro destinazione economica il meccanismo rotativo opera perfettamente, con la conseguenza che il pegno si *trasferisce* sui beni e/o crediti e/o somme di denaro che costituiscono il risultato della trasformazione o dell'alienazione ovvero sui beni acquistati con tali somme.

[166] E. GABRIELLI, *Pegno "non possessorio" e teoria delle garanzie mobiliari*, cit., p. 264 anche per il successivo virgolettato.



La scelta dell'opzione interpretativa più convincente deve passare inevitabilmente attraverso lo scrutinio dei riferimenti assiologici ad essa sottesi, sì che se si attribuisse valore propriamente costitutivo alle disposizioni legislative individuative dei beni assoggettabili a vincolo pignoratizio, la prefigurazione – legislativa e negoziale – di puntuali e serrate limitazioni al potere dispositivo del costituente il pegno si rivelerebbe pregiudiziale rispetto alla *continuità* della garanzia [167] che, in assenza, sarebbe destinata all'immediato dissolvimento [168] in ragione di un'attività riconducibile giustappunto (quanto impropriamente) a chi ha un evidente interesse in conflitto con la divisata continuità; salva, per il creditore, la facoltà di promuovere [169] «azioni conservative o inibitorie nel caso di abuso nell'utilizzo di beni da parte del debitore o del terzo costituente pegno» [170]. Limitazioni, nondimeno, che, per spiegare la massima efficacia deterrente, dovrebbero ritenersi operative non già su di un piano meramente obbligatorio (con il conseguente risarcimento del danno per il caso della relativa violazione), ma su quello più propriamente conformativo dello stesso potere dispositivo attribuito dalla legge al costituente pegno, sì da poter, in ogni momento, essere opposte, con efficacia *reale*, al terzo attributario del bene (originario) utilizzato (direttamente o indirettamente) quale corrispettivo per l'acquisto di quello nuovo (e sul quale, in ipotesi, il vincolo non potrebbe trasferirsi). Al contrario, qualora si ritenesse di individuare nella rotatività, con le connesse attività sostitutoria e di trasformazione, il preminente valore funzionale della novella, per un pieno e fecondo sviluppo della continuazione funzionale della garanzia [171], in ideale prosecuzione della lucida pagina che aveva intuito come l'«oggetto della garanzia … avrebbe un valore di sintesi, indipendente dalla specifica identità delle singole componenti, con una svalutazione del sostrato materiale» [172], allora si potrebbe convenire che la sua conserva-

---

[167] *Continuità* della garanzia che costituisce l'altra faccia della medaglia della clausola di rotatività, sì che il momento rilevante per la costituzione, anche ai fini della revocatoria fallimentare, rimane quello iniziale della conclusione del negozio di pegno, non già quello – successivo – in cui avviene la sostituzione: Cass., 27 settembre 1999, n. 10685, cit.; Cass., 14 giugno 2000, n. 8089, cit.

[168] Così parrebbe ritenere A. CHIANALE, *Il pegno non possessorio su beni determinati*, cit., p. 965 s.

[169] Ma soltanto *prima* – questo è il punto! – dell'eventuale disposizione *illegittima* da parte del debitore (o del terzo costituente il pegno), con la conseguenza che gli strumenti a protezione delle sue prerogative creditorie si rivelano *spuntati* e *inconferenti* rispetto alla tutela reale, piena e soddisfacente.

[170] Art. 1, comma 2.

[171] E. GABRIELLI, *Pegno*, cit., p. 165: «l'idea di una rotatività della garanzia … è del resto consustanziale alla funzione anche economica che determinate operazioni perseguono, la quale verrebbe frustrata se, ad ogni successivo passaggio del vincolo di garanzia, si rendesse necessaria la predisposizione di un nuovo titolo di prelazione».

[172] D. MESSINETTI, *Le strutture formali della garanzia mobiliare*, cit., p. 814; E. GABRIELLI, *Pegno*, cit.,



zione consentirà di ritenere che il vincolo continuerà a persistere anche qualora i beni sostituenti quello originario (in conseguenza dell'alienazione e/o trasformazione) non rientrassero tra quelli individuati come possibili oggetto di pegno ovvero non rispettassero l'originaria destinazione economica.

9. – In merito non potrebbe non prendersi abbrivio dal generale rilievo che evidenziasse, dopo il vivace dibattito del passato [173], una ritrovata apertura a favore dell'autonomia privata – in armonia con la linea di progressiva dismissione di funzioni tipicamente riservate [174] al monopolio statale [175] – anche nel settore (da sempre dogmaticamente chiuso) delle esecuzioni forzate, con il conseguimento, su diversi fronti, di maggiori possibilità satisfattive per il ceto creditorio (*id est*: per *tutto* il ceto creditorio) in relazione alle pressanti esigenze di rapida e certa realizzazione delle relative prerogative pecuniarie.

Si riscontrerebbe, invero, come, negli ultimi anni, e solo per limitarsi all'ambito della procedura esecutiva individuale (lasciando sullo sfondo quella cd. concorsuale, pur interessata da significative innovazioni che ne hanno imposto un totale ripensamento politico-metodologico), sia in corso una *ridefinizione* dei confini dell'esclusività pubblicistica

---

p. 164: «la rotatività impone che l'operazione economica modifichi uno dei suoi termini (l'oggetto), senza che tale mutamento comporti la nascita di un nuovo e diverso rapporto di garanzia. Tale circostanza contrasterebbe con le finalità dell'atto di costituzione del vincolo reale».

[173] Per il monopolio statale della fase esecutiva, per tutti, E. BETTI, *Sugli oneri e limiti dell'autonomia privata in tema di garanzia e modificazione di obbligazioni*, in *Riv. dir. comm.*, 1931, II, p. 609 ss.; ID., voce *Autotutela*, in *Enc. dir.*, IV, Milano, 1959, p. 529, 535; C. VARRONE, *Il trasferimento di proprietà a scopo di garanzia*, Napoli, 1968, p. 107, 175; Cass., 4 novembre 2008, n. 26487; ma per il pieno sviluppo dell'autonomia privata anche in sede di tutela esecutiva, Salv. ROMANO, *Autonomia privata*, ora in ID., *Scritti minori*, II, Milano, 1980, p. 541 ss.; ID., *Introduzione allo studio del procedimento giuridico nel diritto privato*, Milano, 1961, p. 195 ss.; e, più di recente, C.M. BIANCA, voce *Autotutela*, in *Enc. dir., Aggiornamento,* IV, Milano, 2000, p. 130 ss.

Una sintesi recente del dibattito in F. MACARIO, *La funzione del contratto nella gestione della crisi: atti di autonomia privata e attività d'impresa*, in *Questione giustizia*, 2019, 2, p. 179 ss.; nonché per una ampia e sistematica trattazione, F. DI MARZIO, *Obbligazione, insolvenza, impresa*, Milano, 2019, p. 62 ss.

[174] Si pensi alla disciplina della mediazione obbligatoria introdotta dal d.l. 4 marzo 2010, n. 28 sulla quale G. PALERMO, *Mediazione e conciliazione. Riflessioni sulla disciplina introdotta dal d.l. 4 marzo 2010 n. 28*, in *Liber amicorum per Angelo Luminoso*, Milano, 2013, p. 1197 ss.; e alle consistenti novità contenute nel d.l. 12 settembre 2014 n. 132 (c.d. decreto 'sblocca Italia') che agli artt. 6 e 12 introduce la negoziazione assistita per le materie della separazione consensuale e del divorzio consensuale. Ma già tendenzialmente favorevole, F. ANELLI, *L'alienazione in funzione di garanzia*, Milano, 1996, p. 88 ss.

[175] In argomento, principalmente, C.M. BIANCA, *Autotutela*, cit., p. 130 ss., 136 ss., ove la puntuale precisazione degli indici che giustificano l'autotutela quale autonoma categoria giuridica: essa «è fondamentalmente farsi giustizia da sé, e come tale si contrappone alla giurisdizione, sia questa pubblica o privata» (p. 132).



della disciplina esecutiva, con l'introduzione di spiccati elementi funzionalizzanti un'autotutela esecutiva privata e, in termini generali, una facilitazione nell'escussione (*id est*: realizzazione satisfattoria) del credito [176] che su quei confini finisce per incidere segnandone un significativo arretramento. Specificamente (ma non esaustivamente) con la previsione legislativa del *saltum* dell'azione revocatoria consentito dall'art. 2929-*bis* [177] e con (il sopravvenuto *sdoganamento* del)la convenzione commissoria *riabilitata* (alla legittimità) dalla concomitante clausola marciana [178] (art. 48-*bis* TUB; art. 120-*quinquiesdecies* TUB; art. 1 legge n. 119/2016 [179]), fino alla revocazione in dubbio, per effetto del

[176] Come pervicacemente conferma la proposta di Direttiva del Parlamento europeo e del Consiglio, relativa ai gestori di crediti, agli acquirenti di crediti e al recupero delle garanzie reali del 14 marzo 2018 (COM – 2018 – 135 final) consultabile all'indirizzo *https://eur-lex.europa.eu/legal-content/IT/TXT/PDF/?uri=CELEX:52018PC0135&from=IT*, ove al Titolo V, artt. 23-33 si propone una possibile disciplina per l'«escussione extragiudiziale accelerata delle garanzie» indicando, tra l'altro, la possibilità per il creditore di procedere stragiudizialmente per l'escussione della garanzia, prestando massima attenzione affinché sia sempre garantita l'oggettività delle operazioni (con un possibile intervento giudiziale di controllo) con la connessa operazione di riequilibrio tra le parti mediante l'operatività di un meccanismo *marciano* (ed invero l'art. 29 così prescrive: «Gli Stati membri provvedono affinché il creditore sia tenuto a pagare all'impresa debitrice qualsiasi differenza positiva tra l'importo a saldo del contratto di credito garantito e i proventi della vendita dell'attività»), non escludendo il fenomeno dell'esdebitazione (art. 30). Per un approfondimento, V. CONFORTINI, *Autonomia privata e realizzazione del credito garantito. La proposta di direttiva europea relativa ai gestori di crediti, agli acquirenti di crediti e al recupero delle garanzie reali*, in *Eur. dir. priv.*, 2018, p.1039 ss.

[177] Cfr. R. FRANCO, *La novella codicistica dell'art. 2929-bis c.c.: tra accelerazione delle tutele creditorie e riflessioni sistematiche. Primo commento*, in *Foro Nap.*, 2015, 3, p. 685 ss.; ID., *La recente modifica all'art 2929-bis*, in *Corti Salernitane*, 2016, p. 429 ss.

[178] Si ritiene che la convenzione commissoria unitamente a quella marciana svolgano propriamente una *funzione di autotutela esecutiva* ovvero di «*autosoddisfacimento del creditore*» (A. LUMINOSO, *Patto marciano e sottotipi*, in *Riv. dir. civ.*, 2017, p. 1398 ss., spec., p. 1404) o, ancora, di «esecuzione privata del vincolo di responsabilità contrattuale» (F. PIRAINO, *L'inadempimento del contratto di credito ai consumatori e il patto marciano*, in G. D'AMICO-S. PAGLIANTINI-F. PIRAINO-T. RUMI, *I nuovi marciani*, Torino, 2017, p. 149 ss., spec., p. 198), e non una funzione meramente solutoria alla stregua di una *datio in solutum* (né, ancora, una funzione di garanzia, come comunemente individuata dalla tradizionale dottrina), giacché esse intervengono là dove un inadempimento sia già stato definitivamente accertato (non quale fatto, ma quale esito di un attento giudizio assiologico del rapporto: cfr. R. FRANCO, *Alienazione in funzione di garanzia e patto marciano: recenti conquiste e incerti automatismi*, cit., p. 304 ss. ed *ivi* nota 213); dunque non s'appartiene «alla dimensione dell'adempimento o dei suoi surrogati» (F. PIRAINO, *L'inadempimento del contratto di credito ai consumatori e il patto marciano*, cit., p. 196 ss.). Cfr., ancora, C.M. BIANCA, *Autotutela*, cit., p. 130 ss.; N. CIPRIANI, *Appunti sul patto marciano nella legge 30 giugno 2016, n. 119*, in *Nuove leggi civ. comm.*, 2017, p. 995 ss., spec., p. 1011.

[179] Legge che, com'è noto, ha introdotto (novellando il TUB) anche le due predette ipotesi di *marciani*; cui *adde* la legge 2 aprile 2015, n. 44 – recante disciplina del prestito vitalizio ipotecario – che contempla, senza espressamente prevederlo, il patto marciano, nell'attribuire al creditore il potere di far vendere, previa redazione di perizia di stima effettuata da soggetto indipendente, a prezzo di mercato, l'immobile sul quale il medesimo ha iscritto ipoteca e soddisfarsi sul ricavato che: *i*) se superiore al credito, dovrà essere restituito agli eredi; *ii*) se inferiore, genererà l'esdebitazione per il debitore.



funzionamento dei *marciani ex lege*, della stessa relazione (e non separazione) *funzionale* del binomio debito-responsabilità, che pure pareva aver ricevuto la definitiva sistemazione concettuale [180]. Ma che ora, invece, parrebbe subire un inedito [181] movimento in cui la responsabilità (*Haftung*), *limitandosi* [182], incide sul debito (*Schuld*) con l'*implementazione effettuale* dell'estinzione dell'obbligazione (che si verifica [183] anche se non è, *in senso tecnico*, stata adempiuta). In ciò fissandosi la cifra distintiva rispetto al passato in cui quella relazione individuava due aspetti distinti e connessi del rapporto obbligato-

[180] La prima concettualizzazione della relazione di deve a A. BRINZ, *Der Begriff der «obligatio»*, in *Grünhuts Zeitschrift*, I, 1874, p. 11 ss.; successivamente, G. PACCHIONI, *Il concetto di obbligazione*, in *Riv. dir. comm.*, 1924, I, p. 216 ss. e i numerosi scritti di (e per tutti), C. GANGI, *Debito e responsabilità nel diritto nostro vigente*, in *Riv. dir. civ.*, 1927, I, p. 521 ss.; poi, ancora, esemplarmente, A. DI MAJO, *Responsabilità e patrimonio*, Torino, 2005, p. 47 ss., 63 ss.; ID., *Debito e patrimonio nell'obbligazione*, in *Le obbligazioni e i contratti nel tempo della crisi economica. Italia e Spagna a confronto*, a cura di G. Grisi, Napoli, 2014, p. 23 ss.; V. ROPPO, voce *Responsabilità patrimoniale*, in *Enc. dir. priv.*, XXXIX, Milano, 1988, p. 1041 ss.; M. GIORGIANNI, *L'obbligazione, La parte generale delle obbligazioni*, I, Nuova ristampa inalterata, Milano, 1968, p. 151 ss.; L. BARBIERA, *Responsabilità patrimoniale*, cit., p. 18 ss.; C.M. BIANCA, *Diritto civile, 3, L'obbligazione*, Milano, 1990, p. 26 ss.; nonché la indimenticabile pagina di K. LARENZ, *Lehrbuch des Schuldrechts*, I, München, 1982, p. 20 ss.

Confronto che parrebbe continuare a svolgersi con riferimento alla delicata questione dell'esdebitazione se a F. PIRAINO, *L'inadempimento del contratto di credito immobiliare ai consumatori e il patto marciano*, cit., p. 199 ed *ivi* nota 149, che precisa come la limitazione di responsabilità conseguente alla previsione di un marciano costituisca «una destinazione ma non anche una separazione tanto che sulla differenza tra il valore del bene oggetto del patto marciano e l'ammontare del credito residuo possono concorrere i creditori terzi» si contrappone S. PAGLIANTINI, *Debito e responsabilità nella cornice del XXI secolo: note minime*, in *Riv. dir. civ.*, 2018, p. 1069 ss., spec., 1087, il quale, da par suo, evidenzia come a sostenere tale opinione si «cadrebbe […] prigionier[i] di un'illusione ottica» se è vero che «la regola di una responsabilità patrimoniale universale è ormai sforacchiata plurime volte», là dove «un'interpretazione evolutiva dell'art. 2740, comma 2 […] vanta dalla sua lo stigma di una riduzione teleologica che, fotografando la *law in action*, prova a restituire la "nuova complessità" di un atteggiarsi mistilineo della responsabilità» (sul punto evidenziando i chiari riferimenti a C. CAMARDI, *Legislazione della crisi e diritto privato patrimoniale. Una nuova complessità, tra efficienza e coerenza sistematica*, in *ODCC*, 2017, p. 282 ss., spec., p. 298; F. MACARIO, *La responsabilità patrimoniale oltre il dogmatismo. Spunti per una concezione moderna e funzionalistica di principi e regole a tutela del patrimonio e dei diritti dei creditori*, in *Rosario Nicolò*, nella Collana *I Maestri italiani del diritto civile*, a cura di N. Lipari, Napoli, 2011, p. 307 ss., spec., 324 ss.).

[181] Inedito perché, come c'insegna A. DI MAJO, *Debito e patrimonio nell'obbligazione*, cit., p. 25, le vicende della responsabilità patrimoniale «non toccano direttamente il *debito*» (corsivo originale); e come conferma, indirettamente, G. D'AMICO, *Responsabilità patrimoniale e procedure concorsuali nella "società del debito": oltre la tutela (esclusiva) del creditore*, cit., p. 174 s.; e, altresì, F. PIRAINO, *L'inadempimento del contratto di credito ai consumatori e il patto marciano*, cit., p. 199 s.

[182] Non necessariamente in virtù di un accordo tra debitore creditore, come può agevolmente verificarsi alla stregua della disciplina del sovraindebitamento, A. DI MAJO, *Debito e patrimonio nell'obbligazione*, cit., p. 38, ove poi a p. 35: «[s]i può dire che la responsabilità patrimoniale perde la sua nota caratterizzante di situazione soggettiva *ad oggetto variabile*, e quindi "indefinito" … per definirsi, invece, nei riguardi di un oggetto suo proprio quale espressione di concrete modalità di (sua) attuazione».

[183] Salvo che la legge non disponga diversamente: e cfr., infatti, art. 142, u.c., l. fall.



rio [184] (senza, dunque, dover configurare un 'debito senza responsabilità' o una 'responsabilità senza debito' [185]), con la concomitante presa d'atto che (il fenomeno del)l'*esdebitazione* (espressamente prevista o razionalmente estesa con l'operatività dei *marciani legali*) bascula a cavallo tra l'attuazione dell'obbligazione (con modalità diverse dall'adempimento) e l'estinzione del debito (e della responsabilità, tra l'adempimento e la responsabilità patrimoniale, incidendo sull'*estensione* della medesima) configurando un meccanismo che bisognerà ricollocare sistematicamente nel progredire degli studi inerenti alla stessa ri-concettualizzazione dell'obbligazione [186].

La fase di escussione del pegno non possessorio – evidenza della pervasiva diffusione di ulteriori modalità di autotutela esecutiva [187] – prende abbrivio dal «verificarsi di un evento che determina l'escussione del pegno» (art. 1, comma 7, legge n. 119/2016) e, quindi, dall'accertamento di quel *fatto* (principalmente: l'inadempimento [188] dell'obbligazione alla quale il pegno *accede* quale garanzia [189]) cui le parti, nello statuto negoziale,

---

[184] Icasticamente di «fratelli separati» discute A. DI MAJO, *Debito e patrimonio nell'obbligazione*, cit., p. 38.

[185] Magistralmente, ancora, per la negazione della configurabilità di entrambe le ipotesi, M. GIORGIANNI, *L'obbligazione*, cit., p. 179 ss.

[186] Per un verso, si argomenta una «sostanziale inconciliabilità esistente tra la funzione di garanzia e il trasferimento in funzione solutoria» ovvero di una garanzia con escussione *privatizzata* e senza l'intervento di un preliminare controllo giudiziale (che, eventualmente, interverrà soltanto *ex post* e qualora attivato dal debitore), quale momento di *assicurazione* del credito, O.T. SCOZZAFAVA, *Note in tema di garanzia*, in *Contr. imp.*, 2008, p. 855 ss., spec., p. 860 ss., là dove la certezza della soddisfazione della pretesa creditoria sarebbe idonea ad escludere la stessa pensabilità dell'obbligazione (che, per statuto, postula l'inadempimento); in altri termini, la certezza dell'adempimento escluderebbe la stessa «presenza di un rapporto obbligatorio, giacché esso può essere considerato già [costantemente] estinto»; per l'altro, si intuisce, sotto altro profilo, l'incidenza che il meccanismo (ormai) pervasivo dell'esdebitazione parrebbe idoneo a produrre sulla stessa obbligazione, lasciando tendenzialmente prefigurare una sua nuova causa di estinzione dell'obbligazione (anche qualora non adempiuta o non adempiuta interamente) fondata sull'incapacità patrimoniale del debitore *sovraindebitato.*

Sul tema della possibile configurazione dell'*inadempimento di necessità*, cfr., almeno, A. DI MAJO, *Debito e patrimonio nell'obbligazione*, cit., p. 23 ss.; G. GRISI, *L'inadempimento di necessità*, in *Le obbligazioni e i contratti nel tempo della crisi economica*, cit., p. 281 ss.

[187] E. GABRIELLI, *Pegno "non possessorio" e teoria delle garanzie mobiliari*, cit., p. 265 s.; ID., *Una garanzia reale senza possesso*, cit., p. 1718; M. CAMPOBASSO, *Il pegno non possessorio. "Pegno", ma non troppo*, cit., p. 727.

[188] Sebbene corra opportuna la precisazione che l'inadempimento non è propriamente un *fatto*, poiché costituisce l'esito di una valutazione e, dunque, è un *valore.*

[189] Ma, si deve ritenere, anche altre vicende cui le parti possono subordinare la facoltà creditoria di attivazione dell'escussione: oltre all'indicato inadempimento, si potrebbe prevedere l'ipotesi della decadenza dal beneficio del termine ovvero l'apertura di una procedura di insolvenza, ecc. E, sul punto, cfr., F. MURINO, *Prime considerazioni sul c.d. pegno non possessorio*, cit., p. 271; e, in termini generali, E. GABRIELLI, *Il pegno*, cit., p. 53.



hanno sottoposto l'attivazione della procedura di escussione. Da tale momento il creditore che si ritenga insoddisfatto deve provvedere: *i*) a dare avviso scritto, senza ulteriori formalità, «agli eventuali titolari di un pegno non possessorio trascritto» [190] (sul medesimo bene o categoria di beni) e, nel caso in cui oggetto del pegno siano crediti, anche ai relativi debitori, della volontà di procedere con l'escussione della garanzia mobiliare; *ii*) a notificare al debitore (ed eventualmente al terzo datore di pegno) – anche a mezzo posta elettronica certificata [191] e senza ulteriori formalità – l'atto di intimazione di voler procedere in tal senso. Per l'effetto deve ritenersi che tale intimazione (quale atto *sostanziale*) *sostituisca*, ad ogni effetto di legge, il precetto (quale atto processuale), con il quale prende abbrivio il processo esecutivo, e che, nella vicenda in parola, risulta sostituito dalla comunicazione che il creditore intende agire, al pari delle forme di cui all'art. 2797 c.c., secondo modalità di autotutela esecutiva privata [192], senza l'attivazione di un procedimento di esecuzione forzata [193].

Contro l'intimazione il debitore e il terzo concedente (con legittimazione concorrente e non alternativa) possono – entro il termine di cinque giorni dalla ricezione [194] – fare opposizione nelle forme del procedimento sommario di cognizione (secondo le «disposizioni di cui al libro quarto, titolo I, capo III-*bis*, del codice di procedura civile»: art. 7, comma 7-*bis*), salvo, in ogni caso, il diritto al risarcimento del danno [195] – evidentemente

---

[190] È da evidenziare – come già fatto da E. GABRIELLI, *Pegno "non possessorio" e teoria delle garanzie mobiliari*, cit., p. 251 – la «noncuranza [e la] sciatteria» legislativa là dove al comma 4 il pegno è "iscritto" ed al comma 7 è "trascritto".

[191] Si assume, infatti, che ogni imprenditore sia obbligatoriamente tenuto ad attivare un indirizzo Pec; ma, evidentemente, si deve ritenere ammessa almeno l'ipotesi della notificazione legale a mezzo di ufficiale giudiziario.

[192] Per quanto l'art. 2797 preveda il ricorso obbligatorio all'ufficiale giudiziario, là dove la disciplina del pegno non possessorio semplifica decisamente tale fase preliminare, consentendo di farla svolgere direttamente al creditore in prima persona. Secondo un'altra impostazione, il contratto di pegno non possessorio è *considerato* alla stregua di un titolo esecutivo, in deroga ai principi di cui all'art. 474 c.p.c.: F. MURINO, *Prime considerazioni sul c.d. pegno non possessorio*, cit., p. 272; V. OLISTERNO, *La consacrazione normativa dei pegni cd. anomali*, cit., p. 10; R. MARINO, *Il pegno non possessorio quale strumento funzionale all'autotutela satisfattiva del creditore: profili evolutivi*, cit., p. 794.

[193] M. CAMPOBASSO, *Il pegno non possessorio. "Pegno", ma non troppo*, cit., p. 727.

[194] Lasciando sovvenire qualche dubbio in merito all'effettività della tutela predisposta a favore del debitore, sebbene le esigenze di rapidità dello svolgimento della fase esecutiva abbiano evidentemente spinto il legislatore a restringere notevolmente tale termine.

[195] Con azione da promuoversi nel ristretto termine trimestrale dal *dies a quo* coincidente con la ricezione della comunicazione mediante la quale il creditore notizia il debitore della prescelta modalità con cui intende procedere all'escussione, in una agli importi ricavati dalla vendita o dall'escussione del credito; il corrispettivo e le altre condizioni della locazione; il valore attribuito al bene del quale si è appropriato (art.



mutando il piano della tutela da quello reale a quello obbligatorio – secondo le modalità di azione di cui all'art. 1, comma 9. L'opposizione non è idonea a provocare alcun effetto sospensivo dell'escussione, diversamente da quanto si prevede per quella codicistica, là dove il creditore, prima di procedere alla vendita, deve attenderne l'esito giudiziale, dal momento che la medesima produce *ipso iure* l'effetto sospensivo. Effetto che, nelle vicende relative al pegno non possessorio, si produrrà, invece, soltanto se il giudice disporrà in tal senso, e sempreché ricorrano «gravi motivi», anche mediante un provvedimento soltanto parziale nell'ambito della più ampia procedura di escussione, limitandola ad alcuni beni (art. *ex* art. 2797, comma 3, c.c.) ovvero disponendo, mediante un decreto d'urgenza (art. 700 c.p.c.), l'inibitoria all'escussione precedentemente intimata dal creditore.

Il comma 7 dell'art. 1 prevede quattro modalità *stragiudiziali* di realizzazione della garanzia pignoratizia alle quali il creditore potrà ricorrere, dandone informazione (senza particolari formalità) al debitore (o al datore di pegno). Di esse, quelle di cui alle lettere *a*) e *b*) sono indicate come ordinarie o tipiche e quelle di cui alle lettere *c*) e *d*) sono individuate come facoltative, in quanto attivabili soltanto se la convenzione pignoratizia espressamente le avesse previste e disciplinate (con la conseguente iscrizione del relativo Registro). In particolare, il creditore potrà, dandone comunicazione immediata al debitore (ed all'eventuale terzo) datore di garanzia, procedere:

a) alla vendita dei beni oggetto del pegno riscuotendo il corrispettivo al fine di soddisfare le proprie ragioni creditorie, al pari della tradizionale vendita in autotutela prevista dal codice per il pegno possessorio [196]. La vendita sarà effettuata senza un *formale* titolo esecutivo e senza il medio di una procedura giudiziale, provvedendovi, con una più spiccata dinamicità, *direttamente* [197] il creditore e senza ricorrere ad una «persona autorizzata a tali atti» (art. 2797, comma 2, e secondo le modalità di cui all'art. 1515 c.c.), previa

---

1, comma 9). L'azione giudiziale per il risarcimento del danno è, come significativamente emerge dalla lettera della legge, relativa alla contestazione debitoria in merito alla violazione delle modalità con le quali il creditore ha proceduto all'escussione. Non rappresenta, dunque, l'unica forma di tutela delle ragioni debitorie a protezione delle quali rimane l'azione generale volta a contestare lo stesso ricorrere dell'evento generativo del diritto creditorio di procedere con l'escussione della garanzia, e, dunque, che «l'evento che determina l'escussione del pegno» non si è verificato, perché, ad es., l'inadempimento contrattuale non è stato accertato giudizialmente. In senso conforme, M. CAMPOBASSO, *Il pegno non possessorio. "Pegno", ma non troppo*, cit., p. 728; diversamente, parrebbe, F. MURINO, *Prime considerazioni sul c.d. pegno non possessorio*, cit., p. 280.

[196] Su tali modalità, per tutti, E. GABRIELLI, *Il pegno*, cit., p. 316 ss.

[197] Trattasi evidentemente di una facoltà attribuita al creditore per una maggiore speditezza del procedimento di escussione; pertanto il medesimo potrà sempre ricorrere a soggetti specializzati al riguardo.



una stima [198] da effettuarsi da «operatori esperti» (nominati d'accordo tra le parti [199] ed in mancanza dal giudice), mediante «procedure competitive», dovendosi assicurare «la massima informazione e partecipazione degli interessati». Rimane da verificare la natura giuridica dei poteri che vengono attribuiti al creditore per procedere alla vendita forzata in autotutela dei beni oppignorati; se cioè essi siano riconducibili a quelli di rappresentanza *ex lege* [200], con il che il trasferimento avverrebbe *in nome* del debitore o del terzo concedente il pegno (e per conto più della procedura esecutiva che non del creditore procedente) ovvero, rievocando autorevole dottrina [201], non sia (probabilmente) più convincente rimettersi, atteso che lo svolgimento dell'attività esecutiva è in suo danno, alla natura giuridica della prefigurazione di un'eccezionale ipotesi (propria del diritto tedesco e non riproposta nel nostro ordinamento [202]) di un'autonoma (ed *ex lege*) attribuzione del potere di disposizione scisso dalla titolarità del bene, originante per il creditore, sì come nella disciplina generale del pegno, al fine della diretta soddisfazione esecutiva dell'interesse creditorio «per autorità privata» [203]. Non è qui, evidentemente, il caso di rievocare l'animoso dibattito svoltosi tra due illustri Maestri del diritto civile [204] e del diritto processuale civile [205], in margine alla stessa possibilità per l'autonomia privata di programmare negozialmente una scissione tra *titolarità* e *potere di disposizione* del diritto (potere ora interno, ora esterno al contenuto di quest'ultimo), ma soltanto di rilevare, richiaman-

---

[198] Non necessaria in caso di «beni di non apprezzabile valore».

[199] Se del caso già in sede di costituzione della garanzia.

[200] Ed in virtù di una rappresentanza *ex lege* che si origina direttamente – sia pure implicitamente – dalla previsione della clausola marciana secondo A. CHIANALE, *Il pegno non possessorio su beni determinati*, cit., p. 974.

[201] G. CHIOVENDA, *Sulla natura giuridica dell'espropriazione forzata*, in *Riv. dir. proc.*, 1926, I, p. 85 ss.; S. *Esecuzione forzata e diritto sostanziale*, Milano, 1939, p. 273 ss., 301 ss.; S. SATTA, *L'esecuzione forzata*, in *Tratt. dir. civ.*, diretto da F. Vassalli, Torino, 1954, p. 114 ss., 124 s., il quale giudica persino «ingenua» la soluzione di «ritenere che il debitore sia "rappresentato" nella vendita forzata […] perché non si può rappresentare una persona in danno della quale si agisce».

[202] Il riferimento è al § 185 del BGB: «*Verfügung eines Nichtberechtigten. (1) Eine Verfügung, die ein Nichtberechtigter über einen Gegenstand trifft, ist wirksam, wenn sie mit Einwilligung des Berechtigten erfolgt. (2) Die Verfügung wird wirksam, wenn der Berechtigte sie genehmigt oder wenn der Verfügende den Gegenstand erwirbt oder wenn er von dem Berechtigten beerbt wird und dieser für die Nachlassverbindlichkeiten unbeschränkt haftet. In den beiden letzteren Fällen wird, wenn über den Gegenstand mehrere miteinander nicht in Einklang stehende Verfügungen getroffen worden sind, nur die frühere Verfügung wirksam*».

[203] G. GORLA-P. ZANELLI, *Del pegno*, cit., p. 329 ed *ivi* nota 1; e, per l'ipotesi di cui all'art. 1515 c.c., D. RUBINO, *La compravendita*, in *Tratt. dir. civ. comm.*, diretto da Cicu e Messineo, Milano, 1971, p. 964.

[204] S. PUGLIATTI, *Fiducia e rappresentanza indiretta*, ora in *Diritto civile. Metodo, teoria, pratica*, Milano, 1951, p. 297 ss.; ID., *Esecuzione forzata e diritto sostanziale*, Milano, 1935, p. 249 ss.

[205] G. CHIOVENDA, *Sulla natura giuridica dell'espropriazione forzata*, cit., p. 86.



do precedenti riflessioni, che «si potrebbe parimenti acquisire che la divisata scissione, evocata per la donazione con riserva (come in altre ipotesi legislative [e, dunque, anche per quella di cui al pegno non possessorio]), sarebbe una "conseguenza di una valutazione dell'ordinamento, che scioglie quella situazione da una persona e la riferisce ad un'altra, per consentire il perseguimento delle finalità tipiche dei contratti ai quali quella vicenda si riferisce"; ovvero una "conseguenza dell'applicazione di peculiari norme di imputazione degli effetti, al verificarsi di tutti gli elementi obiettivi che costituiscono determinate fattispecie"»[206] o, ancora, che, nell'ambito di «una manifestazione del potere giurisdizionale, il trasferimento si compie nell'esercizio di questo potere»[207] e che, dunque, in nulla intercetta le problematiche concettuali della sottese alla rappresentanza.

In ogni caso va poi curata la pubblicità (con spese anticipate dal creditore) sul «portale delle vendite pubbliche di cui all'art. 490» c.p.c. Del *quantum* ricavato dalla vendita andrà immediatamente informato il debitore e l'importo, dedotto quanto di spettanza del creditore, andrà «contestualmente» (all'esito formale della vendita) restituito[208] al debi-

---

[206] R. FRANCO, *La donazione con riserva di disporre: ripensamento dei dogmi e concretezza degli interessi*, in *Eur. dir. priv.*, 2018, p. 631 ss.

[207] S. SATTA, *L'esecuzione forzata*, cit., p. 125.

[208] Ma senza che si indichino le modalità attraverso le quali la restituzione dovrà essere materialmente effettuata. È il caso di sottolineare che sebbene l'obbligo di restituzione dell'eccedenza del realizzo dell'escussione del bene oggetto di pegno sia espressamente prescritto soltanto per l'ipotesi di cui alla lettera *a)*, è evidente che lo stesso sia improrogabilmente sussistente anche per tutte le altre modalità di escussione, individuandosi in esso quella caratterizzazione *marciana* che consegna alla legalità (con il concorrente principio di proporzionalità) ogni accordo tra creditore e debitore che preveda l'apprensione del bene, diretta o indiretta, da parte del primo. Si è opportunamente fatto rilevare che nella legge n. 119/2016 è assente il riferimento alla "ragionevolezza commerciale" di cui all'art. 8, comma 1, del d.lgs. 21 maggio 2004, n. 170; e cfr., infatti, R. MARINO, *Il pegno non possessorio quale strumento funzionale all'autotutela satisfattiva del creditore: profili evolutivi*, cit., p. 795 s. Proporzionalità che diviene, vieppiù alla luce della pervasiva *omnicomprensività* delle garanzie non possessorie (estendibili a tutti i crediti anche futuri di un determinato soggetto), il criterio principale – ispirato dai concorrenti principi di solidarietà (art. 2), eguaglianza (art. 3, comma 2,) e libertà di impresa (art. 41) – alla cui stregua valutare ogni rapporto di garanzia, sia al momento della costituzione, sia al momento della sua successiva vigenza temporale, sia, infine, all'eventuale momento dell'escussione forzata; proporzionalità che, sì come emerge dalle ricostruzioni funzionali a farla assurgere a criterio generale di controllo delle modalità di esercizio dei poteri delle parti nella contrattazione privata, *anche* dal settore delle garanzie (ad es., artt. 1851 e 2803), ha tratto origine *positiva*, sì come era capitato di evidenziare in R. FRANCO, *Alienazione in funzione di garanzia e patto marciano: recenti conquiste e incerti automatismi*, cit., p. 281 ss., 289, 309 ss., ove si rilevava «un decisivo ridimensionamento dell'ambito di incidenza del divieto [del patto commissorio] (pur di ordine pubblico economico), in una prospettiva di apertura al pieno riconoscimento del principio di proporzionalità che dovrà essere pervasivo di ogni rapporto tra credito e garanzia, sul fondamento di (antichi e nuovi) specifici dati normativi operanti in tutto il settore delle garanzie, di là da persistenti schemi dogmatici che ancora s'attardano nella distinzione delle logiche sottese a quelle personali o reali, accessorie o autonome, tipiche o atipiche» (p.



tore, anche qualora fossero presenti ulteriori creditori, chirografari e non [209];

b) alla escussione o cessione [210] dei crediti «fino alla concorrenza della somma garantita» [211]. Al riguardo potrebbe rilevarsi che altro è la riscossione del creditore altro è la cessione a terzi dei medesimi, là dove, in quest'ultimo caso, sarebbe stato opportuno [212] prevedere modalità di valutazione che avrebbero dovuto garantire una maggiore oggettività nella determinazione del corrispettivo della cessione, al fine di evitare *ex ante* abusi o comportamenti fraudolenti da parte del creditore pignoratizio;

---

312). Sì che anche le allarmanti riflessioni di A. CHIANALE, *Le nuove frontiere delle garanzie reali: uno statuto personale del creditore*, cit., p.1324 ss. potrebbero decisamente ridimensionarsi.

Varrebbe la pena di osservare che, in ragione del ruolo che il legislatore ha inteso imputare alla ragionevolezza nella realizzazione monetaria della garanzia mobiliare, sarebbe stato più opportuno discorrere – come da sempre si fa in tema di patto marciano – di proporzionalità, sì da evidenziare una questione di carattere quantitativo più che di carattere qualitativo, sia pure non giungendo a tenere rigidamente distinti i due principi, là dove si acquisisca condivisibilmente che anche alla proporzionalità deve ricorrersi e della stessa farsi applicazione concreta sempre alla luce della *ragionevolezza*. Sul punto, P. PERLINGIERI, *Equilibrio normativo e principio di proporzionalità dei contratti*, cit., p. 441 ss. ove si evidenzia come la proporzionalità sia «principio che vale per tutte le garanzie, non soltanto per quelle personali» (p. 452) e «principio imperativo per tutto il sistema delle garanzie» (p. 453); ID., *«Controllo» e «conformazione» degli atti di autonomia negoziale*, in *Rass. dir. civ.,* 2017, p. 204 ss., spec., p. 219: «[i]l controllo di proporzionalità risulta, quindi, intrinsecamente collegato a quello di ragionevolezza, il quale prescinde da valutazioni meramente quantitative. Sì che non sempre ciò che è proporzionato è ragionevole, come non necessariamente una sproporzione 'quantitativa' è irragionevole»; G. PERLINGIERI, *Profili applicativi della ragionevolezza nel diritto civile*, Napoli, 2015, p. 36 ss., 86 ss., 137 ss. ove la distinzione tra ragionevolezza e proporzionalità: «ciò che è proporzionato non è sempre ragionevole. Un rimedio proporzionato, similmente a un divieto o a una restrizione, può risultare irragionevole e incongruo agli interessi coinvolti nel caso concreto»; ID., *Sul criterio di ragionevolezza*, in AA.VV., *L'incidenza della dottrina sulla giurisprudenza nel diritto dei contratti*, Napoli, 2016, p. 29 ss.; ID., *Ragionevolezza e bilanciamento nell'interpretazione recente della corte costituzionale*, in *Riv. dir. civ.*, 2018, p. 716 ss., spec., p. 747 ss.; E. DEL PRATO, *Ragionevolezza e bilanciamento*, in *Riv. dir. civ.*, 2018, p. 23 ss.; F. CRISCUOLO, *Autonomia negoziale e autonomia contrattuale*, in *Tratt. dir. civ. del Cons. Naz. Not.*, diretto da P. Perlingieri, Napoli, 2008, p 303 ove si ribadisce la differenza tra il principio comunitario di proporzionalità e i principi della ragionevolezza e dell'adeguatezza «che, nel nostro ordinamento, concorrendo con il primo, contribuiscono a colorarlo di contenuti solidali». Come di recente confermato da Cass., 5 aprile 2016, n. 6533, cit.; cui *adde* S. GIOVA, *La responsabilità del creditore per l'iscrizione d'ipoteca giudiziale sproporzionata*, cit., p. 294 ss.

[209] Lo rileva anche S. AMBROSINI, *Il pegno non possessorio ex lege n. 119/2016*, cit., p. 15.

[210] Sebbene la *vendita* dei crediti avrebbe dovuto, più correttamente, essere inserita nella lettera *a)* della riferita quadripartizione legale.

[211] Vale la pena di precisare che il creditore potrà trattenere *legittimamente* soltanto le somme pari all'importo del credito – sì come indicate nel contratto di garanzia o come risultanti dal distinto e precedente contratto di finanziamento – ovvero pari all'importo per cui la garanzia è stata costituita, qualora questo fosse stato pattuito in misura inferiore al credito, ma non potrà, pena l'illegittimità e l'infondatezza della sua azione (e per quanto potrebbe apparire superfluo indicarlo), trattenere le somme riscosse pari all'importo della costituita garanzia qualora questo fosse stato appositamente indicato (come normalmente accade) con un valore (talvolta anche notevolmente) superiore all'importo del credito garantito.

[212] Ma probabilmente la prassi solleciterà precauzionalmente il ricorso ad una perizia di stima.



c) alla locazione dei beni oggetto di pegno (se previsto nel contratto costitutivo) ed alla riscossione dei relativi canoni sul modello di quanto indicato dall'art. 2792 c.c., ove si prevede che il creditore possa concedere a terzi il godimento del bene imputando il corrispettivo alla soddisfazione delle proprie ragioni, dandone (immediatamente) informazione, specifica (e quindi del corrispettivo e di tutte le altre condizioni rilevanti pattuite nel contratto locatizio) e per iscritto, al debitore (o al terzo datore di pegno). L'iniziale contratto di garanzia dovrà riportare la previsione «dei criteri e modalità di determinazione del corrispettivo della locazione» ed indicare altresì, almeno, la durata del contratto al fine di evitare che il debitore, dopo aver adempiuto, possa ritrovarsi con il bene locato per un tempo superiore alla stessa garanzia (che dovrebbe, invece, estinguersi in concomitanza con l'estinzione dell'obbligazione cui accede);

d) all'appropriazione diretta (se contemplata nel contratto costitutivo di pegno) dei beni costituti in pegno fino al valore corrispondente alla somma garantita [213] ed alla restituzione dell'eventuale supero al debitore (con un'ulteriore riabilitazione della convenzione commissoria modulata con la concorrenza della clausola marciana), provvedendosi ad informare immediatamente il datore di pegno del valore attribuito al bene a tal fine. Non sono indicate specifiche modalità per procedere al formale atto di appropriazione, né alla formazione del titolo di proprietà [214] (trattandosi di beni mobili), là dove, nella dinamica codicistica, l'art. 2798 prevede che il provvedimento giudiziale attribuisca il (e, dunque, costituisca formalmente il titolo della proprietà del) bene al creditore; né è prevista espressamente una clausola di esdebitazione che consenta al debitore, che avesse subito l'appropriazione del creditore, di liberarsi definitivamente dal vincolo obbligatorio e dalla relativa responsabilità patrimoniale (come, invece, si prevede per l'ipotesi del *marciano* di cui all'art. 120-*quinquiedecies* del TUB, là dove maggiori incertezze [215] sus-

---

[213] Sia pure con la precisazione di cui alla nota precedente.

[214] Si può ritenere che il titolo sia costituito dall'intimazione iniziale non appena notificata al datore di pegno e sempreché il giudice, in seguito all'opposizione di quest'ultimo, non provveda alla sospensione dell'escussione ovvero alla specifica modalità mediante la quale il creditore intende procedere alla escussione.

[215] È dubbio se la clausola di esdebitazione di cui all'art. 120-*quinquiesdecies*, comma 3, TUB (che costituisce elemento tipizzante di questa figura, ossia «un elemento qualificante» per A. LUMINOSO, *Patto marciano e sottotipi*, in *Riv. dir. civ.*, 2017, p. 1409, per il quale sarebbe da escludersi anche una derogabilità convenzionale dell'effetto esdebitatorio, in ragione della protezione del consumatore che esso è evidentemente idoneo a produrre; S. PAGLIANTINI, *Sull'art. 48 bis T.U.B.: il "pasticcio" di un marciano bancario quale meccanismo surrogatorio di un mancato adempimento*, ora in *Riv. dir. comm.*, 2014, p 169 ss., ma qui citato da *I nuovi marciani*, cit., p. 57 ss.), debba ritenersi facoltativa o obbligatoria anche in concomitanza della previsione negoziale di una clausola marciana nella *versione* di cui all'art. 48-*bis*.



Sull'incerta possibilità di estensione – argomentata sistematicamente dall'effetto estintivo proprio della *datio in solutum* alla cui figura rimanda il trasferimento condizionato sospensivamente all'inadempimento – della clausola di esdebitazione anche alla vicenda di cui all'art. 48-*bis*: S. AMBROSINI, *La rafforzata tutela dei creditori privilegiati nella l. n. 119/2016: il c.d. patto marciano*, in *Crisi di impresa e fallimento*, 25 agosto 2016, p. 1 ss., spec., 11 ed ivi nota 13; G. D'AMICO, *La resistibile ascesa del patto marciano*, ora in *Eur. dir. priv.*, 2017, p. 1 ss., qui citato dal dattiloscritto la cui lettura fu resa possibile mercé la cortesia dell'autore, p. 15 ss., al quale si rimanda anche per l'illustrazione delle ragioni a sostegno di un'eventuale tesi che negasse l'estensione analogica della clausola di esdebitazione anche alla fattispecie dell'art. 48-*bis*, principalmente individuate nel rilievo per cui il debitore, tanto nell'art. 120-*quinquiedecies* quanto nel prestito vitalizio, è un *consumatore*.

Ammette una clausola marciana senza la necessaria previsione dell'effetto esdebitatorio, A.A. DOLMETTA, *Alla ricerca del «marciano utile»*, in *Riv. dir. civ.*, 2017, p. 816 s., il quale precisa che tale ultimo effetto, ricollocando il marciano dall'alienazione in garanzia verso la *datio in solutum*, «risulterebbe senz'altro eccezionale» e, pertanto, «insuscettibile di qualunque applicazione analogica».

Esclude espressamente l'estendibilità (peraltro puntualmente esplicitandosi che le parti possono, nondimeno, prevedere convenzionalmente che tale effetto si estenda alle convenzioni *ex* art. 48-*bis*) dell'efficacia esdebitatoria al meccanismo tracciato dall'art. 48-*bis*: A. LUMINOSO, *Patto marciano e sottotipi*, cit., p. 1412 ss., 1420 s., sia perché tale ultimo effetto è «conseguenza non coerente con la causa del patto marciano» sia, perché «vi è da considerare che l'effetto esdebitativo ha natura di una limitazione della responsabilità patrimoniale del consumatore finanziato, limitazione che, in base alla previsione generale di cui all'art. 2470, comma 2, c.c., deve considerarsi eccezionale e come tale di stretta interpretazione»; in senso adesivo, L. FOLLIERI, *Il patto marciano tra diritto «comune» e «speciale»*, in *Nuova giur. civ. comm.*, 2018, II, p. 1866 s.

L'estensione, invero, rimane incerta poiché al rilevato effetto estintivo, tipico dell'art. 1197 c.c. [tanto che si discute, pur ritenendola inammissibile, della figura di una prestazione in luogo dell'adempimento *parziale*: S. PAGLIANTINI, *Sull'art. 48 bis T.U.B.: il "pasticcio" di un marciano bancario quale meccanismo surrogatorio di un mancato adempimento*, cit., p. 12; A. LUMINOSO, *Patto marciano e sottotipi*, cit., p. 1405 s. e nota 19, il quale scrive, con riferimento alla figura di cui all'art. 1197, che essa si *tipicizza* per essere un «surrogato della prestazione dovuta, programmando una *perdita immediata* – stante la natura reale *quoad constitutionem* di tale contratto e la sua efficacia non obbligatoria – e *definitiva* della proprietà del bene» (corsivi originali) e, in quanto tale, non tollera l'apposizione di condizioni, la deroga all'immediatezza dell'efficacia (per trasformarla in quella meramente obbligatoria), diversamente evolvendosi (ma anche trasformandosi, per mutare natura e funzione – sebbene la questione permanga controversa – come emerge dalla nota 20) in «uno strumento di autotutela esecutiva» (p. 1406); ma in senso decisamente contrario, G. D'AMICO, *La resistibile ascesa del patto marciano*, cit., p. 17 ed *ivi* nota 39], si potrebbe replicare con il rilievo che la funzione di garanzia (il comma 13-*bis* discute espressamente di «patto a scopo di garanzia») *tipicizza* la vicenda del trasferimento di cui all'art. 48-*bis* sì da renderla incompatibile con la clausola esdebitatoria: il rapporto di garanzia è sempre funzionalmente teso alla congruità e/o proporzione tra i due termini del credito e della garanzia; esclude l'estensione dell'effetto dell'esdebitazione alla vicenda di cui all'art. 48-*bis*, M. TATARANO, *Il mutuo bancario*, in *I contratti bancari*, a cura di E. Capobianco, in *Tratt. dei contratti*, diretto da P. Rescigno e E. Gabrielli, Torino, 2016, p. 845 ss., spec., p. 855.

Ma per una generale (e più sicura) applicazione della clausola di esdebitazione (in virtù della quale il credito si deve ritenere estinto, di là dalla circostanza della sua completa soddisfazione mediante il ricavato della vendita del bene e, dunque, anche qualora quest'ultimo si rivelasse inferiore al credito), anche automatica e indipendentemente da una espressa previsione contrattuale – al fine di non incorrere in una rinnovata violazione dell'art. 2744 c.c. che il patto marciano, di contro, è diretto ad evitare –, L. BARBIERA, *Responsabilità patrimoniale*, cit., p. 318-320, il quale ritiene necessario escludere, affinché si possa *validare* un trasferimento in garanzia al creditore, la persistente sussistenza di una garanzia generica sul residuo pa-



sistono in margine alle possibilità di applicazione anche al *marciano* di cui all'art. 48-*bis*), generando, pertanto, il dubbio sulla estendibilità dell'effetto anche a tale vicenda. Infine, a tutela del datore di pegno, si prevede che il contratto di garanzia debba riportare, fin dalla sua costituzione, «i criteri e le modalità di valutazione del valore del bene oggetto di pegno e dell'obbligazione garantita» (art. 1, comma 7, lett. d).

Evidentemente le rappresentate modalità di escussione postulano che il debitore (e il datore di pegno) consegni immediatamente al creditore – *id est*: nel termine di quindici giorni dalla ricezione della notificazione dell'intimazione e salvo che il titolo negoziale non disponga altrimenti (art. 7-*ter*) – il bene o i beni oggetto del pegno. Diversamente, la medesima disposizione (con una modifica introdotta in sede di conversione) disciplina dettagliatamente il procedimento che il creditore dovrà attivare per apprendere i predetti beni.

Infine, il comma 7-*quater* dell'art. 1 prevede l'ipotesi in cui il creditore richieda l'escussione del pegno non possessorio (già precedentemente costituito ed iscritto) in riferimento ad un bene o ad un complesso di beni per i quali sia stata già avviata una procedura di esecuzione forzata. Orbene, in questa ipotesi – ferma la chiara prevalenza, nel conflitto tra creditore pignorante e gli altri creditori intervenuti nell'esecuzione, del titolare della garanzia mobiliare – si deve rilevare che la speditezza delle prescritte modalità realizzative del credito subisce un (si direbbe inevitabile, stante il coinvolgimento di in-

---

trimonio del debitore a favore del creditore qualora il bene trasferito perisse nella titolarità del creditore ovvero se la sua risultanza monetaria, in seguito alla *liquidazione,* risultasse insufficiente a soddisfare il creditore medesimo; anche S. PAGLIANTINI, *Sull'art. 48 bis T.U.B.: il "pasticcio" di un marciano bancario quale meccanismo surrogatorio di un mancato adempimento*, cit., p. 12 ss., 15 ss. (già ID., *L'art. 2744 e le alchimie del legislatore: per una prima lettura (ragionata) dell'art. 48 bis T.U.B.*, in *Nuove leggi civ. comm.*, 2016, p. 950 ss. ed ivi nota 76) il quale osserva come dalla lettura sistematica della disposizione emerga «*apertis verbis* l'immagine di una natura solutoria della causa in questione», altresì rilevando la stridente contraddizione rispetto alla *par condicio creditorum* delle disposizioni di cui agli artt. 48-*bis* e 120-*quinquiesdecies* del T.U.B.; A. SCOTTI, *Il trasferimento di beni a scopo di garanzia* ex *art. 48* bis *T.U.B. è davvero il patto marciano?*, in *Corr. giur.*, 2016, p. 1480 s.; G. D'AMICO, *La resistibile ascesa del patto marciano*, cit., p. 17 s., il quale pur ritenendo la funzione esdebitatoria (*id est*: l'estinzione dell'obbligazione garantita) una peculiarità ricorrente dei nuovi *marciani* legislativi, la considera solo *normalmente* ricorrente (e, quindi, non inderogabile), con il che le parti potrebbero (pattiziamente) prevedere l'esclusione dell'effetto estintivo dell'obbligazione originaria in seguito al verificarsi del trasferimento del bene, consentendo al creditore «di richiedere l'eventuale debito residuo, non coperto dal valore del bene immobile trasferito (come stimato al momento dell'inadempimento)», sì da sostenere che «il legislatore abbia attribuito efficacia (normalmente) "liberatoria" al trasferimento del bene immobile in attuazione del patto marciano» (p. 18) con la conseguenza che l'effetto esdebitatorio deve ritenersi estendibile anche alla vicenda regolata dall'art. 48-*bis*.

Liquida la questione in quanto "chiara" A. CHIANALE, *I diritti reali. 6. L'ipoteca*, in *Tratt. dir. civ.*, diretto da R. Sacco, Torino, 2005, p. 33, per il quale per quella parte del credito rimasta soddisfatta il titolare potrà agire ancora contro il debitore.



teressi ulteriori) *rallentamento* dalla previsione dell'*entrata in scena* del giudice dell'esecuzione, il quale su istanza del creditore pignorante, «lo autorizza»[216] a procedere secondo le modalità e tempi che saranno riportati nel relativo provvedimento con l'indicazione di distribuire «l'eventuale eccedenza» del ricavato dell'escussione direttamente alla procedura esecutiva: il tutto con la salvezza dei titolari di posizioni giuridiche privilegiate rispetto allo stesso creditore oppignorante.

10. – Si potrebbe iniziare con uno slogan: dall'esigenza, avvertita[217] fin dai primi anni del '900, del pegno senza spossessamento propria del credito agrario[218], con la connessa sensibilità degli operatori del settore a sottoporre a pegno non solo *capitali* statici, bensì anche componenti dinamiche del patrimonio (ad es. scorte vive e morte: il c.d. capitale *circolante*) con il privilegio agrario[219] del 1927 che intuisce[220] l'odierna rotatività,

---

[216] Resta da vedere se la concessione del provvedimento autorizzatorio sia 'atto dovuto', in margine al quale il giudice non potrà compiere alcuna valutazione in merito alla vicenda concreta, ovvero se, al contrario, al medesimo dovrà riconoscersi una (sia pur moderata) discrezionalità.

[217] F. FERRARA, *La vendita per acconti e il* «pactum reservati dominii», in *Foro it.*, 1911, I, c. 494 ss., il quale già avvertiva l'inidoneità del pegno, che esige lo spossessamento delle cose oggetto di garanzia reale, a far fronte alle nuove esigenze sovvenienti dal progresso economico osservando limpidamente che «se chi acquista degli oggetti che gli servono … dovesse poi per garanzia del prezzo darli allo stesso venditore a terzi, tanto varrebbe che non li comperasse»; C. MAIORCA, *Il pegno di cosa futura e il pegno di cosa altrui*, Milano, 1938, p. 58 ss., il quale suggerisce di trasformare il possesso materiale in *tradizione simbolica* sia pure convenendo che quest'ultima richieda «incondizionatamente l'*applicazione di segni che rendano evidente il pegno*» (corsivo originale).

[218] Ma in realtà risalenti già all'epoca romana come ricorda A. BURDESE, *Pegno*, cit., p. 664 il quale riferisce che le prime manifestazioni del pegno privatistico si devono alle testimonianze di «Catone (console nel 195 e morto nel 149 a.c.)» che le riconduce proprio all'agricoltura, rilevando, altresì, che la *datio pignoris* si estendeva «a ipotesi in cui l'acquirente del raccolto, debitore del relativo prezzo, conserva il possesso di quanto, ivi compresi schiavi che sono *res mancipi,* da lui immesso nel fondo per raccoglierne i frutti, o i frutti del gregge in esso pascolante, e pignorato a garanzia del suo debito verso il *dominus* venditore» con l'illuminante indicazione per cui, già a tale epoca, si prevedeva che le cose date a pegno potevano rimanere nella disponibilità del debitore con la previsione di alcuni poteri di controllo per il creditore; ne offre conferma, anche, L. BOVE, *Pegno*, cit., p. 764.

[219] Artt. 8 e ss. della legge 5 luglio 1928, n. 1760, di conversione, con modificazioni, del Regio decreto-legge 29 luglio 1927, n. 1509, concernente provvedimenti per l'ordinamento del credito agrario nel Regno.

[220] Più per lo stesso ciclo naturale dei prodotti che ne costituiscono oggetto che non per una sollecitante logica creditizia globale volta, tuttavia, a ribadire non già un virtuoso e illuminate primato del (*melius*: di ogni) credito (P. SCHLESINGER, *Il "primato" del credito*, in *Riv. dir. civ.,* 1990, I, p. 825 ss.), bensì soltanto di quello *bancario*, come, di recente, sottolinea A. CHIANALE, *Le nuove frontiere delle garanzie reali: uno statuto personale del creditore*, cit., p. 1304 ss., rilevando come il «*law maker* italiano con il pegno non possessorio consacr[i] l'irresistibile prevalenza del creditore bancario» (p. 1310).



alla *positivizzazione* del pegno rotativo [221] (e, implicitamente, non possessorio) dei prodotti agricoli ed alimentari dop e igp (compresi i prodotti vitivinicoli e le bevande spiritose) [222] al quale rimane sottesa, un secolo dopo, quella medesima necessità, per un verso, di un proficuo sviluppo degli strumenti di offerta di finanziamenti e sovvenzionamenti all'intero settore agronomico e, per l'altro, di un corrispondente e più agevole accesso al mercato del credito da parte dell'imprenditore agricolo in senso ampio [223].

La nuova disciplina se, per un verso, si esprime esplicitamente (recependo la formula dottrinale) in termini di pegno *rotativo*, con la puntuale precisazione che «la sostituzione delle unità di prodotto sottoposte a pegno [si realizza] senza necessità di ulteriori stipulazioni» [224], per l'altro, è silente in merito all'elemento del possesso, non rinvenendosi alcun riferimento all'ipotesi del pegno non possessorio, per quanto l'elenco dei beni che ne potranno costituire oggetto parrebbe lasciar propendere per una figura di pegno *ontologicamente* senza spossessamento [225].

All'assenza di ogni riferimento sia alla qualità professionale dei soggetti che al pegno 'agricolo' possono far ricorso [226] (a differenza di ciò che emerge per il pegno non possessorio alle imprese), sia alla qualificazione del soggetto erogatore del credito [227], fa riscontro una puntuale indicazione dei beni che ne possono costituire oggetto: *a*) prodotti agri-

---

[221] Come confermato dal Decreto MiPAAF del 23 luglio 2020, art. 1, comma 1, ove si prevede che «i prodotti DOP e IGP … possono essere oggetto di patto di rotatività».

[222] V. art. 78, comma 2-duodecies e ss. del d.l. 17 marzo 2020, n. 18.

In sede di conversione del d.l. 17 marzo 2020, n. 18, portante 'Misure di potenziamento del Servizio sanitario nazionale e di sostegno economico per famiglie, lavoratori e imprese connesse all'emergenza epidemiologica da Covid-19' (c.d. decreto "cura Italia"), mercé la legge 24 aprile 2020, n. 27, all'interno dell'art. 78 – rubricato «Misure in favore del settore agricolo e della pesca» – sono stati introdotti i commi da 2-*duodecies* a 2-*quaterdecies*, che disciplinano la nuova figura del cd. pegno agricolo.

Tale disciplina, benché inserita in un plesso normativo, che già nell'intitolazione, si riferisce alla grave ed attuale emergenza sanitaria in seguito al diffondersi del Covid-19, non subisce quella *temporaneità* e *funzionalizzazione* che attengono alle altre disposizioni legislative contenute nella riferita legge; sì che la disciplina del pegno agricolo, del tutto scollegata com'è dalla divisata emergenza, continuerà a rimanere in vigore anche allorquando quest'ultima sarà cessata.

[223] Sul punto, per ulteriori sviluppi, in termini generali, v. R. FRANCO, *Le recenti (de)specializzazioni del credito fondiario*, cit., p. 255 ss.

[224] Decreto MiPAAF, 23 luglio 2020, art. 1, comma 2.

[225] Argomenta in tal senso anche A. CHIANALE, *Conversione del d.l. Cura Italia: il nuovo pegno non possessorio agricolo*, in *Riv. dir. banc.*, 2020, p. 1 s.

[226] La figura parrebbe, dunque, qualificata in ragione dell'oggetto – vale a dire dei prodotti sì come formalmente individuati – e non anche dei soggetti che, pertanto, non necessariamente dovranno essere agricoltori e/o imprenditori agricoli.

[227] Che potrà essere, quindi, anche un privato, una società non bancaria, ecc.



coli [228]; *b*) prodotti alimentari [229]; *c*) prodotti vitivinicoli [230]; *d*) bevande spiritose [231] (tutti con la predicazione Dop e Igp [232]), disponendosi espressamente che la relativa convenzione pignoratizia dovrà *individuare* [233], «anche a mezzo di documenti», sia i prodotti oggetto di pegno, sia quelli sui quali, per effetto del meccanismo rotativo, la

[228] I prodotti agricoli sono quelli indicati dall'art. 38, comma 1, del TFUE: «per prodotti agricoli si intendono i prodotti del suolo, dell'allevamento e della pesca, come pure i prodotti di prima trasformazione che sono in diretta connessione con tali prodotti. I riferimenti alla politica agricola comune o all'agricoltura e l'uso del termine «agricolo» si intendono applicabili anche alla pesca, tenendo conto delle caratteristiche specifiche di questo settore» e quelli di cui al comma 3 del medesimo articolo che rinvia all'allegato I al medesimo Trattato; oltre alle indicazioni sovvenienti dalla "divisione per settori" di cui al comma 2 dell'art. 1 del Reg. UE 1308/2013 del 17 dicembre 2013.

L'attribuzione delle qualifiche DOP e IGP è prevista dall'art. 4 del Regolamento (CE) n. 510/2006 del 20 marzo 2006 e dall'art. 4, e dal d. lgs. 19 novembre 2004, n. 297.

[229] I prodotti alimentari sono quelli di cui all'articolo 2 del Regolamento (CE) n. 178/2002 del Parlamento europeo e del Consiglio del 28 gennaio 2002: «"si intende per alimento" (o "prodotto alimentare", o "derrata alimentare") qualsiasi sostanza o prodotto trasformato, parzialmente trasformato o non trasformato, destinato ad essere ingerito, o di cui si prevede ragionevolmente che possa essere ingerito, da esseri umani. Sono comprese le bevande, le gomme da masticare e qualsiasi sostanza, compresa l'acqua, intenzionalmente incorporata negli alimenti nel corso della loro produzione, preparazione o trattamento».

[230] Per prodotti vitivinicoli si intendono quelli di cui all'art. 3 della legge 12 dicembre 2016, n. 238 (c.d. Testo unico sul vino): «i prodotti indicati nell'allegato I, parte XII, al regolamento (UE) n. 1308/2013 e quelli elencati all'articolo 11 della presente legge, salvo ove altrimenti specificato» e, quindi, rispettivamente: *a)* i «succhi di uve (compresi i mosti di uva); altri mosti di uva, diversi da quelli parzialmente fermentati, anche mutizzati diversamente che con alcole; vini di uve fresche, compresi i vini alcolizzati; mosti di uva diversi da quelli della voce 2009, esclusi gli altri mosti di uva delle sottovoci 2204 30 92, 2204 30 94, 2204 30 96 e 2204 30 98; uve fresche diverse da quelle da tavola; aceto di vino; vinello; fecce di vino; vinaccia»; *b)* «"mosto coto"», «"filtrato dolce"», «"mosto muto"» e l'«"enocianina"».

Per i prodotti «DOP» e «IGP» si intendono le espressioni «denominazione di origine protetta» e «indicazione geografica protetta», anche al plurale, come previste dall'art. 93 del Regolamento (UE) n. 1308/2013 per i prodotti vitivinicoli e dall'art. 26 del predetto TU del vino.

[231] Per bevanda spiritosa si intende quella di cui alla definizione dell'art. 2 del Reg. UE n. 787/2019 del 17 aprile 2019: «è una bevanda alcolica che soddisfa i requisiti seguenti: a) è destinata al consumo umano; b) possiede caratteristiche organolettiche particolari; c) possiede un titolo alcolometrico volumico minimo di 15 % vol., salvo nel caso delle bevande spiritose che soddisfa i requisiti dell'allegato I, categoria 39» con le relative qualificazioni Igp di cui all'art. 21.

[232] Sul punto, cfr., A. CHIANALE, *Conversione del d.l. Cura Italia: il nuovo pegno non possessorio agricolo*, cit., p. 1 s. e *ivi* nota 3, ove si rileva che «non sempre l'alimento DOP/IGP consiste in prodotti agricoli oppure in derivati della carne o del latte: es. alcuni prodotti ittici (le acciughe del Mar Ligure, il salmerino e le trote del Trentino, le cozze di Scardovari e la tinca di Poirino); vari tipi di dolci (i cantuccini toscani; il cioccolato di Modica; il torrone di Bagnara); la liquirizia di Calabria; alcuni tipi di zafferano; numerosi tipi di miele, di pane e di paste» (cfr. l'elenco dei prodotti DOP e IGP tenuto dal Ministero delle politiche agricole», reperibile in *www.politicheagri.cole.it*).

[233] Almeno mediante quei dati che sono indicati nel 'facsimile' di Registro di cui all'Allegato 1 del Decreto MiPAAF del 23 luglio 2020 e così come indicato nell'art. 1 del predetto decreto MiPAAF del 23 luglio 2020 e necessaria, giustappunto, a conseguire l'annotazione nei relativi registri.



medesima garanzia «si trasferisce», escludendosi ogni effetto novativo.

Non viene invece indicato lo stato di lavorazione e/o maturazione e/o di invecchiamento in cui deve trovarsi il singolo bene per essere oggetto di pegno, sì che potrà convenirsi, in senso ampio, che ognuno dei divisati prodotti potrà essere sottoposto a pegno agricolo anche qualora l'attribuzione della qualificazione dop e igp non fosse ancora intervenuta, ma si abbia la ragionevole certezza che la stessa interverrà una volta che il processo di ultimazione di quel medesimo prodotto giunga a compimento.

Qualche perplessità sovviene in merito alle modalità individuative dei prodotti (agricoli, alimentari, ecc.) in seguito al Decreto MiPAAF del 23 luglio 2020, il quale, *praeter legem*, nel riferirsi *testualmente* soltanto a quelli *presenti* (e, in ogni caso determinabili, anche *per relationem*) pare segnatamente escludere la costituzione di un pegno *agricolo* avente per oggetto beni *futuri* ovvero *determinabili*, come emerge, peraltro, dall'espressa previsione per cui i menzionati prodotti «possono essere sottoposti a pegno» *soltanto* «a decorrere dal giorno in cui le unità di prodotto sono collocate nei locali di produzione e/o stagionatura e/o immagazzinamento»[234], sia dai prescritti criteri identificativi delle «unità» che possono costituire oggetto di pegno, oltre che dal riferimento alla circostanza che dette unità devono essere «identificate con le modalità previste nel presente decreto» (senza, dunque, in nulla consentire l'estensione dell'oggetto della garanzia ai beni futuri o anche soltanto determinabili). Invero, come appena riferito, anche i *prodotti* già determinati *ab origine*, potranno costituire oggetto del pegno agricolo solo dal predetto riferito momento. In altri termini, solo i prodotti agricoli (dop e igp) capaci di essere (non già soltanto *potenzialmente*, bensì *materialmente*) collocati in «locali di produzione e/o stagionatura» dovrebbero rivelarsi idonei a divenire oggetto della garanzia mobiliare, sì da escludere tendenzialmente sia quei prodotti che non saranno destinati a tale modalità di stoccaggio o ciclo di invecchiamento, sia quelli che soltanto in seguito al ciclo evolutivo che li riguarda diverranno tali da poter essere collocati nei predetti locali. Sennonché, tali limitazioni, originanti come sono da una fonte ministeriale incapace, con ogni probabilità, di incidere sulle possibili linee ermeneutiche del disposto normativo, probabilmente non impediranno agli interpreti ed agli operatori pratici di revocarle in discussione e pervenire ad una lettura più ampia e concordante con l'esteso disposto normativo in tema di prodotti agricoli.

---

[234] Con una previsione che si fonda su due distinti elementi identificativi: uno *topografico*, con riferimento al luogo in cui i beni da assoggettare a pegno devono essere stati collocati a tal fine; l'altro, di carattere *temporale*, nel senso che solo dal momento in cui tale collocazione avviene i medesimi possono divenire oggetto di pegno agricolo.



Non è prevista la possibilità di far riferimento ad un «valore complessivo» (sia pure quale *mero* criterio identificativo di beni), né al criterio della mera *determinabilità* e deve, altresì, ritenersi che oggetto del pegno non potranno essere né crediti, né denaro, né altri beni mobili (almeno nella fase della costituzione), stante la riferita dettagliata elencazione.

Si pongono, al riguardo, almeno due questioni: *a*) quella relativa all'ipotesi in cui i prodotti originariamente oggetti di pegno (e rimasti nella disponibilità [235] del debitore che *dinamicamente* li utilizza nello svolgimento della sua impresa) siano trasferiti contro un corrispettivo che non sia riconducibile alla natura dei beni indicati dall'art. 78, comma 2-*duodecies*; e *b*) quella [236] relativa all'incidenza della stessa *ontologica ciclicità* di alcuni beni (ad es., annuale, stagionale, ecc.) con gli elementi formali dell'oggetto e della durata del pegno, là dove tali beni sono evidentemente destinati (pena la sovveniente perdita o inutilità) ad essere trasformati in altri prodotti semilavorati o finiti, destinati alla circolazione, per ricostruire, nell'incessante ciclo dell'impresa, quelle sostanze economiche per il sostegno e la ripartenza di una nuova sequenza produttiva.

Orbene, con riferimento alla prima, si può prevedere la seguente alternativa: *i*) il pegno originariamente costituito su prodotti agricoli/alimentari/vitivinicoli/bevande spiritose sarebbe una fattispecie che *in re ipsa* dovrebbe ritenersi, per così dire, a *termine finale*, colpito, come sarebbe, dalla sopravveniente inefficacia che potrà soggiungere dalla naturale vicenda rotativa che coinvolge tali beni (con la salvezza della sola ipotesi in cui la medesima si compia con riferimento a prodotti dello stesso *genere* [237]), sì che ogni creditore pignoratizio sarebbe destinato a divenire, nello svolgersi della rotatività (e sempreché il corrispettivo della disposizione non si traduca in uno di quei beni che possono essere oggetto del pegno agricolo), con una sorta di conversione negoziale *ex lege*, un creditore garantito da un pegno tradizionale, anche su crediti o da un pegno irregolare su denaro (quali beni ottenuti in corrispettivo della cessione di quei prodotti); *ii*) ovvero,

---

[235] Per la verità nulla si dice anche con riferimento – nel caso di non spossessamento – alle facoltà di gestione e di disposizione da parte del debitore, non sovvenendo, peraltro, neppure le indicazioni di cui al comma 2 dell'art. 1 della legge n. 119/2016. Tuttavia, si dà qui per assunto che tali poteri siano attribuiti al costituente pegno (sia esso direttamente il debitore, sia esso un terzo) stante sia la rotatività e non possessorietà del pegno, sia la natura dei beni che ne formano oggetto.

[236] Cfr., per un cenno, anche A. CHIANALE, *Conversione del d.l. Cura Italia: il nuovo pegno non possessorio agricolo*, cit., p. 1.

[237] Come, invero, afferma A. CHIANALE, ID., *Il pegno non possessorio del d.l. «Cura Italia»: una nuova garanzia occulta?*, cit., p. 830 s. fondando la conclusione su quanto emergente dall'Allegato I al Decreto MiPAAF del 23 luglio 2020, pur rilevando il contrasto rispetto al testo del Decreto legge n. 18/2020 ed esprimendo un severo giudizio critico sulla redazione del Decreto MIPAAF.



probabilmente con maggiore condivisibilità, anche sul fondamento di una piena consapevolezza della *ratio* normativa sottesa al d.l. "Cura Italia" (solo momentaneamente non recepita dal predetto Decreto), ritenere che il pegno sui prodotti agricoli continui, con piena applicazione della sua speciale disciplina (rotatorietà e non possessorietà), anche su quanto ricevuto a titolo di corrispettivo, in forza dall'ontologica ciclicità della trasformazione (e, dunque, rotatività) dei prodotti che ne costituiscono oggetto, provvedendosi a disciplinare convenzionalmente – mediante specifiche clausole configuratorie – il regolare e ininterrotto funzionamento dell'ipotizzato meccanismo di surrogazione reale [238], nella perseverante conservazione della funzione di garanzia sottesa all'unitaria operazione economica della quale la concessione del pegno costituisce soltanto uno dei diversi momenti procedimentali, in quella ideale continuità che costituisce il carattere principale della garanzia rotativa: «interesse alla conservazione (in senso dinamico) della garanzia mobiliare» [239].

Con riguardo alla seconda delle due prefigurate questioni, si è proposto [240] di distinguere tra una *ciclicità continua* e una ciclicità *discontinua* per così evidenziare come nella prima vicenda «il pegno si trasferisc[a] senza soluzione di continuità sui differenti beni previsti nel contratto»; là dove, nella seconda, il pegno nell'«intervallo tra la vendita dei prodotti e l'acquisto di nuova materia prima (es. raccolta di olive, produzione di olio, vendita prima della nuova raccolta)» – non ritenendosi coerente con l'unitarietà e la sottostante operazione economica l'ipotesi di un pegno "ad intermittenza", con le concomitanti estinzione e costituzione in corrispondenza di quegli intervalli – dovrebbe «rimane[re] in vita, pur senza oggetto attuale, in attesa di vincolare il nuovo oggetto previsto dalle parti». Si potrebbe, tuttavia, replicare, che, di là dalla problematica [241] che sarebbe destinata a suscitare la prefigurazione di un pegno "senza oggetto attuale", i profili per la delineazione di regole di governo di tali vicende sono intrinsecamente rinvenibili nella stessa previsione della rotatività della garanzia mobiliare, in ragione della quale, nella

[238] E come meglio indicato dall'art. 1, comma 3, del Decreto MiPAAF del 23 luglio 2020.

[239] D. MESSINETTI, *Le strutture formali della garanzia mobiliare*, cit., p. 817.

[240] A. CHIANALE, *Conversione del d.l. Cura Italia: il nuovo pegno non possessorio agricolo*, cit., p. 1, anche per i successivi virgolettati.

[241] Peraltro agevolmente risolvibile nella misura in cui si ammetta, anche per i prodotti agricoli, alimentari, ecc., la costituibilità di un pegno su cosa futura, traendo legittimità interpretativa – non soltanto dalla lettera dell'art. 78, comma 2-*duodecies* del d.l. n. 18/2020, bensì anche – dalla più ampia previsione di cui all'art. 1 della legge n. 119/2016, che, nel contemplare, quale oggetto della garanzia, qualsiasi bene mobile, non esclude tendenzialmente tali prodotti; per quanto la peculiarità della figura di cui nel testo s'individuerebbe nell'essere anche un pegno che inizialmente costituito su cosa presente, *ciclicamente* diverrebbe su cosa futura per poi ritornare su cosa presente, per tutta la durata della garanzia.



continua applicazione del meccanismo di surrogazione reale, il prodotto viene *momentaneamente* sostituito da ciò che il debitore (o il terzo costituente) ricevono a titolo di corrispettivo per poi essere *nuovamente* (ma non *novativamente*) sostituito con ulteriori prodotti agricoli, alimentari, ecc., nella funzionale continuità dell'operazione economica sottesa al rilascio della garanzia, evitandosi il ricorso alla dubbia ipotesi[242] del pegno 'senza oggetto attuale'. Con un ragionamento che può agevolmente estendersi anche alla diversa ipotesi del processo di trasformazione che il prodotto agricolo dovesse subire nel corso della sua 'gestazione'. Una lettura diversa, nel senso che oggetto della garanzia, anche nella fase dinamica della rotatività, non potrebbero che essere sempre e soltanto prodotti agricoli, si esporrebbe al rilievo di incorrere nella più classica delle eterogenesi dei fini: il rispetto formale del testo legislativo, che parrebbe invero escludere l'assoggettabilità a pegno di beni diversi da quelli puntualmente indicati al comma 2-*duodecies* (sì da non consentire l'estensione della garanzia al *corrispettivo* ricevuto per la circolazione dei divisati prodotti, se non a quello ottenuto con il ricorso improrogabile ad una permuta con medesimi prodotti), sancirebbe tuttavia l'inevitabile superamento della *ratio* ad esso sottesa, impedendo il ricorso al pegno dei divisati prodotti dop e igp, se non limitatamente al *tempo* del rispettivo e unico ciclo produttivo ovvero tradendo il pervasivo carattere della rotatività.

Non è prevista alcuna prescrizione (a differenza di quanto si riscontra per il pegno non possessorio di cui all'art. 1, comma 3, legge n. 119/2016) in merito alla forma che la convenzione pignoratizia agricola dovrà rivestire, ma deve ritenersi che dovendosi procedere all'*annotazione* nel relativo registro dei pegni (sia se già esistente, sia per quello a costituirsi), la medesima dovrà almeno essere redatta per iscritto, confermandosi la non necessità dell'atto pubblico o della scrittura privata per la valida costituzione del pegno agricolo; per la prelazione non si prevede, dunque, la data certa di cui all'art. 2787, comma 3, richiedendosi, di contro, la formalità della sola «registrazione della costituzione» nei registri appositamente predisposti, la quale deve, quindi, ritenersi idonea a conseguire l'effetto proprio dell'opponibilità ai terzi. Dunque, parrebbe doversi ritenere che

[242] Ipotesi che è peraltro alternativa all'ulteriore lettura che ne decretasse l'estinzione per sopravvenuta mancanza del suo oggetto. Esito interpretativo che, tuttavia, si vedrebbe esposto alla convincente replica che evidenziasse come la profilata soluzione se agevolmente potrebbe accordarsi con la figura tradizionale del pegno, connotata dalla determinatezza del bene che ne costituisce oggetto e dalla spiccata pervasività della caratteristica della specialità, si rivelerebbe, al contrario, del tutto inconferente al confronto con l'essenza stessa della garanzia mobiliare rotativa nella quale, come sì è autorevolmente rilevato, l'«oggetto della garanzia […] avrebbe un valore di sintesi, indipendente dalla specifica identità delle singole componenti, con una svalutazione del sostrato materiale» (D. MESSINETTI, *Le strutture formali della garanzia mobiliare*, cit., p. 814; E. GABRIELLI, *Pegno*, cit., p. 164).



la forma scritta non sarà necessaria per la costituzione della garanzia mobiliare, ma divenga necessaria (in termini dichiarativi) ai fini dell'opponibilità ai terzi del pegno.

Potrebbe altresì porsi la questione dell'eventuale specialità – con riferimento al profilo oggettivo – della recente disciplina del pegno dei prodotti agricoli in raffronto con la generale figura di cui all'art. 1 della legge n. 119/2016 che disciplina il pegno non possessorio ammettendone per oggetto un'ampia categoria di beni dalla quale restano esclusi solo alcuni (espressamente individuati), come sopra indicato, ma non anche i prodotti agricoli, alimentari, ecc. Invero, rimane allo stato ancora da accertare se – con riferimento ai beni indicati all'art. 78 comma 2-*duodecies* – il legislatore abbia (o meno) predisposto una disciplina speciale che consenta la costituzione di un pegno rotativo e non possessorio, con puntuali modalità [243] da seguire per *l'annotazione* [244] del medesimo nel registro [245], da predisporsi in conformità al modello [246] di cui all'allegato 1 del Decreto MiPAAF 23 luglio 2020, vidimato annualmente da notaio e tenuto dal debitore [247], anziché l'*iscrizione* [248] in quello informatizzato da tenersi presso l'Agenzia delle Entrate (di cui al comma 4 dell'art. 1 della legge n. 119/2016).

Invero, sui prodotti agricoli (unitamente a tutti gli altri di cui all'art. 1 della legge n. 119/2016, qualora riconducibili alla *natura* di quelli di cui al comma 2-*duodecies* dell'art. 78 della legge n. 27/2020) potrebbero trovarsi a concorrere quattro diverse garanzie mobiliari: *i*) il pegno non possessorio di cui all'art 1 della legge n. 119/2016; *ii*) il pegno rotativo di cui al ripetuto art. 78, comma 2-*duodecies*; *iii*) il privilegio speciale di cui agli artt. 44 e 46 TUB; *iv*) il pegno di cui alla legge 24 luglio 1985, n. 401, relativa ai prosciutti a denominazione di origine tutelata, ovvero quello di cui alla legge 27 marzo 2001, n. 122, relativa ai prodotti lattiero-caseari, escludendosi la possibile (ulteriore) sovrapposizione anche del pegno di cui all'art. 18 del d.lgs. n. 102/2004 che potrà avere per oggetto (*soltanto*) i titoli all'aiuto e di diritti di impianto (e reimpianto) delle viti di

---

[243] Modalità che consentono di individuare le partite e quindi, facendo permanere la merce nelle disponibilità del produttore, di disporre di una tracciatura di dove la stessa è ubicata e per quanto tempo possa rimanere oggetto di un pegno convenzionale. La previsione della rotatività permette poi alla merce di essere sostituita, come oggetto della garanzia, con nuove partite, una volta vendute o conferite quelle originarie.

[244] Art. 78, comma 2-*duodecies* del d.l. n. 18/2020; anche l'estinzione del pegno dovrà essere annotata ai sensi del comma 2-*terdecies* di tale legge e dell'art. 3 del Decreto MiPAAF del 23 luglio 2020.

[245] Uno per ogni creditore: art. 2 del Decreto MiPAAF del 23 luglio 2020.

[246] Salvo che per i prodotti di cui al comma 4 dell'art. art. 2 del Decreto MiPAAF del 23 luglio 2020 ove si prevede che i «per i prodotti vitivinicoli e per l'olio il debitore può procedere all'annotazione nei registri telematici … del Sistema informativo agricolo nazionale (SIAN)».

[247] Salvo diversa intesa tra le parti: art. 2 del Decreto MiPAAF del 23 luglio 2020.

[248] Art. 1, comma 4, legge n. 119/2016.



matrice europea, con la peculiare disciplina ivi predisposta. I profili che, nondimeno, le uniscono, strutturalmente e funzionalmente, sono rappresentati: *i*) dall'assenza, nelle rispettive discipline, di ogni riferimento all'attribuzione del possesso al creditore, quale possibile elemento costitutivo della garanzia; *ii*) dalla (esplicita o implicita) ammissibilità della rotatività oggettuale. Tali caratteristiche, se unite al rilievo per cui, in luogo del possesso, l'elemento al quale il legislatore ricorre, ai fini della manifestazione esterna (*id est*: opponibilità) della garanzia, è, sia pure con diverse modalità, l'iscrizione o l'annotazione in registri appositamente predisposti (e tenuti secondo le indicazioni di volta in volta prescritte), consentono di evidenziare che il (possibile) criterio idoneo a risolvere il divisato conflitto potrà individuarsi in ragione del principio generale [249] della priorità dell'esecuzione della prescritta (e rispettiva) pubblicità [250] ovvero (con soluzione, almeno attualmente, preferibile) in esito all'esaurimento del percorso costitutivo che coinvolge le menzionate diverse ipotesi di garanzia mobiliare, se è vero che per tutte si tratta di un procedimento *bi-fasico*, con un primo segmento, rappresentato dalla convenzione privata, e da un secondo rappresentato dalla pubblicità *dichiarativa* [251] (data certa della scrittura privata ovvero esecuzione della formalità di iscrizione), alla quale il legislatore condiziona la legittimità dell'esercizio delle relative prelazioni.

La previsione legislativa del pegno agricolo, inoltre, non prevede alcuna indicazione per l'eventuale fase dell'escussione della garanzia, lasciando così all'interprete l'alternativa tra l'applicazione della disciplina codicistica del pegno tradizionale, che sarebbe suffragata dal richiamo ad essa effettuato nell'art. 78, comma 2-*quaterdecies*, e quella, di certo più dettagliata, dell'art. 1, comma 7 e ss., legge n. 19/2016, che si argomenterebbe sia in ragione della specificità non possessoria, sia in ragione delle esigenze di una maggiore rapidità di svolgimento, riconducibili, evidentemente, alla stessa natura dei beni oggetto del pegno agricolo (con escussione rimessa all'azione diretta del creditore e la connessa operatività del *marciano*).

11. – La conclusione delle riflessioni suggerisce di rievocare la celebre affermazione pugliattiana "dalla proprietà alle proprietà" per riadattarla, come in altri campi del diritto

[249] Confermato, peraltro, talvolta implicitamente, da ciascuna delle divisate discipline.

[250] In questo senso conclude, sia pure limitatamente al conflitto (più ristretto) che può sorgere tra titolare del pegno sui prosciutti di cui alla legge n. 401/1985 e titolare del privilegio mobiliare di cui all'art. 46 TUB, argomentando, anche, con riferimento alla buona fede ed al principio generale dell'*ignorantia legis non excusat*: E. GABRIELLI, *Il pegno*, cit., p. 129.

[251] *Dichiarativa* ai fini della costituzione della garanzia, ma *costitutiva* ai fini della prelazione.



civile, alla garanzia mobiliare indicandola con la formula "dal pegno ai pegni" con una sovveniente ed incessante molteplicità che prende il luogo dell'unicità, al fine di consentire un più agevole e performante adeguamento dei modelli giuridici alle esigenze di regolazione degli interessi delle parti.

Solo per rimanere al *nuovo* pegno non possessorio, come s'è evidenziato, si possono ipotizzare, stante la varietà dei beni che ne possono divenire oggetto e le diverse modalità conformative rimesse all'autonomia privata [252] (con svariate opzioni combinatorie), diversi modelli di garanzia, solo parzialmente corrispondenti alle possibilità concesse dalla disciplina del pegno tradizionale: da quello su cose mobili a quello su crediti, passando attraverso il pegno su beni immateriali e sull'azienda ovvero su una determinata o più categorie merceologiche fino a quello innovativo in cui i beni soltanto (in)direttamente ne divengono oggetto giacché le parti intendono riferirsi ad un *valore complessivo*, passando attraverso i diversi meccanismi dei criteri individuativi dei beni medesimi. All'autonomia privata, in altri termini, è lasciata ogni più ampia possibilità di modellare e configurare la garanzia pignoratizia secondo la concreta declinazione degli interessi delle parti, sì come modulati nello statuto negoziale, conseguendo quella maggiore ed auspicabile performatività da tempo invocata per l'intero sistema delle garanzie nella prospettiva transnazionale ed in funzione di una più agevole accessibilità al mercato del credito.

Si tratterà di verificare se le nuove discipline dei pegni non possessori e rotativi (per le imprese e nel settore agricolo), nella più ampia e dinamica dimensione delle garanzie, riusciranno a soddisfare le distinte esigenze dei soggetti erogatori del credito, nell'acquisizione di più celeri e agili procedure di escussione della garanzia, e dei soggetti beneficiari del credito, nel consentire l'assoggettamento a pegno anche di quei beni che continuano – talvolta per loro intrinseca natura talaltra per la stessa necessità di soddisfacimento del creditore – a rimanere nel possesso e nella disponibilità giuridica del debitore. Il tutto nell'orizzonte ampio di una responsabilità patrimoniale declinata secondo i canoni della molteplicità e della funzionalizzazione, sì come ridefinita alla stregua del (sempre più pervasivo) meccanismo sistemico dell'esdebitazione. Favorendo, con la promozione di un meccanismo virtuoso, ora l'affermazione della radice etimologica del termine creditore che deriva da *credere* e, dunque, si fonda sul *riporre fede* nell'altro, ora la riabilitazione giuridica e sociale del debitore *meritevole*, liberandolo da quell'oppres-

[252] Ad es., sulla possibilità opzionale di escludere *tout court* la rotatività ovvero di modularla alla stregua degli interessi concreti sì come composti nella convenzione pignoratizia; sulla possibilità per i contraenti di regolare variamente le procedure di escussione della garanzia tra le quattro ipotesi di cui al comma 7 dell'art. 1.



sione capitalistica (che si svolge oltre il mero "dispositivo economico" per esprimersi in «una tecnica di governo e di controllo delle soggettività individuali e collettive»[253] e) che lo costringe nel «sistema del debito».

Di certo l'autonomia privata ne esce rinvigorita e rifunzionalizzata non soltanto nella possibile modulazione concreta dello statuto della garanzia non possessoria, ma, vieppiù, in settori (l'esecuzione forzata su tutti) da sempre maggiormente resistenti alla penetrazione dell'azione ordinante dei singoli perché presidiati dal monopolio di quella statuale, idealmente ricollegandosi all'antica affermazione (che la legge sul pegno non possessorio contribuisce a riabilitare) per cui il titolare della garanzia mobiliare (nella molteplicità attuale dei modelli di riferimento) ha il diritto di «procurarsi di propria autorità il soddisfacimento del suo credito dall'oggetto dato in pegno»[254]; ma che, evidentemente, continuerà a svolgersi non in uno spazio anòmico e con modalità libere ed arbitrarie, sì come filtrata nella sua idealizzazione dogmatica, bensì sottoposta – nella più condivisibile ed appropriata concettualizzazione *positiva* – a controlli (giudiziali *ex post*) che in concreto tendano a *garantirne* l'esercizio alla stregua dei principi di proporzionalità e ragionevolezza, da sempre propri dell'intero ambito delle garanzie, perseguendo costantemente, nella modulazione dell'interesse alla garanzia, la *giuridicità* dell'azione privata, idonea a ricomprendere, ma all'un tempo a superare, la (mera) *legalità*.

[253] M. LAZZARATO, *La fabbrica dell'uomo indebitato. Saggio sulla condizione neoliberista*, Roma, 2012, nella presentazione al libro sul sito *https://www.deriveapprodi.com/prodotto/la-fabbrica-delluomo-indebitato/*, anche per il successivo virgolettato.

[254] B. WINDSCHEID, *Diritto delle pandette*, Torino, 1904, § 227.



LAURA BARBI

Dottoranda in Diritto e Tutela – Università di Roma Tor Vergata

LA SOLIDARIETÀ SOCIALE COME RISPOSTA ALLA CRISI DEL CONTRATTO: UNA DISAMINA DELLA LEGISLAZIONE EMERGENZIALE NELL'ERA COVID-19

SOMMARIO: 1. Introduzione. – 2. Impossibilità sopravvenuta della prestazione e rimedi codicistici. – 2.1. Misure di contenimento e inadeguatezza dei rimedi tradizionali. L'intervento del legislatore nel settore del turismo e dei trasporti. – 2.2. Settore della cultura e prestazioni artistiche. – 2.3. Distanziamento sociale e attività sportiva amatoriale. Quale sorte per i contratti di accesso a palestre, piscine e alle altre strutture sportive. – 3. L'art. 9 d.l. 17 marzo 2020, n. 18: ambito di applicazione e portata di una disposizione a carattere generale. – 4. Eccessiva onerosità sopravvenuta e principio di conservazione del contratto: quale spazio per un obbligo di rinegoziazione? – 5. Conclusioni.

1. – La comparsa del virus Sars-Cov-19 ha posto l'umanità di fronte a una situazione senza precedenti, non solo per l'elevato tributo umano, pagato principalmente dalle fasce più fragili della popolazione, ma per aver costretto milioni di persone in tutto il mondo a un mutamento sostanziale della propria normalità quotidiana.

Per fronteggiare l'aumento esponenziale dei contagi ed alleggerire la pressione sulle strutture ospedaliere, messe a dura prova dall'improvvisa e repentina diffusione dell'epidemia, il Governo italiano ha adottato stringenti misure di contenimento, imponendo il distanziamento sociale e disponendo la chiusura di tutte le attività commerciali ritenute non necessarie. Il *lockdown* ha così comportato una drastica contrazione di consumi e investimenti, paralizzando interi settori produttivi e innescando quella che è stata definita come la peggiore crisi economica dalla Seconda Guerra Mondiale [1].

Le ricadute di tali provvedimenti sono state avvertite anche in ambito giusprivatistico, riverberandosi sui rapporti contrattuali sorti prima dell'emergenza e non ancora esauriti. Si tratta, in particolare, di questioni concernenti la fase esecutiva dei contratti sinallag-

[1] In questo senso, BANCA D'ITALIA, *Relazione annuale sul 2019* https://www.bancaditalia.it/pubblicazioni/relazione-annuale/2019/sintesi/rel_2019_sintesi.pdf.



matici di durata, fisiologicamente esposti alle sopravvenienze perturbative dell'originario equilibrio economico, suscettibili di ripercuotersi sulla sorte del contratto.

Nel tentativo di limitare le conseguenze dello shock provocato dalla pandemia, il Governo ha tentato di offrire una risposta rapida agli operatori del mercato e ai debitori civili nell'ambito dei settori che più hanno risentito delle misure di contenimento, predisponendo una nutrita serie di disposizioni emergenziali e transitorie, parzialmente derogatorie delle norme codicistiche, volte a congelare le pretese restitutorie dei creditori di prestazioni divenute impossibili e a favorire la rinegoziazione tra le parti quando le sopravvenienze abbiano reso il contratto eccessivamente oneroso.

Da un'analisi sistematica della disciplina emergenziale appare chiaro come il legislatore, pur attraverso interventi frammentari e disorganici, abbia inteso promuovere una riallocazione dei rischi che, in applicazione del principio costituzionale di solidarietà sociale, di cui all'art. 2 Cost., consenta alla parte più colpita dai provvedimenti di porre un argine agli effetti potenzialmente devastanti della crisi pandemica [2]. Il presente contributo si propone di analizzare dette disposizioni, ponendole a confronto con il tessuto normativo preesistente, per delineare gli strumenti idonei a riequilibrare il sinallagma contrattuale, alterato dalla pandemia.

2. – Uno degli effetti più frequenti delle misure emergenziali è costituito dall'improvvisa interruzione delle attività commerciali e dalla conseguente impossibilità per i debitori di dare esecuzione alla prestazione dovuta. Le limitazioni all'esercizio di attività commerciali integrano un *factum principis*, in virtù del quale si verifica l'impossibilità sopravvenuta della prestazione, con conseguente liberazione del debitore [3]. Nei contratti

[2] Sull'influenza dei principi costituzionali nel diritto privato si veda, per tutti, D'AMICO G., *Principi costituzionali e clausole generali: problemi (e limiti) nella loro applicazione nel diritto privato (in particolare nei rapporti contrattuali)*, in *Giust. civ.*, 2016, 443 ss.

[3] L'impossibilità che, ai sensi dell'art. 1256 c. c., estingue l'obbligazione o giustifica il ritardo nell'adempimento viene intesa, in primo luogo, in senso assoluto e obiettivo e consiste nella sopravvenienza di una causa, non imputabile al debitore, che impedisce definitivamente o temporaneamente l'adempimento. La regola di cui all'art. 1256 c.c. deve essere coordinata con altre norme presenti nel codice civile e, in particolare con l'art. 1176 c.c. in tema di diligenza, per cui se il debitore ha posto in essere lo sforzo di diligenza specifica dallo stesso esigibile e nonostante ciò l'adempimento non sia stato possibile, non è tenuto al risarcimento del danno. Limitare l'esonero della responsabilità ai soli casi di impedimento oggettivo e assoluto e non anche alle ipotesi in cui l'adempimento, pur astrattamente possibile, sarebbe eccessivamente gravoso per il debitore, in termini economici, fisici o psichici, si porrebbe in contrasto con il rispetto della dignità umana e con il principio inderogabile di solidarietà, sanciti all'art. 2 Cost. Sulle cause di esonero dalla responsabilità per inadempimento v. BIANCA C.M., *Dell'inadempimento delle obbligazioni. Art. 1218–*



a prestazioni corrispettive ciò incide direttamente sul sinallagma contrattuale, facendo venir meno il nesso di reciprocità tra le prestazioni, provocando la risoluzione del contratto ed il sorgere, in capo alla controparte, del diritto alla ripetizione di quanto prestato [4].

Sovente non è il debitore a trovarsi nell'impossibilità pratica di eseguire la prestazione, quanto piuttosto il creditore ad essere impossibilitato a riceverla. La giurisprudenza è costante nell'equiparare all'impossibilità sopravvenuta nell'erogazione della prestazione, l'ipotesi in cui essa sia divenuta inutilizzabile o irricevibile dal creditore per causa a lui non imputabile. In tal caso, il contratto si risolve, in ragione della sopravvenuta irrealizzabilità delle finalità essenziali a cui è preordinato e che ne integrano la causa concreta [5].

Il rimedio della risoluzione per impossibilità sopravvenuta, se si dimostra efficace

---

1229 c.c., in SCIALOJA A. e BRANCA C. (a cura di) *Commentario al codice civile*, 1979; ID, *Diritto civile, V, La responsabilità*, Milano, 1992; CASTROVINCI, D.: *Il problema della inesigibilità della prestazione,* in *Giust. civ*., 1988, II, p. 346 ss.; COTTINO G., *L'impossibilità sopravvenuta della prestazione e la responsabilità del debitore,* 1955; GIORGIANNI M, v. *Inadempimento*, in *Enciclopedia del diritto*, Giuffrè, XX, 1970; MENGONI L., v. *Responsabilità contrattuale*, in *Enciclopedia del diritto*, Giuffrè, XXXIX, 1988; OSTI G., *Impossibilità sopravveniente*, in *Noviss. dig. it*., VIII, Torino, 1962, p. 487; ROPPO V., *Impossibilità sopravvenuta, eccessiva onerosità della prestazione e frustration of contract,* in *Riv. Trim. dir. proc. civ.,* 1973, 1239.

[4] Nei contratti a prestazioni corrispettive le attribuzioni patrimoniali, rispettivamente a carico di ciascuna parte e a vantaggio dell'altra, sono legate da un nesso di reciprocità, per cui intanto una delle parti trasferisce un diritto all'altra o si obbliga ad effettuare una prestazione nei confronti dell'altra, in quanto a sua volta la controparte effettua o si obbliga ad effettuare una controprestazione. Conseguentemente, le prestazioni corrispettive sono assoggettate alla medesima sorte così che l'estinzione dell'obbligazione, conseguenza riflessa della sopravvenuta impossibilità della prestazione, fa venir meno la giustificazione del diritto alla controprestazione, rendendo irrealizzabile il risultato pratico a cui il negozio era diretto e determinandone, di diritto, la risoluzione *ex* art. 1463 c.c. Per l'effetto, la parte liberata non potrà richiedere la prestazione e dovrà restituire quando eventualmente ricevuto dalla controparte.

[5] *Ex multis* Cass., 10 luglio 2018, n. 18047 (ipotesi in cui l'acquirente di un "pacchetto vacanze" fosse nell'impossibilità di fruire della prestazione per il sopraggiungere di una patologia che non gli consentiva di intraprendere il viaggio) e Cass., 24 luglio 2007, n. 16315 (ipotesi in cui gli acquirenti di un "pacchetto vacanze" fossero impossibilitati ad intraprendere il viaggio a seguito della diffusione di un'epidemia di dengue emorragico nel Paese di destinazione), entrambe in *DeJure.it*.

La Cassazione assimila all'impossibilità sopravvenuta nell'esecuzione della prestazione l'ipotesi in cui l'evento impeditivo si verifica nella sfera del creditore, mentre il debitore si trova nelle condizioni di garantire l'esecuzione della prestazione. Ciò sia nel caso in cui si verifichi un fatto sopraggiunto, imprevedibile e inevitabile, che ne impedisca la fruizione in maniera oggettiva e assoluta, sia allorquando i fattori sopravvenuti abbiano reso "inutile" la prestazione promessa, ossia inidonea a soddisfare l'interesse del creditore che integra la causa concreta del contratto.

A tali conclusioni era pervenuto già BIANCA C.M., *Diritto civile, V, La responsabilità*, Milano, 1992, p. 383. L'Autore definisce l'impossibilità di utilizzazione della prestazione come: «*l'inidoneità della prestazione a soddisfare l'interesse del creditore*», precisando altresì che il venir meno dell'interesse del creditore alla prestazione medesima, determina l'estinzione del rapporto obbligatorio, essendo divenuta irrealizzabile la causa concreta del contratto. Nello stesso senso: TAMPONI M., *La risoluzione per inadempimento*, in RESCIGNO P. e GABRIELLI E. (diretto da), *Trattato dei contratti*, II ed., Torino, 2006.



quando concerne il singolo contratto, può portare a conseguenze devastanti per l'impresa ove involga l'intero fascio dei rapporti contrattuali stipulati nell'esercizio della propria attività. La restituzione di somme di denaro per gran parte delle operazioni negoziate, infatti, minerebbe la stessa sopravvivenza dell'impresa e, in grande scala, finirebbe per aggravare una situazione economica drammatica, rallentando la ripartenza dei consumi e delle attività economiche in generale.

Per tali ragioni, nei settori che più hanno subito le conseguenze del *lockdown*, il legislatore è intervenuto a smorzare le ripercussioni economiche e sociali conseguenti all'adozione delle misure di contenimento, disponendo, con specifico riguardo a talune fattispecie contrattuali, una "*temporanea ibernazione dei contratti in essere, nel tentativo di salvaguardarli dall'epidemia e dalla morte*" [6].

La soluzione proposta è il risultato del contemperamento di due interessi contrapposti: da un lato quello del consumatore al ristoro integrale della spesa effettuata, dall'altro quello delle imprese in carenza di flussi di cassa a non vedersi private della liquidità già ottenuta, necessaria per la propria sussistenza in un momento in cui, peraltro, tutte le attività sono congelate. D'altra parte, la sopravvivenza dell'impresa va anche a beneficio degli interessi dei creditori, dal momento che, qualora il debitore divenisse insolvente, questi potrebbero non ricevere alcun rimborso.

2.1. – Il divieto di spostamenti sul territorio nazionale ha inevitabilmente prodotto delle ricadute sul comparto del turismo e dei trasporti. L'art. 28 del d.l. 2 marzo 2020 n. 9, recante "*Misure urgenti di sostegno per famiglie, lavoratori e imprese connesse all'emergenza epidemiologica da COVID-19*", individua le situazioni di sopravvenuta impossibilità della prestazione, ai sensi e per gli effetti dell'art. 1463 c.c., dei contratti d'acquisto di titoli di viaggio, concernenti il trasporto aereo, ferroviario e marittimo, e di pacchetti turistici. In particolare, conformemente al consolidato orientamento giurisprudenziale, l'art. 28 dichiara l'avvenuta risoluzione dei contratti stipulati da soggetti impossibilitati a viaggiare per motivi collegati all'emergenza sanitaria, stante l'irricevibilità della prestazione.

In tali situazioni, così come in caso di recesso da parte del viaggiatore, e previa presentazione di un'apposita istanza di rimborso entro trenta giorni decorrenti, a seconda dei

[6] GUERRINI L., *Coronavirus, legislazione emergenziale e contratto: una fotografia*, in *Giustiziacivile.com*, 7 maggio 2020, p. 9.



casi, dalla cessazione dell'impedimento o dalla data prevista per la partenza cancellata, la norma attribuisce al debitore la facoltà di scegliere tra il rimborso del corrispettivo pagato e l'emissione di un *voucher* di pari importo.

La disposizione è stata successivamente abrogata dall'art. 1, comma 2, della legge 24 aprile 2020, n. 27, di attuazione del d.l. 17 marzo 2020, n. 18, c.d. decreto "Cura Italia", che fa salvi gli effetti prodotti e i rapporti giuridici sorti nel periodo di vigenza.

La medesima legge ha introdotto nel corpo del d.l. n. 18 del 2020, l'art. 88 *bis*, rubricato "*Rimborso dei titoli di viaggio, di soggiorno e dei pacchetti turistici*", che ribadisce quanto già affermato nell'art. 28, estendendone l'applicabilità anche all'ipotesi in cui sia la struttura ricettiva o il vettore a sciogliere unilateralmente il contratto, ove non in grado di eseguire le prestazioni dovute in ragione dei provvedimenti adottati dalle autorità nazionali, internazionali o di Stati esteri, a causa dell'emergenza epidemiologica in corso.

Per comprendere la portata dell'intervento legislativo e il suo rapporto con la disciplina codicistica occorre definire cosa s'intenda per *voucher* e quale sia l'operazione giuridica che il legislatore abbia voluto attuare.

L'istituto del *voucher* viene menzionato dal d.lgs. n. 141/2018, di attuazione della Direttiva 2016 n. 1065, concernente il regime tributario dei buoni, che modifica il d.P.R. n. 633/1972, introducendo l'art. 6 *bis*, dove definisce il buono corrispettivo monouso (o *voucher*) come uno *"strumento che contiene l'obbligo di essere accettato come corrispettivo o parziale corrispettivo a fronte di una cessione di beni o di una prestazione di servizi e che indica, sullo strumento medesimo o nella relativa documentazione, i beni, o i servizi da cedere o prestare o le identità dei potenziali cedenti o prestatori, ivi incluse le condizioni generali di utilizzo ad esso relative"*. Si tratta, dunque, di un documento di legittimazione *ex* art. 2002 c.c., che attribuisce al creditore il titolo per fruire di una futura prestazione da scegliere tra quelle offerte dal debitore.

Secondo un primo orientamento, malgrado l'espresso richiamo operato dall'art. 88 *bis* "*ai sensi e agli effetti dell'art. 1463 c.c.*", il legislatore sarebbe intervenuto a ridefinire il contenuto del contratto, configurando un obbligo di rinegoziazione in capo al debitore, a cui il creditore della prestazione caratteristica potrebbe aderire mediante la presentazione della richiesta di rimborso nel termine di trenta giorni previsto dalla legge. Decorso inutilmente tale termine, l'obbligo si estinguerebbe e, con esso, il rapporto negoziale, per cui la parte insoddisfatta potrebbe recuperare le somme già versate attraverso l'ordinaria disciplina della ripetizione dell'indebito, *ex* art. 2033 c.c. La norma, quindi, offrirebbe un rimedio accessibile in via temporanea e transitoria, con la conservazione, ove non azionato, della pretesa alla restituzione della somma versata, non



potendo l'ordinamento tollerare la permanenza in essere di prestazioni *sine causa* [7].

Tale tesi, oltre a svilire il dato letterale della norma [8], si pone in contrasto con la disciplina generale del rapporto obbligatorio. L'art. 1256 c.c. delinea l'estinzione dell'obbligazione e la conseguente liberazione del debitore quali conseguenze necessarie della sopravvenuta impossibilità della prestazione. Nell'ambito dei contratti sinallagmatici, tale effetto produce un'anomalia del nesso di corrispettività tra le prestazioni. L'ordinamento interviene a correggerlo disponendo che, all'estinzione dell'obbligazione originaria, consegua automaticamente il sorgere, in capo alla parte che ha già eseguito la propria prestazione, del diritto ad ottenere la ripetizione di quanto prestato, *ex* art. 2033 c.c. Il legislatore dell'emergenza, pertanto, non interviene sull'obbligazione originaria, che si è estinta in forza dell'art. 1256 c.c., né sul rapporto contrattuale che ne è titolo, risolto *ipso iure* ai sensi dell'art. 1463 c.c., ma solo sull'obbligazione restitutoria.

In secondo luogo, sebbene il termine di decadenza per l'esercizio della richiesta di rimborso appaia gravemente restrittivo per il consumatore, specie se paragonato al termine di prescrizione per l'esercizio dell'azione di ripetizione dell'indebito [9], la soluzione per cui, decorsi inutilmente i trenta giorni previsti dalla legge, il creditore vanti un titolo alla ripetizione di quanto prestato non appare confacente. Essa, infatti, si pone in contrasto con la *ratio* degli interventi emergenziali, prestandosi ad un uso strumentale da parte del creditore e vanificando lo sforzo del legislatore. In tale ipotesi, infatti, la scelta tra rimborso e *voucher* sarebbe di fatto rimessa al singolo creditore che, verosimilmente, avrebbe una maggiore convenienza a lasciar decorrere il termine per poter ottenere in breve tempo il rimborso in denaro [10]. La portata della crisi pandemica e la gravità delle

---

[7] GUERRINI L., *op. cit.*, p. 7.

[8] L'art. 12 delle Disposizioni sulla legge in generale attribuisce al criterio letterale d'interpretazione della legge un ruolo fondamentale e prioritario. Alle disposizioni non può essere attribuito "*altro senso che non quello fatto palese dal significato proprio delle parole secondo la connessione di esse*". Ciò non significa che la scelta terminologica operata dal legislatore sia vincolante per l'interprete, ma sta ad indicare come il dato testuale possa essere superato, attraverso il ricorso ai criteri logico-sistematici e teleologici, solo allorquando l'interpretazione letterale non sia sufficiente ad esprimere un dato chiaro ed univoco. Nel caso di specie, il riferimento del legislatore a istituti cardine del diritto civile, quali quello dell'impossibilità sopravvenuta e della risoluzione *ex* art. 1463 c.c., non pare lasciare alcuno spazio a dubbi interpretativi.

[9] L'azione di ripetizione è infatti soggetta all'ordinaria prescrizione decennale.

[10] Difatti, in una situazione in cui tutti gli spostamenti non necessari sono bloccati e vige una profonda incertezza in merito alla durata delle limitazioni e all'effettiva ripresa delle attività turistiche, il consumatore sarà verosimilmente portato a preferire l'erogazione di un rimborso integrale in denaro all'emissione istantanea di un *voucher* di pari valore, in quanto in grado di garantirgli una maggiore utilità. Ciò in particolare se si considera che il *voucher* non esaurisce i rapporti tra i contraenti, ma costituisce unicamente il titolo per fruire di una prestazione da erogarsi in futuro, senza, però, che il rischio derivante dal decorso del



misure di contenimento, invece, necessitano di essere contrastate da misure forti, in grado di contenere, per quanto possibile, gli effetti della drammatica contrazione subita dall'economia e favorirne quanto prima la ripresa. Il rischio contrattuale viene in parte traslato sui creditori, costretti ad accettare, in luogo del rimborso in denaro, un buono di pari valore. Operazione che non rinverrebbe alcuna giustificazione sul libero mercato, dove il *voucher*, per essere davvero attrattivo, dovrebbe avere un valore maggiore rispetto al corrispettivo versato [11], e che, dunque, non può che costituire applicazione del dovere costituzionale di solidarietà.

Per tali ragioni, appare più coerente sostenere la natura speciale e derogatoria della disciplina generale delle disposizioni emergenziali, ritendendo che il rimedio contemplato dall'art. 88 *bis* costituisca l'unica tutela accessibile dal creditore della prestazione divenuta giuridicamente impossibile per via delle misure di contenimento. Il termine di trenta giorni, dunque, è un termine di decadenza perentorio, decorso il quale l'interesse generale al mantenimento in vita dell'impresa e, in grande scala, dell'intero tessuto economico e produttivo prevale sia sull'interesse particolare del singolo al ristoro di quanto prestato, che sull'interesse generale dell'ordinamento ad evitare trasferimenti patrimoniali *sine causa*. A sostegno di tale conclusione si presta anche il dato letterale dell'art. 88 *bis*, comma 12, che, nella sua formulazione originaria, stabiliva come: "*L'emissione dei voucher previsti dal presente articolo assolve i correlativi obblighi di rimborso e non richiede alcuna forma di accettazione da parte del destinatario*".

Altri Autori [12] hanno qualificato l'operazione legislativa come una novazione *ex lege* [13], che si sostanzia nella sostituzione all'obbligazione restitutoria originaria, avente ad

---

tempo venga adeguatamente remunerato. Tale scelta si presenta come antieconomica e, in quanto tale, verrebbe scartata da un consumatore razionale, salvo postulare l'avvenuta internalizzazione del principio solidaristico in maniera talmente penetrante da prevalere sull'aspetto economico-individualistico.

[11] Almeno pari alla somma del prezzo e degli interessi legali, posto che il mantenimento in capo agli operatori economici di quanto già incassato rappresenta una sorta di "finanziamento a tasso zero" per il debitore, che trattiene il denaro quantomeno fino alla scadenza del voucher, senza dover corrispondere alcun interesse.

[12] SANTAGATA R., *Gli effetti del Coronavirus sui contratti turistici. Primi appunti.*, in *Giustiziacivile.com*, 17 aprile 2020, p. 11.

[13] La configurabilità di una novazione di fonte legale è discussa. Dottrina minoritaria, seppur autorevole (RESCIGNO P., v. *Novazione (diritto civile)*, in *Noviss. Dig. It.,* XI, 1965, p. 434 ss.), ritiene che si dovrebbe parlare non di un negozio-novazione, ma un "*effetto-novazione*", che può discendere da atti di diversa natura, ridimensionando così il ruolo dell'elemento soggettivo della novazione, in luogo di quello oggettivo. Conforme DISTASO N., Le obbligazioni in generale, in *Giur. sist. comm*., Torino, 1980, p. 662. Anche BIANCA C.M., *Diritto civile*, *IV*, *Le obbligazioni*, Giuffrè, 2019, p. 444, nt. 3 accenna alla possibilità teorica di una novazione legale, pur non rinvenendone esempi sul piano pratico. Nello stesso senso PERLINGIERI P.,



oggetto il rimborso del prezzo pagato dal viaggiatore, di un'obbligazione alternativa, dove la scelta tra rimborso o *voucher* è rimessa unicamente al debitore, che si libera eseguendo l'una o l'altra prestazione. Non si assisterebbe, dunque, alla conservazione del rapporto originario, che si è estinto *ipso iure* per il *factum principis*, bensì alla costituzione di un nuovo rapporto tra le medesime parti del contratto risolto, che consente di congelare le pretese restitutorie del creditore evitando che gli operatori del settore si vedano privati della liquidità già incassata.

Al di là delle obiezioni sollevate dalla dottrina maggioritaria alla configurabilità di una novazione di fonte non negoziale, tale tesi non è in grado di fornire una giustificazione alla previsione del termine legale di cui il debitore dispone per azionare la richiesta di rimborso. In altri termini, pur ammettendo il sorgere di una nuova obbligazione che sostituisce la precedente, non si comprende quale sarebbe la sorte riservata al debito una volta decorsi inutilmente i trenta giorni previsti dalla legge.

Né, d'altra parte, può qualificarsi tale operazione come una *datio in solutum*, per cui l'art. 1197 c.c. richiede l'espresso consenso del debitore. In mancanza, opera il principio per cui *aliud pro alio invito creditore solvi non potest*, in virtù del quale l'esecuzione di una prestazione diversa da quella dovuta, anche se di valore uguale o maggiore alla stessa, non libera il debitore.

Proprio l'assenza di una apposita accettazione da parte del creditore ha portato l'Autorità Garante della Concorrenza e del Mercato [14] a rilevare un contrasto tra l'art. 88 *bis* e il diritto eurounitario che, in caso di cancellazione del viaggio per circostanze inevitabili e straordi-

---

Dei modi di estinzione delle obbligazioni diversi dall'adempimento (artt. 1230-1259), in SCIALOJA A. e BRANCA C. (a cura di) *Commentario al codice civile*, IV, 1975, la ritiene ammissibile anche ove contenuta in una disposizione testamentaria e la riconnette anche a un negozio unilaterale e ad una novazione legale.

Di tutt'altro avviso BUCCISANO O., *La novazione oggettiva e i contratti estintivi onerosi*, Milano, 1968, p. 2, per cui «*l'animus novandi è il fondamento dell'efficacia novativa*», per cui le parti per novare non avrebbero nemmeno la necessità di mutare oggetto o titolo del rapporto, e solo in caso di novazione tacita, stante il difficile accertamento dell'elemento soggettivo, occorrerebbe rispettare il requisito dell'*aliquid novi* posto dal codice. La mancanza dell'animus potrebbe portare, al più, a ritenere che vi sia stata l'estinzione dell'obbligazione originaria, seguita dalla costituzione di una nuova e diversa obbligazione, senza poter leggere il fenomeno in maniera unitaria, qualificandolo come novazione.

Si segnala, però, che l'orientamento prevalente sposa una concezione intermedia per cui ai fini della venuta ad esistenza della novazione è necessaria la concorrenza dell'*animus novandi* e dell'*aliquid novi*: BRECCIA U., *Le obbligazioni*, in *Trattato dir. priv.*, IUDICA G. e ZATTI P. (a cura di), Milano, 1991, p. 693; CANTILLO M., *Le obbligazioni*, in *Giur. sist. dir. civ. comm.*, 2, Torino, 1993, p. 897; MAGAZZÙ A., v. *Novazione*, in *Enc. dir., XXVIII*, Milano, 1978; ZACCARIA A., *Novazione*, in *Dig. disc. priv.*, *(sez. civ.)*, Torino, 1995, p. 283.

[14] Segnalazione dell'AGCM al Governo e alle Camere, Rif. ST23, disponibile sul sito: https://www.agcm.it/dotcmsdoc/allegati-news/ST23_segnalazione.pdf.



narie, riconosce il diritto del consumatore ad ottenere il rimborso di quanto pagato, assoggettando l'eventuale corresponsione del *voucher* all'espressa accettazione del creditore [15].

Nello stesso senso si è espressa la Commissione europea nella Raccomandazione del 13 maggio 2020 [16], dove si afferma la legittimità dell'offerta di un buono in luogo del rimborso, ma a condizione che i viaggiatori vi prestino il proprio consenso e non siano privati del diritto al rimborso in denaro.

La Commissione ha anche rilevato come, in ragione delle gravi perdite del settore turistico derivanti dall'esiguo numero delle nuove prenotazioni a fronte delle richieste di rimborso, occorrerebbe incentivare i consumatori ad accettare i *voucher*, rendendoli una valida e affidabile alternativa al rimborso in denaro. Affinché ciò avvenga, e ferma restando la loro volontaria accettazione, i *voucher* devono presentare una serie di caratteristiche, tra cui una copertura assicurativa, che garantisca dal possibile fallimento del debitore, e il diritto al rimborso in denaro se, alla scadenza, il buono non sia stato utilizzato.

Tali indicazioni sono state in parte recepite dal legislatore nel d.l. 19 maggio 2020, n. 34, c.d. decreto "Rilancio", convertito con modificazioni dalla l. 17 luglio 2020, n. 77, che modifica l'art. 88 *bis* con efficacia estesa anche ai *voucher* già emessi.

La nuova disciplina, tra le altre cose, estende la validità dei *voucher*, che passa da un anno a diciotto mesi, e ammette la possibilità che vengano utilizzati anche in un tempo successivo alla scadenza del periodo di validità, purché la prenotazione venga effettuata entro questo termine. Infine, pur continuando a negare il rilievo dell'accettazione del creditore, viene stabilito il diritto al rimborso dell'intero importo versato, in caso di mancato utilizzo del *voucher* entro il periodo di validità.

---

[15] In particolare, l'art. 41 del d.lgs. 23 maggio 2011, n. 79 (Codice del Turismo), che recepisce nell'ordinamento interno l'art. 12 della Direttiva (EU) 2015/2302 del Parlamento europeo e del Consiglio, del 23 novembre 2015, relativa ai pacchetti turistici e ai servizi turistici collegati, che al comma quarto stabilisce che "*in caso di circostanze inevitabili e straordinarie verificatesi nel luogo di destinazione o nelle sue immediate vicinanze e che hanno un'incidenza sostanziale sull'esecuzione del pacchetto o sul trasporto di passeggeri verso la destinazione, il viaggiatore ha diritto di recedere dal contratto (...) e al rimborso integrale dei pagamenti effettuati per il pacchetto*".

Nei settori del traporto passeggeri, si rinvengono il Regolamento (CE) n. 261/2004 del Parlamento europeo e del Consiglio dell'11 febbraio 2004, *che istituisce regole comuni in materia di compensazione ed assistenza ai passeggeri in caso di negato imbarco, di cancellazione del volo o di ritardo prolungato e che abroga il regolamento (CEE) n. 295/91*; Regolamento (CE) 1371/2007 del Parlamento europeo e del Consiglio, del 23 ottobre 2007, *relativo ai diritti dei passeggeri che viaggiano via mare e per vie navigabili interne e che modifica il regolamento (CE) n. 2006/2004;* Regolamento (UE) n. 181/2011 del Parlamento europeo e del Consiglio, del 16 febbraio 2011, *relativo ai diritti di passeggeri nel trasporto effettuato con autobus e che modifica il regolamento (CE) n. 2006/2004*.

[16] Raccomandazione della Commissione del 13 maggio 2020, disponibile sul sito: https://ec.europa.eu/info/sites/info/files/recommendation_vouchers_it.pdf.



Da ultimo, sempre raccogliendo le indicazioni della Commissione, viene istituito un fondo con una dotazione di cinque milioni euro per il 2020 e un milione di euro per il 2021, finalizzato ad indennizzare i consumatori titolari di *voucher* emessi in seguito al recesso o alla risoluzione del contratto, non utilizzati alla scadenza di validità e non rimborsati a causa dell'insolvenza o del fallimento dell'operatore turistico o del vettore.

La novella stimola un'ulteriore critica alla tesi che qualifica l'intervento legislativo come una novazione *ex lege*. Il verificarsi della novazione implica, per definizione, l'estinzione dell'obbligazione preesistente, *id est* l'obbligazione restitutoria sorta in ragione della risoluzione del contratto, e la sua sostituzione con una nuova, avente ad oggetto, nel caso di specie, l'alternativa tra emissione del buono corrispettivo e rimborso del consumatore. La previsione di un rimborso per il creditore che non abbia utilizzato il *voucher* entro il termine previsto dalla legge urta con tale ricostruzione. Non si comprende, infatti, a quale titolo il creditore sarebbe legittimato alla richiesta del rimborso, posto che il rapporto sorto *ex* art. 1463 e 2033 c.c. è estinto e una sua reviviscenza non pare ammissibile sul piano logico.

Tali ragioni inducono ad abbandonare il tentativo di qualificare il fenomeno sul piano sostanziale, in favore di una diversa prospettiva d'analisi che guardi al rapporto tra la normativa transitoria e le leggi che disciplinano la ripetizione dell'indebito.

Come già rilevato, il legislatore dell'emergenza ha introdotto una deroga alla disciplina prevista dall'art. 2033 c.c., valevole per quelle obbligazioni restitutorie sorte a seguito dell'intervenuta risoluzione dei contratti in oggetto, in seguito al verificarsi di una delle cause di impossibilità sopravvenute legate all'emergenza Covid. Si tratta, peraltro, di una deroga temporanea, in quanto, valevole unicamente per i contratti che avrebbero dovuto trovare esecuzione dall'11 marzo 2020 al 30 settembre 2020, e solo in caso di recesso esercitato entro il 31 luglio 2020.

In seguito alla formulazione della richiesta di rimborso da parte del creditore, si configura in capo al debitore un diritto potestativo di scelta tra la restituzione del corrispettivo prestato dall'acquirente del titolo di viaggio o di soggiorno, ovvero del pacchetto turistico, e l'emissione di un *voucher* di importo pari o superiore a quello della prestazione divenuta ineseguibile (o irricevibile).

Ove questi opti per il *voucher*, per liberarsi necessita che il creditore ne faccia uso, al fine della costituzione di un nuovo rapporto contrattuale tra le medesime parti del rapporto originario, nel termine di diciotto mesi dal rilascio. L'inutilizzo del buono entro tale termine comporta la perdita di efficacia dell'opzione del debitore, che, conseguentemente, è tenuto alla restituzione della somma ricevuta in virtù dell'originario rapporto contrattuale.

Il debitore, quindi, non si libera con la semplice emissione del buono corrispettivo,



ma soltanto a seguito dell'effettiva instaurazione di un nuovo rapporto contrattuale tra le parti, quale effetto dell'impiego del *voucher* da parte del creditore. In quanto titolo di legittimazione, esso non costituisce una proposta contrattuale, ma vale esclusivamente ad identificare l'avente diritto alla conclusione di un nuovo e diverso contratto, recante ad oggetto una delle prestazioni offerte dal debitore, del valore in esso specificato.

Decorso il termine previsto dalla legge, il *voucher* perde efficacia, e con esso anche la scelta effettuata dal debitore, che, proprio perché non ancora liberato, è tenuto, in virtù del regime generale dell'indebito, alla restituzione per equivalente della prestazione originariamente effettuata dall'acquirente.

Il termine di efficacia, dunque, sarebbe posto non solo a tutela del creditore, che potrebbe non avere interesse a concludere un nuovo contratto, ma anche a tutela del diritto del debitore ad adempiere e a liberarsi dall'obbligazione. Difatti, non vi è alcun assoggettamento del debitore all'arbitrio del creditore: decorsi diciotto mesi, questi potrà sempre esercitare il proprio diritto ad adempiere mediante l'erogazione del rimborso.

Alla scadenza del termine di efficacia della normativa emergenziale, il legislatore non ne ha disposto il rinnovo. Conseguentemente, per i contratti per l'acquisto di titoli di viaggio, di soggiorno e dei pacchetti turistici la cui prestazione deve essere eseguita dopo il 30 settembre 2020, troverà applicazione l'ordinaria disciplina della crisi della risoluzione del contratto per impossibilità sopravvenuta e della ripetizione dell'indebito, in forza della quale il consumatore avrà diritto a richiedere il rimborso integrale del corrispettivo versato in precedenza.

In questo contesto, l'offerta di un *voucher* da parte del debitore potrebbe al più configurare la proposta di una *datio in solutum*, la cui efficacia solutoria dipende dal consenso del creditore. A fronte dell'adesione del consumatore, il debitore è liberato con la semplice emissione del buono, indipendentemente dal suo effettivo utilizzo. Pertanto, qualora il buono rimanga, il creditore non avrà diritto al rimborso per equivalente di quanto prestato in adempimento del contratto risolto, stante la sopravvenuta estinzione dell'obbligazione restitutoria in forza dell'accettazione della diversa prestazione reputata equivalente.

Da ultimo, occorre precisare che, salve le diverse determinazioni del contratto concretamente stipulato tra le parti, l'efficacia del *voucher* non si estende oltre il termine di efficacia dello stesso, per cui non solo la prenotazione, ma anche la fruizione della prestazione dovrà intervenire entro la scadenza.

2.2. – Provvedimenti analoghi sono stati adottati con riguardo al settore della cultura.



L'art. 88 d.l. 17 marzo 2020, n. 18, dichiara l'avvenuta risoluzione, ai sensi e per gli effetti dell'art. 1463 c.c., dei contratti di acquisto, di titoli di accesso per spettacoli di qualsiasi natura, ivi inclusi quelli cinematografici e teatrali, e di biglietti di ingresso ai musei e agli altri luoghi, la cui esecuzione sia divenuta impossibile in ragione dell'applicazione delle misure di contenimento dei contagi. Nella versione originaria del testo normativo, il legislatore pone in capo all'acquirente l'onere di presentare, entro trenta giorni dall'entrata in vigore del decreto o dalla diversa data della comunicazione dell'impossibilità sopravvenuta della prestazione, apposita istanza di rimborso al venditore, che si libera con l'emissione di un *voucher* di importo pari al titolo d'acquisto, da utilizzare entro un anno dall'emissione.

A differenza di quanto previsto per i contratti d'acquisto di titoli di viaggio o di pacchetti turistici, per i contratti del comparto della cultura non è prevista la facoltà per il debitore di scegliere tra il rimborso del biglietto e il *voucher*, ma la scelta viene operata *ex lege* in favore dell'emissione di un buono del medesimo valore della prestazione divenuta impossibile.

La prestazione artistica, quale quella del soggetto tenuto all'esecuzione di uno spettacolo di qualsiasi natura, ha carattere personale, in quanto fondata sull'*intuitu personae,* cioè sulle peculiarità che solo il singolo artista riesce ad esprimere. Da qui la pretesa dell'acquirente a che il contratto sia eseguito personalmente dal debitore e non da altri, con il connesso diritto di rifiutare la prestazione, ove questa sia opera di persona diversa, ai sensi dell'art. 1180, comma 1, c.c. [17]. Ciò anche quando, come normalmente avviene, il contratto venga concluso tra rivenditore e acquirente, senza il diretto coinvolgimento del debitore della prestazione artistica.

Con riferimento a tale tipologia di contratti, il *voucher* non rappresenta una valida alternativa al rimborso in denaro, in quanto pretende di restituire il corrispettivo per la fruizione di una prestazione per sua natura infungibile, con un buono per l'acquisto di una qualsiasi altra prestazione dello stesso valore economico, ma inidonea ad apportare all'acquirente la medesima utilità. In sintesi, tale prestazione non sarebbe idonea a soddisfare l'interesse del creditore.

Il legislatore ha successivamente posto rimedio a tali criticità. L'art. 183 del d.l. 19 maggio 2020, n. 34, c.d. "decreto Rilancio", convertito con modificazioni dalla legge 17 luglio 2020, n. 77 ha disposto che l'organizzatore dei concerti di musica leggera debba

[17] Sui contratti personali o *intuitu personae* v. MESSINEO F., v. *Contratto*, in *Enciclopedia del diritto*, Giuffrè, IX, 1961; TRIMARCHI P., *Incentivi e rischio nella responsabilità contrattuale*, in *Riv. dir. civ.*, 2008, 3, p. 10341 ss.



provvedere comunque al rimborso dei titoli d'acquisto, con restituzione della somma versata ai soggetti acquirenti, alla scadenza del periodo di validità del *voucher*, quando la prestazione dell'artista originariamente programmata non venga rinviata ad altra data compresa nel periodo di validità, che viene esteso a diciotto mesi. In caso di cancellazione definitiva del concerto, inoltre, l'organizzatore è tenuto a provvedere immediatamente al rimborso. La norma, che trova applicazione anche ai buoni già emessi, annovera tra le cause di risoluzione del contratto per impossibilità sopravvenuta anche le ipotesi in cui la prestazione sia divenuta inutilizzabile per il creditore, in quanto sottoposto alle misure di isolamento domiciliare o di quarantena. Si assiste, pertanto, ad un'armonizzazione con la disciplina emergenziale prevista per i contratti conclusi nel settore del turismo e dei trasporti.

Differentemente da quanto accaduto per i contratti aventi ad oggetto titoli di viaggio, di soggiorno o di pacchetti turistici, in seguito alle nuove misure adottate per far fronte alla recrudescenza dell'epidemia, il legislatore ha esteso l'efficacia delle norme transitorie ai contratti aventi ad oggetto l'acquisto di titoli per l'accesso a spettacoli dal vivo in programma dal 24 ottobre al 31 gennaio.

2.3. – Da ultimo, il legislatore si è occupato dei contratti di abbonamento per l'accesso ai servizi offerti dalle diverse strutture sportive. L'art. 216, comma 4, del d.l. "Rilancio", infatti, estende le disposizioni già previste dall'art. 88 del d.l. 17 marzo 2020, n. 18 ai contratti di abbonamento per l'accesso a palestre, piscine e impianti sportivi di ogni tipo, per i quali si sia verificata la sopravvenuta impossibilità della prestazione a seguito delle misure di restrizione e contenimento adottate per fronteggiare l'emergenza sanitaria.

A differenza di quanto previsto per gli altri settori, il *voucher* ha durata annuale e, in caso di mancato utilizzo nei termini previsti, non dà diritto ad alcun rimborso. La relazione di accompagnamento alla legge non esplicita le ragioni sottese a tale diversità di trattamento che, allo stato, non appare giustificata.

Peraltro, le misure di distanziamento sociale, tutt'ora imposte alle palestre e alle altre strutture, sono destinate ad incidere sulle modalità d'esecuzione della prestazione. Il principio costituzionale di solidarietà, che invera il canone di buona fede oggettiva, impone al creditore di tollerare le modifiche della prestazione di controparte, fintantoché ciò non pregiudichi in modo apprezzabile il proprio interesse. Occorre verificare, dunque, caso per caso, se il sacrificio imposto all'acquirente non sia talmente sproporzionato



da non poter rinvenire una giustificazione nel principio di buona fede, rendendo il contratto inidoneo a realizzare il programma delle parti e comportandone la risoluzione [18].

3. – Le deroghe alla disciplina dell'impossibilità sopravvenuta sinora esaminate sembrano trovare agio limitatamente alle tipologie contrattuali per cui sono state espressamente previste e soltanto quando la situazione emergenziale incide sulla prestazione dedotta in contratto al punto da renderla completamente e definitivamente ineseguibile o inottenibile.

Ne restano escluse, in particolare, le obbligazioni pecuniarie, per cui non è mai configurabile l'assoluta e oggettiva impossibilità di procurarsi le somme necessarie per adempiere, ma piuttosto una soggettiva inattuabilità dovuta a impotenza finanziaria, che non consente al debitore di fornire la prova liberatoria richiesta dall'art. 1218 c.c. Difatti, in quanto bene fungibile e imperituro, il denaro è esposto al principio *genus nunquam perit* [19] e la normale convertibilità in denaro di tutti i beni, presenti e futuri del debitore, costituisce il fondamento della garanzia generica patrimoniale di cui all'art. 2740 c.c. L'ordinamento pone in capo al debitore il rischio della crisi di liquidità, anche laddove essa derivi dall'altrui insolvenza o da una crisi di mercato, trattandosi di aspetti rientranti nella sfera organizzativa individuale dello stesso, integranti il rischio d'impresa, che non può essere traslato sui creditori [20].

D'altra parte, la crisi economica generata dalla pandemia è un evento che non rinvie-

---

[18] Nell'esecuzione del contratto e del rapporto obbligatorio, la clausola generale di buona fede si presenta come obbligo di salvaguardia: in capo a ciascuna delle parti vige l'obbligo di salvaguardare l'utilità dell'altra, nei limiti in cui ciò non comporti un apprezzabile sacrificio del proprio interesse. In virtù di tal obbligo, la parte è tenuta a tollerare che la controparte esegua una prestazione diversa da quella prevista se ciò non pregiudica in maniera apprezzabile il proprio interesse. In tal senso: BIANCA C.M., *La nozione di buona fede quale regola di comportamento contrattuale*, in *Riv. dir. civ.*, 1983, I, p. 205 ss.; ID., *Diritto civile, III, Il contratto*, Giuffrè, II ed., p. 505.

[19] Principio enunciato nell'antico Codice di commercio del 1882, all'art. 61: "*Se le merci vendute sono dedotte in contratto soltanto per quantità, specie e qualità, senz'altra indicazione atta a designare un corpo certo e determinato, il venditore è obbligato a consegnare nel tempo e nel luogo convenuti la quantità, la specie e le qualità promesse, quantunque le merci che fossero a sua disposizione al tempo del contratto, o che egli si fosse procacciato in appresso per l'adempimento di esso, siano perite o ne sia stato per qualsiasi causa impedito l'invio o l'arrivo*".

[20] Sulla responsabilità incondizionata del debitore per l'inadempimento di obbligazioni pecuniarie v. BIANCA C.M., *Dell'inadempimento delle obbligazioni. op. cit.*, 80 ss; GIORGIANNI M., op. cit.; INZITARI B., *Delle obbligazioni pecuniarie*, in SCIALOJA A. E BRANCA C. (a cura di) *Commentario al codice civile*, 2011, 13; TRIMARCHI P., *op. cit.*, 10341.



ne alcun precedente nella storia quanto a dimensioni, durata e diffusione geografica dello shock economico, che ha colpito Paesi in tutti i continenti e che ha coinvolto tanto il dato della domanda quanto quello dell'offerta. Ulteriore elemento di eccezionalità è la molteplicità dei canali di trasmissione attraverso cui gli effetti della pandemia investono l'attività produttiva e, in particolare dal ruolo delle misure di contenimento decise dal governo: la produzione è bloccata non per via di una caduta della domanda, ma a causa dei provvedimenti amministrativi volti a limitare la diffusione del contagio [21].

La pandemia e le misure adottate per contrastarla, infatti, costituiscono una sopravvenienza non ricompresa nella normale alea del contratto né tantomeno nella normale alea d'impresa. La chiave di lettura degli interventi emergenziali, quindi, non può essere quella che regola il normale gioco delle parti nel mercato, perché il funzionamento dello stesso è alterato da circostanze sopravvenute imprevedibili ma, soprattutto, di una portata tale da risultare incalcolabili anche per l'imprenditore più accorto e che rende ancora più arduo fare previsioni per il futuro.

Nel quadro del principio costituzionale di solidarietà, non è possibile ignorare la straordinarietà della situazione che abbiamo vissuto, e che in parte stiamo ancora vivendo, né il suo drammatico impatto sul tessuto economico e produttivo. L'eccezionalità di questo evento rende inapplicabili gli strumenti ordinari e muove il legislatore ad arginare gli effetti dei suoi provvedimenti sul sistema produttivo. Si rendono necessarie soluzioni drastiche e immediate, che consentano una riallocazione del rischio contrattuale tra le parti, in modo da non far ricadere le conseguenze della crisi pandemica su un solo contraente. Ciò a maggior ragione ove si consideri che la crisi di liquidità è destinata a mutarsi rapidamente in una crisi di solvibilità, interessando un elevato numero d'imprese, con conseguenze devastanti sull'economia.

L'esigenza di tutela dei debitori in difficoltà va controbilanciata con il diritto dei creditori a non vedersi addossare arbitrariamente il peso della crisi. La liberazione di tutti i debitori in condizioni finanziarie deteriorate, infatti, genererebbe un incontrollabile effetto a catena, essendo i creditori di obbligazioni pecuniarie a loro volta debitori di altre obbligazioni, che sarebbero legittimati ad avanzare analoghe pretese nei confronti dei propri creditori, e così via, propagando *ad libitum* il danno finanziario determinato dalle insolvenze [22].

---

[21] LOCARNO A., ZIZZA R., *Previsioni ai tempi del coronavirus*, in *Note covid*-19, Banca d'Italia Eurosistem, 11 maggio 2020.

[22] MORELLO R., *Gli effetti sui contratti dell'emergenza sanitaria determinata dalla diffusione del coronavirus e l'applicazione dei rimedi previsti dal codice civile,* in *Giustiziacivile.com*, 27 aprile 2020.



In quest'ottica è fondamentale il controllo del giudice, a cui spetta il compito di evitare gli inadempimenti abusivi, verificando se e in che misura la mancata esecuzione della prestazione sia una conseguenza diretta e immediata dall'epidemia, e di modulare il risarcimento del danno di conseguenza.

In questo senso deve essere interpretato l'intervento del legislatore, che con l'art. 91 d.l. 17 marzo 2020, n. 18 ha introdotto all'art. 3 del d.l. 23 febbraio 2020, n. 6, il comma 6 *bis*: "*Il rispetto delle misure di contenimento di cui presente decreto è sempre valutata ai fini dell'esclusione, ai sensi e per gli effetti degli articoli 1218 e 1223 c.c., della responsabilità del debitore, anche relativamente all'applicazione di eventuali decadenze o penali connesse a ritardati o omessi adempimenti*."

In seguito, l'art. 3, comma 1 *quater*, d.l. 30 aprile 2020, n. 28 ha introdotto il comma 6 *ter*, per cui: "*Nelle controversie in materia di obbligazioni contrattuali, nelle quali il rispetto delle misure di contenimento di cui al presente decreto, o comunque disposte durante l'emergenza epidemiologica da COVID-19 sulla base di disposizioni successive, può essere valutato ai sensi del comma 6-bis, il preventivo esperimento del procedimento di mediazione ai sensi del comma 1-bis dell'articolo 5 del decreto legislativo 4 marzo 2010, n. 28, costituisce condizione di procedibilità della domanda*."

Si tratta di una disposizione a carattere generale, applicabile indifferentemente a tutti i contratti, che presenta diversi elementi di ambiguità.

Il primo interrogativo sollevato dalla norma concerne la sua reale portata innovativa, considerato che la responsabilità del debitore impossibilitato ad adempiere per l'esigenza di osservare le misure di contenimento, avrebbe già potuto essere esclusa in applicazione dell'art. 1218 c.c.[23]. Particolarmente sibillino appare, inoltre, il riferimento all'art. 1223 c.c.[24]. che indica i criteri di liquidazione del danno, dato che in assenza di responsabilità non può esservi condanna al risarcimento.

D'altra parte, la norma non prescrive un meccanismo automatico in virtù del quale il rispetto delle misure di contenimento escluda sempre la responsabilità del debitore, richiedendo unicamente che lo stesso debba essere sempre *valutato* ai fini dell'esclusione del giudizio di responsabilità. Il giudice è chiamato a verificare se, nel caso concreto, il rispetto dei provvedimenti governativi possa essere considerato o meno causa esclusiva dell'ina-

---

[23] Secondo cui: "*Il debitore che non esegue esattamente la prestazione dovuta è tenuto al risarcimento del danno se non prova che l'inadempimento o il ritardo è stato determinato da impossibilità della prestazione derivante da causa a lui non imputabile"*.

[24] "*Il risarcimento del danno per l'inadempimento o per il ritardo deve comprendere così la perdita subita dal creditore come il mancato guadagno, in quanto ne siano conseguenza immediata e diretta*".



dempimento. Nel primo caso, si ha l'esclusione della responsabilità; nel secondo, vi è unicamente una rimodulazione del *quantum* risarcitorio, che può essere diminuito proporzionalmente all'incidenza che il rispetto delle misure abbia avuto sull'inadempimento [25].

Il debitore, dunque, dovrà dimostrare che è stato proprio lo sforzo di adattamento alle prescrizioni "anti-Covid" ad avergli impedito di eseguire la prestazione, offrendo la prova del collegamento eziologico fra inadempimento e la causa di forza maggiore rappresentata dalle misure di contenimento dell'epidemia [26].

L'esimente del rispetto delle prescrizioni sanitarie non può operare quando il debitore, avrebbe potuto adempiere con l'impiego dell'ordinaria diligenza, sforzandosi per superare gli effetti impeditivi dei provvedimenti governativi, per esempio mediante l'adozione di strumenti telematici che consentano di eseguire la prestazione a distanza. Né tantomeno può trovare applicazione nell'ipotesi in cui le misure di contenimento si siano limitate a consolidare una situazione di inadempimento preesistente, come nel caso in cui il debitore fosse stato già diffidato dal creditore, ovvero fosse divenuto destinatario di un'eccezione d'inadempimento [27].

Così interpretata, non vi sono ostacoli a che l'ambito applicativo della norma concerna anche le obbligazioni pecuniarie, allorquando la crisi di solvibilità dell'impresa sia effetto delle sole misure di contenimento. La disposizione in esame, infatti, potrebbe essere lo strumento che consente al giudice di verificare se la crisi di liquidità in cui versa l'impresa sia determinata, interamente o parzialmente, dalle circostanze del tutto eccezionali provocate dalla pandemia e, in tal caso, valutare se l'adempimento sia inesigibile, e quindi il debitore vada esente da responsabilità, ovvero parzialmente scusabile, e quindi determini una responsabilità per un ammontare inferiore [28].

---

[25] Di tutt'altro avviso DOLMETTA A., *«Rispetto delle misure di contenimento» della pandemia e disciplina dell'obbligazione*, in *IlCaso.it* dell'11 aprile 2020, il quale sostiene che il comma 6 *bis* faccia riferimento "*al sistema della responsabilità da inadempimento in quanto tale, a mezzo appunto del richiamo delle due norme più «significative» dello stesso".* In tal modo, è il giudice a dover individuare il rimedio più opportuno al caso concreto, potendo disporre anche la sospensione del tempo dell'esecuzione della prestazione, specie ove la situazione emergenziale creata dalla pandemia si configuri come di carattere temporaneo.

[26] *Contra* DOLMETTA A., *op. cit*., per cui a venire in rilievo non è tanto il rispetto soggettivo delle misure di contenimento ma "*l'oggettiva esistenza delle stesse"*, nella misura in cui venga ad incidere sulla prestazione, rendendola significativamente più difficile, tanto nell'esecuzione che nell'apprestamento dei mezzi ad essa occorrenti. Il comma 6 *bis* introdurrebbe una fattispecie elastica, da cui è possibile dedurre un principio generale di non rilevanza degli "*scarti modesti*", che trova applicazione con riguardo a tutte le obbligazioni, indipendentemente dalla loro fonte.

[27] BENEDETTI A. M., *Il rapporto obbligatorio al tempo dell'isolamento: brevi note sul Decreto "cura Italia"*, in *I Contratti*, 2020, 2, p. 213 ss.

[28] D'altra parte, l'esclusione della responsabilità nel caso in cui l'inadempimento di un'obbligazione pe-



Si tratta dell'ipotesi in cui un'impresa sana e solvente sia entrata in crisi di liquidità, poi tramutatasi in crisi di solvibilità, proprio in ragione dell'arresto forzato delle attività a cui è stata sottoposta. In tal caso, l'adempimento dell'obbligazione è impossibile sul piano relativo e soggettivo, e diviene non imputabile al debitore ove suscettibile di determinare la sua rovina economica. Per tali ragioni, l'impossibilità può concerne solo le obbligazioni in scadenza alla data di efficacia delle misure di contenimento e limitatamente al tempo necessario a riavviare i flussi di cassa.

La norma contiene un principio di giustificazione per il ritardo nell'adempimento del debitore, che può dichiarare al creditore di sospendere l'esecuzione della prestazione per tutto il tempo di vigenza dei provvedimenti impeditivi, evitando la caducazione del contratto.

Il creditore, dal canto suo, non può agire, ai sensi dell'art. 1453 c.c., per ottenere l'adempimento o la risoluzione per inadempimento, ma, qualora non abbia interesse ad un adempimento tardivo, può richiedere che venga riconosciuto giudizialmente lo scioglimento del contratto per impossibilità sopravvenuta, ai sensi dell'art. 1463 c.c.

In ogni caso, può sempre avvalersi dell'*exceptio inadimpleti contractus* per sospendere l'esecuzione della propria prestazione, posto che tale eccezione è sempre sollevabile, anche in rapporto ad adempimenti incolpevoli o determinati da impossibilità sopravvenuta della prestazione per causa non imputabile al creditore [29].

4. – Nell'affermare che "*il contratto ha forza di legge tra le parti"*, l'art. 1372 c.c. enuncia il principio di vincolatività, espressione del brocardo latino: "*pacta sunt servanda*" [30].

Nei contratti ad esecuzione continuata o periodica, c.d. "di durata", e nei contratti ad

---

cuniaria sia stato determinato da sopravvenienze straordinarie ed imprevedibili, oltre che del tutto estranee al rischio tipicamente inerente all'organizzazione di una prestazione di denaro, è stata segnalata già in dottrina. Si veda TORRENTE A., e SCHLESINGER P., *Manuale di diritto privato*, Giuffrè, ed. XX, p. 430. Sulla necessità di «cercare vie concettuali alternative» al rigore della regola per cui l'impotenza finanziaria non giustifica l'inadempimento delle obbligazioni pecuniarie nel contesto della «*straordinarietà della "fattispecie Covid-19"*» si è interrogato anche ROPPO V., nell'intervista a ROPPO V. e NATOLI R., "*Contratto e Covid-19*", in *Giustizia insieme*, 28 aprile 2020.

[29] Per tutti v. Cass. civ., 19 ottobre 2007, n. 21973, in *DeJure.it*. D'altra parte, ove si affermasse il contrario si condannerebbe il creditore a sopportare integralmente il peso delle conseguenze economiche dell'emergenza, pagando per una prestazione che non ha ancora ricevuto e che potrebbe non ricevere più.

[30] Cfr. DE NOVA G., *Il contratto ha forza di legge,* Milano, 1993; GALGANO F., *La forza di legge del contratto*, in *Scritti in onore di R. Sacco*, Giuffrè, 1994; VETTORI G., *La vincolatività*, in A.A. V.V., *Il contratto in generale*, V, in BESSONE M. (diretto da) *Trattato di diritto privato*, XIII, Torino, 2002, p. 6 ss.



esecuzione differita, tale principio necessita di essere contemperato dalla clausola *rebus sic stantibus* che impone di considerare i mutamenti della situazione di fatto esistente al momento della conclusione dell'accordo, suscettibili di alterare il nesso di interdipendenza economica tra le prestazioni rendendo più onerosa la prestazione da eseguire o diminuendo il valore reale della prestazione da ricevere [31]. Gli articoli 1467 ss. c.c. riconoscono in capo alla parte che ha subito le conseguenze di tale squilibrio la facoltà di rescindere il vincolo, domandando che venga pronunciata la risoluzione del contratto per eccessiva onerosità sopravvenuta.

L'esercizio dell'azione è subordinato alla contemporanea sussistenza di due condizioni. La prima, di natura oggettiva, consistente nella straordinarietà dell'evento, che deve essere valutata esaminando elementi passibili di misurazione, quali la frequenza, le dimensioni o l'intensità; la seconda, di natura soggettiva, costituita dall'imprevedibilità dell'avvenimento, che deve essere verificata *ex ante*, con riferimento al momento della stipula del contratto, avendo come parametro le circostanze conosciute o conoscibili da un soggetto mediamente diligente. Le sopravvenienze giuridicamente rilevanti, inoltre, devono avere carattere generale e, dunque, operare per qualsiasi debitore, determinando una vera e propria alterazione del valore di mercato della prestazione, non riconducibile alla normale alea del contratto [32].

Sorto per far fronte a un'esigenza maturata a seguito della svalutazione conseguente agli eventi bellici del primo conflitto mondiale, l'istituto della risoluzione per eccessiva onerosità sopravvenuta può certamente trovare applicazione per mitigare le conseguenze dell'eccezionale crisi pandemica che stiamo vivendo. La sua funzione demolitrice del vincolo contrattuale, però, non lo rende adatto a tutte quelle situazioni in cui il debitore, sul presupposto che le condizioni di difficoltà siano solo temporanee e nella speranza di un rapido ritorno alla normalità, non intenda smantellare il rapporto, ma riequilibrarlo, di modo che l'onerosità sopravvenuta venga ripartita equamente tra le parti.

Come è noto, nel nostro ordinamento solo la parte favorita dallo sbilanciamento può evitare la risoluzione del contratto offrendosi di modificarne le condizioni, sì da ricon-

---

[31] Per una ricostruzione dell'evoluzione storica della clausola "*rebus sic stantibus"* v. OSTI G., *La così detta clausola "rebus sic stantibus" nel suo sviluppo storico*, in *Riv. dir. civ*., 1912, p. 1 ss.; ID, v. «*Clausola rebus sic stantibus»,* in *Nuoviss. dig.* it., III, Torino, 1959; GALLETTO T., v. *Clausola rebus sic stantibus*, in *Digesto civ., vol. II,* Utet, Torino, 1988.

[32] Sulla risoluzione per eccessiva onerosità sopravvenuta si segnala, tra gli altri: FERRI G.B., *Dalla clausola «rebus sic stantibus» alla risoluzione per eccessiva onerosità*, in *Quadrimestre*, 1988, p. 88 ss.; GABRIELLI E., *La risoluzione per eccessiva onerosità*, in *Contratto e impresa*, Cedam, 1995, p. 921 ss.



durre i vantaggi derivanti dalla sopravvenienza alla normale alea contrattuale. La parte più fragile, invece, deve limitarsi a proporre alla controparte la rinegoziazione del vincolo, senza poter pretendere che essa vi aderisca, né ricorrere al giudice per ottenere l'equa rettifica del regolamento contrattuale [33].

La crisi generata dalla pandemia ha rivelato tutta l'inadeguatezza dei rimedi codicistici, volti più a infrangere il vincolo che a renderlo adeguato al mutamento delle circostanze [34]. Inadeguatezza, questa, già più volte segnalata dalla dottrina, tanto da portare alla presentazione, nell'ambito di un più ampio processo di riforma del Codice civile, di un disegno di legge delega con cui si autorizza l'Esecutivo a "*prevedere il diritto delle parti di contratti divenuti eccessivamente onerosi per cause eccezionali e imprevedibili di pretendere la loro rinegoziazione secondo buona fede o, in caso di mancato accordo, di chiedere in giudizio l'adeguamento delle condizioni contrattuali in modo che sia ripristinata la proporzione tra le prestazioni originariamente convenuta dalle parti*" [35].

Una carenza che appare quanto mai anacronistica, non solo a fronte dei principi che regolano i contratti commerciali internazionali, che già da tempo annoverano clausole di rinegoziazione (*hardship*) [36], ma soprattutto a fronte dell'introduzione, nel Code civile francese, dell'istituto della *révision du contract pour imprevision*, che introduce un obbligo di rinegoziazione del contratto per la parte che trae vantaggio dalla sopravvenienza [37]. Circostanza di non poco conto se si considera che è proprio alla cultura giuridica

---

[33] Cass. 26 gennaio 2018, n. 2047, in *DeJure.it*, secondo cui la parte svantaggiata può solo limitarsi ad agire in giudizio per chiedere la risoluzione del contratto per eccessiva onerosità sopravvenuta, senza poterne pretendere la riduzione ad equità. L'istituto di cui al terzo comma dell'art. 1467 c.c., infatti, costituisce solo una facoltà per la parte convenuta in giudizio e, in quanto tale, non può essere oggetto di specifica pretesa.

[34] Uno *ius variandi* si riscontra solo con riferimento a specifiche tipologie contrattuali, come ad esempio nell'art. 1664 c.c. per i contratti di appalto o nell'art. 118 t.u.b. per i contratti conclusi dal prestatore di servizi bancari.

[35] Art. 1, lett. i), del d.d.l. delega n. 1151/2019.

[36] L'art. 6.2.3 dei *Principles of International Commercial Contracts* (Principi Unidroit) prevede che: "*In case of hardship the disadvantaged party is entitled to request renegotiations. The request shall be made without undue delay and shall indicate the grounds on which it is based.*

The request for renegotiation does not in itself entitle the disadvantaged party to withhold performance".

Sempre nel senso della sussistenza in capo alle parti di un obbligo di rinegoziare il contratto, l'art. 6:111 (già art. 2.117 dei *Principles of European Contract Law (PECL),* che al paragrafo due dispone: *"If, however, performance of the contract becomes excessively onerous because of a change of circumstances, the parties are bound to enter into negotiations with a view to adapting the contract or terminating it […]".*

[37] Così l'art. 1195 Code civil: *"Si un changement de circonstances imprévisible lors de la conclusion du contrat rend l'exécution excessivement onéreuse pour une partie qui n'avait pas accepté d'en assumer le*



francese che si deve l'originaria formulazione del principio di vincolatività del contratto [38].

Una parte della dottrina sostiene che, al di là di un'opportuna riforma in tema di sopravvenienze contrattuali, un obbligo legale di rinegoziazione sia rinvenibile già all'interno del diritto generale dei contratti, riletto al lume del principio costituzionale di solidarietà [39].

Difatti, la clausola generale di buona fede, in cui s'invera tale principio, non è destinata unicamente a regolare le trattative, la conclusione e l'interpretazione del rapporto, ma costituisce una delle fonti integratrici del contratto, richiamate dall'art. 1374 c.c. Ciò determinerebbe il sorgere in capo alle parti dell'obbligo di riscrivere il contratto sperequato o non più funzionale, sì da superare le sopravvenienze di fatto e di diritto che hanno inciso sul suo equilibrio. Il contrasto con il principio dell'autonomia privata sarebbe solo apparente, essendo la rinegoziazione preordinata alla realizzazione dell'operazione economica originariamente perseguita dalle parti, nel tentativo di allineare il regolamento contrattuale al mutamento delle circostanze. Il contraente adito, d'altro canto, non sarebbe tenuto ad aderire a tutte le pretese della controparte, né tantomeno ad addivenire ad ogni costo alla conclusione dell'accordo, decisioni queste che presuppongono una valutazione di convenienza economica, che può essere rimessa solo alle parti, bensì ad impegnarsi a condurre la negoziazione in modo costruttivo, ai sensi degli artt. 1175 e 1375 c.c., non opponendovisi in maniera ingiustificata, né limitandosi ad intavolare delle trattative di facciata, senza alcuna intenzione di rivedere i termini del rapporto.

---

risque, celle-ci peut demander une renégociation du contrat à son cocontractant. Elle continue à exécuter ses obligations durant la renégociation.

En cas de refus ou d'échec de la renégociation, les parties peuvent demander d'un commun accord au Juge de procéder à l'adaptation du contrat. À défaut, une partie peut demander au Juge d'y mettre fin, à la date et aux conditions qu'il fixe".

[38] SIRENA P., *Eccessiva onerosità sopravvenuta e rinegoziazione del contratto: verso una riforma del codice civile?*, in corso di pubblicazione nella rivista *Jus*, 2020.

[39] *In primis* MACARIO F., *Adeguamento e rinegoziazione nei contratti a lungo termine,* Napoli, 1996 e ID, *Rischio contrattuale e rapporti di durata nel nuovo diritto dei contratti: dalla presupposizione all'obbligo di rinegoziazione*, in *Riv. dir. civ.*, 2002, I, p. 63 ss. Nello stesso senso GALLO P., *Sopravvenienza contrattuale e problemi di gestione del contratto*, Milano, 1992; Id., *Revisione del contratto*, in *Digesto civ.*, XVII, Torino, 1998; SACCO R., *Le sopravvenienze atipiche*, in SACCO R. e DE NOVA G. (a cura di), *Il contratto*, IV ed., Torino, 2016, p. 1708 ss.; ROPPO V., *Il contratto*, Giuffrè, 2011; TERRANOVA C.G., *L'eccessiva onerosità nei contratti. Artt. 1467-1469.*, in SCHLESINGER P. (a cura di) *Il codice civile. Commentario*, Milano, 1995. Sul tema della rinegoziazione in generale, senza pretesa di completezza v. anche CESARO V.M., *Clausole di rinegoziazione e conservazione dell'equilibrio contrattuale*, Napoli, 2020; GAMBINO F., *Problemi del rinegoziare*, Milano, 2004; MARASCO G., *La rinegoziazione del contratto. Strumenti legali e convenzionali a tutela dell'equilibrio negoziale,* Padova, 2006; PISU A., *L'adeguamento dei contratti tra ius variandi e rinegoziazione*, Napoli, 2017; SICCHIERO G., *La rinegoziazione*, in *Contratto e impresa*, 2002.



Si tratta di una soluzione estremamente controversa, specie se si considera la vaghezza che caratterizza la clausola di buona fede, suscettibile di "*aumentare l'incertezza giuridica e compromettere le aspettative contrattuali delle parti contraenti*" [40]. Non mancano, infatti, opinioni critiche circa la stessa configurabilità di un obbligo legale di rinegoziazione [41] e, anche tra i suoi sostenitori, si rinvengono pareri discordi in merito alle conseguenze che genererebbero dall'inadempimento. Parte della dottrina sostiene la possibilità di un intervento giudiziale determinativo, *ex* art. 2932 c.c., qualificando l'obbligo di rinegoziare come suscettibile di esecuzione in forma specifica. Il giudice sarebbe chiamato a sostituirsi alle parti costituendo con sentenza il contratto modificativo, il cui contenuto deve essere determinato tenendo conto della volontà delle parti, espressa nel regolamento negoziale originario, riconsiderata alla luce degli eventi imprevedibili e sopravvenuti [42]. Altri Autori reputano preferibile limitarsi ad accordare alla parte il solo rimedio risarcitorio, dividendosi, però, sulla determinazione del pregiudizio risarcibile, che per taluni [43] è da rinvenire nel solo interesse contrattuale positivo all'adeguamento del contratto squilibrato, per altri [44] solo nell'interesse contrattuale negativo a non vedersi coinvolto in trattative inutili, per altri ancora in entrambi [45].

---

[40] Così SIRENA P., *op cit.*, richiamando TUCCARI E., *La (s)consolante vaghezza delle clausole generiche per disciplinare l'eccessiva onerosità sopravvenuta*, in *Contr. e impr.*, 2018, p. 843 ss.

[41] *Ex multis* GENTILI A., *La replica della stipula: riproduzione, rinnovazione, rinegoziazione*, in *Contr. impr.*, 2003, p. 667 ss.; RESCIGNO P., *L'adeguamento del contratto nel diritto italiano. Inadempimento, adattamento, arbitrato. Patologie dei contratti e rimedi*, DRAETTA U. e VACCA C. (a cura di), Milano, 1992, GABRIELLI E., *Dottrine e rimedi nella sopravvenienza contrattuale*, in *Riv. dir. priv.*, 2013, p. 55 ss.; ID, *L'eccessiva onerosità sopravvenuta*, in BESSONE M. (diretto da), *Trattato di diritto privato* XIII, VIII**, Torino, 2012, p. 95 ss.

[42] PATTI F.P., *Obbligo di rinegoziare, tutela in forma specifica e penale giudiziale*, in *Contratti*, 2012, p. 571 ss.

[43] Cfr. MACARIO F., *op. cit.*, p. 407, secondo cui il giudice dovrebbe liquidare il danno in via equitativa: *«mentre è onere della parte che chiede il risarcimento del danno di dimostrarne la consistenza, spetta, invece, al giudice del merito il compito di liquidarne l'equivalente pecuniario, ricorrendo, se del caso all'ausilio di un consulente tecnico oppure, qualora la determinazione del preciso ammontare non sia oggettivamente possibile o appaia molto difficile, il compito di provvedere ad una liquidazione di carattere equitativo, ai sensi dell'art. 1226 c.c.».* Ma anche MARASCO G., *op. cit.*, p. 174 ss.

[44] GAMBINO, F., *Rinegoziazione,* in *Enc. giur. Treccani, Roma,* 2007, 10*;* SICCHIERO G., *op. cit.*, p. 814.

[45] PIRAINO F., *Osservazioni intorno a sopravvenienze e rimedi nei contratti di durata*, in *Europa e Diritto Privato*, II, 1 giugno 2019, p. 585, secondo cui il risarcimento deve essere «*sottratto alle secche dell'alternativa schematica tra c.d. interesse positivo e c.d. interesse negativo*» e, pertanto, «*potrebbe spingersi sino al trasferimento del costo di tutto o di parte dell'aggravio provocato dalla sopravvenienza che la condotta predatoria, contraria a buona fede, della parte avvantaggiata tramuta in danno oppure del costo del danno da ritardo nell'esecuzione del contratto e degli eventuali danni ulteriori connessi, qualora la violazione della buona fede sia consumata dalla condotta proditoriamente dilatoria della parte svantaggia-*



Il legislatore dell'emergenza ha espresso il suo *favor* per la rinegoziazione con riferimento a specifiche tipologie contrattuali.

Segnatamente, l'art. 216 d.l. 9 maggio 2020, n. 34, c.d. "d.l. Rilancio", convertito con modificazioni dalla l. 17 luglio 2020, n. 77, con riferimento ai rapporti di concessione di impianti pubblici per lo svolgimento di attività sportive, dispone che le parti, per far fronte alla sospensione delle attività disposta dal Governo per il contenimento dei contagi e del regime di graduale ripresa delle stesse, "*possono concordare tra loro, ove il concessionario ne faccia richiesta, la revisione dei rapporti in essere alla data di entrata in vigore della legge di conversione del presente decreto, mediante la rideterminazione delle condizioni di equilibrio economico-finanziario originariamente pattuite, anche attraverso la proroga della durata del rapporto, comunque non superiore a ulteriori tre anni, in modo da favorire il graduale recupero dei proventi non incassati e l'ammortamento degli investimenti effettuati o programmati".*

Viene inoltre prevista la possibilità di concordare una revisione del rapporto concessorio, al fine di ristabilire l'equilibrio economico tra le parti, a fronte dei sopravvenuti maggiori costi per la predisposizione delle misure organizzative idonee a garantire condizioni di sicurezza tra utenti e dei minori ricavi dovuti alla riduzione del numero di presenze all'interno degli impianti sportivi. La revisione, infatti, "*deve consentire la permanenza dei rischi trasferiti in capo all'operatore economico e alle condizioni di equilibrio economico finanziario relative ai rapporti di concessione*", fermo restando che, in caso di mancato accordo, le parti possono recedere dal contratto.

La norma non introduce un obbligo legale di rinegoziare, ma conferisce alle Pubbliche amministrazioni il potere di modificare, d'intesa con il concessionario, i termini del rapporto negoziale, nell'esclusivo interesse del privato, fortemente compromesso dai provvedimenti a tutela della salute pubblica.

L'impiego della parola "*possono*" non lascia dubbi circa l'estensione della discrezionalità anche all'*an* della rinegoziazione, per cui nessuna delle due parti è tenuta a contrattare, neppure a fronte di un espresso invito della controparte.

Quanto ai rapporti tra privati, il comma terzo dell'art. 216 del "d.l. Rilancio" qualifica la sospensione delle attività sportive disposta dal Governo come un *"fattore di sopravvenuto squilibrio dell'assetto di interessi pattuito con il contratto di locazione di palestre, piscine e impianti sportivi di proprietà di soggetti privati*", in ragione del quale viene riconosciuta al conduttore una riduzione del canone locatizio, limitatamente alle cin-

---

ta».



que mensilità da marzo a luglio 2020, che, salvo prova contraria, si presume pari al cinquanta percento del canone contrattualmente stabilito.

Una disposizione analoga non si rinviene, invece, con riferimento ai contratti di locazione di immobili deputati allo svolgimento di un'attività commerciale forzatamente sospesa dalle misure governative di contenimento dei contagi. Come emerge dallo stesso art. 216 d.l. Rilancio, gli effetti dei provvedimenti restrittivi si ripercuotono sui contratti di locazione commerciale per l'esercizio di attività per cui è stata disposta la temporanea cessazione, alterando il nesso di reciprocità tra le prestazioni, a discapito del conduttore. L'utilità che il negozio apporta al conduttore diminuisce in maniera apprezzabile, posto che l'immobile locato non può più essere utilizzato per lo scopo convenuto. D'altra parte, la chiusura coatta dell'esercizio commerciale comporta una netta contrazione della liquidità disponibile, ponendo in serie difficoltà il conduttore nel reperire la provvista occorrente per far fronte al pagamento dei canoni dovuti.

Tali difficoltà sono state rilevate dal legislatore che, all'art. 28 del d.l. Rilancio, concede, in favore dei soggetti esercenti attività d'impresa, arte o professione, con ricavi o compensi non superiori a cinque milioni di euro, un credito d'imposta pari al sessanta percento della misura dell'ammontare mensile del canone di locazione concordato per i mesi di marzo, aprile, maggio e giugno, poi rinnovato per i mesi di ottobre, novembre e dicembre con riguardo agli immobili dove si svolgono attività interdette dal D.P.C.M. 24 ottobre 2020. Per le imprese esercenti attività di commercio al dettaglio con compensi o ricavi superiori a cinque milioni di euro, invece, è previsto un credito d'imposta pari al venti percento di detto canone. Deroghe specifiche, inoltre, sono previste per le strutture alberghiere e agrituristiche, per le agenzie di viaggio e i *tour operator*, nonché per gli esercenti attività solo stagionali.

La misura non va, dunque, ad incidere direttamente sul contratto di locazione commerciale: la prestazione dovuta dal conduttore non viene modificata né nell'*an*, né nel *quantum*. Anzi, presupposto per il riconoscimento del credito d'imposta è proprio il pieno adempimento dell'obbligazione di pagamento del canone. Il legislatore, probabilmente per evitare la propagazione del danno finanziario dal conduttore al locatore, anche considerata l'ampia platea di contratti interessata, ha preferito alleviare la posizione economica del conduttore, consentendogli di recuperare, seppure non nell'immediato, una parte del corrispettivo versato. Il conduttore, tuttavia, può proporre al locatore una cessione di detto credito, a parziale compensazione del canone dovuto.

Si tratta di una disposizione che, pur fornendo un'indicazione chiara dell'orientamento del potere politico, esaurisce i propri effetti in ambito tributario, non fornendo una di-



sciplina speciale per la gestione delle sopravvenienze che intervengono sui contratti di locazione commerciale.

Sul punto sono state elaborate diverse ricostruzioni.

Parte della dottrina [46] sostiene la possibilità per il conduttore di sospendere i pagamenti in autotutela, giusto il disposto dell'art. 3, comma 6 *bis,* del d.l. 23 febbraio 2020, n. 6 per cui il "*rispetto delle misure di contenimento di cui presente decreto è sempre valutata ai fini dell'esclusione, ai sensi e per gli effetti degli articoli 1218 e 1223 c.c., della responsabilità del debitore, anche relativamente all'applicazione di eventuali decadenze o penali connesse a ritardati o omessi adempimenti*."

Tuttavia, pur estendendo l'efficacia esimente di tale norma alle obbligazioni pecuniarie, in ragione della "*straordinarietà della fattispecie Covid-19*" [47], l'ambito di applicazione della disciplina sarebbe comunque estremamente ristretto, dovendo riguardare unicamente le prestazioni il cui pagamento andrebbe a minare la stessa sopravvivenza dell'impresa e solo ove le misure di contenimento costituiscano *condicio sine qua non* del dissesto.

Altri Autori [48] promuovono una rimodulazione del canone dovuto, sul presupposto della parziale impossibilità sopravvenuta della prestazione del locatore, che ai sensi dell'art. 1575, n. 2), c.c. è tenuto a mantenere la cosa locata "*in istato da servire all'uso convenuto*", ovvero della sopravvenuta inutilizzabilità della prestazione da parte del conduttore, che rende il contratto inidoneo a realizzare la sua funzione.

A ben vedere, però, l'inutilizzabilità è solo parziale. Difatti, la prestazione è parzialmente utilizzabile, dato che i locali rimangono nella disponibilità del conduttore, che continua ad utilizzarli, quantomeno per il deposito di merci e beni strumentali nell'attesa di riprendere l'attività. Conseguentemente, e salve le peculiarità del singolo contratto [49],

---

[46] CUFFARO V., *Le locazioni commerciali e gli effetti giuridici dell'epidemia*, in *Giustiziacivile.com* (31 marzo 2020), dove afferma come parrebbe *«certo che, durante il periodo di emergenza che il Paese sta attraversando, il mancato pagamento del canone non potrà di per sé essere addotto dal locatore a motivo di risoluzione del contratto di locazione, giacché il conduttore potrà appunto addurre a giustificazione del mancato o parziale adempimento la situazione contingente qual è quella espressamente richiamata dalla legge».*

[47] L'espressione è di ROPPO V., intervistato per l'articolo *Contratto e covid. Dall'emergenza sanitaria all'emergenza economica*, in *Giustizia insieme*, 28 aprile 2020.

[48] SALANITRO U., *La gestione del rischio nella locazione commerciale al tempo del Coronavirus*, in *Giustiziacivile.com*, 21 aprile 2020.

[49] Un discorso analogo concerne i contratti di locazione di alloggi agli studenti "fuori sede" per la frequenza di un corso universitario, spesso rientrati nel proprio comune di residenza a fronte prima della sospensione delle lezioni e, successivamente, dell'implementazione della didattica *online*.



non si assiste a quella frustrazione della causa concreta che legittima il ricorso al rimedio di cui all'art. 1464 c.c.

Superate tali teorie e in assenza di un obbligo legale di rinegoziazione, il conduttore in difficoltà che si veda negare la proposta di diminuzione del canone ha a disposizione solo il rimedio caducatorio del recesso per gravi motivi, di cui all'art. 7 l. n. 392 del 1978 (c.d. Legge sull'equo canone), per il cui esercizio sono richiesti sei mesi di preavviso, durante i quali il debitore è tenuto al pagamento regolare della pigione, ovvero, ricorrendone gli ulteriori presupposti, della risoluzione per eccessiva onerosità sopravvenuta.

Di tutt'altro avviso appaiono le prime pronunce della giurisprudenza di merito [50] dove, sia pur soltanto in sede cautelare, per il momento, è stato rinvenuto il potere del giudice di modificare il contratto di locazione, disponendo la riduzione in via equitativa dei canoni dovuti per i mesi trascorsi, ma anche per i mesi a venire, sul presupposto della violazione dell'obbligo delle parti di addivenire a nuove trattative, al fine di riportare l'equilibrio negoziale entro l'alea normale del contratto. Secondo i giudici della cautela, il principio di solidarietà e la clausola di buona fede e correttezza "*renderebbero flessibile l'ordinamento, consentendo la tutela di fattispecie non contemplate dal legislatore*" e, nel caso specifico, farebbero in modo di evitare che "*la risoluzione di contratti per la locazione di locali commerciali possa determinare una perdita di avviamento*" cui conseguirebbe la cessazione dell'attività d'impresa [51].

5. – Il comune denominatore che lega le diverse misure approntate dal legislatore dell'emergenza è costituito dal principio solidarista, in ragion del quale non è tollerabile che un evento imprevedibile e totalmente estraneo alla sfera di controllo dell'individuo incida sui rapporti giuridici esistenti, rendendo eccessivamente gravosa la posizione di uno solo dei contraenti. I rimedi offerti dal codice civile, se utilizzati in grande scala, si rivelano economicamente inefficienti, e rischiano di infliggere il "colpo di grazia" a imprenditori già in crisi di liquidità, portando interi settori dell'economia al collasso.

Il potere politico interviene con misure volte a gestire le sopravvenienze, riallocando i rischi tra le parti in modo da riequilibrare il rapporto e da ripristinarne il carattere com-

[50] Tribunale Roma, sez. VI, 27 agosto 2020; Tribunale Rimini, 25 maggio 2020, (ud. 25 maggio 2020, dep. 25 maggio 2020); Tribunale Napoli, sez. IX, 15 luglio 2020, (ud. 15 luglio 2020, dep. 15 luglio 2020); Tribunale Venezia, sez. I, 28 luglio 2020, (ud. 28 luglio 2020, dep. 28 luglio 2020). *Contra* Tribunale Pordenone, 08 luglio 2020, (ud. 08 luglio 2020, dep. 8 luglio 2020). Tutte in *DeJure*.

[51] Tribunale Roma, sez. VI, 27 agosto 2020.



mutativo, vuoi prevedendo una forma di esecuzione per equivalente della prestazione divenuta impossibile, vuoi imponendo l'adeguamento del regolamento contrattuale alla situazione impeditiva.

In un contesto come quello attuale, caratterizzato da una profonda incertezza, è auspicabile che il legislatore continui a rivestire un ruolo di primo piano, sì da elaborare soluzioni di sistema, anche transitorie, volte a contemperare tutti gli interessi in gioco, che tengano conto delle ricadute macroeconomiche e dell'eccezionalità del momento storico.

A tal fine, non appare necessario, né opportuno, accelerare i tempi di approvazione della norma che introduce un obbligo di rinegoziazione in capo alle parti, il cui inadempimento consente al giudice di disporre l'adeguamento del contratto alle mutate circostanze. Difatti, pur auspicandone l'introduzione, se non altro per fini di armonizzazione con gli altri ordinamenti europei, si rileva come tale disposizione determinerebbe, verosimilmente, una forte inflazione del contenzioso, andando ad ingolfare ulteriormente i tribunali, già alle prese con l'arretrato dovuto alla sospensione totale dell'attività. Inoltre, l'attribuzione in capo al giudice del potere di riscrivere il contenuto economico dell'accordo, privando le parti del diritto di valutare liberamente se mantenere o meno il vincolo, finirebbe per aumentare l'incertezza del diritto in una situazione di grave instabilità, scoraggiando ulteriormente gli investimenti e frenando la ripresa economica.

D'altro canto, occorre valorizzare il carattere immediatamente precettivo del principio di solidarietà, quale regola base di convivenza sociale, incoraggiando i contraenti a rivedere i termini del contratto, nella reciproca lealtà e correttezza, tenuto conto che anche la parte favorita dalle sopravvenienze è significativamente esposta, in ragione della particolare congiuntura economica, al rischio di veder interamente pregiudicato il proprio diritto per la sopravvenuta insolvenza della controparte.



DIANA D'ALBERTI

Dottoranda di ricerca – Università di Roma La Sapienza

IL PRINCIPIO DI TIPICITÀ DEI DIRITTI REALI E IL VAGLIO DI AMMISSIBILITÀ DEL DIRITTO DI USO ESCLUSIVO DI PARTI COMUNI A FAVORE DI UN CONDOMINO

SOMMARIO: *1. Sezioni Unite, 17 dicembre 2020, n. 28972: il caso. – 2. Il contrasto giurisprudenziale. – 3. Tipicità dei diritti reali: retaggio storico o categoria giuridica ancora attuale? – 4. L'iter argomentativo delle Sezioni Unite. – 5. Un ragionevole inquadramento del diritto d'uso esclusivo.*

1. – L'indagine attorno alla natura – dunque, all'ammissibilità – del diritto di uso esclusivo di porzioni comuni in favore di un condomino costituisce questione di particolare importanza. Inoltre, il contrasto giurisprudenziale emerso sul punto negli ultimi anni ha di recente richiamato l'attenzione delle Sezioni Unite.

Al fine di esaminare la questione, appare preliminare la ricostruzione del caso.

Nel 1980, tre sorelle sciolsero la comunione di un edificio, determinando una situazione di condominio: l'edificio, oltre alle tre unità immobiliari d'uso commerciale al piano terra e alle tre d'uso residenziale al primo piano, constava di parti comuni.

Le unità immobiliari vennero ripartite equamente tra le tre sorelle – un appartamento al primo piano e un negozio al piano terra per ciascuna – tuttavia, solo a favore di una, fu attribuito "*l'uso esclusivo della porzione di corte antistante*" al negozio del pianterreno. Tale diritto, dunque, trovava fonte nell'atto di divisione, *rectius* nell'atto all'origine del condominio.

Pochi anni dopo, la compagine condominiale subì delle modifiche: la sorella, in favore della quale era stato previsto l'uso esclusivo di parte del cortile, alienò sia il suo appartamento che il negozio. Anche nell'atto di compravendita si specificava che, assieme al negozio, si trasferiva il diritto di uso esclusivo di cui trattasi.

I due condomini, subentrati nella titolarità degli altri due appartamenti del primo pia-



no in seguito a procedura espropriativa, citarono in giudizio il nuovo titolare del negozio con uso esclusivo della porzione di cortile antistante al fine di contestare la validità del titolo giustificativo di tale diritto. Il convenuto chiedeva di respingere le pretese attoree in forza del titolo costitutivo ovvero per usucapione della servitù ovvero, ancora, ai sensi dell'art. 1021 c.c.

È interessante sottolineare e ripercorrere la ricostruzione della vicenda data dalla Corte di Appello. A detta della Corte di Appello, infatti, la locuzione «*uso esclusivo della corte antistante*» era da intendersi come volta a sottolineare la natura pertinenziale della porzione di cortile antistante il singolo negozio, considerata la destinazione permanente di questa al servizio del locale. Inoltre, l'uso esclusivo, previsto sia nella divisione che nella compravendita di qualche anno successiva, andava ricondotto all'uso di parti condominiali di cui agli artt. 1102 c.c. e 1122 c.c. Secondo i giudici, per di più, l'utilizzo esclusivo delle corti era da considerarsi legittimo perché previsto originariamente col consenso dei condomini.

Il caso è arrivato dinanzi alla seconda sezione della Suprema Corte, la quale, con ordinanza interlocutoria n. 31420 del 2019 [1], ha rimesso la decisione alle Sezioni Unite al fine di superare il contrasto emerso sul punto in seno alle sezioni semplici.

2. – A partire dal 2017 [2], un nuovo indirizzo giurisprudenziale ha ammesso la possibilità di costituire un diritto di uso esclusivo di parti comuni dell'edificio in favore di un solo condomino, escludendone – al contempo – una qualificazione come diritto d'uso *ex* art. 1021 c.c. Infatti, il diritto di uso esclusivo «*tendenzialmente perpetuo e trasferibile*» non condivide col diritto d'uso di cui agli artt. 1021 c.c. e ss., né i limiti di durata, né i limiti di trasferibilità, né le modalità di estinzione.

Le argomentazioni utilizzate dalla Suprema Corte per dare risposta positiva alla configurabilità del diritto di uso esclusivo, muovono da vari presupposti.

---

[1] Tra i commenti dell'ordinanza, si vedano M. MONEGAT, *Il diritto d'uso esclusivo del cortile, parte comune, si configura come diritto reale ex art. 1021 c.c. o come deroga al principio di cui all'art. 1102 c.c.? La questione è controversa ma riveste particolare importanza per la trasferibilità di tale diritto ed esige perciò l'intervento delle Sezioni Unite*, in *Imm. e propr.*, 2020, 1, 49; M.L. CHIARELLA, *Rimessa alle Sezioni Unite la qualificazione giuridica del c.d. diritto d'uso esclusivo*, in *Giur. it.*, 2020, 4, 790. Più in generale, si leggano G. RIZZI, *I posti auto condominiali e la disciplina in tema di conformità catastale*, in *Notariato*, 2019, 1, 7; R. TRIOLA, *Il c.d. diritto di uso esclusivo di parti comuni*, in *Corr. giur.*, 2020, 4, 504.

[2] Cass., 16 ottobre 2017, n. 24301, in *Imm. e propr*., 2017, 12, 724. Successivamente, in senso conforme, si richiamano anche Cass., 10 ottobre 2018, n. 24958, in *Foro it.,* 2019, 1, 1, 248; Cass., 31 maggio 2019, n. 15021, in *Imm. e propr.*, 2019, 8-9, 530; Cass., 4 luglio 2019, n. 18024 in *www.leggiditalia.it*; Cass; 3 settembre 2019, n. 22059, in *Imm. e propr.*, 2019, 11, 668.



Innanzitutto, si sono ricercati indici normativi a sostengo di tale orientamento.

Prime conferme si ritroverebbero nell'art. 1117 c. c., ove si prevede la presunzione di comunione di parti comuni «*se non risulta il contrario dal titolo*». Tale disposizione sancirebbe l'ammissibilità della clausola di un contratto o di un regolamento condominiale mediante la quale si convenga l'uso esclusivo di parti comuni in favore di un condomino [3].

Si richiama, poi, l'art. 1122 c.c., là dove si dispone non solo in capo al proprietario di parti esclusive, ma anche per chi sia titolare di «*proprietà esclusiva o uso individuale*» su «*parti normalmente destinate all'uso comune*», il divieto di eseguire opere che rechino danni alle parti comuni oppure un pregiudizio alla stabilità, alla sicurezza o al decoro architettonico dell'edificio.

A detta della Suprema Corte, inoltre, l'uso esclusivo di parti comuni riconosciuto in favore di un condomino non è idoneo a privare gli altri partecipanti della possibilità di fruire di qualche utilità sul bene. Il bene oggetto del diritto di uso esclusivo continua a configurarsi come parte comune. Ciò che viene conformato dal titolo è il godimento di ciascun condomino.

Il diritto di uso esclusivo viene qualificato come una manifestazione del diritto del condomino sulle parti comuni, in quanto tale inerente a tutte le unità in condominio, con la conseguenza che si trasmetterebbe non solo ai successivi aventi causa dell'unità cui l'uso stesso accede, ma anche a quelli delle unità fruenti di una minore facoltà di godimento.

La ricostruzione in esame, ha aggiunto la Corte, non si pone neppure in contrasto con il *numerus clausus* dei diritti reali: non si tratterebbe di un diritto reale atipico, bensì di una manifestazione – più correttamente, di una conformazione negoziale – del diritto del condomino sulle parti comuni.

Di tutt'altro avviso, invece, la seconda sezione della Corte di Cassazione [4].

---

[3] Oltre alla concreta fattispecie avente ad oggetto l'attribuzione di un diritto di uso esclusivo su una porzione di cortile condominiale, tale meccanismo opera frequentemente con riguardo ai lastrici solari o alle terrazze. Per di più, nel caso di lastrici solari, l'art. 1126 c.c., pur non prevedendo espressamente la possibilità di costituzione di tale diritto, fa riferimento alle conseguenze derivanti da tale attribuzione. Invero, si prevede che le spese si ripartiscono in misura diversa dal tradizionale criterio di cui all'art. 1123 c.c.: «*quando l'uso dei lastrici solari o di una parte di essi non è comune a tutti i condomini, quelli che ne hanno l'uso esclusivo sono tenuti a contribuire per un terzo nella spesa delle riparazioni o ricostruzioni del lastrico: gli altri due terzi sono a carico di tutti i condomini dell'edificio o della parte di questo a cui il lastrico solare serve, in proporzione del valore del piano o della porzione di piano di ciascuno*». Al di là dell'ipotesi dei lastrici solari, qualora il titolo o le tabelle millesimali non abbiano individuato il riparto tra contribuzioni dell'usuario ed i restanti condomini, la giurisprudenza ha a tal fine applicato l'art. 1123, comma 2, c.c., nella misura in cui fa riferimento a «*cose destinate a servire i condomini in misura diversa*».

[4] Cass., 9 gennaio 2020, n. 193 in *Imm. e propr.*, 2020, 3, 192.



Nel caso esaminato dalla seconda sezione, la società venditrice aveva concesso il diritto d'uso esclusivo dell'intero cortile – e non solo di una sua porzione – alla società acquirente. In particolare, si era pattuito che tale diritto fosse «*da esercitare senza limitazione, salvo il diritto di transito pedonale per accedere al locale e al servizio del negozio esistente nel cortile*». Benché si tenesse ferma la titolarità del cortile in capo alla società venditrice «*per necessità urbanistica*», si era precisato che, venute meno simili esigenze, la società venditrice o i suoi aventi causa si sarebbero impegnate a «*concedere il diritto di prelazione alla società acquirente al prezzo e modalità da convenirsi*». La parte ricorrente ha sostenuto che si trattasse di un diritto reale d'uso atipico, attesa la potenziale trasferibilità di tale diritto. A riprova di ciò, ha addotto anche che il diritto in questione, espressamente previsto dal regolamento condominiale trascritto, esplicava l'efficacia *erga omnes* propria dei diritti reali.

Ebbene, a detta della Corte di Appello – poi, anche della Suprema Corte – proprio la statuizione privata, mediante la quale si era prevista la permanenza del diritto di proprietà della società venditrice sul cortile, salvo costituzione solo di un diritto di prelazione in capo alla società acquirente, non può interpretarsi nel senso di ritenere costituito un «*diritto di uso reale atipico, esclusivo e perpetuo*». Invero, tale diritto svuoterebbe «*di ogni significato il diritto di proprietà*» rendendolo «*un diritto di proprietà vuoto, mero simulacro o parvenza, al quale non corrisponderebbe alcuna delle facoltà del proprietario, prima fra tutte quella di poter godere pienamente e indisturbatamente della res*».

Inoltre, si è escluso che potesse ritenersi costituita una servitù prediale. Nel caso in esame, infatti, il vantaggio non era imposto a favore di un fondo [5] – cd. dominante – bensì di un soggetto. Si è, quindi, concluso nel senso di ritenere configurata una servitù "irregolare", non potendosi neppure ricondurre siffatta ipotesi alla cd. servitù di parcheggio, riconosciuta dalla Suprema Corte a condizione che vi sia un diretto vantaggio del fondo dominante, da intendersi come *utilitas* di carattere reale [6].

---

[5] Sulla necessità che l'utilità sia legata all'utilizzo del fondo secondo la sua destinazione P.E. BENSA, *Delle servitù prediali*, Siena, 1899, 35 ss.; D. BARBERO, *Tipicità, predialità e indivisibilità nel problema dell'identificazione delle servitù*, in *Foro pad.*, 1957, I, 1042 ss.; G. GROSSO e G. DEIANA, *Le servitù prediali*, in *Trattato di dir. civ.* diretto da F. Vassalli, V, I, Torino, 1963, 116; P. VITUCCI, *Utilità e interesse nelle servitù prediali*, Milano, 1974, 117 ss.; G. BRANCA, *Servitù prediali*, in *Comm. c.c. Scialoja-Branca*, *Della Proprietà*, sub artt. 1027-1099, Bologna-Roma, 1987, 21; R. TRIOLA, *Le servitù prediali,* in *Il codice civile. Commentario* fondato da P. Schlesinger e continuato da F.D. Busnelli, Milano, 2008, 34.

In giurisprudenza, Cass., 29 agosto 1991, n. 9232, in *Mass. Giur. civ.*, 1991; Cass., 22 ottobre 1997, n. 10370, *ivi*, 1997; Cass., 16 ottobre 2002, n. *14693*, in *Riv. notar*., 2003, 1012; Cass, 21 dicembre 2012, n. 23839, in *Giust. civ.*, 2013, I, 1408.

[6] Si veda in senso favorevole alla configurabilità della servitù di parcheggio Cass., 23 marzo 1995, n.



In conclusione, la seconda sezione ha qualificato il diritto in esame come diritto reale d'uso che, in quanto istituito in favore di una persona giuridica, non poteva superare il trentennio *ex* artt. 1026 e 979 c.c.

3. – La specifica questione relativa alla configurabilità di un diritto d'uso esclusivo in favore di un condomino richiama il più generale dibattito dottrinale attorno alla tipicità dei diritti reali [7]. Ci si è domandati se possa considerarsi ancora esistente il principio del *numerus clausus* dei diritti reali [8] oppure se quest'ultimo debba retrocedere dinanzi all'esercizio dell'autonomia negoziale dei privati.

3370, in *Giur. it.*, 1996, I, 516, con nota di SICCHIERO; Cass., 6 luglio 2017, n. 16698, in *Foro it.*, 2017, I, 3027, con nota di BONA; Cass., 18 marzo 2019, n. 7561 in *Nuova giur. civ. comm.*, 2019, 5, 945 nota di CASINI. Con tali pronunce si è superato l'orientamento che, facendo leva sulla qualificazione dell'attività consistente nel parcheggio come vantaggio personale e non, invece, come una utilità inerente al fondo, escludeva la configurabilità di una servitù di parcheggio, configurandola come un diritto d'uso, ovvero, come una servitù irregolare. Per questi rilievi si vedano G. MUSOLINO, *Il parcheggio fra servitù prediale, servitù irregolare e servitù personale (diritto d'uso),* in *Riv. not.*, 2012, 1137; F. ESPOSITO, *Considerazioni sull'ammissibilità della servitù di parcheggio*, in *Nuova giur. civ. comm.*, 2010, I, 286.

Il recente indirizzo della giurisprudenza, invece, proprio facendo leva sulla nozione di utilità, arriva a tutt'altra conclusione, ammettendo la possibile configurazione di una servitù di parcheggio.

[7] v. G. VENEZIAN, *Dell'usufrutto, dell'uso e dell'abitazione,* I, Napoli-Torino, 1931, 141; M. GIORGIANNI, *Contributo alla teoria dei diritti di godimento su cosa altrui,* I, Milano, 1940, 151 ss., ora in ID., *Raccolta di scritti. Itinerari giuridici tra pagine classiche e recenti contributi*, Padova, 1996; ID., voce ''*Diritti reali (diritto civile)*'', in *Noviss. Dig. It.*, V, Torino, 1960, 748 ss.; M. COMPORTI, *Contributo allo studio del diritto reale*, Milano, 1977, 293 ss., A. BURDESE, *Considerazioni in tema di diritti reali,* in *Riv. dir. civ.*, 1977, II, 325; A. NATUCCI, *La tipicità dei diritti reali*, Padova, 1985, *passim*; ID., Numerus clausus *e analisi economica del diritto*, in *Nuova giur. civ. comm.*, 2011, 7-8, 319 ss.; G. BRANCA, *Servitù prediali*, cit., 10; M. COMPORTI, voce ''*Diritti reali*'', in *Enc. giur. Treccani*, XI, Roma 1989, 5 ss.; ID., *Diritti reali in generale*, in *Tratt. dir. civ. e comm.*, a cura di A. Cicu e F. Messineo, Milano, 2011, 217 ss.; A. GAMBARO, *Note sul principio di tipicità dei diritti reali*, in L. CABELLA PISU-L. NANNI (a cura di), *Clausole e principi generali nell'argomentazione giurisprudenziale degli anni Novanta*, Padova, 1998, 223 ss.; A. FUSARO, *Il numero chiuso dei diritti reali*, in *Riv. crit. dir. priv.*, 2000, 439 ss.; ID., *Il contributo della prassi al numero chiuso dei diritti reali*, in *Nuova Giur. civ. comm.*, 2011, II, 517 ss.; G. BARALIS, *I diritti reali di godimento*, in *Diritto civile*, diretto da N. Lipari e P. Rescigno, coordinato da A. Zoppini, II, *Successioni, donazioni, beni*, tomo II, *La proprietà e il possesso*, Milano, 2009, 180 ss.; U.M. MORELLO, *Tipicità e* numerus clausus *dei diritti reali*, in *Tratt. Diritti Reali*, a cura di A. GAMBARO e U.M. MORELLO, I, Milano, 2008, 67 ss.; E. MOSCATI, *Il problema del numero chiuso dei diritti reali*, in AA.VV., *Liber Amicorum per Angelo Luminoso, Contratto e Mercato*, I, a cura di P. CORRIAS, Milano, 2013, 441 ss.; C.M. BIANCA, *La Proprietà*, in *Diritto civile*, 6, Milano, 2017, 93 ss. Sul punto e, più in generale, per una completa ricostruzione delle diverse teorie e concezioni elaborate con riguardo ai diritti reali, B. AGOSTINELLI, *Diritti reali* (dir. civ.), in *Treccani online* (Diritto online), 2015.

[8] Talvolta si distingue tra tipicità e numero chiuso, M. GIORGIANNI, *Contributo alla teoria dei diritti di godimento su cosa altrui,* cit., 169 ss.; F. ROMANO, *Diritto e obbligo nella teoria del diritto reale,* Napoli,



Si ritiene opportuno anche solo brevemente ricordare che è con la Rivoluzione francese, ispirata da valori di stampo liberale, affermatisi con l'Illuminismo, che il principio romanistico [9] della tipicità, dopo la lunga parentesi medievale [10], trovava nuova espressione nelle codificazioni ottocentesche [11]. Invero, con la fine dell'*ancien regime,* si intendeva liberare i terreni dai vincoli e dagli oneri di derivazione feudale, inevitabili ostacoli alla certezza e alla sicurezza dei traffici. Si voleva il territorio della Francia libero al pari dei Francesi: «*Le territoire de France, dans toute son étendue, est libre comme les personnes qui l'habitent.* [12]».

1967, 73 ss.; M. COMPORTI, *Contributo allo studio del diritto reale*, cit., 293, in cui si legge che il principio del numero chiuso attiene alla «*esclusività della fonte*», mentre la tipicità attiene alla «*determinazione del contenuto, cioè del tipo della situazione reale*». Mentre altra parte della dottrina ha assimilato i due principi A. BURDESE, *Considerazioni in tema di diritti reali,* in *Riv. dir. civ.*, 1977, II, 325.

[9] Si veda V. ARANGIO-RUIZ, *La cosiddetta tipicità delle servitù e i poteri della giurisprudenza romana,* in *Foro it.*, 1934, IV, 49; P. VOCI, *Istituzioni di diritto romano*, Milano, 2004, 84; B. BIONDI, *Le servitù,* in *Trattato Cicu-Messineo*, Milano, 1967, 16.

[10] G. BRANCA, *Servitù prediali*, cit., 10: «*L'autonomia privata, che può dar vita a qualunque obbligazione, non ha il potere di fare altrettanto nel campo dei diritti reali. Così era in antico, tolta l'oscura parentesi del diritto bizantino e comune, così è adesso*»; nello stesso senso anche L. BARASSI, *Diritti reali e possesso*, I, Milano, 1952, 48 e ss.; M. COMPORTI, *Contributo allo studio del diritto reale*, cit., 287.

In senso critico circa l'esistenza del principio nell'esperienza giuridica contemporanea, R. NICOLÒ, voce *Diritto civile,* in *Enc. del dir.,* vol. XII, Milano, 1964, 908; D. MESSINETTI, *Oggettività giuridica delle cose incorporali*, Milano, 1970, 124.

Sul Medioevo, P. GROSSI, *Le situazioni reali nell'esperienza giuridica medievale,* Padova, 1968, 104: «*a fronte della rigorosa tipicità classica, a fronte di un sistema di diritti reali concepito come chiuso, rigido e strettamente limitato, si afferma, in primo luogo, la tendenza, non solo, a concepire in modo asistematico il problema dei vari rapporti reali, bensì a ritenerli non già un* "numerus clausus" *ma una serie aperta e potenzialmente indefinita, non una galleria di tipi predeterminati e assolutamente precisati, ma un gruppo elastico di figure amorfe sommariamente e liberamente determinate dalla consuetudine e delle quali è chiaro come minimo denominatore solo la loro radicazione nella cosa*».

Di contrario avviso E. BESTA, *I diritti sulle cose nella storia del diritto italiano*, Milano, 1964, 22, a detta del quale i diritti reali furono sempre intesi come diritti tipici, non potendo essere modificati dai poteri dei privati, diversamente dai diritti di credito. Chiarisce, però, che se nelle codificazioni ottocentesche la fonte della tipicità si rinviene nella legge, nel Medioevo si ritrovava nella consuetudine. Si legge, infatti, che «*L'eccezione offerta dal Medioevo, che pur fu fecondo, come vedremo di parecchie nuove figure, è solo apparente. Al posto della legge dobbiamo allora porre la consuetudine*». La più elastica fonte medievale della consuetudine, dunque, non si traduceva nel rifiuto del sempre vigente principio di tipicità.

[11] Il Codice Napoleonico intendeva eliminare ogni vincolo reale permanente sulla proprietà, sia tramite la riduzione dei tipi di diritti reali ammessi, sia tramite l'introduzione del divieto ai privati di creare figure di diritti reali non previste dal legislatore. Secondo alcuni studiosi del tempo, come Jean Demolombe e Samuel Ginossar, il divieto in esame – esplicazione del principio di tipicità dei diritti reali – trovava emersione normativa nell'art. 543 c.c. ove si prevedeva che «*On peut avoir sur les biens, ou un droit de propriété, ou un simple droit de jouissance, ou seulement des services fonciers à prétendre.*».

Cfr. J. DEMOLOMBE, *Cours de code Napoleon,* IX, Parigi, 1870, 463; S. GINOSSAR, *Doir réel, propriété et créance*, Parigi, 1960, 148 ss.

Di diverso avviso C.B.M. TOUILLER, *Le droit civil francais suivant l'ordre du code*, Bruxelles, 1845, il



Si giungeva, dunque, a vietare la creazione convenzionale di diritti reali; potendo questi ultimi trovare fonte solo in una previsione legislativa.

La *ratio* di tale divieto si spiegava – e si spiega tutt'oggi – nella tutela del traffico e della sicurezza degli acquisti, con particolare riguardo ai terzi. Invero, la creazione di un diritto reale atipico è idonea a restringere ben oltre i limiti previsti dalla legge il contenuto della proprietà o di altro diritto reale oggetto di acquisto da parte di un terzo.

Dunque, il principio di tipicità intende evitare che l'opponibilità *erga omnes*, nota peculiare dei diritti reali, si estenda oltre le previsioni di legge, anche a fattispecie non conoscibili dai terzi estranei alla convenzione istitutiva di simili diritti atipici. Preme, sul punto ricordare le parole del Venezian: «*La volontà privata non può da sola neppure vincolare l'attività futura del volente* […] *Tanto meno la volontà privata può costituire da sola un diritto reale, al quale non è correlativo l'obbligo del costituente, ma un'obbligazione generale; per il quale non è ristretta soltanto la libertà d'azione del costituente e di chi raccogliendo la somma dei suoi averi assume di continuarne la personalità economica, ma all'attività di chiunque è posto un limite, rispetto alla cosa su cui il diritto cada, e in ispecie è ristretta la libera attività di chi sulla stessa cosa acquisti un diritto*» [13].

D'altra parte, tentativi di superamento del principio di tipicità son stati infruttuosamente esperiti mediante il ricorso al meccanismo della trascrizione, ritenendo che, in presenza di un negozio trascritto, il diritto reale atipico creato sia suscettibile di esplicare effetti anche verso terzi. Tuttavia, il nostro ordinamento prevede che possano trascriversi solo gli atti di cui all'art. 2643 c.c. ovvero quelli che, pur non contemplati, producono gli stessi effetti, secondo quanto disposto dall'art. 2645 c.c.

Ciò comporta che non potrà mai esplicare efficacia *erga omnes* la situazione reale, creata dalle parti con negozio trascritto, ma non rientrante tra quelle espressamente

---

quale sostiene la possibilità di costituire diritti reali atipici. Nella Sezione V, intitolata «*Nature des droits réels détachés de la propriéte parfaite, s'il y en a de plusieurs espéces, quel en est le nombre*», Touiller escluse che fosse utile attribuire un nome ai diritti reali, e, dunque, tipizzarli. Ebbene ammetteva la costituzione di diritti reali anche atipici. Si legge, infatti, «*Mais si on demande quels sont les droit qu'on peut séparer de la propriété parfaite, de combien de maniéres on peut la demembrer, il faut d'abord poser en principe que chacun pouvant disposer de sa propriéte de la manière la plus absolue, il peut en détacher les droits que bon lui semble, étendre ou limiter ces droits comme il le veut; en un mot, démembrer sa propriété de toutes les manières qu'il le juge à propos, pourvu qu'il n'y ait rien de contraire aux lois ou à l'ordre public. Ainsi, dans cette matière, on suit le principe general: tout ce qui n'est pas défendu, est permis.*».

[12] Decret des 5-12 juin 1791, art. I^{er}, Code rural, titre I^{er}, Section I^{er}; citazione che si ritrova anche in M. GARAUD, *La révolution et la propriété foncière,* Parigi, 1958.

[13] G. VENEZIAN, *Dell'usufrutto, dell'uso e del'abitazione,* I, Napoli-Torino, 1931, 141.

Una critica alla teoria del Venezian si ritrova in A. BELFIORE, *Interpretazione e dogmatica nella teoria del diritto reale*, Milano, 1979.



considerate opponibili dal nostro ordinamento. Ne segue che non potrebbe mai opporsi al terzo un diritto reale atipico [14] atto a privarlo di facoltà attribuitegli per legge ovvero in grado di costringerlo a svolgere prestazioni accessorie [15].

Altra parte della dottrina ha rinnegato l'esistenza stessa di tale principio. È stato da alcuni sostenuto che la tipicità dei diritti reali contrasta col principio di autonomia negoziale, dovendosi, quindi, ammettere la possibilità in capo ai privati di creare diritti reali atipici [16], purché leciti e tendenti ad uno scopo meritevole di tutela.

Invero, questa dottrina ha rilevato che unico limite all'esercizio del potere dei privati è da rintracciarsi nella meritevolezza dell'interesse perseguito *ex* art. 1322 c.c., non ritenendo a questo fine sufficiente richiamare il principio di relatività degli effetti del contratto previsto dall'art. 1372 c.c. [17]

Tuttavia, rifiutare di rintracciare nell'art. 1372 c.c. il fondamento positivo del divieto di incidere nella sfera giuridica di terzi, nonché – per quanto rileva in questa sede – del principio del *numerus clausus* dei diritti reali, non è per ciò solo sufficiente ad escludere una loro vigenza nel nostro ordinamento. Invero, altri sono i dati normativi dai quali emergono tali limiti all'autonomia negoziale dei privati. Si pensi alla riserva di legge posta dall'art. 42, comma 2, Cost. ai fini della determinazione dei «*modi di acquisto, di godimento e i limiti della proprietà*.» [18].

---

[14] Sul punto si leggano le pagine di A. NATUCCI, *La tipicità dei diritti reali,* cit., 166 ss., il quale nega che la tutela del terzo possa derivare dalla mera conoscibilità o conoscenza effettiva della situazione reale atipica costituita dai privati. In questi casi, l'effettiva conoscenza non può in alcun modo legittimare i privati ad esercitare poteri idonei ad incidere sull'altrui sfera giuridica, a prescindere dal consenso. Una conclusione opposta potrebbe prospettarsi solo in presenza di una specifica ed espressa previsione di legge che renda legittimo il potere d'imposizione ai terzi della propria volontà contrattuale, quale quella che disciplina le condizioni generali di contratto di cui all'art. 1341 c.c. Si ammetterebbe, altrimenti, un'ipotesi di potere privato non previsto dal legislatore.

Sul concetto di autorità privata si ricordino sempre C. M. BIANCA, *Le autorità private,* Napoli, 1977; E. DEL PRATO, *I regolamenti privati,* Milano, 1988.

[15] Nel caso in cui siano previste obbligazioni *propter rem*.

[16] F. ROMANO, *Diritto e obbligo*, cit., 70; D. MESSINETTI, *Oggettività giuridica delle cose incorporali*, cit., 126; P. VITUCCI, *Autonomia privata, numero chiuso dei diritti reali e costituzione convenzionale di servitù,* in *Riv. dir. agr.*, 1972, I, 855 ss.; M. COSTANZA, *Numerus clausus dei diritti reali e autonomia contrattuale*, in *Studi in onore di Cesare Grassetti*, I, Milano, 1980, 424 ss.; ID., *Il contratto atipico*, Milano, 1981, 169 ss.

[17] F. ROMANO, *Diritto e obbligo*, cit., 69 afferma che l'art. 1372 c.c. non guarda all'efficacia del contratto verso i terzi; bensì alla vincolatività degli effetti tra i paciscenti. Tale affermazione si ritiene poco condivisibile. È opinione prevalente, d'altronde, che la disposizione in esame rappresenta l'emersione del principio *pacta sunt servanda*, ma anche di un limite all'efficacia esterna del contratto, non potendo i terzi essere vincolati a prescindere dal loro consenso, salvo che nei casi espressamente previsti dalla legge.

[18] A. NATUCCI, *La tipicità dei diritti reali,* cit., 169 ss.; A. DI MAJO e L. FRANCARIO, *Proprietà e autonomia contrattuale*, Milano, 1990; E. CATERINI, *Il principio di legalità nei rapporti reali*, Napoli 1998, 29 ss.



Alla luce di quanto premesso, appare ragionevole ritenere ancora oggi sussistente il principio di tipicità dei diritti reali, dovendosi intendere sia con riguardo alla fonte che con riguardo al rapporto. Ne segue che ai privati è vietato coniare figure di diritto reale diverse da quelle tipizzate dal legislatore, così come è vietato incidere sul contenuto proprio del diritto reale tipico, al fine di non snaturare il rapporto sottostante. Si deve ritenere valida, di conseguenza, la previsione pattizia mediante la quale si conforma il contenuto del diritto reale tipico, ma nei limiti previsti dalla legge.

È di preliminare importanza, quindi, comprendere cosa si intenda per diritto reale *tipico*.

Posto che – come sopra delineatosi – la *ratio* della tipicità risiede nella tutela dei traffici, soprattutto in relazione ai terzi, l'individuazione del diritto reale *tipico* rileva per delimitare quali situazioni giuridiche sono idonee ad esplicare efficacia *erga omnes*, anche se costituite convenzionalmente.

Invero, se con riguardo ad assetti di interessi contrattuali atipici, gli studi attorno al *tipo* hanno posto l'attenzione sul piano della liceità-validità *inter partes*, oltre che sul piano della individuazione del regime normativo applicabile; con riguardo alla creazione convenzionale di diritti reali, il piano di indagine attiene all'efficacia della convenzione: se i diritti di cui si dispone sono riconducibili a quelli tipizzati, essi potranno esplicare efficacia reale, perché è la legge che lo prevede; mentre, in caso di diritti reali *atipici*, il contratto potrà esplicare meri effetti obbligatori [19], purché si applichino i principi di conversione sostanziale di cui all'art. 1424 c.c.

In quest'ottica, il principio di tipicità non sembra davvero porsi in contrasto con l'autonomia negoziale. D'altronde, l'autonomia dei privati, nei limiti di cui all'art. 1322 c.c., attiene al profilo contenutistico del regolamento d'interessi, e non anche al profilo soggettivo inerente alla produzione di effetti nei confronti delle parti e/o dei terzi. Se è pur vero che i privati possono attribuire qualsiasi contenuto al contratto, purché esso sia meritevole di tutela; è parimenti vero che rimane sempre fermo il limite soggettivo dell'efficacia *inter partes* del contratto, salvo che non vi siano casi espressamente previsti dalla legge.

Ciò premesso, per comprendere se ci si muove all'interno del *tipo* del diritto reale ovvero al di fuori di esso, occorre ricostruire per ciascun diritto reale disciplinato dalla legge quali sono i suoi tratti peculiari e, tenuti fermi questi, valutare quale sia la massima espansione della conformazione negoziale degli stessi. Una volta superati i limiti del ti-

[19] Si pensi alle servitù c.d. irregolari.



po, la conformazione negoziale del diritto è pur sempre ammessa, ma nei limiti di efficacia di cui all'art. 1372 c.c.

4. – Le Sezioni Unite, dinanzi a siffatto panorama giurisprudenziale, indagano la natura del diritto di uso esclusivo su parti comuni, per comprendere se tale figura, emersa nella prassi notarile e nella più recente elaborazione giurisprudenziale, costituisca un diritto reale atipico; un diritto riconducibile a figure tipiche di diritti reali di godimento; ovvero se si tratti di un diritto di credito, personale di godimento.

Innanzitutto, la Suprema Corte si domanda se – come sostenuto dall'orientamento inaugurato nel 2017 – effettivamente vi siano norme idonee a fondare la configurabilità di un generale diritto di uso esclusivo a favore di un condomino. Escluso ciò, si interroga circa la riconducibilità del diritto in esame alle servitù prediali *ex* artt. 1027 e ss. o al diritto d'uso *ex* artt. 1021 c.c. e ss.

Nello specifico, a detta della Suprema Corte, né l'art. 1102 c.c., né l'art. 1117 c.c. rappresentano validi indizi normativi a sostegno della configurabilità del diritto di uso esclusivo: la rubrica dell'art. 1102 c.c. fa riferimento all'«*uso comune*» – e non esclusivo – della cosa; così come l'art. 1117 c.c., individuando quali sono le «*parti comuni*» dell'edificio, mai allude ad un uso esclusivo delle stesse da parte di un condomino, sottolineando – a più riprese – che tali porzioni dell'edificio sono destinate all'«*uso comune*». Inoltre, la possibilità di superare convenzionalmente la presunzione di condominialità non si riferirebbe all'attribuzione del mero godimento esclusivo della parte comune in favore di un condomino, bensì all'attribuzione della proprietà piena della parte comune che, così, diviene proprietà esclusiva del condomino.

Le norme in esame di certo non escludono un «*uso più intenso*» della cosa comune da parte di uno o più condomini. Invero, la maggiore intensità dell'uso di parti comuni è ammissibile nel nostro ordinamento, come si evince dagli articoli in materia di ripartizione delle spese in proporzione all'uso, nonché di manutenzione e sostituzione delle scale e degli ascensori; ma con dei limiti: purché non si preveda un divieto di utilizzo generalizzato in capo agli altri condomini [20].

[20] In tal senso, Cass., 29 gennaio 2018, n. 2114, in *www.leggiditalia.it*, ove si legge che: «*L'art 1102 c.c., nel prescrivere che ciascun partecipante può servirsi della cosa comune purché non ne alteri la destinazione e non impedisca agli altri partecipanti di farne parimenti uso, non pone una norma inderogabile. Ne consegue che i suddetti limiti possono essere resi più rigorosi dal regolamento condominiale, o da delibere assembleari adottate con il "quorum" prescritto dalla legge, fermo restando che non è consentita l'introduzione di un divieto di utilizzazione generalizzato delle parti comuni*».



L'impossibilità di impedire agli altri partecipanti di usare la cosa comune «*secondo il loro diritto*» costituisce, dunque, il limite esterno oltre il quale la conformazione della paritarietà e simultaneità dell'uso stesso non può andare. Verrebbe altrimenti violato il contenuto intrinseco del diritto di comproprietà, negandolo in radice. Da ciò discende, per esempio, l'ammissibilità dell'uso frazionato [21] o turnario [22]. Nel caso di diritto di uso esclusivo, invece, proprio la concentrazione della facoltà di uso in capo ad uno o più condomini, solleva non poche perplessità: l'esclusività va ben oltre la maggiore intensità dell'uso della cosa comune e finisce per configurare un uso «*quasi uti dominus*» con conseguenze in ordine all'effettiva possibilità di configurare ancora la *res* oggetto di godimento come *res* sostanzialmente *communis*, pur rimanendo tale dal punto di vista formale [23].

La Suprema Corte aggiunge che non potrebbe neppure richiamarsi l'art. 1126 c.c., in materia di «*lastrici solari di uso esclusivo*» [24], quale fondamento normativo di un generale «*diritto reale di uso esclusivo*»: tale norma è da considerarsi eccezionale, suscettibile – se del caso – di una «*cauta applicazione estensiva*». [25]

Del pari, non possono fungere da fondamento normativo per l'ammissibilità del diritto d'uso esclusivo, né le ipotesi di concessione di un godimento «*apparentemente non paritario*» in favore di determinati condomini emerse con la riforma del 2012; né il

---

[21] Per l'uso frazionato, si richiamano sul punto Cass., 14 luglio 2015, n. 14694, in *Imm. e propr.*, 2015, 10, 594 nota di TRIOLA; Cass., 11 aprile 2006, n. 8429, in *Imm. e propr.*, 2006, 9, 590; Cass., 14 ottobre 1998, n. 10175, in *Giust. civ.*, 1999, I, 1059 nota di DE TILLA; Cass., 28 gennaio 1985, n. 434, in *Riv. Giur. Edil.*, 1985, I, 445.

[22] Per l'uso turnario, invece, Cass., 12 dicembre 2017, n. 29747, in *Imm. e propr.*, 2018, 2, 125; Cass., 19 luglio 2012, n. 12485, in *Imm. e propr.*, 2012, 10, 596; Cass., 3 dicembre 2010, n. 24647, in *Imm. e propr.*, 2011, 2, 119.

[23] Sul punto si veda E. DEL PRATO, *Uso esclusivo permanente in favore di un condomino e tipicità dei diritti reali*, in corso di pubblicazione su *Nuova giur. civ. comm.,* 2, 2021 ove si rileva che più che l'esclusività in sé del godimento, è l'ambito su cui esso si estende ad incidere sulla qualificazione della *res* come parte comune ovvero come proprietà esclusiva del condomino. L'uso esclusivo permanente può ben configurarsi con riguardo ad una specifica porzione della cosa comune, non anche con riguardo alla cosa nella sua interezza. Mentre è ben ipotizzabile, senza che ciò comporti la trasformazione della *res* da comune ad esclusiva del condomino, il godimento turnario e il godimento frazionato della cosa nella sua interezza. Se tali menomazioni del godimento comune sono solo temporanee, come ricorda tale dottrina, se ne può prevedere l'adozione anche mediante regolamenti condominiali adottati dalla maggioranza assembleare. Dovendo, invece, registrarsi il consenso unanime dei condomini nel caso di menomazione permanente.

[24] Nel caso di lastrici solari, si prevede espressamente la possibilità di un diritto di uso esclusivo. La fattispecie viene ricostruita partendo dal presupposto che il lastrico solare, con funzione di copertura, è parte comune; tuttavia, si può attribuire ad uno dei condomini il diritto di uso esclusivo del calpestio del lastrico.

[25] È quanto avvenuto per le terrazze condominiali, con funzione di copertura dell'edificio.



D.lgs. n. 122/2005 che fa esplicito riferimento alle «*pertinenze*», dunque, all'attribuzione di proprietà piena e non, invece, di un mero diritto d'uso, benché esclusivo.

La Corte, quindi, conclude nel senso di ritenere il richiamo ai menzionati elementi normativi del tutto inadeguato a fondare la possibilità di costituire un generale diritto di uso esclusivo a favore di un condomino.

Orbene, prima di escludere che tale diritto possa considerarsi un diritto reale, la Corte, nel pieno rispetto del *numerus clausus* dei diritti reali, si interroga se possa eventualmente ricondursi all'istituto delle servitù prediali ovvero del diritto d'uso.

Tuttavia, risposte negative son pervenute sia nell'uno che nell'altro senso.

Si afferma che il diritto d'uso esclusivo non può inquadrarsi come servitù. A detta della Corte, infatti, non vi sarebbe una costituzione di pesi sulle parti condominiali a vantaggio della proprietà esclusiva di un condomino, bensì un «*sostanziale svuotamento del diritto di proprietà del fondo servente*». E, benché sia estremamente ampio il contenuto con cui può determinarsi il contenuto delle servitù, deve negarsi la sussistenza di una servitù prediale, ogniqualvolta dal rapporto di assoggettamento tra due fondi non segua una mera restrizione delle facoltà di godimento del fondo servente, bensì una loro elisione.

Come si prospetterà più avanti [26], la conclusione si ritiene essere errata nella misura in cui in presenza di un diritto d'uso esclusivo di porzione di cosa comune – e non, invece, dell'intera *res* – non vi sarebbe la privazione del generale godimento da parte di altri condomini.

Ancora, le Sezioni Unite non ritengono utile il richiamo al diritto d'uso di cui all'art. 1021 c.c., atteso che – a differenza di quest'ultimo – il diritto in esame non presenta i caratteri della temporaneità e della intrasferibilità.

Da quanto premesso, discende il principio di diritto elaborato dalla Suprema Corte, fermo nella rigida applicazione del principio di tipicità dei diritti reali [27]. Orbene, dopo

---

[26] Si veda il par.5.

[27] Principio di tipicità che non attiene solo ai diritti reali, ma anche alle obbligazioni *propter rem*. L'opinione tradizionale della dottrina è stata sempre nel senso della tipicità. Si veda sul punto G. GROSSO, *Servitù e obbligazioni "propter rem"*, in *Riv. dir. comm.*, 1939, I, 213 ss.; ID., *Le servitù prediali,* I, cit. 61 ss.; L. BARASSI, *La teoria generale delle obbligazioni*, Milano, 1964, 127; B. BIONDI, *Le servitù,* cit. 726; BRANCA, *Le servitù prediali*, cit., 63 ss.

La giurisprudenza, invece, fino agli anni '50 del XX secolo ammetteva la possibilità di creare liberamente tali obbligazioni, richiedendo necessariamente la trascrizione ai fini dell'opponibilità nei confronti dei terzi. Cass, 31 dicembre 1917, in *Riv.dir. comm.,* 1918, II, 486; Cass., 21 marzo 1927, in *Riv. dir. comm.,*1927, II, 621 con nota di ALBERTARIO; Cass., 19 dicembre 1931, in *Foro it.*, 1932, I, 404; Cass., 9 luglio 1940, in *Giur. it.,* 1941, I, 1, 85; Cass., 17 marzo 1941, n. 713, in *Foro it.*, 1941, 155; Cass., 6 febbraio 1946, in *Riv. dir. comm.*, 1946, II, 197. Tale orientamento è stato superato a partire da Cass., 18 gennaio 1951, n. 141, in *Giur. it.*, 1952, I, 1, 29; Cass.,



aver puntualmente rifiutato ogni argomentazione sostenuta da quella parte della dottrina che intendeva superare il principio in esame mediante il ricorso all'autonomia privata [28], si legge che «*La pattuizione avente ad oggetto la creazione del c.d. "diritto reale di uso esclusivo" su una porzione di cortile condominiale, costituente come tale parte comune dell'edificio, mirando alla creazione di una figura atipica di diritto reale limitato, tale da incidere, privandolo di concreto contenuto, sul nucleo essenziale del diritto dei condomini di uso paritario della cosa comune, sancito dall'art. 1102 c.c., è preclusa dal principio, insito nel sistema codicistico, del* numerus clausus *dei diritti reali e della tipicità di essi*».

Il titolo negoziale avente ad oggetto la costituzione di diritto d'uso esclusivo a favore di un condomino viene considerato nullo, salva la possibilità di una sua riconduzione al diritto d'uso *ex* art. 1021 c.c. mediante il meccanismo di operatività della nullità parziale [29], ovvero di una conversione del diritto d'uso perpetuo ed esclusivo in diritto di credito avente efficacia *inter partes*. In quest'ultimo caso, deve sussistere la volontà ipotetica di entrambe le parti volta alla conclusione di questo diverso negozio *ex* art. 1424 c.c.

Il passaggio finale della sentenza in esame suscita non poche perplessità.

Invero, la Suprema Corte, pur optando per la nullità del titolo negoziale, non ne individua la causa.

---

14 giugno 1956, n. 2069, in *Foro it.*, 1956, I, 1, 1582; Cass., 22 luglio 1966, n. 2003, in *Giust. civ.,* 1966, I, 2136; Cass., 7 settembre 1979, n. 4045, in *Giur.it,* 1978, I, 1, 796; Cass., 2 gennaio 1997, n. 8, in *Corr. giur*., 1997, 5, 556 nota di ROLFI; Cass., 4 dicembre 2007, n. 25289 in *Mass. giur. it.*, 2007; Cass. 11 marzo 2010 n. 5888, Cass. 26 febbraio 2014 n. 4572, Cass. 15 ottobre 2018 n. 25673.

Autorevole dottrina rileva che il principio di tipicità concerne anche i casi in cui venga costituito un vincolo di destinazione *ex* art. 2645 *ter*. Tale vincolo è reale perché inerente alla cosa, opponibile – una volta trascritto – agli aventi causa a titolo particolare, purché previsto nel limite massimo di novanta anni o della durata della vita dei beneficiari. E. DEL PRATO, *Uso esclusivo permanente in favore di un condomino e tipicità dei diritti reali*, cit.

[28] Si ricordano i già citati F. ROMANO, *Diritto e obbligo*, cit., 70; D. MESSINETTI, *Oggettività giuridica delle cose incorporali*, cit., 126; P. VITUCCI, *Autonomia privata, numero chiuso dei diritti reali e costituzione convenzionale di servitù,* cit., 855 ss.; M. COSTANZA, *Numerus clausus dei diritti reali e autonomia contrattuale*, cit., 424 ss.; ID., *Il contratto atipico*, cit., 169 ss.

[29] Di contrario avviso, R. TRIOLA, *Il c.d. diritto di uso esclusivo di parti comuni*, cit., 509; secondo cui: «*Né si potrebbe sostenere che le parti hanno inteso costituire il diritto reale d'uso di cui all'art. 1021 c.c. e che ai sensi dell'art. 1419, comma 1, c.c. si dovrebbe considerare nulla solo la clausola relativa alla perpetuità del godimento esclusivo, per due ordini di ragioni. In primo luogo, in quanto occorrerebbe dimostrare che le parti avrebbero comunque concluso il contratto senza la clausola nulla. In secondo luogo, il contratto, come modificato dalla eliminazione della clausola relativa alla perpetuità dell'uso, sarebbe ugualmente nullo, in quanto il contenuto del diritto sarebbe divergente da quanto previsto nell'art. 1021 c.c., in base al quale l'uso si sostanzia nel diritto, per il soggetto titolare, di servirsi di una cosa (e se fruttifera di raccogliere i frutti) per quanto occorre ai bisogni suoi e della famiglia, nel contratto in questione, invece, l'uso esclusivo sarebbe in funzione del miglior godimento di una unità immobiliare in proprietà esclusiva, senza alcun riferimento ai bisogni del titolare e della sua famiglia.*».



In modo del tutto sfuggente viene richiamato il concetto di meritevolezza come possibile parametro attraverso il quale vagliare la conservazione del titolo. Una sola parola basta a far vacillare la solidità dell'*iter* logico seguito dalla Corte.

Se si applica il principio di tipicità dei diritti reali, non può concludersi che il contratto è nullo perché immeritevole di tutela, dunque, *ex* art. 1322, c.c. La nullità dovrebbe, se del caso, fondarsi sulla inconfigurabilità dell'oggetto *ex* artt. 1418, comma 2 e 1346 c.c.

Se le conseguenze derivanti dalla illiceità della causa – *ex* artt. 1322, comma 2 c.c. e 1343 c.c. – e quelle derivanti dall'oggetto impossibile – *ex* art. 1346 c.c. – son le stesse, ovverosia la nullità del contratto, ciò che viene intaccata è la tenuta logica della soluzione prospettata.

La Corte, nel considerare fermo il principio di tipicità dei diritti reali, rifiuta le argomentazioni sostenute a favore del superamento del *numerus clausus* mediante il ricorso all'autonomia privata. Argomentazioni che, come sopra sottolineato, aprivano alla *atipicità* dei diritti reali, col solo limite di cui all'art. 1322 c.c. A detta di questa dottrina, la convenzione avente ad oggetto diritti reali atipici può considerarsi nulla per illiceità della causa, solo nel caso in cui questi diritti tendano a scopi immeritevoli di tutela.

Coloro che, invece, prospettano ancora l'esistenza del principio di tipicità dei diritti reali, ritengono inconfigurabile qualsiasi diritto reale non riconducibile a quelli già individuati dal legislatore. Ne segue, dunque, che l'eventuale convenzione che preveda siffatti diritti è nulla per inconfigurabilità dell'oggetto *ex* artt. 1346 c.c. e 1418, comma 2 c.c. [30].

È in questo secondo senso che, se del caso, avrebbe dovuto esprimersi la Corte.

5. – In realtà, al di là delle criticità emerse in ordine alle conclusioni addotte dalla Corte, ciò che non sembra potersi condividere è la qualificazione stessa del diritto di uso esclusivo come diritto reale atipico.

Si ritiene, invece, che il diritto di uso esclusivo a favore di un condomino – con ciò intendendosi il diritto perpetuo, trasferibile ad eredi e aventi causa, di godere di una porzione appartenente all'area comune – possa ragionevolmente ricondursi ad un diritto reale già previsto dal legislatore.

Si procederà per gradi, vagliando le ipotesi da escludersi e quelle, invece, da accogliersi.

---

[30] In questo senso anche E. DEL PRATO, *Uso esclusivo permanente in favore di un condomino e tipicità dei diritti reali*, cit.



Al riguardo, è da escludersi una qualificazione del diritto in esame come di un diritto di uso [31] *ex* art. 1021 c.c., dal momento che mancherebbe la perpetuità del diritto, in quanto destinato ad estinguersi con la morte dell'usuario (artt. 1026 e 979 c.c.); così come difetterebbe la cedibilità (art. 1024 c.c.).

Del pari, non può considerarsi utile il richiamo al diritto di usufrutto [32]. Anche in questo caso, mancherebbe la perpetuità del diritto, perché destinato a venire meno con la morte dell'usufruttuario (art. 979 c.c.). Inoltre, non sarebbe trasferibile *mortis causa*, estinguendosi con la morte del suo titolare. Mentre, sarebbe cedibile tramite atti *inter vivos*, ma con limiti di durata: l'art. 980 c.c. consente la cessione del diritto di usufrutto «*per un certo tempo o per tutta la sua durata*», dunque, al massimo, per tutta la vita dell'usufruttuario.

Escluse le due precedenti ipotesi – dell'uso e dell'usufrutto – si ritiene possano invece accogliersi le seguenti.

Se l'interpretazione del contratto lo consenta, potrebbe trattarsi di un vero e proprio trasferimento della proprietà. La porzione di cortile diverrebbe, così, pertinenza di proprietà esclusiva del condomino. Il diritto sarebbe opponibile ai terzi; perpetuo; trasferibile sia per atto *inter vivos* che *mortis causa*, anche indipendentemente dal trasferimento dell'unità cui accede. In questo caso è necessario il consenso di tutti i condomini al trasferimento della porzione di parte comune al condomino.

Se, invece, il contratto non consente l'interpretazione appena presa in considerazione, si tratterà di valutare se la costituzione del diritto in esame possa essere qualificato come servitù prediale [33]. Bisogna, a tal fine, valutare se il vantaggio attribuito al fondo domi-

---

[31] Sul diritto di uso, G. PUGLIESE, *Abitazione e uso*, in *NN.D.I.*, I, Torino, 1957, 57; ID., *Usufrutto, uso e abitazione*, in *Tratt. dir. civ.* diretto da F. Vassalli, Torino, 1972, 816; A. QUARANTA e R. PREDEN, *Superficie, enfiteusi, usufrutto, uso e abitazione*. (Art. 952-1026), in *Comm. teorico-pratico al c.c.*, diretto da V. De Martino, 1972; F. DE MARTINO, *Dell'usufrutto, dell'uso e dell'abitazione*, in *Comm. Scialoja, Branca*, sub artt. 978-1026, Bologna-Roma, 1978, 352; L. BIGLIAZZI GERI, *Usufrutto, uso e abitazione*, Milano, 1979; G. PALERMO, *L'uso e l'abitazione*, in *Tratt. dir. priv.* diretto da P. Rescigno, 8, Torino, 1982, 143; M. TRIMARCHI, *Uso (diritto di)*, in *Enc. dir.,* XLV, 1992, 922; G. MUSOLINO, *Uso, abitazione e servitù irregolari,* Bologna, 2012.

[32] Sul diritto d'usufrutto, P. E. BENSA; *Corso di diritto civile tenuto nell'Università di Genova, Dell'usufrutto (lezioni dell'anno accademico 1923-1924, raccolte da Federici e Pertusio)*, Genova, 1924; A. CICU, *Diritto civile. Dell'usufrutto (lezioni dell'anno accademico 1924-1925)*, Bologna, 1925; G. VENEZIAN, *Dell'usufrutto, dell'uso e dell'abitazione,* vol. I, a cura di G. Osti, Napoli-Torino, 1931; vol. II, a cura di F. Maroi, Napoli-Torino, 1936; L. BARASSI, *I diritti reali limitati,* Milano, 1937; D. BARBERO, *L'usufrutto e i diritti affini,* Milano, 1952; G. PUGLIESE, *Usufrutto, uso e abitazione*, cit.; F. DE MARTINO, *Dell'usufrutto, dell'uso e dell'abitazione*, cit.; L. BIGLIAZZI GERI, *Usufrutto, uso e abitazione*, cit.; A. DE CUPIS, *Usufrutto (diritto vigente)*, in *Enc. dir.,* XLV, 1992, 1111; G. BONILINI (a cura di), *Usufrutto, uso, abitazione*, Torino, 2010.

[33] Passando in rassegna le varie figure di diritto reale tipizzate dal legislatore, nonché le ricostruzioni giurisprudenziali volte a precisarne i tratti peculiari, appare evidente che, tramite l'istituto delle servitù prediali, è possibile per il privato servirsi di un ampio margine di autonomia privata: le servitù, infatti, non so-



nante, consistente nel godimento esclusivo di una porzione di cortile, sia tale da non svuotare di contenuto sostanziale il diritto di proprietà del fondo servente.

Si deve tenere a mente la premessa secondo cui la proprietà del fondo servente si considera un mero «*simulacro*» quando la conformazione della servitù si traduce in un «*diritto di godimento generale del fondo servente*».

Alla luce di ciò, appare ben ragionevole concludere nel senso che se il godimento esclusivo costituito in favore del fondo dominante è imposto sull'intero fondo servente, non si può ritenere validamente costituita una servitù prediale; mentre, se il godimento attribuito in favore del fondo dominante di un condomino inerisce ad una singola porzione del fondo servente, allora potrà ricondursi all'istituto delle servitù prediali.

Ancora, non è d'ostacolo a tale classificazione il principio *nemini res sua servit*, il quale trova applicazione solo quando un solo soggetto è titolare sia del fondo servente che di quello dominante, non quando il proprietario del fondo dominante sia comproprietario del fondo servente.

Ultimo requisito affinché possa dirsi validamente costituita la servitù prediale di uso esclusivo di una porzione di cosa comune, si rinviene nella necessaria conformità del contenuto di questo diritto alla destinazione del bene cui inerisce.

La riconduzione del diritto di uso esclusivo alle servitù [34], oltre ad evitare che si configuri una ipotesi di nullità per inconfigurabilità dell'oggetto *ex* artt. 1346 e 1418, co. 2 c.c. – garantendo, dunque, la conservazione di tutti gli autoregolamenti che tale diritto abbiano previsto – mantiene ferma la natura «comune» del fondo servente, qualificandosi come esclusivo solo il godimento di una sua frazione.

---

no individuate sulla base di un particolare contenuto, bensì per il fatto di imporre un peso sopra un fondo per l'utilità di un altro fondo, appartenente a diverso proprietario. Se, invece, la limitazione alla proprietà di un fondo altrui è imposta per il beneficio di una persona, si costituisce una servitù cd. irregolare, ovverosia un rapporto di natura obbligatoria. L'*utilitas*, consistente nell'oggettivo e diretto vantaggio che il fondo ricava dalla servitù, va distinta, dunque, dai vantaggi soggettivi-individuali.

Sulle servitù vi è immensa letteratura, P.E. BENSA, *Delle servitù prediali*, cit.; L. BARASSI, *I diritti reali limitati,* cit.; F. MESSINEO, *Le servitù*, Milano, 1949; D. BARBERO, *Tipicità, predialità e indivisibilità nel problema dell'identificazione delle servitù*, cit.; B. BIONDI, *Le servitù,* cit.; A. BURDESE, *Le servitù prediali,* Milano, 1960; G. GROSSO e G. DEIANA, *Le servitù prediali*, cit.; P. VITUCCI, *Utilità e interesse nelle servitù prediali*, cit.; G. BRANCA, *Servitù prediali,* cit.; M. COMPORTI, *Servitù (dir. priv.)*, in *Enc. giur*., XLII, 1990, 285; R. TRIOLA, *Le servitù prediali,* cit.

[34] In questo senso, E. DEL PRATO, *Uso esclusivo permanente in favore di un condomino e tipicità dei diritti reali*, cit.: «*La servitù è insieme affermativa e negativa perché esclude alcune fruizioni da parte degli altri comproprietari. Permangono in capo a questi ultimi le facoltà di godimento che non collidono con l'esercizio della servitù (ad es. il passaggio); il proprietario del fondo dominante, in quanto comproprietario di quello servente, soggiace a tutti gli altri limiti posti a carico dei comproprietari.*».



Ne escono perfettamente contemperati gli interessi individuali incidenti sulle cose comuni, da un lato, e l'interesse comune [35] del condominio, dall'altro. Si assicura, infatti, il contestuale – benché non paritario – godimento della cosa comune.

Così configurato, il diritto di uso esclusivo a favore di un condomino mantiene i requisiti di opponibilità *erga omnes*, di perpetuità, nonché di cedibilità, a condizione che, però, assieme alla servitù sia ceduto anche il fondo cui essa inerisce.

Se manca uno solo dei caratteri ora individuati, il rapporto eventualmente costituito esplicherà solo meri effetti obbligatori, purché vi siano i presupposti della conversione sostanziale di cui all'art. 1424 c.c.

[35] Pur se con riguardo alla comunione, si veda E. DEL PRATO, *I regolamenti privati*, cit., 83, ove si legge che «*L'interesse comune, in quanto caratteristica del rapporto comproprietario e limite del godimento di ogni partecipante alla comunione, costituisce il presupposto ed il parametro cui rapportare le clausole limitatrici dell'uso della cosa*».

JUS CIVILE



PAOLO DORIA

Avvocato

LA SUBFORNITURA. L'ARABA FENICE DEL DIRITTO CIVILE: CHE VI SIA CIASCUN LO DICE, DOVE SIA NESSUN LO SA

SOMMARIO: *1. Premessa: la subfornitura, il decentramento produttivo e la legge 18 giugno 1998 n. 192. – 2. La nozione di subfornitura recepita dall'art. 1 della legge n. 192/1998. – 3. Forma e contenuto del contratto di subfornitura a' sensi dell'art. 2. – 4. Le modalità e i termini di pagamento di cui all'art. 3. – 5. La responsabilità del subfornitore ex art. 5 della legge n. 192. – 6. Gli artt. 6 e 7 della legge n. 192/1998: il regime delle nullità e i diritti di privativa industriale. – 7. Abuso di dipendenza economica ex art. 9 e la legge n. 57/2001. – 8. Problemi processuali in ordine all'art. 10 della legge n. 192: l'abrogazione della norma ad opera dell'art. 5, 2° comma, del d.lgs. 15/11/2016 n. 219. – 9. La casistica giurisprudenziale. – 10. Considerazioni finali.*

1. – Il presente saggio si propone di fare sinteticamente il punto della situazione in relazione all'applicazione concreta della legge n. 192/1998, dopo oltre vent'anni dall'entrata in vigore: infatti, mentre il testo normativo ha stimolato sin dall'inizio importanti e rilevanti contributi della dottrina, le pronunce giurisprudenziali risultano tuttora certamente timide [1], nonostante i vari dubbi sollevati dall'interpretazione di molte norme.

La legge sulla subfornitura [2] n. 192/98 è stata introdotta dal legislatore [3] per tutelare,

[1] Sulla sostanziale mancanza di applicazione pratica della legge n. 192: F.L. GAMBARO-A. MARTINI, *La subfornitura cinque anni dopo*, in *Contratto e impresa – Europa*, 2003, pp. 512 e 517; L. FARHANGHI, *Verso la riforma della riforma: l'inapplicazione della legge sulla subfornitura*, in *Contratti*, 2000, p. 1073 ss.; quest'ultimo A. precisa che più dell'ottanta per cento delle imprese rientranti nell'ambito di applicazione della legge opera tramite rapporti difformi dalla normativa in questione. Vedasi anche: P. DORIA, *Note in tema di subfornitura tra i dubbi della dottrina e i timori della giurisprudenza*, in *Giur. it.*, 2007, 2899.

[2] Sulla subfornitura prima dell'entrata in vigore della legge n. 192/1998: G. ALPA, *Il contratto di subfornitura*, in *Trattato dir. priv.* diretto da P. RESCIGNO, Torino, 1989, p. 11, Obbligazioni e contratti, III, p. 87 ss.; *Id. Subfornitura*, in *Novissimo dig. it.*, appendice, VII, Torino, 1987, p. 596; G. VETTORELLO, *Il con-*



nell'ambito dei rapporti tra imprese, il contraente più debole [4]. Nel nostro sistema, infatti, a partire dalla tutela dettata dagli artt. 1341 e 1342 c.c., sono stati disposti dei correttivi all'autonomia contrattuale delle parti per tutelare i soggetti in condizioni di inferiorità economica. In particolare, nel rapporto tra consumatore e professionista, sono state introdotte, ad esempio, le regole di cui al d.lgs. n. 50/92 in relazione alle vendite porta a porta, la legge n. 52/96 che ha modificato il titolo II del libro quarto del codice civile recependo la direttiva 93/13/CEE e introducendo la disciplina delle clausole vessatorie, il d.lgs. n. 195/99 in materia di contratti a distanza, il d.lgs. n. 24/2002 in materia di vendite di beni al consumo ed il d.lgs. n. 206/05 che ha disciplinato organicamente la materia con il codice del consumo.

Il legislatore, con la legge n. 192/98, è appunto intervenuto per la prima volta [5] nei rapporti tra imprese, tutelando, in linea di massima, il contraente in condizioni di soggezione economica [6], ovverosia il subfornitore [7].

---

tratto di subfornitura, in *I contratti dell'industria e del mercato finanziario* diretto da F. GALGANO, Torino, 1995, p. 1351; R. LECCESE, *Subfornitura* (contratto di), in *Dig. disc. priv.*, sez. comm., XV, Torino, 1998, p. 242 ss.; F. GALGANO, *Il marchio nei sistemi produttivi integrati: sub-forniture, gruppi di società, licenze, merchandising*, in *Contratto e impresa*, 1987, p. 173 ss.

[3] Sull'iter parlamentare: A. BERTOLOTTI, *Il contratto di subfornitura*, Torino, 2000, p. 1 ss.

[4] O. CAGNASSO-G. COTTINO, *Contratti commerciali*, in *Trattato di diritto commerciale* diretto da G. COTTINO IX, Padova, 2000, p. 358; G. DE NOVA, *La subfornitura: una legge grave*, in *Riv. dir. priv.*, 1998, p. 449; G. CASELLI, *Osservazioni sulla legge 18 giugno 1998 n. 192, in materia di subfornitura con particolare riferimento al suo ambito di applicazione*, in *Contratto e impresa*, 1998, p. 1304 ss.; F. GALGANO, *Trattato di diritto civile*, Milanofiori Assago (MI), 2015, II, p. 627-628; C. BERTI-B. GRAZZINI, *La disciplina della subfornitura nelle attività produttive*, Milano, 2005, p. 5 e 77; E. RUSSO-C. CRIACO, *L'appalto privato*, Torino, 2005, p. 32; A. BERTOLOTTI, *Il contratto di subfornitura*, cit., p. 20; C.M. BIANCA, *Diritto civile*, 3, *Il contratto*, Milano, 2019, p. 366; F. PADOVINI, *La nuova disciplina della subfornitura nelle attività produttive*, in *Studium Iuris*, 1999, p. 1 ss.; A. FRIGNANI, *Disciplina della subfornitura nella legge n. 192/98: problemi di diritto sostanziale*, In *I contratti*, 1999, 2, 188. Per l'esperienza tedesca: B. FRITZINGER, *La subfornitura in Germania: il rapporto fra committente e subfornitore e la legge sulle condizioni generali di contratto*, in *Contratto e impresa – Europa*, 1999, p. 147 ss.; per la subfornitura internazionale: A.R. ADIUTORI, *Subfornitura internazionale*, in *Nuovo diritto delle Società*, 2016, 20.

[5] Va peraltro aggiunto che il legislatore ha inciso ancora significativamente nei rapporti tra imprese con il d.lgs. n. 231/02, che ha modificato l'art. 3 della legge n. 192 per armonizzare la disciplina in materia di transazioni commerciali; ma sul punto vedasi più diffusamente il paragrafo 3.

[6] Si è parlato a questo proposito di "terzo contratto", ovverosia del contratto a tutela del c.d. "imprenditore debole": M. TAMPONI, *Liberalizzazioni, "terzo contratto" e tecnica legislativa*, in *Contratto e impresa*, 2013, 1, p. 91 ss.; E. RUSSO, *Imprenditore debole, imprenditore-persona, abuso di dipendenza economica, "terzo contratto"*, ivi, 2009, 1, p. 130; G. DI LORENZO, *Abuso di dipendenza economica e contratto nullo, Padova*, 2009, p. 8 ss.; A. MATRORILLI, nota a Corte cassazione 18 settembre 2009 n. 20106, in *Danno e resp.*, 2010, 4, p.352.

[7] Sul punto è stato opportunamente chiarito che non sempre il subfornitore è il contraente più debole –



La subfornitura è una manifestazione del fenomeno moderno del decentramento produttivo [8]: un'impresa, solitamente di grandi dimensioni, decentra la propria produzione commissionando l'esecuzione di una o più parti del proprio ciclo produttivo a varie imprese di dimensioni inferiori [9].

La subfornitura può essere "congiunturale" o "strutturale" (quest'ultima detta anche specializzata): la prima si riscontra quando il committente commissiona l'esecuzione della prestazione al subfornitore semplicemente per propri motivi organizzativi; la seconda fattispecie si presenta quando il committente ricorre al prestatore per la realizzazione di un bene o di un servizio che non è in grado di produrre da se stesso [10]. Va subito precisato che oggetto della presente indagine è soltanto la categoria c.d. "congiunturale": infatti solo questa presuppone il rapporto di soggezione tecnica o tecnologica (del subfornitore rispetto al committente) che costituisce elemento imprescindibile per l'applicazione della legge n. 192/1998, vista l'inequivocabile definizione dell'art. 1 [11].

La subfornitura, infine, si distingue dalla fornitura perché la prestazione oggetto del contratto è destinata ad inserirsi nell'ambito del processo produttivo di un'altra impresa [12].

G. NICOLINI, *Subfornitura e attività produttive*, Milano, 1999, p. 5; G. CASELLI, *Osservazioni sulla legge 18 giugno 1998 n. 192, in materia di subfornitura con particolare riferimento al suo ambito di applicazione*, cit., p. 1306; F.L. GAMBARO-A. MARTINI*, La subfornitura cinque anni dopo*, cit., p. 514. Questi ultimi autori precisano che non è infrequente che anche la grande impresa possa talvolta trovarsi nelle vesti del subfornitore, essendo qualificante il contenuto del rapporto e non la qualità delle parti.

[8] P. ZANELLI, voce *Decentramento produttivo*, in *Dig. disc. priv.*, sez. comm., IV, Torino, 1989, p. 226 ss.

[9] R. LECCESE, in *La subfornitura, commento alla legge 18/6/1998 n. 192*, a cura di G. ALPA e A. CLARIZIA, Milano, 1999, p. 5.

[10] R. LECCESE, in *Dig. it*., XV, Torino, 1998, voce *Subfornitura*, p. 241.

[11] Trib. Torino 11 maggio 2005, in *Giur. merito*, 2005, 12, 2629; Trib. Torino 19 novembre 1999, in *Foro it.*, 2000, I, 624, con nota di A. PALMIERI, *La minorità tecnologica quale presupposto essenziale per l'applicazione degli strumenti di protezione previsti dalla legge sulla subfornitura*; G. CASELLI, *Osservazioni sulla legge 18 giugno 1998 n. 192*, cit., p. 1310; O. CAGNASSO-G. COTTINO, *Contratti commerciali*, cit., p. 363; C. BERTI-B. GRAZZINI, *La disciplina della subfornitura nelle attività produttive*, cit. p. 28; opportunamente questi Autori sottolineano: "*Se dunque la l. 192/98 richiede la subordinazione progettual-tecnologica del subfornitore al committente, come più sopra rappresentata, tale caratteristica difficilmente potrà essere ravvisata nella cosiddetta subfornitura di "specialità", laddove lo stesso ricorso al contratto in oggetto trova ragione proprio nella carenza "tecnologica" del committente, ed è dunque, caratterizzata dal prevalente e specialistico apporto del subfornitore*"; *contra* C. ALVISI, *Subfornitura e autonomia collettiva*, Padova, 2002, p. 42; secondo quest'ultimo A., la *ratio* di tutela della legge renderebbe scriminante non tanto il rapporto di subordinazione tecnologica, quanto piuttosto quello di dipendenza economica tra le parti.

[12] G. CASELLI*, Osservazioni sulla legge 18 giugno 1998 n. 192,* cit., p. 1310; R. LECCESE, in *La subfornitura, commento alla legge 18/6/1998 n. 192,* cit., p. 7.



2. – L'art. 1 della legge 192 dispone testualmente:

Con il contratto di subfornitura un imprenditore si impegna ad effettuare per conto di un'impresa committente lavorazioni su prodotti semilavorati o su materie prime forniti dalla committente medesima, o si impegna a fornire all'impresa prodotti o servizi destinati ad essere incorporati o comunque ad essere utilizzati nell'ambito dell'attività economica del committente o nella produzione di un bene complesso, in conformità a progetti esecutivi, conoscenze tecniche e tecnologiche, modelli o prototipi forniti dall'impresa committente.

Sono esclusi dalla definizione di cui al comma 1° i contratti aventi ad oggetto la fornitura di materie prime, di servizi di pubblica utilità e di beni strumentali non riconducibili ad attrezzature.

Il tratto caratterizzante della subfornitura, come si è detto, è proprio l'inserimento della prestazione del subfornitore all'interno del ciclo produttivo del committente.

Vanno subito individuate due diverse fattispecie:

• La subfornitura avente per oggetto le lavorazioni su prodotti semilavorati o materie prime forniti dalla committente;

• La subfornitura avente per oggetto prodotti o servizi destinati ad essere utilizzati nell'ambito dell'attività economica del committente o nella produzione di un bene complesso.

La prima fattispecie è stata definita come subfornitura di "lavorazione", la seconda di "prodotto", con l'avvertenza che la sottocategoria di prodotto può avere per oggetto tanto un bene, quanto un servizio [13]. Secondo la ricostruzione dottrinale preferibile, il rapporto di subfornitura si instaura solitamente tra una grande impresa committente e una piccola o media impresa (subfornitore), in posizione di dipendenza [14] tecnologica [15] o economica [16].

---

[13] G. DE NOVA, in *La subfornitura,* a cura di G. DE NOVA, Milano, 1998, p. 8.

[14] Trib. Torino ord. 19 novembre 1999, in *Foro it.,* 2000, I, 624: il tribunale parla espressamente di "*debolezza intrinseca*" del subfornitore e di "*dipendenza tecnica, tecnologica o progettuale*".

[15] V. FRANCESCHELLI, *La subfornitura: un nuovo contratto commerciale*, Milano, 1999, p. 11; O. CAGNASSO-G. COTTINO, *Contratti commerciali*, cit., p. 361; per questi A. il requisito della dipendenza tecnologica deve trovare riscontro in tutte le subfattispecie richiamate, ovverosia la subfornitura di lavorazione, di prodotto o di servizi.

[16] In questo senso, ovverosia che la dipendenza economica del subfornitore, pur normalmente ricorrente, non sia strettamente necessaria: F. PROSPERI, in *I contratti di appalto privato*, a cura di V. CUFFARO, Milanofiori Assago (MI), 2011, p. 470-471; O. CAGNASSO-G. COTTINO, *Contratti commerciali*, cit., p. 633; G. MUSSO, *La subfornitura*, in *Comm. del Cod. Civ.* SCIALOJA-BRANCA, a cura di F. GALGANO, Bologna, 2003, p. 31; R. PARDOLESI, *Il contratto di subfornitura (industriale): scampolo di fine millennio o prodromo di tempi migliori*? In atti del convegno "*La nuova legge sulla subfornitura*", Milano, 11/6/1998, p. 9. R.



Si è posto il problema se la legge n. 192/98 abbia introdotto un nuovo contratto d'impresa, tipizzando una diversa figura contrattuale; una tesi dottrinale minoritaria ha sostenuto che il contratto di subfornitura possa essere considerato tipico nel senso che, nel suo impianto complessivo e nelle singole norme che lo regolano, esso risponde adeguatamente alla esigenza di disciplinare il rapporto contrattuale della subfornitura, riconducendolo in una configurazione giuridica autonoma [17]; questa impostazione dottrinale

---

LECCESE, in *La subfornitura. Commento alla legge 18 giugno 1998 n. 192*, cit., p. 27; G. NICOLINI, *Subfornitura e attività produttive*, cit., p. 5-6 (*"Il tentativo di circoscrivere l'ambito applicativo della legge n. 192 del 1998, ai rapporti di subfornitura correnti tra grandi imprese committenti e piccole o medie imprese subfornitrici tecnologicamente ed economicamente dipendenti…suscita perplessità. Essa restringe ingiustificatamente l'ambito applicativo della legge n. 192…"*); G. CASELLI, *Osservazioni sulla legge 18 giugno 1998 n. 192*, cit., p. 1306 *("Ben può accadere, e infatti accade sovente, che le imprese minori siano committenti di imprese maggiori"). Contra*, G. DE NOVA, *La subfornitura*, cit., p. 8; A. FRIGNANI, *Disciplina della subfornitura nella legge n. 192/98: problemi di diritto sostanziale, in Contratti,* 1999, p. 189. Per questa tesi l'elemento determinante per ritenere che la legge n. 192/98 sia stata posta a sostegno del subfornitore risiede nella relazione alla proposta di legge dell'on. Pezzoli presentata alla Camera il 17 dicembre 1996 che parla testualmente di rapporto tra impresa "dominante" e impresa "dominata". In giurisprudenza la seconda tesi è maggioritaria. Si è anche formulata una tesi intermedia secondo cui la dipendenza economica si paleserebbe attraverso la dipendenza tecnica del subfornitore. In questo senso Cass. 25 agosto 2014 n. 18186, in *Giust. civ.*, *Mass.*, 2014: "*Sotto l'aspetto della realtà socio-economica del fenomeno, la dipendenza economica così intesa costituisce spesso, essa stessa, uno stato di sudditanza economica, imponendo al subfornitore di adeguare la propria produzione ed organizzazione del lavoro alle suddette direttive e specifiche. Si tratta di un adeguamento che può comportare, per il subfornitore, una o più meno intensa ed assorbente limitazione di sbocco commerciale e di offerta di mercato*". Trib. Modena 14 febbraio 2014 n. 132, in *De Jure*: "*Il contratto di subfornitura presuppone rapporti caratterizzati da subalternità progettuale-tecnologica del subfornitore…. Tale contratto si differenzia quindi dall'appalto principalmente per la dipendenza tecnologica (presente solo nel rapporto di subfornitura) che comporta una forte riduzione dell'autonomia imprenditoriale del subfornitore e lo pone in una situazione di dipendenza economica rispetto al committente, che giustifica l'applicazione di una normativa mirata a tutelare il contraente debole*". Per una visione ancora più severa, nel senso che sia necessaria la dipendenza sia economica che tecnologica del subfornitore, da dimostrare a cura di quest'ultimo: Trib. Bologna 10 luglio 2018, in www.ilcaso.it. Per la tesi opposta, invece, ovverosia nel senso che sia sufficiente la sola dipendenza tecnologica: Trib. Lecce 12 settembre 2018 n. 2964, in *De Jure*.

[17] C. BERTI, *Subcontratto, subfornitura e decentramento produttivo tra imprese,* Milano, 2000, p. 79; V. FRANCESCHELLI, *La subfornitura, un nuovo contratto commerciale,* in *La subfornitura,* a cura di V. FRANCESCHELLI, Milano, 1999, p. 2 ss.; A. DE NICOLA-I. COLOMBO, *La subfornitura nelle attività produttive,* Milano, 1998, p. 14 ss.; M. PALAZZI, *Il contratto di subfornitura: nozioni e distinzioni,* in *La disciplina del contratto di subfornitura nella L. 192/98*, a cura di P. SPOSATO e M. COCCIA, Torino, 1999, p. 10 ss.; F. BORTOLOTTI, *I contratti di subfornitura,* Padova, 1999, p. 48 ss.; più incerto, anche se in definitiva favorevole a questa interpretazione, pare A. BERTOLOTTI, *Il contratto di subfornitura,* cit., p. 20 ss. (in particolare 44); infatti, se da un lato l'A. sottolinea che "*… la mancanza di una disciplina sufficientemente completa ed organica porterebbe ad escludere la tipicità, e quindi l'esistenza di un regime giuridico sostitutivo delle norme sulla vendita e sull'appalto*", dall'altro rileva che *"non può affermarsi incompatibilità di principio tra una norma che delinei solo taluni tratti della fattispecie … ed il riconoscimento del "tipo" subfornitura".*



riterrebbe che sia impossibile riportare il contratto di subfornitura nell'alveo dell'appalto [18]: infatti, nel rapporto di subfornitura, incentrato su una dipendenza tecnica del subfornitore verso il committente, sarebbe dedotta un'obbligazione di facere (*id est* di mezzi), costituita dalla prestazione attuata per il soddisfacimento della produzione del committente nell'ambito delle istruzioni tecniche impartite al subfornitore, mentre nell'appalto l'obbligazione a carico dell'appaltatore è di risultato; nella subfornitura, insomma, l'obbligazione del subfornitore sarebbe quella della mera esecuzione di quanto richiesto dalla controparte, con rischi in ordine ai progetti e alle prescrizioni tecniche a carico esclusivamente del medesimo committente; visto l'art. 5 della legge n. 192/98, per questa tesi, il contratto di subfornitura non potrebbe poi rientrare nell'ambito della compravendita, avendo per oggetto una prestazione prevalente di facere rispetto a quella tipica di dare.

Ad avviso di chi scrive va invece preferita l'interpretazione largamente dominante in dottrina, secondo cui la legge n. 192/1998 non ha tipizzato un nuovo tipo contrattuale, distinto e autonomo dal contratto d'appalto (art. 1655 e s.s. c.c.), di vendita (art. 1470 e ss. c.c.), di somministrazione (art. 1559 e s.s. c.c.) od opera (art. 2222 e s.s. c.c.); la legge n. 192 sembra riferirsi, più che ad un singolo contratto, ad un gruppo di contratti tipologicamente differenziati (ad una categoria contrattuale), ma accomunati dal fatto che il rapporto si svolge nel regime di subfornitura come sussumibile dalla definizione dell'art. 1 [19].

---

[18] Nel senso invece che la subfornitura vada ricondotta preferibilmente nello schema causale dell'appalto: G. MUSSO, *La subfornitura*, cit., p. 64 ss.

[19] R. LECCESE, in *La subfornitura*, cit., p. 32; L. RENNA, *L'abuso di dipendenza economica come fattispecie transtipica*, in *Contratto e impresa*, 2013, 2, p. 391; G. NICOLINI, *Subfornitura e attività produttive*, cit., p. 10; R. PARDOLESI-R. CASO, *La nuova disciplina del contratto di subfornitura (industriale): scampolo di fine millennio o prodromo di tempi migliori?*, in *Riv. dir. priv.*, 1998, 712; G. MUSSO, *La subfornitura*, cit., p. 66 ss.; O. CAGNASSO-G. COTTINO, *Contratti commerciali*, cit., p. 365; A. LUMINOSO, *La compravendita*, Torino, 2011, p. 203; U. RUFFOLO, *Il contratto di subfornitura nelle attività produttive. Le nuove regole della legge 18 giugno 1998 n. 192: correzione della autonomia contrattuale e tutela del subfornitore come professionista debole*, in *Resp. comunicazione e impresa*, 3, 1998, p. 403 ss.; F. PROSPERI, *Il contratto di subfornitura e l'abuso di dipendenza economica*, Napoli, 2002, p. 77 ss.; F.L. GAMBARO-A. MARTINI, *La subfornitura cinque anni dopo*, cit., p. 515; C. ALVISI, *Subfornitura e autonomia collettiva*, Padova, 2002; F.D. TONIATO, Commento *sub* art. 4, in *Legge 18 giugno 1998 n. 192. Disciplina della subfornitura nelle attività produttive*, a cura di N. LIPARI, in *Le nuove leggi civili comm.*, 2000, fasc. 1-2, p. 396 ss.; B. GRAZZINI, *Subforniture industriali: problemi applicativi della L. 18 giugno 1998 n. 192*, in *Resp. comunicazione e impresa*, I, 2000, p. 59; G. GIOIA, *La subfornitura nelle attività produttive. Commento alla L. 18 giugno 1998 n. 192*, in *Corr. giur.*, 1998, n. 8, p. 882 ss.; *Id.*, *I rapporti di subfornitura*, in *Giur. it.*, 1999, p. 671 ss.; C.M. BIANCA, *Diritto civile, 3, Il contratto*, cit., p. 369 e s.s.; G. IUDICA, *La disciplina della subfornitura nelle attività produttive, Commento alla legge 18 giugno 1998 n. 192*, in *Contratti*, 1998, p. 411; G. DE NOVA, *La subfornitura*, cit., p. 5; D. RUBINO-G. IUDICA, *Appalto*, in Comm. Cod. Civ. SCIALOJA-BRANCA, diretto da F. GALGANO, Bologna-Roma, 2007, p. 85. Molto interessante è la posizione di C. BERTI e B.



Le disposizioni della nuova legge non si sostituiscono, ma piuttosto si sovrappongono alle disposizioni del codice civile sui contratti tipici ai quali di volta in volta l'operazione negoziale concretamente posta in essere dalle parti possa ricondursi [20]. Infatti la definizione di cui all'art. 1 della Legge n. 192 appare talmente estesa da ricomprendere tutta una serie di fattispecie contrattuali assolutamente diverse tra loro sotto il profilo causale.

Di norma il contratto di subfornitura rientra nello schema dell'appalto: infatti il subfornitore si impegna usualmente a produrre beni o a fornire servizi, pur nell'ambito del ciclo produttivo del committente, a fronte della corresponsione del prezzo, rientrando nel paradigma causale tipico dell'art. 1655 c.c. [21]. È certamente vero che la definizione dell'art. 1655 c.c. non contiene alcun riferimento alle direttive tecniche del committente sull'esecuzione del contratto [22], ma deve ritenersi che le istruzioni per la realizzazione dell'opera o del servizio siano ordinariamente previste nel contratto d'appalto, anche alla luce della facoltà di variazione del progetto concesse dagli artt. 1659, 1660 e 1661 c.c. [23]. Non deve dimenticarsi, infatti, che anche nell'appalto è spesso prevista un'ingerenza tecnica nella realizzazione dell'opera: è frequente la nomina del direttore dei lavori e del progettista a cura del committente, che assume così una responsabilità tecnica propria nella gestione dell'affare [24].

GRAZZINI, in *La disciplina della subfornitura nelle attività produttive*, cit., p. 10 ss., specialmente pagg. 25 e 26; i due Autori, infatti, singolarmente, come si è visto, sono su diverse impostazioni; Berti è per la tipicità del contratto di subfornitura, Grazzini è per l'atipicità; nella trattazione congiunta, pur sottolineando che tra appalto e subfornitura è ravvisabile un rapporto di genere a specie, ritengono che si possa parlare di un nuovo tipo contrattuale "*solo accogliendo una concezione ampia di causa, intesa come il complesso degli elementi, soggettivi e oggettivi, confluenti a delineare l'operazione economica alla cui realizzazione è preordinato il rapporto*". In giurisprudenza nel senso indicato dalla dottrina maggioritaria: Trib. Bassano del Grappa 2 maggio 2013, in *Giur. commerciale*, 2015, 4, II, 774, con nota di D. ARCIDIACONO, *Abuso di dipendenza economica e mercato rilevante. Il caso della delocalizzazione produttiva*.

[20] G. DE NOVA, *op. ult. cit.*, p. 5; G. IUDICA, *La disciplina della subfornitura nelle attività produttive*, cit., p. 412.

[21] R. LECCESE, in *La subfornitura*, cit., p. 36.

[22] Si deve sottolineare quell'opinione dottrinale secondo cui la distinzione tra appalto e subfornitura va ricercata nella mancanza di autonomia dell'organizzazione del lavoro del subfornitore rispetto all'appaltatore, essendovi la totale soggezione alla direzione tecnica del committente: E. RUSSO-C. CRIACO, *L'appalto privato*, Torino, 2005, p. 77 ss. Personalmente riterrei che si possa parlare più che di distinzione tra contratti, di appartenenza del contratto di subfornitura a quello di appalto come *species ad genus*, quando ricorrano ovviamente le condizioni di cui all'art. 1655 c.c.

[23] Va peraltro ricordato che la giurisprudenza riconosce da molti anni il contratto c.d. "a regia", quando l'appaltatore è tenuto ad agire sotto la direzione del committente e si presenta quale suo *nudus minister*, con l'esclusione di ogni rischio in capo all'appaltatore anche ai sensi dell'art. 1669 c.c. – Cass. 29 gennaio 2002 n. 1154, in *Danno e resp.,* 2002, p. 739, con nota di G. DE MARZO; Cass. 31 marzo 1987, n. 3092, in *Mass. Foro it.,* 1987; F. GALGANO, *Trattato di diritto civile,* cit., II, p. 750-751; G. COTTINO*, Diritto commerciale, II,2*, Padova*,* 1996, p. 236; D. RUBINO*, L'appalto,* in *Trattato di diritto civ. it.,* VII, 3, Torino, 1980, p. 346 ss.

[24] Il direttore dei lavori assume la rappresentanza del committente limitatamente alla materia tecnica per



Quando il subfornitore sia un piccolo imprenditore si configurerà un contratto d'opera [25], mentre il rapporto di subfornitura potrà essere disciplinato dalle disposizioni dettate in materia di somministrazione (art. 1559 c.c.) quando la prestazione dedotta abbia natura continuativa o periodica, come ammesso dall'art. 2, 3° comma, della legge n. 192. Più raro sembra il ricorso allo schema della compravendita [26]: infatti il subfornitore, essendo in soggezione tecnologica rispetto al committente, deve essere costretto ad adattare la propria produzione alle direttive e alle esigenze dell'altro contraente; quest'attività di adattamento [27] renderebbe quasi sempre prevalente l'opera rispetto alla materia, per cui la ricaduta nell'ambito dell'appalto pare inevitabile [28]; l'unica fattispecie ipotizzabile di contratto di vendita in regime di subfornitura sembra ravvisabile nella vendita di cosa futura quando, pur nel contesto di una produzione standardizzata, il subfornitore utilizzi *know-how* fornito direttamente dal committente [29].

Chiarito dunque che la legge n. 192 non introduce un nuovo contratto tipico, ma semplicemente disciplina varie fattispecie negoziali senza sostituire le relative regole codicistiche, nell'ottica della tutela del subfornitore, posto normalmente in posizione di soggezione economica e tecnologica rispetto al committente, rimane da riassumere nel dettaglio il contenuto del contratto di subfornitura ai sensi dell'art. 1 della legge n. 192. La prestazione del subfornitore riguarda dunque lavorazioni, beni o servizi che devono essere inseriti nel ciclo produttivo del committente. Si deve specificare che si avrà subfornitura di lavorazione soltanto quando i materiali o i semilavorati forniti dal committente debbano essere restituiti al committente medesimo per essere inseriti nel proprio ciclo

---

la realizzazione dell'opera e dirige l'esecuzione dei lavori. Così Cass. 28 maggio 2001 n. 7242, in *Rep. Foro it*. 2001, 528. Il progettista è colui che è incaricato di redigere il progetto dell'opera. Entrambe le figure possono essere nominate sia dal committente, sia dall'appaltatore. Per una disamina completa dei due ruoli, vedasi E. RUSSO-C. CRIACO, *L'appalto privato,* cit., p. 113 ss.

[25] Per la distinzione tra appalto e contratto d'opera: M.C. CERVALE, *La responsabilità dell'appaltatore*, Milano, 1999, p. 27, E. RUSSO-C. CRIACO, *L'appalto privato*, cit., p. 41; F. BALLATI, *La responsabilità dell'appaltatore e del direttore dei lavori per vizi e difformità delle opere*, Macerata, 2006, p. 23.

[26] Trib. Monza 10 gennaio 2005, in *De Jure*: si esclude espressamente che la compravendita di beni che non divengono parte integrante nella produzione di altri beni complessi sia da ricondurre allo schema della subfornitura.

[27] C.M. BIANCA, *Diritto civile, 3, Il contratto,* cit., p. 370: per questo A. lo schema della vendita può permanere *"quando il subfornitore abbia organizzato la propria attività produttiva al fine di soddisfare particolari esigenze del committente"*.

[28] R. LECCESE, in *La subfornitura,* cit., p. 38.

[29] Forse potrebbe ravvisarsi questa fattispecie nell'ipotesi decisa dal Trib. di Udine, in relazione alla fornitura di alcune migliaia di metri lineari di "mobiletti sottofinestra", eseguiti in base a progetti esecutivi della committente. Trib. di Udine, sez. dist. di Cividale del Friuli, 27 aprile 2001, in *Foro it.,* 2001, I, 2677.



produttivo [30]; non potrà applicarsi, inoltre, la legge n. 192, quando l'attività posta in essere dalle parti abbia natura meramente commerciale, risolvendosi in uno semplice scambio di beni [31]. Le lavorazioni, i beni o i servizi forniti dal subfornitore, inoltre, dovranno essere conformi a progetti esecutivi, conoscenze tecniche [32] e tecnologiche, modelli o prototipi dell'impresa committente [33], essendo sufficiente la sussistenza di uno solo di questi elementi anche alternativamente [34]. Questa direzione (e non collaborazione) [35] tecnologica potrà esplicitarsi concretamente nei disegni, nei progetti, nei brevetti, negli stampi e in generale nel *know-how* che il committente metta a disposizione del subfornitore per l'esecuzione del contratto.

Il problema fondamentale in questo apporto tecnologico e direttivo del committente, imprescindibile ai fini dell'applicazione della legge in esame [36], è la distinzione nel caso in cui il subfornitore non si presenti come mero esecutore materiale della tecnologia del committente.

---

[30] R. LECCESE, in *La subfornitura,* cit., p. 14.

[31] R. LECCESE, *op. ult. cit.*, *ibidem.*

[32] Si deve sottolineare che le specifiche tecniche non devono riguardare il risultato della produzione, quanto piuttosto gli strumenti tecnologici per realizzare il ciclo produttivo; conseguentemente sono esclusi dalla definizione dell'art. 1 della legge 192 la concessione di vendita, il franchising e in generale il settore della distribuzione. Così C. BERTI-B. GRAZZINI, *La disciplina della subfornitura nelle attività produttive,* cit., p. 32.

[33] G. NICOLINI, *Subfornitura e attività produttive,* cit., p. 20; G. CASELLI, *Osservazioni sulla legge 18 giugno 1998 n. 192,* cit., p. 1308; in giurisprudenza, vedasi Trib. Civitavecchia 5 aprile 2006, in *De Jure;* secondo questa pronuncia, la subfornitura si esplicita quando un committente isoli una o più fasi del processo produttivo affidandole all'esterno ad altro imprenditore, il quale dovrà attenersi alle indispensabili direttive di carattere tecnico del committente.

[34] R. PARDOLESI-R. CASO, *La nuova disciplina del contratto di subfornitura (industriale): scampolo di fine millennio o prodromo di tempi migliori?,* cit., 728; R. LECCESE, *Disciplina della subfornitura nelle attività produttive,* in *Codice dei contratti commentato,* a cura di G. ALPA e V. MARICONDA, Milanofiori Assago (MI), 2017, p. 2834.

[35] G. NICOLINI, *op. ult. cit.*, p. 8; in giurisprudenza vedasi Trib. Torino 11 maggio 2005, in *Giur. merito,* 2005, 2629, dove si parla espressamente di soggezione tecnologica del subfornitore rispetto al committente.

[36] In senso parzialmente contrario, però, si è eccepito che il requisito della dipendenza tecnica possa essere inserito nella definizione della subfornitura solo se venga identificato nella conformità della prestazione alle specifiche tecniche del committente, senza che sia necessario che debba sussistere una minorità progettuale o tecnologica. Il rapporto di subfornitura sussisterebbe solo in base al dato oggettivo della conformità della prestazione alla tecnologia del committente secondo le specifiche tecniche indicate, indipendentemente dal fatto (soggettivo) che il subfornitore disponga di una capacità tecnologica propria. Con questa interpretazione si eviterebbe la zona grigia del raffronto del contributo prevalente delle tecnologie delle parti. Così A. MUSSO, *La subfornitura*, cit., p. 31 ss. A mio avviso questa opinione, peraltro minoritaria, presenta due gravi problemi: il primo è il contrasto con la *ratio legis*, ovverosia con lo scopo di tutela del contraente debole che si rinviene in più parti del testo legislativo; *il* secondo è l'eccessivo allargamento della disciplina anche a fattispecie che sembrano ricadere in normali di rapporti di fornitura, soprattutto dove non vi sia uno squilibrio economico e tecnologico tra le parti.



Infatti, escludendo a priori che possa essere racchiusa nell'ambito della tutela di cui alla legge n. 192 la fattispecie della c.d. subfornitura "strutturale" o specializzata (riguardante la fornitura di beni o servizi che il committente non è in grado di produrre da sé per mancanza di tecnologia), rimanendo quindi ricompresa solo la fornitura c.d. "congiunturale" (quella che si esplicita nel mero decentramento dell'attività produttiva per ragioni organizzative), non vi è dubbio che rientri a pieno titolo nella fattispecie tutelata la subfornitura in cui l'*opus* vede un apporto progettuale e tecnologico solo del committente [37].

Il problema interpretativo che si pone nella pratica riguarda i casi, molto più frequenti, in cui il subfornitore partecipi alla fase ideativa o progettuale [38], oppure disponga comunque in una certa misura del *know-how* necessario per la produzione o la lavorazione oggetto del contratto [39]. Infatti è concretamente impossibile che il committente si rivolga per la propria produzione a imprese terziste totalmente sfornite di qualsiasi tecnologia per la fornitura di lavorazioni, beni o servizi da inserire nel ciclo produttivo del medesimo committente. In questo caso bisogna adottare, ai fini dell'applicazione della legge n. 192, un criterio ermeneutico di prevalenza del contributo del committente rispetto a quello del subfornitore [40]: questo requisito è soddisfatto quando il subfornitore non sia tecnicamente in grado di fornire i beni o i servizi richiesti dal committente, oppure quando debba eseguire adattamenti o investimenti per soddisfare le esigenze dell'altro contraente [41]. In altre parole, non potrà essere applicata la disciplina di cui alla legge n. 192 ogni qual volta vi sia un apporto tecnologico di alto livello, o comunque non routinario, del subfornitore, anche se esso concorra con un uguale o prevalente apporto del committen-

---

[37] R. LECCESE, in *La subfornitura,* cit., p. 16; G. CASELLI, *Osservazioni alla legge 18 giugno 1998 n. 192,* cit., p. 1309; va peraltro evidenziato come questa figura di subfornitore si avvicini e si sovrapponga a quella dell'appaltatore nell'appalto "a regia".

[38] La stessa legge n. 192/1998, infatti, sembra non escludere un apporto tecnologico proprio del subfornitore: sovviene, in questo senso, il disposto del terzo comma dell'art. 6, che commina la sanzione della nullità per i patti che dispongano a favore del committente di diritti di privativa industriale o intellettuale senza congruo corrispettivo.

[39] O. CAGNASSO-G. COTTINO, *Contratti commerciali*, cit., p. 363: *"Occorre stabilire – la risposta pare sicuramente positiva – se possa sussistere un patrimonio tecnologico del subfornitore e se comunque il flusso tecnologico proveniente dal committente debba avere carattere prevalente rispetto a quello proveniente dal subfornitore".*

[40] R. PARDOLESI, *Il contratto di subfornitura (industriale): scampolo di fine millennio o prodromo di tempi migliori?,* in atti del convegno su *"La nuova legge in materia di subfornitura*", Milano, 11/6/1998, p. 8; per questo A., bisognerà verificare di volta in volta "l'assenza" o la *"sostanziale minorità dell'apporto progettuale/tecnologico da parte del subfornitore".*

[41] R. LECCESE, in *La subfornitura,* cit., p. 18.



te [42]. Andranno esclusi, dunque, dal rapporto di subfornitura i contratti di partneriato industriale, come l'*outsourcing* [43] (*id est* il contratto relativo all'appalto di servizi d'impresa come la tenuta della contabilità, i servizi informatici, la guardiania, la manutenzione, la pulizia, la consulenza, ecc.), l'*engineering* e la fornitura di lavoro interinale *ex lege* 24 giugno 1997 n. 196 [44]. Né d'altra parte pare inquadrabile nella definizione dell'art. 1, per gli stessi motivi, il contratto di *franchising* [45]. Non si può nascondere che la distinzione tra la prevalenza dei contributi, nella pratica, sia molto difficile [46], e questa è forse una delle ragioni per cui la legge sulla subfornitura ha avuto un'applicazione sostanzialmente limitata, come risulta documentato dalla scarsa giurisprudenza edita in materia in quasi vent'anni dall'entrata in vigore della legge n. 192 [47].

A rafforzare questa timida applicazione giurisprudenziale, si è anche affermato un orientamento ancora più rigoroso secondo cui il requisito della dipendenza tecnologica ricorre solo nell'ipotesi in cui vi sia un integrale trasferimento al subfornitore dell'intero patrimonio conoscitivo dell'impresa committente necessario per la realizzazione della commessa [48].

---

[42] G. CASELLI, *Osservazioni sulla legge 18 giugno 1998 n. 192,* cit., p. 1313; si è ritenuto, però, in giurisprudenza, che la dipendenza tecnologica sussista, anche in mancanza di un apporto di "know-how" da parte del committente, pure nell'ipotesi in cui il subfornitore, per soddisfare le esigenze del committente, debba apportare dei significativi adattamenti ai propri mezzi di produzione e sostenere investimenti specifici; in questo senso Trib. Bari 11/10/2004, in *Giur. Loc.,* Bari, 2004.

[43] Ma, in senso contrario, F.L. GAMBARO-A. MARTINI, *La subfornitura cinque anni dopo,* cit., p. 521: anche i contratti di *outsourcing* potrebbero ricadere nel rapporto di subfornitura e andrebbero valutati caso per caso.

[44] G. NICOLINI, *Subfornitura e attività produttive*, cit., p. 22; R. LECCESE, in *La subfornitura,* cit. p. 24 ss.

[45] Trib. Taranto 22 dicembre 2003, in *Foro it.* 2004, I, 262 e *Danno e resp.,* 2004, 424, con nota di A. PALMIERI, *Abuso di dipendenza economica: battuta dì arresto o pausa di riflessione?*

[46] O. CAGNASSO-G. COTTINO, *Contratti commerciali,* cit., p. 360 e 363.

[47] Sul punto vedasi l'apposito paragrafo 9.

[48] Trib. Padova 10 settembre 2015, in *Leggi d'Italia*; Trib. Bologna 5 febbraio 2015, in *Leggi d'Italia*; Trib. Modena 14 febbraio 2014, in *De Jure*; Trib. Modena 12 aprile 2012, in *De Jure;* Trib. Milano 30 novembre 2011 in *De Jure*; C. Appello Firenze 16 agosto 2011 *in Leggi d'Italia*; Trib. Catania sez. dist. di Bronte 9 luglio 2009, in *Foro it.*, 2009, I, 2813; Trib. Bari 11 gennaio 2007 in *De Jure*; Trib. Bari 13 luglio 2006, in *Foro it.*, 2006, I, 2934; in dottrina, G. NICOLINI, *Subfornitura e attività produttive. Commento alla legge 18 giugno 1998 n. 192*, cit., p. 8; G. GIOIA, *Outsourcing: nuove tecniche di gestione aziendale e rapporti contrattuali*, in *Corriere giur.*, 1999, p. 901; F. DELFINI, in *La subfornitura. Legge 18 giugno 1998 n. 192*, a cura di G. DE NOVA, Milano, 1998, p. 69 ss.; F.L. GAMBARO-A. MARTINI, *La subfornitura cinque anni dopo*, in *Contratto e impresa / Europa*, 2003, p. 520 ss.; M. PANDIMIGLIO, *La "dipendenza tecnologica" nella subfornitura*, in *Contratto e impresa*, 2017, p. 523 ss.; nel senso, invece sostenuto dal testo, ovverosia del prevalente ma non esclusivo contributo dell'impresa committente: C. Appello Ancona 9 novembre 2012, in *De Jure*; Trib. Firenze 8 settembre 2008, in *De Jure*; Trib. Civitavecchia 5 aprile 2006, in *Giur.*



Ritengo, invece, che l'eterodirezione tecnologica prevalente vada presunta ogni qual volta nella fattispecie concreta risulti che l'opera, il servizio o la lavorazione vengano realizzati secondo precise istruzioni tecniche impartite dal committente [49].

Va preso in considerazione, infine, il 2° comma dell'art. 1 della legge n. 192, che esclude dall'applicazione della tutela la fornitura di materie prime e di servizi di pubblica utilità, nonché di beni strumentali non riconducibili ad attrezzature [50]. Quanto alle materie prime e ai servizi di pubblica utilità pare perfino intuitivo che non possano essere contenuti nella disciplina de qua, non essendo previsto in queste tipologie contrattuali alcun apporto tecnologico da parte del fornitore. Sembrano esclusi dalla disciplina in commento anche i contratti stipulati con la pubblica amministrazione [51]. Per quanto concerne le attrezzature [52], si è inteso che l'esclusione riguardi i beni strumentali [53], come ad esempio macchine e gli impianti, prodotti *ad hoc* per il committente, mentre non riguardi le attrezzature prodotte su ordine del committente per eseguire le lavorazioni e le produzioni in regime di subfornitura, come nel caso in cui la macchina, pur in formale proprietà del committente dopo la realizzazione, rimanga presso il subfornitore per la realizzazione del bene o del servizio richiesto [54].

---

comm., 2007, II, p. 1269 ss.; Trib. Genova 13 dicembre 2005 in *Leggi d'Italia*; Trib. Torino 11 maggio 2005 in *De Jure*; Trib. L'Aquila 13 dicembre 2002, in *Foro it.*, 2003, I, 1275 ss.; Trib. Torino 19 novembre 1999, in *Foro it.*, 2000, I, 624 ss.. In dottrina, sempre nel senso sostenuto dal testo: R. PARDOLESI, *Il contratto di subfornitura (industriale): scampolo di fine millennio o prodromo di tempi migliori?*, in atti del convegno su "*La nuova legge in materia di subfornitura*", Milano, 11 giugno 1998, p. 8; R. LECCESE, *Disciplina della subfornitura nelle attività produttive*, in *Codice dei contratti commentato*, cit., p. 2834; O. CAGNASSO-G. COTTINO, *Contratti commerciali*, cit., p. 363 ss.; A. MORA, *Subfornitura e dipendenza economica*, in *Contratti*, 1999, p. 96 ss.; 8; L. PRATI-A. CARDINI, *I rapporti di subfornitura*, in *Pratica del diritto civile*, diretta da G. IUDICA, Milano, 1999, p. 4 ss.; C. BERTI-B. GRAZZINI, *La disciplina della subfornitura nelle attività produttive*, cit., p. 17.

[49] Mi sembra che si esprimano in questo senso: Corte Cassazione 25 agosto 2014 n. 18186, in *Giust. civ. Mass.,* 2014; C. Appello Brescia 11 maggio 2016, in *Argomenti di diritto del lavoro,* 2016, 4-5, p. 1033, con nota di A. TAGLIENTE, *Il rapporto di subfornitura tra elementi tipici e derivati dall'appalto: la questione della responsabilità solidale.*

[50] M. GRANIERI, *I rapporti esclusi "ex lege" dalla disciplina della subfornitura industriale,* in *Urbanistica e appalti,* 2000, 2, 121.

[51] A. MUSSO, *La subfornitura,* cit., p. 234; A. FRIGNANI, *Disciplina della subfornitura nella legge n. 192/98: problemi di diritto sostanziale,* in *Contratti,* 1999, p. 190 ss.; quest'ultimo A. definisce mozartianamente la p.a. come "*il convitato di pietra*" della legge in esame.

[52] Per un caso di esclusione dall'applicazione della legge n. 192 di contratti aventi ad oggetto impianti elettrici sotterranei e linee aeree non ritenuti attrezzature, vedasi Trib. Bari 13/7/2006, in *Foro it*., 2006, 10, 2394.

[53] O. CAGNASSO-G. COTTINO, *Contratti commerciali*, cit., p. 362; è esclusa dall'applicazione della legge n. 192/98, ad esempio, la produzione di stampi per il committente.

[54] G. DE NOVA, *La subfornitura,* cit., p. 8.



3. – Il contratto di subfornitura, ai sensi dell'art. 2 della legge n. 192/1998, deve essere stipulato in forma scritta, a pena di nullità [55]; il requisito della forma si considera assolto quando la comunicazione degli atti di consenso avvenga anche a mezzo del telefax [56] o per via telematica [57].

Il 2° comma dell'art. 2 dispone che, nel caso in cui vi sia stata regolare proposta contrattuale da parte del committente, seguita non dall'accettazione ma dall'esecuzione del contratto a cura del subfornitore, il contratto si considera regolarmente stipulato per iscritto. La legge, in sostanza, considera che la conclusione del contratto avvenga per iscritto anche nel caso in cui la proposta (del solo committente) sia espressa in forma scritta ma venga seguita dall'accettazione per esecuzione a' sensi dell'art. 1327 c.c. [58], ovverosia dall'accettazione tacita della proposta per fatto concludente [59]. Nel contratto, o quanto meno nella proposta contrattuale, devono essere contenuti i requisiti specifici del bene e del servizio richiesti dal committente, mediante precise indicazioni che consentano l'individuazione delle caratteristiche costruttive e funzionali [60]; inoltre, dovranno es-

---

[55] E. MINERVINI, *Le regole di trasparenza nel contratto di subfornitura,* in *Giur. comm.,* 2000, 2, p. 216.

[56] In precedenza, per la stipula dei contratti a mezzo del fax, vedasi P. CARDARELLI, *La conclusione del contratto mediante fax*, in *Contratto e impresa,* 1994, p. 53.

[57] A. MUSSO, *La subfornitura,* cit., p. 98 ss.

[58] Si tratta di un'eccezione alla regola generale stabilita dall'art. 1327 c.c., secondo cui l'accettazione tacita non è ammissibile per i contratti che richiedano la forma scritta *ad substantiam*. Così L. PRATI-A. CARDINI, *Rapporti di subfornitura,* Milano, 1999, p. 27 ss.; A. MUSSO, *La subfornitura,* cit., p. 104.

[59] F. GALGANO, *Diritto privato*, Milano, 2019, p. 248; O. CAGNASSO-G. COTTINO, *Contratti commerciali*, in *Trattato di diritto commerciale* diretto da Cottino, cit., pagg. 366 e 367; per questi ultimi A. trova applicazione anche il secondo comma dell'art. 1327, per cui l'accettante deve prontamente avviso all'altra parte dell'iniziata esecuzione e, in mancanza, è tenuto al risarcimento del danno. Tuttavia rimane valida anche la regola di cui all'art. 1341 c.c., per cui, se vi sono clausole standard qualificabili come onerose, la mera accettazione tramite esecuzione non è sufficiente e occorre l'approvazione scritta e separata da parte del subfornitore. Per A. BERTOLOTTI, in *Contratto di subfornitura*, cit., p. 68 ss., rimane applicabile, a pena di illegittimità costituzionale, il quarto comma dell'art. 1326 c.c. che consente al committente di chiedere la formale accettazione, con conseguente esclusione della formalità tacita. Così anche F. DELFINI, in *La subfornitura*, a cura di G. DE NOVA, cit., p. 18; L. PRATI, *La sanzione della nullità nel contratto di subfornitura*, in *Contratti*, 1999, p. 294; F. BORTOLOTTI, *Contratti di subfornitura*, cit., p. 82; A. MUSSO, *La subfornitura*, cit., p. 109.

[60] Sussiste un vero e proprio diritto del subfornitore ad avere le specifiche tecniche dettagliate da parte del committente; dette specifiche tecniche devono riguardare in via esemplificativa la struttura, la forma, le dimensioni ed il colore del bene o della lavorazione, il materiale da utilizzare, le relative proprietà, le tolleranze richieste, i gradi di finitura e ogni altra caratteristica tecnica della commessa. Detto diritto deriva dal combinato disposto di cui agli artt. 2, 5° comma, e 7; la prima norma prescrive che siano indicati nel contratto gli specifici requisiti del bene, mentre la seconda norma cita le prescrizioni di carattere tecnico che devono essere comunicate al fornitore; le due norme fanno emergere con chiarezza l'obbligo del committente di trasferire al subfornitore precise prescrizioni tecniche sia costruttive che funzionali. Dette specifi-



sere ben individuati il prezzo, "*determinato o determinabile in modo chiaro e preciso*", i termini e le modalità di consegna, di collaudo e di pagamento [61]. Nel caso in cui non venga osservato il requisito richiesto della forma scritta, il contratto sarà sanzionato con la nullità assoluta, rilevabile anche d'ufficio [62]. L'art. 2, anche in caso di declaratoria di nullità, contiene espressamente e opportunamente la salvezza del diritto al pagamento del subfornitore in relazione alle prestazioni già effettuate [63] e al risarcimento delle spese sostenute in buona fede ai fini dell'esecuzione del contratto.

In sostanza, anche in presenza della nullità assoluta per violazione della forma scritta prevista *ad substantiam*, per il periodo nel quale la prestazione del subfornitore è stata eseguita, si producono gli stessi effetti del contratto di subfornitura valido, essendo unicamente precluso alle parti di pretendere la conservazione del contratto nullo [64]. La tutela del diritto al pagamento è garantita solo in relazione alle prestazioni già eseguite e che siano state accettate dal committente.

Un dubbio si pone nel caso in cui il subfornitore, pur nella ricorrenza della nullità del contratto per carenza di forma, chieda, oltre al pagamento del corrispettivo, anche gli interessi ultralegali e la penale di cui all'art. 3, 3° comma, così come modificato dall'art. 10 del d.lgs. n. 231/02: secondo un autore [65], il subfornitore non avrebbe diritto ad essere pagato con le modalità di cui all'art. 3 della legge n. 192/1998, non essendo espressamente previsto dalla norma eccezionale di cui all'art. 2, da interpretarsi in senso restrittivo. Credo, invece, che, anche alla luce dell'intervento del d.lgs. n. 231/02, si debba ritenere che la salvezza del diritto al corrispettivo prevista dall'art. 2 sia la più ampia possibile, comprendendo le modalità di pagamento disposte dall'art. 3 [66]: infatti, come si è visto, il contratto, pur nullo, mantiene i propri effetti per le prestazioni già eseguite come se si trattasse di un ordinario contratto di subfornitura.

---

che tecniche debbono riguardare non solo il bene o il servizio, ma anche il processo produttivo; Così M. PANDIMIGLIO, *La "dipendenza tecnologica" nella subfornitura,* cit., p. 570 ss., in particolare p. 580.

[61] G. NICOLINI, *Subfornitura e attività produttive,* cit., p. 29.

[62] In questo senso G. NICOLINI, *Subfornitura e attività produttive,* cit., p. 30-31*; contra,* A. CLARIZIA, in *La subfornitura* a cura di G. ALPA e A. CLARIZIA, cit., p. 85; per questo autore non si dovrebbe parlare di nullità assoluta, ma di nullità relativa posta a tutela del contraente debole che solo avrebbe legittimazione ad agire per l'invalidità.

[63] A. MUSSO, *La subfornitura,* cit., p. 115.

[64] R. NICOLINI, *Subfornitura e attività produttive,* cit., p. 40-41.

[65] G. FRANCO, *Guida al procedimento di ingiunzione,* Milano, 2009, p. 1281.

[66] Così anche B. GRAZZINI, in C. BERTI-B. GRAZZINI, *La disciplina della subfornitura nelle attività produttive,* cit., p. 62.



4. – L'art. 10 del d.lgs. n. 231/02, intervenuto a regolare la materia delle transazioni commerciali, in recepimento della direttiva 2000/35/CE [67], ha modificato l'originario 3° comma dell'art. 3 della legge n. 192/1998. La norma, successivamente, è stata ulteriormente modificata dall'art. 2, comma 1°, del d.lgs. n. 192/2012. Il nuovo testo essenzialmente equipara il tasso degli interessi di mora nel rapporto di subfornitura al tasso previsto dall'art. 5 del d.lgs. n. 231/02 per le transazioni commerciali: "*in caso di mancato rispetto del termine di pagamento il committente deve al subfornitore, senza bisogno di costituzione in mora, un interesse determinato in misura pari al saggio d'interesse del principale strumento di rifinanziamento della Banca centrale europea applicato alla sua più recente operazione di rifinanziamento principale effettuata il primo giorno di calendario del semestre in questione, maggiorato di otto punti percentuali, salva la pattuizione tra le parti di interessi moratori in misura superiore e salva la prova del danno ulteriore*".

Il legislatore è opportunamente intervenuto equiparando il trattamento del subfornitore al "fornitore" nelle transazioni commerciali: infatti, in mancanza dell'indicato correttivo, il subfornitore avrebbe ricevuto un trattamento deteriore rispetto al creditore non subfornitore, potendo godere in precedenza solo della maggiorazione del cinque per cento (anziché dell'otto) sul tasso ufficiale di sconto (piuttosto che sul tasso principale di rifinanziamento della banca centrale europea). Non vi è dubbio che la legge n. 192/98 e il d.lgs. n. 231/02 si pongano, giustamente, nella tradizionale linea comune della tutela del *favor creditoris* [68], pur con le peculiarità particolarmente accentuate caratterizzanti il rapporto di subfornitura.

L'art. 10 del d.lgs. n. 231/2002 e l'art. 2 del d.lgs. n. 192/2012 non hanno peraltro inciso sulla clausola penale contenuta nell'originario art. 3 della legge n. 192/1998: al subfornitore è garantita, nel caso in cui il ritardo ecceda i trenta giorni dal termine di pagamento previsto dalle parti o comunque disposto dal 2° comma dell'art. 3, una penale [69] pari al cinque per cento dell'importo in relazione al quale non è stato rispettato il termine di pagamento.

---

[67] Per la disciplina sulle transazioni commerciali: V. PANDOLFINI, *La nuova normativa sui ritardi di pagamento nelle transazioni commerciali*, Milano, 2003; G. DE MARZO, *Commento al d.lgs. n. 231/2002*, in *I contratti*, 2002, p. 1158 ss.; R. CONTI, *Il d.lgs. n. 231/2002 di trasposizione della direttiva sui ritardati pagamenti nelle transazioni commerciali*, in *Corr. giur.* 2003, p. 99 ss.

[68] F. GALGANO, *Diritto privato,* cit., p. 221.

[69] V. GIORGI, in *La subfornitura* a cura di G. ALPA e A. CLARIZIA, cit., p. 120; L. PRATI-A. CARDINI, *Rapporti di subfornitura*, cit., p. 56; A. MUSSO, *La subfornitura*, cit., p. 184.



In sostanza gli interessi di mora dovuti hanno un doppio trattamento: fino al trentesimo giorno dalla scadenza del termine seguono la disciplina disposta dall'art. 10 del d.lgs. n. 231/02 (identica peraltro a quanto disposto *ex* art. 5 per le transazioni commerciali); dopo la scadenza di detto termine subiscono un ulteriore aumento del 5% a titolo di penale, salva la debenza di interessi moratori superiori pattuiti tra le parti [70]. La disciplina sugli interessi rappresenta un nuovo caso di *mora ex re* [71], assimilabile all'ipotesi di cui al n. 3 dell'art. 1219 c.c., in relazione alle obbligazioni che devono essere adempiute presso il domicilio del creditore.

La nuova fattispecie si pone come norma speciale in rapporto all'art. 1224 c.c. e quindi è destinata a prevalere secondo l'antico brocardo *lex specialis derogat legi generali* [72]. La disposizione in esame fuoriesce dalla logica codicistica nell'ambito della maggior tutela possibile per il subfornitore: infatti, non solo il tasso di mora è stato sganciato rispetto all'art. 1224 c.c. dal saggio legale, ma è stata prevista la possibilità per il creditore di provare e ottenere il maggior danno anche in presenza di interessi moratori ultralegali [73].

Si deve accennare ora brevemente ai termini previsti per il pagamento dalla legge n. 192: l'art. 2, nei commi 3° e 4°, prevede che il contratto debba specificare il prezzo pattuito, i termini e le modalità di consegna, di collaudo e di pagamento; il prezzo dei beni deve essere determinato o determinabile in modo chiaro e preciso; l'art. 3, 1° comma, precisa che il contratto deve fissare i termini di pagamento della subfornitura, che non possono essere superiori a sessanta giorni decorrenti dal momento della consegna del bene o dal momento della comunicazione dell'avvenuta esecuzione della prestazione; l'atto, inoltre, deve precisare gli eventuali sconti in caso di pagamento anticipato rispetto alla consegna. Il termine di regolamento può essere differito fino a novanta giorni, in caso di accordi collettivi nazionali o territoriali [74].

---

[70] Rimane salva la possibilità per il committente, però, di chiedere la riduzione ad equità *ex* art. 1384 c.c. degli interessi pattizi eccessivi. Così D. FEOLA, *Prime riflessioni sulla legge 18 giugno 1998 n. 192, recante disciplina della subfornitura nelle attività produttive*, in *Resp. civ.*, 1998, p. 1238. Inoltre, ovviamente resta il limite del tasso d'usura sanzionato dalla legge n. 108/1996. Vedasi a questo proposito V. GIORGI, in *La subfornitura*, cit., p. 121; F. PROSPERI, *Contratto di subfornitura e l'abuso di dipendenza economica*, cit., p. 374 ss.; A. MUSSO, *La subfornitura*, cit., p. 183.

[71] G. NICOLINI, *Subfornitura e attività produttive*, cit., p. 68; V. FRANCESCHELLI, *Un nuovo contratto commerciale: la subfornitura*, cit., p. 12; G. GIORGI, in *La subfornitura*, cit., p. 120; A. MUSSO, *La subfornitura*, cit., p. 181. Sulla mora *ex re* vedasi C.M. BIANCA, *Diritto civile, V, La responsabilità*, Milano, 1994, p. 95 ss.

[72] V. FRANCESCHELLI, *Un nuovo contratto commerciale,* cit., p. 12.

[73] V. GIORGI, in *La subfornitura,* cit., p. 121; G. NICOLINI, *Subfornitura e attività produttive,* cit., p. 67.

[74] G. GITTI, *Gli accordi interprofessionali "in deroga" alla disciplina legale del contratto di subfornitu-*



Le problematiche sulla formulazione dei primi due commi dell'art. 3 sono piuttosto complesse, per cui in questa sede si ritiene di dover svolgere solo una sintesi delle questioni più concrete che si verificano nella pratica. Può succedere, infatti, che le parti non abbiano previsto un termine per il pagamento, o ne abbiano individuato uno superiore. La soluzione nettamente preferibile imporrebbe, nel primo caso, l'integrazione del contratto a' sensi dell'art. 1374 c.c., riportando la data di regolamento a quella massima legale di sessanta giorni [75], mentre, nel secondo caso, il termine superiore convenuto dovrebbe essere automaticamente ridotto a sessanta giorni in applicazione dei principii discendenti dagli artt. 1339 e 1419 c.c. [76].

Va ricordato, infine, che il subfornitore, in caso di mancato regolamento del credito nel termine pattuito o comunque disposto dal 2° comma dell'art. 3, può chiedere, ai sensi e per gli effetti del 4° comma della medesima norma, l'emissione di un decreto ingiuntivo provvisoriamente esecutivo; è appena il caso di ricordare che l'emissione di detto decreto con la concessione della provvisoria esecuzione prescinde dai requisiti richiesti dall'art. 642 c.p.c., ma non certamente da quelli disposti dagli artt. 633 e 634 c.p.c. in ordine alla liquidità, all'esigibilità e alla prova del credito vantato [77].

Si evidenzia, peraltro, che nella pratica i tribunali, per la diffidenza con cui si accompagna la scarsa applicazione della legge n. 192/98, sono molto prudenti nel concedere la provvisoria esecuzione del decreto, soprattutto in mancanza della stipula del contratto per iscritto [78].

5. – Prima di trattare l'argomento molto delicato della responsabilità del subfornitore, va brevemente premesso un cenno sull'art. 4 della legge n. 192. L'art. 4 apparentemente

---

ra, in *Contratti,* 1999, p. 300 ss.; A. MUSSO, *La subfornitura,* cit., p. 167 ss.; C. ALVISI, *Disparità di potere contrattuale, apparati di protezione e autonomia collettiva. Il caso della subfornitura nelle attività produttive,* Bologna, 2000, p. 78 ss.

[75] G. DE NOVA, *La subfornitura,* cit., p. 26. Va peraltro evidenziato che ci si è posti anche il dubbio se questa integrazione del termine contrattuale vada riportata al termine massimo previsto dalla norma o a un termine compreso tra uno o sessanta giorni – V. GIORGI, in *La subfornitura,* cit., p. 112; a mio avviso rimane preferibile, in termini di semplicità interpretativa, la tesi dell'inserimento del termine massimo previsto di sessanta giorni.

[76] V. FRANCESCHELLI, *Un nuovo contratto commerciale: la subfornitura*, cit., p. 13; F. BORTOLOTTI, *I contratti di subfornitura,* cit., p. 102; V. GIORGI, in *La subfornitura,* cit., p. 113.

[77] G. NICOLINI, *Subfornitura e attività produttive*, cit., p. 72.

[78] Trib. Vicenza 11 agosto 2003, d.i. n. 1776, est. Bozza, inedito; nella fattispecie il Tribunale ha negato la provvisoria esecuzione del decreto proprio per la mancata stipula per iscritto del contratto di subfornitura.



pone un limite all'affidamento a terzi della subfornitura da parte del subfornitore, che non può provvedervi in misura superiore al 50% del valore della fornitura senza l'autorizzazione del committente. In realtà, anche questa norma, rispetto alla regola ordinaria stabilita dall'art. 1656 c.c., inserisce un principio di maggior favore per il subfornitore [79]: questi, infatti, fino alla metà del valore della fornitura, può subappaltare l'esecuzione della lavorazione, del bene o del servizio senza autorizzazione del committente; solo un eventuale subappalto di portata superiore, invece, deve essere autorizzato dal committente, secondo la regola ordinaria di cui all'art. 1656 c.c. [80].

È appena il caso di precisare che la subfornitura non è di per sé inquadrabile nello schema del subcontratto [81]; il subcontratto, infatti, prevede l'esistenza di un contratto principale in base al quale un terzo commissiona la fornitura al committente che la delega, in tutto o in parte, ad un altro fornitore; è il caso, ad esempio, del subappalto [82], che è quel contratto mediante il quale l'appaltatore conferisce ad un terzo (subappaltatore) l'incarico di eseguire i lavori assunti nell'originario contratto di appalto [83]; nel rapporto di subfornitura, infatti, il contratto principale, che è elemento imprescindibile del subcontratto, può anche non sussistere [84]; ciò non esclude, però, che la singola fattispecie possa assumere valenza subcontrattuale [85], quando si rilevi la preesistenza logica e cro-

---

[79] O. CAGNASSO-G. COTTINO, *Contratti commerciali*, cit., p. 373.

[80] Sull'art. 4 vedasi più diffusamente R. LECCESE, in *La subfornitura*, cit., p. 132 ss.; A. MUSSO, *La subfornitura*, cit., p. 192 ss.; F.L. GAMBARO-A. MARTINI, *La subfornitura cinque anni dopo*, cit., pagg. 527 e 528; A. BERTOLOTTI, *Il contratto di subfornitura*, cit., p. 169 ss.; F. BORTOLOTTI, *I contratti di subfornitura*, cit., p. 122 ss.

[81] C.M. BIANCA, *Diritto civile, 3, Il contratto*, cit., p. 370; G. ALPA, *Il contratto di subfornitura*, in *Tratt. dir. priv.* diretto da P. RESCIGNO, cit., p. 96; F.L. GAMBARO-A. MARTINI, *La subfornitura cinque anni dopo*, cit., p. 514; R. LECCESE, *Nozione e contenuto del contratto*, in *La subfornitura nelle attività produttive*, a cura di V. CUFFARO, Napoli, 1998, p. 8; A. TULLIO, *La subfornitura industriale: considerazioni in merito all'ambito di applicazione della L. 192 del 1998, e alla forma del contratto di subfornitura*, in *Giust. civ.* 1999, II, p. 1892 ss.; A. MARIANI, *Note in tema di subfornitura nelle attività produttive*, in *Nuova giur. civ. comm.* 2000, II, p. 109 ss.; A. MUSSO, *La subfornitura*, cit., p. 196 ss.

[82] Sulla stretta correlazione tra subcontratto di subfornitura e subappalto: A. MUSSO, La subfornitura, cit., p. 198; R. LECCESE, in La subfornitura, cit., p. 134 ss.; B. GRAZZINI, Subforniture industriali: problemi applicativi della legge 18 giugno 1998 n. 192, cit., 2000, p. 71 ss.

[83] G. ALPA, *Il contratto di subfornitura*, cit., *ibidem*.

[84] O. CAGNSSO-G. COTTINO, *Contratti commerciali*, cit., p. 357.

[85] C. BERTI-B. GRAZZINI, *La disciplina della subfornitura nelle attività produttive,* cit., pagg. 40, 41 e 42; questi autori sottolineano opportunamente che per le stesse ragioni per cui si può escludere che il contratto di subfornitura rientri di per sé nella categoria del subcontratto, si può ritenere che non debba nemmeno sussistere un collegamento negoziale tra la subfornitura e il contratto principale, che "*può anche non esistere*".



nologica di un contratto (principale) da cui origini un nuovo contratto, non solo collegato [86] e connesso con quello preesistente, ma anche dello stesso tipo e della stessa natura economica [87].

Chiarito brevemente il significato dell'art. 4, non rimane che affrontare la disciplina del più importante art. 5 che, in realtà, non ha apportato variazioni rivoluzionarie nel sistema codicistico, contrariamente a quanto occorso, ad esempio, per i primi 3 articoli della legge n. 192/98. L'art. 5 si occupa della responsabilità del subfornitore nei confronti del committente nel caso di inesatta esecuzione delle sue obbligazioni; il subfornitore è responsabile nei confronti del committente qualora le prestazioni di subfornitura non siano conformi alle prescrizioni contrattuali e alle regole dell'arte. L'essenziale disposizione dell'art. 5 deve però essere integrata dalle norme del codice che non sono state innovate, se non in minima parte, dal legislatore del 1998 [88]. Il subfornitore sarà tenuto a rispondere per l'inesatta esecuzione della propria prestazione secondo le norme ordinarie che disciplinino la fattispecie contrattuale concreta posta in essere dalle parti [89]: sarà responsabile nei confronti del committente per le difformità e i vizi di cui all'art. 1667 e ss. c.c. [90] nel caso in cui il contratto stipulato sia assimilabile all'appalto [91]; nell'ipotesi in

---

[86] Per la distinzione tra contratto collegato e subcontratto, vedasi A. MUSSO, La subfornitura, cit., pagg. 196-197; l'A. puntualizza che mentre il collegamento negoziale si realizza attraverso una clausola trasparente o passante tra più contratti (non necessariamente di subfornitura), il subcontratto, che costituisce un'applicazione più specifica del contratto collegato, presuppone una pluralità di contratti di subfornitura, secondo uno schema piramidale denominato "a cascata". Per altro A. si tratterebbe di un collegamento atipico con parti diverse, nel caso in cui il subfornitore sia consapevole della destinazione finale della sua fornitura: F. GALGANO, Trattato di diritto civile, cit., II, p. 255. Vedasi anche A. BERTOLOTTI, Contratto di subfornitura, cit., p. 161. Sui contratti collegati: G. FERRANDO, I contratti collegati: principi della tradizione e tendenze innovative, in Contratto e impresa, 2000, 1, p. 127.

[87] G. LENER, *Profili di collegamento negoziale,* Milano, 1999, p. 58 ss.

[88] G. NICOLINI, *Subfornitura e attività produttive*, cit., p. 92; R. LECCESE, in *La subfornitura,* cit., p. 159.

[89] Trib. Monza 1 marzo 2004, in *Giur. milanese*, 2004, 362.

[90] A. MUSSO, *La subfornitura*, cit., p. 242 ss.; l'A. ritiene applicabili prevalentemente le norme sulla responsabilità nell'appalto in coerenza con la propria impostazione che ravvisa una stretta parentela con la subfornitura, visto il medesimo schema causale. Per la responsabilità dell'appaltatore: M.C. CERVALE, *La responsabilità dell'appaltatore*, cit.; O. CAGNASSO, *Il contratto d'appalto*, in *I contratti commerciali*, a cura di G. COTTINO, in *Tratt. Dir. comm. e dir. pubbl. econ*., diretto da F. GALGANO, vol. XVI, Padova, 1991; V. MANGINI-M. IACUANELLO BRUGGI, *Il contratto d'appalto*, in *Giurisprudenza sistematica di diritto civile e commerciale*, Torino, 1997; D. RUBINO-G. IUDICA, *Appalto*, in *Comm. del Cod. Civ.* SCIALOJA-BRANCA, a cura di F. GALGANO, Bologna-Roma, 2007, p. 378; E. RUSSO-C. CRIACO, *L'appalto privato*, cit., p. 379 ss.; F. BALLATI, *La responsabilità dell'appaltatore e del direttore dei lavori per vizi e difformità delle opere*, cit.

[91] F. BORTOLOTTI, *I contratti di subfornitura,* cit., p. 48; per questo A., pur essendo il contratto di subfornitura tipico, le norme in materia d'appalto rimangono applicabili per analogia.



cui la fattispecie rappresenti un contratto d'opera, le norme applicabili saranno quelle di cui all'art. 2226 c.c. [92]; nel caso in cui la prestazione abbia natura continuativa o periodica si applicherà l'art. 1564 c.c. [93]; quando invece il contratto stipulato sia inquadrabile nello schema della compravendita, saranno invocabili le garanzie per vizi occulti e per mancanza delle qualità promesse disciplinate dagli artt. 1490 e ss. c.c. [94]; qualora, infine, fosse prevista la garanzia di buon funzionamento, il subfornitore risponderà a' sensi dell'art. 1512 c.c. [95]. La responsabilità del subfornitore non si discosta dall'ordinaria responsabilità dell'appaltatore, del prestatore d'opera o del venditore, pur con alcune specificità.

Infatti, ad esempio, il 1° comma dell'art. 5 non richiama la responsabilità per vizi collegati all'uso cui è destinato il bene complesso da realizzare a cura del committente, come invece prescrivono il 1° comma dell'art. 1490 e il 2° comma dell'art. 1668 c.c.; il subfornitore risponde, invece, del funzionamento e della qualità della parte prodotta o del servizio eseguito secondo le prescrizioni contrattuali o le regole dell'arte. Pertanto, è evidente la stretta connessione tra l'art. 5, il 5° comma dell'art. 2 e l'art. 7: il subfornitore è responsabile unicamente per la qualità della propria prestazione nei limiti delle prescrizioni contrattuali, ovverosia le specifiche tecniche che il committente deve trasmettere a pena di nullità del contratto. Si potrebbe pensare che, vista la lettera del 1° comma dell'art. 5, il subfornitore sia tenuto ad una responsabilità più accentuata rispetto a quella stabilita dal codice, essendo responsabile del funzionamento del prodotto, senza che vi sia necessità della pattuizione di un'apposita clausola in tale senso, come è invece previsto in materia di garanzia di buon funzionamento [96]. Ma detta opinione non pare condivi-

---

[92] Per la responsabilità del prestatore d'opera, vedasi F. GALGANO, *Trattato di diritto civile,* cit. II, p. 754 ss.

[93] Per la responsabilità nella somministrazione: A. LUMINOSO, *I contratti tipici e atipici*, Milano, 1995, pag., 241 e s.s.; P. BOERO, *La somministrazione*, in *I contratti commerciali*, a cura di G. COTTINO, in *Tratt. dir. comm. e dir. pubbl. econ.*, cit.

[94] Per la responsabilità nel contratto di compravendita: A. LUMINOSO, *La compravendita*, cit., p. 220 ss.; *id.*, *I contratti tipici e atipici*, cit., p. 116 ss.; C.M. BIANCA, *La vendita e la permuta*, Torino, 1993, p. 884 ss.; V. BUONOCORE-A. LUMINOSO (a cura di), *Codice della vendita*, Milano, 2005, p. 539; L. SAVANNA, *La compravendita. La tutela dell'acquirente per vizi e difetti della cosa venduta*, Torino, 2003.

[95] Sulla possibilità convenzionale di prevedere la garanzia di buon funzionamento vi sono dubbi, giacché si tratterebbe di un aggravamento vietato della responsabilità ordinaria del subfornitore. In ogni caso è del tutto escluso ai sensi del 4° comma dell'art. 5 che la garanzia possa essere estesa oltre i termini previsti dall'art. 1512 c.c.: sei mesi dalla scoperta del difetto, con termine di trenta giorni per la denuncia, a pena di decadenza. Così A. MUSSO, *La subfornitura*, cit. p. 296; F. PROSPERI, in *I contratti di appalto privato*, a cura di V. CUFFARO, Milano, 2011, p. 524.

[96] R. LECCESE, in *La subfornitura*, cit. p. 166; personalmente ritengo che la responsabilità per il funzio-



sibile perché non rispetta il principio di protezione del subfornitore, aggravandone ingiustificatamente la responsabilità ordinaria [97].

Il 3° comma dell'art. 5 sancisce, inoltre, l'inderogabilità [98] dei primi due commi della medesima norma, con effetti in parte positivi e in parte negativi per il subfornitore [99]: infatti risultano inderogabili, contrariamente a quanto statuito ordinariamente, le regole sulla responsabilità previste per i singoli tipi contrattuali; così, se per un verso il subfornitore non potrà pattuire con il committente la clausola di rinuncia alle azioni di garanzia, dall'altro verso non potranno essere prorogati i termini di decadenza e di prescrizione [100] disposti dalle singole norme (sessanta giorni per la denuncia dei vizi dalla scoperta *ex* art. 1667 c.c. nell'appalto, otto giorni dalla scoperta dei vizi *ex* art. 2226 c.c. nel contratto d'opera e otto giorni dalla scoperta dei vizi occulti *ex* art. 1495 c.c. nel contratto di compravendita), come del resto disposto dal 4° comma dello stesso art. 5 [101].

Il 2° comma dell'art. 5, inoltre, prescrive che il subfornitore non possa essere ritenuto responsabile per difetti di materiali o attrezzi fornitigli dal committente per l'esecuzione

---

namento del prodotto sancita dal 1° comma dell'art. 5 non corrisponda esattamente alla garanzia di buon funzionamento, ma piuttosto si inserisca nella ordinaria responsabilità dell'appaltatore, del prestatore d'opera e del venditore; non ravviso quindi alcun aggravamento di responsabilità del subfornitore rispetto alle regole ordinarie dell'appalto. In termini simili, ma con un aggravamento della responsabilità da buon funzionamento ritenuta implicitamente compresa nell'obbligazione di risultato gravante sull'appaltatore, vedasi A. MUSSO, *La subfornitura*, cit., p. 252 ss.

[97] Anzi, va segnalata l'autorevole opinione secondo cui la garanzia di buon funzionamento, essendo ordinariamente convenzionale, non può essere prevista perché aggraverebbe ingiustificatamente la responsabilità del subfornitore: "escludere che la responsabilità (o, meglio, la garanzia) di buon funzionamento rientri nell'ambito del regime della responsabilità contrattuale del subfornitore disposto dall'art. 5, 1° co., significa affermare l'impossibilità di prevederla in via convenzionale, essendo un tale regime assolutamente inderogabile". Così F. PROSPERI, in *I contratti di appalto privato*, cit., p. 523.

[98] Il regime della responsabilità nelle norme codicistiche, invece, ha sicuramente un carattere dispositivo. Così R. LECCESE, in *La subfornitura*, cit., p. 172 ss.; A. MUSSO, *La subfornitura*, cit., p. 289 ss.; per questo A. il divieto della disposizione in commento si riferisce solo ai primi due commi, rimanendo escluso dalla nullità comminata ogni diverso aspetto della responsabilità del subfornitore, ben potendo le parti disciplinare in piena autonomia negoziale altri elementi del rapporto, come il ritardo nell'adempimento, prevedendo anche la pattuizione di una clausola risolutiva espressa.

[99] *Contra* O. CAGNASSO-G. COTTINO, *Contratti commerciali,* cit., p. 376; A. BERTOLOTTI, *Il contratto di subfornitura,* cit., p. 199; secondo questo orientamento dottrinale, alla luce della ratio della legge n. 192/1998, che dovrebbe tutelare il subfornitore quale contraente debole, si devono ritenere valide le clausole che, nei limiti consentiti dalle norme inderogabili previste per i vari tipi contrattuali, siano volte a vantaggio del subfornitore.

[100] Musso, tuttavia, ritenendo che la subfornitura vada ascritta nello schema archetipico dell'appalto, ritiene che i termini di decadenza e di prescrizione siano sempre quelli di cui all'art. 1667, 2° e 3° comma c.c.; A. MUSSO, *op. ult. cit.*, p. 294 ss.

[101] R. LECCESE, in *La subfornitura*, cit., p. 175.



del contratto, purché li abbia tempestivamente segnalati al committente [102]. La regola non appare diversa da quella disposta dall'art. 1663 c.c. in materia d'appalto, a conferma della sovrapposizione tra le norme che disciplinano in guisa complementare i due istituti [103]. Nel caso in cui il subfornitore denunci diligentemente il difetto nei materiali o nelle attrezzature fornite dal committente e questi non provveda alla sostituzione o alla variazione delle direttive tecniche, non vi è dubbio che il subfornitore vada esente da responsabilità, come in tutte le ipotesi in cui l'appaltatore agisca come *nudus minister* del committente [104]. Per quanto riguarda, invece, i rischi in ordine ai progetti e alle prescrizioni tecniche di cui agli artt. 2, 5° comma, e 7, si deve ritenere che rimangano a carico esclusivamente del committente [105], salvo che non siano riconoscibili dal subfornitore con l'ordinaria diligenza. Il subfornitore non è tenuto a verificare la validità del progetto in relazione all'integrale funzionalità del bene complesso in cui la propria singola fase produttiva si innesti [106]. Inoltre, nel caso in cui i progetti esecutivi e le specifiche tecniche siano carenti, deve essere esclusa un'azione di inadempimento da parte del committente per quanto non risulti adeguatamente precisato dalle prescrizioni contrattuali [107]. Il subfornitore, infine, andrà esente da responsabilità nelle ipotesi previste dagli artt. 1667, 1° comma, 2226, 1° comma e 1491 c.c. [108]; risponderà, però, nei confronti dei terzi dei danni cagionati dal prodotto *ex* D.P.R. 24 maggio 1998 n. 224 [109], salvo che il difetto

---

[102] A. MUSSO, *La subfornitura*, cit., p. 272: il subfornitore deve segnalare tempestivamente i vizi progettuali del committente che sia tenuto a riconoscere con l'ordinaria diligenza, ma si dovrà tenere conto delle effettive possibilità del subfornitore di conoscere e valutare i difetti di funzionalità che riguardino parti progettuali di cui non sia a conoscenza o che non possa apprezzare con le proprie competenze.

[103] G. NICOLINI, *La subfornitura e le attività produttive*, cit., p. 95; R. LECCESE, in *La subfornitura*, cit., p. 169; C. BERTI, in C. BERTI-B. GRAZZINI, *La disciplina della subfornitura nelle attività produttive*, cit., p. 135.

[104] Si pensi all'appalto "*a regia*"; F. GALGANO, *Trattato di diritto civile*, cit., II, p. 750; C. Cass. 31 marzo 1987 n. 3092 in *Mass. Foro it*., 1987. Vedansi anche le ulteriori citazioni alla nota 22.

[105] C. BERTI, in C. BERTI-B. GRAZZINI, *La disciplina della subfornitura nelle attività produttive*, cit., p. 136; F. PROSPERI, in *I contratti di appalto privato*, cit., p. 473; R. LECCESE, in *Codice dei contratti commentato*, cit., p. 2867; V. CALVAGNO D'ACHILLE, *Contratti commerciali, Subfornitura*, Milano, 2012, p. 52.

[106] Trib. Ravenna 19 febbraio 1994, in *De Jure*; A. MUSSO, *La subfornitura*, cit., p. 273; R. LECCESE, in *La subfornitura*, cit., p. 170; *id.*, *Disciplina della subfornitura nelle attività produttive*, in *Codice dei contratti commentato*, cit., p. 2867; G. SACCHI LODISPOTO, in *Disciplina della subfornitura nelle attività produttive*, a cura di N. LIPARI, in *Nuove leggi civili*, 2000, p. 407. Su questa linea di pensiero si pongono poi tutti gli autori che ritengono che la legge n. 192 abbia tipizzato un nuovo tipo contrattuale, con obbligo di mero *facere* del subfornitore.

[107] A. MUSSO, *La subfornitura*, cit., p. 122.

[108] R. LECCESE, in *La subfornitura*, cit., p. 172.

[109] O. CAGNASSO-G. COTTINO, *Contratti commerciali*, cit., p. 375; A. MUSSO, *La subfornitura*, cit., p. 303.



eventualmente contestato sia imputabile alla concezione del progetto o alle direttive tecniche del committente [110]; in questo caso, il danneggiato potrà rivalersi nei confronti del committente e del subfornitore in via solidale, salvo il diritto di rivalsa *ex* art. 9 del D.P.R. n. 224/88 [111].

6. – Una questione di grande importanza riguarda il regime delle nullità con cui sono sanzionate le violazioni di molte norme contenute in vari articoli della legge n. 192/98. L'art. 6 dichiara nulle le clausole che attribuiscano ad una delle parti la facoltà di modificare unilateralmente (c.d. *ius variandi* [112)] i patti del contratto (primo comma), o di recedere in caso di rapporti ad esecuzione continuata o periodica senza congruo preavviso (secondo comma). È altresì nulla la clausola che disponga di diritti di privativa industriale o intellettuale a favore del committente in mancanza di adeguato corrispettivo (terzo comma). Le nullità sanzionate dalla legge n. 192, in realtà, come si è già in parte esaminato, si estendono ad altre situazioni patologiche del rapporto: l'art. 2 disciplina il difetto di forma, l'art. 4 regola il divieto di interposizione, l'art. 5 impone il regime dei patti limitativi della responsabilità e l'art. 9 reprime l'abuso di dipendenza economica [113].

Il problema che si pone è quello relativo al soggetto legittimato a far valere l'invalidità del contratto o delle singole clausole. La questione riguarda la possibilità di ritenere che la nullità, pur parziale [114], possa essere assoluta o relativa [115]. La nullità, ove fosse assoluta, potrebbe essere fatta valere anche dal committente e non sarebbe posta a tutela del contraente debole [116]. In effetti, traendo spunto dal dato testuale dell'art. 1421

---

[110] A. CHIESA, in *La subfornitura* a cura di G. DE NOVA, cit., p. 53; infatti i rischi che gravono sul committente comprendono sia i difetti relativi al materiale che quelli concernenti i progetti esecutivi, i prototipi e i modelli.

[111] G. NICOLINI, *La subfornitura e le attività produttive*, cit., p. 102.

[112] F. BORTOLOTTI, *Contratti di subfornitura*, cit., p. 130 ss.; A. MUSSO, *La subfornitura*, cit., p. 310 ss.; P.M. PUTTI, in *La subfornitura* a cura di G. ALPA e A. CLARIZIA, cit., p. 182 e ss

[113] L. PRATI, *La sanzione della nullità nel contratto di subfornitura*, in *I contratti*, 1999, p. 293 ss.; M.P. SUPPA, *Commento sub art. 6*, in *Disciplina della subfornitura nelle attività produttive*, a cura di N. LIPARI, cit., p. 414; la previsione di numerose nullità sarebbe la manifestazione dell'intento di garanzia del legislatore a favore del subfornitore nell'ambito del riequilibrio degli interessi contrattuali contrapposti.

[114] P.M. PUTTI, *op. ult. cit.*, p. 188; O. CAGNASSO-G. COTTINO, *Contratti commerciali*, cit., p. 370.

[115] Sulla nullità relativa in generale: P.M. PUTTI, *L'invalidità del contratto*, in *Diritto privato europeo*, a cura di N. LIPARI, Padova, 1997, p. 691 ss.; C.M. BIANCA, *Diritto civile, 3, Il contratto*, cit., p. 578 ss.; R. SCOGNAMIGLIO, *Contratti in generale*, in *Trattato di diritto civile* diretto da G. GROSSO e F. SANTORO PASSARELLI, Milano, 1972, p. 243 ss.

[116] G. GIOIA, *I rapporti di subfornitura*, cit., p. 671 ss. (in specie p. 673): per questo A. le conseguenze



c.c., secondo cui le eccezioni alla regola generale in ordine alla legittimazione all'azione di nullità debbono essere espressamente previste dalle legge, si oppone che la mancanza di indicazioni nel senso della relatività dell'invalidità farebbe propendere per la qualificazione della nullità come assoluta [117]. Detta impostazione troverebbe conforto anche nel recente art. 36 del cod. del consumo che, modificando il regime precedente di cui all'art. 1469 *quinquies* c.c., ha introdotto espressamente in luogo dell'inefficacia la sanzione della nullità [118], la quale, tuttavia, "opera soltanto a vantaggio del consumatore" ed è rilevabile d'ufficio [119]. A mio avviso questa opportuna equiparazione del legislatore tra le conseguenze attribuite alla violazione delle norme a tutela del contraente debole, oltre a sgombrare il campo sui dubbi dell'esistenza della categoria dogmatica della nullità relativa, parrebbe rafforzare la tesi dell'applicabilità della sanzione dell'invalidità soltanto a favore del subfornitore, quando non sia espressamente previsto il contrario (come nel caso di cui all'art. 4). Ma vi sono ulteriori motivi per ritenere che il legislatore non abbia inteso prescrivere la massima invalidità, anche a prescindere dallo scopo di tutela del contraente debole; secondo l'art. 1421 c.c., infatti, la nullità può essere invocata non da chiunque, ma da "*chiunque vi ha interesse*", per cui si può ragionevolmente sostenere che sia privo di tutela chi abbia dato causa all'invalidità [120]. È necessario, però, distinguere ulteriormente: infatti non sempre le nullità introdotte dalla legge n. 192 sono poste a protezione del subfornitore. Il difetto di forma di cui all'art. 2 è sicuramente rilevabile solo dal contraente debole; viceversa, la sanzione prevista dall'art. 4 pare essere posta nell'interesse del solo committente, atteso che la norma, rispetto all'art. 1656 c.c., è di maggior favore per il subfornitore. Più incerto è il confine del regime sanzionatorio sulla responsabilità di cui all'art. 5: infatti, se parte della dottrina ritiene che debbano essere

---

sanzionatorie collegate alla nullità possono assumere valore ove siano volte alla tutela del contraente debole, per cui è preferibile accogliere una concezione intrinsecamente relativa della nullità.

[117] O. CAGNASSO-G. COTTINO, *Contratti commerciali*, cit., p. 370; L. PRATI, *La sanzione della nullità nel contratto di subfornitura*, cit., p. 297.

[118] In materia di subfornitura, non mancava anche in precedenza chi ritenesse la sanzione della nullità equivalente a quanto previsto dagli artt. 33 e 36 del codice del consumo, ferma restando la possibilità di farla valere solo da parte del subfornitore. Vedasi F. GALGANO, *Trattato di diritto civile*, cit., II, p. 628.

[119] A. BARENGHI, in *Codice del Consumo* a cura di V. CUFFARO, Milano, 2015, p. 317.

[120] B. GRAZZINI, in C. BERTI-B. GRAZZINI, *La disciplina della subfornitura nelle attività produttive*, cit., p. 146; U. RUFFOLO, *Atti emulativi, abuso del diritto, e interesse nel diritto*, *Riv. dir. civ.*, 1973, II, p. 1 ss.; A. MUSSO, *La subfornitura*, cit., p. 354 e 139; quest'ultimo A., distingue tra legittimazione ad agire *ex* art. 1421 c.c. e interesse ad agire *ex* art. 100 c.p.c., pervenendo comunque ad un risultato pratico sostanzialmente simile alle tesi sostenute dai precedenti autori citati: infatti ritiene che, nel caso in cui una parte abbia scientemente o dolosamente provocato un vizio nel contratto, dovrà applicarsi il principio "*nemo contra factum suum venire potest*", negandosi in radice l'interesse ad agire a siffatto riguardo.



considerati invalidi solo i patti che prevedano a carico del subfornitore una responsabilità più gravosa [121] rispetto a quella prevista dai singoli contratti di riferimento (appalto, somministrazione, vendita ecc.), altri autori [122], invece, sostengono che la norma non favorisca una delle parti contraenti, ma miri semplicemente a riequilibrare le reciproche posizioni contrattuali. Rimane eccepibile solo dal contraente debole, ovviamente, la nullità sancita dall'art. 9 che reprime l'abuso di dipendenza economica [123]. Per quanto concerne il regime sanzionatorio dell'art. 6, pare sia necessario ulteriormente distinguere: la nullità di cui ai primi due commi sarebbe rilevabile di volta in volta dall'uno o dall'altro contraente; l'invalidità di cui al terzo comma, in materia di cessione di diritti industriali senza congruo corrispettivo, invece, potrebbe essere fatta valere dal solo subfornitore [124]. Il primo comma prescrive, dunque, il divieto dello *ius variandi*, ovverosia di consentire pattiziamente la facoltà ad una delle parti di modificare unilateralmente una o più clausole del contratto di subfornitura; la norma è speculare [125] all'art. 33, 2° comma, lett. M, cod. consumo, che pure prescrive la sanzione, unicamente in favore del consumatore, in mancanza di un "*giustificato motivo indicato nel contratto stesso*". Si tratta, sostanzialmente, dell'applicazione del principio di mutuo consenso per le modificazioni del contenuto negoziale rispetto alle varianti eccezionalmente consentite nel contratto di appalto *ex* art. 1661, 2° comma c.c. [126]. Il problema principale nell'applicazione di questa norma riguarda il coordinamento con l'art. 3, 5° comma, che ammette a vantaggio del subforni-

---

[121] B. GRAZZINI, in C. BERTI-B. GRAZZINI, *La disciplina della subfornitura*, cit., p. 151; A. CHIESA, in *La subfornitura*, a cura di G. DE NOVA, cit., p. 46 ss.; L. PRATI-A. CARDINI, *Rapporti di subfornitura*, Milano, 1999, p. 74; A. MUSSO, *La subfornitura*, cit., p. 288 ss. (in specie p. 293).

[122] R. LECCESE, in *La subfornitura*, cit., p. 158 ss. (in particolare p. 174); M.A. LIVI, *Le nullità*, in *La subfornitura nelle attività produttive*, a cura di V. CUFFARO, cit., p. 189 ss., G. NICOLINI, *Subfornitura e attività produttive*, cit., p. 96-97.

[123] B. GRAZZINI, *op. ult. cit.*, p. 151 e 192; G. NICOLINI, *op. ult. cit.*, p. 138; A. MARIANI, *Note in tema di subfornitura nelle attività produttive*, in *Nuova giur. civ. comm.*, 2000, II, p. 109 ss.; T. LONGU, *Il divieto di abuso di dipendenza economica nei rapporti tra le imprese, in Riv. dir. civ.*, 2000, II, 375; Per Musso, anche senza la necessità di ricorrere alla controversa applicazione di una nullità relativa, si può comunque negare la legittimazione ad agire in nullità, per la parte "forte", mancando l'interesse ad agire *contra factum proprium*, visto l'art. 100 c.p.c; in A. MUSSO, *La subfornitura*, cit., p. 537, nota 1; conforme A. MAZZIOTTI DI CELSO, in *La subfornitura* a cura di G. ALPA e A. CLARIZIA, cit., p. 257; per l'assolutezza della nullità, invece, L. PRATI, *La sanzione della nullità nel contratto di subfornit*ura, in *Contratti*, 1999, p. 298 ss.; A. BERTOLOTTI, *Contratto di subfornitura*, cit., p. 197.

[124] B. GRAZZINI, *op. ult. cit.*, p. 148; A. BERTOLOTTI, *Contratto di subfornitura*, cit., p. 150; P.M. PUTTI, in *La subfornitura* a cura di G. ALPA e A. CLARIZIA, cit., p. 181 ss.

[125] Il riferimento in precedenza era all'art. 1469 *bis*, 3° comma, n. 11 c.c.; G. NICOLINI, *Subfornitura e attività produttive*, cit., p. 105.

[126] A. MUSSO, *La subfornitura*, cit., p. 312.



tore la possibilità di richiedere l'adeguamento del prezzo in caso di significative modifiche e varianti che comportino incrementi dei costi; sembra che il coordinamento tra le due disposizioni vada inteso nel senso di cui al richiamato art. 1661 c.c.: è possibile stabilire una variazione di specifiche tecniche in favore del committente, purché vengano rispettati i limiti indicati nella norma, ovverosia che le variazioni non superino il valore del sesto del prezzo complessivo, non stravolgano l'opera e sia previsto l'adeguamento del corrispettivo [127]. Il 2° comma dell'art. 6, invece, regola la disciplina del recesso in caso di contratto ad esecuzione continuata o periodica; la disposizione richiama l'art. 33, comma 2, lett. G e H, cod. consumo, con alcune differenze: la norma della legge n. 192/98, infatti, non individua a priori il soggetto protetto [128] e regolamenta il recesso non nei contratti a tempo determinato [129] o indeterminato [130], ma nei rapporti ad esecuzione continuata o periodica [131]. Sembra opportuno, comunque, il richiamo alla regola generale dell'art. 1569 c.c., che disciplina conformemente il recesso nel contratto di somministrazione [132]. La sanzione stabilita dal secondo comma dell'art. 6 pare riguardare la sola assenza di preavviso, riconoscendosi alle parti la facoltà di recedere convenzionalmente [133] dal contratto. Il problema di coordinamento del divieto di recesso *ad nutum* è questa volta correlato all'art. 9, che vieta l'abuso di dipendenza economica. La soluzione più corretta pare quella di considerare comunque applicabile l'art. 9, nel caso di dipendenza economica della parte che subisce il recesso o l'interruzione arbitraria delle relazioni commerciali in

---

[127] B. GRAZZINI, *op. ult. cit.*, p. 154-155; A. MUSSO, *op. ult. cit.*, p. 313 ss.; quest'ultimo A. sottolinea che la norma in esame mantiene una *ratio* di stabilità nell'assetto delle obiettive prestazioni imprenditoriali, integrate e strumentali a un'attività produttiva più complessa, senza mutuare necessariamente i principi derivanti dagli artt. 1469 *bis* e ss., ma dovendo piuttosto essere completata dalla disciplina dell'appalto – artt. 1659, 1660 o 1661 c.c. – o degli altri contratti commerciali pertinenti, in quanto compatibili con la specificità del rapporto. Vedasi anche A. BERTOLOTTI, *Contratto di subfornitura*, cit., p. 158.

[128] M.P. SUPPA, *Commento sub art. 6*, in *Disciplina della subfornitura nelle attività produttive*, a cura di N. LIPARI, cit., p. 418.

[129] Nei contratti a tempo determinato, visto l'art. 33, 2° comma, lett. G, cod. cons., è considerata abusiva la clausola che riconosca al solo professionista e non anche al consumatore la facoltà di recedere dal contratto.

[130] Nei contratti a tempo indeterminato, vista la lettera H della norma indicata nella nota precedente, è vietata la facoltà recesso nei contratti a tempo indeterminato da parte del professionista senza ragionevole preavviso, tranne nel caso di giusta causa.

[131] Nei contratti ad esecuzione istantanea, invece, rimane applicabile l'art. 1373 c.c., che ammette la facoltà convenzionale di recesso fino a quando il contratto non abbia avuto un principio di esecuzione. Così A. MUSSO, *La subfornitura*, cit., p. 334.

[132] F. PADOVINI, *La nuova disciplina della subfornitura nelle attività produttive*, cit., p. 5.

[133] A. BERTOLOTTI, *Il contratto di subfornitura*, cit., p. 154.



atto, visto che "*le due fattispecie non stanno quale specie a genere*" [134]. Conseguentemente, in caso di previsione di una clausola che consenta nei rapporti di durata la facoltà di recesso senza congruo preavviso, la sanzione sarà costituita dalla nullità a' sensi dell'art. 6, comma 2, mentre nell'ipotesi in cui il patto di svincolo preveda il congruo preavviso, ma vi sia una situazione di abuso di dipendenza economica, la sanzione verrà comminata in forza dell'art. 9 [135]. L'ultimo problema che si pone in ordine al secondo comma dell'art. 6 riguarda l'eventuale compatibilità con l'art. 1671 c.c., che consente la facoltà di recesso a favore del committente nel contratto d'appalto, purché venga assicurato adeguato corrispettivo all'appaltatore. La dottrina, sul punto, pare divisa: da un lato [136] si ritiene che l'art. 1671 c.c. rimanga applicabile nel caso di subfornitura "spot" (relativa ad una singola opera o prestazione), dall'altro [137], invece, si sostiene che la norma sia di difficile applicazione in questa materia.

Rimane da esaminare la disciplina dei diritti di privativa industriale che sono regolati dagli artt. 6, ult. comma, e 7 della legge n. 192. La prima norma citata [138], come si è visto, tutela la posizione del subfornitore, assicurandogli, a pena di nullità, la salvaguardia del diritto ad un congruo corrispettivo in caso di disposizione del proprio *know-how* a favore del committente [139]. Viceversa, l'art. 7 contiene una disciplina di tutela della posizione di supremazia tecnologica del committente [140], che si esplicita nelle direttive tecniche a cui il subfornitore deve adeguarsi [141]. In particolare, non potendo approfondire in questa sede le tematiche relative alla tutela del marchio e della proprietà industriale, visto il R.D. 21/6/1942 n. 929, il d.lgs. 4/12/1992 n. 480, il d.lgs. 10/2/2005 n. 30 e le ulteriori norme di riferimento, si deve rilevare che la tutela di cui all'art. 7 pare estendersi anche alle "*specifiche tecniche*", non brevettate o brevettabili, messe a disposizione del

---

[134] A. MUSSO, *La subfornitura*, cit., p. 334; P.M. PUTTI, in *La subfornitura* a cura di G. ALPA e A. CLARIZIA, cit., p. 201; B. GRAZZINI, in C. BERTI-B. GRAZZINI, *La disciplina della subfornitura nelle attività produttive*, cit., p. 159.

[135] B. GRAZZINI, *op. ult. cit.*, p. 160 e 161.

[136] L. PRATI-L. CARDINI, *Rapporti di subfornitura*, cit., p. 140 ss.; A. MUSSO, *La subfornitura*, cit., p. 336.

[137] B. GRAZZINI, *op. ult. cit.*, p. 162.

[138] F. PROSPERI, *Il contratto di subfornitura*, cit., p. 239 ss.; A. FRIGNANI, *Disciplina della subfornitura*, in *I contratti*, 1999, p. 196 ss.; G. SACCHI LODISPOTO, in *Disciplina della subfornitura nelle attività produttive*, a cura di N. LIPARI, cit., p. 421.

[139] P.M. PUTTI, in *La subfornitura* a cura di G. ALPA e A. CLARIZIA, cit., p. 202; A. MUSSO, *La subfornitura*, cit., p. 342 ss.

[140] L. PRATI, *La disciplina della subfornitura, la proprietà intellettuale ed il know how del committente, in Il diritto industriale*, 1999, 11, 19.

[141] F. DELFINI, in *La subfornitura* a cura di G. DE NOVA, cit., p. 72.



subfornitore nell'ambito del rapporto [142]. Solo il committente è legittimato ad apporre il proprio marchio nel prodotto finito [143], mentre debbono essere considerate valide le clausole che facciano espresso divieto al fornitore di inserire il proprio marchio sul componente lavorato. Pare che la norma debba inserirsi nell'ambito della tutela del segreto industriale, prevedendo un'ipotesi di obbligo di riservatezza legalmente imposto in ordine alle conoscenze tecniche trasmesse dal committente nel corso del rapporto [144]. Naturalmente non si tratta di qualsiasi specifica tecnica trasmessa, essendo escluse senz'altro dall'obbligo di riservatezza le conoscenze di cui il subfornitore già dispone o che può normalmente apprendere dal mercato [145]. Rimangono coperte dal diritto di riservatezza, invece, tutte quelle specifiche prescrizioni che valgano ad attribuire al prodotto capacità distintiva propria o siano destinate a rimanere sconosciute ai terzi [146]. In definitiva, la subfornitura prevede un consenso del committente all'utilizzazione dei propri diritti di privativa industriale da parte del subfornitore, ma solamente in relazione alle esigenze della produzione, con esclusione della fase della commercializzazione e dell'eventuale divulgazione ai terzi [147].

7. – Una rilevante novità introdotta dalla legge n. 192 è rappresentata dall'art. 9, che ha vietato l'abuso di dipendenza economica da parte di un'impresa nei confronti di un'impresa subfornitrice. L'ambito di applicazione dell'art. 9 è diverso da quello del resto della legge 192: la norma indicata, infatti, si applica a qualsiasi contratto tipico e atipico che sia stipulato tra imprese [148] in una situazione di dipendenza economica [149]. Si

---

[142] B. GRAZZINI, *op. ult. cit.*, p. 166; A. MUSSO, *La subfornitura*, cit., p. 364.

[143] M.C. CARDARELLI, *Tutela della proprietà industriale*, in *La subfornitura* a cura di V. CUFFARO, cit., p. 273 ss.; F. GALGANO, *Il marchio nei sistemi produttivi integrati*, cit., p. 173 ss.

[144] M.C. CARDARELLI, *Tutela della proprietà industriale*, in *La subfornitura* a cura di V. CUFFARO, cit., p. 288 ss.

[145] A. MUSSO, *La subfornitura*, cit., p. 365; B. GRAZZINI, in C. BERTI-B. GRAZZINI, *La disciplina della subfornitura nelle attività produttive*, cit., p. 167.

[146] B. GRAZZINI, *op. ult. cit.*, p. 168.

[147] A. MUSSO, *La subfornitura*, cit., p. 384.

[148] Trib. Roma 5 novembre 2003, in *Giur. merito*, 2004, 457; il Tribunale ha precisato che l'art. 9 si applica anche ai contratti di concessione di vendita di autoveicoli, poiché tale disposizione è operante in tutti i contratti tra imprese, anche al di fuori della subfornitura industriale.

[149] Corte cassazione S.U. 25 novembre 2011 n. 24906, in *Giur. it.*, 2012, 2054; Trib. Ascoli Piceno 21 gennaio 2019, in *De Jure*; Trib. Milano, sez. spec. impr, 6 dicembre 2017, in *Il Dir. industriale*, 2018, 2018, 4, 311, con nota di G. REMOTTI; C. Appello Milano 15 luglio 2015, in *Giur. it*., 2015, 2665, con nota di F. OC-



può giustamente ritenere che la norma indicata abbia "*la valenza sistematica di clausola generale di divieto di abuso di potere nelle relazioni tra imprese*" [150]. Proprio per la por-

---

CELLI, *L'abuso di dipendenza economica come clausola generale?*; Trib. Vercelli 14 novembre 2014, in *Foro it.*, 2015, 10, I, 3344; Trib. Bassano del Grappa 2 maggio 2013, in *Giur. commerciale*, 2015, 4, II, 774, con nota di D. ARCIDIACONO, *Abuso di dipendenza economica e mercato rilevante. Il caso della delocalizzazione produttiv*a; Trib. Torino 11 marzo 2010, in *Giur. commerciale*, 2011, 6, II, 1471, con nota di V. LANDRISCINA, *L'abuso di dipendenza economica tra violazione del canone di buona fede e abuso del diritto*; Trib. Isernia 12 aprile 2006, in *Giur. merito*, 2006, 10, 2149, con nota di L. DELLI PRISCOLI, *Il divieto di abuso di dipendenza economica nel franchising, fra principio di buona fede e tutela del mercato*; Trib. Bari 6 maggio 2002, in *Giur. it.* 2003, p. 726 con nota critica di R. NATOLI, *Brevi note sull'abuso di dipendenza economica "contrattuale"*; *Contra*: Trib. Roma 17 marzo 2010, in *Foro it.*, 2011, 1, I, 255; Trib. Roma 19 febbraio 2010, in *Foro it.*, 2011, 1, I, 256; Trib. Roma 24 settembre 2009, ivi; Trib. Roma 5 maggio 2009, ivi; Trib. Roma 5 febbraio 2008, in *Foro it.*, 2008, 7-8, I, 2326; Trib. Bari 2 luglio 2002, in in *Foro it.* 2002, I, 3213, con nota critica di A. PALMIERI, *Abuso di dipendenza economica: dal "caso limite" alla (drastica) limitazione dei casi di applicazione del divieto?*. In dottrina, a favore della tesi della portata generale del divieto di abuso di dipendenza economica: F. BORTOLOTTI, *I contratti di subfornitura*, cit., p. 144; G. NICOLINI, *La subfornitura e le attività produttive*, cit., p. 123; A. MAZZIOTTI DI CELSO, in *La subfornitura* a cura di G. ALPA E A. CLARIZIA, cit., p. 244; F. TALLARO, *L'abuso di dipendenza economica*, in *Diritto & Formazione*, 2004, p. 1238; L. DELLI PRISCOLI, *L'abuso di dipendenza economica nella nuova legge sulla subfornitura: rapporti con la disciplina delle clausole abusive e con la legge antitrust*, in *Giur. comm.*, 1998, 6, p. 833; *id.*, *Abuso di dipendenza economica, abuso del diritto e buona fede*, in *Diritto e formazione*, 2011, 2, p. 174-175; C. BERTI-A. GRAZZINI, *La disciplina della subfornitura nelle attività produttive*, cit., p. 173; O. CAGNASSO-G. COTTINO, *Contratti commerciali*, cit., p. 379; A. BERTOLOTTI, *Contratto di subfornitura*, cit., p. 179; G. DE NOVA, *La subfornitura: una legge grave*, cit., p. 451; P. FRANZINA, *Considerazioni sulla legge applicabile all'abuso di dipendenza economica*, in *La nuova giurisprudenza civile commentata*, 2002, II, 230; E. CAPOBIANCO, *L'abuso di dipendenza economica. Oltre la subfornitura*, in *Concorrenza e mercato*, 2012, p. 619; M.R. MAUGERI, *Le modifiche alla disciplina dell'abuso di dipendenza economica*, in *Nuove Leggi civ.*, 2001, p. 1065; T. LONGU, *Il divieto di abuso di dipendenza economica nei rapporti tra imprese*, in *Riv. dir. civ.*, 2000, II, p. 345; V. PINTO, *L'abuso di dipendenza economica, "fuori dal contratto". Tra diritto civile e diritto antitrust*, in *Riv. dir. civ.*, 2000, II, p. 403; A. BARBA, *Reti di impresa e abuso di dipendenza economica*, in *Contratto e impresa*, 2015, 6, p. 1266 e 1273; G. GIOIA, *I rapporti di subfornitura*, cit., p. 676; F. PROSPERI, *Subfornitura industriale, abuso di dipendenza economica e tutela del contraente debole: i nuovi orizzonti della buona fede contrattuale*, in *Rass. dir. civ.*, 1999, p. 641 ss.; R. CASO-R. PARDOLESI, *La nuova disciplina del contratto di subfornitura (industriale): scampolo di fine millennio o prodromo di tempi migliori?*, in *Riv. dir. priv.*, 1998, p. 733; M. LIBERTINI, *La responsabilità per abuso di dipendenza economica: la fattispecie*, in *Contratto e impresa*, 2013, 1, p. 6-7; C. ALVISI, *Disparità di potere contrattuale, apparati di protezione e autonomia collettiva. Il caso della subfornitura nelle attività produttive*, cit., p. 106-107; L. RENNA, *L'abuso di dipendenza economica come fattispecie transtipica*, cit., p. 392-392; F.L. GAMBARO-A. MARTINI, *La subfornitura cinque anni dopo*, cit., p. 530; F. ANGIOLINI, *Abuso di dipendenza economica ed eterodirezione contrattuale*, Milano, 2012, p. 54. *Contra*, nel senso che si tratterebbe di clausola riguardante solo la subfornitura: A. MUSSO, *La subfornitura*, cit., p. 484; R. RINALDI-F.R. TURITTO, in *La disciplina del contratto di subfornitura nella legge n. 192 del 1998*, a cura di P. SPOSATO E M. COCCIA, Torino, 1999, p. 121. Per una soluzione intermedia, nel senso che l'art. 9 non riguarderebbe solo il contratto di subfornitura, ma dovrebbe comunque rimanere applicabile solo nell'ambito del decentramento produttivo: E. RUSSO, *Imprenditore debole, imprenditore-persona, abuso di dipendenza economica, "terzo contratto"*, in *Contratto e impresa*, 2009, 1, p. 130.

[150] B. GRAZZINI, in C. BERTI-B. GRAZZINI, *La disciplina della subfornitura nelle attività produttive*, cit., p. 196.



tata generale della norma, si ritiene che sia applicabile anche ai rapporti tra impresa cliente e banca [151] e ente committente e libro professionista [152]. Inoltre, sempre per la portata generale del divieto di abuso di dipendenza economica, si ritiene che l'art. 9 possa essere applicato anche nell'ambito delle reti d'impresa tra singole imprese operanti nella rete anche se non legate da alcun vincolo contrattuale con l'impresa dominante [153]. Peraltro, nonostante la dottrina si sia occupata quasi esclusivamente dell'ipotesi della dipendenza economica dal lato del subfornitore [154], non si può escludere che la norma abbia funzione "bidirezionale", e cioè che possa essere invocata anche a favore del committente che si trovi nella situazione di debolezza nel rapporto bilaterale [155]. Il concetto di dipendenza economica si distingue da quello di posizione dominante elaborato dalle norme antitrust, con particolare riferimento alla legge n. 287/1990 [156]: secondo la giurisprudenza della Corte di Giustizia, infatti, si considera in posizione dominante l'impresa che abbia una tale forza sul mercato da impedire una reale concorrenza [157]. La dipendenza economica, invece, si verifica in relazione al caso concreto, quando una o più imprese siano in grado di imporre ad un fornitore un eccessivo squilibrio di diritti e di obblighi nel rapporto contrattuale [158]. In alcuni mercati rilevanti particolarmente ristretti, l'abuso di dipendenza economica non è che una *species* del *genus* di abuso di posizione dominante [159]. Non vi è

---

[151] E. CAPOBIANCO, *I contratti bancari*, in *Trattato dei contratti* RESCIGNO-GABRIELLI, Milanofiori Assago (MI), 2016, p. 38.

[152] S. MONTICELLI, *Regole e mercato nella disciplina convenzionale del contratto d'opera professionale*, in *Contratto e impresa*, 2016, 2, p. 529-533.

[153] F. LONGOBUCCO, *Abuso di dipendenza economica e reti di imprese*, in *Contratto e impresa*, 2012, 2, p. 394.

[154] In questo senso, ad esempio, M. GRANIERI, *Contratto di subfornitura industriale*, Roma, 1998, p. 89 ss.; A. BERTOLOTTI, *Contratto di subfornitura*, cit., p. 195; L. DELLI PRISCOLI, *Restrizioni verticali della concorrenza*, Milano, 2002, p. 93.

[155] A. MUSSO, *La subfornitura*, cit., p. 513 ss.; L. DELLI PRISCOLI, *L'abuso di dipendenza economica nella nuova legge sulla subfornitura: rapporti con la disciplina delle clausole abusive e con la legge antitrust*, cit., p. 835; L. RENNA, *L'abuso di dipendenza economica come fattispecie transtipica*, cit., p. 375.

[156] Per la distinzione tra l'abuso di dipendenza economica e l'abuso di posizione dominante: A. MUSSO, *op. ult. cit.*, p. 479 ss.; M. LIBERTINI, *La responsabilità per abuso di dipendenza economica: la fattispecie*, cit., p. 1 ss.

[157] Per una disamina sulla giurisprudenza della Corte di Giustizia vedasi R. WHISH, *Competition law*, London, 1993, p. 259 ss.

[158] A. MAZZIOTTI DI CELSO, in *La subfornitura* a cura di G. ALPA e A. CLARIZIA, p. 246; L. DELLI PRISCOLI, *L'abuso di dipendenza economica nella nuova legge sulla subfornitura: rapporti con la disciplina delle clausole abusive e con la legge antitrust*, cit., p. 833 ss.

[159] R. NATOLI, *Brevi note sull'abuso di dipendenza economica "contrattuale"*, nota a Trib. Bari 6 maggio 2002, in *Giur. it.*, 2003, p. 725; B. GRAZZINI, invece, pur distinguendo le due fattispecie, parla di "*par-*



dubbio, poi, che l'abuso da dipendenza economica abbia natura di norma concorrenziale che viene a reprimere le condotte illecite nell'ambito dei rapporti tra imprese. La distinzione tra l'art. 9 della legge n. 192 e l'art. 2598 n. 3 c.c. consiste nel fatto che l'abuso di dipendenza economica interviene in ambito contrattuale, mentre il divieto di concorrenza sleale ha natura extracontrattuale [160]. Per questo motivo l'art. 9 costituisce una norma di completamento dell'art. 2598 c.c., perché sanziona il comportamento abusivo contrario alla correttezza nei rapporti commerciali tra le imprese. In linea di principio, l'abuso di dipendenza economica reprime la concorrenza sleale verticale (ovverosia tra imprese poste su un asse verticale, per cui una domina sull'altra), mentre l'art. 2598 n. 3 c.c. agisce principalmente su un piano orizzontale, ovverosia tra imprese non in rapporto contrattuale che operano come concorrenti nello stesso mercato. Tuttavia, le due norme non solo assicurano una tutela parallela, ma sembrano anche interscambiabili, per cui è ammesso, in determinate circostanze, anche il cumulo dei rimedi rispettivamente previsti [161].

Ritengo, comunque, che l'art. 9 abbia una portata più ampia di quella meramente contrattuale. Infatti, il divieto di abuso di dipendenza economica riguarda almeno tre profili di tutela diversi: la responsabilità precontrattuale, l'illecito contrattuale e l'abusiva condotta concorrenziale [162].

Certamente si pongono gravi problemi per l'interprete in merito all'applicabilità della norma nella pratica: infatti il legislatore non ha dato dei parametri certi per individuare l'eccessivo squilibrio contrattuale, né appare chiaro quando si possa riscontrare la mancanza di alternative commerciali soddisfacenti per il fornitore. Lo squilibrio negoziale sanzionato potrebbe appalesarsi nel contegno vessatorio dell'impresa committente nei confronti del fornitore, nell'ambito di un rapporto commerciale già esistente, sia in rela-

---

ziale sovrapponibilità delle condotte censurate", in C. BERTI-B. GRAZZINI, *La disciplina della subfornitura nelle attività produttive*, cit., p. 177.

[160] F. ANGIOLINI, *Abuso di dipendenza economica ed eterodirezione contrattuale*, cit., pp. 38-39.

[161] A. MUSSO, *La subfornitura*, cit., p. 471-474.

[162] Infatti il rifiuto di vendere o di comprare è sicuramente fattispecie extracontrattuale. Nello stesso senso del testo: C. BERTI-B. GRAZZINI, *La disciplina della subfornitura nelle attività produttive*, cit., p. 177, 191 e 195. *Contra*, nel senso che l'illecito in questione avrebbe sempre natura contrattuale: A. MUSSO, *La subfornitura*, cit., p. 525. La S.C. sembra propendere per la tesi contrattuale della norma, anche quando non vi sia la qualificazione strettamente contrattuale: "*In altri termini va qualificata come controversia in materia contrattuale quella tra due soggetti che non si pongono l'un l'altro come due consociati non relazionati reciprocamente, ma come soggetti che hanno già instaurato un rapporto di natura commerciale, dal quale ognuno attende che l'altro non ne abusi ma tenga un comportamento determinato*": Corte cassazione S.U. 25 novembre 2011 n. 24906, cit.. La tesi, resa peraltro in ambito di regolamento di giurisdizione, va criticata: se non vi è contratto, non può esservi inadempimento di natura contrattuale. Si pensi, ad esempio, al rifiuto di vendere o di comprare nell'ambito dell'interruzione arbitraria e ingiustificata delle trattative.



zione alle trattative per le singole partite, sia in relazione all'esecuzione delle prestazioni [163]. Si può pensare, ad esempio, ad un contegno stringente sui tempi di consegna o sull'imposizione di forti sconti nelle forniture, pur dovendo tener presente la sanzione della nullità prescritta, almeno nell'ambito della subfornitura, dall'art. 6 della legge n. 192. La mancanza delle valide alternative commerciali per il fornitore, invece, potrebbe verificarsi non solo allorquando difetti una qualsiasi alternativa commerciale, ma anche quando le altre possibilità disponibili non siano commercialmente equivalenti per il fornitore [164]. La Corte di cassazione ritiene che l'indagine sull'abuso da dipendenza economica vada fatta in due momenti; innanzi tutto bisogna indagare sullo squilibrio economico tra le parti che deve essere eccessivo, nel senso che il contraente che lo subisce deve essere privo di reali alternative economiche sul mercato; poi bisogna valutare se l'abuso sia stato determinato da una condotta arbitraria contraria alla buona fede al fine di conseguire vantaggi "*esulanti dalla lecita iniziativa commerciale*" [165]

Inizialmente l'art. 9 poneva dei problemi di coordinamento con la normativa *antitrust* cui si è fatto cenno in precedenza. Opportunamente, però, il legislatore è intervenuto con l'art. 11 della legge n. 57/01, che ha modificato il terzo comma dell'art. 9 della legge n. 192 e ha introdotto il comma 3-*bis*. Il comma 3-*bis* distingue ora una posizione di dipendenza economica anticoncorrenziale, conoscibile e sanzionabile dall'Autorità garante per la concorrenza e il mercato, dalla dipendenza economica "contrattuale", disciplinata dai primi tre commi dell'art. 9 della legge n. 192 [166].

Il nuovo art. 3, inoltre, ha risolto un altro grave problema in ordine alla tutela del fornitore: infatti il terzo comma, nella versione previgente, sanzionava l'abuso di dipendenza economica, apparentemente, con la sola sanzione della nullità della clausola interessa-

---

[163] A. FRIGNANI, *Disciplina della subfornitura nella legge n. 192/98: problemi di diritto sostanziale*, cit., p. 196: si tratta di uno squilibrio non economico, ma giuridico, che si deve concretizzare in facoltà e poteri riconosciuti ad una parte e negati all'altra.

[164] A. MAZZIOTTI DI CELSO, in *La subfornitura* a cura di G. ALPA e A. CLARIZIA, cit., p. 249.

[165] Corte cassazione 21 gennaio 2020 n. 1184, in *Giust. civ. Mass*., 2020.

[166] L'abuso di dipendenza economica può ora essere sempre censurato avanti il giudice ordinario; quando costituisca anche un'ipotesi di abuso di posizione dominante può essere represso dall'autorità *antitrust*, con esclusiva giurisdizione del garante, in prima istanza, del T.A.R. del Lazio in sede di gravame e della corte d'appello in unico grado per la tutela civile conseguente; in questo caso si avrà il cumulo delle tutele. Così B. GRAZZINI, in C. BERTI-B. GRAZZINI, *La disciplina della subfornitura nelle attività produttive*, cit., pagg. 184-185. La S.C. ha anche chiarito che non sussiste la competenza delle sezioni specializzate in materia di impresa nel caso di azione risarcitoria per concorrenza sleale incentrata sull'abuso di dipendenza economica: Corte cassazione 28 settembre 2017 n. 22747, in *Riv. del dir. industriale*, 2018, 2, II, 241; Corte cassazione 4 novembre 2015 n. 22584, in *De Jure*.



ta [167]. L'abuso era previsto non solo nel caso di eccessivo squilibrio contrattuale, ma anche nel rifiuto di vendere o di comprare [168], nella imposizione di condizioni contrattuali ingiustificatamente gravose o discriminatorie e nella interruzione arbitraria delle relazioni commerciali in atto [169]. La dottrina aveva ravvisato l'inadeguatezza della sanzione della nullità, facendo riferimento piuttosto all'inefficacia della clausole vietate nei confronti della parte più debole [170], secondo il sistema introdotto con le clausole di cui agli artt. 1469 *bis* e ss. c.c. ma poi riformato con l'introduzione nel codice del consumo della nullità di protezione di cui all'art. 36 [171]. Inoltre, si poneva il problema del silenzio della norma in materia di risarcimento del danno, che appariva indubitabilmente come lo strumento più efficace di tutela del fornitore [172]. L'art. 3, secondo le citate modifiche, invece, attribuisce espressamente al giudice ordinario la competenza per le azioni in materia di abuso di dipendenza economica (contrattuale), anche in relazione all'inibitoria e al risarcimento del danno.

La nuova formulazione della norma pare estendere la portata delle sanzioni risarcitorie in materia di abuso di dipendenza economica, così da superare i timori della dottrina sul limite del risarcimento imposto dall'interesse contrattuale negativo, in relazione ai soli costi sostenuti dal danneggiato nella fase delle trattative [173]: infatti si riteneva che l'azione risarcitoria proponibile, soprattutto in caso di rifiuto a contrarre o di interruzione arbitraria delle trattative, fosse essenzialmente quella da responsabilità precontrattuale di cui all'art. 1337 c.c., con il noto limite al risarcimento sopraindicato [174]. L'art. 9, nella

---

[167] R. QUADRI, *"Nullità" e tutela del "contraente debole"*, in *Contratto e impresa*, 2001, 2, p. 1179.

[168] A. MUSSO, *La subfornitura*, cit., p. 517 ss.

[169] A. MUSSO, *op. ult. cit.*, p. 526 ss.

[170] A. MAZZIOTTI DI CELSO, in *La subfornitura* a cura di G. ALPA e A. CLARIZIA, cit., p. 256.

[171] È appena il caso di ricordare che con l'introduzione del codice del consumo in forza del d.lgs. 6 settembre 2005 n. 206, che ha abrogato gli artt. 1469 *bis*-1469 *sexies* del c.c., la sanzione prevista per le clausole vessatorie di cui agli artt. 33 e 34 è la nullità in sostituzione dell'inefficacia. Per un'ampia disamina, A. BARENGHI, in *Codice del consumo* a cura di V. CUFFARO, Milano, 2015, p. 316-317.

[172] A. MAZZIOTTI DI CELSO, *op. ult. cit.*, p. 259 ss.; G. NICOLINI, *La subfornitura e le attività produttive*, cit., p. 133.

[173] A. MAZZIOTTI DI CELSO, *op. ult. cit.*, p. 260; F. TALLARO, *L'abuso di dipendenza economica*, cit., p. 1244.

[174] G. NICOLINI, *La subfornitura e le attività produttive*, cit., p. 135; F. GALGANO, *Diritto privato*, cit., p. 370; B. GRAZZINI, in C. BERTI-B. GRAZZINI, *La disciplina della subfornitura nelle attività produttive*, cit., p. 191; per quest'ultimo Autore, la sanzione della nullità e del risarcimento possono coesistere ma, ove non si sia giunti ad alcuna stipulazione negoziale, potrà essere richiesto il risarcimento del danno precontrattuale, con ciò ammettendo implicitamente il permanere del noto limite risarcitorio.



sua innovata formulazione, visto l'intervento dell'art. 11 della legge n. 57/01, a mio modesto avviso, ha spostato la sanzione anche sul piano pubblicistico, dando maggiore impulso alla responsabilità extracontrattuale di cui all'art. 2043 c.c., piuttosto che a quella precontrattuale di cui all'art. 1337 c.c., consentendo l'effetto espansivo dell'ambito risarcitorio proprio dell'illecito aquiliano [175].

8. – Un ulteriore problema applicativo si era posto per l'interprete in relazione alla portata dell'art. 10 della legge n. 192/98 riguardo all'obbligatorio tentativo di conciliazione da proporsi avanti la apposita commissione istituita presso le camere di commercio. Tuttavia, la questione è stata superata dall'abrogazione dell'art. 10 della legge n. 192 del 1998 ad opera del secondo comma dell'art. 5 del d.lgs. 25 novembre 2016 n. 219.

Pertanto la presente trattazione concerne solo l'aspetto storico dell'istituto.

L'incertezza che si era creata riguardava il rapporto tra lo strumento conciliativo introdotto dall'art. 10 e la speciale tutela monitoria garantita al subfornitore dall'art. 3: era sorto il dubbio, infatti, se il subfornitore, prima di avvalersi dello strumento ingiunzionale, dovesse promuovere o meno il tentativo di conciliazione. Sin dall'inizio, sul punto, la dottrina si era divisa [176]. Anche la giurisprudenza si era mossa nell'ambito della massima incertezza: se, infatti, correttamente il Tribunale di Udine [177] aveva ritenuto inapplicabile l'esperimento conciliativo preventivo al procedimento monitorio posto a tutela del subfornitore di cui all'art. 3, il Tribunale de L'Aquila [178] aveva addirittura dubitato della legittimità costituzionale dell'art. 3, comma 4°, con riferimento all'art. 3 Cost., nella parte

---

[175] F. GALGANO, *Diritto privato*, cit., p. 397.

[176] A favore dell'obbligatorietà del tentativo di conciliazione anche in caso di tutela monitoria si sono espressi: G. NICOLINI, *La subfornitura e le attività produttive*, cit., p. 149; A. MUSSO, *La subfornitura*, cit., p. 561 ss.; F. BORTOLOTTI, *Il contratto di subfornitura*, cit., p. 207; A. CHIESA, *Commento sub art. 10*, in *Disciplina della subfornitura nelle attività produttive*, a cura di N. LIPARI, cit., p. 462; V. CUFFARO, in *id.* (a cura di), *La subfornitura nelle attività produttive*, Napoli, 1998, p. 364; A. VOLANTI, *Aspetti processuali e fallimentari del contratto di subfornitura*, in *La disciplina del contratto di subfornitura*, a cura di P. SPOSATO-M. COCCIA, Torino, 1999, 159 ss.; *Contra*, B. GRAZZINI, in C. BERTI-B. GRAZZINI, *La disciplina della subfornitura nelle attività produttive*, cit., p. 209; F. LAPERTOSA, *La soluzione delle controversie nei contratti di subfornitura*, in *Giust. civ.*, 1999, II, 295 e ss; A. MARIANI, *Note in tema di subfornitura nelle attività produttive*, in *Nuova giur. civ. comm.*, 2000, II, 118; S. MONTICELLI, *Tutela del credito del subfornitore e procedimento monitorio*, in *Giur. it.*, 2002, p. 1768; G. FRANCO, *Guida all'ingiunzione*, cit., p. 862-863; G. SOTIRA, *Il tentativo obbligatorio di conciliazione nelle controversie di subfornitura ai sensi dell'art. 10 legge n. 192 del 1998*, nota a Trib. L'Aquila 11 dicembre 2002, in *www.judicium.it.*

[177] Trib. Udine, sez. dist. Cividale 27 aprile 2001, in *Foro it*., 2001, I, 2677.

[178] Trib. L'Aquila 11 dicembre 2002, in *Foro it*., 2003, I, 1275.



in cui non prevedeva che il subfornitore che intendesse avvalersi del procedimento per ingiunzione dovesse preventivamente adire la commissione di conciliazione camerale, ritenendo peraltro *ius receptum*, nel nostro ordinamento, quello secondo cui il tentativo obbligatorio di conciliazione sia strutturalmente legato ad un processo fondato sul contraddittorio e, quindi, non al procedimento per decreto ingiuntivo. L'opinione nettamente preferibile era quella secondo cui il rimedio monitorio posto a tutela del contraente debole [179] non dovesse soggiacere alla necessità di promuovere lo strumento conciliativo avanti la commissione della camera di commercio [180]. A propendere per questa soluzione si ergevano due ordini di motivi. Il primo era insito nella *ratio* stessa della legge n. 192/98, emanata appunto in difesa del subfornitore: la norma, nel punto in cui tutela il subfornitore consentendogli di ottenere un decreto ingiuntivo provvisoriamente esecutivo, visto il quarto comma dell'art. 3, impone un'indicazione di celerità nell'effettiva protezione delle sue ragioni totalmente incompatibile con l'esigenza di procedere allo svolgimento del tentativo di conciliazione; questo problema di incompatibilità doveva essere risolto a giudizio di chi scrive, secondo la volontà di tutela sottesa all'impianto normativo della subfornitura, con la prevalenza del quarto comma dell'art. 3 sull'art. 10, eliminando l'ostacolo del preventivo esperimento conciliativo nella tutela monitoria del subfornitore. Un secondo e decisivo argomento a favore di questa tesi si traeva dalla sentenza n. 276/2000 della Corte Costituzionale, che aveva espressamente escluso la necessità di adire la commissione di conciliazione nei casi in cui il procedimento non debba svolgersi sin dall'inizio in contraddittorio tra le parti [181]. In effetti il giudice delle leggi, intervenendo sulla citata questione di legittimità costituzionale sollevata dal Tribunale de L'Aquila, successivamente confermava il predetto orientamento maturato in materia di processo del lavoro, dichiarando l'inconciliabilità del tentativo di conciliazione previsto per le controversie in materia di subfornitura con il procedimento monitorio [182].

---

[179] Ma si ricordi l'opinione che rifiuta dal punto di vista dogmatico la pretesa debolezza del subfornitore e quindi respinge la tesi dell'incompatibilità tra la procedura conciliativa e il procedimento monitorio. Così A. MUSSO, *La subfornitura*, cit., p. 562.

[180] B. GRAZZINI, in C. BERTI-B. GRAZZINI, *La disciplina della subfornitura nelle attività produttive*, *cit., p. 209; l'A. sottolinea, comunque (p. 211), che il tentativo di conciliazione non sarebbe necessario neanche in caso di opposizione a decreto ingiuntivo nella subfornitura.*

[181] Corte Costituzionale 6 luglio 2000 n. 276, *Giur. it.*, 2001, p. 1 ss.; la sentenza riguardava la questione di legittimità costituzionale degli artt. 410, 410 *bis* e 412 *bis* in relazione agli artt. 76, 24 e 3 Cost.

[182] Corte Costituzionale, ordinanza 1 giugno 2004 n. 163, in *Giur. Cost.*, 2004, f. 3; la pronuncia della Consulta è ampiamente commentata da B. SIEFF, *Ostacoli interpretativi nell'accesso alla tutela del subfornitore: la L. 192 del 1998 tra incertezza del campo di applicazione e onnipresenza del tentativo obbligatorio di conciliazione*, in *Diritto & Formazione,* 2004, 10, p. 1362 ss.; subito dopo la pronuncia, anche la suc-



L'art. 10 presentava un'ulteriore questione problematica: la norma, infatti, poneva per l'esperimento della procedura conciliativa il limite temporale di trenta giorni dalla scadenza del termine di cui all'art. 5, 4° comma [183]. Nel caso dell'appalto, il termine sarebbe stato di novanta giorni dalla consegna, considerato che il termine per proporre le contestazioni da parte del committente, visto l'art. 1667 c.c., è di sessanta giorni dalla consegna (trenta giorni dopo la scadenza del termine di sessanta). Si poneva il dubbio su quale fosse la conseguenza allo spirare del termine indicato in ordine al tentativo di conciliazione preventivo sancito dall'art. 10: per alcuni si poteva addirittura pensare alla decadenza da tutti i diritti nascenti dal contratto di fornitura, anche in relazione alla garanzia per i vizi [184]; per altri il termine aveva natura meramente ordinatoria, non essendo ricollegata alcuna conseguenza o sanzione alla sua inosservanza [185]. Si era anche pensato che, visto il richiamo effettuato dall'art. 10, 1° comma, all'art. 5, u.c., il tentativo conciliativo nel termine di trenta giorni valeva solo per le controversie inerenti all'esecuzione del contratto, lasciando la facoltà di adire la commissione conciliativa in ogni momento negli altri casi [186]. Io ritenevo che, in caso di mancato esperimento dello strumento conciliativo nel termine indicato di novanta giorni dalla consegna in materia d'appalto (ma con decorso dalla scoperta in caso di vizi occulti), semplicemente veniva meno in tutte le ipotesi l'obbligatorietà del tentativo di conciliazione. Se, infatti, fosse stato necessario adire la commissione camerale di conciliazione anche dopo quel termine, rimaneva svilita l'indicazione del termine *ad quem* da parte del 1° comma dell'art. 10. Nel periodo in

---

cessiva giurisprudenza si adeguava; vedasi Trib. Bari 7 dicembre 2004, in *Giurisprudenzabares e.it* 2005; Trib. Belluno 4 novembre 2009, in *Foro it.*, 2010, 2, I, 692.

[183] Proprio questo riferimento normativo portava a sostenere la tesi che il procedimento di conciliazione non riguardasse le questioni relative all'art. 9, ovverosia quelle concernenti il divieto di abuso di dipendenza economica: Trib. Teramo 4 febbraio 2010, in *De Jure*.

[184] A. DE NICOLA-L. COLOMBO, *La subfornitura nelle attività produttive*, cit., p. 94; Grazzini ritiene che questa interpretazione comporterebbe dubbi di illegittimità costituzionale della norma, rendendo eccessivamente gravoso per il committente l'accesso alla tutela giurisdizionale; in C. BERTI-B. GRAZZINI, *La disciplina della subfornitura nelle attività produttive*, cit., p. 207. Per altra tesi la domanda non proceduta da tentativo di conciliazione era improcedibile: Trib. Reggio Emilia 27 gennaio 2011, in *Foro it.*, 2011, 10, I, 2874.

[185] Cass. 8 settembre 2017 n. 20975, in *Giust. civ. Mass.*, 2017; Cass. 21 settembre 2012 n. 16092, in *Giust. civ. Mass.*, 2012, 9, 1137; A. BERTOLOTTI, *La subfornitura*, cit., p. 206; A. CHIESA, in *La subfornitura* a cura di G. DE NOVA, cit., p. 86; B. GRAZZINI, *op. ult. cit.*, *ibidem*. *Contra*, nel senso dell'improcedibilità della domanda in caso di mancato esperimento del tentativo di conciliazione: Trib. Reggio Emilia 27 gennaio 2011, in *Foro it.*, 2011, 10, I, 2874.

[186] F. BORTOLOTTI, *I contratti di subfornitura*, cit., p. 158 ss.; l'A. precisa che, "*in controversie diverse da quelle relative ai vizi*", le parti dovranno procedere al tentativo di conciliazione prima di iniziare la procedura giudiziaria o l'arbitrato.



cui il termine, invece, avesse imposto lo svolgimento dell'esperimento conciliativo, l'eventuale inosservanza doveva essere sanzionata analogicamente a quanto previsto negli artt. 410 e 411 c.p.c.: il giudice doveva sospendere il giudizio fissando alle parti un termine per la proposizione della richiesta del tentativo di conciliazione [187].

L'art. 10, infine, ai commi secondo e terzo, prevedeva che, dopo lo svolgimento dello strumento di conciliazione, potesse svolgersi, "su richiesta di entrambi i contraenti", un procedimento arbitrale rituale avanti la commissione istituita presso la camera di commercio; l'interpretazione di questa norma non ha dato adito a particolari difficoltà, trattandosi sicuramente di un arbitrato facoltativo per le parti [188].

L'abrogazione dell'intero articolo 10 della legge n. 192 del 1998 ha chiuso tutte le accennate difficoltà interpretative.

9. – È opportuno a questo punto rappresentare una breve rassegna degli interventi giurisprudenziali che si rinvengono in materia di subfornitura.

Infatti, per quanto la materia sia stata trattata piuttosto raramente dalla giurisprudenza, ormai, dopo oltre vent'anni è possibile rinvenire un significativo repertorio di sentenze, per la maggior parte ascrivibili al divieto di abuso di dipendenza economica.

È stato ritenuto che il committente sia obbligato in solido con il subfornitore relativamente ai crediti lavorativi, contributivi ed assistenziali dei dipendenti di quest'ultimo, visto l'art. 29, comma 2, del d.lgs. n. 276/2003 [189].

L'abuso di dipendenza economica può consistere nella imposizione di condizioni contrattuali ingiustificatamente gravose e nella interruzione arbitraria di relazioni commerciali in atto, tenendo conto della reale possibilità di rinvenire alternative sul mercato soddisfacenti per la parte che ha subito l'abuso [190].

L'abuso di dipendenza economica nei rapporti *business to business*, caratterizzati da un complesso di rapporti commerciali, va ravvisato non in relazione al singolo contratto,

---

[187] B. GRAZZINI, in C. BERTI-B. GRAZZINI, *La disciplina della subfornitura nelle attività produttive*, cit., p. 214.

[188] A. CHIESA, in *La subfornitura*, a cura di G. DE NOVA, cit., p. 97; O. CAGNASSO-G. COTTINO, *Contratti commerciali*, cit., p. 378.

[189] Corte costituzionale 6 dicembre 2017 n. 254, in *il Lavoro nella giurisprudenza*, 2018, 3, 259, con nota di A. SITZIA, e in *Foro it.*, 2018, 1, I, 41; Corte cassazione sez. lav. 8 ottobre 2019 n. 25172, in *Giust. civ. Mass.* 2019; C. App. Brescia 11 maggio 2016, in *Argomenti di diritto del lavoro*, 2016, 4-5, 1034.

[190] Trib. Roma 2 luglio 2019, in *De Jure*; Trib. Ascoli Piceno 21 gennaio 2019 in *De Jure*.



ma nel simultaneo recesso da tutti i contratti senza adeguato preavviso e senza la possibilità di rinvenire sul mercato alternative soddisfacenti considerati il fatturato, gli investimenti inutilizzati e la stabilità del rapporto commerciale [191].

È legittimo il recesso del concedente dal contratto di distribuzione, nell'ambito di una riorganizzazione della rete di vendita, senza che possa essere invocato l'abuso di dipendenza economica [192].

Il rapporto di subfornitura va ravvisato quando il subfornitore deve eseguire le istruzioni e gli ordini di un'altra impresa, venendo privato di ogni autonomia decisionale e realizzando la propria opera perché sia inserita nell'attività economica del committente, il quale stabilisce ogni caratteristica del prodotto [193].

Non è previsto un requisito di dipendenza tecnologica del subfornitore, essendo sufficiente che la prestazione sia conforme alle specifiche tecniche del committente [194].

Il contratto di subfornitura presuppone la subalternità progettuale-tecnologica del subfornitore che deve realizzare la propria opera in conformità a progetti e conoscenze tecniche del committente; questa dipendenza tecnologica distingue la subfornitura dall'appalto [195].

Il divieto di abuso di dipendenza economica sanziona le condizioni economiche ingiustificatamente gravose imposte da un'impresa ad un'altra a causa dello squilibrio economico tra le parti [196].

Il recesso *ad nutum* esercitato senza specifica contestazione e senza congruo preavviso, con il trattenimento di un'ingente somma a titolo di autotutela privata non prevista dall'ordinamento, integra l'abuso di dipendenza economica sotto il profilo dell'interruzione arbitraria delle relazioni commerciali in corso [197].

La reiterazione di ordini commerciali nel tempo non rappresenta da sola la dipendenza economica che deve essere caratterizzata da una posizione contrattuale forte di un'impresa nei confronti di un'altra, in maniera tale da determinare la sostanziale imposizione dei corrispettivi delle forniture [198].

---

[191] Trib. Monza 27 dicembre 2018, in *Foro it*., 2019, 9, I, 2961.

[192] Corte cassazione 12 ottobre 2018 n. 25606, in *Giust. civ. Mass*. 2018; Trib. Milano 14 dicembre 2018, in *Guida al diritto*, 2019, 6, 64.

[193] Trib. Lecce 12 settembre 2018, in *De Jure*.

[194] Trib. Torino sez. spec. impresa 6 giugno 2017, in *Giur. commerciale*, 2019, 4, II, 828.

[195] Trib. Modena 14 febbraio 2014, in *De Jure*.

[196] Trib. Roma 24 gennaio 2017, in *De Jure*.

[197] Trib. Milano 17 giugno 2016, in *Foro it.* 2016, 11, I, 3636.

[198] Trib. Roma 19 gennaio 2016, in *www.ilcaso.it*.



La vittima dell'abuso di dipendenza economica può legittimamente rifiutare l'adempimento della clausola contrattuale illegittimamente imposta, la quale preveda l'applicazione di condizioni ingiustificatamente gravose o discriminatorie; può agire in questo senso anche in via inibitoria e cautelare, ma deve comportarsi a propria volta secondo buona fede [199].

Gli elementi che rivelano l'abuso di dipendenza economica sono rappresentati dall'esecuzione da parte dell'imprenditore "debole" di investimenti specifici per far fronte agli obblighi derivanti dal rapporto contrattuale, dalla concentrazione del fatturato e dall'asimmetria informativa tra i contraenti dovendo, in difetto di prova, essere rigettata la domanda risarcitoria [200].

Il contratto di subfornitura rappresenta una forma non paritetica di cooperazione imprenditoriale nella quale la dipendenza economica del subfornitore si manifesta, oltre che sul piano del rapporto commerciale e di mercato, anche su quello delle direttive tecniche di esecuzione anche in relazione alla lavorazione su prodotti semilavorati o su materie prime forniti dal committente [201].

L'illegittimità del recesso da un contratto di concessione di vendita e il compimento di pratiche scorrette durante il rapporto commerciale non consentono in ogni caso di giustificare la declaratoria di nullità del contratto [202].

Costituiscono indici della dipendenza economica l'assenza di qualsiasi pattuizione scritta, l'assenza di discrezionalità nell'esecuzione delle commesse, la concentrazione del fatturato del fornitore a favore del committente e la mancanza di valide alternative commerciali soddisfacenti. Costituisce abuso di dipendenza economica la riduzione delle commesse in maniera più che proporzionale al calo di mercato. L'ordine giudiziale di ripristino dei rapporti contrattuali deve essere commisurato entro corretti limiti di tempo, in modo tale da consentire una reale possibilità per il fornitore di reperire sul mercato una alternativa soddisfacente [203].

La sospensione dell'account di un negozio virtuale su eBay tramite il ricorso alla clausola "abuso di Ebay", valida purché chiara e conoscibile tramite apposito link, è le-

---

[199] Trib. Catania 22 dicembre 2014, in *Giur. it*., 2015, 2413, con nota di F. OCCELLI, *Abuso di dipendenza economica, possibili rimedi e regola di buona fede.*

[200] Trib. Vercelli, 14 novembre 2014, in *Foro it*., 2015, 10, I, 3344.

[201] Corte cassazione 25 agosto 2014 n. 18186, in *Giust. civ. Mass*., 2014.

[202] Trib. Torino 21 novembre 2013, in *Foro it*., 2014, 2, I, 610.

[203] Trib. Bassano del Grappa 2 maggio 2013, in *Giur. commerciale*, 2015, 4, II, 774.



gittima come eccezione di inadempimento e non può essere regolata dall'art. 9 della legge n. 192/1998 sulla subfornitura, perché l'abuso di dipendenza economica riguarda solo il subfornitore inserito nel ciclo produttivo del committente [204].

La subfornitura ricorre quando un imprenditore committente decentra una o più fasi del proprio ciclo produttivo per ragioni organizzative presso un subfornitore che deve attenersi nella produzione dell'opera o nell'esecuzione del servizio al *know how* del committente [205].

L'abuso di dipendenza economica non può essere invocato nel caso in cui non vi sia integrazione verticale tra le due imprese e la pretesa vittima dell'abuso (impresa di trasporti) disponga di valide alternative commerciali anche al di fuori del settore merceologico (arredamento) dell'impresa asserita abusante [206].

Il subfornitore ha diritto al pagamento del corrispettivo da parte del committente, anche in caso di nullità del contratto per mancanza della forma scritta e anche nel caso in cui abbia operato su filato difettoso fornito dalla committente, senza che il difetto fosse facilmente riconoscibile; integra il rapporto di subfornitura il contratto in cui il subfornitore si impegna a eseguire lavorazioni su tessuto fornito dal committente in conformità a modelli indicati da quest'ultimo [207].

Non può essere concesso un provvedimento che ordini al produttore di autoveicoli che ha nominato un nuovo concessionario in una zona già assegnato ad altro, la revoca della nomina perché, pur in presenza di abuso di dipendenza economica si inciderebbe su posizioni giuridiche di un soggetto estraneo al contratto che si intende riequilibrare [208].

In caso di abuso di dipendenza economica per interruzione arbitraria di consolidate relazioni commerciali, è ammissibile il provvedimento di condanna al ripristino del rapporto per alcuni anni alle stesse condizioni precedenti [209].

Non rappresentano neanche astrattamente interruzione arbitraria delle relazioni

---

[204] Trib. Catanzaro 30 aprile 2012, in *Resp. civ. e prev*., 2013, 6, 2015, con nota di F. DE LEO, *Sospensione dell'account da parte di eBay: tecniche di risoluzione, clausole vessatorie e abuso di dipendenza economica*.

[205] Trib. Modena 12 aprile 2012, in *De Jure*.

[206] Trib. Forlì 27 ottobre 2010, in *Foro it*., 2011, 5, I, 1578.

[207] Trib. Prato 5 ottobre 2010, in *Foro it*., 2010, 10, I, 2844.

[208] Trib. Torino 12 marzo 2010, in *Foro it*., 2011, 1, I, 271, con nota di A. PALMIERI.

[209] Trib. Catania 9 luglio 2009, in *Foro it.*, 2009, 10, I, 2813 e in *I contratti*, 2010, 3, 249, con nota di A. DI BIASE.



commerciali né l'apposizione di un termine, né il rifiuto di stipulare un nuovo contratto [210].

La legge n. 192 del 1998 è applicabile anche ai rapporti di durata stipulati in regime di subfornitura anteriormente alla entrata in vigore della legge, in forza di una ragionevole interpretazione del principio di irretroattività disposto dall'art. 11 disp. prel. c.c. in relazione ai rapporti di durata [211].

La disciplina dell'abuso di dipendenza economica si applica soltanto ai rapporti di subfornitura tra imprese poste in integrazione verticale delle rispettive attività [212].

Il divieto di abuso di dipendenza economica si applica a tutti i rapporti tra le imprese e non solo a quelli in regime di subfornitura. Costituisce abuso di dipendenza economica la condotta dell'operatore telefonico che imponga a un cliente c.d. call center il divieto di rivolgersi a terzi per il trasloco degli impianti telefonici forniti, con riserva di determinare successivamente il corrispettivo per detto servizio [213].

Se il rapporto di subfornitura si è instaurato tra le parti esclusivamente in forza di singoli ordini di volta in volta inviati dal committente, integranti distinte proposte contrattuali, seguiti dall'accettazione da parte del fornitore per fatti concludenti, difetta un unico rapporto contrattuale che possa essere ripristinato con la condanna alla conclusione di un nuovo contratto per abuso da dipendenza economica [214].

Costituisce abuso di dipendenza economica la facoltà di recesso *ad nutum* dal contratto a favore del *franchisor*, in quanto ingiustificatamente gravosa rispetto al *franchisee* che vedrebbe vanificati gli investimenti sostenuti per l'avviamento dell'attività [215].

Integra gli estremi dell'abuso di dipendenza economica il rifiuto di un produttore di capi di abbigliamento di vendere la merce commissionata da un rivenditore al dettaglio con cui sussisteva un consolidato rapporto commerciale [216].

---

[210] Trib. Roma 22 aprile 2009, in *Foro it.*, 2011, 1, I, 256.

[211] Trib. Firenze 8 settembre 2008, in *De Jure*.

[212] Trib. Roma 5 febbraio 2008, in *Foro it*., 2008, 7-8, I, 2326.

[213] Trib. Trieste 21 settembre 2006, in *La nuova giurisprudenza civile commentata*, 2007, 899, con nota di P. FABBIO, *Osservazioni sull'ambito d'applicazione del divieto di abuso di dipendenza economica e sul controllo contenutistico delle condizioni generali di contratto tra imprese*.

[214] Trib. Bari 17 gennaio 2005, in *I contratti*, 2005, 10, 893, con nota di L.C. NATALI.

[215] Trib. Taranto 17 settembre 2003, in *Danno e resp*., 2004, 1, 65, con nota di G. COLANGELO.

[216] Trib. Bari 6 maggio 2002, in *Corr. giur*., 2002, 8, 1063, con nota di S. BASTIANON, *Rifiuto di contrarre, interruzione arbitraria delle relazioni commerciali e abuso di dipendenza economica*.



L'art. 3 della legge sulla subfornitura non si applica in mancanza della dipendenza tecnologica del subfornitore [217].

La disciplina della legge n. 192 del 1998 non si applica ai contratti conclusi prima dell'entrata in vigore della legge [218].

10. – A chiusura di questo saggio, sia consentito esprimere alcune ultime considerazioni.

La legge n. 192/98, come si è visto, ha introdotto importanti novità legislative nel nostro ordinamento che non riguardano esclusivamente i rapporti di subfornitura.

Interi comparti del sistema economico del nostro paese, come il settore dell'abbigliamento e quello della meccanica, poggiano sostanzialmente sul sistema produttivo decentrato imperniato sulla subfornitura.

Certamente bisogna prendere atto che, nella pratica, la nuova disciplina ha avuto scarso impiego e ancora minore riscontro giurisprudenziale, nonostante siano decorsi ormai più di vent'anni dall'entrata in vigore. Le motivazioni sono molteplici e sicuramente una grave responsabilità è imputabile al legislatore che non ha saputo fare chiarezza [219] su questioni fondamentali per consentire all'interprete di individuare la ricorrenza della fattispecie quando il rapporto di dipendenza tecnica o tecnologica non sia assolutamente pacifico [220]. Un altro motivo è che, nella pratica, il subfornitore non è in grado di imporre neppure il rispetto della forma scritta del contratto, dipendendo dal committente in maniera talmente intensa da dover accettare le commesse nell'assoluta mancanza del rispetto di ogni tutela, sia in relazione all'art. 2, che all'art. 9 della legge n. 192/1998 [221].

I tribunali, del resto, in mancanza del contratto scritto, che risparmierebbe un'inda-

---

[217] Trib. Taranto 28 settembre 1999, in *Foro it*., 2000, I, 624, con note di A. PALMIERI e M. GRANIERI.

[218] Trib. Taranto 22 marzo 1999 in *Foro it*., 1999, I, 2077, con nota di M. GRANIERI.

[219] O. CAGNASSO-G. COTTINO, *Contratti commerciali*, cit., p. 360; gli A. opportunamente sottolineano che "*la definizione costruita dal legislatore presenta molte zone grigie, che possono essere variamente intese*".

[220] O. CAGNASSO-G. COTTINO, *op. ult. cit.*, ibidem: "*in particolare il connotato della dipendenza tecnologica è caratterizzato da un notevole grado di indeterminatezza*".

[221] F.L. GAMBARO-A. MARTINI, *La subfornitura cinque anni dopo*, cit., p. 512: per gli Autori "questo atteggiamento è forse in parte spiegabile, dal lato dei subfornitori, con la loro volontà di non dispiacere al committente e di non creare rischi di interruzione di rapporti economici, spesso necessari ed insostituibili alla sopravvivenza dell'impresa stessa".



gine laboriosa almeno sulla volontà delle parti in ordine alla fattispecie contrattuale voluta, sono molto prudenti nell'applicare la normativa, come testimoniano le relativamente poche pronunce intervenute *in subiecta materia*.

È auspicabile, in conclusione, che la giurisprudenza inizi ad intervenire con maggior coraggio, anche con un'interpretazione integrativa o suppletiva delle carenze del testo normativo [222], applicando rigorosamente le nuove disposizioni legislative a favore dei subfornitori, per realizzare concretamente quella tutela del contraente più debole sottesa alla *ratio* della legge n. 192/98.

[222] F. GALGANO, *Il contraddittorio processuale è ora nella Costituzione*, in *Contratto e impresa*, 2000, p. 1081 ss., in specie p. 1083 ("*nessuno ormai dubita più dell'esistenza di un vero e proprio diritto giudiziario, ossia un diritto creato dalla giurisprudenza*"); *id.*, *Trattato di diritto civile*, cit., I, p. 134 ss.; *Id.*, *L'efficacia vincolante del precedente di Cassazione*, in *Contratto e impresa*, 1999, p. 889 ss.; l'A. sottolinea opportunamente che il punto di partenza è il concetto di "*norma elastica*"; norme elastiche sono le clausole generali, ma "*anche i concetti giuridici non definiti legislativamente*"; nel caso di norme elastiche, il giudice di merito "*compie un'attività di integrazione giuridica*"; grazie a questa attività di integrazione giuridica, "*il giudice crea diritto, e non si limita ad applicare la legge; è vero che egli crea sub-norme, nel quadro della compatibilità con le norme poste dalle legge…*"; vedasi anche G. TARELLO, *L'interpretazione della legge*, Milano, 1980, p. 42 ss.; G. SICCHIERO, *Il principio di effettività e il diritto vivente*, in *Giur. it.*, 1995, IV, 263. In giurisprudenza, Cass. 18 gennaio 1999 n. 434 in *Foro it.*, 1999, I, 1819; Cass. 22 ottobre 1998 n. 10514, *ibidem*.

JUS CIVILE



ERCOLE TREROTOLA

Avvocato

COMUNIONE LEGALE E PARTE CONTRATTUALE. SPUNTI CRITICI. LA POSIZIONE DEL CONIUGE NON AGENTE CO-ACQUIRENTE RISPETTO ALL'ATTO STIPULATO DAL CONSORTE (ART. 177, LETT. A, C.C.)

SOMMARIO: *1. Profilo del fenomeno e orientamenti della dottrina. – 2. Cenni e rinvio. – 2.1. La relatività del contratto e la concezione codicistica di terzo acquirente per effetto del contratto. Prime osservazioni critiche. – 3. Genesi storica e analisi delle tendenze giurisprudenziali in tema di rifiuto al co-acquisto (Cass. 2688/1989; 1917/20000; 2954/2003). Gli acquisti personali in regime di comunione legale (Cass. 19250/2004; Sez. Un. 22775/2009). Si deve ammettere che il dibattito intorno ai limiti di ammissibilità del rifiuto unilaterale di un bene della comunione interferisce logicamente e giuridicamente con la problematica intorno alla posizione del coniuge non agente co-acquirente. – 4. Effetti distorsivi di una nozione univoca di «terzo» nella identificazione della posizione del co-acquirente. Avvertita è l'esigenza di un approfondimento teorico della nozione di terzo da cui far emergere due distinti atteggiamenti del terzo (destinatario degli effetti [diretti] del contratto e destinatario delle conseguenze del contratto [effetti indiretti]). – 5. Profili evolutivi dei modelli giuridici. Note critiche. Teoria dell'acquisto ex lege. Necessità di ricercare una terza proposta alternativa alle opzioni che identificano il coniuge non agente in posizione di terzo acquirente negoziale o terzo acquirente per effetto della legge. – 6. La duplice funzione contributiva e distributiva della comunione legale nella spiegazione della posizione del coniuge non contraente. – 7.* (Segue) *Necessità di distinguere, sul piano concettuale e teleologico, l'efficacia estensiva dalla funzione distributiva della comunione legale. – 8. Conclusioni. Analisi e dinamica giuridica delle situazioni soggettive. Critica alla teoria «efficacia estensiva della comunione legale» e riaffermazione del principio di personalità del consenso. Decisiva è, ai fini della soluzione prospettata, la distinzione tra «acquisto per effetto riflesso» e «acquisto per efficacia estensiva». Analisi della struttura giuridica dell'interesse familiare nella spiegazione del co-acquisto. Il problema della responsabilità civile del non contraente.*

1. – L'importanza cui è destinata la posizione del coniuge non agente co-acquirente *ex* art. 177, lett. *a)*, c.c. è sottolineata dai numerosi contributi al tema.

La norma imputa alla comunione legale gli acquisti compiuti separatamente dai coniugi in costanza di matrimonio, attribuendo al consorte non agente la comproprietà del bene per il solo fatto di essere in regime legale. Giustificata dalle esigenze cui an-



dava incontro il legislatore riformista [1], la fattispecie implica problemi ai quali non è ancora stata data una spiegazione capace di conciliare le opposte tendenze della dottrina e i dubbi, come si dirà, sono stimolati dal modo in cui è articolata l'attribuzione del al coniuge non agente, non dovendosi discutere della comunione dell'acquisto stipulato dall'un coniuge, aspetto già risolto dal legislatore (art. 177 c.c.), ma della posizione del coniuge non agente rispetto all'atto concluso dal consorte. Insomma, il problema non è l'effetto (cioè l'acquisto del non agente), ma il modo attraverso cui esso si realizza, e, dunque, la dinamica giuridica attraverso cui si evolve l'effetto acquisitivo in favore del *non contraente*.

Prima dei prossimi rilievi è preferibile, quindi, accennare da subito alla duplice opzione con cui la dottrina, attraverso differenti percorsi esegetici, spiega il fenomeno *ex* art. 177, lett. *a*), c.c. e in cui trovano risposta alcune questioni pratiche più volte sollevate dalla giurisprudenza [2]: il coniuge *non contraente* co-acquirente sarebbe parte sostan-

---

[1] In particolare l'esigenza di indirizzare il rapporto coniugale nel senso della diarchia nelle scelte familiari.

[2] È il caso del litisconsorzio necessario *ex* art. 102 c.p.c. nella causa di annullamento del contratto stipulato dall'un coniuge; la giurisprudenza esclude, a riguardo, che il coniuge *non contraente* co-acquirente, non essendo parte del contratto ma beneficiario *ope legis*, possa essere litisconsorte necessario nel giudizio di annullamento del contratto (in tal senso, Cass. 29 ottobre 1992, n. 11773, in *Dir. giust. agraria dell'ambiente*, 1993, II, p. 355; Cass. 17 ottobre 1992, n. 11428, in *Giust. civ. Mass.*, 1992, fasc. 10; *idem*, per esteso in *Juris data*, Giuffrè).

Ma sul tema merita d'essere segnalato l'opposto atteggiamento della giurisprudenza prevalente (anticipato da Trib. Potenza, 7 dicembre 1989, in *Dir. fam*., 1990, p. 1289) che, non senza ragioni d'ordine processuale, ritiene di porre in relazione la necessità del litisconsorzio del coniuge non agente all'effetto prodotto dall'atto di cui si chiede l'annullamento piuttosto che alla posizione giuridica rispetto ad esso del coniuge non agente. Nello stesso senso e con le medesime argomentazioni è stata prospettata da Cass. 29 luglio 1995, n. 8341 (in *Giust. civ.*, 1995, I, p. 2622) la qualità di litisconsorte necessario del coniuge non agente nel giudizio di riscatto iniziato dall'avente diritto alla prelazione, dovendo anche il coniuge rimasto estraneo all'atto, subire l'effetto della privazione del bene ad opera del riscattante. Tale orientamento è confermato da Cass., Sez. Un. 1° luglio 1997, n. 5895, in *Giust. civ.*, 1998, I, p. 483.

Non manca nella dottrina chi (G. OBERTO), in tema di legittimazione passiva e litisconsorzio necessario, ritiene doversi distinguere tra carattere reale e personale dall'azione, riconoscendo una situazione di litisconsorzio necessario tra i coniugi per le prime, negandolo, invece, per le seconde ove non travolgano l'effetto traslativo.

Si pensi ancora, tra gli argomenti in discussione, alla legittimazione per il coniuge non agente di chiedere la trascrizione dell'acquisto; se compete al coniuge non agente l'azione di responsabilità contro l'alienante – A. e M. FINOCCHIARO. invocano il principio dell'apparenza del diritto per non sottrarre ai terzi la legittimazione ad agire contro il coniuge non agente –; alla possibilità di invocare contro il coniuge non agente l'obbligo di pagare il corrispettivo. In dottrina T. AULETTA, *op. cit.*, p. 44-46, i cui rilievi hanno trovato sensibile la giurisprudenza, anche di legittimità. Per la giurisprudenza di merito *cfr.* Trib. Trento, 11 giugno 1987, in *Giur. mer.*, 1988, p. 762, con nt. di M. FINOCCHIARO; minutamente Trib. Matera, 26 novembre 1981, in *Corti Bari, Lecce, e Potenza*, 1983, p. 43, con nt. di M. F. PANETTA. Di specifico interesse



ziale [3] o terzo acquirente [4]. Nondimeno, tale ultima dottrina, pur connotando il fenomeno *ex* art. 177, lett. *a)*, c.c. come effetto legale, afferma, in linea con lo schema di contratto previsto all'art. 1411 c.c., una sostanziale analogia tra l'acquisto del coniuge non agente e l'acquisto del terzo [5]. Le due posizioni (terzo acquirente *ex lege* e terzo acqui-

---

è la dottrina – P. SCHLESINGER, G.CIAN-A.VILLANI, T. AULETTA, A. GALASSO, M. TAMBURIELLO – secondo cui il coniuge non agente non può essere considerato parte negoziale ma neppure terzo secondo lo schema generale di questa figura (art. 1411 c.c.); ad esso, pertanto, potranno essere opposte tutte le vicende contrattuali successive.

[3] Meritevoli di segnalazione sono le osservazioni di F. SANTOSUOSSO, *Delle persone e della famiglia. Il regime patrimoniale della famiglia*, in *Comm. cod. civ.*, I, 1, Torino, 1983, p. 172, per il quale il coniuge *non contraente* è «parte sostanziale»; M. COMPORTI, Gli acquisti dei coniugi in regime di comunione legale, in Riv. Not., 1979, I, p. 46; G. DE RUBERTIS, *L'acquisto immobiliare compiuto da uno solo dei coniugi in regime patrimoniale dei coniugi*, in *Rass. dir. civ.*, 1986, p. 878, secondo cui l'acquisto del *non contraente* è un normale effetto del contratto, limitandosi la legge a deviare l'acquisto nel patrimonio del non agente. Tale insegnamento, che si vedrà essere un riferimento costante sulla controversa posizione del coniuge *non contraente*, non può essere avulso dal dibattito, tuttora in corso, sulla natura giuridica dell'effetto integrativo del contratto, cui delle due proposte, senz'altro coerente con il dettato *ex* art. 1374 c.c. in cui è scritto che «Il contratto obbliga le parti … a tutte le conseguenze che ne derivano secondo la legge …». La disposizione in parola riproduce una ipotesi di eterointegrazione che si colloca nella fase di formazione del negozio e non di produzione degli effetti. La norma, quindi, integra il contenuto del negozio (piuttosto che gli effetti) e di esso è parte necessaria.

Il *modus* e il *tempus operandi* della norma sono sintomatici dell'atteggiamento della legge, che resta fonte dell'effetto, né autorizzano, tali modalità, a degradare la legge dal rango di fonte a mera disciplina giuridica. Ciò implica una perfetta interazione tra legge (con funzione suppletiva) e autonomia privata (incompleta), e svolgendo la norma, in tal caso, una funzione integrativa e completiva del regolamento contrattuale lasciato incompleto dalle parti, si deve ammettere che le «conseguenze» del contratto integrato, cui le parti sono soltanto obbligate, hanno carattere legale e non negoziale.

G. DE RUBERTIS – secondo il quale la lett. *a)* dell'art. 177 c.c. integra l'atto separato dell'un coniuge deviando il corso naturale degli effetti negoziali – identifica un *modus* e un *tempus* della norma in cui la legge non è fonte dell'acquisto – considerando, l'A., l'acquisto del non agente come un «normale effetto del contratto» – ma disciplina giuridica, e, soprattutto, così interpretata la disposizione codicistica, pur parlando l'Autore di «effetto legale del contratto» individua l'intervento della legge nella fase esplicativa del contratto e non di formazione del regolamento negoziale.

[4] G. ALTIERI, *Note sulla posizione del coniuge rispetto al negozio posto in essere dal consorte in regime di comunione legale, nota a lodo arbitrale 27.3.1993*, in *Rass. giur. Sar.*, 1994, I, p. 434 ss.; CORSI, *Il regime patrimoniale della famiglia, I, I rapporti patrimoniali tra coniugi in genere. La comunione legale*, in *Trattato dir. civ. comm.*, diretto da CUCU e MESSINEO, VI, I, 1, Milano, 1979, p. 68,; G. CIAN-A. VILLANI, *Comunione dei beni tra coniugi (legale e convenzionale)*, in *Nov. Dig.*, II, Torino, p. 157 ss.; T. AULETTA, *Trattato di Diritto Privato, Il Diritto Di Famiglia*, t. II, Torino, 2000, p. 39-53; V. DE PAOLA, *Il diritto patrimoniale della famiglia nel sistema del diritto privato*, Milano, 2002, II, p. 498 ss. Su questa stessa linea sono A. FINOCCHIARO e M. FINOCCHIARO, *Diritto di Famiglia*, Milano, 1984, p. 870 e p. 1002. Ma le incertezze della dottrina sono ancora più evidenti in chi – P. SCHLESINGER, *Commentario*, 1992, t. 3, p. 92 – contesta al co-acquirente non agente la qualità di parte del negozio e finanche di beneficiario in via negoziale; *cfr.* anche E. GIUSTI, L'amministrazione *dei beni della comunione legale*, Milano 1989, p. 117.

[5] In tal senso, autorevole è l'opinione di T. AULETTA, *op. cit.*, p. 44. Preme affrontare questo aspetto, avendo la dottrina successiva alla riforma del '75 illustrato l'acquisto del coniuge non agente in chiave di



rente negoziale) differiscono, tuttavia, almeno sotto un duplice profilo: al di là della differente tipologia dell'acquisto, legale o negoziale, che si vedrà essere uno degli aspetti di maggiore interesse, l'appunto degno di nota attiene all'autonomia privata nel cui ambito, come si potrà notare, maggiore è la libertà del terzo acquirente per effetto del negozio rispetto al coniuge comunista.

Orbene, prima di illustrare le coordinate di una rilettura del fenomeno coacquisitivo, che nella giurisprudenza più attuale (in part. Cass. 1917/2000) ha già visto una prima tendenziale affermazione, è opportuno anticipare i temi di maggiore interesse che persuadono dell'opportunità di un'inversione di tendenza. Del resto, gli spunti provenienti dall'imponente letteratura sul tema e le argomentazioni che la più recente civilistica ha portato a spiegazione del fenomeno suggeriscono una trattazione più analitica della problematica implicata.

2. – La teoria preferibile – tra gli altri, Majello, Masiello – configura il contratto a favore del terzo come un tipo ordinario di contratto munito di una clausola accessoria che devia gli effetti nel patrimonio del terzo. Il destinatario degli effetti, nel pensiero più attuale della dottrina, dispone di un vero e proprio diritto alla prestazione, potendo persino pretenderne l'esecuzione [6]; non è soggetto contraente, né parte sostanziale (cioè soggetto del rapporto giuridico), assicurando la norma (art. 1411 c.c.) la sola titolarità del diritto e, quindi, garantendo il terzo in una prospettiva essenzialmente patrimonialistica, evitandone ogni coinvolgimento nella responsabilità e nei doveri contrattuali. Non essendo concesso nel nostro ordinamento il contratto a carico altrui [7], il destinatario, nell'ottica appena delineata, è null'altro che un beneficiario del contratto.

Sulla scorta di tale prevalente teoria, la dottrina di settore esclude che, *ex* art. 177, lett. *a)*, c.c., possa stabilirsi un rapporto tra l'atto separato e la volontà del coniuge non agente, in tal modo confermando la posizione di *terzo acquirente* del *non contraente*.

---

efficacia estensiva della comunione, fenomeno che, *ex* lett. *a)* dell'art. 177 c.c., assolverebbe a una funzione dilatatoria della normale efficacia dell'atto separato. Il lungo percorso interpretativo della Corte Suprema se non ancora autorizza a dissolvere tale resistente teorema sembra, tuttavia, invitare a un ripensamento del modulo in cui finora è immaginata la lett. *a)* dell'art. 177 c.c. (*infra*, par. 6 e 7).

[6] In tema, A. PALAZZO, *Contratto a favore di terzo e per persona da nominare*, in *Riv. dir. civ.*, 1991, II, p. 178, nota a Cass. 27 marzo 1985, n. 2155; ancora T. AULETTA, *op. cit.*, p. 45. Il diritto alla prestazione è riconosciuto al terzo in quanto legato all'interesse del creditore di cui all'art. 1174 c.c. oltre che all'interesse del contraente *ex* art. 1322 c.c.

[7] Ovvero un contratto che produca oneri diretti per il *non contraente*.



Per questa essenziale ragione, la norma, nel corso degli anni, è stata considerata una eccezione legale al dogma della *relatività del contratto* sancito all'art. 1372 c.c., riproducendo essa uno schema analogo al modulo previsto all'art. 1411 c.c.[8]. Questa diffusa convinzione non può essere accolta per essere l'acquisto in favore del *non contraente* autonomo dalla volontà del coniuge agente[9] e non dovendo quest'ultimo imprimere alcuna direzione all'effetto negoziale[10], in ciò diversificandosi dall'acquisto del terzo. Il contraente, infatti, se si dovesse dare una spiegazione pratica del fenomeno co-acquisitivo, non ha un dovere di informazione circa i destinatari dell'acquisto, sebbene la prassi notarile imponga al contraente la comunicazione del regime patrimoniale vigente. Tale dovere grava, semmai, a carico del coniuge che, in regime di comunione legale, intenda acquistare per sé e non anche per il coniuge[11].

Per la insostituibile funzione contributiva[12] della comunione legale, i cui automatismi presumono *iuris et de iure* l'uguale apporto dei coniugi all'esborso del corrispettivo contrattuale, la ricostruzione proposta dalla dottrina non può essere condivisa[13]. Il *non con-*

---

[8] Sia consentito rinviare a E. TREROTOLA, *Il rifiuto al co-acquisto in regime di comunione legale dei beni; il principio della relatività*, in *Giur. Mer.*, 1993, IV, p. 250 *ss*. Muovendo da questi rilievi e non potendo gli effetti prodursi oltre la sfera giuridco-soggettiva delle parti del contratto, si deve da subito precisare che per *relatività contrattuale* deve intendersi *relatività degli effetti del contratto* e *non relatività del contratto*, che, invece, sappiamo essere opponibile ai terzi (esperite le necessarie formalità).

[9] Diversificandosi, sotto tale profilo, dall'acquisto del terzo *ex* art. 1411 c.c. che è conseguenza diretta e immediata della volontà dello stipulante.

[10] Siffatte circostanze potrebbero persino rafforzare la tesi che immagina il coniuge non agente in posizione di terzo acquirente negoziale se l'attribuzione al coniuge *non contraente* fosse giustificata facendo appello allo schema preferito dalla dottrina civilistica – ancora MESSINEO e MAJELLO –. Si afferma, a riguardo, che accanto alla causa interna del contratto *ex* art. 1411 c.c. – indicata come causa variabile – assorbendo il modulo contrattuale previsto dalla norma la causa del contratto che in concreto è stipulato, esiste una causa esterna ad esso attinente i rapporti tra stipulante e terzo acquirente. Per la dottrina di settore questa causa rappresenterebbe un motivo rispetto al contratto a favore del terzo, irrilevante ai fini della disciplina giuridica tant'è che il regime delle eccezioni regolato dal codice civile (art. 1413 c.c.) consente al promittente di opporre al terzo le eccezioni fondate sul contratto (da cui il terzo deriva il suo diritto [ad es. per inadempimento dello stipulante]) ma non le eccezioni fondate sui rapporti tra promettente e stipulante (come può essere per la compensazione). Per questa teorica, l'acquisto del coniuge *non contraente* rientrerebbe, quindi, nella cosiddetta causa esterna del contratto rappresentata dalla scelta dei coniugi di dare ai loro rapportipatri-matrimoniali una impronta comunitaria. Soluzione, questa, a cui è possibile pervenire identificando la comunione legale con quei rapporti esterni al contratto intercorrenti tra i coniugi (contraente e non contraente) che la civilistica qualifica come motivi di attribuzione in favore del non contraente.

[11] E sul punto si rinvia ai rilievi di Cass. 19259/2004, in *Fam., pers., succ.*, Torino, 2005, p. 437, con nota di E. TREROTOLA-P. MARTORANO. Tendenza confermata dalle Sez. Un. 22775/2009; Cass. Ord. 24719/2017.

[12] Sul cui controverso profilo si rinvia al par. 7.

[13] Promuovendo la comunione dei beni a regime legale, il legislatore riformista ha inteso favorire il pro-



traente, per il solo fatto di essere coniuge in regime di comunione legale, è assoggettato *ipso iure* agli automatismi del sinallagma contrattuale, non potendo sottrarsi ad essi se non per le ipotesi di acquisti personali del coniuge contraente (art. 179 c.c.) [14].

Si deve ammettere che un tale rilievo denota un insuperabile contrasto con la fattispecie *ex* art. 1411 c.c. in cui il terzo acquirente, in quanto *non contraente*, non entra nel sinallagma contrattuale, non essendo esposto ad alcun sacrificio per il conseguimento dell'acquisto [15].

Ciò posto e scrutando ancora in ambito contrattuale, si deve ulteriormente osservare che il terzo, per il generale principio della intangibilità delle sfere private altrui, è libero di non acquistare (art. 1411, 3° comma, c.c.), e il suo rifiuto – *recte*, rinunzia [16] – non esige giustificazioni [17] (perciò, rifiuto *ad nutum*) scaturendo la volontà di non acquistare da un insindacabile giudizio personale [18].

---

filo comunitario e partecipativo dei coniugi alle ricchezze *post nuptias*, non potendo riservare le fortune acquisite al solo coniuge che le avesse procurate se non ignorando l'apporto (diretto, indiretto e persino morale) dell'altro coniuge. Attraverso una valutazione economica dei contributi coniugali all'interno della famiglia si è così posto fine ad una sorta di sperequazione tra coniugi in danno del consorte meno fortunato ma ugualmente impegnato nel sostentamento della famiglia. Orbene, pur chi non accetta una tale spiegazione teorica deve prendere atto di questa anomalia rispetto alla fattispecie contemplata all'art. 1411 c.c. E quantunque tal genere di obiezione non permette analogie tra il coniuge non agente co-acquirente, pur sempre esposto, come ancora si dirà, ad un sacrificio economico per l'acquisto, e il terzo acquirente per effetto del negozio, immune dalle obbligazioni *ex contractu*, l'accennata obiezione neppure rafforza la dottrina che ne sostiene la posizione di acquirente per effetto della legge, essendo l'acquirente *ex lege* esposto ad oneri connessi all'acquisto diversi dalle obbligazioni in senso tecnico.

[14] E sul punto, da ultimo, cfr E. TREROTOLA-P. MARTORANO, *Sulla partecipazione negoziale del coniuge non acquirente in regime di comunione legale*, in *Fam., pers. succ.*, Torino, 2005, 6, p. 437 ss.

[15] Per questa ragione la dottrina unanime esclude che l'acquisto del *non contraente* possa configurare una ipotesi di acquisto a titolo gratuito.

[16] Rilevando dall'impianto della norma una ipotesi di rinunzia piuttosto che di rifiuto (come, invece, secondo il dato normativo), la dottrina ha corretto il lessico legislativo essendo il contratto a favore del terzo l'unica ipotesi contrattuale produttiva di effetti diretti e immediati nel patrimonio del terzo destinatario e non necessitando il modulo *ex* art 1411 c.c., almeno nella fase immediatamente esplicativa, della cooperazione del terzo.

[17] Il terzo che non vuole profittare della stipulazione deve emettere una dichiarazione immotivata di rinunzia agli effetti. Non è dubbio che la norma (art. 1411, 3° comma, c.c.) sia giusta fonte di una illimitata autonomia del terzo, la cui posizione risulta connotata da una compiuta libertà giuridica.

[18] A tale ultimo rilievo era ispirato il commento più incisivo della Corte (2688/1989) nel sostenere la negoziabilità della destinazione (coniugale o esclusiva) dei beni, non potendo il coniuge, disponendo di una piena autonomia privata, essere obbligato ad acquistare neppure da un regime normativo (e cioè la comunione legale). Sul punto si rinvia alle osservazioni di T. AULETTA, *op. cit.*, p. 44 e 49.

Si tratta, come è facile intuire, di una valutazione analitica delle ipotesi codicistiche (art. 177, lett. *a)*, e art. 1411 c.c.) che consideri non soltanto l'effetto giuridico (e cioè l'acquisto in favore del soggetto *non contraente* [coniuge e terzo]), ma che sia altresì coordinata da una indagine da cui emergano le divergenze



3. – La seconda delle due notazioni è il presupposto più concreto alla nuova tendenza giurisprudenziale (Sez. Un. 1917/2000; Cass. 2954/2003) che, innovando l'indirizzo previgente (Cass. 2688/1989), vincola la irrifiutabilità degli acquisti da parte del coniuge *non contraente* alla immutabile destinazione di essi [19]. Per spiegare tale più recente e, secondo noi, condivisibile atteggiamento della Corte, è necessario precisare i contenuti teorici della precedente posizione del giudice della legittimità che, nella storica sentenza 2688/1989 [20], consacrava una autonomia privata dei coniugi capace di ridurre l'oggetto del regime legale [21]. E del resto, la posizione del coniuge non agente, che ha stimolato la dottrina ultraventennale, è, come si dirà, tema connesso alla densa problematica, sviluppatasi nel corso dell'ultimo ventennio, circa i limiti di ammissibilità del cosiddetto *«rifiuto al co-acquisto»* [22], e cioè la volontà dell'un coniuge di non acquisire al patrimonio comune un bene tipicamente coniugale [23]. È facile immaginare che i due argomenti (la *posizione* del co-acquirente non agente e il *rifiuto* all'acquisto separato)

---

strutturali delle due fattispecie.

[19] L'incapacità del coniuge di cambiare la destinazione personale o comune dell'acquisto è una condivisibile spiegazione normativa alla inefficacia del rifiuto, e la Corte, affermando che *«l'esclusione dell'acquisto dalla comunione dipende dal realizzarsi della fattispecie legale»*, è fin troppo esaustiva nel puntualizzare che i coniugi nulla possono aggiungere o togliere alla classificazione, di formazione codicistica, coniugale o personale del patrimonio.

[20] Cui sia consentito rinviare ai commenti di E. TREROTOLA, *Il rifiuto al co-acquisto in regime di comunione legale dei beni*; il principio della relatività, in *Giur. mer*., 1993, IV, p. 250 ss.; ID., *Il rifiuto al co-acquisto nella modificabilità convenzionale dell'oggetto della comunione legale dei beni fra coniugi*, in *Giur. mer*., 1994, p. 748 ss.; ID., *Acquisto alla comunione legale. Ancora sul rifiuto al co-acquisto dell'un coniuge. Da una opzione elastica verso una atteggiamento restrittivo della Corte Suprema*, in *Il nuovo diritto*, 2002, fasc. 4, p. 233 ss.

[21] Va già chiarito che quella sentenza indagava una ipotesi di acquisto coniugale (art. 177 c.c.) ricaduto nella proprietà esclusiva del solo coniuge acquirente a seguito del rifiuto del consorte. Diversamente, la sentenza 1917/2000 indaga sull'acquisto personale e la natura giuridica della dichiarazione *ex* art. 179, ult. comma, c.c. (dichiaratamente incapace di operare una trasformazione qualificativa dell'acquisto manente matrimonio). Orbene, se nella prima sentenza si discute dei limiti di ammissibilità e configurazione del rifiuto dell'un coniuge al co-acquisto di un bene coniugale, la seconda delle due decisioni affronta il problema dell'efficacia della dichiarazione di non appartenenza del bene alla comunione resa dal coniuge non acquirente. La diversità delle due fattispecie non esclude, tuttavia, che entrambe le decisioni finiscano per incidere sul potere dei coniugi di derogare alle norme in tema di qualificazione (coniugale o personale) dei beni. Affermare, infatti, la natura ricognitiva della dichiarazione *ex* art. 179 c.c. (come in Cass. 1917/2000) significa smentire la natura negoziale del rifiuto (invece ammessa da Cass. 89/2688) poiché se «l'esclusione dell'acquisto dalla comunione dipende non già dall'assenso dell'altro coniuge ma dal realizzarsi della fattispecie legale» – come riferito nella più recente decisione – ciò implica che l'acquisto di un bene al patrimonio coniugale non può essere pregiudicato dalla volontà negativa di uno dei coniugi ma determinata dai presupposti legali che connotano l'acquisto come coniugale o personale.

[22] Si deve ammettere, infatti, che il dibattito intorno ai limiti di ammissibilità del rifiuto unilaterale di un bene della comunione interferisce logicamente e giuridicamente con le tematiche intorno alla posizione del



finiscono per interferire sui limiti all'autonomia privata dei coniugi in comunione legale, dovendosi, nell'uno e nell'altro caso, accertare sia l'ampiezza della potestà dell'un coniuge che i diritti del singolo che sopravvivono al regime patrimoniale legale [24].

Confermato il carattere pubblicistico sotteso alla comunione legale, il Collegio afferma l'autonomia della destinazione personale del bene dalla volontà dei coniugi [25] ed estende, altresì, questa statuizione alla destinazione coniugale degli acquisti [26], anch'essa svincolata dalla autonomia privata [27].

Corollario dell'assunto secondo cui il carattere personale o coniugale del bene deriva dai presupposti legali (artt. 177 e 179 c.c.) e non dalla volontà dei coniugi è la incapacità

---

coniuge acquirente non contraente. E d'altronde, non avrebbe potuto il giudice della legittimità (Cass. 2688/1989) affermare il diritto del non agente di rifiutare l'acquisto separato del consorte se non immaginandolo in posizione di terzo acquirente. In argomento, si segnala G. LAURINI, tra i primi commentatori critici della storica sentenza, (*A proposito di un'originale inter – prestazione dell'ultimo comma dell'art. 179 c.c.*, nota a Cass. 2 giugno 1989, n. 2688, in *Riv. not*., 1990, II, p. 172). Tra gli altri, G. GABRIELLI-W CUBEDDU, *Il regime patrimoniale dei coniugi*, Milano, 1997, p. 3 ss.; E. QUADRI, *op. cit*., p. 314; F. PARENTE, *Il preteso rifiuto al co-acquisto «ex lege» da parte di coniuge in comunione legale*, in *Foro it*., 1990, I, c. 608; Per la giurisprudenza, Cass. 2 giugno 1989, n. 2688, in *Giust. civ.*, 1989, I, p. 1997; Cass. 19 febbraio 2000, n. 1917, in *Dir. proc. civ.*, 2000, p. 39 ss. Cass. 27 febbraio 2003, n. 2954, in *Guida dir*., 2003, p. 52. Per la giurisprudenza di merito, anche Trib. Catania, 14 novembre 1989, in *Foro it*., Rep. 1990; Trib. Parma, 28 marzo 1985; *ivi*, 1986.

[23] Per la posizione del dottrina circa l'ammissibilità del rifiuto *ad nutum* si rinvia alle note bibliografiche di T. AULETTA, *Il Diritto di Famiglia*, in *Trattato dir. priv.*, diretto da M. Bessone, Torino, 2000, p. 39 ss.; V. DE PAOLA, *Il Diritto patrimoniale della famiglia nel sistema del diritto privato*, t. II, Milano, 2002.

[24] Un ampio approfondimento del tema è in P. PERLINGIERI, *I diritti del singolo quale appartenente al gruppo familiare*, in *Rass. dir. civ.*, 1982.

[25] In tal senso Cass. 2954/2003 che avverte: «le categorie dei beni personali sono tassativamente indicate dalla legge». Nello stesso senso Cass. 19259/2004, con nt. adesiva di E. TREROTOLA-P. MARTORANO, in *Fam., pers. succ.* Torino, 2005, p. 437 ss. In senso critico sono i rilievi di T. AULETTA, *op. cit*., p. 49, in part. nt. 36.

[26] Esplicita è in tal senso Cass. 2954/2003.

[27] Merita d'essere segnalata la sentenza 2954/2003 in tema di acquisti in regime di comunione legale. Se con la pronuncia 2688 del 1989 la Corte Suprema introduceva la libertà dell'un coniuge di non acquistare un bene riservatogli per legge (lett. *a)* dell'art. 177 c.c.), la più recente, e oramai consolidata, giurisprudenza del Collegio afferma che <<la partecipazione alla stipula e l'eventuale dichiarazione di assenso del coniuge formalmente non acquirente non hanno efficacia negoziale dispositiva (sotto forma di rinunzia) del diritto alla comunione incidentale …». Questa volta il giudicante, più esplicito che in passato, conferma l'assunto (già presente in Cass. 1917/2000) secondo cui «l'art. 177 c.c., stabilendo, per regola generale, che costituiscono oggetto della comunione legale dei beni fra coniugi, innanzitutto, quelli da loro acquisiti, insieme o separatamente, durante il matrimonio, contempla poche eccezioni, relative ai beni c.c. d.d. «personali», le cui categorie sono tassativamente elencate nel successivo art. 179». Cosicché, a distanza di oltre un decennio, si tende ad escludere, con una evidente inversione di tendenza, che il coniuge in regime di comunione legale possa rifiutare la contitolarità di un bene coniugale. A questo assunto risponde la regola dettata dalla giurisprudenza che limita alle sole eccezioni legali le deroghe all'acquisto comune.



del coniuge non agente di rifiutare un bene tipicamente coniugale acquistato dal consorte, non potendo esso imprimere una destinazione differente da quella dichiarata dalla legge. Condividere tale puntuale enunciato non implica accettare la posizione di *terzo acquirente negoziale* del coniuge non agente, non potendo il terzo, come invece il coniuge, essere obbligato ad acquistare in conseguenza del contratto.

Tracciate le direttrici essenziali della critica all'indirizzo della Corte (2688/1989) che sosteneva la rifiutabilità del co-acquisto, è ora utile ripercorrere, seppure brevemente, le ragioni che hanno incoraggiato la giurisprudenza (19250/2004) di preferire la natura «ricognitiva» anziché «dispositiva» della dichiarazione del coniuge intervenuto nell'atto di acquisto di un bene personale del consorte ai sensi dell'art. 179, ult. comma, cod. civ. [28], ed è altresì opportuno affrontare il problema dei limiti all'autonomia dei coniugi rispetto alla destinazione di un bene acquistato in costanza di comunione legale. L'analisi dei due argomenti consentirà di comprendere il rigore con cui il legislatore riformista ha inteso disciplinare l'assetto dei circuiti patrimoniali in costanza di regime legale.

Nel tentativo di agevolare una migliore comprensione dei flussi patrimoniali all'interno della famiglia, la dottrina di settore [29], allineata all'opinione prevalente, anticipando i rilievi della giurisprudenza più recente, affermava: *«Il delicato problema della regolazione del flusso degli acquisti verso i tre sacchi patrimoniali dei coniugi, è stato risolto dal legislatore ora mediante la previsione di adempimenti formali cui i coniugi debbono attenersi (art. 179, 1° comma, lett. f), e 2° co., c.c.), ora distinguendo tra acquisti avvenuti prima e dopo il matrimonio (artt.179, lett. b), e 177 c.c.), ovvero tra acquisti a titolo oneroso e acquisti a titolo gratuito (artt. 177 e 179, 1° comma., lett. b), ora dando rilievo all'uso cui il bene acquistato è destinato (art. 179, 1° comma., lett. c) e d), nonché allo status del coniuge acquirente (alla circostanza, ad es., che questi sia professionista o imprenditore: artt. 178 e 179 lett. d) c.c.)»*. Orbene, se, come è preferibile credere, la distribuzione della ricchezza familiare, nel vigore del regime legale, segue percorsi obbligati ed è sottratta, dunque, all'autonomia privata dei coniugi, nel solco di questa tendenza la Corte di legittimità [30], pur affermando che il coniuge in regime

[28] V. De Paola, *op. cit.*

[29] R. Caravaglios, *op. cit.*, p. 121.

[30] Cass., sez. I civ., sentenza 24 settembre 2004, n. 19250. Il caso all'esame del Collegio è quello di un coniuge in regime legale, acquirente di un immobile, che, pur di evitare l'ingresso del bene nel patrimonio della comunione, dichiara, in assenza del consorte, di acquistare con danaro personale (incassato dalla precedente vendita di un bene proprio). In vista di quest'obiettivo, i giudici del Collegio sottolineano il difetto della compartecipazione al negozio del consorte non acquirente eccependo l'illegittimità della fattispecie per essere, malgrado la dichiarazione del coniuge acquirente, «obiettivamente incerto se l'acquisto realizzi



di comunione legale acquista in via esclusiva se sussiste (anche) il consenso del consorte non acquirente, ritiene in ogni caso – ed è questo l'assunto cui perviene il Collegio – essere insufficiente la sola dichiarazione del contraente a impedire l'ingresso del bene nel patrimonio coniugale se non risultano soddisfatte, sulla base di altre risultanze, le esigenze di certezza della esclusività dell'acquisto [31]. Nel segno di tale più recente giurisprudenza ed in linea con la complessa struttura dell'art. 179 c.c. si è così posto fine a gran parte degli equivoci sorti sul carattere (facoltativo o necessario) della partecipazione negoziale del coniuge non acquirente.

Se ora, come si è potuto osservare, la Corte Suprema non dubita dell'inefficacia della volontà dei coniugi in ordine alla qualificazione (personale o coniugale) del bene, una spiegazione ulteriore alla inefficacia del cosiddetto *rifiuto al co-acquisto*, che, come meglio si dirà, nella tipologia degli effetti giuridici trova un più solido sostegno scientifico, sarà utile a dissuadere quanti ancora oggi considerano il coniuge *non contraente* alla stregua di terzo acquirente (per effetto della legge o del negozio stipulato dal consorte) [32].

Affermato il diritto del *coniuge non contraente* di non acquistare, la Corte [33] accedeva a una nuova prospettiva esegetica della lett. *a)* dell'art. 177 c.c. E a incoraggiare il rifiuto potevano essere, a parere del Collegio, tanto il semplice convincimento della esclusività del danaro quanto la mancanza di convenienza all'acquisto e, sulla scorta di tali premesse, la dottrina pensò al tentativo del giudice della legittimità di ampliare il campo applicativo dell'ultimo comma dell'art. 179 c.c. fino a legittimare il rifiuto al co-acquisto (anche) di bene tipicamente coniugale [34]. Si osservava, tuttavia, che l'equivoco

---

– o meno – il reinvestimento (o l'investimento) di danaro … personale». La soluzione del Collegio, che si dice insoddisfatto della sola dichiarazione del coniuge acquirente, va condivisa non prima, tuttavia, di aver richiamato l'attenzione sul particolare profilo di illegittimità discusso dal giudice.

[31] Sia ancora consentito rinviare ai rilievi di E. TREROTOLA-P. MARTORANO, Sulla partecipazione negoziale del coniuge non acquirente in regime di comunione legale, in *Fam., pers. succ*., Torino, 2006, 6, p. 437 ss.

[32] Del «rifiuto al co-acquisto» si è scritto molto nell'ultimo ventennio e le più recenti osservazioni del Collegio sono, questa volta, l'occasione per approfondire il tema, di storico interesse, circa la posizione del coniuge *non contraente*, allungo studiato dalla dottrina di settore. E del resto si vedrà quanto la consacrata illegittimità del rifiuto ad acquistare un bene della comunione sia tema connesso alla posizione del coniuge *non contraente* co-acquirente rispetto all'atto separato del consorte.

[33] Cass., sentenza n. 2688 del 1989.

[34] Stimolata dalle nuove tendenze emergenti sul finire degli anni '80, la dottrina non mancò di sottolineare «il preoccupante orientamento esegetico della giurisprudenza di legittimità impegnata a svuotare di contenuto la comunione legale in ogni caso di interferenza con istituti generali. Atteggiamento che si è tradotto in un ingiustificato *favor* per le ragioni individualistiche dell'autonomia privata rispetto a quelle co-



era duplice, disattendendo tale diffuso orientamento la *ratio* stessa della novella del '75 in cui non soltanto la destinazione (personale o coniugale) dei beni è sottratta all'autonomia dei coniugi, ma persino la dichiarazione *ex* art. 179, ult. comma, c.c., costruita intorno alle specifiche inderogabilità del regime legale, ha natura non negoziale.

A oltre un ventennio da quel pronunciamento, preme riprendere le osservazioni che, se non altro, hanno il merito di aver accresciuto l'attenzione sul tema, tant'è che il settore della civilistica che si interessa al fenomeno dell'acquisto separato *ex* art. 177, lett. *a)*, c.c., grazie al buon livello di approfondimento raggiunto, dispone oggi di una conoscenza ampia del tema.

Dopo un primo clamore, seguito alla sentenza 2688/1989, la Corte (Cass. 1917/00; Cass. 2954/03; SS.UU. 22775/09) riporta il problema entro i vecchi canoni interpretativi, e le innovazioni di quella prima scelta si avviarono verso un graduale tramonto. Confermata la natura non negoziale della dichiarazione (c.d. escludente) del coniuge non acquirente *ex* art. 179, ult. comma, c.c., si afferma, infatti, l'insufficienza della volontà dell'un coniuge ad evitare l'acquisto, dovendo concorrere a tale obiettivo almeno uno dei presupposti oggettivi della norma [35]. Invero, la dichiarazione del coniuge, come già osservava parte della dottrina di settore, ha una funzione meramente ricognitiva priva di alcun effetto attributivo del diritto, mediante cui il coniuge non acquirente si limita ad attestare il carattere personale dell'acquisto (non incidendo, perciò, sulla destinazione coniugale o personale del bene).

Va già detto che i rilievi della più recente giurisprudenza vanno senz'altro condivisi. E invero, il tentativo del Collegio di duplicare la dichiarazione di «esclusione», immaginandola finanche per gli acquisti coniugali, contraddiceva, non distinguendo i due fenomeni, la logica seguita dal legislatore con la novellazione del codice; una logica innovatrice sostenuta da presupposti antinomici rispetto alla consolidata tendenza orientata al riconoscimento della proprietà individuale. Con la comunione legale, invero, si affermò il principio della proprietà comune quale effetto del comune impegno dei coniugi [36].

---

munitarie e partecipative che animano il nuovo diritto di famiglia». Così R. CARAVAGLIOS, *La Comunione legale*, Milano, 1995, p. 16-17. Ma si leggano anche le osservazioni di E. QUADRI, Il *Contenuto della comunione legale: l'itinerario esegetico della Cassazione*, in *Nuova giur. civ. comm.*, 1994, II, p. 311-319.

[35] Conforme era la precedente Cass. 23 settembre 1997, n. 9355, in *Foro it.*, 1999, I, c. 1323, in cui già si ammetteva l'ingresso automatico in comunione immediata dei beni acquistati dall'un coniuge con proventi dell'attività separata senza possibilità per il consorte di escluderli con la dichiarazione *ex* ult. co. dell'art. 179.

[36] E si leggano i rilievi di E. RUSSO, *Le Convenzioni Matrimoniali*, Milano, 1983, p. 152. In effetti



Orbene, l'interpretazione della Corte (Cass. 1917/2000; Cass. 2954/2003), nei termini appena esposti, volge il discorso sull'annoso e più complesso problema della posizione del coniuge non agente co-acquirente rispetto all'atto separato del consorte, prospettandosi l'ammissibilità o inammissibilità del diritto di rifiutare un acquisto come sicura espressione della posizione giuridica del coniuge non agente co-acquirente. In questo senso, gli ultimi recenti interventi sul tema non passano inosservati se si tiene conto che la prevalente dottrina e la giurisprudenza pressoché costante, in evidente contrasto con la dichiarata inammissibilità del rifiuto al co-acquisto, affermano la posizione di terzo acquirente nego-

---

l'osservatorio più critico della dottrina rilevava, fin dal principio, la natura collettiva della proprietà coniugale (in tema, *cfr.* E. PROTETTÌ, in *Commentario teorico pratico al codice civile*, diretto da De Martino, Novara, 1979), aspetto, questo, che non può sorprendere se si riflette sulle continue pressioni politiche che in quel momento storico erano esercitate sul legislatore (*Relazione al primo progetto Reale*, in L. CARRARO, G. OPPO, A. TRABUCCHI, 1977, II, p. 272). Dai movimenti per la rivalutazione del ruolo della donna nella società contemporanea, fortemente penalizzata da una persistente legislazione sperequata – di questo avviso è F. BOCCHINI –, fino alla riconsiderazione del lavoro domestico come forma partecipativa alla crescita e allo sviluppo della famiglia – così, V. DE PAOLA, E. RUSSO, F. SANTOSUOSSO, L. BELLANTONI, M. PONTORIERI –, erano assiduamente esercitate influenze che non potevano oltremodo essere trascurate, tanto che gli scritti che più si avvicinano a quegli anni fanno emergere la scelta della comunione legale quale strumento di garanzia della donna, non ancora percettrice di redditi, all'interno del nucleo familiare – in questo senso, G. CIAN, A. VILLANI, M. BESSONE, L. CARRARO.

Ove pure tali molteplici ragioni d'ordine costituzionale abbiano avuto, come talora si ammette, un peso decisivo nelle scelte del legislatore riformista, più condivisibile appare il senso in cui altra dottrina – R. CARAVAGLIOS, *op. cit.*, p. 55 – interpreta la *ratio* della comunione legale: essa, è un deliberato rafforzamento del profilo comunitario patrimoniale della vita familiare che già in epoca pre-riforma aveva un radicamento nella conduzione quotidiana della famiglia. Rifugge, questa dottrina, da letture paracostituzionali del regime legale che, diversamente, condurrebbe a un sistema patri-matrimoniale in cui scegliere regimi più o meno costituzionali (testualmente, R. CARAVAGLIOS). Quest'ultima opzione della dottrina – in cui l'innegabile fondamento egalitario non ha una derivazione costituzionale ma una provenienza volontaristica – è preferibile nei limiti in cui la comunione legale sia intesa non come occasione per collettivizzare la ricchezza individuale dell'un coniuge a vantaggio dell'altro (e, quindi, per agevolare il consorte più debole), ma per affermare l'uguale apporto dei coniugi alla formazione del patrimonio familiare. In tale più condivisibile spiegazione è finanche evidente che il regime legale – nonostante la prevalente opinione riconosca nella comunione una accentuata interferenza costituzionale e pur avendo trovato il principio egalitario di derivazione costituzionale il giusto radicamento nel governo dei beni comuni (non più di impronta maritale ma diarchico) – neppure è applicazione dell'uguaglianza costituzionale, (non) essendo la comunione sul patrimonio (una conseguenza necessaria del matrimonio ma) l'effetto della volontà dei coniugi. Si deve ammettere, tuttavia, che se il regime legale non è interamente pervaso dei dogmi costituzionali, l'effettivo disancoraggio della comunione coniugale dai parametri costituzionali, attiene il profilo patrimoniale, ovvero la ripartizione della ricchezza familiare e non il modello di amministrazione in cui, anzi, non è difficile riconoscere la matrice costituzionale dell'uguaglianza dei coniugi. Cosicché, i principi a presidio della Costituzione Repubblicana, senz'altro riconoscibili nell'opera di riequilibrio, per mano del legislatore del '75, del rapporto di coniugio (inizialmente penalizzante per la donna), sono improponibili a spiegare l'uguale distribuzione delle risorse familiari (che si è detto essere, invece, la logica conseguenza dell'identico apporto dei coniugi e, perciò, la giusta ripartizione delle risorse familiari).



ziale del coniuge non agente. È intuibile, allora, che i prossimi rilievi, pur attraverso le osservazioni del giudice della legittimità, si muoveranno nella direzione di obiettare questa tesi. Sostenere, infatti, che la caduta dell'acquisto nella massa comune non dipende dalla volontà dei coniugi ma dai presupposti stabiliti dal legislatore (Cass. 1917/2000) significa sottrarre al coniuge il diritto di non acquistare un bene coniugale – riconosciuto invece legittimo dalla precedente Cass. 2688/1989 – atteso che non l'autonomia privata ma la legge decide della destinazione, personale o coniugale, degli acquisti.

Da qualche anno, la più recente giurisprudenza sembra invertire l'iniziale tendenza, smentendo il ruolo di terzo acquirente del coniuge non agente ed evidenziando, piuttosto, precisi riscontri teorici in cui ricercare una spiegazione più scientifica del fenomeno co-acquisitivo. Per questa ragione, è forse opportuno ritornare sull'argomento, questa volta per affrontare taluni trascurati aspetti che, se non altro per gli sviluppi emergenti, meritano una maggiore attenzione della dottrina.

Ancor prima di argomentare in tal senso, è però utile un rapido approccio al tema storicamente dibattuto sia nel senso della rifiutabilità che della irrifiutabilità unilaterale di beni coniugali [37].

L'incapacità del coniuge comunista di rifiutare, per via unilaterale, l'acquisto stipulato dal consorte, in qualche modo anticipata da una parte della dottrina e da ultimo riconosciuta dalla Corte (Cass. 2688/1989), risponde a un assunto: i coniugi in regime legale sono vincolati a un comportamento tipizzato indisponibile alla loro volontà [38]. Un primo immediato sostegno a una tale affermazione va ricercato nell'impianto della legge di riforma da cui accertare se le norme in materia di comunione legale alterano i valori di autonomia di cui i coniugi dispongono *ante*-matrimonio [39]. L'estenuante dibattito di

---

[37] Ciò nondimeno, va spiegata la incapacità dei coniugi in regime legale di evitare al coniuge *non contraente*, attraverso un accordo bilaterale, l'acquisto stipulato dal consorte – ammissibile, invece, per la migliore dottrina (E. GABRIELLI, *Acquisto in proprietà esclusiva di beni immobili e mobili registrati da parte di persona coniugata*, in *Vita Not*., 1984, p. 656 ss.). La ragione dell'illegittimità di un tale accordo, come ancora si dirà, è nel rigore di alcune norme in tema di comunione, che, rispetto al principio di uguaglianza delle quote – art. 210, 3° comma, c.c. –, non concede spazio all'autonomia dei coniugi, stabilendone l'inderogabilità assoluta pur optando per un regime di comunione convenzionale.

[38] Questi i rilievi critici di F. PARENTE, *Il preteso rifiuto del co-acquisto «*ex lege*» da parte del coniuge in comunione legale*, in *Foro it.*, 1990, c. 608 ss., per il quale «il rifiuto al coacquisto sarebbe in contrasto con lo statuto complessivo della comunione legale»; tale espressione sembra essere condivisa dalla più recente giurisprudenza di legittimità.

[39] Sul punto C. DONISI, *Limiti all'autoregolamentazione degli interessi nel diritto di famiglia*, in *Famiglia e circolazione giuridica*, a cura di Fucillo, Milano, 1997, p. 20 ss. Ancora P. PERLINGERI, *I diritti del singolo quale appartenente al gruppo familiare*, *cit.*



dottrina e giurisprudenza, come dimostrano anche le alterne soluzioni della Cassazione, ruota essenzialmente attorno a questo problema.

Si deve ammettere che, con la comunione legale, il legislatore della riforma non ha inteso compromettere l'autonomia negoziale dei coniugi, non essendo accettabile un sistema che, fuori dalle incapacità giuridiche previste, privasse il soggetto della propria autodeterminazione nei rapporti giuridici. In questa osservazione è racchiusa la *ratio* di sostegno alla norma scritta all'art. 179 c.c. Essa delimita un'area di esclusiva pertinenza del coniuge al quale riservare una sfera di autonomia in cui agire libera– mente per un interesse proprio, svincolato dagli affari coniugali. Il rilievo sintetizza l'opinione della dottrina più attuale [40] per la quale il regime legale implica una sostanziale interazione con almeno altri due impianti patrimoniali [41] e cioè la separazione dei beni *ex* art. 179 c.c., e la comunione *de residuo*, *ex* art. 177, lett. *b)* e *c)*, c.c. [42]. Almeno per ciò che riguarda il primo, l'accertata coesistenza dei due regimi patrimoniali sottolinea il carattere non universale della comunione legale da cui dedurre uno spazio di autonomia dell'un coniuge (art. 179 c.c.) garante della personalità e della riservatezza di riconoscimento costituzionale (artt. 2 e 42 Cost).

Eppure, questa circostanza non impedisce al regime legale di modificare l'atteggiamento dei coniugi sul piano delle relazioni giuridiche, producendo la comunione legale obblighi a carico dei coniugi non solo nei rapporti interni ma persino nelle relazioni con i terzi. Sono prova di tale intrascurabile rilievo il carattere vincolante della comunione, da cui l'indisponibilità all'un coniuge dei beni coniugali fino al perdu– rare del regime patrimoniale, e la corresponsabilità del coniuge non agente *ex* art. 186, lett. *c)*, c.c. per le obbligazioni di interesse familiare separatamente contratte dal consorte. Nel delineato contesto normativo il regime legale, più di ogni altro sistema patri-matrimoniale, esprime la volontà dei coniugi di condividere le vicende giuridiche ricorrenti durante il vincolo coniugale e pertinenti l'interesse familiare.

Queste osservazioni sembrano, tuttavia, avere una debole incidenza se confrontati ai rilievi emergenti dal vecchio corso della giurisprudenza [43] in cui forte era il tentativo, oggi ridi-

---

[40] R. CARAVAGLIOS, *La comunione legale*, Milano 1995, p. 15. Al testo si rimanda per la «teoria dei cinque sacchi» con cui l'A. identifica l'assetto patrimoniale della famiglia.

[41] «Il regime che genera altri regimi», così ID., *op. cit.*

[42] ID., *op. cit.*, p. 18, «La comunione legale come regime che genera un insieme di regimi … ciò che appartiene al sacco dei beni personali, ciò che appartiene alla comunione legale e ciò che è destinato alla comunione *de residuo*>>.

[43] Cass. 89/2688, *cit.* Sul punto, sia ancora consentito rinviare a E. TREROTOLA, *Il rifiuto al co-acquisto nella modificabilità convenzionale dell'oggetto della comunione legale dei beni fra coniugi*, in *Giur. Mer.*, 4/5, 1994, p. 748 ss.



mensionato dalle ultime pronunce, di generalizzare il rifiuto all'acquisto del coniuge *ex* art. 179, ult. comma, c.c. Si sosteneva, in particolare, la piena e incondizionata libertà dell'un coniuge di non acquistare un bene coniugale e da ciò parte della dottrina, come accade per l'ipotesi di esclusione di un bene (non coniugale) *ex* art. 179 c.c., ha creduto di poter prefigurare il rifiuto al co-acquisto di un bene (anche) coniugale. La tendenza iniziale della giurisprudenza di legittimità cercava sostegno in una triplice ragione, facendo osservare che:

– il rifiuto del coniuge è espressione della sua autonomia negoziale;

– nessuno può essere costretto all'acquisto di un bene;

– la scelta del regime legale non sottrae al coniuge comunista il diritto di rinunziare alla quota sul bene.

Le tre affermazioni sono espressione di principi comuni che appartengono all'autonomia privata del soggetto, ma ciò, come oggi persuasivamente espone la Corte Suprema – che considera il regime legale a misura di uno «statuto speciale» –, non esclude che i principi affermati nell'ordinamento possano soffrire eccezioni nell'ambito di quei rapporti per i quali il legislatore ha statuito regole speciali (certamente restrittive delle libertà giuridiche). E del resto, l'esigenza di intervenire con una legge *ad hoc* – L. n. 151/1975 – è scelta che esprime la peculiarità della materia [44]. In linea con queste scelte della dottrina si è preferito, di recente [45], optare per un contenimento del rifiuto ad acquistare entro i margini di provenienza normativa. Consentire, infatti, all'un coniuge, come era nelle aspettative del giudice della legittimità, acquisti personali oltre i limiti indicati all'art. 179 c.c. [46], ipotesi alla quale condurrebbe una generalizzazione del rifiuto, equivale a smentire il fondamento egalitario che i coniugi hanno inteso imprimere ai loro rapporti patrimoniali, nei quali il mancato acquisto dell'uno è legittimato esclusivamente dalla natura non comunitaria del diritto. Se, dunque, nell'ambito di un ordinario rapporto giuridico privato, alcun divieto impedirebbe al soggetto di rifiutare l'acquisto di un bene o una quota di esso *cfr.* art. 1411 c.c., vigendo lo «statuto complessivo della comunione legale» [47] – che è normative special –, non può il coniuge rifiutare

[44] Non mancano di sottolineare i giudici di merito che il diritto di famiglia, è «un subsistema connotato dall'intreccio di interessi patrimoniali ma prevalentemente personali, in cui le regole del diritto patrimoniale, quando pure se ne possa legittimamente postulare l'applicazione, subiscono necessariamente una particolare conformazione». In tal senso, Trib. Catania, 14 dicembre 1992, in *Giur. mer.*, 1993, p. 315 ss.

[45] Cass. 19 febbraio 2000, n. 1917 e Cass. 2954/2003.

[46] Per le differenti argomentazioni a sostegno della legittimità del rifiuto al co-acquisto, T. AULETTA, *op. cit.*, in part. nota 36.

[47] L'espressione è di PARENTE, *op. cit.* Il legislatore, peraltro, ha tipizzato, in questo statuto, le ipotesi di acquisto esclusivo (art. 179 c.c.).



l'acquisto di un bene comune. Orbene, sostenere come afferma la Corte, che la scelta del regime legale non preclude la facoltà di rinunciare all'acquisto di beni tipicamente coniugali significa compromettere gli equilibri di sostegno alla legge di riforma e, al contempo, disattendere lo spirito che accompagnò il legislatore riformista nell'affermazione del principio generale (art. 210 c.c.) della uguale ripartizione della ricchezza familiare.

Ragioni d'ordine sostanziale inficiano quella soluzione giurisprudenziale (Cass. 2688/1989), qui ripercorsa per comprendere le innovazioni che la scelta del regime legale riflette nei rapporti patrimoniali. E si è già avuto occasione di dire [48], peraltro, che carattere inderogabile della comunione legale, partecipe dell'intero impianto legislativo, va ricercato nei limiti al principio di autonomia privata che la novella del '75 aggiunge a quelli già contenuti nella disciplina codicistica. Questo ulteriore profilo del problema consente di cogliere nell'art. 210 c.c. l'esatta indicazione dei limiti entro cui contenere l'autonomia privata dei coniugi comunisti pur fuori dallo schema legale. La norma enuclea il profilo inderogabile e cogente cui i coniugi debbono uniformarsi pur optando per una comunione di tipo convenzionale fissando, altresì, il limite minimo oltre il quale non può spingersi l'autonomia privata dei coniugi. L'art. 210 c.c., invero, ribadisce la inviolabilità del principio di uguaglianza delle quote sui beni comuni affermando la volontà del legislatore di individuare nella uguale ripartizione delle ricchezze familiari, non diversamente distribuibili, uno dei punti cardine della nuova legge [49].

4. – La duplice interpretazione che la giurisprudenza (nelle sentenze 2688/1989 e 2954/2003) ha dato del rifiuto all'acquisto dissuade dall'affermare la irrifiutabilità di un bene coniugale se non dopo aver indagato alcuni aspetti della nozione (o delle nozioni) di

---

[48] E. TREROTOLA, op. ult. cit., p. 748 *ss*.

[49] Sulla natura giuridica della comunione legale si rinvia ai rilievi di C. Cost., 10 marzo 1988, n. 311, in *Giust. civ.*, 1988, I, p. 1388. Prospettando una ipotesi di comunione senza quote – in ambito codicistico presente all'art. 37 c.c. – fa emergere la Consulta una tipologia di regime legale insolita nel nostro Ordinamento in cui, piuttosto, è accolto il modulo della comunione per quote di tipo romano. Si tratterebbe, cioè, di una ipotesi di comunione di tipo germanico, cosiddetta *a mani riunite*, la cui caratteristica è quella di non possedere il singolo una quota ideale ma di essere i comunisti solidalmente titolari dei beni della comunione; in tal senso anche Cass. 14 gennaio 1997, n. 284, in *Mass.*, 1997; in dottrina, M. FRAGALI, S. LENER, P. RESCIGNO. Per alcuni rilievi, *cfr.* V. DE PAOLA, *op. cit*., p. 282 e ss. Di uguale tenore sono le osservazioni di S. LENER, *La comunione*, in *Trattato dir. priv.*, diretto da Rescigno, 1982, p. 260) secondo cui la indisponibilità dei beni della comunione renderebbe del tutto insufficiente i richiami del legislatore al concetto di quota (e si vedano gli artt. 210, 3° comma, e 189 c.c.) per accogliere la tesi, pure ipotizzata dalla dottrina, della «comunione per quote».



«terzo», di cui, nonostante la ricchezza dei della dottrina, resta da spiegare i molteplici significati.

In questa singolare prospettiva si deve avvertire dell'incoerenza di quella giurisprudenza che ancora immagina il coniuge non agente coacquirente in posizione di *terzo acquirente negoziale* al quale, tuttavia, impedire (o anche solo condizionare [50)] il diritto di rifiutare l'acquisto. Non si può condividere un tale insegnamento se si riflette che la obbligatorietà (degli effetti) del contratto è prerogativa del rapporto tra le parti cui risponde il principio della inviolabilità della sfera privata altrui [51] affermato in via di principio all'art. 1372 c.c. (e cioè, la relatività del contratto).

In una chiave di lettura in cui si ricerchi ogni possibile aspetto del fenomeno, non può stupire il silenzio del legislatore che di rado fornisce formule nozionistiche, e la vocazione non nozionistica del codice civile neppure aiuta la dottrina [52] che non offre ancora una nozione soddisfacente di *«terzo»* [53]. D'altronde, la mera contrapposizione concettuale del *terzo* al *«soggetto del contratto»*, cui di frequente ricorre la dottrina, è parsa una semplificazione tanto carente da non informare a sufficienza dei limiti entro cui misurarne la nozione giuridica. Per altro aspetto, si deve ammettere che una definizione omnicomprensiva in cui raccogliere i diversi possibili atteggiamenti del *terzo* è insostenibile se si pensa alla duplicazione che nel nostro ordinamento è fatto della nozione di *terzo*, e cioè *destinatario diretto* e *indiretto* degli effetti negoziali cui corrispondono le definizioni di *effetti diretti* ed *effetti riflessi* del negozio [54]. Invero, il legislatore si serve della nozione per indicare talora il destinatario degli effetti del contratto – ad es., il terzo *ex* art. 1411 c.c. – talaltra il destinatario delle conseguenze contrattuali, ossia interessato da modificazioni (determinate dal contratto ma) non qualificabili (almeno sul piano causale) come effetti contrattuali. In entrambe le ipotesi il soggetto è in posizione terza rispetto alla struttura dell'atto giuridico, ma, al di là di questo denominatore comune, il

---

[50] T. AULETTA, *op. cit.*

[51] Di entrambi è espressione la relatività del contratto secondo l'antico brocardo *res inter alios actatertio neque nocet neque prodest.*

[52] Per tutti A. TRABUCCHI, *Istituzioni*, p. 619; F. GIRINO, *Studi in tema di stipulazione a favore di terzi*, Milano, 1965; più di recente, G.B. FERRI, *Parte del negozio*, in *Enc. Dir.*, XXXII, Milano, p. 901 ss.; E. CESARO, *Contratto aperto e adesione del terzo*, Napoli, 1979, p. 15 ss.

[53] Si afferma, in tal modo offrendone una nozione negativa, che il terzo non è parte del contratto (e cioè, un «non contraente»). Nella manualistica, *cfr. F.* GAZZONI, *Manuale*, Napoli, 1990, p. 867; per A. TRABUCCHI, Istituzioni, p. 619, secondo il quale la identificazione del terzo passa attraverso il criterio degli interessi, «terzo è colui che rimane sostanzialmente estraneo al contratto».

[54] Sul tema *cfr.* F. SANTORO-PASSARELLI, *Dottrine generali*, cit., p. 238, p. 259, e p. 264 ss.



profilo giuridico del *terzo* cambia se si riflette che nel primo caso il soggetto è destinatario degli effetti negoziali, nel secondo subisce le sole conseguenze ulteriori dell'atto che non sono effetti negoziali secondo l'accezione tecnica del termine [55]. Il problema può sembrare una improficua speculazione teorica, ma non lo è ove si osservino le conseguenze pratiche che ne derivano. E del resto i rilievi della dottrina manualistica [56] insegnano che soltanto gli effetti diretti, in quanto legati al contratto da un nesso di derivazione immediato, rientrano nella causa del negozio (e sono quindi effetti causali); tali effetti, pur producendosi indipendentemente dalla volontà del terzo (come nell'ipotesi dell'art. 1411 c.c.), non possono permanere nella sfera del destinatario medesimo mancandone il consenso.

Questa spiegazione risente del profilo giuridico di *terzo*, ossia di soggetto estraneo al(la struttura del) contratto; concezione evolutasi in una più avanzata esegesi della nozione da quando la moderna civilistica [57] circoscrive il dogma della relatività [58] alle sole ipotesi di contratto a carico del terzo, da cui, cioè, al destinatario non possono che derivare oneri e svantaggi. Sicché, in linea con tale assunto, il contratto non tocca il terzo se non per beneficiarlo (artt. 1411 e 1372, 2° comma, c.c.).

Illuminati dalla rimeditazione che la dottrina più moderna (C. Donisi) ha fatto del principio della relatività e accertato che il contratto può produrre effetti (purché vantaggiosi) anche oltre la sfera giuridica delle parti negoziali, potendo esso generare effetti verso i terzi (consenzienti), è sufficiente alla posizione di *terzo* la estraneità del soggetto alla volontà negoziale [59].

La provenienza negoziale degli effetti diretti e l'origine extra negoziale degli effetti ri-

---

[55] Spunti di particolare interesse sono in P. PERLINGIERI, *Profili Istituzionali del diritto civile*, Napoli, 1979, p. 164 ss. L'A. spiega che l'effetto riflesso trova la sua causa in un effetto prodotto da un fatto precedente. Così è per l'acquisto per accrescimento che, ai sensi dell'art. 676 c.c., ha luogo di diritto non occorrendo la volontà del testatore. L'estensione della quota dell'erede accresciuto è, in tal caso, un effetto indiretto della rinunzia del coerede, valere a dire che «l'ulteriore effetto, cioè l'accrescimento, non trova la sua causa nel testamento … ed è un effetto riflesso della rinunzia … che trova la sua causa nell'art. 676 c.c.». Se si accetta questa ricostruzione, da cui emerge che l'accrescimento è conseguenza della legge, si dovrà ammettere che il negozio non è fonte dell'effetto riflesso, non provenendo esso dall'accordo negoziale ma direttamente dalla norma – in argomento, F. SANTORO-PASSARELLI, *Dottrine Generali*, *cit.*

[56] Tra gli altri A. TRABUCCHI, *Istituzioni*, p. 619; F. SANTORO-PASSARELLI, *Dottrine*, p. 238-259 ss. (57) Cfr., C. DONISI, *Il problema dei negozi giuridici unilaterali*, Napoli, 1972.

[57] C. DONISI, *Il problema dei negozi giuridici unilaterali*, Napoli, 1972.

[58] Vale a dire la improduttività del negozio verso i terzi.

[59] Così è per il terzo acquirente ai sensi dell'art. 1411 c.c.; esso è estraneo alla struttura del contratto, ma non agli effetti.



flessi, questi ultimi identificabili come la conseguenza di una particolare condizione giuridica in cui si trova il soggetto terzo [60] piuttosto che il prodotto del contratto, consentono di concludere che gli *effetti riflessi* sono in ogni caso di derivazione normativa [61]. Sicché, chiarito che gli *effetti riflessi*, non aventi un rapporto derivativo con l'accordo negoziale – per questo detti anche *effetti indiretti* –, non entrano nella causa del negozio, la dottrina riconosce che la loro esplicazione nella sfera giuridica del terzo non deroga il canone della relatività [62] e, perciò, non opponibile il detto principio al fine della immodificabilità della situazione del terzo, essendo gli effetti riflessi conseguenza inevitabile della stipulazione. Non disponendo il terzo di alcuno strumento per neutralizzare gli *effetti indiretti* del negozio, esso dovrà subire tali conseguenze [63].

In linea con questi rilievi, si deve ammettere che il rifiuto, del quale si sono potute ora meglio comprendere le implicazioni con il tema della posizione del coniuge *non contraente*, è istituto attinente al principio della relatività la cui regola è essenziale alla corretta circolazione degli effetti negoziali e non di limite alla produzione di qualsiasi effetto giuridico [64]. Il rifiuto è, in questa prospettiva, strumento destinato a proteggere la sfera giuridica del terzo dagli effetti diretti del contratto e non da quelli riflessi.

L'esatta identificazione della finalità e dell'ambito operativo del *rifiuto* consentono, a questo punto, di precisare che gli effetti negoziali (quelli diretti) delineano un profi-

---

[60] L'erede in accrescimento, terzo rispetto al negozio di rinunzia all'eredità compiuto dal coerede, acquista la quota rinunziata in quanto successore del medesimo *de cuius*.

[61] Allineata a tale insegnamento, la dottrina di settore è nel senso di ritenere che il non agente acquisterebbe in conseguenza della condizione giuridica di coniuge in regime di comunione legale. E nel rigore di tale dottrina, affermata la indisponibilità degli effetti legali all'autonomia del soggetto, la Corte Suprema (Cass. 2954/2003) sanciva la irrifiutabilità dei beni coniugali. Afferma il Collegio: «… il coniuge non può validamente rinunziare alla comproprietà di singoli beni (non appartenenti alle categorie elencate dall'art. 179 c.c.) acquistati durante il matrimonio; salvo che venga previamente o contestualmente mutato il regime patrimoniale della famiglia».

[62] La relatività, del resto, dettata al fine dell'inefficacia del contratto verso il terzo, è principio posto a difesa dagli effetti negoziali e non da ogni effetto giuridico. In argomento F. SANTORO-PASSARELLI, *op. cit.*, p. 23.

[63] L'acquirente successive con patto di riscatto dovrà, ai sensi dell'art. 1504 c.c., subire l'espropriazione del bene ad opera del primo alienante riacquirente con patto di riscatto. Il secondo acquirente di bene opzionato è, in tale ipotesi, terzo rispetto alla vendita con patto di riscatto stipulata tra l'alienante riacquirente e il primo acquirente.

In linea con questi rilievi sembrano muoversi i fautori della teoria che inquadrano l'acquisto del coniuge non agente tra gli effetti *ex lege*. L'acquisto, infatti, sarebbe una conseguenza dell'art. 177 lettera *a)*, e per questo anche irrifiutabile.

[64] Sul tema spunti di particolare interesse sono in F. GAZZONI, *L'attribuzione patrimoniale mediante conferma*, Milano, 1974, p. 177 ss.



lo di *terzo* differente da altre configurazioni connotate da una minore autotutela, non essendo sempre il *terzo* nelle condizioni di proteggere la propria sfera privata – così è per il destinatario delle conseguenze giuridiche –.

Ad arricchire questa indagine concorre altro rilievo che del primo è diretta conseguenza. Non richiedendo il prodursi degli effetti indiretti la complicità del destinatario [65], neppure la permanenza di tali conseguenze nel patrimonio del terzo esige – contrariamente a quanto accade per gli effetti diretti – alcuna sua cooperazione [66].

Se ora si conviene che, in assenza di specifici obblighi a contrarre, la volontà di acquistare è incoercibile, si deve altresì riconoscere, nel rispetto del principio dell'intangibilità delle sfere individuali, l'impossibilità di obbligare il *non contraente* a subire gli effetti di un contratto: il terzo è, cioè, legittimato a difendere la propria sfera giuridica utilizzando gli strumenti predisposti dal legislatore [67].

Occorrendo, peraltro, il concorso (persino tacito) del destinatario alla permanenza degli effetti negoziali nel proprio patrimonio, si deve ammettere che il terzo, potendo liberamente rifiutare, non è vittima del contratto [68] ma complice nella produzione di tali

---

[65] Diversamente che dal terzo *ex* art. 1411 c.c. che, malgrado il linguaggio codicistico (in cui si parla di rifiuto), può rinunziare agli effetti già prodottisi nel proprio patrimonio.

[66] S'intende affermare la differenza di maggiore rilievo tra le due accezioni di *"terzo destinatario degli effetti negoziali"* e *"terzo destinatario delle conseguenze giuridiche"*, e cioè la incapacità di quest'ultimo di impedire (la permanenza del) l'effetto legale (nella sua sfera giuridica). Se, infatti, il successore in accrescimento è obbligato ad acquistare la quota rinunziata dal coerede (ove intenda conservare la qualità di erede), il terzo acquirente *ex* art. 1411 c.c. dispone, al contrario, della incondizionata facoltà di rifiutare (*recte*, rinunziare al) l'acquisto prodottosi nel suo patrimonio per effetto della stipulazione.

Fedele a questa impostazione è la giurisprudenza della Corte (Cass. 2954/03) secondo cui soltanto il mutamento del regime patrimoniale (da comunione iseparazione) consente ai coniugi di realizzare la volontà di non co-acquistare un bene coniugale. E nella prospettiva di tale ultima decisione, la giurisprudenza realizza, anticipandone le conclusioni, la sintesi cui oggi è possibile pervenire per via teorica; e cioè, che l'acquisto del *non contraente*, come meglio si dirà – par. 7 –, non è l'effetto della efficacia estensiva della comunione legale, nel cui ambito è inquadrato dalla dottrina di settore, ma espressione della funzione distributiva del regime legale voluto dai coniugi.

[67] Su questo fronte sono le maggiori incertezze della Corte. Nella decisione 2688/1989 si riconosce al coniuge il diritto di non acquistare, invece negato nelle sentenze 1917/2000 e 2954/2003 che sottraggono la destinazione dei beni all'autonomia dei coniugi. In tale incerto atteggiamento, il coniuge *non contraente* è talora configurato come terzo acquirente negoziale (legittimato a rifiutare), ma talaltra gli è negata tale condizione giuridica (e, conseguentemente la possibilità di rifiutare l'acquisto).

[68] Sull'argomento, lucidamente T. AULETTA, *op. cit.*, p. 49, il quale afferma «detta imposizione (cioè l'acquisto) contrasterebbe con i principi del nostro ordinamento che lasciano libero il soggetto di profittare o no degli effetti …». In ossequio all'esposto principio della intangibilità delle sfere private, l'osservazione va condivisa, ma non si comprende la ragione per cui l'A., aderendo alla dottrina più liberale, sostiene la posizione di terzo del coniuge non agente co-acquirente pur negandogli la facoltà di rifiutare l'acquisto. L'Autore, il quale parla di «motivazioni di convenienza dell'acquirente alla base del rifiuto», precisa che il



effetti, diversamente dal destinatario delle conseguenze giuridiche [69] in relazione alle quali, vigendo il principio della obbligatorietà degli effetti riflessi, non può opporsi né alla produzione né alla permanenza.

5. – Le obiezioni che precedono sembrano consolidare la tendenza maggioritaria della dottrina che sostiene la posizione di acquirente *ex lege* del coniuge *non contraente*. In tale affermata ipotesi, infatti, potrebbe l'acquisto *ex* art. 177, lett. *a)*, c.c. essere interpretato come un effetto legale, e, in questa prospettiva di indagine, la riferita incapacità del coniuge non agente di rifiutare il bene [70], finanche sintonica al principio della indisponibilità degli effetti indiretti, consentirebbe, peraltro, di apprezzare il rilievo del Collegio [71] secondo cui *«l'esclusione dell'acquisto dalla comunione legale non dipende dall'assenso del coniuge ...»*.

E del resto, se la Corte, secondo le osservazioni che si sono anticipate, sottraendo al coniuge il diritto di rifiutare, smentisce la posizione di terzo acquirente nel senso inteso all'art. 1411 c.c. [72], per altro aspetto, sostenendo che soltanto *«il realizzarsi della fattispecie legale»* può determinare l'esclusione del bene dal patrimonio coniugale, sembra rafforzare la tesi prevalente secondo cui il coniuge non agente sarebbe *terzo* investito delle conseguenze dell'atto separato (e cioè degli effetti indiretti) [73].

Se si dovesse dare credito a questa spiegazione, il coniuge, obbligato ad acquistare, sarebbe *vittima* e non *complice* dell'atto separato a misura di quelle ipotesi, frequenti nel nostro codice, in cui il *terzo* è obbligato a subire talune conseguenze giuridiche [74]. D'altronde, non essendo il coniuge terzo destinatario degli effetti (diretti) dell'atto separato – che si sono visti liberamente rifiutabili –, e non potendo neppure rifiutare la

---

coniuge non può rifiutare se non per giusta causa (diversamente dal terzo acquirente che – come sopra accennato – può dismettere l'acquisto con un rifiuto *ad nutum* senza dover giustificare la volontà di non acquistare.

[69] Negli esempi fatti, il coerede in accrescimento.

[70] In tema è utile la consultazione di A. FALZEA, voce *Efficacia Giuridica*, in *Enc. dir*.

[71] Così, Cass. 1917/2000.

[72] Verso questa soluzione era invece orientata la Corte nella storica sentenza 2688/1989, in cui affermò l'ampia autonomia dell'un coniuge di rifiutare liberamente il bene acquistato dal consorte.

[73] Cosicché, secondo tale ipotesi teorica, vigendo una norma inderogabile (art. 177, lett. *a)*, c.c.) non sarebbe consentito al coniuge *non contraente* di evitare (*recte*, rifiutare) l'acquisto. Ad ogni modo, secondo questa ricostruzione, l'acquisto del *non contraente* sarebbe un effetto legale.

[74] § 4.



comproprietà del bene acquistata dal consorte – come confermato dalla più recente tendenza della giurisprudenza –, non sarebbe errato immaginare l'acquisto del non agente come la conseguenza della condizione giuridica di coniuge in regime di comunione legale. Il *non contraente*, secondo questa ricostruzione, sarebbe acquirente *ex lege* (e, dunque, destinatario degli effetti indiretti).

Sennonché, gli sviluppi emersi dalle osservazioni che si sono precedute non soltanto evidenziano la infondatezza della teoria *«coniuge non agente terzo acquirente negoziale»*, ma se per un verso scongiurano la più accreditata proposta che teorizza il coniuge *non contraente* in posizione di terzo acquirente *ex lege*, per altro aspetto consentono di introdurre i presupposti a sostegno della posizione di *parte sostanziale* del *non agente*.

Se confrontate con le osservazioni della migliore civilistica [75], non convincono le ricostruzioni della dottrina che, nel tracciare una possibile dinamica dell'effetto riflesso, sostiene che *«l'effetto riflesso trova la sua causa in altro effetto prodotto da un fatto precedente»*. Orbene, se, come s'è detto, l'effetto, allorché si propone come vicenda autonoma dal negozio [76], è obbligatorio in ogni caso – non potendo il soggetto investito sottrarsi alla sua esplicazione, se non abbandonando la situazione giuridica soggettiva in cui si trova [77] –, l'osservazione di questa dottrina persuade del fatto che l'acquisto del coniuge *non contraente* non proviene, come si potrebbe immaginare, *«da un altro effetto* … (il regime comunitario) … *prodotto da un fatto precedente* … (il non aver optato per altro diverso regime patrimoniale)*»* [78]. E del resto, non essendo la comunione legale un regime necessario, potendo le norme *ex* art. 177 c.c. ss. trovare attuazione solo per la volontà concorde dei coniugi di non optare per altro e diverso regime patri-matrimoniale, non può parlarsi del co-acquisto come di un *effetto riflesso* dell'atto separato (o di effetto legale del contratto) [79] ma, come è preferibile credere, di effetto del negozio di acquisto.

---

[75] P. PERLINGIERI, *Profili*, p. 164.

[76] Ed è questa l'ipotesi dell'accrescimento *ex* art. 676 c.c., autonomo dalla volontà testamentaria e dalla rinunzia del coerede. Come si avrà modo di vedere, l'effetto dell'accrescimento della quota del coerede non ha alcun rapporto causale con il negozio testamentario né con l'atto di rinunzia.

[77] L'esperienza insegna che l'accrescimento si realizza indipendentemente dalla volontà del coerede accresciuto, il quale nulla potrebbe fare per evitare il realizzarsi dell'effetto dilatatorio della quota ereditaria – se non rinunziando ad ogni diritto ereditario, dunque alla situazione giuridica soggettiva di erede –. Al contrario, il coniuge potrebbe cambiare il regime patrimoniale senza perdere il proprio *status* di coniuge. Altre ipotesi di acquisto legale – coniuge superstite legatario *ex lege* ai sensi dell'art. 540, 2° comma, c.c.; le successioni legittime *ex* art. 565 c.c. – evidenziano la provenienza autonoma e inevitabile dell'effetto.

[78] Per alcune anticipazioni sul tema si leggano le osservazioni di G. BONILINI, *Nozioni di Diritto di Famiglia*, Torino, 1992, p. 62 ss.; E. ROPPO, voce *Coniugi*, in *Enc. giur.,* 1988.

[79] Così G. DE RUBERTIS, *L'acquisto*, p. 878.



Questa più ampia prospettiva teorica, sottolinea l'assenza della volontà del destinatario rispetto all'acquisto legale [80]. E in linea con tale rilievo, si potrebbe persino ipotizzare un acquisto *ex lege* in favore del *non acquirente* allorché vigesse una norma cogente, applicabile in ogni caso, che imporrebbe il regime di comunione legale come unico sistema patri-matrimoniale. Ma la decisione di non optare per altri regimi patrimoniali – antecedente all'atto di acquisto in senso cronologico e giuridico –, che esprime la volontà dei coniugi di acquistare ogni qualvolta acquista uno di essi, non permette di accreditare alla legge l'acquisto del consorte non agente perché la lett. *a)* dell'art. 177 c.c. è norma disciplinare che, come anticipato, interviene nella fase di produzione degli effetti dell'atto e non di formazione del regolamento negoziale [81]. Essa, cioè, non è fonte dell'effetto [82], come nelle ipotesi di acquisto *ex lege*, limitandosi, piuttosto, a riferire il fatto (della stipulazione separata dell'un coniuge) da cui dedurre, in favore del non agente, la presunzione *iuris tantum* della contitolarità della proprietà sostanziale [83]. Trattandosi peraltro di presunzione relativa, essendo possibile *ex* artt. 177, lett. *a)*, e 179 c.c. dimostrare la natura personale dell'acquisto, è a maggior ragione evidente la precipua finalità probatoria [84] della norma che, per questo, non opera sul piano sostanziale [85].

Ma l'insuccesso della teoria che introduce l'acquisto del *non contraente* tra gli effetti legali riemerge ove si comprenda che il coniuge, per effetto della comunione legale, oltre al normale carico dei doveri familiari (di assistenza e mantenimento sanciti all'art. 143 c.c., cui è soggetto per effetto del matrimonio), assume, esponendo con ciò i beni comuni alla soddisfazione dei creditori, l'altro obbligo (cui non sono esposti i beni del coniuge separatista) inerente le passività contratte dall'altro coniuge e riconducibili al

---

[80] Tale aspetto, già sufficiente a distinguere il co-acquisto dall'acquisto legale, accentua altresì la diversità con l'acquisto del terzo (che è acquisto negoziale) in cui l'acquirente, potendo rifiutare o accettare l'effetto conseguente alla stipulazione, gioca un ruolo attivo nella fattispecie contrattuale.

[81] Si rinvia alle osservazioni in nt. 3.

[82] Non è dubbio che il diverso momento di intervento della legge avrebbe inciso sulla natura dell'effetto determinandone l'origine legale se la norma fosse intervenuta nel momento di formazione del negozio. Un tale differente momento di intervento della disposizione in parola, con finalità completive del regolamento negoziale, sarebbe stato il sintomo di un diverso atteggiamento della lett. *a)* dell'art. 177 c.c. (ossia di fonte dell'effetto), dovendosi, in tale ipotesi, inquadrare la disposizione nel fenomeno della integrazione del contratto *ex* art. 1374 c.c. (si rinvia ancora alle osservazioni in nt. 3).

[83] La lett. *a)* dell'art. 177 c.c. non entra, quindi, nei meccanismi dell'acquisto con finalità integrativa della volontà dei contraenti, ma è piuttosto la sintesi di quanto il legislatore statuisce all'art. 144, 2° comma, c.c.

[84] Sul punto *cfr. F.* SA NTORO-PASSARELLI, *Dottrine Generali*, Napoli, 1981, p. 299; F. GAZZONI, *Manuale*, Napoli, 1990, p. 101 ss.

[85] In argomento *cfr. G.* FABBRINI, voce *Presunzioni*, in *Nov. dig. It. disc. priv.*, 1996, Torino, p. 281 ss.



ménage familiare (art. 186, lett. *c)*, c.c.). A tali ulteriori doveri, sintomatici della volontà dei coniugi di privilegiare il profilo comunitario, non può essere ascritta una matrice legale [86] perché contenuti nella norma, giacché la legge, almeno in questo caso, si limita a realizzare la volontà dei coniugi nell'unica direzione possibile, ossia attuare lo schema tipico di comunione, dettando uno *«statuto speciale»* [87] improntato al canone della risolubilità [88]. Con il regime di comunione – che certamente limita l'autonomia privata – i coniugi rafforzano il profilo comunitario della famiglia sommando altri doveri a quelli fondamentali e immanenti (artt. 143 c.c. ss.), già sorti per effetto del matrimonio, e che la dottrina identifica come *regime primario*.

Nel contesto in cui si è inteso discutere del problema, può ora essere affermato con maggiore convinzione che il coniuge *non contraente* non è, come sostiene la dottrina, nella condizione di soggetto passivo dell'attività giuridica altrui (quindi destinatario degli effetti riflessi) perché l'effetto dell'acquisto, come ancora si vedrà, è da accreditare alla volontà di entrambi i coniugi di optare per il regime legale e non alla legge (art. 177, lett. *a)*, c.c.), che stabilisce il contenuto (necessario) del patrimonio coniugale [89].

6. – Accettata la bipartizione della nozione di *terzo*, in *terzo acquirente negoziale* e *terzo acquirente ex lege*, si è dovuto osservare che il *non contraente*, nel contratto a favore del terzo, in quanto destinatario dei soli effetti vantaggiosi [90], non è esposto (come, invece, l'acquirente per effetto della legge) [91] ad alcun obbligo; esso non entra nel sinallagma contrattuale e perciò non è parte (ma creditore della prestazione).

---

[86] E sono, invece, doveri legali quelli descritti all'art. 143 c.c. la cui attuazione è inderogabile e prescinde dalla volontà dei coniugi.

[87] Così, Cass. 1917/2000.

[88] Il regime legale è, infatti, in ogni tempo sostituibile con altro e diverso regime patrimoniale; in argomento *cfr.* E. TREROTOLA, *op. cit*., p. 748 ss.

[89] In questo senso l'acquisto del non agente è un effetto causale, cioè un effetto diretto dell'atto separato che il contraente ha potuto stipulare in quanto attuativo dell'interesse familiare. Per una diversa opinione, autorevole è l'analisi di G. DE RUBERTIS, *L'acquisto immobiliare compiuto da uno solo dei coniugi in regime patrimoniale legale*, in *Rass. dir. civ*., 1986, p. 873, per il quale si tratterebbe di un'ipotesi di deviazione *ex lege* degli effetti contrattuali da confluire nell'ampio fenomeno della eterointegrazione del contratto (art. 1374 c.c.). Per alcuni spunti generali sulla integrazione del contratto si rinvia a S. RODOTÀ, Le *fonti di integrazione del contratto*, Milano, 1969. G. CIAN, *Forma solenne e interpretazione del negozio*, p. 192 ss .; M. BIANCA, *op. cit.*

[90] *Cfr. C.* DONISI, *op. cit.*

[91] Nell'esempio riportato, l'erede in accrescimento subentra nella identica posizione giuridica del coerede rinunziante, non escluse le passività connesse alla quota ereditaria accresciuta.



Questa osservazione alla concezione codicistica di terzo si è visto essere il tema più prezioso al dichiarato intento critico alla teoria dominante secondo cui il coniuge non agente è un mero beneficiario dell'atto di acquisto.

Sin da ora si deve avvertire dell'inconsistenza del ricorso allo schema del contratto a favore del terzo per spiegare il fenomeno co-acquisitivo. Anzi, sebbene la dottrina persista nell'immaginare il *non contraente* alla stregua di un mero titolare del diritto (*Altieri*), l'accennata obiezione è già sufficiente a indicare una prima immediata divergenza tra le posizioni del *coniuge co-acquirente* e del *terzo acquirente per effetto del negozio*.

In questa prospettiva, si deve ammettere che il tentativo di ridurre le distanze esistenti tra i due modelli, ipotizzando una cointeressenza del *coniuge non agente* alla sola proprietà sostanziale ed esonerandolo – come è per il terzo acquirente – dalle obbligazioni connesse all'acquisto, si mostra carente di argomenti al punto da minare l'asserita equivalenza tra le posizioni di *coniuge non agente* e *terzo acquirente negoziale*. L'insanabile divergenza tra le due figure, tuttavia, è sottolineata dalla presunzione con cui il legislatore ha inteso riconoscere in capo a entrambi i coniugi la proprietà del danaro utilizzato per l'acquisto; circostanza intrascurabile del fenomeno co-acquisitivo che non permette di identificare nell'acquisto del consorte non agente un mero vantaggio. Piuttosto, questa spiegazione del fenomeno in esame, nei termini che si sono appena accennati, autorizza di considerare l'acquisto come sicura espressione della logica del corrispettivo e, pertanto, del rapporto sinallagmatico tra prestazione – esborso del danaro – e controprestazione – trasferimento del bene – di cui il coniuge non agente, come meglio si dirà, è partecipe [92].

Pur evitando di cedere ad una soluzione tuzioristica che tragga esclusivamente dall'esperienza legislativa riformista, si capisce che la soluzione da dare alla posizione del coniuge co-acquirente non è indifferente all'impianto normativo che i coniugi decidono di accogliere come disciplina giuridica dei loro rapporti patri-matrimoniali.

Su questo fronte occorre approfondire le analisi di due studiosi [93] che hanno concorso a una migliore spiegazione del sistema *contributivo-distributivo* della famiglia, determinanti di una ulteriore divisione della dottrina in chi attribuisce in via esclusiva al *regime primario* una funzione minimamente contributiva (con finalità satisfattiva dei bisogni della famiglia) e chi riconosce, seppure con una destinazione tendenzialmente affaristica, una funzione contributiva anche al regime secondario della comunione legale.

---

[92] Per alcuni rilievi sul tema, si rimanda alle note. 13 e 91.

[93] R. CARAVAGLIOS e CORSI.



Quest'ultima opinione sarebbe da sottoscrivere se con essa fosse accreditato al regime legale una forza espansiva del dovere contributivo *ex* art. 143 c.c. [94]; e gli elementi di cui accertarsi, a tal fine, sono nella legge di riforma in cui, con presunzione *iuris et de iure*, concorrente all'acquisto di un bene coniugale è non soltanto il coniuge contraente, ma, in uguale misura, il consorte non agente, appartenendo a entrambi le risorse da destinare agli incrementi del patrimonio coniugale [95]. Si assiste, come appare comprensibile, ad una sorta di spersonalizzazione dell'agire dell'un coniuge a tutto vantaggio di una connotazione coniugale dei singoli atti caratterizzati da finalità familiari [96]. A questi rilievi non si deve omettere che il *regime primario* è sistema normativo elementare necessariamente coesistente con almeno uno dei *regimi secondari* e, trattandosi di comunione legale, l'atto separato *ex* art. 177, lett. *a)*, c.c. è espressione della funzione *distributiva* (l'acquisto) come di quella *contributiva* di questo regime (il pagamento del prezzo) [97]. È ancora utile ricordare che il legislatore del '75 immaginava un sistema di

---

[94] La «collaborazione nell'interesse della famiglia», cui è obbligato il coniuge ai sensi dell'art. 143 c.c., trova, cioè, nel regime legale una ulteriore, più ampia finalità cui destinare le «sostanze» e «la capacità» di ciascun coniuge. Trattasi, cioè, di «… un di più, rispetto agli effetti fondamentali del matrimonio», così persuasivamente E. RUSSO, *cit.* in R. CARAVAGLIOS, *op. cit*., p. 31.

[95] Se si dovesse accedere alla teoria secondo cui il legislatore ha inteso celebrare il momento dell'accesso del bene nella comunione e in questa ottica formulato l'art. 177 c.c. – il cui testo identifica l'oggetto della comunione attraverso i beni in via di ingresso anziché in uscita – si potrebbe pure accogliere l'idea di non considerare il danaro utilizzato per l'acquisto alla stregua di una «risorsa comune» dei coniugi. E del resto una tale ricostruzione troverebbe sostegno nel non avere il legislatore preteso il consenso di entrambi i coniugi alla stipula dell'acquisto. Sennonché, una tale ipotesi – in cui, tra l'altro, la nozione di «bene» è concepita essenzialmente in relazione al *management* del patrimonio (*cfr.* art. 180 c.c.) – tradirebbe il principio di riferimento del regime legale la cui *ratio* non è, come da molti si era immaginato, quella di collettivizzare la ricchezza familiare – quindi trasformare la proprietà personale dell'un coniuge in collettiva di entrambi –, ma di considerare il patrimonio familiare come il risultato della uguale partecipazione dei coniugi al *ménage* familiare.

Si deve ammettere, sotto questo profilo, che il rifiuto del coniuge di acquistare un bene coniugale, di formazione giurisprudenziale, oltre che violare il principio di *uguaglianza delle quote* (art. 210 c.c.), finisce per alterare l'equilibrio patrimoniale tra i coniugi preteso in costanza del regime legale. Nella prima elaborazione concettuale (Cass. 2688/1989), infatti, non precludendo all'un coniuge la conclusione del negozio né l'uso del danaro comune (indi la spendita di una risorsa della comunione) e impedendo, piuttosto, l'effetto dell'acquisto in capo al coniuge rifiutante, il *rifiuto*, in questa dimensione, era senz'altro causa dell'incremento del patrimonio personale del coniuge acquirente a fronte di un corrispondente decremento del patrimonio coniugale cui appartiene *iuris et de iure* il danaro utilizzato. *Contra T.* AULETTA, *op. cit.*, p. 49; per l'A. il rifiuto del coniuge *«non viola il principio di parità delle quote … perché il divieto è volto ad evitare che un coniuge riesca ad imporre patti discriminatori in danno dell'altro, situazione di certo non esistente quando alla base del rifiuto vi sono motivazioni di convenienza dell'acquisto»*.

[96] Per una attenta critica a questa teoria si rinvia ai rilievi di V. DE PAOLA, *Il Diritto Patrimoniale della Famiglia nel Sistema del Diritto privato*, t. II, 2002, p. 640.

[97] I momenti contributivo e distributivo del regime legale sono caratterizzati, il primo dall'uguale appor-



flussi patrimoniali attraverso cui redistribuire le risorse familiari in ossequio alla logica della redistribuzione del profitto (proporzionato all'uguale sacrificio dei coniugi [98]), e, nel solco di questa tendenza, il *non contraente* concorre alle obbligazioni dell'acquisto grazie alla intrinseca finalità contributiva della comunione legale (*ult. cit.* nota 36).

Se si accetta, in linea con questa interpretazione, che il patrimonio coniugale è il risultato dell'impegno di entrambi i coniugi si deve altresì rifiutare qualsiasi immaginaria convergenza tra le posizioni di *terzo beneficiario* (titolare del diritto) e *coniuge non agente co-acquirente*, risultando anomala una situazione giuridica soggettiva in cui il medesimo soggetto è *terzo* rispetto al contratto e al contempo, come è per il coniuge non agente, contitolare del danaro utilizzato per l'acquisto. Avendo riguardo a tale profilo teorico, non tollerando il contratto a favore del terzo obbligazioni a carico del beneficiario, la posizione del coniuge non agente non riflette queste premesse minime qualificanti del profilo di *terzo acquirente per effetto del negozio*.

I rilievi esposti consentono, peraltro, di approfondire il ruolo del *regime primario* nella spiegazione dell'acquisto separato.

È necessario, in questa prospettiva, stabilire il giusto rapporto tra l'acquisto in favore del *non contraente* e il *regime primario*, pur avvertendo che alcun collegamento diretto e immediato può esservi tra l'effetto acquisitivo e il nucleo normativo in cui la dottrina di settore identifica il cosiddetto *regime primario* della famiglia. E del resto, la contribuzione dei coniugi all'acquisto di un bene comune non è, come si potrebbe credere, diretta attuazione dei doveri, primari e inderogabili, contributivo e assistenziale statuiti all'art. 143 c.c., dovendosi concludere, altrimenti, che anche i coniugi in regime di separazione, ai quali il *regime primario* si applica ugualmente, concorrono all'acquisto separato di ciascuno [99]. Ma, la comunione legale neppure è di intralcio all'attuazione

---

to dei coniugi, il secondo dalla distribuzione del bene simmetrica alla contribuzione.

[98] Il legislatore riformista, infatti, prescinde dall'effettivo apporto di ciascuno dei coniugi e presume *iuris et de iure* un identico contributo all'acquisto. Sul tema *cfr.* Cass. 18 giugno 1992, n. 7524, in *Dir. fam.*, 1993, p. 75; Cass. 16 dic. 1993, n. 12439; Cass. 27 febbraio 2003, n. 2954.

[99] Al contrario, il coniuge in regime di separazione non è obbligato, come il coniuge in comunione legale (*ex* lett. *c)*, art. 186 c.c.), a concorrere all'adempimento delle obbligazioni separatamente contratte dal consorte, dovendo, piuttosto, contribuire ai bisogni della famiglia proporzionatamente alle proprie capacità economiche (ai sensi dell'art. 143 c.c.). Ciò determina, sul piano pratico, maggiori possibilità di soddisfazione per i creditori del coniuge in regime di comunione rispetto ai creditori del coniuge separatista, potendo soltanto i primi agire, ai sensi dell'art. 186, lett. *c)*, c.c., anche sui beni comuni del coniuge non agente. Ai creditori del coniuge in regime di separazione dei beni non compete che il patrimonio del coniuge agente, il quale, al più, potrà agire in regresso nei confronti del consorte, non avendo il dovere contributivo *ex* art. 143 c.c. una rilevanza esterna (e dunque diretta) se non attraverso una disposizione attuativa del principio espresso dalla norma.



del principio stabilito al 2° comma dell'art. 144 c.c. – secondo cui ciascuno dei coniugi ha il «*potere*» di attuare l'indirizzo concordato, ivi compreso la scelta del regime patrimoniale –, anzi essa, riconsiderata in un ambito tipicamente patrimonialistico e con finalità differenti dal *regime primario* (affaristiche e non solidaristiche), ne è finanche espressione, accentuando, per volontà dei coniugi, i doveri ivi stabiliti e ampliandone la portata e il significato. Seppure la comunione legale «non dà alcuna affidabilità per il soddisfacimento dei bisogni della famiglia» [100], affidati, invece, al regime primario, la scelta dei coniugi di rafforzare, attraverso il regime legale, la *communio omnis vitae* [101] vorrà quanto meno denotare un loro più completo coinvolgimento negli affari della famiglia; un patto partecipativo che non significa soltanto *indisponibilità dei beni coniugali* e *uguaglianza delle quote*, due principi cui il legislatore fa espresso riferimento (art. 210 c.c.), ma altresì dovere di contribuire all'interesse comune.

La dottrina sembra non gradire la rappresentazione di un *regime primario* di base distinto dai regimi patrimoniali secondari, ma è pacifico, pur con ampi e qualificati dissensi, che la posizione del coniuge *non contraente* rispetto all'atto separato del consorte risente della duplice funzione contributiva e distributiva della comunione legale, concorrendo i coniugi al pagamento del corrispettivo per gli acquisti manente comunione nonché alla uguale ripartizione dell'acquisto.

7. – Il percorso intrapreso per dare una soluzione al problema della posizione del *coniuge co-acquirente non agente*, suggerisce di affrontare altro tema su cui dissentire dalla opinione prevalente. La dottrina, infatti, non ha del tutto chiarito, sul piano teleologico e concettuale, la distinzione tra la *funzione distributiva* e la cosiddetta *efficacia estensiva*, accreditando alle norme in tema di comunione legale tale ultimo fenomeno e facendo da essa discendere l'acquisto del non agente. Non convince il tentativo della dottrina di affidare alla lett. *a)* dell'art. 177 c.c. una speciale *efficacia estensiva* con finalità ripartitoria dell'acquisto stipulato dall'un coniuge, né sembra possibile difendere le ragioni a sostegno dell'opinione che, da tale particolare fenomeno, fa conseguire l'effetto acquisitivo in capo al coniuge *non-contraente*.

Seguendo questa impostazione, i due acquisti, del *coniuge contraente* e del *non-contraente*, si connoterebbero per la differente natura giuridica, configurando il primo

[100] Così, R. CARAVAGLIOS, *op. cit.*, p. 26. (101) Ancora R. CARAVAGLIOS, *op. cit.*, 21.

[101] Ancora R. CARAVAGLIOS, *op. cit.*, 21.



un acquisto tipicamente negoziale, laddove l'acquisto del *non agente* si identificherebbe come ipotesi di acquisto legale, riconoscendo, questa dottrina, il fenomeno *efficacia estensiva* come effetto legale [102].

Per il solo fatto di promuovere la legge a rango di fonte dell'acquisto del *non contraente* [103], questa elaborazione della nozione *efficacia estensiva della comunione legale* non può essere accolta. Sebbene la dottrina teorizzi il fenomeno *efficacia estensiva* alla stregua di un effetto legale [104], essa, tuttavia, immagina l'acquisto del *non agente* come la conseguenza dell'estensione dell'ambito soggettivo della normale efficacia del negozio stipulato dal consorte [105]. Persino in tale più attenta prospettiva l'acquisto del *non contraente* si distingue dall'*effetto legale*.

I due fenomeni, cui si è appena fatto cenno, come ancora si dirà, sono entrambi da collocarsi nel momento di produzione degli effetti [106], e, più di tutto, la *funzione distributiva* (e non l'efficacia estensiva) è una peculiarità della comunione legale, limitandosi tale fenomeno all'automatismo della ripartizione della ricchezza familiare voluta dai coniugi con la scelta del regime comunistico; non è un effetto giuridico ma un *modus operandi* della legge (art. 177, lett. *a)*, c.c.), laddove *l'efficacia estensiva* ha una finalità dilatatoria del normale ambito soggettivo degli effetti del negozio [107].

---

[102] A conclusioni diverse perverrebbe C. DONISI, *Ricerche*, p. 64, cit., per il quale il fenomeno efficacia estensiva si risolverebbe, piuttosto, in una speciale attitudine dell'effetto negoziale.

[103] A tale conclusione perviene la dottrina, osservando – v. nt. 3 – che si tratterebbe di un effetto legale del contratto.

[104] Ipotesi, questa, smentita dalle ricerche della civilistica; sul punto si rinvia ancora a C. DONISI, *L'efficacia estensiva dell'accettazione di eredità con il beneficio d'inventario*, in *Riv. dir. civ.*, 1975; il quale distingue tra efficacia estensiva ed effetto estensivo.

[105] E quantunque l'acquisto del *non contraente* fosse realmente effetto della efficacia estensiva, si dovrebbe ugualmente concludere, alla luce dei rilievi della dottrina (C. DONISI), per la natura negoziale di tale acquisto, non mutando il fenomeno estensivo la natura delle effetto.

[106] Quindi, come pure si anticipava, pur chi ipotizza l'acquisto del *non contraente* come espressione del fenomeno *efficacia estensiva* dovrà ammettere che l'effetto dell'acquisto resta un effetto negoziale.

[107] In linea con questa osservazione prende corpo l'ipotesi di una effettiva dissociazione dell'efficacia estensiva dall'effetto legale, talora impropriamente associati dalla giurisprudenza. Le argomentazioni favorevoli a una sovrapposizione concettuale lascerebbero immaginare che la legge, nel caso di efficacia estensiva, non si limiterebbe ad incidere, con effetto dilatatorio, sul profilo soggettivo di efficacia del negozio deviandone il naturale percorso, ma si porrebbe persino come fonte dell'effetto, sostituendosi, in tale atteggiamento, alla causa negoziale. Per quanto ancora possibili evoluzione sul tema, si deve preferire la dottrina (C. DONISI) che distingue l'*efficacia estensiva* dall'*effetto legale* – par. 8 – sia sotto il profilo meramente nozionistico che sostanziale, giacché la norma, nell'ipotesi di *efficacia estensiva*, non è causa dell'effetto. Ipotesi normativa di efficacia estensiva è il *beneficio di inventario*. Esso giova ai chiamati diversi dall'accettante *cum beneficio* perché l'art. 510 c.c. estende il profilo soggettivo di efficacia del negozio di



Orbene, se i due fenomeni operano nel medesimo momento negoziale – e cioè nel momento della produzione degli effetti – essi, tuttavia, si distinguono per il differente modo di operare, atteggiandosi la *funzione distributiva* (*ex* art. 177, lett. *a*), c.c.) a disciplina degli effetti conseguenti al negozio di acquisto separato, laddove l'*efficacia estensiva* interviene (come nell'ipotesi *ex* art. 510 c.c.) per deviare gli effetti negoziali (anche) in una sfera giuridica diversa dall'autore del negozio. Comune denominatore nelle due ipotesi è la natura negoziale degli effetti – impregiudicata dal modo di operare dei due fenomeni –, laddove il fattore di insanabile distinzione rimane la maggiore (o minore) autonomia del soggetto destinatario, che di fronte all'effetto conseguente al funzionamento dell'*efficacia estensiva*, trattandosi pur sempre di effetti negoziali, può efficacemente opporre il proprio *rifiuto* [108], mentre l'effetto per *funzione distributiva* – pur configurando un effetto tipicamente negoziale, ma non essendo il co-acquirente in posizione di terzo – non concede al coniuge non agente il diritto di rifiutare l'acquisto.

Questi argomenti non persuadono la dottrina della necessità di riconsiderare la posizione del coniuge acquirente non agente. Si afferma, infatti, che il principio di *personalità del consenso*, vigente nel nostro sistema giuridico, non consente di attribuire la paternità del negozio a chi non manifesta la volontà negoziale e, per questa ragione, il coniuge *non contraente*, estraneo all'accordo negoziale, sarebbe terzo acquirente [109]. Il

---

accettazione compiuto da uno soltanto degli eredi. La fattispecie normativa permette ai chiamati diversi dall'accettante richiedente di avvantaggiarsi degli effetti del beneficio soltanto se vogliono giovarsene e, in tale ipotesi, non dovendo rinnovare le prescritte formalità. Non essendo, infatti, l'operatività dell'art. 510 c.c. subordinata a una successiva adesione degli altri chiamati all'accettazione già compiuta dal chiamato *cum beneficio*, essi sono chiamati beneficiari in virtù del negozio, che nei loro confronti produce l'effetto del beneficio, e non per effetto dell'art. 510 c.c. la cui funzione è quella di estendere il beneficio d'inventario a tutti i chiamati all'eredità.

[108] Come del resto è dimostrato nell'ipotesi del beneficio d'inventario *ex* art. 510 c.c. dove i conchiamati possono dichiarare di non voler profittare degli effetti del beneficio (art. 490, n. 3, c.c.).

[109] Questa tendenza della civilistica non può essere accolta. Malgrado il diverso ambito di incidenza, l'art. 184 c.c., applicabile agli atti di amministrazione straordinaria diversi dagli acquisti, può aiutare ad approfondire il livello di indagine. La norma, nel sancire la invalidità del negozio privo del concorso coniugale, legittima il coniuge *non contraente* all'azione di annullamento. Aldilà delle differenti opzioni esegetiche accreditate alla norma, è sufficiente per ora affermare un primo dato: al coniuge non contraente è riconosciuta la legittimazione processuale all'azione di annullamento. Si aggiunga, a quanto detto, che l'art. 1444 c.c. ammette il «contraente» alla legittimazione alla convalida. Se ora si riflette che l'art. 1441 c.c. riserva l'azione di annullamento non a «chiunque abbia interesse», come è per l'azione di nullità, ma alla «parte interessata», e cioè al contraente, e che l'art. 184 c.c individua nel consorte non agente il soggetto legittimato all'annullamento e alla convalida – e sul punto *cfr.* ancora C. Cost., n. 311 del 1988, in *Giust. civ.*, 1988, I, p. 1299 – è agevole concludere che il coniuge, benché assente, è parte *de iure* dell'atto separato stipulato dal consorte (su tale argomento, a conclusioni diverse perviene V. De Paola, *Il diritto patrimoniale della famiglia nel sistema del diritto privato*, Milano, 2002, p. 665). E del resto, non si potrebbe dare una diversa



rilievo, come si è potuto osservare, riscuote i maggiori consensi della dottrina di settore, ma la consapevolezza di tale intrascurabile principio stimola, piuttosto, a ulteriori approfondimenti da cui dimostrare che il dogma della personalità del consenso – utilizzato per smentire ogni collegamento tra il negozio di acquisto separato e il consorte non agente – è, nel caso in studio, utile a fugare ogni residua incertezza sulla effettiva esistenza della volontà negoziale (anche) del coniuge *non contraente*.

8. – L'*iter* per giungere a questa conclusione suppone risolta ogni residua incertezza sulla effettiva partizione tra *acquisto riflesso* e *acquisto per efficacia estensiva*, diversità insita nella natura giuridica delle due ipotesi di acquisto, atteggiandosi la legge nel primo caso al duplice ruolo di fonte e titolo dell'acquisto, laddove, nel secondo, l'acquisto è l'effetto del contratto [110]. Tale ultima osservazione non consente analogie tra le due ipotesi [111], costituendo i due modi di acquisto tipologie differenti (legale e negoziale).

Questa critica alla tesi prevalente, che di seguito troverà spunti di maggiore interesse, avverte dell'inconsistenza del tentativo di dottrina e giurisprudenza di chiudere il difficile capitolo aperto dalla legge di riforma del '75, che improbabilmente potrà essere archiviato configurando il *coniuge non agente acquirente* alla stregua di *terzo beneficiario* (negoziale o legale). Se, peraltro, inquadrato il problema in una prospettiva conflittuale

---

spiegazione del concetto di «parte interessata», cui riferisce la norma, se non quello di «parte del contratto». Se poi, a maggior ragione, si analizzano le ipotesi di annullabilità contrattuale di derivazione codicistica, è già possibile accertare che la legittimazione all'annullamento, se non emergono ragioni di ordine pubblicistico che giustificano un'eccezionale ipotesi di annullabilità assoluta, appartiene al contraente giacché soltanto la condizione giuridica di parte del contratto è sede dell'interesse negoziale.

Precisazioni, queste, che, a ben vedere, consentono di scorgere nella natura giuridica degli strumenti di tutela predisposti dal legislatore il sintomo della effettiva collocazione del coniuge rispetto all'atto giuridico, perché se il non agente fosse in posizione di terzo, ovvero di soggetto interessato ai soli effetti, di porrebbe non dell'annullamento o della convalida bensì della facoltà di rifiutare (o aderire) agli affetti.

L'esposta problematica e, soprattutto, la tipologia delle azioni a tutela del coniuge (art. 184 c.c.) provano la volontà del legislatore di considerare l'assenza dal negozio circostanza insufficiente a privare il coniuge non agente della qualità di parte negoziale.

[110] Rileva l'osservazione se si ammette che le eccezioni contrattuali sono opponibili in quanto fondate sul contratto e sempre che il diritto del terzo costituisca una derivazione del contratto tra stipulante e promittente. Orbene, semmai si dovesse immaginare che l'acquisto del coniuge opponente è un effetto legale (e non negoziale) dovrebbe in tal caso ammettersi che le eccezioni disponibili al terzo acquirente *ex lege* sono quelle a difesa del diritto (come l'inadempimento o l'irregolare adempimento dello stipulante) e non le eccezioni a difesa del contratto.

[111] Su questo aspetto si rinvia a C. DONISI, *Ricerche*, p. 64, spec. nt. 47; spunti generali sono in A. TRABUCCHI, *Istituzioni*, 1990, p. 272, spec. nt. 1.



tra i coniugi, si considera l'affollamento dei Tribunali e delle Corti territoriali, la posizione di terzo acquirente del coniuge non agente appare, forse, la soluzione più accessibile perché immediatamente si presta a una prima interpretazione, ma essa è inaccettabile alla luce dei fondamentali principi contrattuali [112].

Il modo di operare della *funzione distributiva* prelude ogni osservazione al fenomeno che la civilistica spiega come *«efficacia estensiva della comunione legale»* e che la dottrina di settore [113] ricava dalla lett. *a)* dell'art. 177 c.c. È essenziale ai nostri obiettivi approfondire questa interpretazione della norma, condivisa dalla giurisprudenza prevalente, perché nella efficacia estensiva risiede la più accreditata e diffusa chiave di lettura del fenomeno co-acquisitivo.

Di *efficacia estensiva*, come pure si è detto, la dottrina ha già discusso avendo riguardo ad altre fattispecie presenti nel codice civile. È stato sostenuto [114], a riguardo, che la efficacia estensiva non si traduce in un effetto ulteriore ed autonomo dall'atto ma in *«una attitudine estensiva dell'unico effetto»* [115]. Il rilievo ha permesso di distinguere l'efficacia estensiva (generata dalla norma) – la cui conseguenza è l'ampliamento dell'ambito soggettivo di efficacia del negozio [116] –, da altro fenomeno in cui l'effetto è autonomo dal negozio. È questa l'ipotesi dell'effetto riflesso, non avente natura causale ma una provenienza legale, configurandosi, tale effetto, come una conseguenza della

---

[112] Tale osservazione è invocata dagli stessi Autori – P. SCHLESINGER, G. CIAN, A. VILLANI, T. AULETTA, A. GALASSO, M. Glaasso – che, pur negando al coniuge non agente la posizione di *parte del contratto*, contestano altresì che il *non agente* possa essere assimilato al *terzo acquirente*; un (improbabile) *tertium genus* al quale opporre le vicende contrattuali pur non essendo parte del contratto.

[113] Sul tema, G. TEDESCHI, *Il regime patrimoniale della famiglia*, in *Trattato dir. civ. it.*, diretto da F. Vassalli, IV, vol. III, t. I, Torino, 1963, p. 312; M. COMPORTI, *Gli acquisti dei coniugi in comunione legale*, in *Riv. not.*, 1979, p. 46; F. CORSI, *Il regime patrimoniale della famiglia*, in *Trattato dir. civ. comm.*, diretto da A. CUCU e F. MESSINEO, vol. 1, p. 68; M. FINOCCHIARO, *Diritto di famiglia*, Milano, 1984, p. 868; P. SCHLESINGER, *Della comunione legale*, in *Comm. dir. it. fam.*, diretto da G. CIAN-G. OPPO-A. TRABUCCHI, Padova 1992, vol. III, p. 92.

[114] Per tutti, C. DONISI, *Ricerche*, p. 62 ss.

[115] Tale attitudine si concreta nella idoneità dell'effetto a raggiungere anche la sfera di un soggetto diverso dall'autore dell'atto (*recte*, estensione dell'ambito soggettivo del contratto). Ma più che l'attitudine dell'unico effetto, l'efficacia estensiva è la capacità della norma di amplificare l'effetto negoziale oltre la sfera dei contraenti. In tal senso l'efficacia estensiva è la *capacità della norma* e non *l'attitudine dell'effetto*, nel senso, cioè, che qualsiasi effetto negoziale è idoneo raggiungere la sfera di un soggetto diverso dal contraente se lo prevede la norma giuridica. Potrà essere condivisa questa obiezione se si comprende che l'effetto è riconducibile al negozio, laddove l'efficacia estensiva è conseguenza della norma che, attraverso la previsione legislativa, aziona il fenomeno estensivo amplificando l'ambito soggettivo del negozio.

[116] Circostanza utile ad affermare che l'effetto, benché esteso dalla norma, non sovverte la propria origine negoziale per essere stato trasmesso anche ad altro soggetto diverso dal contraente.



legge e non del negozio [117]. L'effetto, in tale ultima ipotesi, non ha alcun rapporto derivativo con l'atto giuridico [118] e la dottrina [119], a riguardo, identifica nella sequenza *fatto-effetto-fatto* l'origine dell'effetto riflesso da cui dedurre una disciplina giuridica differente da quella riservata all'effetto negoziale [120]. E non potrebbe essere diversamente se, come pure s'è detto, l'effetto riflesso non ha una matrice negoziale.

Questi differenti presupposti danno conto di una diversità sostanziale dei due fenomeni, avendo l'effetto *riflesso* una genesi normativa [121], laddove l'*efficacia estensiva* è *«una caratteristica»* – dunque un'attitudine e non un effetto – di quelle vicende *«il cui operare prescinde da qualsiasi atteggiamento subbiettivo»* [122]. L'efficacia estensiva, in

[117] In questa spiegazione trovano sostegno le teorie di M. FINOCCHIARO, *op. cit*., 1984, p. 870, p. 1002, che esclude il coniuge non agente dal rapporto, del quale unica parte è il coniuge agente. Tali teorie riconducono il fenomeno co-acquisitivo nell'ampia categoria degli acquisti *ex lege*. Di fronte a questa diffusa proposta, si capisce che il rapporto è tra effetto e norma, e, sotto questo profilo, non v'è differenza tra chi configura l'acquisto del coniuge non agente come ipotesi di acquisto legale e chi, ricorrendo a una ipotesi di integrazione del contratto (M. DE RUBERTIS) qualifica l'acquisto come effetto legale del contratto – sul punto si rinvia ai rilievi già esposti in nt. 3; *cfr. F.* SANTORO-PASSARELLI, *op. cit*., p. 230.

[118] Essenziali a una migliore comprensione dell'argomento sono i rilievi di M. BIANCA, *Il Contratto*, Milano, 1987, p. 497; F. SANTORO-PASSARELLI, *Dottrine*, p. 264 ss.

[119] P. PERLINGIERI, *ivi*, p. 164.

[120] In tale rigorosa sequenza si spiega l'acquisto per accrescimento rispetto al quale l'atto è l'origine non causale dell'effetto riflesso, e il rapporto causale permane tra norma ed effetto.

[121] Così è per l'accrescimento *ex* art. 676 c.c. ove il realizzarsi dei presupposti legali stabiliti all'art. 674 c.c. determina l'acquisto di diritto della quota vacante.

[122] C. DONISI, *Ricerche*, cit., p. 64. Essenziale a questa trattazione è la consultazione di P. BARCELLONA, *Intervento statale e autonomia privata nella disciplina dei rapporti economici*, Milano, 1969, p. 165 ss.; A. FALZEA, voce *Efficacia giuridica*, in *Enc. dir.*, Milano. In questa prospettiva, la distinzione cui deve procedersi è triplice dovendosi differenziare l'efficacia estensiva – che si è detto essere un meccanismo normativo con funzione espansiva del profilo soggettivo del contratto, non incidente sulla natura (negoziale) dell'effetto espanso –, la funzione distributiva – che si risolve nell'automatismo dell'effetto acquisitivo senza mutare la natura negoziale dell'effetto distribuito –, l'effetto riflesso – che è effetto legale involontario e irrinunciabile –. La differenza, quanto alle conseguenze, tra i fenomeni efficacia estensiva e funzione distributiva è, come si è potuto osservare, nella disponibilità dell'effetto conseguente alla efficacia estensiva – essendo rifiutabile ad opera del destinatario – e nella indisponibilità dell'effetto che sia conseguenza della funzione distributiva. A tali differenze sono riconducibili i due orientamenti giurisprudenziali della Corte 2688/1989, in cui si affermava la rifiutabilità del co-acquisto ad opera del non agente, e 1917/2000 in cui, invece, se ne sosteneva la irrifiutabilità. L'accennata tripartizione consente di identificare le coordinate cui è ispirata la teoria, prevalente nella dottrina, di G. DE RUBERTIS. L'Autore definisce il co-acquisto come l'effetto legale del contratto stipulato dal coniuge agente, collocando l'acquisto del *non contraente* nell'ampio fenomeno della integrazione del contratto *ex* art. 1374 c.c. L'opinione, in linea con la natura legale degli effetti integrati previsti dalla norma, non appare compatibile con la funzione distributiva e ripartitoria che la dottrina attribuisce alla comunione legale. Si deve ribadire, infatti, che se la integrazione del contratto è fenomeno coercitivo della volontà delle parti – obbligate dalla norma ad adempiere anche gli effetti legali del contratto – vedi nt. 3 –, la funzione distributiva è mera disciplina giuridica degli effetti destinata a regolare i flussi patrimoniali dei coniugi in regime di comunione.



tale più attenta valutazione, è persino privata della capacità di pregiudicare la natura causale degli effetti sui quali, piuttosto, incide dilatando l'ambito soggettivo di efficacia del negozio senza recidere il rapporto di causalità diretta con la volontà negoziale [123].

La variante nelle due ipotesi è il differente atteggiamento della *norma*, che nella *efficacia estensiva* è causa del solo fenomeno estensivo sancito dalla legge [124], laddove rispetto all'*effetto riflesso* si pone come fonte dell'esito negoziale.

Opposte a queste conclusioni conducono le argomentazioni maturate dalla dottrina secondo cui, seguendo la dinamica evolutiva della *efficacia estensiva* attribuita alla comunione legale, l'atto separato stipulato in costanza di regime legale, per effetto della lett. *a)* dell'art. 177 c.c., estenderebbe i propri effetti oltre la sfera del coniuge agente fino a raggiungere il consorte non agente. Non avendo concorso alla formazione della volontà negoziale, il *non contraente* sarebbe, perciò, *terzo acquirente ex lege* [125]. E del resto, producendo effetti nella sfera del *non contraente*, l'atto separato non potrebbe che essere – secondo i rilievi di questa dottrina – di eccezione alla *relatività del contratto* [126].

Gli argomenti che si sono esposti consentono di comprendere l'equivoco di questa teorica da cui, ancora una volta, emerge la tendenza ad una errata sovrapposizione concettuale tra *efficacia estensiva* ed *effetto riflesso* [127].

Non essendo la relativita contrattuale di preclusione a qualsiasi tipo di effetto giuridico [128], questa spiegazione non può essere accolta. Gli *effetti legali*, infatti, producendosi nella sfera giuridica del terzo, non violano il *canone della relatività* contrattuale avendo essi autonomo accesso alla sfera privata.

Dalla opinione dominante della dottrina, a cui improbabilmente la legge di riforma

---

[123] Coerenti con queste osservazioni, seppure si volesse aderire alla teoria prevalente, si dovrebbe escludere che l'acquisto del *non contraente* possa integrare un effetto legale. Configurando, infatti, l'effetto riflesso [A] un effetto legale [B], e non sostituendo l'efficacia estensiva la natura negoziale dell'effetto (che, dunque, resta un effetto causale), la formula «efficacia estensiva della comunione legale» [C], gradita alla dottrina specialistica, consente ugualmente di identificare il coniuge non agente in posizione di acquirente per effetto del negozio [D]. Si avrebbe, cioè, che: A: B = C: D

[124] Si rinvia al par. 7.

[125] Rispetto a questa ipotesi si avrebbe, dunque, che: C: B = A: D. Sul punto *cfr. G.* DE RUBERTIS, *op. cit.*, p. 873.

[126] Ma si sono esposte (par. 4) le ragioni per le quali gli effetti legali non sono di violazione al detto principio. Il maggiore equivoco di questa teorica è, dunque, di immaginare una analogia tra l'efficacia estensiva e l'effetto legale, quando, piuttosto, il fenomeno efficacia estensiva è destinato a correggere – per *voluntas legis* – il normale funzionamento degli effetti negoziali; è, per questa ragione, un *modus operandi* e non un effetto giuridico.

[127] Equivoco di cui già avvertiva C. DONISI, *op. cit.*

[128] In tal senso argomenta art. 1372 c.c.



ha potuto dare un contributo sostanziale, si dissente, dovendo osservare, a riguardo, che l'aspetto non convincente della prospettata spiegazione è l'avere accreditato alla (accresciuta) efficacia dell'unico negozio – stipulato dall'un coniuge – l'acquisto del consorte non agente. Che si tratti di *«efficacia estensiva della comunione»* oppure, come crediamo, di *«effetto del negozio»*, è, in ogni caso, da escludere la possibilità di configurare l'acquisto del *non contraente* come ipotesi di acquisto *ex lege*.

Non avendo la riforma del '75 interessato le sole norme riguardanti la proprietà esclusiva e coniugale dei beni, e avendo la legge corretto i principi informatori del diritto di famiglia [129], la lett. *a)* dell'art. 177 c.c. – che rappresenta il *quid novi* della legge di riforma va recensita non, come vorrebbe la dottrina, in una dimensione esclusivamente patrimonialistica volta ad assicurare al coniuge non agente parte delle ricchezze familiari, ma inquadrata in un contesto generale connotato dalla volontà dei coniugi di concordare anche l'aspetto patrimoniale dell'indirizzo familiare che ciascuno di loro (separatamente e con potere rappresentativo del consorte) ha il diritto di realizzare. Sicché la scelta del regime patrimoniale, attraverso cui decidere dell'organizzazione (prevalentemente comunitaria o separatista) da dare alla vita familiare, è parte integrante di un più ampio accordo coniugale e, trattandosi di comunione legale, l'un coniuge dispone, ai sensi del 2° comma dell'art. 144 c.c. [130], del potere di attuare l'indirizzo concordato, non escluso il diritto di acquistare nell'interesse comune dei coniugi [131].

---

[129] Si è passati dalla potestà maritale alla diarchia del potere domestico in cui la regola dell'accordo è il presupposto insuperabile alle scelte familiari.

[130] La dottrina avverte che la norma riferisce del «potere» dei coniugi, espressione abitualmente riservata all'ambito della rappresentanza – argomenta E. GABRIELLI, *I rapporti patrimoniali tra coniugi. Corso di diritto civile*, Trieste, 1981, p. 18.

[131] Naturalmente, non aderisce a questa soluzione la dottrina prevalente che delimita l'operatività dell'art. 144, 2° comma, c.c. in ambito familiare domestico (art. 186 c.c.). Il potere di attuazione dell'un coniuge, per questa teorica, sarebbe privato, per mano del legislatore (art. 180, 2° comma, c.c.), degli atti eccedenti l'ordinaria amministrazione.

Sul punto la dottrina di settore (E. RUSSO, *«Bisogni» ed «interesse» della famiglia: il problema delle obbligazioni familiari, Le convenzioni matrimoniali*, Milano, 1983, p. 251 ss.) distingue gli *ordinari bisogni familiari* dalle obbligazioni di *interesse familiare*, limitando ai primi la solidarietà passiva del *non contraente* e, dunque, escludendo dall'orbita di efficacia dell'art. 186, lett. *c)*, c.c. le esigenze svincolate dal *ménage* familiare. Tale spiegazione, assoggettando detta norma i beni della comunione alla soddisfazione dei creditori, tiene conto delle garanzie patrimoniali a favore dei terzi che hanno contratto anche con uno solo dei coniugi senza per questo imporre limiti di efficacia al potere di attuazione dell'un coniuge.

Pur ammettendo che nell'impianto codicistico rilevano limitazioni al potere del coniuge, non può essere accolta l'opzione prevalente della dottrina, appartenendo in ugual modo alla sfera dell'interesse familiare gli atti esclusi (*rectius*, sospesi) dal potere di attuazione (art. 180, 2° comma, c.c.). Si può comprendere questa obiezione se si indaga la *ratio* della norma *ex* art. 181 c.c. che legittima l'intervento del giudice per il caso di rifiuto dell'un coniuge alla stipulazione (*recte*, vendita). Accertata l'effettiva idoneità dell'atto ai



bisogni della famiglia, l'un coniuge potrà, in tale ipotesi normativa, essere autorizzato alla stipulazione separata preclusagli dal rifiuto del consorte.

L'opposizione alla interpretazione restrittiva della dottrina è nel tessuto codicistico, da cui non emergono limitazioni della sfera del potere di attuazione alle sole *obbligazioni domestiche*. Anzi, l'art. 181 c.c. è il sintomo della inesistenza, almeno in ambito normativo, di indizi a favore della esclusione degli atti di amministrazione straordinaria dall'ambito del potere di attuazione, sebbene non contemplati nella norma. Il potere di attuazione dell'un coniuge, piuttosto, subisce, per volontà del legislatore, limitazioni a tutela della integrità del patrimonio familiare atteso che in tale potere sono immediatamente inclusi gli atti attraverso cui incidere in uscita sui beni coniugali (art. 180, 2° comma, c.c.). Non può sorprendere questa affermazione se si riflette che l'art. 181 c.c. attenua il rigore del 2° comma dell'art. 180 c.c. rafforzando, altresì, la vocazione onnicomprensiva del potere di attuazione, nel cui ambito l'un coniuge ha facoltà di includere, per le vie giudiziarie, in un momento successivo al rifiuto del consorte, gli atti straordinari dei quali dimostri, ai sensi della suddetta norma, l'effettiva idoneità familiare. In linea con questa proposta esegetica, l'art. 181 c.c. postula, come già si anticipava, la legittimità di una autorizzazione giudiziale in luogo del consenso del coniuge alla stipula di atti eccedenti l'ordinaria amministrazione. Tale provvedimento, secondo la comune opinione della dottrina – sul punto, si rinvia ai rilievi di V. De Paola, *Il Diritto patrimoniale della famiglia nel sistema del diritto privato*, t. II, 2002, p. 640 –, non integra la capacità del coniuge, né ad esso conferisce nuovi poteri, ma rimuove un limite all'esercizio di un diritto già esistente – espliciti sono i rilievi di C. Cost., 10 marzo 1988, n. 311, in *Giust. civ*., 1988, I, p. 1388, in ordine alla natura giuridica del consenso del coniuge alla stipulazione –. Fedele a questa ricostruzione è una ipotesi strutturale di *interesse familiare* che consente di identificare e sovrapporre la sfera del *potere di attuazione* dell'un coniuge all'ambito di effettiva pertinenza dei *bisogni della famiglia*. Cosicché:

Le esigenze familiari [*A*] non sono le pretese egoistiche del singolo [*B*]

$$A \neq B$$

ma l'equivalente di tutto ciò che rientra nei doveri matrimoniali, e cioè: la convivenza [α], il rispetto della sfera affettiva del consorte [β], l'impegno per il sostentamento familiare [γ]

$$A = \alpha + \beta + \gamma$$

Queste sono esigenze che appartengono all'ambito oggettivo del bisogno familiare [C]

$$\{\alpha, \beta, \gamma\} \in C$$

rispettivamente implicanti: la coabitazione [*1*], la fedeltà coniugale [*2*], il mantenimento della famiglia [*3*], la collaborazione [*4*] e contribuzione [*5*], l'assistenza [*6*], l'educazione [*7*], l'istruzione della prole [*8*], esigenze, queste, comprese nella sfera normativa (art. 143 c.c.) dell'interesse familiare [*D*]

$$\alpha \Rightarrow 1;\ \beta \Rightarrow 2;\ \gamma \Rightarrow (3 + 4 + 5 + 6 + 7 + 8)$$

$$\{1,2,3,4,5,6,7,8\} \subset D$$

Di queste, non soltanto le esigenze [*3,4,5,6,7,8*], che rispondono all'ordinario interesse della famiglia *ex* art. 186, lett. *c)*, c.c. [γ], cioè pertinenti il *ménage* familiare, appartengono alla sfera del potere di attuazione dell'un coniuge [*E*]

dove $E = \{3,4,5,6,7,8\},\ E \subset D$



In questa più appagante prospettiva è già possibile accertare che il regime patrimoniale prescelto dai coniugi è un profilo essenziale dell'«indirizzo della vita familiare» [132] – art. 144 c.c. –, non potendo i coniugi privarsi di un *regime secondario* da affiancare al *regime primario* della famiglia – art. 143 c.c. ss. I rilievi che precedono consentono di obiettare l'affermazione della dottrina secondo cui la lett. *a)* dell'art. 177 c.c. è un modo attraverso cui garantire il coniuge non agente della proprietà sostanziale (SANTOSUOSSO) perché l'acquisto separato è semmai espressione di quel *«potere di attuazione»* che il 2° comma dell'art. 144 c.c. affida a ciascuno dei coniugi e che con la lett. *a)* dell'art. 177 c.c. trova piena attuazione [133].

---

appartenendovi altresì gli acquisti *ex* lett. *a)* dell'art. 177 c.c. e, per effetto del dell'art. 181, co. 1, c.c., previa autorizzazione del Tribunale, gli atti (straordinari) *ex* art. 180, co. 2, c.c. L'insieme di queste esigenze individuali (convivenza, rispetto della sfera affettiva del consorte, impegno per il sostentamento familiare) rappresentano, quindi, gli elementi (coabitazione, fedeltà, mantenimento, collaborazione, contribuzione, assistenza, educazione, istruzione) attraverso cui si struttura l'interesse familiare, che, in relazione tra loro, divengono funzionali al bisogno della famiglia.

$$\mathrm{A} = \sum_{i=1}^{8} i$$

(la struttura dell'interesse familiare è ideata e formulata in collaborazione con la dott.essa AURORA PACELLA).

È questa la *ratio* da recuperare alla lett. *a)* dell'art. 177 c.c. La norma è, in altre parole, una specificazione cui il legislatore è obbligato in conseguenza della limitazione che il potere di attuazione dell'un coniuge, sancito all'art. 144 c.c., subisce ad opera del secondo comma dell'art. 180 c.c. E del resto, il secondo comma dell'art 144, c.c. – da qualsiasi prospettiva si voglia leggere la norma, e, dunque, pur volendo scorgere in essa una procura generale reciproca *ex lege* tra i coniugi – non autorizza a una disapplicazione della norma per gli atti di acquisto, né sembra potersi esigere che l'art. 177 c.c. riaffermi la formula già scritta (in via di principio) in quella disposizione («a ciascuno dei coniugi spetta il potere di attuare …») se si ammette che essa ha un ambito di generale applicazione il cui unico limite è costituito da una diversa statuizione di legge. Invero, seguendo questa logica, l'art. 144, secondo comma, c.c. è immediatamente inapplicabile agli atti di amministrazione straordinaria diversi dagli acquisti perché, per essi, il legislatore, esigendo il concorso coniugale (art. 180, secondo comma, c.c.), ha inteso privare (almeno nell'immediato) l'un coniuge del potere di attuazione avendo privilegiato il principio dell'unica chiave di accesso per gli acquisti e della doppia chiave d'uscita per le alienazioni. Si comprende, in questa diversa prospettiva, che il maggiore equivoco della dottrina è quello di immaginare l'acquisto separato come deroga al modulo di amministrazione congiunta, essendo, piuttosto, l'art. 144 c.c. la norma da cui trae origine il potere d'agire dell'un coniuge di cui la lett. *a)* dell'art. 177 c.c. è conferma e rispetto al quale il secondo comma dell'art. 180 c.c. costituisce l'eccezione legale (al quale l'un coniuge può porre rimedio attraverso il disposto dell'art. 181 c.c.). Tale suggerita rilettura è peraltro esplicitata dal giudice delle leggi (cit.) che, attraverso una pur discutibile ricostruzione della natura giuridica della comunione legale, ha riconosciuto all'un coniuge il potere, di fronte ai terzi, di disporre dei beni della comunione, così confermando che il consenso del consorte per il compimento degli atti di straordinaria amministrazione, richiesto al secondo comma dell'art. 180 c.c. non attribuisce alcun (nuovo) potere ma rimuove un limite all'esercizio di un potere già esistente.

[132] In tema, e in particolare su una possibile nozione dell'accordo *ex* art. 144, secondo comma, c.c., *cfr.* F. RUSCELLO, citato in G. ARCIERI, *Codice della Famiglia*, a cura di M. Sesta, Milano, 2007, p. 452 ss.

[133] In linea con questo assunto, si è avuto modo di affermare – E. TREROTOLA, *Il rifiuto al co-acquisto in*



Questa conclusione misura le distanze tra la nostra proposta esegetica e la soluzione prevalente della dottrina in cui l'acquisto del non agente è attribuito al fenomeno della *efficacia estensiva* del negozio di acquisto separato.

La infondatezza di tale ultima opzione ermeneutica emerge a maggior ragione se si

---

regime di comunione legale dei beni; il principio della relatività, in *Giur. mer*., 1993, IV, p. 250 ss. – che la costituzione nel negozio stipulato dall'un coniuge è anche rappresentativa del coniuge assente – per una attenta critica a questa teoria si rimanda alle osservazioni di v. DE PAOLA, *Il diritto patrimoniale della fa miglia nel sistema del diritto privato*, II, Milano, 2002, p. 402 –. E del resto, se la *contemplatio domini* consente la produzione diretta e immediata degli effetti nel patrimonio del rappresentato (v. DE PAOLA, *op. cit.*), non si deve trascurare, nella fattispecie, che è la legge (lett. *a)* dell'art. 177 c.c.) a disporre la comunione dell'acquisto, onerando, nella prassi contrattuale, l'acquirente di riferire il proprio *status* di coniuge in regime di comunione legale dei beni.

Ancora oggi la dottrina discute dell'ambito patrimoniale del potere di attuazione *ex* art. 144 c.c., se cioè debba essere circoscritto alle cosiddette obbligazioni domestiche – in tal senso E. RUSSO – ovvero possa trovare applicazione anche al di fuori di una concezione ordinaria del *ménage* familiare. Le incertezze che caratterizzano il tema accentuano un diffuso interesse se si riflette che in alcuni ordinamenti europei, ad avanzata civiltà giuridica, il problema della rilevanza esterna del regime patrimoniale della famiglia è risolto a livello normativo. In Francia (art. 220 *Code Civil*) come in Germania (par. 1357 del *BGB*) si è affermato il principio della solidarietà passiva dei coniugi rispetto alle obbligazioni contratte separatamente nell'interesse della famiglia, osservando, tuttavia, che le obbligazioni suscettibili di stipulazione separata, per il *puvoir* del diritto francese come per lo *schlusselgewalt* (potere delle chiavi) dell'ordinamento tedesco, sono incluse nell'ambito della normale conduzione familiare analogamente al vecchio «potere domestico» dell'ordinamento italiano di cui disponeva la moglie pre-riforma; pur avvertendo che il potere di gestire, conferito *ex lege* alla moglie, non era ispirato all'accordo coniugale e perciò diverso dall'attuale potere di attuazione previsto all'art. 144 c.c. Sul punto ZATTI, I *Diritti e i doveri che nascono dal matrimonio*, in *Trattato Rescigno*, 2, III, Torino, 1982, p. 79. Ciò che rileva nelle ipotesi menzionate è la solidarietà del coniuge non agente (responsabile a non debitore) attraverso il dovere di contribuire al ménage della famiglia, ipotesi evidentemente diversa da una partecipazione diretta del coniuge non agente alle operazioni di rilievo giuridico compiute dal consorte e realizzate attraverso il «potere di attuazione» con cui il coniuge *non contraente* è investito dell'efficacia dell'atto giuridico.

Il secondo profilo del problema riguarda, infatti, la natura giuridica del potere di attuazione, tuttora dibattuta tra «potere di contrattazione verso i terzi», da cui la responsabilità solidale del coniuge *non contraente* per le obbligazioni del consorte, e «potere di sostituzione rappresentativa *ex lege*» che consentirebbe agli effetti negoziali di raggiungere direttamente il coniuge non agente (non in quanto terzo ma perché parte sostanziale del negozio). In argomento, S. LENER, in AA.VV., *Questioni di diritto patrimoniale della famiglia*, p. 11; E. GABBRIELLI, *I rapporti patrimoniali tra coniugi. Corso di diritto civile*, Trieste, 1981, p. 18; e F. BOCCHINI, *Rapporto coniugale e circolazione di beni*, Napoli, 1989, p. 54. *Cfr.* Ancora sulla esistenza per l'un coniuge di un potere contrattuale verso i terzi vincolante per il consorte non agente F. SANTORO-PASSARELLI, in C*omm. dir. fam.,* a cura di L. CARRARO, G. OPPO, A. TRABUCCHI, I, 1, Padova, 1977, p. 221, 239 ss.; ID., *Poteri e responsabilità patrimoniale dei Coniugi per i bisogni della famiglia*, in *Riv. trim. dir. proc. civ.*, 1982, p. 15 ss. F. SANTOSUOSSO, *Delle persone e della famiglia. Il regime patrimoniale della famiglia*, in *Commentario cod. civ.*, I, 1, III, Torino, 1983; *Il dovere di contribuzione nel regime patrimoniale della famiglia*, in *Riv. dir. civ.*, 1977, I, p. 614. Per la tesi che nega l'esistenza di un potere esterno *cfr. G.* CATTANEO, *Commentario alla riforma del diritto di famiglia*, sub *art. 217*, a cura di L. Carraro, G. Oppo, A. Trabucchi, I, 1, Padova 1977; M. FINOCCHIARO, *Riforma del diritto di famiglia, commentario teorico pratico alla legge 19 maggio 1975, n. 151*, I, Milano, 1975, p. 152 ss.



analizza il percorso cui l'oggetto del trasferimento è costretto a seguire per raggiungere il patrimonio del coniuge *non contraente*.

Due sono le teoriche che, in vista di tale obiettivo, si prestano a un attento esame:

a) Teoria del doppio trasferimento [134].

Una tra le più autorevoli opinioni della dottrina immagina l'acquisto del coniuge non agente attraverso un doppio trasferimento: dall'alienante al coniuge contraente, e da quest'ultimo al coniuge non agente. Evidente è l'analogia con la rappresentanza impropria di diritto comune, riproducendo questa teoria lo schema del mandato senza rappresentanza in cui il rappresentato acquista a seguito di un secondo trasferimento successivo al primo acquisto stipulato dal rappresentante.

Le critiche a questa impostazione risalgono a due ordini di ragioni. Innanzitutto, il mandante non conferente del potere rappresentativo acquista in conseguenza di un nuovo trasferimento e, nell'impianto normativo, non v'è traccia di un doppio passaggio [135]; trattandosi, per di più, di un co-acquisto e non di un ritrasferimento, non esiste consecutività cronologica dell'acquisto a favore del coniuge non agente.

L'esposta teoria mostra, peraltro, un'insanabile incompatibilità con il fenomeno «efficacia estensiva della comunione» perché, se è esatta l'analogia allo schema del mandato senza rappresentanza, cui si è fatto appello, essa esclude qualsiasi estensione dell'efficacia del negozio separato, conseguendo l'acquisto del coniuge non agente a un secondo trasferimento e non al primo acquisto tra alienante e coniuge agente.

b) Teoria dell'acquisto in favore della comunione [136].

È utile accennare brevemente alla teoria che, pur senza i favori della dottrina, ha senz'altro rappresentato uno dei punti fermi della evoluzione dottrinale sul tema. Si sostiene che ad acquistare siano non i coniugi ma direttamente la comunione, essendo il regime legale un centro autonomo di imputazioni giuridiche.

---

[134] G. CIAN e A. VILLANI, *La comunione dei beni tra coniugi, legale e convenzionale*, in *Riv. dir. civ.*, 1980, p. 352.

[135] M. FINOCCHIARO, *Diritto di famiglia*, I, Milano, 1984, p. 869. Per una critica a tele impostazione, ancora V. DE PAOLA, *Il diritto patrimoniale della famiglia nel sistema del diritto privato*, II, Milano, 2002, p. 402.

[136] V. DE PAOLA, *Il diritto patrimoniale della famiglia ne sistema del diritto privato*, II, Milano, 2002, p. 456 ss.



Per spiegare questo insegnamento occorre fare ricorso al *rapporto organico* – c.d. *rappresentanza organica* – attraverso cui il soggetto giuridico si manifesta nei rapporti esterni attraverso l'azione dei suoi organi; contraente (nonché beneficiario) è, in tal caso, il soggetto giuridico, e cioè la comunione. Il coniuge contraente, in questa prospettiva, agirebbe in veste di organo del soggetto comunione in virtù di un potere di agire *ex lege*. E del resto l'unico strumento disponibile al soggetto giuridico per esprimere la propria volontà è la persona fisica (quale di organo del soggetto).

La dottrina esclude che il legislatore riformista abbia potuto impiantare nella normativa codicistica un soggetto sostitutivo dei coniugi, avendo piuttosto stabilito una contitolarità nei rapporti [137].

Le due teorie non lasciano dubbi circa il soggetto acquirente, che nella proposta *sub a)* sono i coniugi (agente e non agente) consecutivamente ed in conseguenza di due distinti negozi; nella teoria *sub b)* il medesimo soggetto agente, cioè la comunione, attraverso l'opera dell'un coniuge [138].

Anche la seconda delle due soluzioni preclude ogni possibile apertura alla teoria *«efficacia estensiva»* perché se l'acquirente è il medesimo soggetto agente (e cioè la comunione) l'atto di acquisto non estende la propria efficacia oltre la parte costituita in contratto, non esistendo altro soggetto, oltre la comunione, cui imputare l'effetto dell'acquisto. In vero il rapporto organico, al cui schema si affida questo insegnamento, immedesimando l'ente nell'organo agente, fa si che lo stesso soggetto di diritto è parte del negozio.

Orbene, se l'ampliamento della normale efficacia negoziale suppone due condizioni concorrenti [139], la resistenza alla formula *«efficacia estensiva»* muove dagli schemi su cui si fondano le due fondamentali teoriche, giacché gli istituti del rapporto organico e del mandato senza rappresentanza, cui è ispirata la seconda delle tue ipotesi teoriche, smentiscono ogni affinità con il detto fenomeno.

Alla luce della suggerita rilettura del fenomeno co-acquisitivo [140] può ora più persuasivamente essere sostenuta la posizione di *parte sostanziale* del coniuge non agente rispetto all'atto separato.

---

[137] Alle medesime conclusioni si potrà pervenire immaginando che il modulo sottostante al rapporto tra coniuge e comunione fosse quello del mandato (e non del rapporto organico).

[138] Ancora V. DE PAOLA, *op. ult. cit.*, p. 456.

[139] Cioè, un unico negozio di acquisto e la estraneità al medesimo del soggetto co-acquirente.

[140] Da cui dedurre che i coniugi si sono reciprocamente attribuiti il potere di compiere acquisti anche per conto del consorte assente.



Non è opportuno ritornare in argomento, ma occorre ribadire che la spiegazione «acquisto *ex lege*», tutt'ora prevalente nella dottrina, sarebbe credibile qualora l'effetto a favore del coniuge non agente fosse la conseguenza inevitabile di una norma applicabile in ogni caso, quale che sia il regime patrimoniale. Trattasi, al contrario, di una disposizione (art. 177 c.c.) appartenente a un regime discrezionale – quello della comunione – la cui derogabilità è impedita dalla vigenza del regime stesso – è un regime inderogabile ai sensi dell'art. 210 c.c. –, attuato attraverso un accordo (art. 144 c.c.) risolubile in ogni tempo, potendo i coniugi cambiare (ai sensi dell'art. 159 c.c.) il profilo patrimoniale «dell'indirizzo della vita familiare» concordato ai sensi dell'art. 144 c.c. [141]

[141] Queste premesse sono la maggiore obiezione alla proposta della dottrina che vincola la responsabilità del non agente all'efficacia esterna del dovere di contribuzione *ex* art. 143 c.c. Se per un verso tale, non condivisibile, spiegazione accentua il vincolo della solidarietà familiare tra i coniugi, giustificando persino una responsabilità coniugale (come forma di responsabilità oggettiva) sostenibile per il solo fatto di essere coniugi, essa, tuttavia, non raggiunge l'obiettivo di affermare la responsabilità diretta del coniuge non agente per le obbligazioni contratte nell'interesse della famiglia. Anzi, pur nutrendo la dottrina poche incertezze in ordine alla rilevanza esterna del dovere contributivo. In tal senso, tra gli altri, S. ALAGNA, *Famiglia e rapporti tra coniugi nel nuovo diritto*, Milano, 1983, p. 305 ss.; R. CARAVAGLIOS, *La Comunione legale*, 1995, p. 86 ss.; A. FALZEA, *Il dovere di contribuzione nel regime patrimoniale della famiglia*, in *Riv. dir. civ*., 1977, I, p. 628, sembra che un tale profilo dell'obbligo di contribuzione possa non essere la strada per affermare la responsabilità esterna del non agente per ogni tipo di obbligazione familiare (in tema, *cfr*. E. QUADRI, Obblighi *gravanti sui beni della comunione*, 1989, p. 768). E del resto, il principio di solidarietà, affermato nelle disposizioni generali in tema di matrimonio (artt. 143 ss. c.c.), pur limitando la responsabilità del non agente (in regime di comunione legale) a tutto quanto è ordinaria contribuzione (art. 186, lett. *c)*, c.c.) è insufficiente a coinvolgere il coniuge nelle obbligazioni straordinarie, mancando per esse una norma equivalente alla lett. *c)* dell'art. 186 c.c. che, sul presupposto del dovere contributivo affermato all'art. 143 c.c. e in deroga ai principi di diritto comune (artt. 2740, 2741 c.c.), espone i beni della comunione alla soddisfazione dei creditori (sul punto lucidamente E. RUSSO, *«Bisogni» ed «interesse» della famiglia: il problema delle obbligazioni familiari. Le convenzioni matrimoniali,* Milano, 1983, p. 251 ss. L'A. distingue gli ordinari bisogni familiari dalle obbligazioni di interesse familiare, affermando per i primi la solidarietà passiva del *non contraente*. Per un confronto esaustivo, tra gli altri *cfr. S.* PATTI, *Famiglia e responsabilità civile*, Milano, 1984, p. 67). La specialità della norma *ex* art. 183 c.c., si deve avvertire, è quella di apprestare un sistema di garanzie patrimoniali a sostegno del dovere coniugale di contribuire agli ordinari bisogni della famiglia non estensibile, tale obbligo, agli atti che, pur rientrando nella sfera dell'interesse familiare, esorbitano dalle esigenze quotidiane (*cfr.* nt. 124).

Allineato a tale osservazione, il legislatore riformista introduceva la lett. *a)* dell'art. 177 c.c., non inquadrabile in una prospettiva esclusivamente sostanziale e patrimonialistica ma anche negoziale e rappresentativa.

Non è arduo, allo stato delle cose, parlare di responsabilità coniugale come responsabilità oggettiva del coniuge. Una tale forma di responsabilità affonderebbe le sue radici sullo *status* di coniuge (come si evince dall'art. 143 c.c.), dovendo distinguere tra coniuge in regime di comunione e coniuge in regime di separazione soltanto ai fini della responsabilità diretta verso i terzi e non per affermare la responsabilità del coniuge non agente, che, in ogni caso, discende dal dovere di contribuzione *ex* art. 143 c.c. quale espressione del regime primario della famiglia. Il coniuge, sia esso comunista o separatista, è pur sempre responsabile delle obbligazioni separate contratte dal consorte nell'interesse della famiglia, e la differenza attiene al



L'acquisto in favore del non contraente non è, per questa ragione, espressione della coercizione della volontà dei coniugi [142] ma l'effetto del loro consenso.

La posizione del coniuge *non contraente*, che si è detto essere un vero e proprio rappresentato, potrebbe aprire un varco al tema di responsabilità. L'esatta qualificazione giuridica del *non agente* rispetto all'atto separato, inquadrata nell'ampio fenomeno rappresentativo, implica, infatti, la soluzione al tema della responsabilità per gli obblighi nascenti dall'acquisto. La responsabilità per le obbligazioni *ex contractu, insussistente* se il *non contraente* fosse in posizione di *terzo acquirente*, è una conseguenza dell'atteggiamento del coniuge non agente, nella cui sfera giuridica ricadrà non soltanto l'effetto dell'acquisto, ma altresì l'obbligazione di pagare il corrispettivo nonché di adempiere ogni altra obbligazioni contrattuale [143]. In quanto *parte sostanziale*, il non agente ha legittimazione attiva e passiva rispetto alla causa giudiziale di annullamento, risoluzione, rescissione e simulazione del contratto separato. È in facoltà del non agente pretendere la trascrizione dell'acquisto concluso dal consorte, promuovere l'azione di responsabilità contro l'alienante, chiedere all'alienante l'esecuzione della prestazione (subirne l'espropriazione in conseguenza dell'annullamento, rescissione e risoluzione del contratto) perché l'esigenza della pubblicità immobiliare, la responsabilità dell'alienante e la consegna della cosa sono eventi legati al consenso oltre che al diritto di proprietà.

Si può affermare, conclusivamente, che anche gli oneri e le azioni pertinenti la manifestazione del consenso competono al coniuge *non contraente* e sono contro di esso esperibili, estendendosi la responsabilità del *non contraente* sino agli oneri contrattuali

---

complesso delle garanzie a favore del terzo creditore, nei confronti del quale il coniuge non agente, in regime di separazione dei beni, non ha alcun dovere di adempimento dovendo rispondere soltanto al proprio coniuge.

In questa ottica, si deve eccepire la proposta più accreditata della dottrina che attribuisce efficacia esterna al dovere di contribuzione *ex* art. 143 c.c., non conferendo la detta norma ai terzi alcun potere di agire verso il coniuge non agente. Tale potere, in vero, è riconosciuto ai terzi verso il coniuge in regime di comunione avendo il legislatore, con gli artt. 186 e 190 c.c., accentuato il profilo comunitario, partecipativo e solidaristico del regime legale, riconoscendo in esso una maggiore comunione di interessi. In questo senso è legittimo parlare, anche nel nostro ordinamento, di efficacia esterna del regime patrimoniale della famiglia.

[142] Sul punto, ancora M. BIANCA, *Il Contratto*, Milano, 1987, p. 497; F. SANTORO-PASSARELLI, *op. cit*., p. 265.

[143] Di avviso contrario alla suggerita proposta nonché alla tesi della solidarietà tra coniugi, verso cui, iinvece, si mostra la dottrina prevalente, *cit*., è la giurisprudenza pressoché dominante che, come già detto, fa del principio della relatività *ex* art. 1372, 2° comma, c.c. un limite insuperabile; in tal senso *cfr.* Cass. 18 giugno 1990, n. 6118, in *Foro it*., 1991, c. 832; da ultimo, Cass. 4 agosto 1998, n. 7640, in *Giust. civ*., 1999, p. 791; Cass. 4 giugno 1999, n. 5487, in *Fam. dir.*, 1999, p. 496. Contraria al richiamato prevalente indirizzo giurisprudenziale è l'unica pronuncia della Cassazione 8995/1992 (con commento di R. CARAVAGLIOS, *op. cit.*, p. 101). (143). Sul punto *cfr.* Cass. 28 ottobre 1983, n. 6386.



ulteriori ad esclusione della responsabilità precontrattuale imputabile esclusivamente al dolo o alla colpa del soggetto agente [144].

Il mandatario (*recte*, coniuge agente) dovrà, da parte sua, eseguire il mandato nell'interesse della famiglia e con la diligenza pretesa all'art. 1710 c.c. [145].

Per le implicazioni che ne derivano, queste osservazioni esigono una ulteriore spiegazione avendo altri correlato la responsabilità del *non contraente* alla effettiva partecipazione alla decisione dell'agente di stipulare. Non può essere condivisa una tale spiegazione. Si deve ammettere, infatti, che in assenza di uno specifico dovere di informazione a carico del consorte agente [146], la responsabilità del *non contraente* sussiste a prescindere dalla partecipazione alla decisione di stipulare, avendo i coniugi conferito reciprocamente un generico potere di rappresentanza limitato a tutti gli atti di acquisto *ex* art. 177, lett. *a)*, c.c. Anzi, in assenza di una norma che imponga al coniuge l'obbligo di comunicare al consorte la volontà di acquistare e stante il potere reciproco dei coniugi di attuare l'accordo raggiunto, si deve riconoscere che la sottrazione del non agente – al quale incombe l'onere di informarsi [147] – alla responsabilità contrattuale dipende esclusivamente dall'avere costui informato il consorte agente del proprio dissenso alla stipulazione. Spetta, cioè, secondo le regole del mandato, al soggetto conferente del potere – il *non contraente* – revocare il diritto di agire in nome e nell'interesse dei coniugi, e ciò, in via generale, mediante il mutamento del regime patrimoniale [148] oppure, limitatamente al singolo affare, attraverso la manifestazione di un formale dissenso alla singola stipulazione [149].

---

[144] Sul punto *cfr.* Cass. 28 ottobre 1983, n. 6386.

[145] In questa prospettiva e in vista dell'obiettivo cui è destinato il potere di attuazione – la realizzazione dei bisogni della famiglia –, la negligenza del coniuge agente nel perseguire l'interesse familiare è senz'altro causa di responsabilità esclusiva (art. 1711 c.c.) nonché dello scioglimento della comunione (art. 193 c.c.) per il disordine negli affari dei coniugi. Non deve sorprendere una tale ultima ipotesi avendo il nostro ordinamento giuridico recepito (artt. 191 e 193 c.c.) strumenti a difesa del patrimonio – qua– li lo scioglimento *ope legis* della comunione legale, o la separazione giudiziale dei beni – utilizzabili dal coniuge per proteggersi dalla negligenza del consorte.

[146] L'assenza di un dovere di informazione (cioè di preavvertire il consorte della volontà di contrarre) esula dal generico dovere del mandatario, *ex* 2° comma dell'art. 1710 c.c., di «rendere note al mandante le circostanze sopravvenute …».

[147] In questa logica è l'art. 193 c.c. che consente al coniuge di chiedere la separazione giudiziale dei beni a causa del disordine del consorte negli affari della famiglia.

[148] In tal senso Cass. 2459/1993.

[149] Sul punto, conformemente, *infra* nt. 17.

JUS CIVILE



ELEONORA MELIS

Dottoressa in giurisprudenza

BREVI NOTE IN TEMA DI NULLITÀ DELLA PROVA TESTIMONIALE NEI CONTRATTI AVENTI FORMA SCRITTA *AD PROBATIONEM* E *AD SUBSTANTIAM*

SOMMARIO: *1. La forma nei contratti: breve introduzione storica. – 1.1. La forma scritta nel codice civile. – 1.2. Le prove documentali. – 1.3. La prova testimoniale ed il rapporto con la forma scritta nel processo civile. – 2. I diversi orientamenti adottati dalla giurisprudenza di legittimità in tema di nullità della prova testimoniale. Impostazione del problema. – 3. La sentenza delle Sezioni Unite n. 16723 depositata il 5 agosto 2020 ed il principio di diritto in essa enucleato.*

1. – I mutamenti socio-economici e culturali che hanno attraversato l'Italia negli ultimi due secoli hanno influenzato le decisioni assunte dal legislatore in sede civile e, specificamente, nel settore dei contratti e della loro forma.

Una prima evoluzione ha riguardato l'arco temporale tra il 1865 ed il 1942, periodo in cui furono promulgati il codice civile con R.D. 25 giugno 1865, n. 2358, il codice del commercio con R.D. 31 ottobre 1882, n. 1062, e, infine, quello attuale con R.D. 16 marzo 1942, n. 262.

I codici del Regno d'Italia erano testi complementari: il primo regolava tutti i settori del diritto ed era applicato indistintamente a ciascun cittadino, il secondo, invece, concerneva solo i commercianti e le società commerciali [1] e le operazioni svolte da questi [2].

Per quanto attiene al settore contrattuale, il codice civile del 1865 presentava un unico

[1] Articolo 8: "*Sono commercianti coloro che esercitano atti di commercio per professione abituale e le società commerciali*"; le norme successive stabilivano chi poteva esercitare l'attività di commerciante, anche per quanto attiene alle persone minorenni e alle donne.

[2] L'articolo 3 elencava dettagliatamente gli atti che la legge qualificava come commerciali, mentre la norma successiva estendeva la disciplina anche ai contratti e alle altre obbligazioni dei commercianti che non avessero natura civile o che non risultassero tali dall'atto stesso.



articolo, il 1104 [3], inserito nel titolo IV "*delle obbligazioni e dei contratti in genere*", capo I "*delle cause delle obbligazioni*", relativo agli elementi essenziali del contratto, ossia la capacità a contrarre, il consenso valido delle parti, un oggetto determinato che potesse essere materia di convenzione e, infine, la causa lecita per cui obbligarsi. Nulla stabiliva sulla forma.

La decisione assunta dal legislatore si comprende alla luce del contesto storico, poiché l'area contrattuale era rimessa in gran parte all'autonoma scelta dei soggetti giuridici [4]; ciò non può dirsi per quei campi, invece, più rigidi e formali a causa del bene giuridico da tutelare, come nel caso delle successioni [5] o della famiglia [6].

---

[3] Articolo 1104: "*I requisiti essenziali per la validità di un contratto sono: 1° la capacità di contrarre; 2° Il consenso valido dei contraenti; 3° Un oggetto determinato che possa essere materia di convenzione; 4° una causa lecita per cui obbligarsi.*"

[4] L'articolo 1314 codice civile del 1865 stabiliva che: "*Devono farsi per atto pubblico o per scrittura privata a pena di nullità: 1° Le convenzioni che trasferiscono proprietà di immobili o altri beni o diritti capaci di ipoteca, salve le disposizioni relative alla rendite sopra lo Stato; 2° Le convenzioni che costituiscono o modificano servitù prediali, o diritti d'uso o di abitazione o trasferiscono l'esercizio del diritto di usufrutto; 3° Gli atti di rinunzia ai diritti enunciati nei due numeri precedenti; 4° I contratti di locazione di immobili per un tempo eccedente i nove anni; 5° I contratti di società che hanno per oggetto il godimento di immobili per un tempo eccedente i nove anni; 6° Gli atti che costituiscono rendite sì perpetue come vitalizie; 7° Le transazioni; 8° Gli altri atti specialmente indicati dalla legge*".

L'articolo 1350 del codice civile attuale stabilisce che: "*Devono farsi per atto pubblico o per scrittura privata, sotto pena di nullità: 1) i contratti che trasferiscono la proprietà di beni immobili; 2) i contratti che costituiscono, modificano o trasferiscono il diritto di usufrutto su beni immobili, il diritto di superficie, il diritto del concedente e dell'enfiteuta; 3) i contratti che costituiscono la comunione di diritti indicati dai numeri precedenti; 4) i contratti che costituiscono o modificano le servitù prediali, il diritto di uso su beni immobili e il diritto di abitazione; 5) gli atti di rinunzia ai diritti indicati dai numeri precedenti; 6) i contratti di affrancazione del fondo enfiteutico; 7) i contratti di anticresi; 8) i contratti di locazione di beni immobili per una durata superiore a nove anni; 9) i contratti di società o di associazione con i quali si conferisce il godimento di beni immobili o di altri diritti reali immobiliari per un tempo eccedente i nove anni o per un tempo indeterminato; 10) gli atti che costituiscono rendite perpetue o vitalizie, salve le disposizioni relative alle rendite dello Stato; 11) gli atti di divisione di beni immobili e di altri diritti reali immobiliari; 12) le transazioni che hanno per oggetto controversie relative ai rapporti giuridici menzionati nei numeri precedenti; 13) gli altri atti specialmente indicati dalla legge*".

Il legislatore moderno, a fronte di un riconoscimento più pregnante a favore dell'autonomia privata, ha predisposto un elenco più ricco di schemi contrattuali sottoposti alla forma scritta a pena di nullità, al fine di tutelare la circolazione dei traffici e la certezza del diritto.

[5] In tema di successioni si vedano gli articoli del codice del 1865 presenti nel capo II "*delle successioni testamentarie*", sezione III "*della forma dei testamenti*", articoli 774 e seguenti. Erano due le forme ordinarie predisposte dal legislatore, ossia il testamento olografo ed il testamento per atto di notaio, mentre nella sottosezione II erano analizzate alcune ipotesi di testamenti speciali, come quello previsto dall'articolo 789 e compiuto in luoghi in cui vi era la peste o altra malattia reputata contagiosa. In questo caso era ammessa la possibilità che il testamento non venisse sottoscritto dal testatore o dai testimoni, purché ne fosse indicata la causa.



Il codice del commercio, invece, non conteneva disposizioni generali sui contratti, ma stabiliva per ciascuno di essi una particolare forma *ad probationem* [7] *o ad substantiam* [8].

Il lasso temporale che copre la fine del XIX secolo e la prima metà del secolo successivo è ricco di avvenimenti storici, i quali hanno influenzato il legislatore moderno sia a livello nazionale, sia a livello internazionale. A titolo esemplificativo e non esaustivo, la Terza guerra d'indipendenza italiana (20 giugno-12 agosto 1866) e le prime lotte sindacali nel 1882.

È certamente il XX secolo, tuttavia, ad avere un ruolo preponderante, in quanto si verificarono la prima guerra mondiale, l'istituzione della Società delle Nazioni nel 1919 (prima organizzazione mondiale ad occuparsi del benessere dell'uomo), la crisi in Germania, la marcia su Roma guidata da Mussolini nel 1922, la fondazione dell'Unione So-

---

[6] A tal proposito si si evidenzia l'importante evoluzione che ha riguardato il settore del diritto di famiglia e della qualifica del matrimonio. Da un lato, infatti la nozione di famiglia, intesa come nucleo allargato non più vincolato dall'esistenza di un legame formale (Corte Cost., 15 aprile 2010, n. 138), è stata possibile grazie alla riforma del diritto di famiglia del 1975, all'interpretazione più ampia ed estensiva degli articoli 2, 3, 29, 30 e 31 della Carta Costituzionale, all'interpretazione evolutivo-estensiva in tema di convivenza *more uxorio* nella giurisprudenza penale in tema di maltrattamenti in famiglia (sul tema Cass. 23 gennaio 2019, n. 10222, in *Diritto & Giustizia* 19 aprile 2019; Cass., 17 marzo 2010, n. 24688 in *CED Cassazione penale* 2010) e alla legge Cirinnà, nonostante essa presenti alcune problematicità.

Dall'altro lato, è mutata la qualifica del matrimonio, in quanto nel codice civile del 1865 era presente il titolo V "*del contratto di matrimonio*", in cui gli articoli 1382 e 1383 lo qualificavano come contratto, da stipulare per atto pubblico davanti ad un notaio e le cui eventuali modifiche dovevano rivestire la medesima forma.

Attualmente tale istituto è qualificato come un negozio giuridico a contenuto non patrimoniale, grazie alla valorizzazione del vincolo di carattere morale e personale che unisce i coniugi, senza pregiudicare gli importanti effetti economici connessi ad esso ma di natura accessoria.

[7] L'articolo 44 prevedeva la forma scritta *ad probationem* per le obbligazioni commerciali e le liberazioni: *con atti pubblici; con scritture private; colle note dei mediatori sottoscritte dalle parti; nella forma stabilita dall'articolo 33* (relativa agli atti e ai libri che devono tenere i mediatori); *con fatture accettate; colla corrispondenza; con telegrammi; coi libri delle parti contrenti; con testimoni e, sempreché l'autorità giudiziaria lo consenta, anche nei casi preveduti nell'articolo 1341 del c.c.* (relativo alla prova testimoniale)*; con ogni altro mezzo ammesso dalle leggi civili; Per le compere e le vendite rimane ferma la disposizione dell'articolo 1314 c.c.*

[8] A titolo esemplificativo e non esaustivo, era prevista la forma scritta *ad substantiam* per i seguenti contratti: il contratto di società e le società per con atto pubblico articolo 87; i titoli di credito artt. 251 ss.; il contratto di trasporto articolo 388 (la lettera di vettura articolo 390); il contratto di assicurazione articolo 420; la fede di deposito articolo 461.

Per quanto attiene ai contratti per la costruzione di navi, al fine di renderli opponibili ai terzi, ai sensi dell'articolo 481, la loro eventuale modificazione e revocazione era da trascrivere nel registro dell'ufficio di compartimento marittimo in cui doveva eseguirsi o si era intrapresa la costruzione, così come l'alienazione o la cessione totale o parziale della proprietà o del godimento della nave ai sensi dell'articolo 483; il contratto di pegno sulla nave articolo 486; il contratto di noleggio articolo 547; la polizza di carico artt. 555 e 556.



vietica e l'ascesa di Stalin nel 1924. Ancora, i Patti Lateranensi firmati nel 1929, il crollo della borsa negli U.S.A. e l'uscita dalla grande depressione con il New Deal. Non solo, Hitler divenne cancelliere della Germania nel 1933, vi fu lo sviluppo del colonialismo italiano e l'occupazione dell'Albania e, infine, nel 1939 l'invasione tedesca della Polonia e l'inizio della Seconda guerra mondiale. Si susseguirono poi varie occupazioni da parte della Germania, quali quelle del Lussemburgo e dell'Islanda, nei Paesi Bassi fu stabilita la dittatura e nel dicembre 1941, con l'attacco a Pearl Harbor, gli U.S.A. entrarono in guerra.

Il codice civile del 1942 fu promulgato, quindi, durante un contesto storico caotico, privo di sicurezza politica, sociale ed economica, le certezze ed i capisaldi furono smantellati dalla guerra e dalle carestie conseguenti ad essa ed il legislatore dovette adeguarsi alle nuove esigenze della società.

Occorreva, quindi, che vi fosse un unico testo di riferimento per tutti e che la circolazione dei beni dovesse accordarsi con le ragioni dei contraenti e dei terzi potenzialmente coinvolti, garantendo primariamente la certezza del diritto.

Il pregio del codice attuale è quello di aver coniugato i nuovi imperativi della società con l'eredità dei suoi antecedenti storici: il legislatore adottò il principio della libertà delle forme, stabilendo eccezionalmente la forma scritta per ciascun contratto, sia essa *ad probationem* sia essa *ad substantiam*.

Ciò può essere evinto da alcuni elementi presenti nel codice e relativi alla vita del contratto, come i requisiti essenziali per la sua validità, la sezione IV "*della forma del contratto*", il regime di nullità ed annullabilità, lo schema predisposto per ciascuna fattispecie vagliata e dalla normativa sulle prove, contenuta anche nel codice di procedura civile.

1.1. – Il legislatore non ha fornito una definizione della forma, probabilmente ritenendo che si trattasse di un concetto chiaro e comune a tutti i cittadini. Con essa si intende "*l'aspetto esteriore con cui si configura ogni oggetto corporeo o fantastico, o una sua rappresentazione*". [9]

Ebbene, dottrina e giurisprudenza hanno tentato di calare tale definizione nel linguaggio giuridico, interrogandosi sulla sua finalità e la sua portata.

Un'illustre dottrina ha evidenziato come tutti gli atti aventi rilevanza giuridica neces-

[9] Vocabolario della lingua Italiana Treccani, Milano, 1987, 492 ss.



sitino di una forma, ossia di una modalità di estrinsecazione che li "*riveli al mondo delle relazioni sociali e giuridiche*" [10]; secondo altra impostazione si tratta di un "*veicolo con il quale la volontà negoziale è manifestata o la figura esteriore dell'atto che nella vita di relazione è riconoscibile per gli altri se non attraverso la forma stessa*" [11]. Altro orientamento sottolinea che "*la forma ed il negozio giuridico sono due elementi inscindibili, anzi la forma altro non è se non il modo con cui l'atto umano si esteriorizza. Tale modo è libero, sempre che l'esteriorizzazione assolva al compito di rendere oggettivamente riconoscibile il divisato regolamento di interessi. In concreto tale esteriorizzazione non potrà che rivestire le forme della dichiarazione o del comportamento concludente"* [12].

La Suprema Conte, invece, nonostante le numerose pronunce sul tema, non ha dato una definizione di forma, ma si è limitata ad evidenziarne l'essenzialità a seconda dei contratti oggetto del suo vaglio [13].

---

[10] E. BETTI, *Teoria generale del negozio giuridico*, Edizioni Scientifiche Italiane, 1994, 126 ss.; F. SANTORO PASSARELLI, *Dottrine generali del diritto civile*, Jovene, 1966, 135 ss.

[11] PALAZZO, D, VIII, 442; F. CARINGELLA L. BUFFONI, *Manuale di diritto civile*, Dike, 2015, p. 209 "*l'atto è la forma mediante cui la volontà del soggetto è proiettata nel mondo esterno, diventando idonea a produrre un effetto giuridico*"; "*tutti i negozi hanno bisogno di forma, intendendosi la dichiarazione o manifestazione di volontà*".

[12] F. GAZZONI, *Manuale di diritto privato*, Edizioni Scientifiche Italiane, 2013, 923.

[13] Cass., 10 ottobre 2019, n. 25539 "*I contratti traslativi della proprietà di beni immobili o costitutivi, modificativi o traslativi di diritti reali immobiliari su cosa altrui devono, ai sensi dell'art. 1350 c.c., rivestire la forma scritta "ad substantiam", per cui è nulla la promessa verbale dei proprietari del suolo di trasferirsi reciprocamente la proprietà del manufatto su di esso edificato per singole porzioni individuate nel corso del godimento delle rispettive abitazioni*".

Cass., 11 settembre 2020, n. 18929 "*in tema di comunione, l'uso frazionato della cosa a favore di uno dei comproprietari può essere consentito per accordo fra i partecipanti solo se l'utilizzazione, concessa nel rispetto dei limiti stabiliti dall'art. 1102 c.c., rientri tra quelle cui è destinato il bene e non alteri od ostacoli il godimento degli altri comunisti, trovando l'utilizzazione da parte di ciascun comproprietario un limite nella concorrente ed analoga facoltà degli altri. Qualora, pertanto, la cosa comune sia alterata o addirittura sottratta definitivamente alla possibilità di godimento collettivo nei termini funzionali originariamente praticati, non si rientra più nell'ambito dell'uso frazionato consentito, ma nell'appropriazione di parte della cosa comune, per legittimare la quale è necessario il consenso negoziale di tutti i partecipanti che – trattandosi di beni immobili – deve essere espresso in forma scritta "ad substantiam*".

Cass., 20 marzo 2020, n.7478 "*I contratti conclusi dalla P.A. richiedono, al fine di soddisfare il requisito della forma scritta "ad substantiam", la contestualità delle manifestazioni di volontà delle parti, salva l'ipotesi eccezionale prevista dall'art. 17 del r.d. n. 2440 del 1923 per i contratti stipulati con ditte commerciali. La proposta e l'accettazione possono, comunque, essere contenute in documenti distinti, purché siano poi consacrate in un unico testo*".

Cass., 09 dicembre 2019, n. 32108 "*Il "pactum fiduciae" esige la forma scritta "ad substantiam" qualora comporti il trasferimento, sia pure indiretto, di un bene immobile; deve, pertanto, essere stipulato per iscritto anche il patto fiduciario comportante il trasferimento indiretto di un immobile attraverso l'intestazione della quota di partecipazione alla società proprietaria del bene".*



È pacifico, nonostante le diverse definizioni, che la forma nel settore contrattuale è il mezzo attraverso cui le parti manifestano all'esterno il loro consenso alla stipula.

Le parti possono concludere sia in forma espressa, attraverso una dichiarazione scritta o verbale, oppure per *facta concludentia*, ossia quei comportamenti che possiedono il significato univoco di volontà tacita alla conclusione.

La regola adottata dal codice civile è quella della libertà delle forme [14], salvo che non sia previsto diversamente dalla legge: ciò si evince dall'articolo 1325 c.c. che indica la forma come elemento essenziale del contratto, purché lo sia *ad substantiam*. Proprio alla luce di tale rapporto, si impone il divieto di estensione analogica previsto dall'articolo 14 delle preleggi: infatti, le norme che prevedono un onere di scrittura, *ad substantiam* o *ad probationem*, sono di natura eccezionale [15].

Tale assunto è presupposto anche nell'ipotesi vagliata dall'articolo 1352 c.c., in cui le parti hanno convenuto per iscritto l'adozione di una determinata forma per la futura conclusione di un contratto, poiché si tratta di elemento costitutivo [16].

Ebbene, con tale norma si parifica la vincolatività della scelta del legislatore, il quale astrattamente decide, dopo il bilanciamento degli interessi sottesi coinvolti, se indicare una forma scritta *ad substantiam*, con quella assunta dalle parti, dopo aver eseguito un'analisi in concreto delle proprie ragioni, economiche oppure no.

Le diverse coordinate legislative permettono di evincere come la forma scritta a pena di nullità abbia varie funzioni di protezione, come la garanzia di una maggiore tutela nei traffici giuridici, la trasparenza delle condizioni contrattuali e, un'analisi più accurata dell'atto che le parti stanno per concludere, anche per evitare un possibile squilibrio contrattuale.

La tutela è ancor più forte se calata nello svolgimento del procedimento civile, come si evince dalla valenza probatoria riconosciuta alla forma scritta *ad substantiam,* non essendo possibile, di regola, dimostrare l'esistenza del negozio con qualsiasi mezzo [17].

---

[14] V. ROPPO, voce *Il Contratto* I) In generale, in *Enc. Giur. Treccani*, 1990; M. GIORGIANNI, *Forma degli atti* (Dir. Priv.), Edizioni Scientifiche Italiane, 1968, 1003.

[15] BIGLIAZZI GERI, BRECCIA, BUSNELLI, NATOLI, *Diritto civile*, I, 2, *Il sistema giuridico italiano*, 1996, 628.

[16] Sulla natura del patto previsto dall'articolo 1352 c.c. CHINÉ, ZOPPINI, *Manuale di diritto civile*, (con il coordinamento della riedizione di ROBERTO GAROFOLI E DAVIDE GIOVANNI PINTUS), Nel Diritto Editore, 2019, 1187: "*Trattasi di contratto avente natura normativa, avendo lo scopo di fissare tra le parti le regole per la stipulazione di negozi e non vincolando in alcun modo alla conclusione degli stessi*".

[17] Articolo 2725 c.c. Atti per i quali è richiesta la prova per iscritto o la forma scritta "*Quando, secondo la legge o la volontà delle parti, un contratto deve essere provato per iscritto, la prova per testimoni è am-*



L'unica eccezione ammessa è l'ipotesi in cui vi sia stata la perdita incolpevole del documento, ovvero la sua distruzione o smarrimento non causato da negligenza, imprudenza o imperizia nella custodia.

La forma scritta *ad probationem,* invece, è richiesta ai soli fini della prova dell'esistenza del contratto: nell'ipotesi di una stipula priva di tale forma, la conclusione sarà valida ed efficace *inter partes*, ma potranno sorgere problemi di opponibilità del negozio giuridico nei confronti dei terzi in buona fede.

1.2. – Non può sottacersi come l'esistenza di un documento sia ontologicamente collegato al problema della sua prova in giudizio.

Se da un lato, infatti, la disciplina dettata in tema di prova documentale non ha dato origine a particolari *querelle*, dall'altro lato il legame tra l'esistenza del contratto e la prova testimoniale è al centro di un ampio dibattito.

La prova documentale è disciplinata agli articoli 2699 e seguenti, inseriti nel libro VI "*della tutela dei diritti*" titolo II "*delle prove*" capo II "*della prova documentale*".

Secondo il codice civile l'atto pubblico è un documento redatto, con le formalità richieste, da un notaio o un pubblico ufficiale, autorizzato dalla legge ad attribuirgli pubblica fede. Proprio tale riconoscimento è strettamente connesso alla sua efficacia come piena prova fino a querela di falso, per quanto attiene alla provenienza del documento, alle dichiarazioni delle parti e degli altri fatti attestati in esso [18].

La scrittura privata, invece, è un documento scritto dalle parti ma, a differenza dell'atto pubblico, forma piena prova in due casi: quando colui contro il quale è stata prodotta la scrittura la riconosce oppure se la sottoscrizione è autenticata. Anche in questi casi deve farsi querela di falso [19], poiché tale scrittura possiede lo stesso valore dell'atto pubblico. In tutti gli altri casi è necessario eseguire il disconoscimento.

---

messa soltanto nel caso indicato dal n. 3 dell'articolo precedente. La stessa regola si applica nei casi in cui la forma scritta è richiesta sotto pena di nullità".

[18] Cass., 29 settembre 2020, n.20520 "*L'efficacia probatoria dell'atto pubblico è limitata ai fatti che pubblico ufficiale attesta avvenuti in sua presenza e alla provenienza delle dichiarazioni, senza implicare l'intrinseca veridicità di esse o la loro rispondenza all'effettiva intenzione delle parti*".

[19] Sulla querela di falso avente come oggetto la scrittura privata deve aggiungersi anche l'ipotesi in cui vi sia stato un giudizio di verificazione *ex* articolo 216 c.p.c. al termine del quale sia stata accertata l'autenticità della relativa sottoscrizione.



1.3. – Come è stato evidenziato in precedenza, invece, la prova testimoniale è foriera di incertezze.

La testimonianza ha una disciplina composita: essa è regolata nel codice civile, capo III articoli 2721 e seguenti, e nel codice di procedura civile, il quale indica limiti e modalità con cui essa deve essere escussa.

Un primo problema attiene all'ammissibilità nel caso dei contratti il cui oggetto supera il valore di 2,58 euro: il legislatore riconosce a favore del giudice ampio potere discrezionale, cosicché può essere ammessa tenendo conto della qualità delle parti, della natura del contratto e di ogni altra circostanza.

La Corte di Cassazione ha riconosciuto come "*L'ammissione della prova testimoniale oltre i limiti di valore stabiliti dall'art. 2721 c.c. costituisce un potere discrezionale del giudice di merito, il cui esercizio, o mancato esercizio, è insindacabile in sede di legittimità ove sia correttamente motivato"* [20].

Tale discrezionalità è riconosciuta anche nell'ipotesi di patti posteriori alla formazione del documento, purché appaia verosimile che siano state fatte delle aggiunte o delle modifiche verbali, tenendo conto delle qualità delle parti, delle circostanze e della natura del contratto stesso. Al contrario, la prova di patti aggiunti o contrari al contenuto del documento, e che si alleghi essere stati stipulati anteriormente e/o contemporaneamente, non può essere raggiunta con la prova testimoniale.

Sono state vagliate, inoltre, tre eccezioni per le quali è possibile ammettere la prova testimoniale imperativamente: *"1) quando vi è un principio di prova per iscritto*: *questo è costituito da qualsiasi scritto, proveniente dalla persona contro la quale è diretta la domanda o dal suo rappresentante, che faccia apparire verosimile il fatto allegato; 2) quando il contraente è stato nell'impossibilità morale o materiale di procurarsi una prova scritta; 3) quando il contraente ha senza sua colpa perduto il documento che gli forniva la prova".*

Infine, l'articolo 2725 c.c. stabilisce che la prova per testimoni è sempre ammessa nel caso di perdita incolpevole del documento per i contratti aventi forma scritta *ad probationem* e per quelli a pena di nullità.

I limiti previsti dal codice civile devono essere combinati con quelli previsti dal codice di procedura civile: esso, oltre a regolare le modalità con cui la testimonianza deve essere escussa [21], analizza la qualità del testimone stesso e della sua capacità a testimoniare.

---

[20] Cass., 9 gennaio 2020, n. 190.

[21] La prova per testimoni deve essere chiesta in modo preciso e specifico sia per quanto riguarda le per-



È opportuno chiarire che il testimone è "*qualsiasi individuo che, senza avere interesse nella causa, riferisca sotto giuramento su fatti o circostanze di cui sia venuto a conoscenza direttamente o indirettamente*" [22].

L'articolo 246 c.p.c. tratta dell'incapacità a testimoniare e sottolinea come il testimone debba essere terzo [23], ossia disinteressato rispetto all'oggetto della controversia. L'ufficio di testimone, a seguito della sentenza della Corte Costituzionale n. 248 del 23 luglio 1974, può essere rivestito anche dai parenti o affini, dal coniuge separato e da coloro che sono legati da un vincolo di affiliazione [24]. In ogni caso, la persona può esercitare la facoltà di astensione nei casi previsti dagli articoli 200, 201 e 202 c.p.p. [25]

Appare evidente come le caratteristiche che si presume possedere il testimone, terzo ed imparziale, e i divieti stabiliti dal legislatore al fine di evitare incertezze, permettano di valutarne l'attendibilità e credibilità, almeno in astratto [26].

È, infatti, rimesso al prudente apprezzamento del giudice il vaglio, in concreto, circa l'attendibilità del testimone e di quanto dichiarato dallo stesso in sede di prova orale [27].

---

sone che devono ricoprire tale ufficio, sia per i fatti oggetto dei capitoli su cui ciascuna deve essere sentita.

[22] F. GAZZONI, *Manuale di diritto privato*, cit., 105.

[23] Cass., 17 febbraio 2020, n. 3849 "*La capacità a testimoniare differisce dalla valutazione sull'attendibilità del teste, operando la valutazione su piani diversi, atteso che l'una, ai sensi dell'art. 246 c.p.c., dipende dalla presenza in un interesse giuridico (non di mero fatto) che potrebbe legittimare la partecipazione del teste al giudizio, mentre la seconda afferisce alla veridicità della deposizione che il giudice deve discrezionalmente valutare alla stregua non solo di elementi di natura oggettiva (la precisione e completezza della dichiarazione, le possibili contraddizioni, ecc.) ma anche di carattere soggettivo (la credibilità della dichiarazione in relazione alle qualità personali, ai rapporti con le parti ed anche all'eventuale interesse ad un determinato esito della lite), con la precisazione che anche uno solo degli elementi di carattere soggettivo, se ritenuto di particolare rilevanza, può essere sufficiente a motivare una valutazione di inattendibilità".*

[24] Cass., 28 settembre 2018, n. 23447 "*In tema di prova testimoniale, l'insussistenza, a seguito della sentenza della Corte costituzionale 248/1974, del divieto di testimoniare sancito per i parenti e per gli altri soggetti indicati dall'articolo 247 del codice di procedura civile, non permette una aprioristica valutazione di non credibilità delle deposizioni rese dalle persone indicate da detta norma, ma neppure esclude che l'esistenza di uno dei rapporti in essa indicati possa, in concorso con ogni altro utile elemento, essere considerato ai fini della verifica della maggiore o minore attendibilità delle deposizioni stesse".*

[25] Trattasi rispettivamente dei casi in cui la deposizione dei testimoni possa riguardare segreti d'ufficio, segreti di Stato e i nomi degli informatori della polizia giudiziaria e della pubblica sicurezza.

[26] Tale tesi è avvalorata anche dall'incompatibilità per cui la stessa persona nel corso del giudizio non può rendere dichiarazioni in qualità di parte e di testimone.

[27] Le modalità con cui la testimonianza è escussa sono evinte dal combinato degli articoli 253 e 231 c.p.c.

Il giudice, dopo aver ammonito le parti sull'importanza morale del giuramento e aver ricordato le conseguenze penali di una falsa testimonianza, fa leggere la formula indicata nell'articolo 253 c.p.c. e i testimoni si impegnano a ricoprire l'ufficio con il sì. Da quel momento, l'autorità giudiziaria interroga i testi-



Il legislatore, infatti, non ha potuto conferire alla prova testimoniale la stessa validità ed efficacia della prova documentale e ciò dipende proprio dalla figura della persona-testimone. Da un lato, infatti, non si può ritenere credibile l'esistenza di una totale indifferenza del terzo rispetto alla causa, dall'altro lato si deve tenere presente la fallibilità della memoria, poiché il teste potrebbe essere sentito a distanza di anni dal fatto e, non ultimo, la narrazione di quanto accaduto è una ricostruzione personale di quanto verificatosi o percepito.

2. – Al centro del dibattito giurisprudenziale recente, risolto da una pronuncia delle Sezioni Unite dell'estate 2020, vi sono stati i limiti della prova testimoniale e l'eventuale loro opponibilità e rilevabilità d'ufficio.

La Suprema Corte, nell'ipotesi di assenza della forma scritta *ad probationem*, il cui scopo è la tutela di interessi privati, ha sottolineato come essa non sia rilevabile d'ufficio dal giudice e che, ai sensi dall'articolo 157, comma 2 c.p.c., deve essere eccepita dalla parte interessata entro il termine previsto dall'art. 157, comma 2, c.p.c., ad un'eccezione di parte tempestiva, ossia nella prima istanza o difesa successiva alla sua formulazione [28].

Sebbene tale giurisprudenza sia costante, la Cass. 14 agosto 2014 n. 17986 [29] ha affermato il seguente principio: "*In tema di prova testimoniale, l'unitarietà della disciplina risultante dagli artt. 2725 c.c. e 2729 c.c. esclude l'esistenza di un diverso regime processuale in ordine al rilievo dell'inammissibilità della prova testimoniale con riferimento ai contratti per i quali la forma scritta sia richiesta "ad probationem" ovvero "ad substantiam", sicché quando, per legge o per volontà delle parti, sia prevista, per un certo contratto, la forma scritta "ad probationem", la prova testimoniale (e quella per presunzioni) che abbia ad oggetto, implicitamente o esplicitamente, l'esistenza del contratto, è inammissibile, salvo che non sia volta a dimostrare la perdita incolpevole del documento".*

La Cassazione, al fine di pervenire a tale conclusione, analizza la disciplina della prova testimoniale ed evidenzia come l'articolo 2725 c.c. contenga un unico regolamento

---

moni sui capi di prova ammessi e, qualora lo ritenga utile ai fini della decisione, su istanza di parte o d'ufficio, può fare ulteriori domande. L'interrogatorio reso dal testimone non può essere tenuto dal Pubblico Ministero o dalle parti, come indicato tassativamente dall'articolo 253 c.p.c.

[28] Cass. n. 5489 del 1993; Cass. n. 3013 del 1985. Sul rapporto tra transazione e quietanza Cass. n. 5702 del 1986.

[29] Tale orientamento è stato condiviso anche da Cass., 3 giugno 2015, n. 11479; Cass., 6 maggio 1996, n. 4167 e Cass., 28 gennaio 2013, n. 1824 riguardante la forma scritta del contratto di agenzia.



per entrambe le tipologie di forme contrattuali, così da rendere "*trasparente l'intento del legislatore di normare in maniera assolutamente sovrapponibile le due ipotesi*".

Secondo la decisione in esame, l'unitarietà della disciplina normativa applicabile in tema di prova testimoniale sarebbe evincibile anche da altri fattori, come il secondo comma dell'art. 2729 c.c., il quale stabilisce che le presunzioni semplici non possano essere ammesse nei casi in cui la legge escluda la testimonianza, e gli "*indici ermeneutici, ritenuti di carattere dirimente, evincibili dal ricorso al criterio sistematico ed a quello letterale"*.

Secondo tale decisione "*l'inammissibilità di una prova testimoniale per contrasto con le norme che la vietano (artt. 2722 e 2725 c.c.) non è sanata dalla mancata tempestiva opposizione della parte interessata perché la sanatoria per acquiescenza riguarda soltanto le decadenze e nullità previste per la prova testimoniale dall'art. 244 c.p.c. (modalità di deduzione e assunzione della prova, indicazione dei testimoni e loro capacità a testimoniare), e non anche la prova testimoniale erroneamente ammessa; conseguentemente la relativa eccezione può essere utilmente formulata anche dopo l'espletamento della prova vietata"*.

Tale decisione ha, peraltro, precisato che, ove risulti documentata per iscritto l'esistenza del contratto, è ammissibile il ricorso alla prova orale (o per presunzioni) al fine di dimostrare quale sia stata la comune intenzione delle parti, mediante un'interpretazione del contratto non limitata al senso strettamente letterale delle parole [30].

Appare evidente come tale decisione si ponga in contrasto con la giurisprudenza costante e che generi incertezze e dubbi circa la corretta interpretazione da dare sull'eccezione di nullità e sull'eventuale rilevabilità d'ufficio.

3. – Con ordinanza interlocutoria n. 30244 del 20 novembre 2019 la Seconda Sezione della Corte di Cassazione ha rimesso la questione alle Sezioni Unite, al fine di dirimere il contrasto.

---

[30] Medesimo filone giurisprudenziale Cass., 9 ottobre 1996, n. 8838, la quale ha affermato che "*Il divieto di prova testimoniale conseguente alla previsione, per un tipo di contratti, della forma scritta "ad probationem" determina l'inammissibilità della prova testimoniale che abbia ad oggetto, implicitamente od esplicitamente, l'esistenza del contratto, mentre, a fronte della documentazione per iscritto di quest'ultimo, è consentito il ricorso ad una prova orale, oppure anche – ai sensi dell'art. 2729 c.c. – ad una prova basata su presunzioni gravi, precise e concordanti, che consenta di accertare quale sia stata la comune intenzione delle parti mediante un'interpretazione del contratto non limitata al senso strettamente letterale delle parole".*



Le Sezioni Unite, con la sentenza n. 16723 depositata il 5 agosto 2020, (udienza del 07 luglio 2020), hanno enucleato il seguente principio di diritto: "*L'inammissibilità della prova testimoniale di un contratto che deve essere provato per iscritto, ai sensi dell'art. 2725 c.c., comma 1, attenendo alla tutela processuale di interessi privati, non può essere rilevata d'ufficio, ma deve essere eccepita dalla parte interessata prima dell'ammissione del mezzo istruttorio; qualora, nonostante l'eccezione d'inammissibilità, la prova sia stata egualmente assunta, è onere della parte interessata opporne la nullità secondo le modalità dettate dall'art. 157 c.p.c., comma 2, rimanendo altrimenti la stessa ritualmente acquisita, senza che detta nullità possa più essere fatta valere in sede di impugnazione*".

Il percorso motivazionale è preciso e analitico.

La Suprema Corte ha evidenziato come la forma scritta *ad substantiam* abbia finalità di ordine pubblico e, proprio per lo scopo che essa persegue, l'inammissibilità della prova testimoniale è rilevabile in ogni stato e grado del processo, sia su istanza di parte, sia d'ufficio [31]. Non solo, avendo una funzione costitutiva per la stipula del contratto, essa ricomprende logicamente anche la prova del negozio e il difetto dello scritto è rilevabile, anche in questo caso, d'ufficio in ogni momento [32].

Nel caso di forma scritta a*d probationem*, invece, sia essa stabilita dal legislatore o dalle parti contraenti, l'obiettivo perseguito è la prova dell'esistenza del contratto. Ciò significa che la forma non riguarda l'atto, bensì la prova stessa della stipula ed ha un valore processuale, non sostanziale. L'assenza di un documento, in questo caso, ha rilevanza sul regime probatorio, ma non intacca la validità e l'efficacia del negozio. Il fine si ripercuote sul profilo dell'ammissibilità o meno della testimonianza, qualunque sia il valore del contratto.

La Suprema Corte, dopo aver definito e analizzato le fattispecie-chiave della decisione, inizia a scandagliare il terreno del regime probatorio e qualifica come norme di carattere dispositivo i limiti oggettivi indicati agli articoli 2721 ss. c.c.: tali limitazioni, compreso quello posto dall'art. 2725 c.c. al primo comma, possono essere derogate dalle parti, le quali vi possono rinunciare tacitamente o espressamente [33].

---

[31] Cass., 24 novembre 2015, n. 23934; Cass., 12 maggio 1999, n. 4690; Cass., 25 marzo 1987, n. 2902; Cass., 25 gennaio 1974, n. 196; Cass., 26 aprile 1969, n. 1352.

[32] Cass. Sez. Unite, 12 dicembre 2014, n. 26242 e n. 26243, Cass. Sez. Unite, 4 settembre 2012, n. 14828.

[33] Punto motivazionale II.6: "*L'argomento della congiunta collocazione, nei due commi nel medesimo art. 2725 c.c., delle regole sulla testimonianza inerenti, rispettivamente, ai contratti da provare per iscritto ed ai contratti scritti ad substantiam, non si rivela così forte da indurre ad obliterare, sia pure ai limitati fini dell'ammissibilità della prova, le differenze che negli uni e negli altri riveste l'elemento formale, es-*



Tale qualificazione conduce, inevitabilmente, all'onere a carico delle parti di attivarsi prontamente ai fini dell'eccezione di nullità prevista dall'articolo 157, comma 2 c.p.c., nel caso in cui vi sia una presunta violazione delle formalità stabilite per l'ammissione della prova testimoniale.

Nel caso, invece, delle norme dettate sulle preclusioni assertive o istruttorie, nel giudizio di cognizione, poste per la salvaguardia dei principi di garanzia del diritto di agire e di resistere in giudizio, la loro violazione è rilevabile d'ufficio.

Le sezioni Unite hanno evidenziato, inoltre, come la costante applicazione giurisprudenziale di tale disciplina abbia subordinato la loro operatività al potere di eccezione spettante alla parte interessata.

A tal proposito affermano che "*Questa diffusa interpretazione, non contenendo il codice di procedura civile, come pure già accennato, una distinta regolamentazione della inutilizzabilità processuale dei mezzi di prova, riconduce, infatti, al regime della nullità ex art. 156 c.p.c., ed in particolare a quello della nullità relativa, la violazione delle norme procedurali in materia di prove, ovvero, nella specie, la violazione dei limiti di ammissibilità della prova per testimoni, quando non siano in gioco contratti con forma scritta ad substantiam. in alcune pronunce si è inteso precisare, peraltro, come sul piano delle definizioni occorrerebbe distinguere l'eccezione di inammissibilità della prova testimoniale dedotta senza osservare le limitazioni di cui agli artt. 2721 c.c. ss. dalla eccezione di nullità della prova assunta, operando la prima ex ante per impedire un atto invalido, e la seconda, invece, ex post per evitare che gli effetti di esso si consolidino. In tal modo, possono pure essere diversamente apprezzati gli interessi dalla medesima parte, la quale, valutata la prova, potrebbe ritenerne vantaggioso l'esito, che, in forza del principio di acquisizione, giova o nuoce indipendentemente da chi abbia dedotto il mezzo istruttorio*[34]*. Tale eccezione di inammissibilità ex ante costituirebbe comunque un'eccezione in senso proprio*[35]*.*

In ogni modo, poiché gli artt. 2721 c.c. ss. sono accomunati dal prevedere i divieti della prova testimoniale dei contratti e le rispettive eccezioni, tutti stabiliti nell'esclusivo

---

sendo la forma scritta solo nei secondi, come ricorda la stessa norma, "richiesta sotto pena di nullità". Né depone per la forzata soggezione ad un identico regime applicativo di inammissibilità la comunanza, in entrambi i commi dell'art. 2725 c.c., della deroga rappresentata dallo smarrimento senza colpa del documento, essendo a sua volta tale ipotesi ripresa dalle eccezioni che l'art. 2724 c.c. riconosce per tutti i limiti di ammissione della prova per testimoni dei contratti".

[34] Cass., 15 febbraio 2018, n. 3763; Cass., 19 Settembre 2013, n. 21443; Cass., 23 marzo 2013, n. 12784.

[35] Cass., 20 febbraio 2004, n. 3392; Cass., 25 marzo 1995, n. 3550; Cass., 01 ottobre 1991, n. 10206.



interesse delle parti private, e non nell'interesse pubblico al corretto svolgimento della funzione giurisdizionale, il regime di rilevabilità della eventuale deviazione dal modello legale non è officioso, ma viene lasciato alla disponibilità dei contendenti.

Così, l'eventuale inosservanza di dette limitazioni va necessariamente eccepita dalla parte interessata per opporsi alla richiesta di ammissione della prova; qualora, nonostante la preventiva eccezione di inammissibilità, la prova testimoniale sia stata egualmente assunta, la correlata nullità deve essere opposta dalla medesima parte nel cui interesse sostanziale è stabilito il requisito inosservato, secondo la scansione articolata dall'art. 157 c.p.c., comma 2, in funzione del corretto sviluppo dei poteri dei contendenti, verificandosene, in difetto, la sanatoria[36] *Se l'interessato non abbia eccepito dapprima l'inammissibilità della deduzione istruttoria e poi la nullità della prova per testimoni comunque assunta, tale nullità non potrà più essere rilevata o eccepita per la prima volta in appello, e, tanto meno, in sede di legittimità*[37]*.*

Peraltro, il principio secondo cui la nullità per violazione dei limiti di ammissibilità della prova testimoniale sanciti dagli artt. 2721 c.c. ss. rimane sanata, se non tempestivamente eccepita dalla parte interessata, non interferisce con il generale potere giudiziale di revoca delle ordinanze istruttorie attribuito dall'art. 177 c.p.c., né con il controllo affidato al collegio in sede di decisione della causa ai sensi dell'art. 178 c.p.c., comma 1, non essendo comunque tali strumenti esercitabili al fine di rilevare inammissibilità o nullità di cui il giudice non può disporre. Rimane integro, in ogni caso, il potere del giudice di valutare secondo il suo prudente apprezzamento la prova testimoniale comunque assunta in ordine ai diritti ed agli obblighi derivanti dal contratto, alla volontà dei contraenti ed alla portata delle varie pattuizioni".

Appare evidente, alla luce delle osservazioni svolte, che non possano essere che diverse le conclusioni per quanto attiene la forma scritta *ad substantiam*: il principio dispositivo, la derogabilità dei limiti oggettivi della prova testimoniale non superano la rilevabilità d'ufficio della nullità del contratto, derivante da quanto indicato all'articolo 1325 c.c.

---

[36] Cass., 19 febbraio 2018, n. 3956; Cass., 15 febbraio 2018, n. 3763; Cass., 19 settembre 2013, n. 21443; Cass., 16 aprile 2008, n. 10062; Cass., 14 febbraio 2006, n. 3186; Cass., 3 aprile 1999, n. 3287; Cass., 21 ottobre 1993, n. 10433; Cass., 25 marzo 1976, n. 1069.

[37] Cass., 13 marzo 2012, n. 3959; Cass., 25 marzo 1995, n. 3550; Cass., 3 ottobre 1979, n. 5068; Cass., 10 luglio 1962, n. 1828.

JUS CIVILE



LUCA NIVARRA

Professore ordinario di Diritto civile – Università di Palermo

L'"*INTRODUZIONE ALLA PROBLEMATICA DELLA «PROPRIETÀ»*" NEL QUADRO DELLE RILETTURE COSTITUZIONALI DEL DIRITTO PROPRIETÀ*

SOMMARIO: *1. L'antefatto. – 2. "Concetto" e "concezione". – 3. "Istituto" e "diritto soggettivo". – 4. Segue: la Costituzione come "rottura" e la Costituzione come "complessità". – 5. Le funzioni sociali della proprietà. – 6. Proprietà e impresa. – 7. Aurora di un metodo. – 8. Conclusioni.*

1. – Vorrei richiamare subito l'attenzione su un dettaglio solo apparentemente marginale, ossia i due "caporali" che incorniciano la parola "proprietà" nel titolo del libro che costituirà oggetto delle mie riflessioni (*Introduzione alla problematica della «proprietà»*)[1]. L' uso di questo segno grafico può essere considerato una sorta di iperbolica epitome del progetto ricostruttivo che ispira la riflessione di Perlingieri, dislocandola a buon diritto nel panorama delle letture costituzionalmente orientate della proprietà: al riguardo delle quali osserverei, in via preliminare, che il loro irrobustirsi nel decennio 60-70, affidato ad opere ormai classiche (dal saggio di Rodotà, apparso nel 1960, sulla "Trimestrale", alla monografia di Michele Costantino, solo per citare alcuni dei contributi più noti)[2] eredita, e mette a profitto, un'idea della proprietà non più riducibile al modello protoliberale, consacrato nel Code Napoléon e ricevuto dal primo codice civile dell'Italia unita. Il

* Il presente lavoro è destinato ad una raccolta di studi su "A 50 anni dalla «Introduzione alla problematica della proprietà» di prossima pubblicazione per i tipi della E.S.I.

[1] Si tratta di un corso di lezioni di Diritto civile tenute nell'anno accademico 1969-1970 e poi raccolte in un volume litografato pubblicato per i tipi della E.S.I. nel 1970.

[2] S. RODOTÀ, *Note critiche in tema di proprietà*, Riv. trim. dir. proc. civ., 1960, 1252 ss.; ma ora, con il titolo *Il diritto di proprietà tra dommatica e storia*, anche in Il terribile diritto. Studi sulla proprietà privata e i beni comuni (Bologna 2013), 175 ss. (dalle cui pagine si citerà); M. COSTANTINO, *Contributo allo studio della proprietà* (Napoli 1967). Una breve bibliografia è riportata in appendice al volume di Perlingieri.



quadro originario, difatti, era stato intaccato, anche se non stravolto, dal codice civile del '42 il quale, al netto delle concessioni, più o meno rituali, all'ideologia del regime, abbraccia una concezione del nostro istituto che rispecchia le profonde trasformazioni subite dall'economia nel passaggio dal capitalismo a matrice dominicale a quello a matrice imprenditoriale (dal capitalismo della rendita al capitalismo del profitto). Questa evoluzione può essere apprezzata almeno sotto un duplice profilo. In primo luogo, il nuovo codice civile secolarizza, anche sul piano della trama espositiva (la quale, sempre, si incarica di lasciar intravedere, in filigrana, le ragioni seminali del sistema), il legame tra il contratto e la proprietà: risultato, questo, che viene conseguito eguagliando l'effetto reale (artt. 1376 e 922 c.c.) all'effetto obbligatorio (art. 1173 c.c.) per mezzo del confinamento della seconda in un Libro diverso da quello destinato ad ospitare il primo.

Al vistoso indebolimento del nesso tra proprietà e contratto (indice sicuro della prevalenza di un modello ormai stabilmente indirizzato a promuovere la creazione di nuova ricchezza (mediante l'organizzazione dei fattori produttivi) più che a tutelare quella esistente[3], si accompagna, poi, una manovra per linee interne all'istituto, animata dall'intento di razionalizzare l'uso e lo sfruttamento delle due risorse per elezione destinate ad essere attinte in forma proprietaria, e cioè il suolo urbano e, fondamentalmente, quello agricolo. Al di là delle concrete applicazioni che queste discipline "speciali" troveranno negli anni successivi all'entrata in vigore del nuovo codice – in realtà bisognerà aspettare prima la riforma agraria, all'inizio degli anni '50 e poi la famosa legge Bucalossi, poco dopo metà degli anni '70 – esse consacrano una tendenza già manifestatasi nei decenni precedenti a disarticolare le forme giuridiche dell'appartenenza in ragione della natura del bene assegnato in proprietà. Questa torsione scompositiva di un costrutto che il pensiero aurorale della borghesia voleva presidiato da un'ontologia dell'ordine (basti pensare ad Hobbes) è il segno dell'avvento di una tecnologia regolatoria, dominata da una duplice acquisizione: 1) la forza, ma anche la vulnerabilità (resa visibile

[3] Ragionando sulla falsariga di Marx, questo passaggio può essere declinato nei termini di un definitivo congedo dalla fase dell'accumulazione primitiva – in cui la proprietà dei mezzi di produzione è funzionale all'esproprio dei produttori e alla loro conversione in forza-lavoro liberamente negoziabile sul mercato – a favore di una fase nella quale l'esigenza del capitale è quella di un pieno dispiegamento della legge del valore, obiettivo conseguibile elettivamente nella circolazione della merce, ossia lavoro obiettivato (macchine più quote decrescenti di lavoro vivo). Da qui, appunto, il ridimensionamento del ruolo della proprietà la quale, per un verso, conserva la memoria profonda del nuovo mondo dell'acquisizione, da essa tenuta a battesimo; e, per altro verso, viene avviata al pantheon delle Muse borghesi (imbalsamata ma pur sempre in servizio se non più permanente effettivo, quantomeno di complemento, come mostra la giurisprudenza DELL'UE). Sul punto v. le osservazioni di S. RODOTÀ, *Scienza giuridica ufficiale e definizioni della proprietà*. Il terribile diritto cit.,144 (ma già MSCG, II, 1972, 457 ss. con lo stesso titolo).



dall'insorgenza comunista ad Est e, successivamente, dalla crisi del '29) di un sistema non più governabile attraverso l'appello puro e semplice alla natura; 2) la conseguente, complementare, inarrestabile spinta a sussumere sotto il comando del capitale tutti i luoghi sociali candidabili alla estrazione di plusvalore. In altre parole, la proprietà dismette ogni pretesa di sacralità e inviolabilità per vestire i panni, ancora una volta secolarizzati, di mero fattore produttivo.

I giuristi rideclinano processi di questa portata nel modo loro consueto: ossia, coniando una nuova parola, segnatamente un plurale, le "proprietà"[4], che assolve ad una duplice funzione: da un lato, quella di registrare, onestamente, la scomposizione; e, dall'altro lato, quella di neutralizzare il movimento del reale, sovrapponendo alla razionalità, in-

[4] S. PUGLIATTI, *La proprietà nel nuovo diritto* (Milano 1964: ma si tratta della ristampa dell'edizione pubblicata nel 1954): e qui il celebre saggio *La proprietà e le proprietà*, 145-309. In realtà il pensiero di Pugliatti quale emerge dalle pagine di questa giustamente celebre e citatissima raccolta di scritti è molto meno lineare, anche se attraversato da una continuità carsica, di quanto una ricezione ancora condizionata dall'esigenza di allineare "concetto" e "concezione" lasci intendere. L'elemento di continuità è rappresentato dalla ferma consapevolezza del carattere strutturale delle trasformazioni che il regime della proprietà stava sperimentando ad opera della legislazione speciale e della necessità per il giurista di cimentarsi con l'elaborazione di un nuovo concetto che di quelle trasformazioni si facesse carico senza incertezze. Tuttavia, la lettura dei tre saggi più significativi contenuti nel volume richiamato qui sopra, ovvero *Interesse pubblico e interesse privato*, 1-52, pubblicato, però, per la prima volta nel 1935 (le date sono importanti); *Definizione della proprietà nel nuovo codice civile*, 123-144 (pubblicato per la prima volta nel 1942); e, appunto, *La proprietà e le proprietà* (pubblicato per la prima volta nel 1950), lascia intravedere, se non un'oscillazione, quantomeno una evoluzione del pensiero di Pugliatti che investe proprio la concezione della proprietà rispetto alla quale lo spartiacque è rappresentato dall'emergere dell'idea di una funzione sociale *impulsiva* come distinta dalla funzione sociale – l*imite* (281-282). Pugliatti mutua queste due formule dalla nomenclatura in uso presso gli interpreti più conservatori dell'art.42, comma 2 Cost, provvedendo a valorizzare, però, della "impulsività" il profilo, particolarmente apprezzabile con riguardo alla disciplina della proprietà fondiaria, del ruolo dinamico – conformativo della p.a. Nei due scritti precedenti (precedenti anche all'entrata in vigore della Costituzione), alla funzione sociale, pure costantemente richiamata, viene attribuito un significato solo descrittivo/riassuntivo dell'insieme dei limiti, oneri e obblighi che gravano sul proprietario: insomma, la funzione sociale precostituzionale è un'ellissi, mentre la funzione sociale postcostituzionale è regola di legittimazione di politiche legislative e di prassi amministrative per le quali la proprietà diventa una variabile dipendente (un "istituto" molto più che un "diritto soggettivo": v., *infra*, § 3). Se si entra in questo ordine di idee, anche l'accuratissima e raffinatissima indagine che Pugliatti sviluppa nelle prime centocinquanta pagine del suo studio (parlo di *La proprietà e le proprietà*), tutta intesa a documentare la congenita mobilità (diacronica e sincronica) di un costrutto fino ad allora assoggettato (perfino dallo stesso Pugliatti) alla (innocua) dialettica tra il paradigma e le sue variazioni, si mostra per quello che è, cioè una intelligente e sofisticata operazione culturale propedeutica agli usi che della proprietà si sarebbero potuti fare sulla base del precetto costituzionale. Su Pugliatti e sul suo realismo, v. S. RODOTÀ, *Ricerche, ipotesi e problemi dal dopoguerra ad oggi*, Il terribile diritto, cit., 435 ss. (con il titolo *Intorno alla proprietà. Ricerche, ipotesi e problemi dal dopoguerra ad oggi*, in *Riv. crit. dir. priv.*, 1988, 223 ss.) dove pure, un riferimento veloce ma inequivoco alla cesura rappresentata da *La proprietà e le proprietà*, e alla definitiva consacrazione della funzione sociale come sintesi di una serie di regole performartive del contenuto del diritto di proprietà (nello stesso senso già in Note critiche, cit., 233; 241).



vincibile, di quest'ultimo, quella, rassicurante, del codice giuridico, che non ammette rotture ma soltanto evoluzioni. Da qui un primo, timido divaricarsi della concezione della proprietà dal suo concetto: l'uno – il "concetto" – permeabile al nuovo che avanza e al carico di regole performative delle prerogative dominicali che la disarticolazione del costrutto originario si porta dietro; l'altra – la "concezione" – ancora avvinghiata a quel potere di godere e di disporre che, della proprietà o del proprietario, secondo la visione soggettivistica sposata dall'art.832 c.c., sembrerebbe essere il nucleo inscalfibile [5].

2. – Distinguere tra "concetto" e "concezione" può essere d'aiuto per meglio comprendere il senso della traiettoria disegnata dalla proprietà negli ultimi due secoli [6]. La proprietà ottocentesca, quella del codice francese e dei numerosi altri codici che da questo trassero ispirazione, è una proprietà caratterizzata dalla sovrapponibilità di "concetto" e "concezione", ovvero dell'istituto come insieme di regole positive e dell'istituto per come esso si presenta alla coscienza collettiva e a quella dominante in seno al ceto dei giuristi [7]. Le modificazioni alle quali ho accennato più sopra alterano questo equilibrio. Il fortunatissimo plurale pugliattiano, le "proprietà", si incarica di cogliere, sul piano di una raffinata tecnica giuridica, l'assoggettamento del nucleo più intimo (o di quello che, secondo un certo modo di vedere le cose per il quale "concezione" e "concetto" sono indis-

[5] Anche su questo rinvio a RODOTÀ, *Scienza giuridica ufficiale*,, cit., 131 ss.

[6] Sulla distinzione tra "concetto" e "concezione" v. V. VILLA, *Storia della filosofia del diritto analitica* (Bologna 2003), 17 ss. Il "concetto", almeno secondo la mia interpretazione del binomio, non perfettamente coincidente con quella di Villa, riassume i caratteri fondamentali dell'istituto giuridico (entro il perimetro del quale si disloca anche l'insieme dei precetti destinati a qualificare le condotte del titolare del diritto), mentre la "concezione" designa l'insieme delle credenze condivise all'interno di un qualsiasi gruppo sociale in ordine a ciò che rappresenterebbe l'essenza di una pratica collettiva diffusa. Ad es., nel nostro caso, nella fase storica alla quale ci riferiamo nel testo, la "concezione" egemone della proprietà, nonostante le trasformazioni subite al livello del "concetto", rimane pur sempre quella imperniata sulla *vis attractiva* esercitata dai poteri proprietari attorno ai quali limiti ed obblighi si dispongono, per così dire, a raggiera. Quindi, in un certo senso, si potrebbe perfino dire che "concetto" e "concezione" abbiano oggetti differenti, sebbene la seconda, proprio perché si alimenta anche di idee e immagini non perfettamente allineate alle regole che governano l'uso del primo, finisca per influenzarne l'applicazione e le potenzialità di sviluppo.

[7] V. la nt. precedente. La sovrapponibilità di "concetto" e "concezione" è solo regolativa, nel senso che, in concreto, tra i due piani esiste sempre uno scarto, dovuto alla circostanza che essendo la proprietà, ancora prima che un diritto soggettivo, un'infrastruttura sociale pensata come indisponibile (v. nt. successiva), su di essa si viene compiendo un lavoro di ingegneria istituzionale inteso a ridefinirne la posizione nel quadro di un ordine più ampio. In altre parole, la proprietà, in quanto luogo privilegiato di mediazione tra interessi diversi, non è mai riducibile al suo figurino ideale: tuttavia, è fuor di dubbio che vi siano state epoche, come quella consegnata alle trame del *Code*, in cui lo scarto risultava meno marcato.



solubili, appare tale) del dispositivo dominicale a quell'insieme di limiti ed obblighi che descrive il tratto specifico dei nuovi regimi differenziati [8].

Si tratta, se vogliamo, di una sorta di gioco di specchi, in buona parte governato a partire dal versante della "concezione" la quale trasferisce sul "concetto" l'ombra protettiva dell'immagine tradizionale della proprietà sostanzialmente riducendo le novità introdotte dal *ius novum* a semplici variazioni sul tema. Insomma, i giuristi non possono non aggiornare il "concetto", ma questo non vuol dire che essi rottamino la "concezione", ancora saldamente agganciata al paradigma classico dell'istituto [9].

---

[8] U. NATOLI, *La proprietà* (Milano 1975; si tratta di una nuova edizione riveduta e ampliata rispetto a quella del 1965), 11 ss.

[9] Esemplare, al riguardo, la posizione di Filippo Vassalli il quale, da un lato, scrive: «*Che cosa è difatti il codice civile e, più in generale, il diritto civile e, più in generale, il diritto civile, se non una data disciplina dell'umano commercio? Il diritto civile è, più particolarmente, la disciplina della vita dell'uomo nei rapporti determinati dalla procreazione, dalla società coniugale e dell'attività economica. Questa disciplina, nei nostri ordinamenti sociali, poggia tutta, immediatamente o mediatamente, sul riconoscimento della proprietà individuale*». Poco oltre, però, aggiunge «*nel nuovo quadro della politica economica il diritto patrimoniale dei privati assume una funzione del tutto complementare rispetto al regolamento corporativo o amministrativo dell'economia…Il diritto soggettivo figura ancora nel codice:.. ma lo spirito della legge è mutato…Le norme del codice, malgrado il prestigio della presentazione sono più spesso – e soprattutto quelle che hanno attinenza con l'attività economica – delle norme complementari… Carattere del nuovo codice civile è una permeazione del medesimo, non nello spirito generale – il che è di tutti i tempi – ma nelle singole sue statuizioni, della ragione del pubblico interesse, così come inteso e governato dal pubblico potere».* E, ancora: «*sembra corrispondere allo stato attuale delle leggi, le quali hanno disciplinato in vario modo i poteri del proprietario, riconoscere che non vi è una sola proprietà, che vi sono piuttosto delle proprietà, in quanto l'interesse pubblico è che l'appropriazione dei beni comporti statuti diversi in armonia con gli scopi perseguiti, i quali variano assai*» (F. VASSALLI, *Motivi e caratteri della codificazione civile*, Studi giuridici, III, 2 (Milano 1960), 614, nt.1. "Concezione" e "concetto" qui si fronteggiano con chiarezza cristallina. Da un lato, la proprietà privata, additata come il fondamento stesso del consorzio civile, in linea con una tradizione non omogenea nelle motivazioni (un solo esempio: da un lato, la netta presa di distanza, anzi, la critica serrata sviluppata da Aristotele (*Politic*a, II (B), 2, 1261 a-b) nei riguardi del "comunismo" tratteggiato dal suo Maestro per bocca di Socrate nella "Repubblica", è funzionale ad un'idea di Stato che aborre l'Uno e cerca il plurale: più famiglie, più proprietari; dall'altro lato, lo Stato come unico possibile garante della proprietà privata, in tutta la linea di pensiero che, certo con accenti diversi, va da Hobbes a Kant: insomma, una volta, la proprietà privata serve allo Stato, un'altra volta lo Stato serve alla proprietà privata), ma univoca negli esiti apologetici. Dall'altro, la fatica del "concetto" (è proprio il caso di dire) sottoposto alla pressione della storia, alla trasformazione dei modi di produzione, alla mutevolezza dei rapporti tra le classi: fatica che grava con particolare intensità sulle spalle del giurista, impegnato in un'opera di permanente adeguamento del "concetto" al dato normativo e, in pari tempo, impegnato a riallineare i due termini di una relazione strutturalmente asimmetrica. Mette bene in luce il sostanziale conservatorismo della posizione di Vassalli, RODOTÀ, *Il diritto di proprietà*, cit., 220. Lo stesso schema torna in PUGLIATTI, *Definizione della proprietà nel nuovo codice civile*, La proprietà e le proprietà, cit., 138 – 140 dove assume una evidenza plastica nella definizione che l'illustre A. offre della proprietà: «*la proprietà è il diritto reale fondamentale avente per contenuto la facoltà di godimento, pieno ed esclusivo della cosa da parte del proprietario, con i limiti, gli oneri e gli obblighi specifici stabiliti dall'ordinamento giuridico*». Il "concetto" registra, si direbbe in modo notarile, la presenza di limiti, oneri ed obblighi che, però, si ag-



Venendo ora a quelle che sogliono chiamarsi le letture costituzionali della proprietà, si può dire, intanto, che esse descrivano un moto di riavvicinamento a segno invertito: in altre parole la "concezione" della proprietà rintracciabile in seno al dettato costituzionale sollecita la revisione dell'omologo "concetto", revisione che si indirizza, appunto, verso una ricucitura tra i due livelli [10]. Rinviando ad un momento successivo del discorso l'approfondimento di questo punto, vorrei, invece, sviluppare qualche riflessione intorno al modo in cui la Costituzione, una volte scongelata, irrompe nel mai lineare approssimarsi di "concetto" e "concezione". Sotto questo profilo merita di essere considerato, in primo luogo, il posto che la Carta del '48 va ad occupare nel sistema delle fonti. Non si tratta di una questione di solo ordine formale perché, come è ormai noto da tempo, la Costituzione repubblicana (come buona parte delle Costituzioni del "dopo Auschwitz") non è più soltanto un sistema di regole ma è anche un ordine di valori dal quale traspare un modello di società, o, forse, sarebbe meglio dire, una società incardinata su infrastrutture economiche (fondamentalmente, il lavoro, l'impresa e la proprietà) tanto indefettibili quanto esposte alle oscillazioni determinate dall'azione dei soggetti collettivi (fondamentalmente, i partiti politici, attraverso la mediazione legislativa affidata al Parlamento, gli attori del conflitto sociale, la giurisprudenza). Non solo (e qui l'aspetto più propriamente formale della primazia della norma costituzionale entra in gioco): grazie al controllo di legittimità affidato alla Consulta tutto il diritto subordinato viene idealmente e virtualmente convocato di fronte ai giudici costituzionali ai quali investiti del compito di promuovere la vigenza diffusa della Carta, delle sue regole dei suoi principi.

Ora, già solo questo modo di atteggiarsi del dispositivo costituzionale sviluppa un impatto molto forte sulla "concezione" della proprietà la quale, non dimentichiamolo, riveniva da una precedente stagione in cui si era attuato un primo, non dichiarato ma non per ciò meno

---

giungono all'inscalfibile nucleo delle attribuzioni domenicali, presidiate da una "concezione" altrettanto inossidabile. E non è certamente un caso che nelle pagine finali di questo saggio, Pugliatti saluti con favore la circostanza che il legislatore si sia astenuto da ogni riferimento alla funzione sociale che egli intendere come una pura e semplice ellissi degli obblighi oneri e limiti già previsti da altre norme (stesso approccio domina lo scritto precedente *Interesse pubblico e interesse privato*, cit., dove, a pag.51, ci si imbatte in una definizione della proprietà privata sostanzialmente identica a quella proposta sette anni dopo). Viceversa, nel suo scritto di rottura (*La proprietà e le proprietà*,, cit., 148-149), Pugliatti prende le distanze dalla posizione di Vassalli, di cui denuncia l'attaccamento – mediato dal canone della elasticità – all'idea che il diritto di proprietà sia riducibile ad un nucleo essenziale e permanente, quasi transtorico. Nella dottrina più recente, già interna al moto di revisione sviluppatosi sulla base delle indicazioni provenienti dalla Carta v. M. COSTANTINO, *Contributo allo studio della proprietà* (Napoli 1967), NATOLI, *La proprietà*, cit., 181.

[10] Del resto, già la sola formulazione dell'art.42, comma 2, ove, tra l'altro, anche la determinazione dei modi di godimento della proprietà è affidata alla legge lascia intendere come non sia più proponibile l'idea di un contenuto del diritto invariante, ancorché residuale: cfr. NATOLI, *La proprietà*, cit., 70.



significativo, distacco (non divorzio, ma distacco) dal correlativo "concetto". Il nucleo verace dell'innovazione risiede nel programmatico trapianto della proprietà dentro un campo di forze, non necessariamente antagoniste, ma diverse (almeno rispetto alla "concezione" tradizionale) che ne riplasma l'immagine e ne modifica la percezione da parte dei custodi (per meglio dire: di una frazione di essi, più disposta a mettersi in sintonia con il quadro di virtualità tenuto a battesimo dal "compromesso" costituzionale) del nuovo ordine. Sul piano teorico – cioè, appunto, sul piano più direttamente implicato dalla "concezione" – questo si traduce in una disarticolazione del costrutto originario, ancora nutrito dell'idea di una primazia qualitativa delle ragioni del *dominus*; mentre sul piano dogmatico – quello, cioè, più vicino al "concetto" – la riflessione dei giuristi va oltre la presa d'atto di una crescente responsabilizzazione del proprietario (guadagno della stagione precedente, quella delle "proprietà"), per promuovere un assetto dei poteri del titolare del diritto costitutivamente ibridati, nel senso di condizionati, dalla forza performatrice di norme concorrenti istitutive della rilevanza di interessi altri da quelli assunti ad oggetto della tutela dominicale.

I movimenti del pensiero (giuridico) che sto provando a descrivere attraverso la griglia "concetto" – "concezione" possono essere catturati anche attraverso un altro codice, sempre binario, al quale è già capitato di richiamarmi in precedenza, "diritto soggettivo" – "istituto". La proprietà come "istituto" viene in considerazione nella qualità di infrastruttura sociale oggetto di una disciplina giuridica necessariamente intesa ad includere il fenomeno dentro l'orizzonte di un più generale quadro di compatibilità; la proprietà come "diritto soggettivo", viceversa, riduce la visibilità di quel medesimo fenomeno al nucleo delle prerogative attribuite al titolare del diritto. Anche qui è possibile applicare lo schema triadico già proposto più sopra, con riguardo a "concetto" e "concezione". Nella stagione eroica del liberalismo trionfante, l'immagine che emerge dai vari documenti giuridici dell'epoca, è quello di un "istituto" in qualche modo schiacciato sul "diritto soggettivo" nel senso che quest'ultimo assorbe per gran parte la dimensione istituzionale della proprietà; successivamente, come abbiamo visto, i due registri tendono a divaricarsi perché la regolazione giuridica si fa carico del compito di mediare tra interessi, se non divergenti, quantomeno differenti, sicché i poteri proprietari vengono trasferiti all'interno di un circuito in cui sperimentano "limiti" ed "obblighi" non più solo contenitivi ma funzionali ad una domanda politica e sociale di tutela di bisogni non più ascrivibili al solo registro dominicale [11]. Questo spostamento del baricentro dal "diritto soggettivo" all'"istituto" assume una forma compiuta e visibile con la Costituzione, già a parti-

[11] NATOLI, *La proprietà*, cit., 38.



re dalla scelta del legislatore del '48 di porre la proprietà sotto l'egida del Titolo III, consacrato ai "Rapporti economici" (circostanza questa rilevata con una certa enfasi da tutti gli interpreti ma di cui non mi pare che sia stata sempre colto l'effettivo significato) [12].

3. – Vorrei ora provare a sviluppare il ragionamento avanzato nel § precedente. La dialettica "concetto" – "concezione", non in generale, beninteso, ma applicata ad un oggetto specifico – la proprietà – reca segni inconfondibili della lingua parlata dall'oggetto medesimo: che è quella dei giuristi con un manzoniano resticciuolo proteso su ciò che sta fuori, ovvero sui processi reali che muovono le cose. La dialettica "istituto" – "diritto soggettivo" prende in prestito dall'idioletto della *scientia iuris* le parole, ma si sporge oltre, là dove riesce a superare la gabbia imposta dall'appartenenza ad un vocabolario contrassegnato da un grado di rigore sempre relativo. Intendo dire che l'allargamento dello spazio di significato rinvenibile nel passaggio da "diritto soggettivo" a "istituto" permette di cogliere, con tutte le approssimazioni di un codice linguistico mai davvero univoco, il definitivo congedo del diritto borghese da qualsiasi residua illusione naturalistica e il suo ingresso nel mondo della "complessità", cioè del *surplus* di regolazione di un modo di produzione dagli equilibri tanto più ramificati quanto più precari di cui il sistema giuridico deve ora farsi carico.

"Complessità" è una di quelle parole magiche che periodicamente transitano, nonostante il loro scarso tecnicismo, nel vocabolario del giurista (altri esempi sono "crisi", "confine" –preferibilmente al plurale –, "ritorno", "svolta" e altre se ne potrebbero aggiungere) con la pretesa di descrivere (anzi, evocare) fenomeni di ampia portata, il più delle volte perfino accreditati dell'energia necessaria ad improntare di sé un'intera fase storica. Per es., di "complessità" negli ultimi anni si è parlato molto nella dottrina italiana con riguardo, in primo luogo, al sistema delle fonti, fortemente inciso dal processo di integrazione europea, sia sotto il profilo formale sia sotto il profilo sostanziale, cioè del ruolo assunto dalla giurisprudenza e del riparto di competenze tra le Corti nazionali e sovranazionali. Certo, l'europeizzazione della nomodinamica degli ordinamenti statali è una vicenda di cui è impossibile sottovalutare l'importanza. Tuttavia, è indubbio che, a volte, ad essa si guardi come ad una frattura che si sarebbe risolta in un vertiginoso incremento della famosa "complessità", quando, invece, si tratta del capitolo (inedito quanto si vuole, ma pur sempre un capitolo) di una cronologia molto più risalente e della

[12] NATOLI, *La proprietà*, cit., 34.



quale quella speciale tecnica legislativa che va sotto il nome di "costituzione lunga" fa parte a pieno titolo. Il punto merita una breve riflessione.

4. – Una serie di fattori e circostanze rivenienti dalla storia generale del Paese hanno contribuito in misura decisiva ad accreditare l'immagine della Costituzione del '48, e del suo effettivo, apicale radicarsi in seno al sistema delle fonti (tenuto a battesimo dalla prima pronunzia della Corte costituzionale, ma destinato a dare i suoi frutti nel corso dei nostri agitatissimi anni '60) come di un evento in un certo senso traumatico, che avrebbe rappresentato un'autentica "rottura" del quadro risultante dalle prassi, dalle forme di pensiero, dalle abitudini mentali di cui la cultura giuridica allora dominante si nutriva. Ora, a scanso di equivoci, dirò subito che questa percezione è corretta e condivisibile: e, tuttavia, è anche parziale. Essa, infatti, va storicizzata, ovvero messa in connessione con tutto quanto animava la fase dentro la quale il c.d. disgelo costituzionale viene a compimento. Una fase caratterizzata, in primo luogo, da una brusca impennata del moto di modernizzazione della società italiana, passata in un arco di tempo ab bastanza breve da un tipo di economia in cui il settore primario aveva ancora un grande peso ad un'economia di tipo industriale, fortemente orientata al mercato interno e, dunque, al consumo su scala di massa. Questa profonda trasformazione si porta dietro un gran numero di ricadute, apprezzabili su vari piani, ma si può senz'altro affermare che il profilo più significativo del disgelo sociale sperimentato a partire dall'inizio degli anni '60 sia rappresentato dal manifestarsi di una forte conflittualità: la quale, naturalmente, investe il rapporto capitale – lavoro, dove si registra, almeno in partenza, perfino lo scavalcamento "a sinistra" del movimento operaio organizzato (P.C.I. e C.G.I.L.), ma che, in un certo senso, diventa la cifra dominante del periodo. Famiglia, scuola, università, fabbrica (dove anche la rivendicazione salariale tende ad assumere i contorni di un mezzo di lotta finalizzato alla messa in crisi del potere padronale) sono i teatri di uno scontro poi culminato nel biennio 68-69, non a caso divenuto sinonimo, se non di rivoluzione, quanto meno di spartiacque tra un "prima" e un "dopo".

Dentro il sommovimento generale, il progressivo familiarizzare del ceto dei giuristi con il testo costituzionale e il repertorio degli argomenti da esso ricavabili finisce per scavare i contorni dell'ennesimo teatro di guerra tra innovatori e conservatori, se non tra progressisti e reazionari [13]. Ora, non è che questa declinazione agonistica del disgelo co-

[13] Per non parlare, poi, dei settori più radicali dello schieramento progressista per i quali, o attraverso la



stituzionale sia fallace, perché, in effetti, l'esigenza di uno svecchiamento della cultura giuridica dominante era un'esigenza reale: tuttavia, come ho già detto, essa è limitata, perché non permette di cogliere i tratti di *longe durée* che accompagnano l'ingresso sulla scena delle fonti (cioè delle metaregole che presiedono al gioco del diritto) di una metaregola la cui funzione e il cui effetto fondamentali sono quelli (come l'andamento successivo delle cose si è incaricato di dimostrare) di potenziare e di rendere capillare e pervasivo il controllo giuridico di società, quali quelle tardocapitalistiche, organizzate molto più per flussi (di informazioni, di merci, di macchine) che per *stock*: società, nelle quali, in altre parole, la conservazione dell'ordine dipende molto più dalla sua capacità di trasformarsi in permanenza che non dalla stabilità di un assetto di cui *ab extrinseco* si fa garante la potenza dello stato; società nelle quali, infine, è molto più importante il momento della riconversione rispetto a quello della semplice riproduzione.

Sotto questo profilo, la polemica sulla Costituzione ricorda, con tutte le debite differenze, la polemica sulla codificazione. In entrambi i casi, il registro dominante è quello di una contrapposizione tra modelli ideali (diritto scritto/*Juristenrecht*, norme precettive/norme programmatiche), ideologie (innovazione/conservazione), dentro un contesto storico segnato da grandi tensioni politiche e sociali (il cauto riformismo della piccola Germania irrorato dalla meteora napoleonica/il prussianesimo come destino della nazione tedesca; l'esplodere delle contraddizioni di una società a modernizzazione accelerata). E, però, qui e lì, lo sfondo è quello di una transizione, ora al capitalismo *tout court*, ora ad un suo stadio di sviluppo. Il confronto è asincrono ma non per questo meno significativo perché esso ci aiuta a comprendere come le macrostrutture istituzionali diano sempre luogo a questa dialettica tra il piano del progresso e quello dello sviluppo, tra il piano della rottura e quello della complessità: nel senso che ciò che ai professionisti del diritto si presenta, d'acchito, come una svolta interna al loro strumentario tecnico è certamente questo ma è anche, in pari tempo, la forma attraverso la quale il sistema giuridico traduce gramscianamente i nuovi equilibri assunti dal modo di produzione capitalistico.

Le Costituzioni "lunghe" (al pari della c.d. legislazione speciale, di cui, per certi versi, esse rappresentano la variante nobile) si incaricano, appunto, di intercettare questi movimenti e di imprimere all'ordine delle norme una razionalità conforme ad essi. Nel

---

mediazione dei giudici, o attraverso la mediazione delle assemblee elettive, la Costituzione avrebbe potuto essere strumento per l'istaurazione di un ordine socio – economico più avanzato. Sulle chimere inseguite dalla sinistra istituzionale italiana (il P.C.I., per intenderci) ho scritto un libro qualche anno fa (L. NIVARRA, *La grande illusione. Come nacque e come morì il marxismo giuridico italiano* (Torino 2015) al quale rinvio chi fosse interessato ad un approfondimento).



caso della proprietà, come ho già detto, tale nuovo ordine assume i caratteri di un trattamento che ne privilegia la dimensione istituzionale, oltre i limiti segnati dalla logica del diritto soggettivo, per farne il luogo di composizione di interessi non più amministrabili secondo il calcolo di convenienza affidato al solo *dominus* [14]: sicché anche e, direi, paradigmaticamente la proprietà, che dell'ordine borghese aveva rappresentato il fondamento "naturale", finisce per essere cooptata all'interno di un ormai compiuto progetto neocapitalistico di indirizzo dall'alto dei processi di formazione e distribuzione della ricchezza collettiva [15].

5. – Il corso perlingieriano si iscrive all'interno di questo quadro e, anzi, si segnala proprio per l'attenzione con la quale vengono tracciate le ricadute delle disposizioni costituzionali in tema di proprietà sulla disciplina dell'istituto affidata al codice civile e alla legislazione speciale. Non è mia intenzione ripercorrere tutti i passaggi della minuziosa analisi sviluppata dall'Autore nelle oltre duecento pagine del suo libro. Mi limiterò, pertanto, ad alcune osservazioni avvalendomi, ancora una volta, come criterio ordinatore del binomio "concezione" – "concetto".

Con riguardo al primo profilo, direi, intanto, che la "concezione" perlingieriana della proprietà cattura e riproduce efficacemente, sulla scala costituzionale, la complessità che il "concetto" aveva già attinto nella stagione precedente, quella che, con una facile ellissi, abbiamo chiamato delle "proprietà". Le due polarità attorno alle quali si agglutina il nuovo paradigma sono la persona e l'impresa. Da entrambi questi versanti, Perlingieri registra una netta presa di distanze non soltanto dal modello protoliberale – già congedato, come si è visto, a seguito dell'avvento del secondo capitalismo – ma anche da quello produttivistico – corporativo riassunto nei fraseggi del codice del '42. Gli elementi che

[14] Secondo G. TARELLO, *Le ideologie della codificazione nel secolo XIX* (Genova 1973), l'art.544 del Code riassume il progetto liberale di «*concentrazione dei poteri di gestione economica di ciascuna entità economica nelle mani di un gestore unico*».

[15] A scanso di equivoci, è opportuno precisare che la distinzione proposta nel testo non coincide, se non apparentemente con quella di cui si è avvalsa la dottrina (F. SANTORO PASSARELLI, *Proprietà e lavoro in agricoltura*, Libertà economica e proprietà fondiaria (Roma, 1953), 64, 86) per allontanare dalla proprietà lo spettro della funzione sociale impulsiva, ossia conformativa del contenuto del diritto. Al contrario, io penso che quella distinzione sia interna alla storia della proprietà, nel senso che, in auge il modello napoleonico, la proprietà come istituto – o meglio, come istituzione sociale – tendeva irresistibilmente a coincidere con il diritto soggettivo; in prosieguo di tempo i due piani si sono andati progressivamente differenziando con la conseguenza che il contenuto del diritto è divenuto, appunto, una variabile dell'istituto, ossia di una costellazione di regole irriducibili al figurino del *dominium*.



precipitano nella relazione tra la persona (fisica, come più volte l'A. si premura di sottolineare) e la proprietà sono irriducibili allo spartito giusnaturalistico, tributario dell'idea, variamente declinata ma sostanzialmente unitaria, per la quale il diritto di proprietà si presenta come un attributo della persona, sicché tutelare l'una significa, in definitiva, tutelare anche l'altra. Ora, Perlingieri, nel prendere atto della inclusione della proprietà nell'ambito della disciplina costituzionale dei rapporti economico – sociali – indice inequivoco della definitiva secolarizzazione dell'istituto [16] – ne ripercorre le trasformazioni molecolari che l'hanno investita attraverso la lettura combinata di alcune disposizioni – segnatamente gli artt. 42, 44 e 47, comma 2 – dalle quali, a suo avviso, sarebbe possibile desumere la chiara volontà del legislatore costituente di "puntare" sulla proprietà come strumento di riequilibrio delle asimmetrie economico-sociali, in conformità al principio di eguaglianza c.d. sostanziale enunciato dall'art. 3, comma 2 [17]. Si tratta di una posizione che risente, sul piano politico-culturale, di quelle correnti del cattolicesimo sociale per le quali la diffusione della (piccola) proprietà (della casa di abitazione, dei fondi rustici, di quote azionarie) rappresenta un'alternativa sia alla società del *self made man* celebrato dall'epica del capitalismo, sia, fondamentalmente, alla prospettiva della socializzazione dei mezzi di produzione, iscritta nel codice genetico stesso della soggettività operaia e delle sue espressioni organizzative. In un certo senso, si potrebbe dire che la parola d'ordine "tutti (piccoli) proprietari" individui una terza via anche rispetto alla variante welfarista del movimento di classe, nel senso che le politiche redistributive tipiche delle socialdemocrazie vengono qui incardinate principalmente anche se non esclusivamente, sulla disponibilità di una risorsa considerata essenziale ai fini del conseguimento di livelli di benessere tali da assicurare a tutti una vita dignitosa (del resto, lo stesso Perlingieri rintraccia nella dignità, insieme con il canone di eguaglianza sostanziale, il fondamento assiologico della sua proposta ricostruttiva), piuttosto che su massicci trasferimenti di denaro pubblico, sotto forma di salario sociale [18].

Ad ogni modo, ai fini del nostro discorso, ciò che preme sottolineare è come attraverso la valorizzazione e la messa in connessione di questi dati normativi emerga prepotentemente l'idea che la proprietà rivesta quella funzione sociale che il legislatore costituente le assegna all'art. 42, comma 2. Aggiungerei, anzi, che, proprio grazie all'itinerario tracciato da Perlingieri sia possibile intendere il senso di quella strana formula per cui il

[16] Osservazione corrente: v., *ex multis*, RODOTÀ, *Il diritto di proprietà*, cit., 204.

[17] Nello stesso senso già PUGLIATTI, *La proprietà e le proprietà*, cit., 278.

[18] Sull'ispirazione redistributiva che anima l'art. 44 Cost. v anche NATOLI, *La proprietà*, cit., 42.



legislatore, dopo avere proclamato che «*la proprietà è riconosciuta e garantita dalle legge*» aggiunge «*che ne determina i modi di acquisto, di godimento e i limiti allo scopo di assicurarne la funzione e di renderla accessibile a tutti*». Parlo di strana formula perché, almeno a me, è sempre parso poco chiaro quale nesso intercorra tra la funzione sociale della proprietà e l'obiettivo della sua generalizzata accessibilità, da un lato, e la determinazione dei modi di acquisto e di godimento ed i limiti, dall'altro. A ben vedere, però, la chiave per sciogliere questo piccolo nodo ce la offre la distinzione tra la proprietà come istituzione sociale e la proprietà come diritto soggettivo: di talché, nel primo caso, la proprietà sarà oggetto di una manovra politica intesa, appunto, a garantirne l'attingimento da parte di strati di popolazione il più possibile larghi; nel secondo caso, viceversa, la regola giuridica incide sul contenuto di un diritto soggettivo, performandolo *ab origine* o attraverso misure adottate in un momento successivo alla sua attribuzione (da qui il ben noto problema del trattamento da riservare a quelle misure di limitazione che si collocano ad un passo dall'esproprio in senso stretto). Dunque, la funzione sociale si presenta in una duplice veste ed opera attraverso una duplice modalità – il limite, la pianificazione politica – a seconda che nel mirino del legislatore vi sia il fascio delle prerogative dominicali, comprimibili e conformabili, anche se nel rispetto di quella che i tedeschi chiamano *Wesensgehaltsgarantie*, oppure la proprietà come tecnica di organizzazione delle relazioni interindividuali.

6. – Come ho già anticipato, l'altra polarità attorno alla quale si sviluppa il discorso perlingierano è rappresentata dall'impresa. Qui il punto di maggior interesse, proprio sotto il profilo di una metodologia dell'interpretazione costituzionale, si rinviene, a mio avviso, nel tentativo di leggere lo statuto impresso dalla Carta del '48 alla libertà di iniziativa economica attraverso il filtro della proprietà [19]. Un interesse dettato, in primo luogo, proprio da un approccio ermeneuticamente unitario, ispirato dall'idea che tutti i singoli precetti della Costituzione, così come del resto l'intero corpo delle norme di cui si compone l'ordinamento giuridico, sono, e debbono essere, permeati dello spirito, mi verrebbe da dire, dal *logos*, che soffia impetuoso dai grandi principi costituzionali (dignità, solidarietà, eguaglianza sostanziale): un approccio che, mi sembra di poter dire, rimarrà una costante nella riflessione scientifica di Pietro Perlingieri, fino a diventare cifra inconfondibile del pensiero suo e della sua scuola. In concreto, poi, questo approccio si

[19] Scettica e sostanzialmente conservatrice la posizione al riguardo di NATOLI, *La proprietà*, cit., 84.



risolve – semplifico in modo grossolano, ma non credo di tradire il senso profondo del ragionamento svolto dall'Autore – nel parificare la posizione dell'imprenditore a quella del proprietario, con il risultato di creare una potente simmetria tra la funzione sociale della proprietà e i vincoli, ed i limiti, posti alla libertà di iniziativa economica, a partire da quanto previsto dall'art.41, comma 2.

L'idea di fondo, molto moderna, e sintomatica di un atteggiamento indisponibile a farsi ingabbiare entro le maglie del formalismo, è che il controllo dei mezzi di produzione di cui l'imprenditore è l'organizzatore, equivalga ad una forma di proprietà, indipendentemente dalla modalità giuridica attraverso la quale i singoli *assett* di cui essa si compone entrano a far parte dell'azienda. Una volta compiuta questa mossa, la simmetria alla quale accennavo in precedenza si dispiega con grande evidenza L'art. 41, comma 3 («l*a legge determina i programmi e i controlli opportuni perché l'attività economica pubblica e privata possa essere coordinata e indirizzata a fini sociali*») trasferisce sulla libertà di iniziativa economica il progetto di regolazione/strumentalizzazione delle prerogative dell'imprenditore che abbiamo già visto farsi avanti con il riferimento alla funzione sociale della proprietà di cui all'art.42, comma 2. L'art.43, là dove si prevede la possibilità che la legge, a fini di utilità generale, riservi o trasferisca allo Stato, ad enti pubblici o a comunità di lavoratori ed utenti determinate imprese o categorie di imprese (servizi pubblici generali, fonti di energia, o situazioni di monopolio) che rivestano un carattere di preminente interesse generale, sposa quella prospettiva di un accesso generalizzato accolta dagli artt.44 e 47, comma 2 con riguardo a talune tipologie di proprietà. Si potrebbe dire "da tutti proprietari" a "tutti imprenditori": prospettiva che, che nel primo caso, è al servizio di un disegno di redistribuzione della ricchezza, nel secondo caso, al servizio di un disegno di riappropriazione dei mezzi di produzione da parte dei produttori e, quindi, di redistribuzione del potere economico, in un alternarsi, e combinarsi, quanto ai valori apicali, della dignità e dell'eguaglianza sostanziale. Considerazioni analoghe, infine, possono ripetersi con riguardo all'art. 45 e al significato che sulla scorta di quest'ultimo Perlingieri attribuisce all'impresa cooperativa.

7. – La lettura che Perlingieri propone delle disposizioni costituzionali in materia di proprietà cancella anche quell'ultima traccia di fissità protoliberale che aveva resistito, se non altro sul piano della "concezione" e, quindi, in una chiave eminentemente ideologica, alle trasformazioni imposte dal secondo capitalismo e alla stagione delle "proprietà" al plurale. Nelle mani di Perlingieri, la proprietà, della quale viene colto e valorizzato



in primo luogo, il carattere di infrastruttura sociale, piuttosto che di semplice diritto soggettivo (e anche questo spostamento d'accento è indice di una notevole modernità dell'approccio privilegiato dal Nostro), diviene il punto di coagulo di una trama molto fitta di interessi e di rapporti tra individui ma, ancora prima, tra gruppi, se non tra classi: e ciò non può non avere una ricaduta sul "concetto" stesso di proprietà. Al riguardo, vorrei indicare quello che, almeno a mio avviso, rappresenta il punto che posto a a fondamento della riconcettualizzazione perlingierana della proprietà: della quale, va da sé, qui si può offrire solo un quadro sommario.

Si tratta dell'idea che, come situazione giuridica soggettiva, la proprietà presenti un contenuto complesso, non più riducibile allo schema elementare del godere e del disporre. In realtà, proprio a cagione del convergere su di essa di una pluralità di interessi tra i quali certamente emergono, ma non più in solitudine, quelli del titolare del diritto, la proprietà finisce per assumere una postura relazionale, se non altro nel senso che, a seconda dei casi (e vedremo subito di quali casi si tratta), le prerogative tipicamente dominicali dovranno adattarsi ad una inevitabile convergenza con istanze esoproprietarie e subire un adattamento dal quale discende una loro, parimenti inevitabile, riconfigurazione. Le variabili individuate da Perlingieri in dipendenza delle quali è dato riscontrare questo fenomeno di permanente riarticolazione delle attribuzioni dominicali sono fondamentalmente tre: 1) la soggettività proprietaria: privata, pubblica, collettiva rispetto alla quale la variabile 2) ossia la funzione sociale agisce in modo molto diverso, posto che rispetto alla proprietà privata essa incarna un progetto da attuare, rispetto alla seconda essa inerisce alla stessa *ratio* di quelle attribuzioni, mentre rispetto alla terza, saremmo in presenza di una funzione sociale non soltanto immanente alla posizione giuridica colta nella sua virtualità, ma già dotata del crisma dell'effettività: in altre parole, una funzione sociale *in action*. Infine, la variabile 3), imperniata sull'oggetto del diritto, anch'esso in grado di influenzare potentemente il concreto atteggiarsi di quest'ultimo Vi sarebbero molte altre cose da dire. Ad es., un aspetto molto interessante, che mostra la intima coerenza del percorso seguito da Perlingieri, è quello relativo al riverbero che sull'esercizio del potere di disposizione, tutto iscritto entro l'orizzonte della negozialità, hanno i limiti posti all'autonomia privata, in particolare sotto il profilo della meritevolezza degli interessi perseguiti dalle parti: ritorna qui quella pervasività e diffusività del paradigma proprietario che abbiamo già visto all'opera, *in apicibus*, nella dialettica con l'impresa e che mi sembra descriva un tratto distintivo del corso perlingieriano. Tuttavia, piuttosto che indugiare in un resoconto comunque parziale, preferisco riservarmi un piccolo spazio per alcune rapide notazioni conclusive.



8. – In primo luogo, e per riallacciarmi a quanto osservato inizialmente, direi che i "caporali" dentro i quali trova posto la parola «proprietà», sono usati del tutto appropriatamente se il loro intento, come io ritengo, è quello di segnare una immediata presa di distanza, se non un vero e proprio distacco, dalle "concezioni" e dalle concettualizzazioni ricevute. Debbo aggiungere subito, però, che se per assurdo il libro fosse riscritto oggi, probabilmente l'uso di quel segno grafico risulterebbe molto meno giustificato. Chiusasi la stagione dell'uso progressivo della Costituzione, resa possibile, come è ovvio, da una congiuntura politico– sociale particolarmente favorevole, abbiamo assistito, negli ultimi decenni, ad una risacralizzazione della proprietà nella quale si sono distinte le Corti europee. Beninteso, non si tratta di un puro e semplice ritorno al passato perché, ad es., l'idea che il contenuto del diritto sia irriducibile ad una struttura elementare incardinata attorno al "godere" e al "disporre" appare oggi largamente condivisa e, semmai, prevale il paradigma, di matrice nordamericana, del fascio di poteri (*bundle of rights*), di cui è traccia anche nella formulazione perlingieriana del "concetto" di cui dicevo nel § precedente. Resta il fatto, però, che la proprietà ha riguadagnato un'eminenza assiologica che si pone in aperto contrasto con il disegno costituzionale per come esso era stato ricostruito dalla dottrina più avanzata nel decennio 60-70 (e da questo punto di vista, ovvero dal punto di vista della "rivincita" della proprietà, la vicenda dei beni comuni riveste un valore esemplare, specie se riguardata nell'ottica della proprietà pubblica e dei compiti che da quella dottrina le erano stati assegnati). Dato alla storia e alle sue quasi mai prevedibili evoluzioni ciò che non può esserle negato, ovvero il diritto di prendere strade tutte sue, è fuor di dubbio che il libro di cui oggi si celebrano le nozze d'oro con la cultura civilistica, mantenga un indubbio valore non solo come testimone di uno spirito del tempo fedelmente rispecchiato, ma anche come strumento di attuale scandaglio di una materia comunque ormai governabile solo attraverso forme di pensiero adeguatamente complesse, come quelle già a suo tempo mobilitate da Perlingieri nel suo corso camerte del 1970.



CASS. CIV., SEZ. V, SENT. 24 DICEMBRE 2020, N. 29506

Il patto di famiglia costituisce un nuovo contratto tipico che si pone l'obiettivo di agevolare il trasferimento di aziende o di partecipazioni societarie all'interno del nucleo familiare, quando il disponente è ancora in vita.

Oltre al disponente ed all'assegnatario, devono partecipare alla stipula il coniuge e tutti coloro che sarebbero legittimari, ove nel momento della stipula si aprisse la successione nel patrimonio dell'imprenditore. Tale partecipazione è necessaria, e non facoltativa.

Quanto ricevuto dai contraenti non è soggetto a collazione o a riduzione e, in quanto sottratto alla collazione, non è neppure suscettibile di imputazione *ex se*.

...Omissis...

SVOLGIMENTO DEL PROCESSO

Con sentenza n. 1113/2015, depositata il 22/10/2015, la CTR dell'Abruzzo ha accolto l'appello proposto dall'Agenzia delle entrate contro la decisione di primo grado, che, su ricorso dei contribuenti, aveva annullato l'avviso di liquidazione n. (OMISSIS), relativo ad un patto di famiglia, con il quale S.A. (disponente) aveva trasferito al figlio P. (beneficiario o assegnatario) la partecipazione di controllo della società di diritto rumeno "Savini Due" e quest'ultimo aveva liquidato alla sorella M. (legittimaria non assegnataria) la somma di Euro 1.054.000,00.

In sede di registrazione era stata autoliquidata e versata l'imposta nella misura di Euro 336,00. L'Agenzia aveva invece emesso avviso di rettifica e liquidazione per il pagamento della somma di Euro 56.904,00 (Euro 57.240,00, dedotto l'importo già versato), in relazione al pagamento della somma di denaro effettuato da S.P. in favore di S.M., applicando a tale pagamento l'aliquota (6%) prevista per le donazioni tra fratello e sorella (con la franchigia di Euro 100.000).

La CTR, come sopra anticipato, ha rigettato l'originario ricorso dei contribuenti, affermando che, nei patti di famiglia, le somme che il beneficiario deve corrispondere ai coeredi legittimari costituiscono donazioni indirette del disponente, escludendo anche l'impossibilità di estendere l'esenzione prevista dal D.Lgs. n. 346 del 1990, art. 3, com-



ma 4 ter, trattandosi di norma di stretta interpretazione.

Avverso la sentenza della CTR i contribuenti hanno proposto ricorso per cassazione, formulando tre motivi di impugnazione.

L'Agenzia delle entrate si è difesa con controricorso.

MOTIVI DELLA DECISIONE

1. Con il primo motivo di ricorso, si deduce la violazione dell'art. 112 c.p.c., per essere la CTR incorsa nel vizio di ultrapetizione, avendo mutato le circostanze di fatto alla base dell'avviso di liquidazione, nella parte in cui ha introdotto la considerazione sulla donazione indiretta in riferimento al pagamento effettuato dal beneficiario delle disposizioni contenute nel patto di famiglia.

Con il secondo motivo di ricorso, si deduce la violazione e falsa applicazione del D.Lgs. n. 346 del 1990, art. 1 e art. 3, comma 4 ter, in relazione all'art. 360 c.p.c., comma 1, n. 3), per avere la CTR ricondotto la liquidazione ai legatario non assegnatario a una liberalità indiretta, senza considerare la causa unitaria del patto o comunque il collegamento funzionale tra le attribuzioni ivi effettuate, che impongono un unico trattamento fiscale o, almeno, l'esclusione della qualificazione in termini di donazione della menzionata liquidazione, costituendo l'adempimento di un obbligo previsto dalla legge.

Con il terzo motivo di ricorso, si deduce la violazione e falsa applicazione del D.Lgs. n. 346 del 1990, art. 3, comma 4 ter, in relazione all'art. 360 c.p.c., comma 1, n. 3), per avere la CTR ricondotto le attribuzioni effettuate nel patto di famiglia alla disciplina dell'imposta sulle donazioni, applicando alla liquidazione del legittimario non assegnatario l'aliquota relativa al rapporto di parentela tra quest'ultimo e il beneficiario, senza considerare la causa unitaria del patto o comunque il collegamento funzionale tra le attribuzioni ivi effettuate, che impongono un unico trattamento fiscale, estraneo a quello previsto per le liberalità, o, almeno, l'esclusione della qualificazione in termini di donazione della menzionata liquidazione, costituendo adempimento di un obbligo previsto dalla legge.

2. Il primo motivo è infondato.

Com'è noto, nel processo tributario vige il principio secondo cui le ragioni poste a base dell'atto impositivo segnano i confini del giudizio. Il carattere impugnatorio del contezioso comporta, infatti, che l'Amministrazione non può porre a base della propria pretesa ragioni diverse da quelle fatte valere con l'atto impugnato. Tuttavia, tale principio non esclude che il giudice possa qualificare autonomamente la fattispecie, a prescindere dalle allegazioni delle parti in causa (così Cass. Sez. 5, n. 7393 del 11/05/2012).



Anche nel contenzioso tributario, come accade ordinariamente nel processo civile, l'applicazione del principio *iura novit* curia fa salva la possibilità – anzi, la doverosità per il giudice di dare una diversa qualificazione giuridica ai fatti ed ai rapporti dedotti, ed anche all'azione esercitata, ricercando, a tal fine, le norme giuridiche applicabili alla vicenda descritta in giudizio e ponendo a fondamento della sua decisione disposizioni e principi di diritto eventualmente diversi da quelli erroneamente richiamati dalle parti, con il solo limite dell'immutazione della fattispecie (Cass., Sez. 5, Ordinanza n. 11629 del 11/05/2017).

Secondo i ricorrenti, nel presente giudizio, la CTR avrebbe statuito considerando elementi di fatto non dedotti dalle parti.

Tuttavia, come sopra anticipato, la CTR ha deciso la vertenza, condividendo la tesi sostenuta dall'Agenzia delle entrate, secondo la quale, nei patti di famiglia, le somme che il beneficiario deve corrispondere ai coeredi legittimari costituiscono donazioni indirette del disponente (p. 6 della sentenza impugnata).

È, pertanto, evidente che nessun nuovo elemento di fatto è stato introdotto dal giudice del gravame, il quale si è limitato a fornire una qualificazione giuridica della fattispecie (indipendentemente dalla condivisibilità o meno della stessa), guardando l'operazione anche dal punto di vista del disponente (donazione indiretta), oltre che da quello dell'assegnatario (donazione modale).

Nessuna violazione dell'art. 112 c.p.c., è pertanto ravvisabile.

3. Il secondo e il terzo motivo possono essere esaminati congiuntamente, tenuto conto della stretta connessione tra loro esistente, risultando entrambi fondati, sia pure nei limiti che vengono di seguito evidenziati.

Come sopra evidenziato, nel formulare le censure in esame, hanno evidenziato i caratteri ritenuti essenziali del patto di famiglia, affermando la unitarietà della causa di tale contratto tipico o comunque la stretta connessione funzionale esistente tra il trasferimento dell'azienda o della partecipazione sociale e la liquidazione operata in favore dei legittimari non beneficiari del trasferimento, sostenendo, come conseguenza di tale premessa, l'applicazione della stessa disciplina fiscale ad entrambe le applicazioni, compresa l'esenzione prevista dal D.Lgs. n. 346 del 1990, art. 3, comma 4 ter, o comunque l'esclusione dell'applicazione dell'imposta sulle donazioni alla liquidazione operata a favore dei legittimari non assegnatari.

Ritiene questo Collegio che, sebbene l'impostazione dei ricorrenti sia condivisibile nella parte in cui suggerisce la lettura unitaria dell'intera operazione negoziale, tuttavia, non siano del tutto corrette le conseguenze prospettate soprattutto dal punto di vista fiscale.



Si premette, in generale, che il trattamento fiscale di atti, fatti o situazioni è necessariamente connesso alla loro qualificazione giuridica, nella quale si esprime la trama degli interessi e dei valori sociali in gioco, anche se poi la disciplina dell'*an* e del *quantum* del tributo applicabile è conformata da principi ispiratori propri del diritto tributario.

Prima di tutto occorre pertanto esaminare il patto di famiglia, come negozio tipico, per poi individuare la disciplina fiscale ad esso applicabile.

4. L'esigenza di una legge volta a favorire il passaggio generazionale delle imprese di famiglia è stata per molto tempo fortemente avvertita in ambito nazionale e sovranazionale.

Già dal 1994, l'Unione Europea aveva invitato l'Italia – ed anche quei Paesi (quali Francia, Belgio, Portogallo, Spagna e Lussemburgo) in cui ancora vige il divieto dei patti successori – ad intervenire, per abrogare o almeno ridurre l'ambito di operatività di tale divieto, nell'ottica di una tutela del patrimonio aziendale nel passaggio generazionale della gestione dell'impresa.

Nella Raccomandazione della Commissione CE del 7 dicembre 1994 (94/1069/CE) sulla successione delle piccole e medie imprese, si è constatato che, ogni anno, diverse migliaia di imprese sono obbligate a cessare la loro attività a causa di difficoltà insormontabili, inerenti alla successione dell'imprenditore, con ripercussioni negative sul tessuto economico imprenditoriale, nonché sui creditori e sui lavoratori che in tali aziende trovano impiego. È stato anche evidenziato che la connessa perdita di posti di lavoro e di benessere economico è particolarmente deplorevole, perché non è dovuta alle forze di mercato ma ad un'insufficiente pianificazione della successione ed all'inadeguatezza della legislazione di alcuni Stati membri, soprattutto in materia di diritto societario, successorio e fiscale.

La Commissione ha, pertanto, ritenuto necessaria l'adozione di una serie di interventi volti a sensibilizzare, informare e formare gli imprenditori, affinché preparino efficacemente la loro successione fintanto che sono ancora in vita, al fine di aumentare le probabilità di riuscita della successione stessa, ed ha evidenziato l'esigenza di modificare le leggi degli Stati membri, al fine di rendere più razionali ed efficienti le norme successorie, che regolano il trasferimento delle imprese di piccole e medie dimensioni alla morte dell'imprenditore.

Alla menzionata Raccomandazione, art. 1, vengono sinteticamente individuati gli obiettivi che essa si propone. È, infatti, stabilito, che "Gli Stati membri sono invitati ad adottare le misure necessarie per facilitare la successione nelle piccole e medie imprese al fine di assicurare la sopravvivenza delle imprese ed il mantenimento dei posti di lavo-



ro. In particolare, essi sono invitati ad adottare le misure più adeguate, a completamento del quadro giuridico, fiscale e amministrativo, al fine di: – sensibilizzare l'imprenditore ai problemi della successione e indurlo a preparare tale operazione finchè è ancora in vita; – creare un contesto finanziario favorevole al buon esito della successione; – consentire all'imprenditore di preparare efficacemente la sua successione mettendo a sua disposizione gli strumenti adeguati; – assicurare la continuità delle società di persone e delle imprese individuali in caso di decesso di uno dei soci o dell'imprenditore; assicurare il buon esito della successione familiare evitando che le imposte sulla successione ereditaria e sulla donazione mettano in pericolo la sopravvivenza dell'impresa; – incoraggiare fiscalmente l'imprenditore a trasferire la sua impresa tramite vendita o cessione ai dipendenti, soprattutto quando non vi sono successori nell'ambito della famiglia".

Lo Stato italiano si è adeguato al contenuto di detta Risoluzione, emanando la legge sul patto di famiglia. 5. Si tratta della L. n. 55 del 2006, che ha introdotto un nuovo capo nel Titolo IV (divisione ereditaria) del libro II del codice civile (successioni).

È una riforma operata senza modificare la materia delle successioni, nel suo assetto complessivo, limitandosi il legislatore a ricondurre il patto di famiglia alla disciplina dei patti successori, quale deroga al corrispondente divieto (cfr. il testo dell'art. 458 c.c., come novellato dalla citata L., art. 1).

La definizione del patto di famiglia è fornita dall'art. 768 bis c.c., ove è stabilito che "È patto di famiglia il contratto con cui, compatibilmente con le disposizioni in materia di impresa familiare e nel rispetto delle differenti tipologie societarie, l'imprenditore trasferisce, in tutto o in parte, l'azienda, e il titolare di partecipazioni societarie trasferisce, in tutto o in parte, le proprie quote, ad uno o più discendenti".

Viene disciplinato un nuovo contratto tipico (da stipularsi, a pena di nullità, nelle forme dell'atto pubblico), che si pone l'obiettivo di agevolare il trasferimento di aziende o di partecipazioni societarie all'interno del nucleo familiare, quando il disponente è ancora in vita.

L'imprenditore può operare una sorta di successione anticipata nell'impresa, con l'accordo di tutti coloro che, in caso di apertura della successione, al momento della stipula del patto, assumerebbero la qualità di legittimari, in modo tale da regolare per tempo il passaggio generazionale nella gestione dell'impresa, evitando che, al momento della sua morte, l'azienda o le partecipazioni al capitale della società cadano nella comunione ereditaria (con il rischio di frazionamento in conseguenza della divisione).

Occorre sottolineare che, da un punto di vista oggettivo, il patto può riguardare esclusivamente l'azienda o le partecipazioni sociali dell'imprenditore.



Non vi è spazio per ammettere un patto di famiglia che abbia ad oggetto le possibili altre voci che concorrono a formare il futuro *relictum* del disponente (il denaro, i crediti, la mobilia, gli immobili, ecc.), il quale, ove stipulato, ricadrebbe nel divieto sancito dall'art. 458 c.c.

Ovviamente l'imprenditore può continuare a disporre dei beni del suo patrimonio diversi dall'azienda o dalle partecipazioni societarie, ma a tali disposizioni non può applicarsi la disciplina propria del patto di famiglia, restando operante quella preesistente all'introduzione di tale istituto.

Per quanto attiene all'individuazione dei destinatari dell'attribuzione, l'art. 768 bis c.c., prevede chiaramente che possono essere tali soltanto i discendenti (ma non necessariamente i figli, potendo l'imprenditore decidere di saltare una generazione). Nè il coniuge nè gli ascendenti possono, dunque, subentrare al disponente attraverso il patto di famiglia, neppure altri parenti e, men che mai, soggetti estranei alla famiglia. 6. Come anticipato, la novità di tale patto è che esso è costruito in modo tale da consentire il passaggio generazionale dell'azienda o delle partecipazioni sociali dell'imprenditore, prevenendo, nel contempo, future liti divisionali o azioni di riduzione tra coeredi, mediante l'adozione di alcune misure, espressamente dettate dal codice, che mirano a soddisfare subito chi, al momento della stipula, in caso di apertura della successione, sarebbe un legittimario pretermesso dall'attribuzione.

La prima previsione di rilievo, in tal senso, è data dal disposto dell'art. 768 quater c.c., comma 1, ove è stabilito che al contratto "devono" partecipare il coniuge e tutti coloro che sarebbero legittimari, ove nel momento della stipula si aprisse la successione nel patrimonio dell'imprenditore.

Tale partecipazione è necessaria, e non facoltativa. Essa rende opponibile il patto a tutti i partecipanti e, soprattutto, assolve allo scopo di consentire nei confronti di questi ultimi l'adempimento degli obblighi previsti dalla legge a carico del beneficiario del trasferimento.

Fondamentale è, infatti, considerare che, ai sensi dell'art. 768 quater c.c., comma 2, "Gli assegnatari dell'azienda o delle partecipazioni societari devono liquidare gli altri partecipanti al contratto, ove questi non vi rinunzino in tutto o in parte, con il pagamento di una somma corrispondente al valore delle quote previste dall'art. 536 e ss.".

All'atto della stipula del patto di famiglia sorge, dunque, un diritto di credito dei futuri legittimari, cui corrisponde, specularmente, l'obbligo del discendente beneficiario di provvedervi subito (senza aspettare l'apertura della successione).

In altre parole, in virtù del patto, la quota di legittima è, per legge, convertita in un diritto di credito immediatamente esigibile.



I contraenti possono anche prevedere che tale liquidazione avvenga in tutto o in parte in natura, tant'è lo stesso articolo, successivo comma 3, precisa che, come il denaro, anche i beni assegnati ai partecipanti al patto, che non siano gli assegnatari dell'azienda o delle partecipazioni sociali, sono imputati, secondo il valore attribuito in contratto, alle quote di legittima spettanti a questi ultimi.

Il destinatario dell'azienda o delle partecipazioni sociali deve, dunque, provvedere alla tacitazione dei non assegnatari mediante la corresponsione di una somma che, si badi bene, non soddisfa l'intera legittima, ma solo la porzione di essa che a ciascun legittimario spetterebbe sul singolo bene o sul complesso di beni oggetto di trasferimento che, stante l'efficacia immediata del patto, al momento dell'apertura della successione, non entreranno nel futuro *relictum*.

E non solo.

Il medesimo art., comma 4, stabilisce chiaramente che "Quanto ricevuto dai contraenti non è soggetto a collazione o a riduzione" e, essendo sottratto alla collazione, non è neppure suscettibile di imputazione (art. 564 c.c.).

Una volta aperta la successione, dunque, nei rapporti tra i legittimari sopra indicati, i beni trasferiti con il patto di famiglia (azienda o partecipazioni societarie) non solo non entrano a far parte del *relictum*, ma neppure vengono considerati ai fini della ricostruzione del *donatum*.

La norma si riferisce sia al trasferimento in favore del beneficiario sia alla liquidazione in favore dei legittimari non assegnatari.

Ovviamente, riduzione e collazione non sono interamente precluse.

Esse non operano relativamente ai beni oggetto del patto di famiglia, nei limiti di valore di tali beni e con riguardo alle persone intervenute sicchè, stante tale parzialità, all'apertura della successione ciascuno dei legittimari conserva la possibilità di esperire l'azione di riduzione sul restante patrimonio del *de cuius*.

7. In ordine all'inquadramento giuridico dell'istituto non si registra concordia di opinioni tra gli interpreti. Prevalente sembra l'orientamento che vi intravede una donazione con onere imposto dalla legge, pur non mancando l'indirizzo che ne ha messo in luce l'effetto divisorio per l'ipotesi in cui vi siano legittimari non assegnatari. Critico su ambedue i fronti è chi sostiene che l'essenza funzionale dell'istituto è costituita non dal trasferimento (realizzabile anche mediante i preesistenti strumenti contrattuali), bensì dalla stabilità degli effetti. Altri interpreti riconducono il patto al contratto a favore di terzi, ove lo stipulante è l'imprenditore, interessato alla stipulazione al fine di consentire la prosecuzione dell'impresa, promittente è il beneficiario e terzio sono i futuri legittimari.



Rinunciando ad incasellare il patto di famiglia in uno degli schemi legali conosciuti, altri esponenti della dottrina hanno ritenuto che il patto sia un contratto a causa complessa al contempo attributiva e distributiva.

In effetti, come pure emerge dall'intenzione del legislatore dall'esame dei lavori preparatori, appare vano cercare di ricondurre l'istituto in esame a figure già presenti nel nostro ordinamento, essendo un contratto tutto nuovo, che il legislatore ha voluto inserire tra i patti in deroga al divieto dei patti successori.

Occorre però soffermarsi sul meccanismo operativo previsto dal legislatore, al fine di comprenderne gli effetti giuridici.

Certo, non può negarsi la collocazione del patto nell'ambito proprio delle liberalità, la quale emerge chiaramente dalle norme che richiedono per esso la forma pubblica e apprestano strumenti di tutela in favore dei legittimari, sancendo poi l'esenzione da riduzione e collazione, istituti, tutti, tipicamente legati alla disciplina delle donazioni, tenuta in considerazione, anche solo per derogarvi.

In tale quadro, il trasferimento dell'azienda o delle partecipazioni societarie in favore del beneficiario si presenta, tuttavia, e per legge, necessariamente collegato alla dazione di una somma di denaro da parte di quest'ultimo ai legittimari che non hanno avuto alcuna attribuzione, la quale, sempre per legge, corrisponde alla quota di legittima spettante a questi ultimi, computata sul valore del solo trasferimento operato.

In altre parole, il legislatore considera i beni trasferiti con il patto di famiglia separatamente rispetto ai restanti beni dell'imprenditore e, come se si aprisse anticipatamente la successione solo su tali beni, prevede la necessità di determinare la quota di legittima, spettante ai legittimari non assegnatari, ponendo a carico del beneficiario del trasferimento l'obbligo della relativa di liquidazione, come se fosse esperita l'azione di riduzione e operata la divisione.

In questo modo, non solo è operata una liberalità in favore degli assegnatari dell'azienda o delle quote sociali, a soddisfacimento delle intenzioni dell'imprenditore, cosa che si poteva fare già prima dell'introduzione del patto di famiglia, ma viene anche soddisfatto il diritto alla quota di riserva del coniuge e dei discendenti, mediante conguaglio in denaro (o eventualmente in natura), computato, si ribadisce, sempre e solo sul valore dell'attribuzione effettuata.

Tali operazioni sono, poi, sugellate dalla non sottoposizione a collazione e riduzione delle attribuzioni operate. Si comprende bene pertanto che, dal punto di vista funzionale, il patto di famiglia si colloca nell'ambito dei patti successori non tanto perchè con esso vengono trasferiti per spirito di liberalità determinati beni dell'imprenditore prima



dell'apertura della successione (in vista del passaggio generazionale nella gestione dell'impresa), ma perchè, affianco a tale attribuzione, la legge prevede necessariamente la soddisfazione dei legittimari non assegnatari, mediante liquidazione di un conguaglio (anche in natura) da parte del beneficiario dell'attribuzione, anticipando gli effetti dell'apertura della successione tra legittimari ed anche della divisone ereditaria, limitatamente ai beni oggetto di trasferimento, tenendo conto delle quote di legittima, e rafforzando la definitività delle attribuzioni tutte con l'esclusione dalla collazione e dalla riduzione. Ciò che caratterizza il patto di famiglia, e lo distingue da una qualsiasi donazione che abbia ad oggetto gli stessi beni, è la necessaria presenza del conguaglio in favore degli altri legittimari, esigibile da subito, senza che si debba aspettare l'apertura della successione, a cui si affianca l'impossibilità di assoggettare a collazione e riduzione le attribuzioni così effettuate.

Le caratteristiche evidenziate rendono unica, anche se complessa, l'operazione negoziale, perchè il patto di famiglia è tale solo se alla liberalità in favore del beneficiario si accompagna l'adempimento da parte di quest'ultimo dell'obbligo, previsto dalla legge, di effettuare il conguaglio in favore degli altri legittimari.

In sintesi, il patto, da un lato, realizza una liberalità nei confronti del discendente assegnatario e, da un altro lato, assolve ad una funzione solutoria, per quanto attiene alla liquidazione della quota dei legittimari non destinatari dell'assegnazione, anticipando gli effetti non solo dell'apertura della successione, ma anche della divisione tra legittimari.

Ovviamente, la necessità che il beneficiario liquidi ai legittimari non assegnatari la quota di riserva non snatura il carattere liberale del trasferimento a lui fatto dall'imprenditore. Tuttavia, per il tramite di tale liquidazione, viene dato spazio alla tutela di interessi ulteriori rispetto a quelli legati al mero passaggio generazionale dell'impresa, anch'essi ritenuti rilevanti dal legislatore, qual è quello dello stesso imprenditore di rendere stabile l'attribuzione operata, mediante la liquidazione del conguaglio ai legittimari non assegnatari, e quello di questi ultimi ad ottenere da subito la loro quota di riserva su tale attribuzione, senza mettere più in discussione l'attribuzione operata.

La causa di liberalità senza dubbio persiste, ma ad essa si affianca, senza snaturarla, l'adempimento di un obbligo, imposto dalla legge, scaturente dalla necessità di liquidare i legittimari.

Dal punto di vista degli effetti, la presenza di tale obbligo, si sostanzia in un peso gravante sull'attribuzione operata con il patto di famiglia, in tutto simile a quanto accade con il compimento di una liberalità gravata da un onere (v. per la donazione modale, l'art. 793 c.c.).



L'assimilazione, si ribadisce, riguarda solo gli effetti giuridici della previsione contenuta nell'art. 768 quater c.c., essendovi differenze rilevanti tra essa e le donazioni modali, se si guarda il momento genetico dell'apposizione del modus.

Nel patto di famiglia, infatti, l'onere non ha fonte negoziale, ma legale, e non costituisce un elemento accidentale dell'attribuzione (che il disponente può decidere di apporre, oppure no), ma un elemento necessario (che è imposto dalla legge).

Tuttavia, dal punto di vista delle conseguenze giuridiche, la situazione è assimilabile, perchè all'attribuzione liberale si affianca l'obbligo per il beneficiario di adempiere ad una prestazione, che non costituisce il corrispettivo dell'attribuzione ricevuta, ma la ridimensiona, soddisfacendo altri interessi dello stesso disponente e dei terzi destinatari della prestazione.

8. Passando ad esaminare la normativa fiscale, si deve subito rilevare che non vi è una disciplina che regoli espressamente, in via generale, il regime tributario del patto di famiglia.

Vi è solo un richiamo a tale istituto nel D.Lgs. n. 346 del 1990, art. 3, comma 4 ter – (aggiunto dalla L. n. 296 del 2006, art. 1, comma 78) che, a determinate condizioni, prevede una particolare esenzione.

Tale norma verrà di seguito esaminata, dovendosi prima di tutto individuare quale sia il trattamento fiscale ordinario del patto di famiglia.

Com'è noto, il D.L. n. 262 del 2006, art. 2, conv. con modif, in L. n. 286 del 2006, al comma 47, ha nuovamente istituto l'imposta sulle successioni e donazioni "sui trasferimenti di beni e diritti per causa di morte, per donazione o a titolo gratuito e sulla costituzione di vincoli di destinazione, secondo le disposizioni del testo unico delle disposizioni concernenti l'imposta sulle successioni e donazioni, di cui al D.Lgs. 31 ottobre 1990, n. 346, nel testo vigente alla data del 24 ottobre 2001, fatto salvo quanto previsto dai commi da 48 a 54".

Nel menzionato D.L. n. 262 del 2006, art. 2, successivo comma 50, quale norma di chiusura, si ribadisce che "Per quanto non disposto dai commi da 47 a 49, e dai commi da 51 a 54, si applicano, in quanto compatibili, le disposizioni previste dal citato testo unico, di cui al D.Lgs. 31 ottobre 1990, n. 346, nel testo vigente alla data del 24 ottobre 2001".

Nel reintrodurre nell'ordinamento l'imposta sulle successioni e donazioni (abrogata dalla L. n. 383 del 2001, art. 13), la previsione appena riportata ha rimodulato la configurazione del tributo, ampliandone la base impositiva con l'inclusione di tutti i trasferimenti a titolo gratuito ed anche degli atti con cui si costituiscono vincoli di destinazione.



È evidente che l'estensione dell'imposizione al più ampio *genus* degli atti a titolo gratuito (rispetto alla *species* delle liberalità previste in origine dal D.Lgs. n. 346 del 1990, art. 1) conduce a correlare il presupposto del tributo all'accrescimento patrimoniale (senza contropartita) del beneficiario, anziché all'*animus donandi*, che infatti difetta negli atti a titolo gratuito diversi dalle liberalità.

Come sopra evidenziato, le caratteristiche del patto di famiglia pongono in luce la piena corrispondenza al profilo oggettivo della liberalità *inter vivos* e portano ad eliminare ogni dubbio l'applicabilità dell'imposta in questione (sul punto, v. già Cass., Sez. 5, n. 32823 del 19/12/2018, su cui v. infra).

9. La rilevanza attribuita alla correlazione, tra presupposto impositivo e accrescimento patrimoniale del beneficiario, anziché all'*animus donandi*, rende ancora più evidente la necessità di considerare il risultato dell'attribuzione patrimoniale esclusivamente in termini di "incremento", quindi al netto di ogni componente patrimoniale negativo correlativamente imputato al patrimonio del beneficiario.

L'intera sistematica dell'imposta sulle successioni e donazioni evidenzia il principio per cui l'incremento patrimoniale (e quindi l'imponibile) per l'erede ed il legatario è decurtato dell'importo di legati ed oneri loro imposti.

In particolare, il D.Lgs. n. 346 del 1990, art. 8, comma 1, stabilisce che "Il valore globale netto dell'asse ereditario è costituito dalla differenza tra il valore complessivo, alla data dell'apertura della successione, dei beni e dei diritti che compongono l'attivo ereditario, determinato secondo le disposizioni degli artt. da 14 a 19, e l'ammontare complessivo delle passività deducibili e degli oneri diversi da quelli indicati nell'art. 46, comma 3".

Il medesimo art., successivo comma 3, precisa poi che "Il valore dell'eredità o delle quote ereditarie è determinato al netto dei legati e degli altri oneri che le gravano, quello dei legati al netto degli oneri da cui sono gravati".

A completamento di quanto appena riportato, vi è poi il citato D.Lgs., art. 46, comma 3, ove è stabilito che "L'onere a carico dell'erede o del legatario, che ha per oggetto prestazioni a soggetti terzi determinati individualmente, è considerato legato a favore del beneficiario".

Guardando, in particolare, le attribuzioni modali, si evince con chiarezza che l'onere a carico dell'erede o del legatario, e a favore di destinatari determinati, è considerato (ai fini fiscali) come un legato e pertanto deve essere detratto dal valore dell'attribuzione cui accede, in applicazione del citato D.Lgs., art. 8, comma 3, (e non del citato D.Lgs., art. 8, comma 1).



Pur essendo l'onere gravante sull'erede o sul legatario, dunque, ai fini fiscali, esso è equiparato al legato e cioè ad un'attribuzione a titolo particolare del de cuius in favore del beneficiario.

Disposizioni corrispondenti a quelle appena riportate si trovano in materia di imposta sulle donazioni.

In particolare, il citato D.Lgs., art. 58, comma 1, prevede che "Gli oneri di cui è gravata la donazione, che hanno per oggetto prestazioni a soggetti terzi determinati individualmente, si considerano donazioni a favore dei beneficiari".

Analogamente a quanto avviene per le disposizioni testamentarie, ai fini della determinazione del valore globale netto della donazione, il modus a favore di un soggetto determinato non è considerato come gli altri oneri, ma come un'altra donazione (cfr. D.L. n. 262 del 2006, art. 2, comma 49, conv. con modif. in L. n. 286 del 2006).

La donazione modale avente un destinatario determinato è, dunque, considerata, dal punto di vista fiscale, come una doppia donazione, una eseguita a favore del donatario e l'altra a favore del beneficiario dell'onere. 10. Può pertanto ritenersi che, nel quadro complessivo della disciplina dell'imposta sulle successioni e sulle donazioni, gli oneri posti t carico del beneficiario dell'attribuzione e a favore di altri soggetti individualmente determinati, ai fini fiscali, rilevano come attribuzioni provenienti, rispettivamente, dal *de cuius* o dal donante. E ciò avviene anche se è indiscusso che l'adempimento dell'onere spetta all'erede (o al legatario) e al donatario con beni provenienti dal suo personale patrimonio.

In questo modo, viene applicata l'imposta tenendo I riferimento l'effettivo passaggio della ricchezza che, nei confronti dell'erede (o legatario) e del donatario, è ridimensionato, a causa dell'adempimento dell'onere, nella stessa misura in cui determina un arricchimento in favore del terzo beneficiario.

Tale operazione è possibile, ovviamente, soltanto quando l'onere è posto a vantaggio di soggetti determinati ed è per questo che, nei casi in cui ciò non accade, non si applica nè il citato D.Lgs., art. 46, comma 3, in materia di successioni, nè il citato D.Lgs., art. 58, comma 1, in materia di donazioni. In questi casi, l'onere viene solo sottratto dal valore della disposizione testamentaria (citato D.Lgs., art. 8, comma 1,) e della donazione (D.L. n. 262 del 2006, art. 2, comma 49, conv. con modif. in L. n. 286 del 2006), senza poter essere conteggiato in favore di un destinatario non determinato.

11. Quanto appena illustrato non può non essere considerato, passando ad esaminare il regime impositivo del patto di famiglia.

Si è già evidenziato che alla causa di liberalità senza dubbio sussistente si affianca,



senza snaturarla, l'adempimento di un obbligo, imposta dalla legge, scaturente dalla necessità di liquidare i legittimari non assegnatari, che, dal punto di vista degli effetti, e solo da questo punto di vista, si sostanzia in un peso gravante sull'attribuzione operata con il patto di famiglia, in tutto simile all'apposizione di un modus.

È evidente che nel patto di famiglia l'obbligo di liquidazione non ha fonte negoziale, ma legale, e che lo stesso non costituisce un elemento accidentale dell'attribuzione, ma un elemento necessario, imposto dalla legge. Tuttavia, l'effetto giuridico è in tutto simile all'apposizione di un onere.

Secondo lo schema negoziale tipico del patto di famiglia, la liquidazione dei legittimari virtuali, imposta all'assegnatario dell'azienda o delle partecipazioni, riduce l'incremento patrimoniale arrecato a quest'ultimo e si risolve in autonomo incremento patrimoniale per i destinatari della liquidazione.

Anche se la liquidazione deve essere eseguita dal beneficiario del trasferimento dell'azienda o della partecipazione societaria, tuttavia, tali attribuzioni sono da lui eseguite a soddisfacimento degli altri legittimari per il solo fatto che egli ha ottenuto l'attribuzione dei beni dell'imprenditore e sul valore di tale attribuzione deve essere calcolata, e liquidata, la quota di legittima.

Come già affermato da questa Corte, anche per il patto di famiglia viene, pertanto, in considerazione il disposto del D.Lgs. n. 346 del 1990, art. 58, secondo cui, come già evidenziato, "gli oneri da cui è gravata la donazione, che hanno per oggetto prestazioni a soggetti terzi determinati individualmente, si considerano donazioni a favore dei beneficiari" (Cass., Sez. 5, n. 32823 del 19/12/2018, su cui, però, v. infra).

Questa disposizione si attaglia perfettamente alla fattispecie di cui all'art. 768 quater c.c., stante la natura non corrispettiva dell'obbligo dell'assegnatario di procedere alla liquidazione in denaro (o, se concordato, in natura) dei legittimari non assegnatari, il quale costituisce, come già evidenziato, un peso, e cioè un onere, gravante sull'operata attribuzione dell'azienda o della partecipazione societaria.

Sul piano dell'imposizione, dunque, al patto di famiglia si applica la disciplina fiscale prevista per la donazione modale.

Adattando all'istituto in esame la disciplina sopra menzionata, deve ritenersi assoggettato all'imposta sulle donazioni non solo il trasferimento dell'azienda o delle partecipazioni societarie operato dall'imprenditore in favore dell'assegnatario, ma anche la liquidazione del conguaglio ex art. 768 quater c.c., operato dall'assegnatario in favore dei legittimari non assegnatari.

12. Non è di ostacolo all'applicazione, nella specie, del citato D.Lgs., art. 58 la circo-



stanza che quest'ultimo si riferisca alle prestazioni attribuite "a soggetti terzi" (mentre i legittimari non assegnatari, come sopra evidenziato, devono necessariamente partecipare al contratto), dal momento che tale qualifica va riferita ai soggetti non destinatari degli effetti della donazione diretta (nei cui confronti sono considerati, appunto, terzi), e non alla necessaria estraneità dei medesimi dal contratto ed alla sua unitarietà di causa (così Cass., Sez. 5, n. 32823 del 19/12/2018).

13. Tale ricostruzione fornisce anche la risposta alla questione relativa all'individuazione delle aliquote d'imposta (con le eventuali franchigie) applicabili.

Solo in ciò discostandosi dal precedente più volte richiamato (Cass., Sez. 5, n. 32823 del 19/12/2018), questo Collegio ritiene che, una volta ricondotto il patto di famiglia alla disciplina fiscale dettata dal D.Lgs. n. 346 del 1990, art. 58, comma 1, sopra illustrato, la liquidazione del conguaglio, anche se operata dall'assegnatario dell'azienda o delle partecipazioni sociali, deve essere considerata, ai fini fiscali, come liberalità dell'imprenditore nei confronti dei legittimari non assegnatari.

In altre parole, proprio in virtù del richiamo al D.Lgs. n. 346 del 1990, art. 58, comma 1, il patto di famiglia in cui il beneficiario del trasferimento di azienda o delle partecipazioni societarie liquidi il conguaglio agli altri legittimari, dal punto di vista impositivo, contiene più atti di liberalità dell'imprenditore, una a favore del beneficiario del trasferimento e le altre a favore degli altri legittimari non assegnatari.

Non è in discussione che la liquidazione sia eseguita dal beneficiario del trasferimento con denaro o beni propri (o che siano divenuti tali).

Ciò che rileva è che tale liquidazione, ai fini fiscali, in applicazione delle disposizioni richiamate, è considerata liberalità del disponente in favore del legittimario pretermesso. Deve pertanto darsi applicazione al D.L. n. 262 del 2006, art. 2, comma 49, conv. con modif. in L. n. 286 del 2006, nella parte in cui è stabilito che, se la donazione è fatta congiuntamente a favore di più soggetti o se in uno stesso atto sono compresi più atti di disposizione a favore di soggetti diversi, "l'imposta è determinata dall'applicazione delle seguenti aliquote... al valore delle quote dei beni o diritti attribuiti:

"a) a favore del coniuge e dei parenti in linea retta sul valore complessivo netto eccedente, per ciascun beneficiario, Euro 1.000.000: 4 per cento;

a bis) a favore dei fratelli e delle sorelle sul valore complessivo netto eccedente, per ciascun beneficiario, Euro 100.000: 6 per cento;

b) a favore degli altri parenti fino al quarto grado e degli affini in linea retta, nonché degli affini in linea collaterale fino al terzo grado: 6 per cento;



c) a favore di altri soggetti: 8 per cento".

In conclusione, nel patto di famiglia, una volta assoggettati all'imposta sulle donazioni sia il trasferimento dell'azienda o delle partecipazioni societarie al beneficiario sia la liquidazione ai legittimari non assegnatari, occorre applicare l'aliquota e la franchigia relativa al legame di parentela (o di coniugio) con l'imprenditore non solo con riferimento al menzionato trasferimento, ma anche alla connessa liquidazione.

14. Tale ricostruzione risponde alle caratteristiche proprie del patto di famiglia, ove, come sopra illustrato, in deroga al divieto dei patti successori, vengono anticipati, con riguardo ai beni dell'impresa trasferiti, gli effetti dell'apertura della successione e della divisione tra legittimari: il beneficiario ottiene dall'imprenditore l'assegnazione dell'azienda o delle partecipazioni societarie e, con riferimento al valore di tali beni, corrisponde agli altri legittimari la quota di riserva a loro spettante.

15. Anche dal punto di vista tributario la soluzione interpretativa operata risponde all'effetto di anticipazione della successione e della divisione tra legittimari, sempre limitatamente ai beni dell'impresa oggetto del trasferimento operato con il patto di famiglia.

Alle medesime conclusioni, in termini fiscali, si perverrebbe, infatti, ove, supponendo che l'azienda o le partecipazioni societarie siano gli unici beni mai posseduti dall'imprenditore, quest'ultimo decidesse di disporne per testamento (eredità o legato) in favore di uno solo dei suoi discendenti, apponendo l'onere, gravante sull'erede o sul legatario, di liquidare gli altri legittimari.

In virtù del combinato disposto del D.Lgs. n. 346 del 1990, art. 46, comma 3, e del D.L. n. 262 del 2006, art. 2, comma 49, sopra illustrati, l'aliquota da applicare sarebbe sempre quella che attiene al rapporto tra l'imprenditore e i legittimari, sia per il trasferimento dell'azienda o delle partecipazioni societarie e sia per la liquidazione del conguaglio.

Lo stesso risultato si otterrebbe se, in presenza degli stessi presupposti sopra indicati, l'imprenditore disponesse dei beni dell'impresa sopra menzionati in favore di uno solo dei discendenti e, poi, una volta aperta la successione, i legittimari stipulassero un accordo per reintegrare le quote di legittima, prevedendo la liquidazione di un conguaglio a carico del beneficiario delle disposizioni testamentarie a favore dei legittimari pretermessi.

In applicazione del D.Lgs. n. 346 del 1990, art. 43, infatti, "Nelle successioni testamentarie l'imposta si applica in base alle disposizioni contenute nel testamento ... omissis ... nonché agli eventuali accordi diretti a reintegrare i diritti dei legittimari, risultanti



da atto pubblico o da scrittura privata autenticata .... omissis". 16. Occorre a questo punto esaminare gli effetti dell'esenzione prevista dal D.Lgs. n. 346 del 1990, art. 3, comma 4 ter, (aggiunto dalla L. n. 296 del 2006, art. 1, comma 78) sulla disciplina fiscale del patto di famiglia. Tale disposizione è stata introdotta in attuazione, in ambito tributario, della sopra descritta Raccomandazione della Commissione CE del 7 dicembre 1994, ove, in particolare all'art. 6, è stata evidenziata l'opportunità di "assicurare la sopravvivenza dell'impresa con un'adeguata disciplina fiscale della successione ereditaria e della donazione" e gli Stati membri sono stati invitati ad adottare una o più misure tendenti, tra l'altro, a "ridurre, purchè l'attività dell'impresa prosegua in modo effettivo per un certo periodo minimo, i tributi sugli attivi strettamente legati all'esercizio dell'impresa in caso di trasferimento tramite donazione o successione ereditaria, in particolare le imposte di successione, di donazione e di registro... omissis".

La norma colloca nell'ambito di operatività dell'imposta sulle successioni e donazioni i trasferimenti dell'azienda o di partecipazioni societarie a favore dei discendenti e del coniuge effettuati "anche tramite i patti di famiglia di cui all'art.768 bis e ss c.c.", sancendone, a determinate condizioni, l'esenzione.

In particolare, la disposizione non assoggetta ad imposta i trasferimenti di aziende, di rami di esse, di quote sociali e di azioni in favore dei discendenti (ed anche del coniuge, a differenza del patto di famiglia) – con la precisazione che, in caso di quote sociali e azioni di soggetti di cui al D.P.R. n. 917 del 1986, art. 73, comma 1, lett. a), il beneficio spetta limitatamente alle partecipazioni mediante le quali è acquisito o integrato il controllo ai sensi dell'art. 2359 c.c., comma 1, n. 1) – a condizione che gli aventi causa proseguano l'esercizio dell'attività d'impresa o detengano il controllo societario per un periodo non inferiore a cinque anni dalla data del trasferimento, "rendendo, contestualmente alla presentazione della dichiarazione di successione o all'atto di donazione, apposita dichiarazione in tal senso" (così letteralmente il citato D.Lgs., art. 3, comma 4 ter). Ovviamente, il mancato rispetto della menzionata condizione comporta la decadenza dal beneficio, il pagamento dell'imposta in misura ordinaria, oltre alle sanzioni e agli interessi.

Come sopra evidenziato, l'interesse del legislatore, è quello di prevedere, in presenza di determinati requisiti, una disciplina fiscale di favore per i trasferimenti di determinati beni, al fine di favorire il passaggio nella gestione dell'azienda tra i più stretti familiari dell'imprenditore.

Non importa che tali trasferimenti siano disposti per testamento, per donazione o per mezzo del patto di famiglia. Ciò che rileva, insieme ad altre condizioni, è che sia operato il menzionato trasferimento all'interno della famiglia.



Non è pertanto condivisibile l'opinione che costruisce intorno alla disposizione in esame la disciplina generale in materia fiscale del patto di famiglia.

Si tratta, al contrario, di una disciplina speciale di favore che, alla presenza di determinate condizioni, si applica a varie tipologie di atti, tutti altrimenti soggetti all'imposta sulle successioni e donazioni, tra cui anche il patto di famiglia, accumunati dall'avere ad oggetto il trasferimento dell'azienda o delle partecipazioni societarie sopra descritte.

Con particolare riguardo al patto di famiglia, poi, nella norma in esame, nessun richiamo è fatto alle liquidazioni dei conguagli in favore dei legittimari non assegnatari.

Tali liquidazioni devono, pertanto, ritenersi escluse dall'esenzione, posto che la norma, come qualsiasi previsione agevolativa, non può che essere di stretta interpretazione, in quanto derogatoria rispetto al regime impositivo ordinario (cfr., con riferimento ad altre fattispecie, da ultimo Cass., Sez. 6-5, n. 21873 del 09/10/2020; Sez. 5, n. 7387 del 17/03/2020).

In sintesi, al patto di famiglia si applica la disciplina fiscale delle donazioni, sia per quanto riguarda il trasferimento dell'azienda sia per quanto riguarda le liquidazioni dei conguagli, tuttavia, ove sussistano i requisiti previsti del D.Lgs. n. 346 del 1990, art. 3, comma 4 ter, solo per il trasferimento dell'azienda o delle partecipazioni societarie, opera l'esenzione ivi prevista.

Si tratta, si ribadisce, di una particolare disciplina di favore, voluta da legislatore, per favorire il passaggio della gestione dell'impresa all'interno della famiglia che, nei casi in cui non trova applicazione, lascia lo spazio alla disciplina fiscale ordinaria in materia di successioni e donazioni.

17. In conclusione, il secondo e il terzo motivo di ricorso devono pertanto essere accolti in applicazione dei seguenti principi:

"1) Il patto di famiglia di cui agli artt. 768 bis e ss. c.c., è assoggettato all'imposta sulle donazioni sia per quanto concerne il trasferimento dell'azienda o delle partecipazioni societarie, operata dall'imprenditore in favore del discendente beneficiario, sia per quanto riguarda la liquidazione della somma corrispondente alla quota di riserva, calcolata sul valore dei beni trasferiti, effettuata dal beneficiario in favore dei legittimari non assegnatari;

2) In materia di disciplina fiscale del patto di famiglia, alla liquidazione operata dal beneficiario del trasferimento dell'azienda o delle partecipazioni societarie in favore del legittimario non assegnatario, ai sensi dell'art. 768 quater c.c., è applicabile il disposto del D.Lgs. n. 346 del 1990, art. 58, comma 1, intendendosi tale liquidazione, ai soli fini impositivi, donazione del disponente in favore del legittimarla non assegnatario, con



conseguente attribuzione dell'aliquota e della franchigia previste con riferimento al corrispondente rapporto di parentela o di coniugio;

3) L'esenzione prevista dal D.Lgs. n. 346 del 1990, art. 3, comma 4 ter, si applica al patto di famiglia solo con riguardo al trasferimento dell'azienda e delle partecipazioni societarie in favore del discendente beneficiario, non anche alle liquidazioni operate da quest'ultimo in favore degli altri legittimari." 18. Nel caso di specie, in applicazione dei principi enunciati, la liquidazione della somma di denaro, operata, nel patto di famiglia, dal beneficiario del trasferimento della partecipazione nella Società Sabini Due, figlio del disponente, in favore della legittimaria, anch'essa figlia del disponente ma non assegnataria di alcuna partecipazione in tale società, avrebbe dovuto essere assoggettata all'imposta sulle donazioni, tenendo in considerazione l'aliquota e la franchigia corrispondenti al rapporto padre-figlia, e non al rapporto fratello-sorella.

19. In conclusione, respinto il primo motivo di ricorsi), accolto il primo e il secondo, deve essere cassata la sentenza impugnata, nei limiti dei motivi accolti, con rinvio della causa alla CTR dell'Abruzzo, in diversa composizione, ai fini della determinazione dell'imposta dovuta da S.M., previa determinazione della base imponibile al netto della franchigia, tenendo in considerazione tutte le attribuzioni effettuate nel patto di famiglia in favore di quest'ultima (cfr. p. 4 della sentenza impugnata).

20. La CTR provvederà anche alla liquidazione delle spese del presente giudizio di legittimità.

P.Q.M.

La Corte accoglie il secondo e il terzo motivo di ricorso e, rigettato il primo, cassa la sentenza impugnata, nei limiti dei motivi accolti, con rinvio della causa, anche per le spese del presente grado di giudizio, alla CTR dell'Abruzzo in diversa composizione. Così deciso in Roma, nella Camera di consiglio della V Sezione civile della Corte Suprema di Cassazione, il 22 ottobre 2020.

Depositato in Cancelleria il 24 dicembre 2020

JUS CIVILE



GIANCARLO TANTILLO

Dottore in giurisprudenza

SULLA NATURA DEL PATTO DI FAMIGLIA: BREVE RASSEGNA DI DOTTRINA ALLA LUCE DI UN RECENTE ARRESTO DELLA CASSAZIONE

SOMMARIO: *1. Introduzione– – 2. Il patto di famiglia: brevi cenni. – 3. La natura del patto di famiglia. – 3.1. Tesi della natura donativa. – 3.2. Tesi della natura divisoria. – 3.3. Tesi della tipicità. – 3.4. (segue) Talune conseguenze pratiche. – 3.4.1. Formalità. – 3.4.2. Autorizzazione in presenza di incapaci. – 3.4.3. Rapporto con la comunione legale. – 4. La struttura. – 4.1. Tesi della struttura variabile. – 4.2. Tesi del contratto in favore di terzo. – 4.3. Tesi del contratto "ad almeno tre parti". – 4.4. Tesi della plurilateralità. – 5. Mancata partecipazione del legittimario non assegnatario. Conseguenze. – 6. Rapporti con i rimedi successori. – 7. Conclusioni.*

1. – Con l'arresto in epigrafe la Corte di Cassazione torna a pronunciarsi, dopo circa un biennio, in materia di patto di famiglia.

Analogamente all'ultima pronuncia in materia, l'oggetto della controversia è rappresentato dal regime impositivo della liquidazione che il beneficiario dell'azienda è tenuto ad effettuare nei confronti degli altri legittimari non assegnatari.

Al fine di rispondere al quesito postole, la Corte intraprende un lungo *excursus* in ordine alla natura e peculiarità del patto di famiglia, analizzandolo nei suoi aspetti più controversi.

Ciò che desta stupore, ed è stato oggetto del nostro interesse, è che con un lunghissimo *obiter dictum*, la Cassazione effettua una serie di valutazioni non strettamente necessarie ai fini della statuizione, ma che rappresentano un interessantissimo spunto di riflessione.

Infatti, con un grande inciso vengono sviscerati molti degli aspetti controversi del Patto di famiglia, fornendone autorevole lettura che può servire da guida a tutti gli operatori del diritto.

Con una certa fermezza la Corte prende posizione in ordine alla natura e struttura del patto di famiglia, nonché del relativo rapporto con i rimedi successori. Tali ed altri aspet-



ti, nell'ultimo quindicennio, sono stati oggetto di un vivacissimo dibattito dottrinario, che ha visto proliferare le più svariate tesi.

In un tale contesto, col presente studio, si intende analizzare alcuni dei controversi aspetti del patto di famiglia, senza alcuna pretesa di esaurirne la trattazione, mediante un'analisi comparata delle tesi fino ad oggi prospettate dagli studiosi in raffronto con quanto affermato dall'arresto in commento.

2. – Come evidenzia la Corte nella sua ampia motivazione, il patto di famiglia nasce dietro sollecitazioni da parte dell'Unione Europea, quale strumento per la tutela dell'interesse alla continuità dell'impresa a seguito della morte dell'imprenditore.

Infatti già da tempo era stata segnalata [1] una certa inadeguatezza del sistema italiano in ordine agli istituti con i quali l'imprenditore potesse regolare il passaggio generazionale dell'impresa. Il sostanziale mutismo del legislatore italiano, accompagnato dal rigore del divieto dei patti successori (art. 458 c.c.), lasciava ai consociati il testamento e la donazione quali unici strumenti per poter regolare gli interessi in gioco.

Una tale situazione, indubbiamente poco al passo coi tempi e con le esigenze di maggiore certezza, stabilità ed immediatezza nei rapporti d'impresa era frutto di una certa difficoltà a conciliare le esigenze successorie, ed in particolare i diritti dei legittimari, con quelle dell'economia di mercato che per converso non possono sottostare alle pastoie della rigida disciplina degli eredi necessari.

In questo contesto, già nel 1994, l'Unione Europea interviene [2] sollecitando i paesi membri – ed in particolare Italia, Belgio, Francia, Portogallo, Spagna e Lussemburgo – ad abrogare o comunque riscrivere i confini del divieto dei patti successori. Si era infatti rilevato che nel territorio comunitario molte imprese erano costrette a chiudere non tanto per la loro incapacità a stare sul mercato, quanto per la difficoltà a regolare e pianificare il passaggio generazionale.

In effetti si sentiva, e si sente tutt'oggi, la necessità di una riforma trasversale del diritto societario, successorio e fiscale che possa in modo armonico conciliare tutti gli interessi in gioco.

---

[1] Sul punto si veda: M. IEVA, *Il trasferimento dei beni produttivi in funzione successoria: patto di famiglia e patto di impresa. Profili generali di revisione dei patti successori*, in *Riv. not*., 1997, 6, 1371 ss; G. A.M. TRIMARCHI, *Il patto di famiglia*, in *Successioni e donazioni* a cura di G. IACCARINO, Milano, 2017, 1938.

[2] Raccomandazione della Commissione CE 7 dicembre 1994, n.1069.



Un modesto bilanciamento delle contrapposte esigenze si è cercato di creare mediante la l. 14 febbraio 2006, n. 55, che ha introdotto nel codice civile un nuovo contratto, il patto di famiglia, che il legislatore stesso definisce come quel *contratto con cui, compatibilmente con le disposizioni in materia di impresa familiare e nel rispetto delle differenti tipologie societarie, l'imprenditore trasferisce, in tutto o in parte, l'azienda, e il titolare di partecipazioni societarie trasferisce, in tutto o in parte, le proprie quote, ad uno o più discendenti*.

Tale disciplina sin da subito è stata percepita come lacunosa e spesso accompagnata da un linguaggio incerto; e per tali ragioni il relativo utilizzo ne è stato ampiamente sconsigliato. Anzi, il ceto notarile, direttamente investito del compito di ricevere questo nuovo contratto, non ha mancato di definirlo espressamente un naufragio [3].

3. – Già all'indomani del suo inserimento nel codice civile è sorto un vivace dibattito circa l'inquadramento dogmatico del patto di famiglia. Diverse sono le tesi che si sono fronteggiate, ognuna delle quali implica una diversa struttura e disciplina, con notevoli e diverse ripercussioni sul piano tecnico ed operativo. Aderire ad una tesi piuttosto che un'altra, infatti, è scelta tutt'altro che priva di risvolti applicativi.

3.1. – Un orientamento autorevolmente sostenuto [4] inquadra l'istituto in oggetto sotto lo schema della donazione modale. Tale intuizione ha l'indubbio pregio di cogliere nel congegno causale del patto di famiglia un irriducibile carattere di liberalità, il quale sicuramente ne rappresenta una importante componente, come conferma altresì la sentenza in commento [5].

---

[3] G. LAURINI, *Insuccesso dell'istituto e prospettive di rivitalizzazione nella prassi negoziale*, in *Successioni e donazioni,* a cura di G. IACCARINO, Milano, 2017*,*1994 e ss.

[4] A. MERLO, *Divieto dei patti successori ed attualità degli interessi tutelati. Profili civilistici del Patto di famiglia,* e C. CACCAVALE, *Appunti per uno studio sul patto di famiglia: profili funzionali e strutturali della fattispecie*, in AA.VV., *Patti di famiglia per l'impresa*, in *I quaderni della fondazione nazionale del notariato*, Milano, 2006, *in www.fondazionenotariato.it*; A. PALAZZO, *Il patto di famiglia tra tradizione e rinnovamento del diritto privato*, in *Riv. dir., civ.*, 2007, II, 267.

[5] La sentenza, rileva infatti che "non solo è operata una liberalità in favore degli assegnatari dell'azienda o delle quote sociali (…) ma viene anche soddisfatto il diritto alla quota di riserva del coniuge e dei discendenti, mediante conguaglio in denaro (o eventualmente in natura". Infatti al segmento liberale si affianca un'altra componente, avente natura di patto successorio, col quale si dispone dei propri futuri diritti di legittima.



Tale inquadramento dogmatico del patto di famiglia sembrerebbe confermato dalla collocazione sistematica dell'istituto, oltre che da uno dei principali effetti che la legge ne ricollega, ossia l'esenzione di quanto attribuito dal regime della collazione e dell'azione di riduzione per lesione. Infatti, come è stato correttamente osservato [6], se si ritenesse che tale negozio avesse carattere oneroso e non liberale, verrebbe meno ogni ontologico presupposto per l'operatività dei citati rimedi successori.

L'elemento della liberalità, però, sembrerebbe non poterne esaurire né ricomprendere l'intero congegno causale [7].

Sul punto, la sentenza in epigrafe, accogliendo le critiche già mosse da parte della dottrina, evidenzia correttamente che l'obbligo di liquidazione sussistente in capo al beneficiario dell'azienda non costituisce elemento accidentale – quale è il *modus* – bensì sua necessaria componente che ne connota la causa. Infatti esso non trova fondamento nell'autonomia privata, bensì direttamente in una previsione legislativa. E si badi bene: tale elemento sarà sempre e comunque ontologicamente presente, anche qualora i beneficiari non assegnatari rinuncino al proprio diritto alla liquidazione della relativa quota di riserva. In tal caso, ancorché l'obbligo non abbia trovato attuazione, il suo rifiuto implicherà una liberalità indiretta in favore dell'obbligato [8].

Una voce critica [9], analizzando il negozio di cui si tratta sotto il profilo squisitamente formale, ha altresì osservato che se ci si trovasse in effettiva presenza di una donazione, non si spiegherebbe la richiesta dell'atto pubblico come espressamente contemplata all'art. 768-*ter*: una tale previsione apparrebbe palesemente ultronea.

La tesi in oggetto è stata avallata da una recente sentenza di legittimità [10] avente oggetto anch'essa, come l'arresto in commento, l'inquadramento fiscale dell'atto di liquidazione dell'assegnatario, che viene espressamente qualificato come un *modus* con fonte legale.

La sentenza in epigrafe, mutando orientamento, afferma invece che l'assimilazione

---

[6] G. PETRELLI, *La nuova disciplina del "patto di famiglia"*, in *Riv. not*., 2006, 1, 407; L. GENGHINI, C. CARBONE, *Le successioni per causa di morte,* Padova, 2015, 1561.

[7] G. A. M. TRIMARCHI, *op. cit.,* 1952.

[8] A. CATAUDELLA*, Parti e terzi nel patto di famiglia*, in *Riv. dir. civ*., 2008, 2, 180.

[9] *op. ult. cit.,* 1562.

[10] Cass. 19 dicembre 2018, n. 32823, con note di D. DAMIANO, *Novità fiscali in tema di patto di famiglia*, in *Notariato*, 2019, 4, 458 e ss; di A. BENNI DE SENA, *Patto di famiglia e rilevanza fiscale dell'atto di liquidazione a favore dei letittmari non assegnatari*, in *Nuova. Giur. civ*., 2019, 3, 474 ss; e N. A. CIMMINO, *Il regime fiscale del patto di famiglia con attribuzione in favore del legittimario non assegnatario*, in *ilfamiliarista.it*, 29 febbraio 2019. In senso analogo, pur parlando di negozio gratuito *cum modus*, Comm. Trib. II grado Trentino – A. Adige Bolzano, 22 febbraio 2013, con nota di A. FERRARI, *Patto di famiglia, trattamento fiscale e oneri a favore del disponente*, in *Fam. dir*., 2013, 12, 1126 ss.



del patto di famiglia ad una donazione modale non può reggere se non in termini puramente didascalici per spiegare le generali dinamiche che muovono l'operazione; ma le due figure sono da intendersi geneticamente ed ontologicamente distinte.

Per ragioni di completezza si ricorda altresì un'isolata corrente di pensiero sostenuta da un Autore [11] secondo cui il patto di famiglia rappresenterebbe una "liberalità diretta a carattere non donativo".

Sicuramente corretto è l'inquadramento del patto di famiglia entro le liberalità non donative *ex* art. 809 c.c., nella misura in cui si definiscono queste ultime come ogni negozio diverso dalla donazione "tipica" e dal quale promana un elemento liberale [12]. Però, nel caso in esame, una volta preso atto che la funzione del patto di famiglia non si esaurisce in un mero profilo liberale, come tra l'altro ha ben presente detto Autore, ed in un'ottica di definirne ed inquadrarne nel complesso il relativo congegno causale, sembrerebbero doversi privilegiare altre prospettive qualificatorie.

In vero, ciò che sembrerebbe voler dire tale corrente di pensiero, non è tanto di creare una definizione esauriente del patto di famiglia, quanto di coglierne un aspetto al fine di determinarne la disciplina da applicare. In particolare, sull'assunto che alle liberalità *ex* art. 809 c.c. si applichino anche le norme "materiali" della donazione, si tenta di completare il regime normativo del patto di famiglia integrandolo con quello previsto agli artt. 769 e ss. c.c.

Ma anche una tale affermazione sembrerebbe non esente da critiche. Infatti, tutt'altro che pacifico è se alle liberalità atipiche si applichino o meno talune norme sulla donazione, dipendendo il tutto dalla natura che si vuol accogliere in ordine alle prime.

Senza voler entrare nell'articolato dibattito dottrinario sul punto [13], qui si ricorda che la giurisprudenza di legittimità [14] tende ad interpretare il richiamo alle norme della dona-

---

[11] S. DELLE MONACHE, *Spunti ricostruttivi e qualche spigolatura in tema di patto di famiglia*, in *Riv. Not*., 2006, 4, 893 ss.

[12] In dottrina sembra ormai del tutto prevalente il superamento e l'abbandono della configurabilità di liberalità non negoziali, ancorché non sempre sulla base della medesima ricostruzione. Cfr A. TORRENTE, *La donazione*, in *Tratt. dir. civ. comm.* Cicu-Messineo, 2. Ed., Milano, 2006, 50; G. CAPOZZI, *Successioni e donazioni*, Milano, 2015, 1670-1671; A. PALAZZO, *Le donazioni,* Artt. 769-809, in *Il codice civile Commentato*, diretto da P. SCHLESINGHER, Milano, 2000, 708-709; V. CAREDDA, *Le liberalità diverse dalla donazione*, Torino, 1996, 195 e ss; G. A. M. TRIMARCHI, *op. cit.,* 2593 e ss. *Contra*: B. BIONDI, *Le donazioni*, in *Tratt*. Vassalli, 1961, Torino, 909 e ss; F. TASSINARI, *Ipotesi dubbie di liberalità non donative*, in *Liberalità non donative e attività notarile. I quaderni della fondazione italiana per il notariato*, Milano, 2008, 30; E. DEL PRATO, *Le donazioni*, in *Comm. cod. civ. Scialoja e Branca*, Bologna, 2019, 587 ss.

[13] Per una recente analisi sul punto si veda: G. TANTILLO, *L'oggetto delle liberalità indirette, della collazione e delle azioni di riduzione. Profili di ammissibilità di una tutela reale del legittimario leso da una liberalità ex art. 809 c.c.*, in *Dir. pers. fam.*, 2020, 3, 995 ss.

[14] Cass. 5 febbraio 1975 n. 423 in *Mass. Giur. it.*, 1975; Cass. 28 novembre 1988 n. 6416, in *Mass.*



zione contenute nell'art. 809 c.c. in modo tassativo, nel senso che alle liberalità non donative non si applichino tutte le norme non espressamente richiamate.

Ne consegue che può ragionevolmente sostenersi che al patto di famiglia non troveranno applicazione, a prescindere da una astratta compatibilità, le norme contenute agli articoli 769 e ss c.c.

Si ricorda infine che secondo taluna giurisprudenza tributaria [15] mancherebbe nel patto di famiglia una componente *strictu sensu* liberale. Si ritiene che tale arresto possa non assumere rilievo per più ragioni. In primo luogo perché le valutazioni fiscali non assumono rilievo al fine della qualificazione civilistica dell'istituto. Inoltre il giudice parrebbe aver aderito ad una concezione "soggettiva" del concetto di liberalità, già ampiamente criticato da autorevole dottrina [16]. In ultimo la Cassazione, con la sentenza in epigrafe, chiarisce come, dal punto di vista fiscale, non rileva comunque alcun *animus donandi*, essendo applicabile il medesimo regime impositivo ad ogni negozio gratuito che implichi un incremento patrimoniale.

3.2. – Altra corrente di pensiero [17], invece, riporta il patto di famiglia all'alveo della divisione. Diversi sarebbero in effetti gli argomenti a favore di questa tesi. In primo luogo la collocazione sistematica sembrerebbe poter prestare fianco a questa ricostruzione, trovandosi collocati gli art. 768-*bis* e ss c.c. nel nuovo capo V-*bis*, del Titolo V c.c., che idealmente chiude la disciplina dedicata alla divisione ereditaria. Altro argomento si è rinvenuto nel dato letterale dell'art. 768-*bis*, il quale, analogamente a quanto previsto in sede di divisione, richiede la necessaria compresenza di tutti gli interessati, facendo conseguire l'affermazione della sua struttura inevitabilmente plurilaterale [18].

Giust. civ., 1988; Cass. 12 novembre 1992 n. 12181, in *Giur. it.*, 1994, 114 ss.

[15] Comm. Trib. Prov. Basilicata Matera, 5 dicembre 2017, con nota di M. TORTORELLI, *L'azienda acquistata con patto di famiglia non genera una sopravveniena attiva*, in *Fisco*, 2018, 4, 390 ss.

[16] L. GATT, *Le liberalità I*, Torino, 2006.

[17] N. DI MAURO, *I necessari partecipanti al patto di famiglia*, in *Fam. pers. succ.*, 2006, 6, 539 ss.; A. ZOPPINI, *L'emersione della categoria della successione anticipata*, in *I quaderni della fondazione italiana per il notariato*, cit., in *www.fondazionenotariato.it*; A. TORRONI, *Il patto di famiglia: aspetti di interesse notarile*, in *Riv. not.*, 2008, 2, 470; G. BONILINI, *Manuale di diritto ereditario e delle donazioni*, Torino, 2016, 208 ss. Parlano di natura divisionale in senso lato: G. AMADIO, *Divieto dei patti successori ed attualità degli interessi tutelati* e F. TASSINARI, *op.cit.*, cit.; F. GAZZONI, *Appunti e spunti in tema di patto di famiglia*, in *Giust. civ.*, 2006, 219.

[18] Le parti, secondo questa ricostruzione, non potranno essere meno di tre: l'assegnante, l'assegnatario dell'azienda o della partecipazione sociale, ed il legittimario liquidato.



Anche sotto un profilo funzionale, questa tesi si presta a ben spiegare le logiche sottese a tale contratto. Infatti, ed in effetti, con il patto di famiglia è come se si eseguisse una operazione divisoria avente oggetto il cespite assegnato, con contestuale liquidazione dei diritti dei non assegnatari mediante "conguaglio" in danaro od in natura.

Sul punto, obiezione assai diffusa rileva che, diversamente dalla divisione di diritto comune, il patto di famiglia opererebbe sulla base di una successione non ancora aperta, e pertanto non scioglierebbe alcuna comunione non essendosi la stessa ancora instaurata. Si sostiene [19] altresì che non sarebbe nemmeno fondata l'eccezione secondo cui il nostro ordinamento, in effetti, conosce forme di divisione in assenza di comunione, e precisamente la divisione del testatore *ex* art. 734 c.c.. Infatti, come sostenuto da parte della dottrina [20], tale *gap* di titolarità sarebbe risolto mediante l'affermazione secondo cui in sede successoria sussisterebbe sempre un "momento" di comunione (derivante dalla precedente disposizione istitutiva *ex lege* o testamentaria), sia esso ideale o mero logico presupposto; elemento qui evidentemente assente.

In senso opposto si muove la dottrina maggioritaria [21], arrivandosi altresì a sostenere [22] che l'elemento caratterizzante ogni operazione divisoria non sarebbe quello di dar luogo allo scioglimento di una comunione – la quale può anche non sussistere, come in caso di divisione testamentaria – quanto quello di eseguire operazioni di allocazione ed apporzionamento di cespiti patrimoniali in proporzione ad astratte quote. L'assenza di un "momento", sia anche solamente logico di comunione, non sembrerebbe ostativo alla configurazione della divisione nella misura in cui se ne ridefinisce come sopra il conge-

---

[19] Cfr. L. GENGHINI, C. CARBONE, *op. cit*., 1564.

[20] F.S. AZZARITI, G. MARTINEZ, G. AZZARITI, *Successioni per causa di morte e donazioni*, Padova, 1979, 636 ss.; G. AZZARITI, *La divisione*, in *Tratt. dir. civ*., diretto da P. RESCIGNO, Torino, 1982, VI, 375 – 376; G. CATTANEO, *La vocazione necessaria e la vocazione legittima*, in *Tratt. dir. priv.*, diretto da P. RESCIGNO, 5, Torino, 1982*.,* 376 ss.; G. CAPOZZI, *Successioni e donazioni,* Milano, 2015*,* 1428 – 1429; L. GENGHINI – C. CARBONE, *op. cit.,* 1297.

[21] G. BURDESE, *La divisione ereditaria*, in *Tratt. Vass*., 1980, Torino, 4 –5; 251 ss.; L. FERRI, *Dei legittimari*, in *Comm. cod. civ. Scialoja e Branca*, Bologna-Roma, 1971, 82; G. AMADIO*, La divisione del testatore*, in *Successioni e Donazioni*, a cura di P. RESCIGNO, II, Padova, 1994; V. LENOCI, *La divisione*, Torino, 2006, 248; V. BARBA, *Istituzione* ex re certa *e divisione fatta dal testatore*, in *Riv. dir. civ.*, 2012, I, 85 ss.; F. GAZZONI, *Manuale di diritto privato*, Napoli, 2016, 529; A. TORRENTE, P. SCHLESINGER, *Manuale di diritto privato*, Milano, 2017, 1451; D. BARONE, *La divisione predisposta o fatta dal testatore*, in *Successioni e donazioni*, a cura di G. IACCARINO, *Milano, 2017*, 1559.

[22] G. BURDESE, *op. cit.,* 255; C. ROMANO, *L'autonomia testamentaria*, cit. Per una recente panoramica sul punto si veda: G. TANTILLO, *L'intangibilità della legittima, tra azione di riduzione e divieto di pesi e condizioni. Verso una riserva esclusivamente in valore (?)*, in corso di pubblicazione su *Vita not.*, 1, 2021.



gno causale. Indici in tal senso, tra l'altro, sembrerebbero potersi altresì trarre dalla giurisprudenza [23].

Potrebbe anche rilevarsi, come tra l'altro afferma la sentenza in commento, che in effetti con il negozio in oggetto è come se si aprisse una breve "successione anticipata" limitatamente al cespite aziendale/societario che si vuole assegnare, con conseguente sua estromissione dalla "generale" vicenda successoria dell'assegnatario.

Da quanto esposto non appare peregrino riportare il patto di famiglia all'alveo di una divisione, salvo trovarsi di fronte all'insuperabile obiezione [24] secondo cui la presenza di un interesse liberale ne escluderebbe di per sé la natura *strictu sensu* divisoria.

Ciò non significa che non possa comunque riconoscersi una funzione *latu sensu* divisoria, come tra l'altro sostenuto da autorevole dottrina [25], facendo emergere *a contrario* la sostanziale autonomia causale del patto di famiglia, quale nuovo contratto tipico. Indici in tal senso sembrerebbero potersi trarre anche dalla giurisprudenza di merito [26].

3.3. – Gli orientamenti come sopra riportati sembrerebbero permeati da quella che autorevole dottrina [27] ha definito "mentalità conservatrice che permea ogni giurista", espressione di una inerzia che si manifesta nel desiderio di staccarsi il meno possibile dal terreno consolidato e che porta ad affrontare i problemi nuovi utilizzando gli schemi già noti e familiari.

Sembrerebbe dunque più ragionevole allontanarsi da queste correnti di pensiero, non essendovi necessità alcuna di inserire forzatamente il patto di famiglia entro schemi dogmatici che non gli si addicono o che comunque non lo rappresentano in ogni sua sfaccettatura.

---

[23] Cass. 14 luglio 2011, n. 155101, in *www.leggiditaliaprofessionale.it*; Cass. 25 maggio 2013, n. 12830, con nota di D. ACHILLE, *La divisione del testatore esclude l'operatività della collazione*, in *dir. giust., 24 maggio*; Cass. 14 luglio 1983 n. 4826, in *www.leggiditaliaprofessionale.it*; Cass. 10 novembre 1981, n. 5955, in *Giust. civ. Mass.*, 1981, 11; Cass. 18 novembre 1981, n. 6110, in *Giust. civ. Mass.*, 1981, 11; App. Firenze, 14 settembre 2011, in *www.leggiditaliaprofessionale.it*; App. Roma, 15 marzo 2011, in *www.leggiditaliaprofessionale.it*; Trib. Verona, 26 luglio 2011, in *giur. mer.,* 2002, 4-5, 973 ss.

[24] F. TASSINARI, *op. cit*.

[25] Si veda la nota 14.

[26] Si veda la nota 38.

[27] G. DE NOVA, *Il tipo contrattuale*, Padova, 1974, 1.; T. ASCARELLI, *Il negozio indiretto e le società commerciali*, in *Studi di diritto commerciale in onore di Cesare Vivante*, Roma, 1931, 25-26. Sul punto, un interessante spunto sul "conservatorismo" dei legisti si trae da A. DE TOCQUEVILLE, *La Democrazia in America*, Torino, 2014, 64-65; 310 ss.



Appare infatti ben più sostenibile la tesi in effetti sposata dalla stragrande maggioranza degli studiosi [28] secondo cui il patto di famiglia è, semplicemente, un nuovo tipo contrattuale.

Abbandonata la strada che cerca di comprimere il patto di famiglia entro altri schemi negoziali, e preso atto dell'assoluta originalità del suo congegno causale, si può dunque tentare di analizzarne le singole componenti della complessa causa.

Nella causa del patto di famiglia possono dunque intravedersi [29]: una funzione liberale, rappresentata dall'attribuzione dell'azienda o partecipazione sociale; una funzione divisoria, rappresentata dall'apporzionamento e liquidazione in favore dei legittimari non assegnatari; una corrispondente e conseguente funzione solutoria [30], rappresentata dalla soddisfazione dei diritti di riserva di questi ultimi; ed infine una funzione transattiva, volta a prevenire eventuali e future liti successorie e divisorie.

Si ricorda inoltre che, secondo un autore [31], il patto di famiglia avrebbe una funzione prevalentemente successoria, con la conseguente applicazione nei limiti della compatibilità della disciplina *ex* art. 456 e ss c.c.

A consacrare l'assoluta originalità del patto di famiglia interviene la Suprema Corte di Cassazione con la sentenza in commento, sottolineandolo espressamente in più passaggi. Una tale conclusione, ben lungi dal rimanere entro i confini di un vagheggiamento dottrinario, è foriera di non poche conseguenze pratiche.

---

[28] G. PETRELLI, *op. cit*., 406 ss.; G. CAPOZZI, *op. cit.,* 1455; C. M. BIANCA, *Diritto civile, 2.2., Le successioni*, Milano, 2015, 53 ss.; L. GENGHINI, C. CARBONE, *op. cit.*, 1564, 1565; L. GENGHINI, S. PERTOLDI, *I Singoli contratti*, Padova, 2020, 1139 e ss; G. DI GIANDOMENICO, *Divieto dei patti successori ed attualità degli interessi tutelati Il Patto di famiglia nella sistematica del codice*, F. MAGLIULO *L'apertura della successione: imputazione, collazione e riduzione,* G. CASU, *Il patto di famiglia. Rassegna ordinata di dottrina nella sua prima interpretazione*, A. MASCHERONI, *Divieto dei patti successori ed attualità degli interessi tutelati. L'ordinamento successorio italiano dopo la legge 14 febbraio 2006 n. 55*, U. LA PORTA, *La posizione dei legittimari sopravvenuti*, e G. AMADIO, *Divieto dei patti successori ed attualità degli interessi tutelati*, M.C. LUPETTI, *Il finanziamento dell'operazione:* family buy out, in AA.VV*., Patti di famiglia per l'impresa,* cit..; A. CATAUDELLA*, Parti e terzi nel patto di famiglia*, in *Riv. dir. civ*., 2008, 2, 180; G. OBERTO, *Il patto di famiglia*, testo della relazione presentata alla Giornata di studio sul tema «Patti di famiglia», organizzata dal Consiglio Notarile dei distretti riuniti di Torino e Pinerolo e dalla Scuola di Notariato «Franco Lobetti Bodoni» di Torino, svoltasi a Torino il 13 maggio 2006, in *Le monografie di Contratto e impresa*, diretto da F. GALGANO, Padova, 2006, in *https://www.giacomooberto.com/pattodifamiglia/pattodifamiglia.htm*; A. TORRENTE, P. SCHLESINGER, *Manuale di diritto privato*, Milano, 2017, 1414 e ss.; G. RIZZI, *Il Patto di famiglia. Analisi di un contratto per il trasferimento dell'azienda*, in *Notariato*, 4, 2006, 429 ss.

[29] Sul punto di veda: G. CAPOZZI, *op. cit*., 1454.

[30] Tale funzione solutoria non è incompatibile con la natura liberale dell'atto di liquidazione. Sul punto si veda il par. 3.4.3.

[31] G. SICCHIERO, *La causa del patto di famiglia*, in *Contr. Impr*., 2006, 4-5, 1261 ss.



3.4. – Senza alcuna pretesa di trattare tutte le implicazioni derivanti dall'inquadramento di cui sopra, di seguito si tenterà di analizzare taluni risvolti pratici di non modesto rilievo soprattutto per l'attività notarile.

3.4.1. – In primo luogo, da un punto di vista squisitamente formale, una volta qualificato il patto di famiglia quale negozio *sui generis*, l'unico vincolo che dovranno rispettare le parti è quello dell'atto pubblico, come espressamente richiesto dall'art. 768-*ter*[32] c.c.

Superata dunque la tesi che qualifica il patto quale donazione[33], ne consegue che viene definitivamente superata la necessità della presenza di due testimoni, come richiesta dall'art. 48 della legge notarile; nonché l'obbligo di specificare il valore di ogni bene mobile che compone l'azienda, richiesto dall'art. 782 c.c. Tra l'altro, con riferimento a tale ultima prescrizione, già in sede di donazione di azienda, la dottrina[34] dubita in ordine alla sua necessaria applicazione.

3.4.2. – In secondo luogo dalla pronuncia in commento potrebbero trarsi argomenti in ordine all'autorizzazione da richiedere ogni qual volta intervenga in atto un minore, sull'assunto che il negozio *de qua* integri atto di straordinaria amministrazione[35].

Sul punto bisogna preliminarmente rilevare come l'intera discussione ruoti sugli artt. 374 e 375 c.c., non potendo mai trovare applicazione l'art. 320 c.c. Infatti, ogni qual volta ci si troverà in presenza di un minore *in potestate* sorgerà un inevitabile conflitto di interesse col genitore, con la conseguenza che il primo sarà sempre rappresentato dal curatore speciale nominato ai sensi dell'art. 320, comma sesto, c.c., il quale agirà dietro autorizzazione ai sensi delle citate norme[36].

---

[32] In tal senso già: C. M. BIANCA, *op. cit*., 55.

[33] Si rileva che S. DELLE MONACHE, *Spunti,* cit., 786. pur parlando di liberalità non donativa, ritiene comunque applicabili le formalità proprie della donazione.

[34] A tale conclusione perviene la dottrina sulla base dell'osservazione che l'azienda, quale *universitas iuris*, sia un bene unitario. Sul punto si vedano, *ex multis*: G. CAPOZZI, *op. cit*., 1524 –1525; A. TORRENTE, *La donazione*, in *Tratt. dir. civ. comm. Cicu-Messineo*, Milano, 2006, 289; B. BIONDI, *Le donazioni*, in *Tratt. Vassalli*, Torino, 1961, 458 ss.

[35] G. CAPOZZI, *op. cit.*, 1464; G. RIZZI, *op. cit*., 435; E. L. GUASTALLA, *Minori, va evitato il conflitto*, in *Sole 24 Ore*, n. 50 del 20 febbraio 2006.

[36] Del tutto minoritaria è la tesi che definisce il curatore *ex* art. 320 c.c., comma sesto, sostituto del genitore ed in quanto tale la relativa attività dovrebbe essere accompagnata dalle medesime autorizzazioni pre-



Tanto premesso, è indubbio che per coloro che inquadrano il patto entro la donazione, il legale rappresentante dell'incapace si dovrebbe premunire di autorizzazione del giudice tutelare ai sensi dell'art. 374 c.c.

Di contro, secondo i sostenitori della natura divisoria, l'autorizzazione si dovrebbe richiedere al tribunale ordinario ai sensi dell'art. 375, comma primo, n. 3), c.c., che espressamente contempla la divisione.

Sul punto si è pronunciato il Tribunale di Reggio Emilia [37], il quale ha chiarito che il patto di famiglia integra sempre e comunque un atto di straordinaria amministrazione per il quale ci si dovrà premunire di autorizzazione *ex* art. 375, comma primo, c.c. Si è infatti osservato che ad una applicazione analogica di tale articolo si può pervenire su almeno due ragioni. In *primis*, qualora il minore assuma le vesti di legittimario tacitato, come nel caso oggetto della pronuncia citata, egli compie un atto dispositivo di un proprio diritto ottenendo in cambio una utilità, compiendo un negozio che rientra nei confini dell'onerosità [38]. In *secundis* il Tribunale rileva che ad una tale conclusione si perviene altresì sulla base dell'indubbia componente divisoria facente parte del congegno causale del patto. Come è stato osservato [39] ciò non rappresenta alcun *assist* alla tesi della natura divisionale, in quanto il giudice ritiene applicabile l'art. 375 c.c., ma il numero uno, che riguarda l'alienazione di beni, e non il numero tre, che invece si riferisce espressamente alla divisione.

Argomenti in favore di una tale ricostruzione possono trarsi dalla pronuncia in commento, la quale afferma che col patto i legittimari non assegnatari ottengono una conversione del proprio diritto di legittima, implicando ciò atto dispositivo *latu sensu* assimilabile ad un'alienazione. Potrebbe altresì osservarsi che la Corte sottolinea che, tra le funzioni del patto, vi sarebbe anche quella di prevenire future liti successorie e divisorie. Sotto questo profilo infatti, come già osservato, il patto assume una funzione transattiva, così ricadendo ancora una volta nei confini dell'art. 375, ma questa volta nella fattispecie contemplata al numero quattro.

---

viste per i genitori. Sul punto di veda: L. GENGHINI, *La volontaria giurisdizione e il regime patrimoniale della famiglia*, Padova, 2013, 603.

[37] Trib. Reggio Emilia 19 luglio 2019, con note di F. VOLPE, G. ANNUNZIATA ARCANGELO, *Patto di famiglia e partecipazione dell'incapace*, in *Corr. mer.*, 2013, 2, 160 ss, e A. FERRARI, *Patto di famiglia, non assegnatario interdetto e conflitto di interessi*, in *Fam. dir.*, 2013, 4, 356 ss.

[38] Cfr. G. SANTARCANGELO, *La volontaria Giurisdizione*, I, Milano, 2003, 350 e ss.

[39] A. FERRARI, *Patto di famiglia, non assegnatario interdetto e conflitto di interessi,* cit., 359.



3.4.3. – Qualificare il patto di famiglia quale negozio in parte liberale implica altresì sciogliere ogni dubbio circa il rapporto tra quanto assegnato e la comunione legale dei beni.

Sul punto l'art. 179, lettera b), c.c. espressamente contempla tra i beni esclusi dal regime della comunione legale tra i coniugi gli acquisti con provenienza donativa.

Una volta esclusa la natura di donazione, sembrerebbe in un primo momento dover concludere per la caduta in comunione di quanto attribuito col patto di famiglia; sebbene una tale affermazione appaia precipitosa.

Infatti nella misura in cui il patto di famiglia integra una liberalità, essa ricadrà nella categoria residuale delle liberalità non donative *ex* art. 809 c.c..

Sul punto la dottrina [40], con l'avallo della giurisprudenza [41], ha precisato che anche le fattispecie contemplate da tale norma sono da ritenersi ricomprese nel perimetro dell'art 179, lettera b), c.c.. Quindi può ragionevolmente concludersi che l'azienda o partecipazione sociale attribuite col patto di famiglia sono da ritenersi escluse dal regime della comunione legale.

Più problematico, invece, si pone il problema circa il regime da applicare alla somma liquidata in favore dei legittimari non assegnatari.

Parte della dottrina [42] ha osservato che il pagamento di tale somma non potrebbe qualificarsi come liberalità, essendo adempimento di un obbligo imposto per legge.

In senso contrario si muove la giurisprudenza, che invece ha espressamente qualificato questa attribuzione quale liberalità, mancando qualsiasi rapporto di corrispettività tra i soggetti interessati. Il problema si pone però nell'andare a verificare chi sia l'effettivo disponente di tale elargizione liberale.

Sul punto, parte della giurisprudenza [43] ha ritenuto che donante indiretto è da ritenersi lo stesso soggetto che procede alla liquidazione.

In senso contrario si muove la sentenza in epigrafe [44] la quale, come già espresso da taluna dottrina [45], afferma che tale attribuzione è da intendersi proveniente direttamente

---

[40] L. GENGHINI, *op. cit.*, 386.

[41] Cass. 14 dicembre 2000, n. 15778, con nota di F. CURTI, *Alloggi in cooperativa, donazioni indirette e comunione legale: fattispecie insolite tra principi consolidati ed eccezioni configurabili*, in *Dir. fam*., 2001, 938 ss; Cass. 15 novembre 1997, n. 11327, in *Foro it*., 1999, 994 ss.

[42] G. OBERTO, *op. cit.*;

[43] Si veda la nota 10.

[44] Si precisa che detta sentenza si pronuncia ai soli fini fiscali, ma ciò non toglie che una tale conclusione non possa essere utilizzata al di fuori dell'alveo suo proprio.

[45] A. BENNI DE SENA, *Family* buy-out *e prospettiva ereditaria*, in *Vita not*., 3, 2020, 1576; M. CECCI,



dal disponente in quanto preordinata alla soddisfazione di pretese successorie. Bisogna però precisare che una tale conclusione è finalizzata al sol fine di determinare il corretto regime impositivo dell'atto di liquidazione, sebbene non si esclude che possa essere spunto di riflessione altresì ai fini di una valutazione civilistica dell'operazione.

Ad ogni buon conto, quale sia la tesi che si voglia adottare in ordine all'individuazione del patrimonio da cui proviene la liberalità, è indubbio che anche la liquidazione è ricompresa nell'ambito applicativo dell'art. 179, lettera b), c.c. ed è pertanto esclusa dalla caduta in comunione.

4. – Altro aspetto del patto di famiglia che è stato oggetto di grandi discussioni è rappresentato dalla relativa struttura.

Si è ritenuto di dover affrontare l'argomento in modo separato rispetto al precedente in quanto si ritiene che questo assuma un carattere trasversale. Infatti, all'interno delle diverse teorie circa la natura del patto di famiglia si annidano diverse ed opposte correnti di pensiero in ordine alla sua struttura.

4.1. – Secondo l'orientamento più diffuso in dottrina [46], il patto di famiglia sarebbe un contratto a struttura variabile. Con tale locuzione si vuole intendere che le uniche parti strettamente necessarie ai fini della valida stipula di tale negozio sono il disponente e l'assegnatario dell'azienda o della partecipazione sociale. I legittimari non assegnatari, di contro, avrebbero solo la mera possibilità di partecipare o meno al negozio per ottenere la liquidazione di quanto loro spettante. Invece, per il caso in cui questi non si ritenessero soddisfatti dell'ammontare della somma da liquidarsi, sorge il problema di individuare il rimedio a tutela dei relativi diritti; problema a cui sono state date risposte assai diverse, riflesso della diversa costruzione dogmatica cui ogni singolo autore ha ritenuto di dover aderire e che saranno esaminate in un apposito paragrafo.

A fondamento della tesi in commento vengono posti una pluralità di argomenti. In

---

Patto di famiglia e imposte dirette. I profili fiscali alla luce dell'analisi civilistica, in *Giur. comm*., 2020, 5, 1151; G. RIZZI, *op. cit*., 432.x

[46] L. GENGHINI, C. CARBONE, *op. cit*., p. 1581; C. CACCAVALE, *op. cit*.; G. SICCHIERO, *op. cit*.; C.M. BIANCA, *op. cit*., 49; G. PERLINGIERI, *Il patto di famiglia tra bilanciamento dei principi e valutazione comparativa degli interessi*, in *www.fondazionenotariato.it*; G. PETRELLI, *op. cit*., 428; G. OBERTO, *op. cit*.; A. CHECCHINI, *Patto di famiglia e principio di relatività del contratto*, in *Riv. Dir. civ*., 2007, 3, 297 ss.



primo luogo si afferma che il dato letterale dell'art 768-*bis* c.c. non sarebbe pregnante. Infatti spesso accade che il legislatore utilizzi una parola in un significato atecnico o lato.

Altro argomento assai diffuso è rinvenuto nel testo dell'art. 768-*sexies* c.c., il quale parla in modo generico di legittimari che non abbiano partecipato al patto, e non di legittimari "sopravvenuti". Ciò lascia trapelare che non vi sia, in effetti, la necessità che tutti tali soggetti debbano necessariamente partecipare alla stipula.

Un autore [47], con originalità, ha osservato che nel nostro ordinamento ha già conosciuto istituti che legittimassero la tacitazione in denaro anche contro la volontà del legittimario interessato: ci si riferisce all'abrogato istituto della commutazione, contemplato dal vecchio testo nell'art. 537, comma terzo, c.c.. Ne consegue che una tale interpretazione della struttura del patto di famiglia è foriera di una logica tutt'altro che sconosciuta tanto al ceto dei giuristi quanto al sistema positivo.

Si è altresì ritenuto eccessivo [48] il ricorso alla nullità *ex* art. 1418 c.c. a fronte della mancata presenza di tutti i legittimari interessati. Infatti tale istituto opererebbe solo ove il legislatore non disponga diversamente; ed in tal caso in effetti, il legislatore "dispone diversamente" avendo contemplato i rimedi cui all'art. 768-*sexies* c.c.

Sostengono la tesi in oggetto buona parte di coloro che hanno ritenuto di dover qualificare il patto quale nuovo tipo contrattuale. Si muovono altresì in questa direzione parte di coloro [49] che, invece, ritengono che il patto abbia natura di donazione modale. A tale conclusione può giungersi sulla scorta dell'evidenza che ai fini del perfezionamento dell'atto donativo è richiesta la presenza del donante e del donatario, essendo "affare" di quest'ultimo adempiere al *modus*.

Si è dunque affermato [50] che la "minima unità effettuale" del patto di famiglia si rinviene nell'accordo tra disponente ed assegnatario, il quale si compone di tre elementi: il trasferimento dell'azienda, la determinazione delle quote da liquidare ai non assegnatari e l'obbligo in capo all'assegnatario di eseguire dette liquidazioni.

In buona sostanza la partecipazione del legittimario non assegnatario consente a quest'ultimo di concorrere alla determinazione della somma da liquidarsi ed è concepita nell'esclusivo interesse di quest'ultimo. Nel caso di un suo comportamento ostruzionistico, questi, avendo perduto l'opportunità di determinare quanto dovutogli, avrà solamente

---

[47] G. SICCHIERO, *op. cit.*, 1233.

[48] *Op. ult. cit.*, 1234.

[49] C. CACCAVALE, *op. cit.*

[50] G. PERLINGIERI, *op. cit.*



il diritto a pretendere quanto dagli altri determinato [51]. Una tale ricostruzione, se posta in questi termini, stimolerebbe il legittimario non assegnatario a non assumere comportamenti ostruzionistici.

Coloro che sostengono questa tesi sono mossi dalla comune intenzione di non rendere vana la riforma, e cercare di individuare un ampio spazio di utilizzabilità del patto di famiglia. Infatti la necessaria presenza di tutti i legittimari non assegnatari avrebbe la logica conseguenza di attribuire a questi ultimi un potere di veto sull'intera operazione.

4.2. – Un'isolata corrente di pensiero [52] ritiene che il patto di famiglia rientri nello schema del contratto in favore di terzo. Più precisamente tale contratto sarebbe esclusivamente bilaterale, vedendo come parti necessarie solo il disponente ed il beneficiario. L'obbligo, in capo a quest'ultimo, di liquidare i legittimari non assegnatari sarebbe espressione della deviazione in loro favore di una sorta di corrispettivo che l'assegnatario dovrebbe versare al disponente.

Gli argomenti portati a fondamento di questa tesi sarebbero non pochi. In primo luogo anche questa tesi fa leva sulla non vincolatività del dato letterale di cui all'art. 768-*quater* c.c. La mancata partecipazione del legittimario non assegnatario darebbe luogo a mera inopponibilità del patto nei suoi confronti.

Si è pure osservato che un contrario assunto non potrebbe dedursi dall'inquadramento del patto entro la divisione, essendo tale ultima ricostruzione del tutto errata. Infatti, se così fosse, non si riuscirebbe a comprendere come l'art. 768-*quater*, comma quarto, esenti quanto attribuito dalla collazione, la quale è un passaggio logico antecedente all'operazione divisoria. Questa motivazione, invero, appare assai più debole. Infatti, come sopra evidenziato, la divisione di cui al patto di famiglia opererebbe con riferimento ad una sorta di "patrimonio separato" del disponente rappresentato da quanto assegnato, quale vicenda ben distinta dalla sua successione.

Si evidenzia altresì che una tale ricostruzione avrebbe l'ulteriore pregio di attribuire sistematicità alla disciplina del patto, in vero assai criticata anche sul punto.

La ricostruzione del patto di famiglia quale negozio tipico, ma con parziale deviazione degli effetti in favore di terzo avrebbe il pregio di spiegare il come ed il perché quanto liquidato ai legittimari non assegnatari si imputi al patrimonio del disponente. Infatti la

[51] G. A. M. TRIMARCHI, *op. cit.,* 1950.

[52] U. LA PORTA, *op. cit*.



somma con la quale si liquida è come se fosse un corrispettivo [53] che l'assegnatario dovrebbe pagare al disponente e che questi devia in favore degli altri legittimari, così integrando una donazione indiretta in loro favore. In buona sostanza, in tal modo i legittimari tacitati sarebbero aventi causa del disponente, così riconoscendo una coerenza col sistema dell'art. 768-*quater*, comma terzo, c.c.

Una tale ricostruzione non farebbe comunque venir meno la natura liberale dell'attribuzione dell'azienda o della partecipazione: il corrispettivo "deviato" in favore dei legittimari non assegnatari, sarebbe comunque parametrato con riferimento alle quote di questi ultimi. Pertanto risulta *a contrario* una liberalità pari "al netto" del valore complessivo dell'azienda a cui si sottrae quanto liquidato ai non assegnatari.

Tale argomento, sicuramente raffinato e logicamente coerente, non appare comunque determinante in quanto, comunque si voglia ricostruire il patto, l'obbligo di imputare quanto ricevuto alla successione del disponente trova comunque fondamento nella legge, a prescindere dalla ricostruzione che si voglia fare dell'istituto, e si spiega entro le logiche di composizione degli interessi in gioco che opera il patto di famiglia.

Infine, ultimo argomento si potrebbe rinvenire nella natura dell'azione di annullamento *ex* art. 768-*sexies,* comma secondo, c.c. Essa, ben lungi dal rappresentare una azione di risoluzione per inadempimento [54], è invece strumento di tutela dei legittimari non assegnatari – e non partecipanti – al patto. Questi, qualora non ritenessero soddisfacente il *quantum* da liquidarsi in loro favore, potrebbero dunque chiedere ed ottenere l'annullamento del contratto con conseguente "ripristino" delle ordinarie logiche successorie.

L'insieme di questi elementi, cui si aggiunge il dato letterale dell'art. 768-*sexies* c.c. che parla genericamente di legittimari non partecipanti, contribuirebbero a conferme la struttura di negozio bilaterale con parziale deviazione degli effetti in favore di terzi.

Tale tesi, indubbiamente suggestiva e ben argomentata è rimasta isolata, senza l'avallo di altri sostenitori né della giurisprudenza. Anzi, proprio l'arresto in epigrafe, ne prende espressamente le distanze prediligendo una diversa ricostruzione meglio analizzata nei successivi paragrafi.

---

[53] Parla di "corrispettivo" anche F. GAZZONI, *op. cit*., 221.

[54] U. LA PORTA, *op. cit*., afferma senza indicare la fonte che sarebbe tesi sostenuta dal Prof. R. Sacco quella secondo cui l'azione in oggetto si inquadrerebbe in una azione di risoluzione *sui generis*. Tale affermazione sarebbe contraddetta dall'assenza di un sinallagma tra i soggetti che essa coinvolge. Sul punto si veda anche G. SICCHIERO, *op. cit*., 1261 ss.



4.3. – Sulla scia di argomenti simili a quelli di cui al precedente paragrafo, un autore [55] ha ritenuto di definire il patto di famiglia come contratto ad almeno tre parti.

Punto di partenza di questo pensiero è quello di ricercare una concreta utilizzabilità di tale istituto alla luce degli intenti che ne hanno spinto l'introduzione. In particolare, si cerca una via atta ad evitare che un atteggiamento ostruzionista o vessatorio di uno dei legittimari possa in concreto bloccare un'operazione dal rilievo pubblicistico quale il passaggio generazionale di azienda.

Pertanto, ancora una volta si fa leva sul carattere non vincolante del dato letterale utilizzato dal legislatore ("devono partecipare") nonché sulla generica formulazione dell'art. 768-*sexies* c.c., che non parla espressamente di legittimari sopravvenuti. Sul punto si osserva altresì che, anche a voler ritenere quest'ultimo articolo limitato solo ai legittimari sopravvenuti, in ogni caso non verrebbe garantita l'esigenza di stabilità del patto, il quale potrebbe comunque esser caducato mediante l'azione di annullamento contemplata all'art. 768-s*exies* c.c. da parte di taluno di essi.

Altro singolare argomento sarebbe rinvenuto nell'ammissibilità di un recesso, che confermerebbe la non stretta necessità di tutti gli interessati ai fini della validità del patto.

Tale corrente di pensiero critica altresì la tesi della struttura variabile, limitatamente all'ipotesi in cui si ammette la sola partecipazione del disponente e dell'assegnatario. Infatti, in tale caso, l'operazione dovrebbe essere qualificata come mera donazione, sulla scorta dell'osservazione che mancherebbe una regolamentazione per la liquidazione, che richiede il necessario "contraddittorio" con gli interessati. Sulla scorta di tale assunto si ritiene che debba partecipare alla stipula "almeno un" legittimario non assegnatario, quale esponente della categoria dei controinteressati.

Bisogna però osservare che un tale argomento appare assai debole, in quanto l'assenza del legittimario non assegnatario in effetti non implicherebbe la necessaria mancata regolamentazione dei profili evidenziati, quanto il fatto che vi si proceda in assenza di contraddittorio con coloro che nei fatti dovrebbero "subirne" gli effetti.

Tale tesi, indubbiamente originale ed autorevolmente sostenuta, è rimasta isolata e priva di alcun supporto giurisprudenziale.

4.4. – Secondo un orientamento assai diffuso, il patto di famiglia richiederebbe la necessaria partecipazione del disponente, del beneficiario dell'assegnazione e di tutti i po-

[55] A. CATAUDELLA, *Parti e terzi nel patto di famiglia*, in *Riv. dir. civ.*, 2008, 2, 179 ss.



tenziali legittimari, assumendo la struttura di contratto trilaterale [56] in quanto espressione e strumento di composizione di tre distinti poli di interessi.

A tale conclusione si può pervenire in primo luogo sulla base dell'analisi del dato positivo. Infatti, l'art. 768-*quater*, comma primo, c.c. afferma in chiare lettere che al "*contratto devono partecipare anche il coniuge e tutti coloro che sarebbero legittimari ove in quel momento si aprisse la successione nel patrimonio dell'imprenditore*".

È stato altresì ritenuto [57] che il medesimo articolo, al comma secondo, nell'utilizzare la parola "*contraenti*" sembrerebbe riferirsi a tutti i soggetti di cui sopra, dando ulteriore conferma della loro necessaria presenza.

Altro argomento sarebbe rinvenibile nella funzione del patto, la quale è quella di mediare tra le diverse e contrapposte esigenze di continuità d'impresa e di tutela dei legittimari, non potendosi dare assoluta preminenza alle prime.

Ulteriori indici in tal senso si trarrebbero anche dai lavori preparatori e dalla relazione di accompagnamento alla legge [58]; oltre che da una proposta di emendamento in sede di approvazione in Senato [59], poi bocciata, che espressamente prevedeva la vincolatività per i legittimari non sottoscriventi.

Si è pure osservato [60] che la disciplina del patto di famiglia contiene una rilevantissima deroga al divieto dei patti successori. Ciò implicherebbe un necessario contraddittorio di tutti i soggetti coinvolti, onde evitare che taluni possano subire decisioni altrui aventi oggetto così delicate posizioni patrimoniali.

L'insieme di questi elementi contribuirebbe a dare una lettura restrittiva dell'art. 768-*sexies*, c.c. che risulterebbe trovare applicazione solo con riferimento ai legittimari sopravvenuti, ossia coloro che non esistendo al momento di stipula del patto, non hanno giocoforza potuto parteciparvi.

Sulla base di tali argomenti, aderiscono alla tesi in oggetto anche taluni degli autori [61] che qualificano il patto quale donazione modale.

---

[56] F. GAZZONI, *op. cit*., 219 ss.

[57] L. GENGHINI, S. PERTOLDI, *op. cit*., 1137.

[58] Relazione Buemi al progetto di legge 08.04.2003, n. 3870; Relazione Buemi alla Commissione Giustizia della Camera dei Deputati del 23.09.2003; Relazione Buemi in aula nella seduta del 25.07.2005, n. 661 alla Camera; Relazione Semeraro Commissione Giustizia del Senato in sede referente dell'08.11.2005 in riferimento al d.d.l. n. 3567 e n 1353. Sul punto si veda: N. DI MAURO, *op. cit*., 534 ss.

[59] Emendamento 2.1. (Fassone).

[60] G. CAPOZZI, *op. cit*., 1457-1458.

[61] A. PALAZZO, *op. cit.,* 267 ss. In tal senso anche: S. DELLE MONACHE, *Spunti,* cit., 893 ss.



Invece, coloro [62] che ritengono che il patto di famiglia abbia natura di divisione in senso tecnico arrivano a tale soluzione non solo e non tanto sulla base di quanto esposto, ma applicando le ordinarie logiche proprie del contratto di divisione.

Infine si ricorda che, oltre ai soggetti che devono partecipare al patto, la dottrina [63] ha individuato altri che "possono" parteciparvi, ferma restando la loro non stretta necessità. Ci si riferisce agli ascendenti ed i discendenti di secondo grado, ossia coloro che secondo le ordinarie regole successorie verrebbero subordinatamente ai figli del disponente.

In ordine alla natura plurilaterale del patto si è pronunciata, sebbene con un *obiter dictum*, la giurisprudenza tributaria [64]. In tale ordine di idee si colloca altresì la Corte di Cassazione con la pronuncia in commento, la quale, con maggiore autorevolezza, ancorché sempre tramite *obiter dictum*, osserva che la necessaria presenza dei legittimari non assegnatari è funzionale ai fini di poter ottenere la conversione della loro quota di riserva in mero diritto di credito immediatamente esigibile. Infatti ci si trova in presenza di un atto dispositivo dei diritti di legittima, che richiede il necessario consenso dell'interessato. Ciò rende così loro opponibile il patto e, soprattutto, permette di poter immediatamente ottenere la soddisfazione della propria posizione evitando ostruzionismi da parte dell'assegnatario.

Dalla sentenza citata, in conclusione, emerge l'idea che l'esigenza di dare continuità dell'impresa e quella di tutela dei legittimari abbiano peso equivalente, essendo espressione di interessi di analogo rilievo senza che uno possa predominare sull'altro.

5. – In relazione alla tesi cui si aderisce in ordine alla struttura del patto, ne consegue una diversa ricostruzione dell'effetto che si ricollega all'assenza di uno dei legittimari non assegnatari in sede di stipula del patto.

Quale premessa si ricorda che, tra coloro che non ne ritengono necessaria la partecipazione, non vi è assolutamente alcuna unità di vedute, essendo state prospettate le tesi, e relative varianti, più disparate.

Secondo una tesi assai autorevole [65], i legittimari che non abbiano partecipato al patto si trovano di fronte ad un'alternativa: possono aderire a tale negozio in un secondo mo-

[62] Si veda la nota 17.

[63] A. TORRONI, *op. cit*., 481.

[64] Comm. Trib. II grado Trentino – A. Adige Bolzano, 22 febbraio 2013, cit.

[65] G. PETRELLI, *op. cit.,* 427 ss.; L. GENGHINI, S. PERTOLDI, *op. cit*., 1160; L. GENGHINI, C. CARBONE, *op. cit*., 1582;



mento, mediante la stipula di un "contratto successivo" *ex* art. 768-*quater*, comma terzo, c.c.; o agire in riduzione e chiedere la collazione dell'azienda o partecipazione sociale assegnata.

Una tale prospettiva implica riattivare i rimedi successori della collazione e riduzione che la disciplina del patto sembrerebbe voler disinnescare. Detta soluzione si pone però in armonia col principio di relatività degli effetti del contratto, in quanto, come è stato correttamente osservato [66], la preclusione *ex* art. 768-*quater*, comma quarto, c.c. non può che operare esclusivamente tra le parti.

Il regime come sopra descritto opererebbe solo con riferimento ai legittimari non partecipanti ma già esistenti al momento della stipula, dovendosi di contro ritenere applicabile il rimedio cui all'art. 768-*sexies* c.c. ai soli legittimari sopravvenuti [67].

Secondo una diversa ricostruzione [68] che non distingue tra i legittimari sopravvenuti o esistenti al momento della stipula del patto, questi potrebbero o "profittarne", aderendovi ma ai sensi dell'art. 768-*sexies* c.c. o, qualora non lo ritengano conforme ai loro interessi, agire in riduzione.

Altra problematica poi sorge in ordine al "come" debba operare l'azione di riduzione. Infatti secondo una isolata ancorché autorevole ricostruzione [69], tenuto conto della specifica funzione di conservare la stabilità dell'impresa propria del patto, si giustificherebbe una interpretazione che riconosca al legittimario una mera tutela per equivalente.

Altri studiosi [70], ritenendo che tra gli scopi del patto vi sia quello di escludere *in toto* l'operatività di ogni rimedio successorio, ritiene applicabile quale unico rimedio in favore dei legittimari (senza distinguere tra sopravvenuti e non) la pretesa *ex* art. 768-*sexies* c.c.

Una tale ricostruzione risulta però non tenere conto del fatto che in questo modo tali legittimari dovrebbero "subire" la determinazione del valore dell'azienda o partecipazione sociale come effettuata da terzi.

Per tale ragione c'è chi ha ipotizzato che sarebbe legittima una rideterminazione giudiziale a richiesta dell'interessato [71]. Altri [72], invece, proponendo una singolare interpre-

---

[66] A. Checchini, *op. cit*., 297 ss.

[67] G. Pertrelli, *op. cit.,* 432.

[68] C. M. Bianca, *op. cit*., 51.

[69] G. Perlingieri, *op. cit.*

[70] G. Oberto, *op. cit*.; C. Caccavale, *op. cit*.; A. Cataudella, *op. cit*., 182.

[71] G. Sicchiero, *op. cit*., 267.

[72] U. La Porta, *op. cit.*



tazione dell'azione di annullamento contemplata all'art. 768-*sexies* c.c., affermano che i legittimari non partecipanti che abbiano ritenuto non conveniente l'adesione al patto possano ottenerne la caducazione ai sensi della citata norma.

Un altro orientamento distingue tra legittimari invitati a partecipare alla stipula e non. Quanto ai primi, essendo stata loro libera scelta non partecipare alla determinazione del valore di quanto attribuito, il patto sarà loro sicuramente opponibile, potendo dunque ottenere solo la liquidazione come dagli altri determinata. Per quanto attiene ai soggetti non convocati, si dovrebbe ritenere applicabile analogicamente l'art. 1113 c.c., con la conseguenza di rendere il patto loro inopponibile. Si badi bene: sebbene anche in tal caso si parli di inefficacia relativa, essa discende direttamente dall'applicazione analogica della citata norma e non dall'applicazione dei rimedi successori [73].

Nell'ottica di escludere l'operatività dei rimedi successori, una tesi [74] assai originale ritiene che l'assenza di uno dei legittimari non assegnatari farebbe si che il patto debba essere riqualificato come donazione modale, in armonia con il principio di conservazione degli effetti giuridici *ex* art. 1367 c.c. e con l'art. 1424 c.c. Sarebbe comunque sempre ammessa una adesione successiva da parte degli interessati che implicherebbe una convezione del negozio in patto di famiglia.

Infine, maggiore coerenza vi è tra coloro che ritengono che al patto debbano necessariamente partecipare tutti i legittimari non assegnatari.

L'unica soluzione cui si può pervenire per il caso dell'assenza di uno di tali soggetti, è quello della radicale nullità del negozio.

A questa conclusione può pervenirsi affermando la violazione di una norma imperativa, quale è il dato letterale dell'art. 768-*quater* c.c. Tale conclusione è rafforzata da coloro che affermano la natura divisoria del patto, sull'osservazione che detto negozio richiede a pena di nullità la presenza di tutti gli interessati (argomentando dall'art. 784 c.p.c.). Altri ancora hanno ritenuto che la nullità deriverebbe dalla mancanza di causa [75] per impossibilità di raggiungimento dello scopo del patto.

Si è altresì [76] rilevato che tale soluzione ben potrebbe essere uno strumento di prote-

---

[73] Infatti è pacifico che all'azione di riduzione consegua una declaratoria di inefficacia relativa del negozio lesivo nei confronti del legittimario-attore, dando luogo dunque ad un fenomeno di inopponibilità. In tal caso, però, le norme sulla riduzione non si riterrebbero applicabili ai sensi dell'art. 768-quater, ultimo comma, c.c.

[74] G. Rizzi, *op. cit*., 434.

[75] F. Magliulo, *op. cit*.

[76] F. Gazzoni, *op. cit*., 219.



zione verso accordi fraudolenti o strumentali a danno dei non partecipanti.

Verso quest'ultima soluzione si pone anche la Cassazione, con la pronuncia in commento, facendo leva sostanzialmente sul dato letterale dell'art. 768-*quater* c.c.

Questa rappresenta la prima autorevole pronuncia sul punto, la quale sicuramente segnerà una svolta nell'interpretazione dell'istituto. Indubbio pregio è semplificare notevolmente le questioni interpretative connesse al patto che, come visto, portano al proliferare delle tesi più disparate in spregio ad ogni esigenza di certezza del diritto. Dall'altro depotenzia di non poco l'operatività dell'istituto, ancorché una tale affermazione finisca per avere portata più teorica che pratica. La prudente prassi notarile, a prescindere dall'adesione o meno a questa tesi, era già orientata in tal senso.

6. – Altro nodo da sciogliere è rappresentato dal rapporto tra il patto ed i rimedi successori. Tale argomento è indubbiamente connesso con quanto trattato nel paragrafo precedente.

Tutto ruota sull'interpretazione dell'ultimo comma dell'art. 768-*quater* c.c., che esclude l'operatività dell'azione di riduzione e dell'obbligo di collazione con riferimento a quanto attribuito col patto.

Come visto, buona parte di coloro che ritengono ammissibile la stipula in assenza dei legittimari non assegnatari, ammettono quale strumento a tutela dei rispettivi diritti il ricorso alla riduzione e collazione. In tal modo la disposizione citata verrebbe "depotenziata", trovandosi ad operare con esclusivo riferimento alle parti del patto.

Massima espansione a tale disposizione è invece riconosciuta da coloro che, ancorché ammettono la non necessaria partecipazione di tutti detti legittimari, ricostruiscono la tutela dei relativi diritti o mediante una applicazione, non sempre con la medesima interpretazione, dell'art. 768-*sexies* c.c.; o mediante l'applicazione analogica dell'art. 1113 c.c.

A conclusioni analoghe, ancorché con esclusivo riferimento al citato art. 768-*quater* c.c., pervengono tutti coloro che ritengono necessaria la partecipazione di tutti i legittimari. Infatti per costoro non si pone alcun problema di individuare mezzi di tutela dei legittimari non partecipanti al patto, non potendosi nemmeno configurare tale ipotesi.

In quest'ultima direzione si muove la sentenza in commento, la quale chiarisce espressamente che quanto oggetto del patto non entra a far parte del *relictum* e neppure viene considerato ai fini della ricostruzione del *donatum*. In buona sostanza, quanto attribuito è definitivamente estromesso dalla vicenda successoria, in coerenza con lo scopo proprio del patto di famiglia.



Rimane però da capire se quanto attribuito col patto sia oggetto di imputazione *ex se*, ai sensi dell'art. 564 c.c.

Al riguardo un'autorevole tesi [77] dà risposta positiva, sulla base dell'art. 768-*quater*, comma terzo, c.c. Tale norma prevede che i legittimari non assegnatari dell'azienda debbano imputare quanto loro liquidato al patrimonio del disponente. La necessità di una tale norma si spiega nel fatto che, in assenza, tale attribuzione, in quanto proveniente dall'assegnatario, figurerebbe quale liberalità a carico di quest'ultimo.

Di contro, il legislatore nulla dice circa la posizione del beneficiario dell'azienda o partecipazione sociale. Tale silenzio è stato spiegato in quanto non essendovi necessità di alcuna norma speciale, l'obbligo di imputazione deriverebbe dalla regola generale *ex* art. 564 c.c., in quanto tale attribuzione sarebbe una liberalità che giocoforza dovrebbe imputarsi alla successione del disponente.

Entro tale corrente di pensiero si discute poi se l'imputazione debba effettuarsi secondo il valore attribuito nel contratto ovvero secondo quello risultante all'apertura della successione [78].

In senso contrario si muovono altri studiosi [79], i quali ritengono che non sussista alcun obbligo di imputazione. Gli argomenti portati a sostegno di una tale affermazione sono non pochi.

In primo luogo, si afferma che lo scopo del patto di famiglia è quello di creare una netta separazione tra il patrimonio generale del disponente e quanto con esso attribuito, così estromettendo taluni beni dalla vicenda successoria.

Inoltre il legislatore, se esclude che le attribuzioni del patto possano essere oggetto di collazione e riduzione, manifesterebbe la volontà di separare nettamente tale vicenda da quella ereditaria.

È stato altresì autorevolmente [80] osservato che la parola "imputazione" cui fa riferimento l'art. 768-*quater*, comma terzo, c.c. è stata utilizzata in senso atecnico. Infatti essa dovrebbe riferirsi non già all'imputazione *ex se* quanto alla massa patrimoniale "separata" oggetto del patto di famiglia (e dunque non quella ereditaria).

Un dato positivo è altresì stato rinvenuto nell'art. 564, ultimo comma, c.c., secondo cui tutto quanto è esente da collazione, è esente altresì da imputazione.

---

[77] G. DI GIANDOMENICO, *op. cit.*; M.C. LUPETTI, *op. cit.*; C.M. BIANCA, *op. cit.*, 53; G. PETRELLI, *op. cit.*, 450 ss.

[78] Per una panoramica sul punto si veda: G. CAPOZZI, *op. cit.*, 547 ss.

[79] C. CACCAVALE, *op. cit.*; F. MAGLIULO, *op. cit.*; F. TASSINARI, *op. cit.*

[80] F. MAGLIULO, *op. cit.*; G. A. M. TRIMARCHI, *op. cit.*, 1988.



Quest'ultimo è l'argomento espressamente utilizzato dalla Corte di Cassazione nella pronuncia in commento, che in più passaggi dimostra di aver aderito all'idea che la funzione del patto sia proprio quella di creare una sorta di patrimonio separato ed autonomo rispetto a quello generale, così prevenendo a monte ogni sua relazione con la successione del disponente.

7. – Dopo aver tentato di effettuare un raffronto tra le diverse opinioni degli studiosi con quanto statuito dalla Corte, possiamo dunque concludere che con l'arresto in epigrafe si è affermato che il patto di famiglia:

a) è un nuovo contratto tipico non sussumibile entro altri schemi negoziali;

b) ha un'indubbia componente di liberalità, rappresentata tanto dall'attribuzione dell'azienda o della partecipazione sociale, quanto dalla liquidazione in favore dei legittimari non assegnatari. Pertanto ne abbiamo tratto che dette attribuzioni sono estranee al regime della comunione legale dei coniugi;

c) quale contratto tipico, non è soggetto al regime formale della donazione, come la presenza dei testimoni *ex* art. 48 della legge notarile e la stima *ex* art. 782 c.c.;

d) è un contratto con struttura plurilaterale, in quanto richiede la necessaria partecipazione del disponente, dell'assegnatario e di tutti i potenziali legittimari esistenti al momento della stipula. In conseguenza, l'art. 768-*sexies* c.c. è da applicarsi con esclusivo riferimento ai legittimari sopravvenuti;

e) non è compatibile con i rimedi successori dell'azione di riduzione, della collazione nonché dell'imputazione *ex se*.

Tali conclusioni rappresentano affermazioni di non poco peso e costituiscono sicuramente una prima guida "ufficiale" per gli operatori del diritto ed in ispecie il ceto notarile.

Di contro, il principale limite di una tale pronuncia è rappresentato dal fatto che tali affermazioni sono comunque estranee al *decisum*, mere affermazioni incidentali. Ciò non ne toglie la rilevanza, soprattutto alla luce del fatto che la giurisprudenza è quasi del tutto assente in questo settore e quelle pochissime volte che è stata chiamata a pronunciarsi lo ha fatto in ambito tributario.

Questo silenzio giurisprudenziale è riflesso del poco successo che ha avuto il patto, essendone stati stipulati in numero assai esiguo su tutto il territorio nazionale, e pertanto la Corte non ha avuto nemmeno molte occasioni di pronunciarsi sul punto.



Ne consegue che possiamo sicuramente affermare che, allo stato di fatto, questo lungo *obiter dictum* è da ritenersi di enorme valore, essendo l'unico materiale a nostra disposizione, in attesa di qualche altra pronuncia che in modo più pertinente prenda posizione sul punto.