# JUS CIVILE

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



**2-2022**

*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**

L'art.11-*bis* della direttiva 2005/29/CE: *ratio*, problemi interpretativi e margini di discrezionalità concessi agli Stati membri ai fini del recepimento [**]
di *Carlo Granelli* 256

Rimedi privatistici "individuali" dei consumatori e pratiche commerciali scorrette: l'art. 11-*bis* dir. 2005/29/UE e la perdurante (e aggravata) frammentazione dei diritti nazionali dei Paesi UE [**]
di *Giovanni De Cristofaro* 269

I rimedi non risarcitori: esatto adempimento, riduzione del prezzo e risoluzione del contratto [**]
di *Stefano Pagliantini* 304

Invalidità del contratto stipulato a seguito di pratica commerciale sleale? [**]
di *Marisaria Maugeri* 316

L'*exordium praescriptionis* dei diritti nell'assicurazione sulla vita [*]
di *Salvatore Monticelli* 321

Informazione e minori: una lettura integrata per una tutela uniforme [*]
di *Benedetta Agostinelli* 334

Atti di destinazione *ex* art. 2645-*ter* cod. civ.: incidenza del vincolo e sua qualificazione [*]
di *Maria Luisa Chiarella* 346

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

[*] Contributo sottoposto a revisione.

# JUS CIVILE



*pag.*

Teoria come terapia. Note a margine di uno Studio dedicato alle prestazioni pecuniarie sanzionatorie nel sistema giuridico italiano *
di *Valentina Calderai* 362

La prova della proprietà nell'azione di rivendicazione *
di *Antonio Scarpa* 369

La nulidad de las cláusulas que establezcan la renovación automática del contrato sin que habiliten al consumidor a desvincularse sin responsabilidad en el derecho uruguayo *
di *Jorge Rodríguez Russo* 380

La tenuta del giudicato civile alla prova della tutela consumeristica. I poteri del giudice dell'esecuzione sotto la lente della Corte di Giustizia *
di *Valerio Ceccarelli* 395

Distanze legali tra costruzioni: il difficile connubio tra tutela privatistica e pubblicistica *
di *Maria Giulia Salvadori* 430

I danni punitivi nella prospettiva internazionalprivatistica *
di *Cristina Campiglio* 443

Tutela della volontà del testatore e dei legittimari (per un ridimensionamento della rilevanza della questione della tutela dei creditori dei legittimari) *
di *Giorgia Vulpiani* 448

Le fondazioni partecipate e i contratti plurilaterali *
di *Domenico Fauceglia* 465

Brevi note sull'attribuzione del godimento nel prisma della evoluzione tecnologica *
di *Giacomo Buset* 511

# JUS CIVILE



*pag.*

**Giurisprudenza**

*Se possibile e non escluso dal titolo.* Brevi riflessioni a margine dell'art. 2932 cod. civ. *
di *Maria Giulia Salvadori* 529

**Recensioni**

Recensione su C. Cossu *
di *Mauro Grondona* 536

Recensione su T. dalla Massara *
di *Mauro Grondona* 541

Recensione su M. Orlandi *
di *Valerio Pescatore* 544

Recensione su M. Stürner *
di *Mauro Tescaro* 549



*CARLO GRANELLI*

*Professore emerito – Università degli Studi di Pavia*

# L'ART. 11-*BIS* DELLA DIRETTIVA 2005/29/CE: *RATIO*, PROBLEMI INTERPRETATIVI E MARGINI DI DISCREZIONALITÀ CONCESSI AGLI STATI MEMBRI AI FINI DEL RECEPIMENTO [*]

Allorquando l'amico Giovanni De Cristofaro mi ha cortesemente invitato a partecipare all'odierno incontro di studi, pensavo – invero un po' ingenuamente, come la storia si è subito incaricata di dimostrare – che si sarebbe trattato di un dibattito *de iure condito*: la direttiva 2019/2161/UE – che nel 2019 è intervenuta a modificare, tra le altre, anche la direttiva 2005/29/CE, "relativa alle pratiche commerciali sleali delle imprese nei confronti dei consumatori nel mercato interno" – prevedeva infatti che gli Stati membri adottassero le relative norme di recepimento entro il 28 novembre 2021; e ciò, per lasciare agli operatori sei mesi di tempo per adattarvisi, prima della loro entrata in vigore prevista, contemporaneamente in tutti i Paesi dell'Unione, per il 28 maggio 2022.

Oggi invece, ad un mese esatto di distanza da tale ultima data, la legge nazionale italiana di recepimento – che avrebbe dovuto essere adottata, come si diceva, entro il 28 novembre 2021 – è ancora di là da venire.

Anzi, al momento, neppure è stata approvata la "legge di delegazione europea 2021", che dovrebbe demandare al Governo l'adozione dei decreti legislativi per l'attuazione ed il recepimento (tra l'altro) della direttiva 2019/2161/UE: il relativo disegno di legge è, infatti, ancora all'esame del Senato, dopo l'approvazione da parte della Camera dei Deputati avvenuta il 16 dicembre 2021.

Allo stato, quindi, il discorso non può che essere *de iure condendo*.

Quanto ai rimedi "*individuali*" accessibili ai consumatori che si ritengano lesi da una pratica commerciale scorretta – e che costituiscono l'oggetto specifico del nostro incontro di studi – il disegno di "legge delegazione europea 2021", nella versione approvata dalla Camera dei Deputati, si limita a prevedere (all'art. 4) che, "nell'esercizio della delega per l'attuazione della direttiva (UE) 2019/2161 del Parlamento europeo e del Consiglio, del 27 novembre 2019, il Governo osserva, oltre ai principi e criteri direttivi generali di cui all'articolo 32 della l. 24 dicembre 2012, n. 234, anche i seguenti principi e criteri direttivi specifici: a) apportare alle disposizioni del codice del consumo (…) le modifiche e le integrazioni necessarie per il recepimento delle disposizioni contenute nella direttiva".

Punto e basta!

Ora, così facendo, il disegno di legge in esame si limita ad attribuire al legislatore delegato il compito di "apportare alle disposizioni del codice del consumo (…) le modifiche e le integrazioni necessarie per il rece-

[*] Testo dell'intervento svolto dall'A. nell'ambito dell'incontro di studi sul tema "*Pratiche commerciali scorrette e rimedi 'individuali' esperibili dai consumatori. Il recepimento dell'art. 11*-bis *della direttiva 2005/29/CE nel diritto italiano*", tenutosi presso l'Università degli Studi di Ferrara il 28 aprile 2022.



pimento delle disposizioni contenute nella direttiva" 2019/2161/UE, senza però dettare – a ben vedere – alcun "principio o criterio direttivo specifico", cui lo stesso dovrebbe attenersi.

Se non – forse – *un unico* "criterio direttivo": quello di limitarsi alle *sole* modifiche e integrazioni "*necessarie*" per adeguare la normativa domestica a quella europea; con esclusione, quindi, di qualsiasi modifica od integrazione che – pur astrattamente consentita dalla direttiva – non sia però dalla stessa inderogabilmente imposta [1].

Di qui l'opportunità di sondare – come suggerisce il titolo dell'intervento affidatomi – "*ratio,* problemi interpretavi e margini di discrezionalità concessi agli Stati membri ai fini del recepimento".

* * *

Quanto alla *ratio* che anima la direttiva 2019/2161/UE, essa emerge con evidente immediatezza dai "*considerando*" con cui la stessa si apre.

La direttiva 2005/29/CE – se sul versante sostanziale risultava "impostata sull'armonizzazione completa" [2], con la conseguenza che ai legislatori dei singoli Stati membri non era dato discostarsi dalle sue indicazioni né per abbassare, ma neppure per innalzare la soglia di tutela riservata ai consumatori [3] – sul versante rimediale si rimetteva invece largamente ai legislatori nazionali: da un lato, demandando loro il compito di determinare "le sanzioni da irrogare in caso di violazioni delle disposizioni nazionali adottate in applicazione della presente direttiva", seppure nel rispetto del generale principio secondo cui le stesse avrebbero dovuto "essere effettive, proporzionate e dissuasive"; da altro lato, investendoli del compito di adottare "tutti i provvedimenti necessari per garantirne l'applicazione" (art. 13 direttiva 2005/29/CE nella versione originaria).

L'esito di una siffatta opzione si è ben presto rivelato – per usare le parole di Giovanni De Cristofaro – "*fallimentare*" [4].

Invero – come si legge ora nel "*considerando 5*" della direttiva 2019/2161/UE – da un lato, "le attuali norme nazionali in materia di sanzioni sono molto diverse nell'Unione", con conseguente frustrazione "dell'ambizioso tentativo di armonizzare in modo 'completo' e 'totale' le legislazioni nazionali compiuto attraverso l'adozione della direttiva 2005/29/CE" [5]; e, da altro lato, "non tutti gli Stati membri garantiscono l'irrogazione di sanzioni pecuniarie effettive, proporzionate e dissuasive nei confronti dei professionisti re-

---

[1] Maggiormente possibilista si mostra, al riguardo, G. De Cristofaro, *Legislazione italiana e contratti dei consumatori nel 2022: l'anno della svolta. Verso un diritto "pubblico" dei (contratti dei) consumatori?*, in *Nuove leggi civ. comm.*, 2022, 44 s., secondo cui "l'assenza di criteri di delega lascia al Governo massima libertà, ed è auspicabile che di questa libertà venga fatto un uso accorto e misurato, stante l'importanza e la delicatezza di questi nuovi rimedi, che saranno inevitabilmente esperibili non soltanto nell'ambito di giudizi instaurati da un singolo consumatore nei confronti del professionista responsabile della pratica commerciale scorretta, ma anche (e verosimilmente soprattutto) nell'ambito dei giudizi 'di classe' inibitori e risarcitori che verranno disciplinati dalle disposizioni di attuazione della dir. 2020/1828/UE sulle azioni rappresentative a tutela degli interessi collettivi dei consumatori".

[2] Così il suo "*considerando 14*". V. anche il successivo "*considerando 15*".

[3] In realtà, detto principio appare oggi intaccato proprio dalla direttiva 2019/2161/UE, laddove – modificando l'art. 3 della direttiva 2005/29/CE – prevede che "la presente direttiva non osta a che gli Stati membri adottino disposizioni per tutelare i legittimi interessi dei consumatori rispetto a pratiche commerciali o di vendita aggressive o ingannevoli nel contesto di visite non richieste di un professionista presso l'abitazione di un consumatore, oppure escursioni organizzate da un professionista con lo scopo o con l'effetto di promuovere o vendere prodotti ai consumatori. Tali disposizioni devono essere proporzionate, non discriminatorie e giustificate da motivi di tutela dei consumatori" (così recita ora l'art. 3, § 5, direttiva 2005/29/CE, così come modificato dalla direttiva 2019/2161/UE).

[4] Così G. De Cristofaro, *Le conseguenze privatistiche della violazione del divieto di pratiche commerciali sleali: analisi comparata delle soluzioni accolte nei diversi diritti nazionali dei Paesi UE,* in *Rass. dir. civ.,* 2010, 903.

[5] Così G. De Cristofaro, *op. loc. cit.*



sponsabili": "pertanto – questa la conclusione – le norme esistenti in materia (…) dovrebbero essere migliorate".

Se guardiamo specificamente alla situazione italiana, il dato che maggiormente colpisce è che – a fronte del vero e proprio profluvio di contributi dalla dottrina dedicati al tema delle tutele individuali accessibili al consumatore rimasto leso da una pratica commerciale scorretta (basti solo pensare che nell'ultimo decennio si contano ben cinque monografie in argomento [6]!) – il problema è invece solo sporadicamente approdato all'attenzione dei nostri giudici.

Invero, in questi ormai non pochi anni che ci separano dal recepimento (nel 2007) della direttiva 2005/29/CE, raramente i consumatori si sono rivolti all'Autorità giudiziaria, denunciando di essere rimasti vittima di una pratica commerciale scorretta: il valore economico particolarmente esiguo della più parte delle controversie che oppongono consumatore e professionista in materia di pratiche commerciali scorrette, la necessità di munirsi, con i relativi costi, di una difesa tecnica anche solo per avviare una procedura di mediazione finalizzata alla conciliazione delle controversie civili e commerciali *ex* d.lgs. n. 28/2010, l'obbligo di farsi assistere da un avvocato per avviare un'azione giudiziale in sede civile se di valore superiore ad € 1.100,00, il rischio-lite inevitabilmente immanente in qualsiasi giudizio contenzioso, la mai sufficientemente deprecata lentezza che ancor oggi affligge i nostri procedimenti civili, le difficoltà probatorie che, stando almeno ai principi generali, gravano su parte attrice, ecc., hanno finito con l'indurre i consumatori italiani, nella più parte dei casi, a rinunciare a far valere i propri diritti.

Il loro atteggiamento si è, peraltro, rivelato significativamente diverso nelle (invero non numerose) ipotesi in cui la controversia vedeva coinvolti valori economici non trascurabili.

È il caso, ad es., della ben nota vicenda dei c.d. "*diamanti da investimento*", che aveva visto due dei principali operatori del settore – la IDB-Intermarket Diamond Business s.p.a. e la DPI-Diamond Private Investment s.p.a. – e quattro importanti istituti di credito – rispettivamente, Unicredit e Banco BPM per IDP; Intesa Sanpaolo e Monte dei Paschi di Siena per DPI – promuovere la commercializzazione dei preziosi presso la rispettiva clientela, presentandoli come investimento in un bene-rifugio in grado di conservare (ed anzi di incrementare) nel tempo il valore del capitale investito, grazie alla loro sicura redditività e facile liquidabilità [7].

Con due distinti provvedimenti gemelli (nn. 26757 e 26758) in data 20 settembre 2017, l'AGCM aveva inibito, ritenendola ingannevole, l'ulteriore prosecuzione di detta pratica, comminando ai professionisti che l'avevano posta in essere – operatori e banche – sanzioni amministrative pecuniarie nell'ordine, complessivamente, di oltre 15 milioni di euro [8].

I provvedimenti adottati dall'AGCM hanno funzionato – come noto – da volano per tutta una serie di azioni risarcitorie promosse avanti al giudice civile da consumatori che di detta pratica erano rimasti vitti-

---

[6] Cfr. A. FACHECHI, *Pratiche commerciali scorrette e rimedi negoziali*, Edizioni scientifiche italiane, 2012; S. TOMMASI, *Pratiche commerciali scorrette e disciplina dell'attività negoziale*, Cacucci, 2012; T. FEBBRAJO, *Il* private enforcement *del divieto di pratiche commerciali scorrette*, Edizioni scientifiche italiane, 2018; E. LABELLA, *Pratiche commerciali scorrette e autonomia privata*, Giappichelli, 2018; L. GUFFANTI PESENTI, *Scorrettezza delle pratiche commerciali e rapporto di consumo*, Jovene, 2020.

[7] Per un'indicazione in ordine alla dimensione del fenomeno della commercializzazione di diamanti da investimento attraverso il sistema bancario, si può fare utilmente riferimento alle dichiarazioni rese in data 8 febbraio 2022 dal Direttore Generale della Banca d'Italia, Luigi Federico Signorini, in occasione della sua audizione presso la Commissione Parlamentare d'inchiesta sul sistema bancario e finanziario, dalle quali si apprende che "i clienti coinvolti sono stati circa 71.000" e che "le commissioni incassate [dalle banche sono state] pari a € 273 mln.".

[8] I due provvedimenti dell'AGCM citati nel testo sono stati ritenuti legittimi, rispettivamente, da TAR Lazio 14 novembre 2018, nn. 10955 e 10966, e, successivamente, da Cons. St. 11 marzo 2021, nn. 2082 e 2085 (salvo che in punto di *quantum* della sanzione amministrativa pecuniaria comminata ad Unicredit).



ma [9], i quali si sono visti riconoscere giudizialmente un risarcimento danni in misura tendenzialmente pari alla "differenza tra il prezzo pagato e il valore effettivo dei diamanti al momento dell'acquisto" [10].

Peraltro, nella più parte dei casi, neppure è stato necessario, per le vittime della pratica commerciale in discussione, rivolgersi, per ottenere tutela, all'Autorità giudiziaria: infatti, di norma, le banche coinvolte hanno "spontaneamente" posto in essere – anche a seguito delle specifiche, ed in alcuni casi pressanti, azioni di *moral suasion* esercitate nei loro confronti da Banca d'Italia [11] – condotte riparatorie, o ritirando le pietre con rimborso dell'intero capitale investito (o, comunque, di una percentuale molto elevata di esso) ovvero, senza ritiro dei diamanti, accreditando però al cliente una somma parametrata sulla differenza fra capitale investito e valore effettivo dei preziosi. L'esito finale è stato che "il 93% delle richieste di rimborso ricevute dai clienti sono state ["spontaneamente"] accolte dalle banche" e che "l'ammontare dei rimborsi effettuati dagli intermediari [bancari] risulta prossimo ad € 1,2 miliardi" [12].

L'entità non trascurabile del pregiudizio lamentato connota anche l'altra vicenda che, sempre in tema di pratiche commerciali scorrette, è fragorosamente approdata alle aule di giustizia: quella universalmente nota con la definizione giornalistica di "*Dieselgate*". La Volkswagen S.A. (uno dei principali operatori a livello mondiale nella produzione di autoveicoli e veicoli commerciali) e la Volkswagen Group Italia s.p.a. (società operante nel settore dell'importazione, commercializzazione, promozione *marketing* e pubblicità in Italia dei veicoli e degli autoveicoli commerciali del gruppo Volkswagen) avevano venduto sul mercato italiano, fra il 2009 e il 2015, oltre 700.000 autoveicoli su cui risultava installato, nella centralina di controllo del motore di taluni modelli a marchio Volkswagen, Audi, Seat e Skoda, un *software* in grado di far sì che il comportamento del veicolo fosse diverso durante il *test* di banco per il controllo delle emissioni inquinanti rispetto al normale impiego su strada [13]; con la conseguenza che detti autoveicoli presentavano caratteristiche qualitative e classe di emissione inquinante inferiori rispetto ai valori dichiarati.

---

[9] Cfr., per tutte, Trib. Verona, ord. 23 maggio 2019, in *Foro it*., 2019, 1, 3337; e in *Giur. it*., 2019, 2450; Trib. Lucca 22 gennaio 2021, n. 64, in *Quotidiano giuridico*, in data 2 febbraio 2021; Trib. Milano 4 luglio 2021, n. 5876, *ivi*, in data 30 luglio 2021; Trib. Firenze 13 settembre 2021, in *Leggi d'Italia*; Trib. Bergamo 27 gennaio 2022, *ivi*.

Dieci ricorsi sono stati inoltre presentati, sempre in materia di commercializzazione di diamanti da investimento, all'Arbitro Bancario e Finanziario (ABF), che peraltro li ha tutti dichiarati inammissibili, perché la commercializzazione di diamanti attraverso il canale bancario, in quanto attività di natura non prettamente bancaria, non è inclusa tra le attività che rientrano nella sua competenza.

[10] Così testualmente, da ultimo, Trib. Bergamo, 27 gennaio 2022, cit.

[11] Cfr. le dichiarazioni rilasciate dal Direttore Generale della Banca d'Italia, cui si è fatto riferimento alla precedente nota 5.

[12] Cfr. ancora una volta le dichiarazioni rilasciate dal Direttore Generale della Banca d'Italia, cui si è fatto riferimento alla precedente nota 5.

[13] In particolare, "Volkswagen AG ha installato un sistema di ricircolo dei gas di scarico negli autoveicoli del Gruppo con motorizzazione *diesel* EA 189 EU5 (definito sistema EGR) in grado di operare in due distinte modalità. In modalità EGR 0 (la modalità del normale utilizzo del veicolo su strada) il livello delle emissioni NOx risulta superiore a quello rilevabile in modalità EGR 1 che è la modalità che automaticamente si attiva al momento dell'accensione del veicolo e che permane soltanto quando il veicolo si trova in fase di test sui rulli durante lo svolgimento di un ciclo NEDC. Il sistema EGR è in grado di riconoscere quando la vettura si trova sui rulli in un ciclo di controllo delle emissioni NEDC e automaticamente mantiene il sistema in modalità EGR 1 per tutta la durata del test. In questo modo il risultato delle emissioni NOx fornito dal test risulta più basso di quello ottenibile in modalità EGR 0, modalità che si attiva nel normale utilizzo del veicolo su strada. (…) Dal punto di vista tecnico, in modalità EGR 1 il tasso di ricircolo dei gas di scarico è relativamente alto, mentre il tasso di ricircolo dei gas di scarico in modalità EGR 0 è più basso. Il tasso di ricircolo dei gas di scarico ha un'influenza diretta sulle emissioni NOx (oltre che, in maniera inversa, sulle emissioni di particolato) poiché più alto è il tasso di ricircolo e minori risultano i livelli di emissioni NOx. (…) Il passaggio alla modalità di funzionamento EGR 0 (cioè del normale utilizzo del veicolo su strada) determina un aumento delle emissioni NOx, con una riduzione dell'efficacia del sistema di controllo delle emissioni, rispetto alla modalità di funzionamento EGR 1. (…) Poiché l'applicazione della modalità EGR 1 in luogo della Modalità EGR 0 si determina quando risultano rispettate le condizioni tipizzate dal ciclo NEDC che (…) sono di difficile, se non impossibile, riproduzione nella guida reale, in condizioni normali di uti-



Con provvedimento (n. 26137) in data 4 agosto 2016, l'AGCM – ritenendo che siffatta pratica dovesse ritenersi scorretta "ai sensi degli artt. 20, comma 2, 21, comma 1, lett. b), e 23, comma 1, lett. d), del Codice del consumo" – comminava ai professionisti, in solido, una sanzione amministrativa pecuniaria pari "al massimo edittale nella misura di cinque milioni di euro" [14].

Era così che l'Associazione Altroconsumo evocava in giudizio avanti al Tribunale di Venezia le predette società – ai sensi dell'(allora vigente) art. 140-*bis* cod. cons. (c.d. "*azione di classe*") – per sentirle, previe le declaratorie di rito, condannare al risarcimento dei danni patrimoniali e non asseritamente sofferti dagli (originariamente due) acquirenti (dalla stessa associazione rappresentati) di autoveicoli sui quali era installato il *software* ritenuto illegittimo non solo dall'AGCM, ma anche, nel frattempo, dalla Corte di Giustizia dell'Unione europea [15] per contrasto con il regolamento n. 715/2007/CE in data 20 giugno 2007.

Con il risultato che, al momento almeno, i consumatori – i quali lamentavano "un danno patrimoniale (…) per aver acquistato, a causa della pratica commerciale scorretta, un veicolo che aveva (…) livelli di emissioni di un Euro3 e non [di un] Euro5 (…), tradotto nel minor valore del veicolo rispetto ad un veicolo analogo rispondente alle condizioni di omologazione, o, detto diversamente, nell'avere pagato un prezzo maggiore del dovuto riguardo alle effettive caratteristiche dell'automezzo"; cui avrebbero dovuto aggiungersi anche la "probabile difficoltà di rivendita sul mercato dell'usato dei veicoli interessati dal *Dieselgate*", così come gli "ulteriori impatti negativi derivanti dal servizio di richiamo dei veicoli stessi connessi al loro fermo tecnico" necessario per la rimozione del *software* contestato [16] – si sono visti riconoscere in sede giudiziale, a titolo di risarcimento extracontrattuale del danno patrimoniale, l'importo di € 3.000,00 ciascuno, oltre che, a titolo di risarcimento extracontrattuale del danno non patrimoniale da reato (art. 515 cod. pen.), l'importo di € 300,00 ciascuno: in totale, quindi, l'importo complessivo di € 3.300,00 a favore di ognuno degli oltre 63.000 aderenti all'azione di classe, con un onere per il gruppo Volkswagen di oltre 200 milioni di euro [17].

La decisione è stata impugnata. Nel frattempo, però, la Commissione europea – insieme alle Autorità nazionali garanti dei consumatori – ha invitato il gruppo Volkswagen a risarcire tutti (e non solo quelli residenti in Germania) i propri clienti per i danni sofferti a seguito dell'acquisto di veicoli dotati dell'ormai famigerato sistema di manipolazione delle emissioni.

Già questi primi rilievi – scaturenti dall'osservazione della prassi che in questi anni si è venuta consolidando in punto di fruizione, da parte dei consumatori italiani, dei rimedi giurisdizionali pur messi a loro disposizione nell'ambito dell'ordinamento nazionale – inducono ad una prima (scoraggiante) constatazione: di regola, la tutela giudiziaria *non* risulta, per essi, *appetibile*, tanto da indurli, nella più parte dei casi, a non azionare i propri diritti.

Vi è da chiedersi se il panorama sia destinato a modificarsi significativamente con la "generalizzazione" dell'"*azione di classe*" e dell'"*azione inibitoria collettiva*" avvenuta, a far tempo dal 19 maggio dell'anno scorso, con l'abrogazione degli artt. 140 e 140-*bis* cod. cons. e la contestuale introduzione, questa volta nel

---

lizzo, i veicoli *diesel* della serie EA 189 EU 5 operano in modalità EGR 0, essendo infatti la modalità EGR 1 attivabile soltanto al momento di un (eventuale) test NEDC" (così si legge, testualmente, ai §§ 27, 28 e 29 della pronuncia dell'AGCM n. 26137 del 4 agosto 2016).

[14] Il provvedimento dell'AGCM è stato ritenuto legittimo da TAR Lazio 31 maggio 2019, n. 6920.

[15] C. Giust. UE 17.12.2020, causa C-693/18.

[16] Come si legge, testualmente, alle pp. 29-30 della motivazione di Trib. Venezia 7 luglio 2021.

[17] Cfr. Trib. Venezia 7.7.2021. In tema, cfr. già Trib. Avellino 9 dicembre 2020, di cui riferisce *Il Sole 24 Ore* nella sua edizione in data 8 marzo 2021, 7.



codice di rito, dei nuovi artt. 840-*bis* ss. e 840-*sexiesdecies*. Di primo acchito, verrebbe da dubitarne; anche solo, a tacer d'altro, per il fatto che non poche pratiche commerciali si concretizzano non tanto in un ventaglio di condotte omogenee poste uniformemente in essere da professionisti che operano nei confronti di una massa ampia ed indifferenziata di consumatori, ma attraverso condotte poste specificamente in essere, per lo più da piccoli e medi imprenditori, nei confronti di consumatori singoli o di un numero esiguo di essi: si ricordi, al riguardo, che la Corte di giustizia ritiene che la nozione di "pratica commerciale" si estenda – oltre che alle condotte del professionista destinate ad essere reiterate nel tempo e/o ad essere tenute nei confronti di una pluralità di consumatori – anche a quelle adottate una volta soltanto e nei confronti anche di un solo consumatore [18].

Dall'esperienza maturata nelle nostre aule di giustizia in tema di pratiche commerciali scorrette emerge un dato ulteriore, che merita di essere segnalato: di regola, le scarse pronunce che si sono registrate in materia – sia quelle relative alla vicenda dei c.d. diamanti da investimento, sia quella relativa alla vicenda *Dieselgate* – avevano alle spalle un provvedimento (pesantemente) sanzionatorio dell'AGCM (per di più, successivamente confermato dal giudice amministrativo), che, *di fatto* [19], ha grandemente agevolato i consumatori-attori nella prova sia dell'esistenza e del concreto atteggiarsi della pratica commerciale censurata, sia della sua "scorrettezza" (quantomeno se valutata sulla base del parametro del c.d. "consumatore medio"); tant'è che in nessun caso sono risultati necessari l'esperimento di una CTU – che avrebbe appesantito, in termini sia di tempo che di danaro, il procedimento – e/o un'istruzione probatoria che andasse oltre la semplice produzione documentale.

I provvedimenti sanzionatori dall'AGCM assunti ai sensi dell'art. 27 cod. cons. oscillano, da ultimo, attorno alla cinquantina l'anno [20]. E, per di più, finiscono *dichiaratamente* con il concentrarsi su condotte che, per il loro impatto su una vasta platea di consumatori, "già *prima facie*, in fase di avvio, appaiono presentare una maggiore pericolosità" [21]. Emblematico e gravido di conseguenze, in questa prospettiva, è altresì il fatto che il "Regolamento sulle procedure istruttorie in materia di [...] pratiche commerciali scorrette", che essa stessa si è dato con deliberazione in data 1° aprile 2015 [22], autorizzi esplicitamente l'AGCM – "in ragione degli obiettivi di razionalizzazione, efficacia ed economicità dell'azione amministrativa" – a non avviare istruttorie relativamente a "*condotte isolate*" (art. 5, comma 1, lett. f). Da ciò consegue che la più parte dei

[18] Cfr. C. Giust. UE 16.4.2015, causa C-388/13.

[19] Il tema della rilevanza da attribuire, nell'ambito dei conseguenti giudizi risarcitori promossi avanti al giudice civile, degli accertamenti dall'AGCM operati nell'ambito di procedimenti amministrativi di sua competenza in materia consumeristica è – come ben noto – uno di quelli più dibattuti e di maggiore rilevanza pratica (cfr., da ultimo, Cass. 31 agosto 2021, n. 23655, che, con riferimento all'ipotesi di giudizi risarcitori conseguenti all'accertamento, da parte dell'AGCM, della vessatorietà o abusività di un clausola inserita in un contratto del consumatore, ha enunciato il seguente principio di diritto: "In tema di contratti fra professionista e consumatore, allorché si contro verta in sede civile sulla chiarezza e comprensibilità delle clausole contrattuali, anche nella prospettiva dell'accertamento di un significativo squilibrio dei diritti e degli obblighi derivanti dal contratto determinano a carico del consumatore, opera una presunzione legale, suscettibile di prova contraria, non sancita espressamente dalla legge e scaturente dalla funzione sistematica assegnata agli strumenti di public enforcement, che genera un dovere di motivazione e di specifica confutazione in capo al giudice ordinario adito ai sensi dell'art. 37 *bis*, comma 4 Codice del consumo e chiamato ad occuparsi dello stesso regolamento contrattuale oggetto dal provvedimento amministrativo e giudicato non chiaro e comprensibile dall'Autorità Garante per la concorrenza e il mercato".

[20] Dalle *Relazioni annuali sull'attività svolta* dall'AGCM nei singoli anni si apprende che i procedimenti sanzionatori dall'AGCM adottati in tema di pratiche commerciali scorrette e/o violazione della disciplina *consumer rights* sono risultati 49 nel 2020, 58 nel 2019, 48 nel 2018, 61 nel 2017, 78 nel 2016, 73 nel 2015.

[21] Così, testualmente, AGCM, *Relazione annuale sull'attività svolta* nell'anno 2017, 196. Cfr. anche *Relazione annuale sull'attività svolta* nell'anno 2016, 230.

[22] Di seguito citato come Reg.



consumatori (che si ritengano) vittima di una pratica commerciale scorretta non possono, in concreto, giovarsi, a supporto delle proprie ragioni, di un provvedimento sanzionatorio dell'AGCM, ma sono costretti ad assoggettarsi "senza sconti" ai normali oneri probatori gravanti, secondo le regole generali, su parte attrice.

Dall'esperienza fin qui maturata è agevole trarre, in estrema sintesi, alcune indicazioni di fondo.

In primo luogo – ove si intenda offrire ai consumatori (che si sentano) lesi da una pratica commerciale scorretta una tutela non solo *efficace*, ma anche *appetibile* e, conseguentemente, *effettiva* – varrebbe innanzitutto la pena interrogarsi se non sia opportuno predisporre, accanto alla tradizionale tutela avanti all'Autorità giudiziaria ordinaria, anche efficienti sistemi di ADR, come quelli che (per indipendenza, imparzialità e professionalità dei propri componenti; competenza specifica nelle materie loro devolute; tempestività delle relative decisioni; efficienza organizzativa; gratuità o onerosità molto contenuta) negli ultimi anni hanno fornito buona prova di sé in non pochi e non marginali settori della nostra vita economica. Tanto più che alla copertura dei relativi costi potrebbero essere utilmente destinate, almeno in parte, le tutt'altro che esigue risorse derivanti dalle sanzioni amministrative pecuniarie variamente irrogate dall'AGCM ai sensi dell'art. 27 cod. cons. [23].

In secondo luogo, quanto ai giudizi civili che il consumatore (che si affermi) vittima di una pratica commerciale scorretta avesse ad eventualmente promuovere avanti all'Autorità giudiziaria, sarebbe da valutare l'opportunità di un intervento normativo volto ad agevolare parte attrice nella prova dei fatti costitutivi della propria domanda.

Un problema sostanzialmente analogo si è posto – è noto – con riferimento alle azioni promosse a tutela del "diritto al risarcimento in favore di chiunque ha subito un danno a causa di una violazione del diritto della concorrenza da parte di un'impresa o di un'associazione di imprese" (c.d. azioni risarcitorie del danno *antitrust*); ed è stato in qualche misura risolto dal d.lgs. 19 gennaio 2017, n. 3 [24], attraverso l'attribuzione al giudice adito del potere di ordinare alla controparte od a terzi, anche al di là dei rigorosi limiti fissati dal codice di rito, l'esibizione di prove rilevanti che rientrino nella loro disponibilità (art. 3 d.lgs. n. 3/2017) ed all'AGCM l'esibizione delle prove contenute nel fascicolo di un procedimento avanti ad essa eventualmente pendente (artt. 4 e 5 d.lgs. n. 3/2017); così come attraverso l'espressa previsione, secondo cui "si ritiene definitivamente accertata, nei confronti dell'autore, la violazione (…) constatata da una decisione dell'Autorità garante della concorrenza e del mercato (…) non più soggetta ad impugnazione davanti al giudice del ricorso, o da una sentenza del giudice del ricorso passata in giudicato" (art. 7, comma 1, d.lgs. n. 3/2017) [25]; non

[23] Detti importi – si apprende dalle *Relazioni annuali sull'attività svolta* dall'AGCM nei singoli anni – ammontano ad € 89.857.000 per l'anno 2020, ad € 74.663.000 per l'anno 2019, ad € 65.088.000 per l'anno 2018, ad € 77.681.000 per l'anno 2017, ad € 52.788.000 per l'anno 2016, ad € 31.867.000 per l'anno 2015.

[24] Intervento normativo frutto non già di un'autonoma scelta da parte del legislatore nazionale, ma imposto dalla necessità di dare attuazione alla direttiva 2014/104/UE.

[25] Il gruppo di lavoro che, nell'ambito dell'Associazione Civilisti Italiani, si è fatto carico di ipotizzare come avrebbe potuto trovare attuazione, in sede di legge delegata, la previsione dettata dall'art. 1 lett. *g*) disegno di legge S1151 di "Delega al Governo per la revisione del codice civile" – secondo cui il legislatore delegato avrebbe dovuto "disciplinare i casi in cui le pratiche negoziali ingannevoli, aggressive, o comunque scorrette (…) determinano l'invalidità del contratto concluso" – ha proposto l'adozione della previsione secondo cui "nei giudizi in cui venga invocata l'applicazione delle disposizioni di cui ai precedenti commi si ritiene definitivamente accertata, nei confronti dell'autore, la violazione del divieto di cui al comma 1 dell'art. 20 del codice del consumo, constatata da una decisione dell'Autorità garante della concorrenza e del mercato ai sensi dell'art. 27 del codice del consumo, non più soggetta ad impugnazione davanti al giudice del ricorso, o da una sentenza del giudice del ricorso passata in giudicato".

Né va dimenticato che la direttiva 2020/1828/UE in data 25 novembre 2020, "relativa alle azioni rappresentative a tutela degli interessi collettivi dei consumatori" – le cui norme di attuazione, da adottare entro il 25 dicembre 2022, troveranno applicazione a far tempo dal 25 giugno 2023 – prevede, all'art. 5, che "gli Stati membri provvedono affinché una decisione definitiva di un organo giu-



senza dimenticare la facoltà, riconosciuta all'A.G.O., di "chiedere assistenza all'autorità garante della concorrenza, formulando specifiche richieste sugli orientamenti che riguardano la quantificazione del danno" (art. 14, comma 3, d.lgs. n. 3/2017).

Di tutto ciò non vi è traccia, allo stato, nel disegno di legge-delega di recepimento della direttiva 2019/2161/UE attualmente in discussione in sede parlamentare.

Disposizioni interne che dovessero muoversi in una od in entrambe le direzioni appena indicate non parrebbero trovare ostacolo alcuno nel diritto comunitario. Anzi, si paleserebbero del tutto coerenti con quanto testualmente oggi statuito dall'art. 11-*bis*, § 1, direttiva 2005/29/CE (introdotto dalla direttiva 2019/2161/UE), secondo cui "i consumatori lesi da pratiche commerciali sleali devono avere acceso a *rimedi* proporzionati ed *effettivi*".

Il dubbio riguarda piuttosto il fatto che disposizioni siffatte possano ricondursi fra "le modifiche e le integrazioni *necessarie* per il recepimento delle disposizioni contenute nella direttiva" 2019/2161/UE: le uniche che il disegno di legge di recepimento in esame autorizza espressamente il legislatore delegato ad introdurre [26].

La prospettiva – concreta – è, quindi, che ancora una volta il nostro Paese perda l'occasione per un reale ammodernamento della propria legislazione, che consenta di passare da una solenne (quanto astratta) enunciazione di principi non presidiati però attraverso procedure atte a garantirne una tutela effettiva ed efficace, alla attivazione di meccanismi rimediali *concretamente* appetibili per i consumatori interessati (e, di contro e parallelamente, idonei a propiziarne un generalizzato rispetto da parte dei professionisti).

* * *

Paradossalmente, qualche maggiore speranza, quanto alla tutela della posizione dei consumatori lesi da una pratica commerciale scorretta, può ragionevolmente riporsi nel recepimento delle indicazioni dettate dall'art. 13, § 2 lett. b), direttiva 2005/29/CE (così come modificato dalla direttiva 2019/2161/UE), che – fra le circostanze di cui l'AGCM dovrà tener conto nella quantificazione della sanzione amministrativa pecuniaria da irrogarsi al professionista che risulti aver fatto ricorso ad una pratica commerciale scorretta – annovera anche le "eventuali azioni intraprese dal professionista per attenuare il danno subito dai consumatori o per porvi rimedio" (c.d. "ravvedimento operoso").

Non è infatti difficile prevedere che i professionisti – al fine di vedersi applicate in misura ridotta le sanzioni pecuniarie che la direttiva n. 2019/2161/UE ha voluto, in molti casi, inasprire sensibilmente proprio per potenziarne l'efficacia dissuasiva [27] – saranno fortemente incentivati ad assumere, per propria "libera scelta"

---

risdizionale o di un'autorità amministrativa di qualsiasi Stato membro relativa all'esistenza di una violazione a danno degli interessi collettivi dei consumatori possa essere usata da tutte le parti come prova nell'ambito di eventuali altre azioni dinanzi ai loro organi giurisdizionali o autorità amministrative nazionali al fine di invocare provvedimenti risarcitori nei confronti dello stesso professionista per la stessa pratica, conformemente al diritto nazionale in materia di valutazione delle prove".

[26] Ma v. la più possibilista posizione assunta da G. DE CRISTOFARO ricordata *supra* alla precedente nota 1.

[27] Si ricordi che l'art. 13 direttiva 2005/29/CE (così come modificato dalla direttiva 2019/2161/UE) – sulla scorta della premessa secondo cui "le sanzioni previste devono essere effettive, proporzionate e dissuasive" – prevede, al § 3, che "gli Stati membri provvedono a che, quando le sanzioni devono essere inflitte a norma dell'articolo 21 del regolamento (UE) 2017/2394, esse possano essere di tipo pecuniario, inflitte attraverso un procedimento amministrativo o giudiziario o entrambi, e per un importo massimo almeno pari al 4% del fatturato annuo del professionista nello Stato membro o negli Stati membri interessati"; per chiarire poi, al § 4, che, "per i casi in cui deve essere inflitta una sanzione pecuniaria a norma del § 3, ma informazioni sul fatturato annuo del professionista non sono disponibili, gli Stati membri introducono la possibilità di imporre sanzioni pecuniarie il cui importo massimo sia di almeno 2 milioni di euro".



(*rectius,* per un mero calcolo di convenienza), condotte volte ad eliminare o, quanto meno, a ridurre gli effetti negativi che la pratica, di cui si sospetta la scorrettezza, abbia concretamente prodotto nella sfera dei singoli consumatori [28].

Non sembra tuttavia ragionevole guardare ad un siffatto meccanismo "incentivante" come ad uno strumento idoneo a prestare, a fronte di pratiche commerciali scorrette, una *generalizzata* tutela a favore (anche) dei singoli consumatori che ne siano rimasti concretamente vittima: e ciò, anche solo per la già segnalata circostanza che i provvedimenti sanzionatori assunti dall'AGCM in materia di pratiche commerciali scorrette raramente superano la cinquantina l'anno, finendo così con il colpire solo un numero tutto sommato relativamente esiguo di pratiche adottate, su larga scala, normalmente da esponenti della grande imprenditoria (specie dei settori dell'energia, dell'industria, delle comunicazioni, del credito, delle assicurazioni, dei trasporti, della farmaceutica, dell'informazione, ecc.).

* * *

Passando ora al versante più strettamente sostanziale – e facendo attenzione a non invadere il terreno riservato agli interventi che mi seguiranno – un primo profilo di carattere generale merita di essere subito evidenziato: il § 2 dell'art. 11-*bis* della direttiva 2005/29/CE (introdotto dalla direttiva 2019/2161/UE) prevede espressamente che i rimedi, che dovessero essere introdotti *ad hoc* a tutela dei singoli consumatori rimasti vittima di una pratica commerciale scorretta, comunque "non pregiudicano l'applicazione di altri rimedi a disposizione dei consumatori a norma del diritto dell'Unione o del diritto nazionale".

Ciò comporta che i consumatori potranno in ogni caso continuare ad avvalersi, anche in futuro, di quei rimedi – peraltro ad oggi di scarso *appeal*, come si diceva – che risultavano agli stessi fin qui accessibili sulla base sia del diritto interno sia del diritto comunitario.

Dal che potrebbero trarre qualche motivo di sollievo quegli studiosi che – numerosi – in questi anni si sono dedicati al tema specifico degli strumenti di *private enforcement* attivabili a fronte di una pratica commerciale scorretta [29]: essi vedono infatti evaporare il pericolo che Julius von Kirchmann sintetizzava nel suo famoso detto: "un tratto di penna del legislatore e intere biblioteche vanno al macero".

---

[28] Di recente, ho avuto occasione di richiamare l'attenzione sul fatto che nella prassi – in applicazione della regola secondo cui, tranne che in ipotesi di "manifesta scorrettezza e gravità della pratica commerciale" imputata al professionista, quest'ultimo possa proporre l'assunzione di "impegni" (che lo stesso ritenga) idonei a far venir meno i profili di illegittimità della pratica commerciale contestatagli; con la conseguenza che la loro accettazione da parte dell'Autorità determina la chiusura del procedimento, senza accertamento dell'infrazione (art. 27, comma 7, cod. cons.; art. 9 Reg.) – la definizione attraverso il meccanismo degli "impegni" dei procedimenti avanti all'AGCM 'si è sempre più spesso risolta, in concreto, (anche) in un beneficio diretto per i consumatori *uti singuli*. Invero, negli ultimi anni si è assistito al progressivo proliferare di 'impegni' in forza dei quali il professionista si è obbligato non solo a desistere, per il futuro, dalla pratica commerciale relativamente alla quale l'Autorità aveva avviato il procedimento istruttorio, ma altresì a porre in essere condotte volte ad elidere, *in toto* o almeno in parte, gli effetti negativi che la stessa avesse anteriormente già prodotto in danno di singoli consumatori" (così in *Pratiche commerciali scorrette: alla vigilia del recepimento della Dir. 2019/2161/UE,* in *Contratti*, 2021, 497, ove ampia esemplificazione dei più recenti casi emblematici della prassi in discussione): nei casi in discussione, "i professionisti hanno evidentemente trovato conveniente formulare una proposta di 'impegno' che, in concreto, importava (anche) un beneficio immediato e diretto per i singoli consumatori rimasti vittima della pratica commerciale sospettata di essere scorretta, piuttosto che rischiare una probabile censura da parte dell'AGCM, normalmente destinata a riflettersi negativamente sulla loro immagine commerciale, e contestualmente evitare una possibile sanzione amministrativa pecuniaria, che avrebbe potuto risultare di entità economica tutt'altro che trascurabile" (*ivi*, 498 s.).

[29] Per una sintesi ragionata dagli esiti delle ricerche compiute sul punto dalla dottrina italiana, mi permetto di rinviare alla mia voce *Pratiche commerciali scorrette: le tutele*, in *Enc. dir*., *I tematici*, 1-2021, *Contratto* diretto da G. D'Amico, Giuffrè, 2021, 838 ss.



Un particolare motivo di soddisfazione potrebbero nutrire, poi, quegli esponenti della dottrina che, di recente, hanno preso a guardare come ad un'"*opzione oculata*" [30] la scelta – che ai primi commentatori era, invece, talora apparsa inopportuna od improvvida [31] – dal legislatore nazionale a suo tempo operata, in sede di recepimento della direttiva 2005/29/CE, di non predisporre *strumenti specifici* di *private enforcement* nei confronti del professionista che abbia fatto ricorso ad una pratica commerciale scorretta (e, parallelamente, di non introdurre *deroghe o modifiche specifiche* al regime ordinario di strumenti già noti alla nostra esperienza giuridica, allorquando gli stessi dovessero essere attivati nei confronti del professionista che abbia fatto ricorso ad una pratica commerciale scorretta): e ciò, in quanto – si osserva – sarebbe opportuno che fossero consentite "*risposte differenti* rispetto a istanze di tutela che non sempre mirano alla realizzazione del medesimo interesse" [32]. E di "*risposte differenti*" il quadro normativo già oggi vigente non è, di certo, avaro: si va dai rimedi risarcitori (da quelli a titolo di responsabilità contrattuale, a quelli a titolo di responsabilità precontrattuale, fino a quelli a titolo di responsabilità extracontrattuale) ai rimedi contrattuali (da quelli caducatori: nullità codicistica, nullità di protezione, annullabilità, recesso, risoluzione, ecc.; a quelli manutentivi: riduzione del prezzo, riparazione o sostituzione del bene, contrattualizzazione delle informazioni precontrattuali, ecc.); da quelli di portata generale a quelli speciali; da quelli applicabili per il fatto in sé dell'adozione di una pratica commerciale scorretta a quelli (numerosissimi) applicabili per un (concorrente) motivo *altro*; ecc. [33].

Tutto ciò non significa, ovviamente, che – *accanto* ai (fatti salvi) "rimedi a disposizione dei consumatori a norma del diritto dell'Unione e del diritto nazionale" – la legge interna di recepimento della direttiva 2019/2161/UE non possa utilmente introdurre, a tutela dei consumatori vittima di una pratica commerciale scorretta, rimedi *specifici* (e/o adattamenti *specifici* del regime ordinario di quelli previsti in linea generale) con riferimento all'ipotesi particolare di violazione del divieto di cui all'art. 20, comma 1, cod. cons.

Anzi, la direttiva europea parrebbe indirizzare i singoli legislatori nazionali esattamente in tale ultima direzione [34].

---

[30] Così, da ultimo, T. FEBBRAJO, *Il* private enforcement *del divieto di pratiche commerciali scorrette*, cit., 133, che riprende un'espressione già utilizzata da A. FACHECHI, *Pratiche commerciali scorrette e rimedi negoziali*, cit., 215.

[31] Cfr. per tutti G. DE CRISTOFARO, *La difficile attuazione della direttiva 2005/29/CE concernente le pratiche sleali nei rapporti tra imprese e consumatori: proposte e prospettive,* in *Contr. impr. Eur.,* 2007, 14 s., 19 s. e 30; ID., *La direttiva 2005/29/CE. Contenuto,* rationes, *caratteristiche,* in G. DE CRISTOFARO (a cura di), *Le "pratiche com- merciali sleali" tra imprese e consumatori. La direttiva 2005/29/Ce e il diritto italiano,* Giuffrè, 2007, 14 e 24 ss.; ID., *L'attuazione della direttiva 2005/29/CE nell'ordinamento italiano: prospettive, ivi*, 66; L. DI NELLA, *Prime considerazioni sulla disciplina delle pratiche commerciali aggressive,* in *Contr. impr. Eur.,* 2007, 62; R. CALVO, *Le azioni e le omissioni ingannevoli: il problema della loro sistemazione nel diritto patrimoniale comune,* in *Contr. impr. Eur.,* 2007, 71 s.; ID., *Le pratiche commerciali sleali "ingannevoli",* in G. DE CRISTOFARO (a cura di), *Le "pratiche commerciali sleali" tra imprese e consumatori. La direttiva 2005/29/CE e il diritto italiano,* cit., 173 s.; E. GUERINONI, *La direttiva sulle pratiche commerciali sleali. Prime note,* in *Contratti,* 2007, 178; A. COSTA, *Pratiche commerciali sleali e rimedi: i vizi della volontà,* in E. MINERVINI, L. ROSSI CARLEO (a cura di), *Le pratiche commerciali sleali. Direttiva comunitaria ed ordinamento italiano,* Giuffrè, 2007, 252 s.

Non era peraltro mancato chi aveva fatto fin da subito osservare che, "pur se suggestiva, l'ipotesi di un unico strumento di protezione pecca forse in punto di flessibilità. Le pratiche commerciali mirano a disciplinare una categoria di comportamenti pressoché infiniti che possono incidere sul rapporto contrattuale in molti modi, per cui conviene ritagliare la reazione alla slealtà sulla base delle peculiarità del caso concreto" (così, testualmente, L.G. VIGORITI, *Verso l'attuazione della direttiva sulle pratiche commerciali sleali*, in *Eur. dir. priv.*, 2007, 529).

[32] Così ancora T. FEBBRAJO, *Il* private enforcement *del divieto di pratiche commerciali scorrette*, cit., 133, sempre riprendendo le parole di A. FACHECHI, *Pratiche commerciali scorrette e rimedi negoziali*, cit., 215. Al riguardo cfr. anche E. LABELLA, *Pratiche commerciali scorrette e rimedi civilistici*, in *Contr. impr.*, 2013, 732; ID., *Pratiche commerciali scorrette e autonomia privata*, cit., 109.

[33] Sul punto, cfr. la mia voce *Pratiche commerciali scorrette: le tutele*, cit., 838 ss.

[34] In direzione in qualche modo analoga si muove anche il già citato disegno di legge per la "Revisione e integrazione del codice



"Gli Stati membri – si legge infatti al "*considerando 16*" della direttiva 2019/2161/UE – dovrebbero garantire la disponibilità di rimedi per i consumatori danneggiati da pratiche commerciali sleali per eliminare tutti gli effetti di tali pratiche scorrette. L'adozione di un quadro ben preciso per i rimedi individuali faciliterebbe l'esecuzione a livello privato".

L'obiettivo dichiarato è, dunque, "*l'eliminazione totale degli effetti di tali pratiche*"; lo strumento a tal fine suggerito "*l'adozione di un quadro ben preciso per i rimedi individuali*" (che vengano ad aggiungersi a quelli "altri" pure previsti dal nostro ordinamento e che da questi ultimi dovrebbero distinguersi per il fatto di essere calibrati proprio per fronteggiare il fenomeno specifico delle pratiche commerciali scorrette).

Tra questi – suggerisce la stessa direttiva europea – *in primis* il "risarcimento del danno subito dal consumatore" (art. 11-*bis*, § 1, direttiva 2005/29/CE, introdotto dalla direttiva 2019/2161/UE): rimedio, quest'ultimo, che non brilla certo per originalità, ma di cui il legislatore europeo sembra suggerire un appropriato adattamento alle caratteristiche peculiari della violazione del divieto di porre in essere pratiche commerciali scorrette.

Potrebbe essere l'occasione, per il legislatore italiano, di un intervento volto a risolvere normativamente i principali nodi che, sin qui, hanno dissuaso i nostri consumatori dal farvi più ampio ricorso: se, ad es., la violazione del precetto secondo cui "le pratiche commerciali scorrette sono vietate" (art. 21, comma 1, cod. cons.) costituisca sempre, *ex se,* un "illecito" idoneo a legittimare il risarcimento del danno che dovesse esserne eventualmente derivato (si pensi, ad es., ad una pratica commerciale sì "idonea a falsare in misura apprezzabile il comportamento economico, in relazione al prodotto, del consumatore *medio* che essa raggiunge o al quale è diretta", ma che, nel caso di specie, raggiunga invece un consumatore *concreto* dotato di un livello di avvedutezza e/o esperienza ampiamente superiore alla media); se – ed in quali ipotesi – alla responsabilità dell'autore di una pratica commerciale scorretta trovi applicazione il regime della responsabilità contrattuale ovvero quello della responsabilità extracontrattuale (si pensi, ad es., alla pratica commerciale scorretta posta in essere da un soggetto diverso da quello che ha intrattenuto in via esclusiva i rapporti con il consumatore che agisce per il risarcimento; alla pratica commerciale scorretta posta in essere nei confronti non già di un consumatore determinato, bensì di una massa indeterminata di soggetti, non importa se consumatori o meno; alla pratica commerciale scorretta cui non faccia seguito la stipula, da parte del consumatore, di alcun contratto); se non sia opportuno un alleggerimento del gravoso onere probatorio che, stando almeno alle regole generali, dovrebbe gravare su chi esperisce un'azione risarcitoria [35]; se, in particolare, un eventuale accertamento, da parte dell'AGCM *ex* art. 27 cod. cons. ovvero dell'AGO *ex* art. 840-*sexiesdecies* cod. proc. civ., del fatto che una determinata pratica commerciale è stata effettivamente posta in essere da un determinato professionista, così come del fatto che la stessa deve ritenersi effettivamente "scorretta" ai sensi degli artt. 20 ss. cod. cons., valga a esonerare il consumatore, che agisca per il risarcimento del danno che asserisca essergliene derivato, dal relativo onere probatorio [36]; se non sia auspicabile agevolare la prova richiesta al consumatore in punto, da un lato, di nesso causale tra pratica commerciale scorretta e lesione del suo diritto all'autodeterminazione negoziale e, da altro lato, di nesso causale fra lesione del suo diritto all'autodeterminazione e danno concretamente derivatogli [37]; se è risarcibile il solo danno patrimoniale, ovvero an-

civile" (n. S.1151), che vorrebbe delegare all'esecutivo, tra gli altri, anche il compito di "disciplinare i casi in cui pratiche negoziali ingannevoli, aggressive o comunque scorrette [...] determinano l'invalidità del contratto concluso" (art. 1, comma 1, lett. g).

[35] In questa direzione si è mosso, ad es., il d.lgs. 19 gennaio 2017, n. 3, con riferimento alle azioni risarcitorie da violazione del diritto della concorrenza.

[36] V., in proposito, l'art. 7 d.lgs. n. 3/2017.

[37] V., in proposito, l'art. 14 d.lgs. n. 3/2017.



che quello non patrimoniale; se, al fine di distogliere il consumatore da quella "apatia razionale" [38] che sovente lo induce a non far valere i propri diritti quando l'entità del danno sofferto è inferiore ai costi necessari per intraprendere un'azione risarcitoria, non possa riuscire funzionale la previsione di una sorta di "risarcimento ultracompensativo"; ecc.

Quanto poi ai contratti c.d. "a valle" di una pratica commerciale scorretta, il recepimento della direttiva 2019/2161/UE potrebbe essere l'occasione, per il legislatore domestico, per individuare uno o più rimedi *ad hoc* – quanto più possibile agili, sicuri, automatici e non onerosi – attraverso cui il consumatore, che lo ritenga opportuno, possa liberarsi da un vincolo contrattuale assunto in presenza di una pratica commerciale scorretta [39].

Occorrerebbe in ogni caso – a prescindere, cioè, dal rimedio caducatorio prescelto – definirne esattamente i presupposti di applicazione: se, ad es., esso sia accessibile solo qualora risulti che il singolo consumatore-attore non avrebbe stipulato il contratto (o lo avrebbe stipulato a condizioni diverse) se la sua "decisione di natura commerciale" non fosse stata condizionata da una determinata pratica commerciale scorretta, ovvero se esso possa essere attivato a prescindere dal fatto che la pratica commerciale scorretta abbia o meno influito, in concreto, sulla scelta operata dal consumatore stesso; se, nella prima ipotesi, se il rimedio sia invocabile quand'anche il professionista non abbia avuto percezione (né abbia avuto motivo di sospettare) che la decisione del consumatore era stata influenzata in modo determinante dalla pratica commerciale scorretta; se il rimedio caducatorio sia accessibile anche allorquando la pratica commerciale sia stata posta in essere da un soggetto terzo, diverso dal professionista che ha concretamente stipulato il contratto con il consumatore; se, in caso affermativo, se esso sia attivabile quand'anche il professionista contraente non abbia avuto percezione (né abbia avuto motivo di sospettare) che la decisione del consumatore era stata influenzata in modo determinante dalla pratica commerciale scorretta posta in essere dal terzo; se il rimedio possa essere invocato *sine die*, ovvero solo entro determinati limiti temporali; come si ripartiscono i relativi oneri probatori; ecc.

Sempre con riferimento ai contratti "a valle" di una pratica commerciale scorretta, il recepimento della direttiva 2019/2161/UE potrebbe essere poi l'occasione, per il nostro legislatore, per articolare un sistema di rimedi manutentivi atti ad indurre il consumatore a *non liberarsi* da un contratto stipulato in presenza di una pratica commerciale scorretta, modificandone però contenuto ed effetti.

In questa direzione – accanto al rimedio della "riduzione del prezzo", espressamente evocato dall'art. 11-*bis*, § 1, direttiva 2005/29/CE (introdotto dalla direttiva 2019/2161/UE) – si potrebbe pensare, ad es., a forme (come si esprime, da ultimo, l'art. 129, comma 3 lett *d*), cod cons. [40]) di contrattualizzazione "delle dichiarazioni pubbliche fatte dal o per conto del venditore, o da altre persone nell'ambito dei precedenti passaggi della catena di transazioni commerciali, compreso il produttore, in particolare nella pubblicità e nell'etichettatura".

---

[38] L'espressione è utilizzata da T. FEBBRAJO, *Il* private enforcement *del divieto di pratiche commerciali scorrette,* cit., 72 s.

[39] In proposito, il già ricordato gruppo di lavoro che, nell'ambito dell'Associazione Civilisti Italiani, si è fatto carico di ipotizzare come potrebbe trovare attuazione, in sede di legge delegata, la previsione dettata, quanto ai contratti "a valle" di una pratica commerciale scorretta, dall'art. 1 lett. g) disegno di legge S1151 di "Delega al governo per la revisione del codice civile", aveva suggerito il ricorso all'istituto del "recesso": così suona infatti il testo dei commi 2 e 3 di un ipotizzato nuovo art. 1469-*ter* cod. civ.: "[2] Qualora la pratica commerciale scorretta abbia influenzato in modo determinante la decisione di un consumatore di concludere un contratto con un professionista, il consumatore ha diritto di recedere dal contratto così concluso. Il recesso non può essere esercitato dopo che il contratto ha ricevuto completa e compiuta esecuzione. [3] Il comma 2 trova applicazione anche nelle ipotesi in cui il contratto venga concluso dal consumatore con un professionista diverso da quello che ha posto in essere la pratica commerciale scorretta, ancorché sia ignota alla controparte la circostanza che la decisione del consumatore di stipulare il con– tratto sia stata influenzata in modo determinante da una pratica commerciale scorretta".

[40] V. anche art. 135-*quinquies*, comma 1, cod. cons.



Peccato che il testo del disegno di "legge di delegazione europea 2021", allo stato dei lavori parlamentari, sia assolutamente silente in ordine ai "principi e criteri direttivi specifici", cui il legislatore delegato dovrebbe attenersi in proposito. Anzi – come già accennato – lo legittimi ad "apportare alle disposizioni del codice del consumo" *solo* le "disposizioni *necessarie* per il recepimento delle disposizioni contenute nella direttiva".

In altra sede[41] avevo espresso l'auspicio che il legislatore italiano cogliesse l'occasione del recepimento della direttiva 2019/2161/UE per delineare, a tutela individuale del consumatore rimasto vittima di una pratica commerciale scorretta, un insieme composito di rimedi *semplici*, *rapidi*, *efficaci*, *poco costosi* e *scarsamente rischiosi*, che li rendano per quest'ultimo concretamente appetibili e, di contro, fortemente dissuasivi e disincentivanti per il professionista che sia tentato dal far ricorso ad una pratica commerciale scorretta.

Il timore è che – se il Senato della Repubblica dovesse "appiattirsi" sul testo di disegno di legge allo stesso trasmesso dalla Camera dei Deputati – un simile obiettivo sia destinato a non essere centrato.

[41] Cfr. la mia voce *Pratiche commerciali scorrette: le tutele*, cit., 838.

JUS CIVILE



*GIOVANNI DE CRISTOFARO*

*Professore ordinario di Diritto civile – Università degli Studi di Ferrara*

# RIMEDI PRIVATISTICI "INDIVIDUALI" DEI CONSUMATORI E PRATICHE COMMERCIALI SCORRETTE: L'ART. 11-*BIS* DIR. 2005/29/UE E LA PERDURANTE (E AGGRAVATA) FRAMMENTAZIONE DEI DIRITTI NAZIONALI DEI PAESI UE[*]

SOMMARIO: Sezione I. *Introduzione. – 1. I rimedi individuali esperibili dai consumatori destinatari di pratiche commerciali scorrette nel diritto nazionale dei Paesi UE anteriormente al recepimento dell'art. 11-*bis *della direttiva 2005/29/CE, introdotto dalla direttiva (UE) 2019/2161. – 2. I rimedi individuali esperibili dai consumatori destinatari di pratiche commerciali scorrette nel diritto nazionale dei Paesi UE posteriormente al recepimento dell'art. 11-*bis *della direttiva 2005/29/CE, introdotto dalla direttiva (UE) 2019/2161. – 3. La suddivisione dei Paesi UE in 4 gruppi, in relazione ai tratti caratterizzanti generali delle discipline nazionali dei rimedi privatistici individuali esperibili dai consumatori vittime di pratiche commerciali scorrette.* – Sezione II. *Il primo gruppo di Paesi UE: legislazioni nazionali che prevedono la conversione ex lege in contratto a titolo gratuito del contratto a titolo oneroso stipulato da un consumatore con un professionista in esito ad una pratica commerciale sleale. – 1. La disciplina vigente in Belgio.* – Sezione III. *Il secondo gruppo di Paesi UE: legislazioni nazionali che prevedono la invalidità del contratto stipulato da un consumatore con un professionista in esito ad una pratica commerciale sleale riconoscendo altresì al consumatore il diritto al risarcimento dei danni. – 1. La disciplina vigente in Francia. – 2. La disciplina vigente in Lussemburgo. – 3. La disciplina vigente nei Paesi Bassi. – 4. La disciplina vigente in Slovacchia. – 5. La disciplina vigente in Polonia.* – Sezione IV. *Il terzo gruppo di Paesi UE: legislazioni nazionali che accordano al consumatore il diritto alla risoluzione del contratto o alla riduzione del corrispettivo pattuito, riconoscendo altresì al consumatore il diritto al risarcimento dei danni. – 1. La disciplina vigente nel Regno Unito. – 2. La disciplina portoghese. – 3. La disciplina danese. – 4. La disciplina bulgara. – 5. La disciplina lituana. – 6. La disciplina estone. – 7. La disciplina rumena.* – Sezione V. *Il quarto gruppo di Paesi UE: legislazioni nazionali che si limitano a riconoscere al consumatore il diritto al risarcimento dei danni. – 1. La disciplina tedesca. – 2. La disciplina spagnola. – 3. La disciplina svedese. – 4. La disciplina austriaca. – 5. La disciplina irlandese. 6. Le discipline greca, croata, lettone e ungherese.* – Sezione V. *Il quinto gruppo di Paesi UE: legislazioni nazionali ancora prive di disposizioni ad hoc dedicate ai rimedi individuali esperibili dai consumatori vittime di pratiche commerciali sleali, in attesa del recepimento della direttiva (UE) 2019/2161. – 1. La disciplina finlandese.*

## **Sezione I** – *Introduzione*

**1. –** La discussa e complessa questione dei rimedi privatistici individuali esperibili da parte dei consumatori destinatari di condotte imprenditoriali lesive del divieto di ricorrere a pratiche commerciali scorrette san-

[*] Relazione tenuta in occasione del convegno sul tema "Pratiche commerciali scorrette e rimedi 'individuali' esperibili dai consumatori. Il recepimento dell'art. 11-bis della direttiva 2005/29/CE nel diritto italiano" svoltosi presso il Dipartimento di Giurisprudenza dell'Università degli Studi di Ferrara il 28 aprile 2022 e organizzato dal Dottorato di ricerca in "Diritto dell'Unione europea e ordinamenti nazionali" dell'Università di Ferrara.



cito dall'art. 5, par. 1, dir. 2005/29/CE (v. art. 20, comma 1, cod. cons. per il diritto italiano) non era stata, come noto, affrontata *ex professo* dalla direttiva stessa, la quale per un verso si era limitata ad imporre genericamente agli Stati membri di comminare sanzioni effettive, proporzionate e dissuasive nei confronti dei professionisti che ricorressero a pratiche commerciali sleali e ad adottare tutti i provvedimenti necessari per assicurare che i precetti della direttiva venissero effettivamente rispettati (art. 13 dir. 2005/29/CE), per altro verso aveva espressamente escluso che il suo recepimento imponesse agli Stati membri di modificare il proprio diritto privato interno dei contratti, ed in particolare le norme nazionali generali sulla formazione, la validità e l'efficacia dei contratti (art. 3, par. 2, dir. 2005/29/CE).

Ciononostante alcuni Paesi UE (Belgio, Lussemburgo, Francia, Paesi Bassi, Grecia, Polonia, Irlanda), già in occasione del recepimento della direttiva 2005/29/CE, hanno spontaneamente introdotto *disposizioni ah hoc* volte ad accordare ai consumatori destinatari di pratiche commerciali sleali appositi rimedi individuali. Altri Paesi (Austria, Danimarca, Spagna, Svezia, Slovacchia), pur non adottando disposizioni *ad hoc* volte a disciplinare rimedi "speciali", esperibili dai (soli) consumatori vittime di pratiche sleali, hanno integrato le disposizioni attuative della direttiva 2005/29/CE in atti normativi di più ampia portata e respiro (ad es. leggi nazionali sulla concorrenza sleale) che attribuiscono a qualunque soggetto (e quindi anche, ma non soltanto, al consumatore in senso stretto e proprio) pregiudicato dal compimento degli atti vietati da siffatti provvedimenti il diritto al risarcimento dei danni conseguentemente sofferti. Altri Paesi ancora (Bulgaria, Lettonia, Regno Unito), dopo aver inizialmente omesso di inserire *disposizioni ad hoc* nella legislazione attuativa della direttiva 2005/29/CE, hanno successivamente rimeditato questa opzione ed hanno colmato la relativa lacuna, perlopiù in occasione del recepimento della direttiva 2011/83/UE sui diritti dei consumatori.

In un secondo gruppo di Paesi UE, prima del recepimento della direttiva 2019/2161 UE la questione dei rimedi individuali esperibili dai consumatori vittime di pratiche commerciali sleali non è invece mai stata affrontata con disposizioni *ad hoc* (né in occasione del recepimento della direttiva 2005/29/CE, né in un momento successivo), né si presta(va) ad essere adeguatamente risolta ricorrendo a disposizioni di portata più generale inserite negli atti normativi nei quali sono state integrate le disposizioni concernenti le pratiche commerciali *b-to-c* o ai principi generali del diritto privato nazionale (Lituania, Germania, Croazia, Romania, Italia, Malta, Cipro, Repubblica ceca, Slovenia e Finlandia, Estonia).

**2. –** Alla fine del mese di aprile del 2022, gli atti normativi nazionali necessari per dare attuazione alla direttiva (UE) 2019/2161 (e quindi anche al nuovo art. 11-*bis* della direttiva 2005/29/CE) risultano essere stati adottati dai legislatori dei seguenti Paesi UE: Germania, Lituania, Croazia, Portogallo, Danimarca, Spagna, Bulgaria, Francia, Estonia, Ungheria, Romania.

Alcuni di questi Paesi avevano già spontaneamente ed autonomamente introdotto nei loro rispettivi ordinamenti interni disposizioni *ad hoc* recanti la disciplina dei rimedi individuali dei consumatori: in taluni casi (Francia) la relativa disciplina è stata volutamente lasciata inalterata, essendosi ritenuto che essa fosse pienamente idonea a dare attuazione all'art. 11-*bis* dir. 2005/29/CE; in altri casi (Portogallo, Danimarca, Spagna, Bulgaria, Spagna), i legislatori nazionali hanno invece approfittato dell'occasione offerta dalla necessità di recepire la direttiva UE 2019/2161 per modificare, integrare o comunque completare le disposizioni *ah hoc* precedentemente adottate (o le disposizioni di tenore generale applicabili anche ai consumatori).

Altri Paesi (Lituania, Germania, Croazia, Romania, Ungheria, Estonia) hanno invece provveduto proprio con l'atto normativo di recepimento della direttiva UE 2019/2161 a colmare la lacuna esistente nel proprio



diritto interno, introducendo per la prima volta una disciplina *ad hoc* dei rimedi individuali spettanti ai consumatori, attuativa del nuovo art. 11-*bis* dir. 2005/29/CE.

Allo stato attuale (fine aprile 2022), risultano conseguentemente ancor oggi privi di una disciplina *ad hoc* dei rimedi individuali esperibili dai consumatori vittime di pratiche commerciali scorrette soltanto Italia, Malta, Cipro, la Repubblica ceca, la Slovenia e la Finlandia, Paesi nei quali ancora non è stata recepita la direttiva UE 2019/2161.

**3. –** Sia in ragione dell'assenza di qualsivoglia indicazione puntuale in proposito nel testo originario della direttiva 2005/29/CE, sia in ragione della genericità e della laconicità della formulazione testuale del nuovo art. 11-*bis* della direttiva 2005/29/CE, nonché degli ampi margini di discrezionalità che quest'ultima disposizione comunque lascia agli Stati membri ai fini della costruzione dei contenuti delle disposizioni nazionali *ad hoc* volte a regolamentare la natura, i presupposti e il regime normativo del rimedio individuale (o dell'insieme di rimedi individuali) di diritto privato esperibile dai consumatori *uti singuli* nei confronti del professionista che avvia violato il divieto di ricorrere a pratiche commerciali scorrette, le soluzioni adottate a tal fine dai singoli legislatori nazionali risultano molto eterogenee, e le profonde differenze fra di esse intercorrenti appaiono destinate ad aumentare ulteriormente in seguito al recepimento della direttiva UE 2019/2161.

Individuare e ricostruire le specifiche peculiarità di ciascun ordinamento nazionale risulta invero tutt'altro che agevole, non soltanto perché il reperimento di materiali normativi aggiornati e la comprensione dei relativi contenuti risulta non di rado difficile, ma anche e soprattutto perché le disposizioni *ad hoc* eventualmente esistenti nella legislazione interna necessitano di essere a tal fine coordinate con i precetti generali nazionali del diritto dei contratti e della responsabilità civile, nonché con le disposizioni di tenore generale o speciale che concorrono a comporre il diritto privato nazionale dei rapporti (contrattuali e non contrattuali) fra professionisti e consumatori. Soltanto muovendo da siffatta considerazione complessiva è infatti possibile pervenire ad una adeguata valutazione della rilevanza, del grado di innovatività e dell'impatto sistematico complessivo che le disposizioni nazionali attuative dell'art. 11-*bis* dir. 2005/29/CE hanno avuto e sono destinate ad avere sul diritto privato interno dei singoli Paesi membri.

Una disamina così approfondita non è certo consentita dal breve spazio concesso a questo contributo, che si limiterà pertanto a proporre una sommaria classificazione delle soluzioni nazionali, raccolte in 4 gruppi distinti ciascuno dei quali connotato da caratteristiche di fondo tendenzialmente comuni a tutte le discipline nazionali dei Paesi che ne fanno parte.

## **Sezione II** – *Il primo gruppo di Paesi UE: legislazioni nazionali che prevedono la conversione* ex lege *in contratto a titolo gratuito del contratto a titolo oneroso stipulato da un consumatore con un professionista in esito ad una pratica commerciale sleale*

**1. –** Del tutto singolare, un vero e proprio *unicum* all'interno dell'UE, è la soluzione offerta dal legislatore **belga** alla questione dei rimedi individuali esperibili dai consumatori destinatari di pratiche commerciali sleali poste in essere da professionisti. Una soluzione che si rinviene oggi negli artt. VI.37 e VI. 38 del *code*



*de droit économique* (codice adottato dal Belgio nel 2013 in sostituzione dell'ora abrogato *code de commerce*), con i quali si apre la disciplina "generale" dei contratti dei consumatori contenuta nel Capitolo 1 (*Disposizioni generali*) del Titolo III (*Des contrats avec les consommateurs*) del Libro VI (*Pratiques du marché et protection du consommateur*) del citato codice.

L'art. VI.37, comma 2, dedicato all'interpretazione dei contratti dei consumatori, dopo aver stabilito che in caso di dubbio sul significato di una clausola deve essere privilegiato il significato più favorevole al consumatore aggiunge che un contratto concluso da un consumatore con un professionista *può* essere interpretato in particolare (*notamment*) alla luce delle pratiche commerciali che siano ad esso direttamente correlate (*en relation directe avec celui-ci*).

Il successivo art. VI.38 statuisce che, quando un contratto sia stato concluso da un consumatore *à la suite* di una pratica commerciale sleale ai sensi dell'art. VI.100, 12°, 16° e 17° [1], o dell'art. VI.103, 1°, 2° e 8° [2], il consumatore può – entro un termine ragionevole decorrente dalla data in cui è venuto (o sarebbe dovuto venire) a conoscenza dell'esistenza di tale pratica – esigere il rimborso delle somme pagate, senza però essere tenuto a restituire il prodotto consegnato (comma 1).

Quando per conto un contratto sia stato concluso da un consumatore *à la suite* di una pratica commerciale sleale ai sensi degli artt. VI.93 – VI.95 [3], VI.100, 1° – 11°, 13° – 15°, 18° – 23°, o dell'art. VI.103, 3° – 7°, il giudice può, ferme restando le sanzioni di diritto comune, ordinare al professionista di restituire al consumatore le somme pagate da quest'ultimo, senza però imporre al consumatore stesso di restituire il prodotto (e cioè il bene o il servizio) fornito (comma 2).

Con specifico ed esclusivo riguardo alla peculiare fattispecie delle forniture non richieste (contemplata dall'art. VI.103, n. 6°), il comma 3 dell'art. VI.38 infine prevede che il consumatore sia in ogni caso esonerato dal pagamento del prezzo e da qualsivoglia altra controprestazione, escludendo che l'assenza di una risposta (alla fornitura non richiesta) possa assumere il valore di consenso contrattuale.

A rendere questa soluzione originale è *in primis* la circostanza che il legislatore belga abbia ritenuto opportuno graduare le conseguenze privatistiche della violazione del divieto di pratiche scorrette in correlazione al livello di gravità della condotta tenuta professionista: individuando all'interno delle macrocategorie delle pratiche ingannevoli e delle pratiche aggressive singole tipologie di pratiche reputate maggiormente pregiudizievoli per gli interessi dei consumatori e conseguentemente meritevoli di condurre in modo automatico

---

[1] L'art. VI.100 contiene la lista "nera" delle pratiche commerciali considerate in ogni caso ingannevoli. Il num. 12 contempla la pratica consistente nel formulare affermazioni fattuali inesatte in merito alla natura e all'entità dei rischi cui il consumatore esporrebbe la propria sicurezza personale e quella della propria famiglia omettendo di acquistare il prodotto che gli viene offerto; il num. 16 contempla la pratica consistente nell'affermare che alcuni prodotti possono facilitare la vincita in giochi d'azzardo; il num. 17 contempla la pratica consistente nell'affermare falsamente che un prodotto ha la capacità di curare malattie, disfunzioni o malformazioni.

[2] L'art. VI.103 reca la lista "nera" delle pratiche commerciali considerate in ogni caso aggressive. Il num. 1 prevede la pratica consistente nel suscitare nel consumatore l'impressione che non gli sarà possibile uscire da un locale commerciale se non dopo la conclusione di un contratto. Il num. 2 annovera la pratica consistente nell'effettuare visite presso l'abitazione del consumatore, ignorando gli inviti del consumatore a lasciare la sua residenza o a non ritornarvi Il num. 8 contempla la pratica consistente nel suscitare la falsa impressione che il consumatore abbia già vinto, vincerà o vincerà compiendo una determinata azione un premio o una vincita equivalente, mentre in realtà non esiste alcun premio né vincita equivalente, oppure qualsiasi azione volta a reclamare il premio (o altra vincita equivalente) è subordinata al versamento di somme di denaro o comunque a spese che il consumatore è tenuto a sostenere a tal fine.

[3] Gli artt. VI.93 – VI.95 contengono il divieto generale di ricorrere a pratiche sleali, la definizione della nozione generale e residuale di pratica sleale (conforme al par. 2 dell'art. 5 dir. 2005/29/CE) e annoverano fra le pratiche sleali le azioni ingannevoli, le omissioni ingannevoli e le pratiche aggressive.



e certo alla produzione della speciale conseguenza privatistica riconnessa alla violazione del divieto di pratiche sleali e prevedendo per le restanti pratiche sleali la mera possibilità che siffatta conseguenza venga riconnessa dall'autorità giudiziaria all'accertamento dell'intervenuta violazione del divieto di ricorrere a pratiche commerciali sleali.

In secondo luogo, a connotare in modo peculiare la soluzione legislativa belga è la singolarità della "sanzione" privatistica comminata nei confronti del professionista, che da un lato viene obbligato a restituire al consumatore tutte le somme versategli da quest'ultimo in esecuzione del contratto, e dall'altro lato si vede privato della possibilità di pretendere la restituzione del *prodotto già consegnato* (*id est* la restituzione del bene già trasferito in proprietà e possesso al consumatore acquirente o la corresponsione di un indennizzo per il servizio già fornito in tutto o in parte al consumatore).

Sul piano civilistico, questa speciale condizione giuridica del professionista non sembra potersi spiegare se non sulla base di due possibili fondamenti giuridici.

Si potrebbe ritenere che quella contemplata dall'art. VI.38 del *code de droit économique* sia una conversione imperativa del contratto a titolo oneroso stipulato dal consumatore con il professionista in un contratto a titolo gratuito: conversione operante automaticamente *ex lege* nei casi più gravi (comma 1) e soltanto *ope iudicis*, a seguito e sulla base di una valutazione discrezionale da parte dell'autorità giudiziaria, nei casi ritenuti meno gravi (comma 2). Non si potrebbe altrimenti spiegare come mai il professionista sia tenuto a restituire i pagamenti ricevuti (e *a fortiori* il consumatore possa considerarsi esonerato dall'obbligo di effettuare i pagamenti pattuiti, laddove ancora non abbia provveduto ad eseguirli), mentre il consumatore rimane legittimato a trattenere il bene e le utilità ricevute (e *a fortiori* il professionista rimane obbligato alle prestazioni di *dare* o *facere* contrattualmente promesse ed eventualmente ancora non eseguite).

In alternativa, si potrebbe ipotizzare che il contratto sia colpito da una radicale nullità, produttiva tuttavia – sul piano restitutorio – di conseguenze almeno in parte diverse da quelle normalmente scaturenti dalla nullità di un contratto: soltanto il professionista verrebbe infatti ad essere gravato dalle obbligazioni restitutorie ordinariamente insorgono in capo alla parte che abbia ricevuto prestazioni eseguite in attuazione di un accordo nullo, laddove per contro siffatte obbligazioni non nascerebbero in capo al consumatore al quale sia stata trasmessa la disponibilità materiale del bene oggetto del contratto nullo ovvero sia stato fornito il servizio contemplato dal contratto nullo.

Quest'ultima ipotesi ricostruttiva lascerebbe tuttavia irrisolta la questione dell'individuazione del soggetto proprietario del bene consegnato in esecuzione del contratto stipulato in esito ad una pratica commerciale sleale: a rigore infatti la titolarità del diritto di proprietà dovrebbe essere riconosciuta non al consumatore bensì al professionista (stante la nullità del contratto traslativo), il quale però sarebbe di fatto impossibilitato a conseguire il possesso della cosa (essendogli precluse sia l'azione restitutoria che l'azione di rivendica), che potrebbe essere legittimamente trattenuta ed utilizzata dal consumatore nonostante quest'ultimo non ne abbia acquisito la proprietà.



**Sezione III** – *Il secondo gruppo di Paesi UE: legislazioni nazionali che prevedono la invalidità del contratto stipulato da un consumatore con un professionista in esito ad una pratica commerciale sleale riconoscendo altresì al consumatore il diritto al risarcimento dei danni*

**1. –** Il sistema di *enforcement* privatistico **francese** in materia di pratiche commerciali sleali appare piuttosto complesso, anche a seguito dalle modificazioni apportate dalla *Ordonnance* n. 2021-1734 del 22 dicembre 2021, che ha dato attuazione alla direttiva (UE) 2019/2161.

In primo luogo, si distingue infatti a seconda della tipologia di pratica commerciale sleale.

Per le sole pratiche commerciali la cui slealtà derivi (non dalla loro riconduzione ad una delle previsioni inserite nelle liste "nere" né dalla loro qualificazione come ingannevoli e aggressive in forza delle clausole generali, bensì esclusivamente) dalla applicazione della nozione generale e residuale di pratica commerciale di cui all'art. L 121-1 *code de la consommation* (corrispondente al par. 2 dell'art. 5 dir. 2005/29/CE), l'art. L 132-1 A dello stesso *code de la consommation* prevede che, nei confronti del professionista che ricorra *in maniera continuativa* ad una pratica commerciale la cui natura sleale sia stata riconosciuta da una decisione del Consiglio di Stato (o da un *avis* reso dallo stesso Consiglio di Stato in applicazione dell'art. L 113-1 del codice della giustizia amministrativa) ovvero da una sentenza della Corte di cassazione (o da un *avis* reso dalla stessa Corte di cassazione ai sensi dell'art. L 441-1 del codice della amministrazione giudiziaria), possa essere pronunciata – su domanda della *autorité administrative chargée de la concurrence et de la consommation* [4], di una associazione dei consumatori, del pubblico ministero o di singoli consumatori – una sentenza di condanna al pagamento di una *ammenda civile* il cui importo non può in linea di principio superare i 300.000 euro (ma è suscettibile di essere incrementato – in misura proporzionale ai benefici procurati dalla pratica al professionista che l'abbia posta in essere – fino a 2 milioni di euro ovvero fino al 4% del fatturato medio annuo degli ultimi tre anni realizzato dal professionista responsabile).

La possibilità che venga irrogata una ammenda civile nei confronti del professionista che pone in essere una pratica commerciale riconosciuta come sleale ai sensi della definizione generale di pratica commerciale sleale viene comunque espressamente contemplata dall'art. L 132-1 A del codice francese del consumo "*sans préjudice de l'allocation de dommages et intérêts*": questa salvaguardia parrebbe lasciare intendere che i consumatori pregiudicati dalla pratica commerciale abbiano sempre e comunque la possibilità di agire in giudizio per il risarcimento dei danni (quantomeno patrimoniali) sofferti.

E se tale possibilità sussiste in relazione ad una pratica commerciale da qualificarsi come sleale in applicazione della nozione generale, non v'è motivo per escludere che essa sussista per le pratiche commerciali da qualificarsi come sleali perché ingannevoli o perché aggressive o perché riconducibili ad una delle previsioni delle liste "nere".

Per quanto riguarda le pratiche commerciali ingannevoli (perché suscettibili di essere ricomprese in una delle previsioni della lista nera di pratiche sicuramente ingannevoli di cui all'art. L 121-4 ovvero perché riconducibili alla nozione generale di azione o omissione ingannevole di cui agli artt. L 121-2 e L 121-3), occorre in primo luogo evidenziare che esse integrano gli estremi di un reato, punito con pena detentiva di due anni e con una ammenda il cui importo può arrivare fino a 300.000 euro, ma può essere incrementato – in misura proporzionale ai vantaggi che la pratica ha procurato al professionista che vi abbia fatto ricorso – fino

[4] E cioè la *Direction générale de la concurrence, de la consommation et de la répression des fraudes*, istituita presso il Ministero dell'economia e delle finanze.



al 10% del fatturato medio annuo degli ultimi tre anni realizzato dal professionista, ovvero fino al 50% delle spese sostenute per realizzare e diffondere la pubblicità o la pratica commerciale o addirittura fino all'80% delle spese sostenute quando si tratti di pratiche contenenti informazioni ingannevoli in materia ambientale (art. L 132-2 *code de la consommation*).

Non si rinviene tuttavia nel *code de la consommation* una disposizione *ad hoc* che contempli, per il professionista che faccia ricorso a pratiche commerciali ingannevoli, una "sanzione civile". Tala lacuna non è stata colmata nemmeno dalla *Ordonnance* del 2021 che ha dato attuazione alla direttiva (UE) 2019/2161, probabilmente in ragione sia della scelta del legislatore francese di includere nell'ambito di applicazione delle disposizioni relative alle pratiche commerciali ingannevoli anche ai rapporti fra professionisti e fra professionisti e non professionisti [5], sia della circostanza che le pratiche commerciali ingannevoli assumono agli occhi del legislatore francese un disvalore sensibilmente inferiore rispetto alle pratiche aggressive, le quali ultime presentano invece molti profili in comune con le condotte integranti gli estremi di un "abuso di *faibless*" (cfr. *infra*).

Cionondimeno, la dottrina francese esclude che dalla mancanza, nel *code de la consommation*, di una disposizione che contempli una sanzione civile *ad hoc* possa desumersi l'assenza di rimedi individuali esperibili dai consumatori "vittime" di pratiche commerciali ingannevoli.

In primo luogo, sembra pacifico che il consumatore vittima di una pratica commerciale scorretta abbia diritto al risarcimento dei danni che gliene siano derivati, diritto fondato su di una responsabilità civile del professionista [6].

È dubbio invece se il contratto stipulato *à la suite* di una pratica commerciale ingannevole possa *per ciò solo* considerarsi sempre e necessariamente affetto da nullità [7] ovvero possa considerarsi affetto da nullità relativa (*id est* da annullabilità) in tutti e soltanto i casi in cui risultino in concreto integrati gli estremi di un vizio del consenso, segnatamente del dolo [8]: una soluzione, quest'ultima, che parrebbe sistematicamente più

---

[5] Va infatti rammentato che, ai sensi dell'art. L 121-5 *code de la consommation*, le disposizioni contenenti la disciplina delle pratiche commerciali ingannevoli (artt. L 121-2 – art. L 121-4) trovano applicazione anche a pratiche poste in essere nei confronti (non di consumatori, bensì) di "professionisti" e/o "non professionisti" (e cioè enti collettivi che stipulano contratti per scopi non riconducibili ad una attività imprenditoriale o professionale). Si tratta pertanto di una disciplina "generale" ed uniforme delle pratiche ingannevoli, la cui operatività prescinde dalla natura giuridica (persona fisica o ente collettivo) dei soggetti cui vengono offerti i beni o servizi cui la pratica si riferisce nonché dalla estraneità o inerenza ad una attività professionale/imprenditoriale degli scopi in vista dei quali il bene viene acquistato o il servizio viene fruito.

[6] Y. PICOD, *Droit de la consommation*, 4ª ed., Paris, 2018, 111, il quale discorre di responsabilità extracontrattuale; PAISANT, *Droit de la consommation*, Paris, 2019, 86, il quale invece fa riferimento ad una responsabilità precontrattuale del professionista (con riguardo a pratiche commerciali che abbiano influenzato la decisione del consumatore di concludere un contratto); v. altresì RAYMOND, *Droit de la consommation*, 4ª ed., Paris, 2015, 206, secondo il quale, quando la pratica sia stata posta in essere dalla controparte contrattuale del consumatore ricorrerebbe una responsabilità di natura contrattuale, quando invece sia stata posta in essere da un professionista che non ha instaurato con il consumatore un rapporto contrattuale ricorrerebbe un illecito civile extracontrattuale; anche PIEDELIEVRE, *Droit de la consommation*, 2ª ed., Paris, 2014, 157, afferma che il consumatore può senz'altro proporre nei confronti del professionista responsabile della violazione del divieto di ricorrere a pratiche commerciali ingannevoli una domanda di condanna al risarcimento dei danni ai sensi degli artt. 1382 e 1383 cod. civ.

[7] In tal senso, cfr. Y. PICOD, *Droit de la consommation*, cit., 112, muovendo dalla considerazione che il contratto stipulato in violazione di norme penali deve sempre considerarsi contrario all'ordine pubblico, e conseguentemente nullo in base all'art. 6 del cod. civ.. In senso analogo parrebbero orientarsi anche SAUPHANOR-BROUILLAUD, AUBERT DE VINCELLES, BRUNAUX, USUNIER, *Les contrats de consommation – Règles communes*, 2° ed., in *Traité de droit civil sous la direction de J. Ghestin*, Paris, 2018, 374s., ritenendo che l'importanza della disciplina delle pratiche commerciali e il ruolo che il divieto di pratiche commerciali sleali è destinato a rivestire nel processo di armonizzazione delle legislazioni nazionali dei Paesi UE appaiono idonee a fondare l'affermazione secondo cui il contratto concluso in seguito ad una pratica commerciale vietata sarebbe nullo ai sensi dell'art. 1102, comma 2, cod. civ., perché stipulato in violazione di regole di ordine pubblico.

[8] Così PAISANT, *Droit de la consommation*, cit., 86; CALAY-AULOY, TEMPLE, DEPINCÉ, *Droit de la consommation*, 10ª ed., Paris,



corretta e decisamente più coerente con la scelta di non prevedere espressamente la nullità del contratto stipulato in seguito ad una pratica commerciale ingannevole, scelta ribadita dal legislatore francese anche nell'*Ordonnance* attuativa della direttiva 2019/2161 UE.

Va inoltre rilevato che, secondo un orientamento accreditato in dottrina che non ha mancato di ricevere positivi riscontri giurisprudenziali [9], il consumatore sarebbe sempre legittimato a pretendere che il bene o il servizio fornitogli in esecuzione del contratto possegga le qualità e la caratteristiche indicate nei messaggi pubblicitari ad esso relativi diffusi presso il pubblico dei consumatori, purché le affermazioni contenute nella pubblicità siano sufficientemente precise e dettagliate, e ciò a prescindere dalla circostanza che il contratto contenga o meno clausole esattamente riproduttive del contenuto dei messaggi pubblicitari: l'attitudine del messaggio pubblicitario a far sorgere, in capo al professionista che offre sul mercato i beni o servizi cui il messaggio si riferisce, una responsabilità "contrattuale" nei confronti del consumatore si fonderebbe, secondo alcuni autori [10], sulle legittime aspettative del consumatore, che dovrebbero potersi considerare come un parametro generale di determinazione dei contenuti delle obbligazioni gravanti *ex contractu* sul professionista che concluda un qualsivoglia contratto con un consumatore [11].

Quanto infine alle pratiche commerciali "aggressive" (perché suscettibili di essere ricomprese in una delle previsioni della "lista nera" di pratiche sicuramente aggressive ovvero perché riconducibili alla nozione generale di pratica aggressiva), esse pure integrano gli estremi di un reato, punito con pena detentiva di due anni e con una ammenda il cui importo può arrivare fino a 300.000 euro, ma può essere incrementato, in misura proporzionale ai vantaggi che la pratica ha procurato al professionista che vi abbia fatto ricorso, fino al 10% del fatturato medio annuo degli ultimi tre anni realizzato dal professionista responsabile (art. L 132-11).

In aggiunta alla sanzione penale, il *code de la consommation* prevede tuttavia (per le sole pratiche commerciali aggressive) anche una "sanzione civile", statuendo espressamente (art. L 132-10) che il contratto concluso *à la suite* di una pratica commerciale aggressiva di cui all'art. L 121-6 (clausola generale sulle pratiche commerciali aggressive, attuativa degli artt. 6 e 7 della direttiva 2005/29/CE) o all'art. 121-7 (lista "nera" delle pratiche commerciali aggressive) "*est nul et de nul effet*". Secondo la dottrina [12] la sentenza di condanna pronunciata nell'ambito del giudizio penale instaurato nei confronti del professionista responsabile della pratica commerciale aggressiva (giudizio penale al quale i consumatori destinatari della pratica commerciale possono prendere parte costituendosi come parte civile) determina *ipso iure* la nullità del contratto, a prescindere dalla entità della pena inflitta, senza che si renda a tal fine indispensabile la proposizione di un'apposita azione davanti al giudice civile [13].

L'esplicita previsione della nullità del contratto non preclude peraltro al consumatore, secondo la dottrina,

---

2020, 124, secondo cui il contratto stipulato a seguito di una pratica commerciale ingannevole è annullabile per dolo soltanto se ricorrono i presupposti ai quali il diritto comune dei contratti subordina l'annullabilità per dolo.

[9] Cass. civ. 17 giugno 1997 (in *Revue trimestrielle de droit civil*, 1998, 363 s.); Cass. civ. 6 maggio 2010 (in *Revue trimestrielle de droit civil*, 2020, 580ss., con osservazioni di GAUTIER).

[10] CALAY-AULOY, TEMPLE, DEPINCÉ, *Droit de la consommation*, cit., 118 ss.; v. anche JULIEN, *Droit de la consommation*, 3ª ed., Paris, 2019, 165.

[11] Viene in questo modo ad essere generalizzato un precetto esplicitamente dettato soltanto per le qualità e le caratteristiche delle cose mobili, dei contenuti digitali e dei servizi digitali dalle disposizioni attuative delle direttive 2019/770 e 2019/771 UE.

[12] PAISANT, *Droit de la consommation*, cit., 88; RAYMOND, *Droit de la consommation*, cit., 209; PIEDELIEVRE, *Droit de la consommation*, cit., 162.

[13] Nel senso che la formulazione testuale impiegata dal legislatore parrebbe indurre a pensare che il contratto del consumatore debba considerarsi affetto da nullità (relativa, ai sensi del comma 2 dell'art. 1179 cod. civ.) immediatamente ed automaticamente, sin dal momento in cui viene posta in essere la pratica commerciale, senza che occorra un accertamento giurisdizionale, v. anche SAUPHANOR-BROUILLAUD, AUBERT DE VINCELLES, BRUNAUX, USUNIER, *Les contrats de consommation – Règles communes*, cit., 372.



la possibilità di pretendere il risarcimento dei danni cagionati dalla pratica commerciale aggressiva sulla base della disciplina generale della responsabilità civile [14].

Merita poi di essere ricordato che il *code de la consommation* commina una "sanzione civile", identica a quella prevista per la violazione del divieto di ricorrere a pratiche commerciali aggressive, nei confronti del professionista che allo scopo di pervenire alla conclusione di un contratto, ponga in essere peculiari categorie di condotte fatte oggetto di appositi e specifici divieti.

Da un lato, l'art. L 132-13 prevede che sia "*nul et de nul effet*" il contratto concluso *à la suite* di un "abuso di debolezza" (*abus de faibless*). Viene così contemplata una "sanzione civile" speciale [15] che si aggiunge alle sanzioni penali (pena detentiva di 3 anni e ammenda di 375.000 euro) comminate dall'art. L 132-14 nei confronti del soggetto che ponga in essere una condotta integrante gli estremi di un "abuso di debolezza", violando i divieti sanciti dagli artt. L 121-8 [16], L 121-9 [17] o L 121-10 [18] del *code de la consommation* [19].

Dall'altro lato, l'art. L 132-16 prevede che sia "*nul et de nul effet*" il contratto stipulato à la suite di una pratica commerciale illecita vietata ai sensi dell'art. L 121-12 del *code de la consommation*, in forza del quale è vietato esigere il pagamento, immediato o differito, di beni o servizi forniti da un professionista nonché, trattandosi di beni, esigerne il reinvio o la conservazione, laddove tali beni o servizi siano stati forniti senza essere stati previamente oggetto di un ordinativo da parte del consumatore. Con questa disposizione il legislatore francese ha dato attuazione all'art. 27 della direttiva 2011/83/UE, aggiungendo una speciale "sanzione civile" alle sanzioni penali comminate dall'art. L 132-17 nei confronti del professionista che ricorre alla

---

[14] Y. PICOD, *Droit de la consommation*, cit., 19; PAISANT, *Droit de la consommation*, cit., 88 (che fa sempre riferimento alla responsabilità precontrattuale).

[15] Che lascia impregiudicata la possibilità, per la vittima della condotta penalmente rilevante, di limitarsi a proporre una domanda di risarcimento ei danni nei confronti del reo, dovendosi nella condotta tenuta da quest'ultimo ravvisare contestualmente gli estremi di un illecito civile extracontrattuale: JULIEN, *Droit de la consommation*, cit., 172.

[16] "È vietato abusare della debolezza o dell'ignoranza di una persona per farle assumere, nell'ambito di visite a domicilio, obbligazioni pecuniarie da adempiersi in contanti o a credito sotto qualsiasi forma, quando le circostanze dimostrino che la persona non era in grado di comprendere la portata degli impegni che stava assumendo o di individuare i trucchi o i gli artifici impiegati per convincerla a contrarre, ovvero dimostrino che la persona era sottoposta a costrizione".

[17] "È vietato abusare della debolezza o dell'ignoranza di una persona per ottenere impegni:

1° a seguito di un *demarchage* effettuato per telefono o fax;

2° o a seguito di una sollecitazione personalizzata, senza che questa sollecitazione sia necessariamente nominativa, per recarsi in un luogo di vendita, fatta a domicilio e accompagnata dall'offerta di vantaggi particolari;

3° o in occasione di riunioni o escursioni organizzate dall'autore dell'infrazione o a suo beneficio;

4° o quando il contratto è stato concluso in luoghi non destinati alla commercializzazione dei beni o servizi offerti o nel contesto di fiere o esposizioni;

5° o quando il contratto è stato concluso in una situazione di urgenza che ha reso impossibile per la vittima del reato consultare uno o più professionisti qualificati, terzi rispetto al contratto".

[18] "È vietato abusare della debolezza o dell'ignoranza di una persona per indurre quest'ultima ad effettuare, senza reali contropartite, consegne di somme di denaro, bonifici, consegne di assegni bancari o postali, ordini di pagamento con carte di debito o di credito, trasferimento di valori mobiliari".

[19] Il delitto di *abus de faiblesse* contemplato dal *code de la consommation* è fattispecie penale diversa da quella contemplata dall'art. 223-15-2 del codice penale francese ("Abuso fraudolento dello stato di ignoranza o di debolezza", reato che presente forti somiglianze con la circonvenzione di incapace contemplata dal codice penale italiano), che sanziona con una pena detentiva di 3 anni e un'ammenda di 375.000 euro il comportamento del soggetto che, al fine di indurla al compimento di un atto ovvero ad una omissione gravemente pregiudizievole, abusa fraudolentemente dello stato di ignoranza o della condizione di debolezza di una persona minorenne, ovvero di una persona particolarmente vulnerabile in ragione dell'età, di una malattia, di una infermità, di una deficienza fisica o psichica o di uno stato di gravidanza, apparente o comunque nota all'autore della condotta, o di una persona che si trova in uno stato di soggezione psicologica o fisica risultante dall'esercizio di pressioni gravi o reiterate o di tecniche idonee ad alterarne la capacità di giudizio.



effettuazione di "forniture non richieste" (pena detentiva di due anni e con una ammenda il cui importo può arrivare in linea di principio fino ad un massimo di 300.000 euro, ma può essere incrementato – in misura proporzionale ai vantaggi che la pratica ha procurato al professionista che vi abbia fatto ricorso – fino ad una somma pari al 10% del fatturato medio annuo degli ultimi tre anni realizzato dal professionista responsabile). Secondo un orientamento dottrinale [20], nonostante la ambigua formulazione testuale della disposizione dovrebbe ritenersi che in ogni caso (a prescindere cioè dalla circostanza che il consumatore destinatario della fornitura non richiesta abbia o meno manifestato la volontà di concludere il contratto propostogli dal professionista) soltanto il professionista sia obbligato a rimborsare al consumatore le somme da quest'ultimo eventualmente versate in ottemperanza alla richiesta del professionista, laddove per contro il consumatore – in deroga ai precetti generali vigenti in materia di obbligazioni restitutorie scaturenti dal pagamento dell'indebito) non sarebbe tenuto né a pagare un corrispettivo per la prestazione eseguita a suo favore, né a restituire il bene ricevuto in consegna.

**2. –** A prima vista, le scelte di politica del diritto compiute dal legislatore del **Lussemburgo** parrebbero presentare elementi di forte somiglianza con quelle adottate dal legislatore francese: a ben guardare, tuttavia, il modello del Lussemburgo si discosta dal modello francese sotto diversi aspetti.

Già la legge del 2007 che ha dato attuazione in Lussemburgo alla direttiva 2005/29/CE aveva invero introdotto un rimedio individuale "generale" di natura contrattuale *ad hoc*, in una apposita disposizione che si trova oggi collocata nel *code de la consommation* lussemburghese (codice di settore nel quale sono state inserite le disposizioni attuative della direttiva 2005/29/CE, le quali trovano applicazione a tutte e soltanto le pratiche commerciali, poste in essere da professionisti nei confronti di consumatori anteriormente, contestualmente o posteriormente all'offerta in vendita e alla vendita di prodotti, che siano lesive degli interessi economici dei consumatori: art. L 121-1 cod. cons.).

L'art. L 122-8 cod. cons. – il cui comma 1 commina nei confronti del professionista che viola il divieto di ricorrere a pratiche commerciali sleali una sanzione amministrativa pecuniaria il cui importo può arrivare fino a 120.000 euro – stabilisce nel comma 2 che "ogni clausola o combinazione di clausole di un contratto", la cui conclusione sia avvenuta "in violazione del presente Titolo", è considerata nulla e non scritta (*nulle et non écrite*), precisando però che siffatta nullità può essere invocata soltanto dal consumatore.

Il *code de la consommation* lussemburghese prevede poi, nei confronti di due peculiari tipologie di pratiche commerciali sleali, due speciali sanzioni privatistiche che si aggiungono alla sanzione privatistica "generale" contemplata dal comma 2 dell'art. L 122-8.

Il comma 3 dell'art. L 122-8 impone infatti, al professionista che attraverso la costruzione o la presentazione di una comunicazione (commerciale) faccia nascere l'impressione che il consumatore abbia vinto un premio, l'obbligazione di attribuire al consumatore siffatto premio.

L'art. L 213-7, per altro verso (in attuazione dell'art. 27 della direttiva 2011/83/UE), stabilisce che, in caso di fornitura non richiesta, il consumatore sia esonerato da qualsiasi controprestazione, escludendo che la mancata risposta possa valere come consenso.

Merita invero di essere ricordato che il sistema lussemburghese di protezione dei consumatori appare da sempre particolarmente propenso al riconoscimento di rimedi individuali speciali (di natura contrattuale) ai

[20] Sauphanor-Brouillaud, Aubert de Vincelles, Brunaux, Usunier, *Les contrats de consommation – Règles communes*, cit., 373.



consumatori a fronte di condotte tenute dai professionisti in contrasto con specifici doveri comportamentali posti dalla legge a loro carico.

In primo luogo, infatti, l'art. L 111-1 del *code de la consommation* – disposizione di portata generale[21] con la quale si apre il Capitolo I (*Obligations générales d'information*) del Titolo 1 (*Information des consommateurs*) del Libro I del *code de la consommation* – dopo aver imposto al professionista (comma 1) l'obbligo di porre il consumatore in condizione di conoscere, in modo chiaro e comprensibile, le caratteristiche essenziali dei beni e dei servizi che gli offre, stabilisce (comma 2) che ogni descrizione delle caratteristiche e delle qualità di un bene o servizio fatta nei documenti e nei mezzi di pubblicità, al pari di tutte le dichiarazioni di garanzia commerciale ad esse relative effettuate nel momento della pubblicità o comunque comunicate al consumatore, si considerano parte integrante del contratto relativo al bene o al servizio, ancorché la pubblicità venga fatta dal produttore, dal titolare del marchio o da qualsiasi altro professionista che si trovi "a monte" del professionista con il quale il consumatore ha instaurato il rapporto contrattuale: conseguentemente, se il bene o il servizio fornito si rivela non conforme alla descrizione o alla dichiarazione in tal modo effettuata, il consumatore può domandare la risoluzione del contratto (*résolution du contrat*).

In secondo luogo, in svariate discipline attuative di direttive UE che impongono ai professionisti l'obbligo di fornire ai consumatori una serie di informazioni precontrattuali anteriormente allo scambio dei consensi costitutivi del contratto, si rinviene una disposizione che stabilisce che "*il mancato rispetto di una o più obbligazioni informative essenziali può determinare la nullità del contratto, nullità che può tuttavia essere invocata soltanto dal consumatore*" (art. L 113-1, comma 6, in materia di contratti relativi a beni mobili o servizi non finanziari diversi dai contratti a distanza e fuori dai locali commerciali; art. L 222-11, comma 3, in materia di contratti di fornitura di beni mobili o servizi non finanziari stipulati fuori dai locali commerciali ovvero mediante tecniche di comunicazione a distanza; art. L 225-22, in materia di contratti di viaggio *à forfait*). L'art. L 223-6, comma 6, in materia di contratti aventi ad oggetto l'utilizzazione di edifici a tempo parziale (*timesharing* immobiliare), prevede inoltre che se il professionista, prima della scadenza dei termini entro i quali può essere esercitato lo *ius poenitendi* (*droit de rétractation*) spettante *ex lege* al consumatore, non provvede a comunicare a quest'ultimo le informazioni precontrattuali che è tenuto a fornirgli *ex* art. L 223-4 e/o non mette a sua disposizione il modulo-tipo recante la dichiarazione standardizzata di recesso, il consumatore può invocare la nullità del contratto.

Presentano invece una formulazione testuale sostanzialmente identica a quella della disposizione che reca la sanzione privatistica contrattuale "generale" della violazione del divieto di ricorrere a pratiche commerciali sleali (art. L 122-8, comma 2, cod. cons., sopra citato) le due disposizioni in materia di contratti di credito che accordano al consumatore un rimedio privatistico individuale a fronte della violazione delle regole di condotta che i professionisti debbono rispettare anteriormente e contestualmente alla stipulazione dei contratti di credito con consumatori: l'art. L 224-24 (in materia di contratti di credito al consumo in generale) e l'art. L 226-40 (in materia di contratti di credito stipulati per finanziare l'acquisto di immobili e/o assistiti da garanzia ipotecaria) statuiscono infatti entrambi che "*Toute clause ou toute combinaison de clauses d'un contrat de crédit, conclue en violation du présent chapitre et de ses règlements d'exécution, est réputée nulle et non écrite. Cette nullité ne peut toutefois être invoquée que par le consommateur*".

Nel *code de la consommation* lussemburghese, la nullità (totale o parziale) del contratto può essere dunque invocata dal (solo) consumatore sia a fronte della violazione dell'obbligo di comunicare le infor-

[21] Applicabile cioè a qualsiasi contratto stipulato da un consumatore con un professionista, a prescindere dall'oggetto e dalla causa nonché a prescindere dal luogo in cui sono state manifestate le volontà negoziali e dai mezzi a tal fine impiegati dalle parti.



mazioni prescritte dalla legge (in se è per se considerata), sia – nel settore dei contratti di credito – a fronte della violazione di doveri di condotta (ulteriori rispetto ai meri obblighi informativi) posti dalla legge a carico dei professionisti: pienamente comprensibile e coerente appare pertanto la scelta del legislatore lussemburghese di optare per il rimedio individuale della *nullité* del contratto stipulato in esito alla violazione del divieto di pratiche sleali (invocabile dal solo consumatore) e di estendere tale "sanzione civile" (diversamente da quanto accaduto in Francia) anche alle pratiche ingannevoli e alle pratiche la cui slealtà derivi dalla applicazione della nozione generale di pratica sleale, senza limitarne l'operatività alle sole pratiche commerciali aggressive.

In questo contesto, il Progetto di legge attuativa della direttiva 2019/2161 UE, non ancora approvato in via definitiva dal Parlamento lussemburghese, prevede da un lato che venga conservato inalterato l'attuale comma 2 dell'art. L 122-8, dall'altro lato che venga aggiunto nella medesima disposizione un nuovo comma 4, ai sensi del quale "*Sans préjudice des sanctions prévues par le présent article et de toute autre mesure de réparation qui lui est reconnue par la loi, le consommateur victime d'une pratique commerciale déloyale visée au Chapitre 2 du présent Titre peut notamment exercer tout recours visant à l'obtention de la réparation des dommages subis et à une réduction du prix ou la fin du contrat dans les conditions prévues par la loi*".

Ferma restando sia la nullità "relativa" delle pattuizioni contrattuali prevista come conseguenza "generale" della inosservanza del divieto di ricorrere a pratiche commerciali sleali, sia le conseguenze "speciali" contemplate da disposizioni *ad hoc* del cod. cons. o derivanti dall'applicazione di norme generali del codice civile, la disposizione accorda così espressamente al consumatore la possibilità di pretendere il risarcimento del danno sofferto a causa della pratica sleale (rimedio di grande importanza soprattutto nelle ipotesi in cui la "decisione di natura commerciale" che il consumatore sia stato indotto ad assumere dalla pratica sleale non sia consistita nella scelta di concludere un contratto per l'acquisto di un prodotto) nonché la possibilità di proporre ricorso per ottenere la risoluzione del contratto o la riduzione del prezzo. Con riguardo a quest'ultima possibilità, si prevede tuttavia che il rimedio sia esperibile soltanto "alle condizioni previste dalla legge", senza chiarire di quali condizioni si tratti [22].

**3. –** La vicenda dei **Paesi Bassi** presenta specifiche peculiarità. I Paesi Bassi sono l'unico Paese UE ad aver inserito le disposizioni attuative della direttiva 2005/29/CE nel codice civile.

La scelta compiuta in tal senso dalla legge di recepimento della direttiva appare invero coerente e conseguenziale alla più risalente decisione di inserire nel Titolo 3 del Libro 6 del codice civile (Titolo recante la disciplina della responsabilità civile extracontrattuale) – accanto alle disposizioni concernenti la responsabilità extracontrattuale in generale (Capo I) e la responsabilità extracontrattuale per danno cagionato da cose o da fatto altrui (Capo II) – le discipline di figure "speciali" di illecito civile extracontrattuale, e segnatamente la responsabilità del produttore per danni cagionati da prodotti difettosi (Capo 3) e la pubblicità ingannevole e comparativa (Capo 4: artt. 194 – 196 del Libro 6).

Date queste premesse, è apparso naturale e consequenziale al legislatore olandese configurare anche le

[22] La Relazione illustrativa del progetto di legge si limita invero ad affermare che "... *La présente disposition propose de préciser les remèdes qui sont à disposition du consommateur devant les juridictions civiles. À la sanction classique de la nullité de la clause ou du contrat et la réparation du préjudice, s'ajoutent la réduction du prix et la fin du contrat. Le nouveau paragraphe 4 procède ainsi à un rappel des remèdes existants mais ne dispense pas le consommateur de devoir remplir les conditions nécessaires, notamment de preuve afin d'obtenir le prononcé de ces remèdes*".



pratiche commerciali sleali poste in essere da professionisti nei confronti di consumatori come un illecito civile extracontrattuale, collocando la relativa disciplina in un apposito nuovo Capo (Capo 3A: artt. 193a – 193j), che ospita le disposizioni attuative della direttiva 2005/29/CE [23].

Ne deriva l'applicazione integrale e diretta, alle pratiche commerciali sleali, dei precetti generali dettati nel Capo I per l'illecito civile extracontrattuale in generale, con due importanti deviazioni, entrambe inerenti alla distribuzione dell'onere probatorio nelle controversie instaurate da consumatori per ottenere il risarcimento dei danni cagionati da una pratica commerciale sleale posta in essere nei loro confronti da un professionista.

Si prevede infatti, da un lato, che in siffatte controversie l'onere di provare la correttezza e la completezza delle informazioni fornite gravi sul professionista convenuto (sicché il consumatore può limitarsi ad allegare la inesattezza o lacunosità delle informazioni fornite nella pratica commerciale), laddove ciò appaia appropriato in considerazione delle circostanze del caso e tenendo conto degli interessi legittimi del professionista e degli altri soggetti coinvolti nella controversia (art. 193j, comma 1).

Inoltre, viene espressamente stabilito che il professionista che abbia posto in essere una pratica commerciale sleale è responsabile dei danni che ne siano derivati, salvo che dimostri che il danno provocato non è imputabile ad una sua colpa o che non può esser chiamato a risponderne per una qualche altra ragione (art. 193j, comma 2): in tal modo viene contemplata una inversione dell'onere della prova relativo all'elemento soggettivo dell'illecito, che esonera il consumatore dall'onere di fornire la prova della natura dolosa o colposa della condotta tenuta dal professionista, consentendogli di limitarsi a fornire la prova della oggettiva slealtà della pratica commerciale posta in essere dal convenuto.

La legge che ha dato attuazione alla direttiva 2005/29/CE nei Paesi bassi non aveva accordato al consumatore "vittima" di una pratica commerciale sleale nessun rimedio contrattuale "speciale", limitandosi a riconoscergli il diritto al risarcimento dei danni cagionati dal professionista e assoggettando la relativa pretesa risarcitoria al regime della responsabilità civile extracontrattuale, seppure con le sopra ricordate deviazioni volte ad alleggerire il peso dell'onere probatorio gravante sul consumatore/attore.

Pochi anni dopo, il legislatore olandese ha tuttavia rimeditato la sua opzione iniziale: la legge del 12 marzo 2014 che ha recepito nell'ordinamento olandese la direttiva 2011/83/UE ha infatti provveduto altresì a porre rimedio a tale lacuna e ha aggiunto a tal fine nell'art. 193j (in cui primi 2 commi sono rimasti inalterati) un nuovo comma 3, ai sensi del quale "è annullabile (*vernietigbaar*) il contratto che sia stato stipulato in conseguenza di una pratica commerciale sleale".

Viene in tal modo ad essere prevista una nuova causa di annullabilità (integrale) del contratto, che va ad aggiungersi a quelle già previste in termini generali dall'art. 44 del Libro 3 del codice civile, ai sensi del quale è annullabile l'atto negoziale posto in essere sotto l'influenza di una violenza, di un dolo o dell'abuso di circostanze: quest'ultima ipotesi ricorre quando un soggetto, pur sapendo o non potendo ignorare che una persona può essere indotta a compiere un atto giuridico negoziale perché influenzata da peculiari circostanze, quali uno stato di necessità, di dipendenza, di ingenuità, una condizione mentale anormale o inesperienza, ciononostante la spinge a compiere l'atto negoziale nonostante gli elementi a lei noti avrebbero dovuto indurla ad astenersi dal farlo.

---

[23] Il Titolo 3 del Libro 6 del codice civile olandese si è ulteriormente arricchito negli anni successivi in virtù dell'inserimento di un nuovo Capo 3B, recante la disciplina degli atti illeciti consistenti in condotte lesive del diritto della concorrenza (artt. 193k-193t) e di un nuovo Capo 4A, recante la disciplina della responsabilità civile extracontrattuale dei prestatori di servizi della società di informazione e di servizi di certificazione elettronica (art. 196c).



Ora, se anche per il contratto annullabile in quanto stipulato a seguito di una pratica commerciale sleale vale certamente il principio generale (dettato dall'art. 49 del Libro 3 del codice civile per qualsiasi contratto annullabile, a prescindere dalla causa di annullabilità) in forza del quale, ai fini dell'annullamento di un contratto, è sufficiente che la parte legittimata manifesti la propria volontà di annullamento con un atto stragiudiziale, non rendendosi per contro a tal fine indispensabile la proposizione di una domanda giudiziale e la pronuncia di una sentenza costitutiva in accoglimento di siffatta domanda giudiziale (art. 49 del Libro 3 del codice civile), non altrettanto può dirsi del precetto – dettato soltanto per le ipotesi in cui il contratto stipulato sotto l'influenza di violenza, dolo o abuso delle circostanze (art. 44, comma 5, del Libro 6) – in forza del quale quando la condotta che ha influenzato il processo di formazione della volontà di una delle parti sia stata tenuta da un terzo il contratto non può essere annullato se la controparte non aveva ragione di conoscere né sospettare l'esistenza di una influenza siffatta.

Quanto al termine prescrizionale, il diritto di annullare il contratto stipulato in seguito ad una pratica commerciale sleale si prescrive in tre anni, decorrenti dal giorno in cui può essere esercitato dal soggetto che ne è titolare (art. 52, comma 1, lett. d), del Libro 3).

Merita infine di essere evidenziato che, nell'art. 233 del Libro 6 del codice civile olandese, le clausole contenutisticamente vessatorie inserite in condizioni generali di contratto e contratti per adesione, lungi dall'essere qualificate in termini di radicalmente nullità o inefficacia, vengono definite come clausole (meramente) annullabili (*vernietigbaar*).

L'annullabilità costituisce dunque, nel diritto civile olandese dei contratti, la "sanzione" invalidante che consegue sia alle fattispecie tradizionali di vizio del volere, sia alla peculiare fattispecie dell'"abuso delle circostanze", sia infine alla presenza, in un regolamento negoziale unilateralmente predisposto da una delle parti, di una clausola dai contenuti sproporzionatamente onerosi per la controparte aderente o della quale a quest'ultima non sia stata data la concreta possibilità di venire a conoscenza prima della stipulazione del contratto.

Non stupisce pertanto che, una volta assunta la decisione di affiancare ed aggiungere al rimedio risarcitorio un rimedio individuale di natura contrattuale per i consumatori destinatari di pratiche commerciali scorrette, la scelta del legislatore olandese sia caduta sull'annullabilità del contratto.

Il progetto di legge attuativa della direttiva (UE) 2019/2161, attualmente in discussione nel Parlamento olandese, non prevede l'introduzione di alcuna modifica al testo dell'art. art. 193j del Libro VI del codice civile olandese, sicché il regime normativo sopra descritto appare destinato ad essere mantenuto inalterato.

**4. –** Anche la **Slovacchia** ha affrontato *ex professo* la questione dei rimedi individuali esperibili dai consumatori destinatari di pratiche commerciali sleali, risolvendola secondo il duplice binario della pretesa risarcitoria e della possibile invalidità negoziale.

Il § 3, comma 5, della legge slovacca sulla protezione dei consumatori del 9 maggio 2007 prevede infatti, in termini generali, che nel caso di violazione di diritti e obblighi previsti dalla legislazione vigente in funzione della protezione dei consumatori, il consumatore possa rivolgersi all'autorità giudiziaria per ottenere tutela e abbia segnatamente il diritto di ottenere, dal soggetto responsabile della violazione, un risarcimento adeguato dei pregiudizi che gliene siano derivati. Poiché le disposizioni attuative della direttiva 2005/29/CE sono state integrate all'interno della citata legge sulla protezione dei consumatori (§§ 7-9), la quale in particolare impone ai professionisti il divieto di ricorrere a pratiche commerciali sleali nei confronti dei consuma-



tori (§ 7, comma 1), è agevole desumerne che i consumatori destinatari di condotte contrastanti con siffatto divieto siano legittimati a convenire in giudizio il professionista responsabile chiedendone la condanna al risarcimento dei danni sofferti a causa della pratica sleale.

La l. n. 106 del 1° aprile 2014 – sostanzialmente coeva alla l. n. 102 del 15 marzo 2014, che contiene la disciplina dei contratti stipulati a distanza e fuori dai locali commerciali, attuativa delle corrispondenti disposizioni della direttiva 2011/83/UE – ha tuttavia apportato due importanti modificazioni al codice civile slovacco.

In primo luogo, è stato inserito nella Sezione 4 (*Atti negoziali in generale*) della Parte Prima (*Disposizioni generali*) del cod. civ., dedicata al regime normativo generale dei negozi giuridici, un nuovo art. 39A, recante la disciplina del negozio usurario: "Se taluno approfitta dell'angoscia, inesperienza, immaturità, agitazione, credulità, imprudenza, dipendenza finanziaria o incapacità di adempiere ai propri obblighi di una persona fisica che non sia un imprenditore per indurla a concludere un negozio giuridico con il quale siffatta persona fisica promette alla controparte o ad un terzo una prestazione il cui valore patrimoniale è grossolanamente sproporzionato rispetto al valore della controprestazione, il negozio giuridico così stipulato è nullo".

In secondo luogo, è stato introdotto nella Sezione 5 (*Contratti dei consumatori*) della Parte Prima (*Disposizioni generali*) del cod. civ., Sezione che contiene il regime normativo generale dei contratti dei consumatori, un nuovo art. 53D, ai sensi del quale è nullo un contratto del consumatore che contenga una clausola contrattuale di cui sia stata accertata la abusività da una decisione del tribunale e che sia stato "*concluso per effetto di una pratica commerciale sleale o di usura*".

Per il codice civile slovacco, la circostanza che la stipulazione di un contratto sia stata preceduta, resa possibile e provocata da una pratica commerciale sleale non pare dunque essere di per sé sola sufficiente a rendere il contratto nullo, occorrendo per contro a tal fine che nel contratto così stipulato siano state inserite clausole contenutisticamente abusive. Sotto questo profilo, la soluzione slovacca si distingue nettamente rispetto alle soluzioni accolte dai legislatori francese, lussemburghese e olandese, che hanno ricollegato la invalidità negoziale direttamente ed esclusivamente alla circostanza che il contratto sia stato stipulato in seguito a – e per effetto di – una pratica sleale, a prescindere da qualsivoglia valutazione in merito al grado di "svantaggiosità" per il consumatore del contenuto del contratto in tal modo stipulato.

È evidente, sotto questo profilo, l'assonanza con la disciplina dell'usura, non a caso introdotta nel cod. civ. slovacco dal medesimo atto legislativo di riforma: al pari della condotta di approfittamento dell'altrui debolezza che integri gli estremi dell'usura, anche la pratica commerciale sleale può condurre alla invalidità del negozio soltanto se ed in quanto i contenuti di quest'ultimo risultino manifestamente ed ingiustificatamente sproporzionati a danno della parte vittima della condotta illecita.

**5. –** In **Polonia,** la l. del 23 agosto 2007 sulla lotta contro le pratiche commerciali sleali, che contiene le disposizioni di recepimento della direttiva 2005/29/CE, statuisce (art. 12) che il consumatore i cui interessi siano stati pregiudicati da una pratica commerciale sleale abbia il diritto di chiedere all'autorità giudiziaria:

– che al professionista responsabile venga inibita la continuazione della pratica riconosciuta come sleale e venga imposto di rimuovere gli effetti prodotti dalle condotte già tenute ed integranti gli estremi di una pratica sleale (numm. 1 e 2);

– che il professionista responsabile sia condannato al risarcimento dei danni provocati e che il contratto venga "cancellato", con conseguente obbligo per le parti di restituirsi reciprocamente le prestazioni già ese-



guite e obbligo per il professionista di rimborsare le spese "associate" all'acquisto del bene o del servizio sostenute dal consumatore (num. 4);

– che il professionista venga condannato al pagamento di una somma di denaro da destinare al perseguimento di una specifica finalità sociale, onde supportare la cultura polacca, il patrimonio artistico nazionale o la protezione dei consumatori (num. 5).

Difficile dire se la "cancellazione" del contratto di cui al num. 4 si presti ad essere accostata all'annullamento o piuttosto risoluzione del contratto: quel che appare certo è che essa si sostanzia nella caducazione del contratto *ope iudicis* con effetto retroattivo per entrambe le parti.

**Sezione IV** – *Il terzo gruppo di Paesi UE: legislazioni nazionali che accordano al consumatore il diritto alla risoluzione del contratto o al-la riduzione del corrispettivo pattuito, riconoscendo altresì al consumatore il diritto al risarcimento dei danni*

**1. –** Nonostante il **Regno Unito** non faccia più parte dell'UE, la disciplina dei rimedi privatistici individuali esperibili dai consumatori vittime di pratiche commerciali scorrette in esso vigente merita di essere presa in considerazione per almeno tre ordini di ragioni.

In primo luogo, perché tale disciplina è stata spontaneamente elaborata ed introdotta dal legislatore inglese nel 2014, con un intervento normativo che ha rappresentato una inversione di rotta radicale rispetto all'opzione compiuta nell'atto normativo che aveva inizialmente recepito della direttiva 2005/29/CE.

In secondo luogo, perché nonostante la Brexit tale disciplina è tuttora vigente, non essendo stata abrogata né modificata posteriormente all'uscita del Regno Unito dall'UE dal legislatore nazionale, che l'ha lasciata sostanzialmente inalterata.

In terzo ed ultimo luogo, e soprattutto, perché – per quanto possa apparire paradossale – proprio la disciplina vigente nel Regno Unito sembra aver costituito il modello che ha maggiormente influenzato la stesura e la definizione dei contenuti dell'art. 11-*bis* della direttiva 2005/29/CE.

L'atto normativo che ha dato attuazione nel Regno Unito alla direttiva 2005/29/CE è lo *Statutory Instrument* n. 1277 dell'8 maggio 2008, intitolato "*The Consumer Protection from Unfair Trading Regulations 2008*".

Nella sua versione originaria, le citate *Regulations* si limitavano a contemplare misure di *public enforcement* in materia di pratiche commerciali scorrette e non accordavano ai consumatori destinatari di pratiche commerciali sleali alcun rimedio privatistico speciale. La *Regulation* 29 (rubricata *Validity of Agreements*) statuiva anzi espressamente, onde prevenire qualsiasi possibile dubbio, che "*An agreement shall not be void or unenforceable by reason only of a breach of these Regulations*".

La strada così imboccata nel Regno Unito appariva così diametralmente opposta a quella intrapresa in Francia, Lussemburgo e (a partire dal 2014) nei Paesi Bassi, essendosi ritenuto indispensabile escludere espressamente che la violazione del divieto di ricorrere a pratiche commerciali sleali, posta in essere anteriormente o contestualmente allo scambio dei consensi costitutivi del rapporto contrattuale, potesse in qualsivoglia modo incidere sulla validità del contratto stipulato dal consumatore con il professionista e sulla possibilità per le parti di pretenderne l'esecuzione.

Pochi anni dopo il Governo britannico è tuttavia spontaneamente tornato sui suoi passi ed ha mutato completamente impostazione.



Lo *Statutory Instrument* n. 870 del 31 marzo 2014, intitolato "*The Consumer Protection (Amendment) Regulations 2014*", ha così modificato le *Regulations* del 2008, inserendovi una nuova Parte 4A (intitolata "*Consumers' Right to Redress*": *Regulations* 27A – 27L) e modificando la *Regulation* 29 (che oggi recita *Except as provided by Part 4A, an agreement shall not be void or unenforceable by reason only of a breach of these Regulations*).

Fra tutte le discipline adottate dai legislatori nazionali dei Paesi UE per regolamentare i rimedi privatistici esperibili dai consumatori vittime di pratiche commerciali sleali, quella inglese è senza alcun dubbio quella più articolata, dettagliata e raffinata, l'unica che appaia configurarsi come il frutto di una elaborazione adeguatamente meditata ed approfondita della complessità della problematica affrontata e dei molteplici risvolti che essa presenta, anche in correlazione ai principi e agli istituti "di parte generale" del diritto dei contratti e della responsabilità civile.

L'opzione di fondo compiuta dal legislatore inglese è stata quella di mettere a disposizione dei consumatori un insieme di rimedi privatistici che, in linea di principio, non si sostituiscono a quelli eventualmente esperibili sulla base di norme diverse da quelle specificamente concernenti le pratiche sleali. La *Subsection* 1 della *Regulation* 27L stabilisce infatti espressamente che "*Nothing in this Part affects the ability of a consumer to make a claim under a rule of law or equity, or under an enactment, in respect of conduct constituting a prohibited practice*".

Si esclude tuttavia che, quando una condotta imprenditoriale integri gli estremi di una pratica commerciale sleale e nel contempo presenti caratteristiche tali da giustificare l'esperimento di rimedi contemplati dal diritto generale dei contratti, i rimedi "speciali" contemplati dalle nuove disposizioni possano essere esperiti in cumulo con i rimedi generali: al consumatore che abbia esperito un rimedio basato sulle *Regulations* 27A ss. viene infatti esplicitamente negata la possibilità di esperire un rimedio basato sui principi generali, e viceversa (*Subsection* 2 della *Regulation* 27L).

Con riguardo alla pretesa risarcitoria fondata sulla *Misrepresentation* si prevede che, laddove la condotta imprenditoriale qualificabile come pratica commerciale sleale integri altresì gli estremi di una *Misrepresentation*, il consumatore che abbia titolo per far valere il *Right to Redress* ai sensi delle *Regulations* 27A ss. sia privato della legittimazione a far valere la pretesa al risarcimento dei danni fondata sulla *Mirepresentation* (lo prevede la *Subsection* 4 della *Section* 2 del *Misrepresentation Act 1967*, inserita dalle *Regulations* del 2014): in questo caso – e soltanto in questo caso – la circostanza che sia esperibile il rimedio speciale preclude *ex se* l'esperibilità del rimedio "generale", che non può pertanto esser fatto valere dal consumatore in alternativa a quello speciale.

Ciò posto, la disciplina inglese non riconosce sempre ed incondizionatamente ai consumatori destinatari di qualsivoglia pratica commerciale sleale un (privatistico) *Right to Redress* nei confronti del professionista che abbia tenuto la relativa condotta.

In primo luogo (*Regulations* 27C e 27D), essa non si applica né alle pratiche commerciali che presentino una connessione con contratti aventi ad oggetto il trasferimento della proprietà o la concessione in godimento di beni immobili (salvi soltanto i *lease contracts* che consistano in *assured tenancy* nel senso di cui alla Part 1 del *Housing Act 1988* e i *lease contracts* aventi ad oggetto *holiday accommodation*), né alle pratiche commerciali connesse con contratti aventi ad oggetto la prestazione di servizi finanziari (salvi soltanto i *restricted-use credit agreements*, purché non assistiti da garanzia reale immobiliare).

In secondo luogo (*Regulation* 27B), essa si applica soltanto se la pratica commerciale sleale posta in essere nei confronti dei consumatori consiste in una azione ingannevole o una pratica commerciale aggressiva. Non sono idonee pertanto a fondare un *Right to Redress* né le pratiche commerciali la cui natura slea-



le derivi dall'applicazione della nozione "generale" e residuale di pratica sleale, né le omissioni ingannevoli.

In terzo ed ultimo luogo, il *Right to Redress* sorge in capo ai consumatori soltanto se sussistono tutte e tre le condizioni cui esso viene subordinato dalla *Regulation* 27A, e cioè:

a) è necessario che il consumatore abbia stipulato con un professionista un contratto avente ad oggetto la fornitura di un bene o di un servizio ovvero abbia eseguito un pagamento per la fornitura di un bene o di un servizio;

b) è necessario che la pratica commerciale connessa al bene o al servizio dedotto nel contratto (o al quale si riferisca il pagamento) sia stata posta in dal professionista controparte contrattuale del consumatore ovvero (nel caso di contratti per la fornitura di beni mobili o contenuti digitali) da un produttore con una condotta nota al professionista controparte contrattuale del consumatore o quantomeno conoscibile (nel senso che ci si può ragionevolmente attendere che egli ne fosse consapevole) da parte di quest'ultimo;

c) è necessario che la pratica commerciale si sia rivelata un *significant factor* nel processo decisionale attraverso il quale il consumatore è pervenuto alla scelta di stipulare il contratto o di effettuare il pagamento.

Qualora sussistano tutti i presupposti cui viene subordinata l'insorgenza di un *Right to Redress*, il consumatore si vede in primo luogo riconoscere il diritto di *unwind in respect of the contract* (e cioè di sciogliersi dal vincolo contrattuale), diritto che può esercitare comunicando al professionista la propria volontà di rifiutare (*reject*) il prodotto (bene o servizio) oggetto del contratto entro il *relevant Period*, e cioè entro 90 giorni decorrenti dalla data della stipulazione del contratto o – se successiva – dalla data in cui è stato consegnato il bene mobile, è iniziata la prestazione del servizio o del contenuto digitale o è divenuto esercitabile il diritto attribuito al consumatore dal contratto).

Il *Right to unwind* (disciplinato dalle *Regulations* 27E-27H) può peraltro essere esercitato soltanto se, nel momento in cui il consumatore se ne avvale, il prodotto è "suscettibile di essere rifiutato", ciò che postula che il bene non deve essere stato interamente consumato, che la prestazione del servizio non deve essere stata completata, che non si dev'essere ancora concluso il periodo di tempo per il quale il contenuto digitale era stato messo a disposizione del consumatore e che non deve essere stato interamente esercitato il diritto attribuito al consumatore.

Se il *Right to unwind* viene esercitato, il contratto *comes to an end*, con la conseguenza che consumatore e professionista sono liberati dalle rispettive obbligazioni *ex contractu* ancora non adempiute, il professionista deve versare al consumatore un *refund*, consistente nella restituzione integrale della somma di denaro pagata in esecuzione del contratto (regole speciali valgono peraltro per per i contratti di durata) ed il consumatore – nel caso di contratti per la fornitura di cose mobili – deve mettere i beni a disposizione del professionista affinché quest'ultimo possa ritirarli.

In alternativa al *Right to Unwind in respect of the Contract*, qualora sussistano tutti i presupposti cui viene subordinata l'insorgenza di un *Right to Redress* il consumatore può far valere nei confronti del professionista il *Right to a Discount* (disciplinato dalla *Regulation* 27I).

Il diritto allo sconto compete al consumatore non soltanto quando il corrispettivo pecuniario posto a suo carico del contratto sia stato interamente pagato, ma anche quando il relativo pagamento debba in tutto o in parte essere ancora effettuato.

Se pagamenti già sono stati interamente effettuati, il consumatore che si avvalga di siffatto diritto può pretendere un rimborso delle somme versate in misura corrispondente alla *relevant percentage*. Se ancora non



sono stati effettuati pagamenti, il consumatore ha diritto di veder ridotto in misura corrispondente alla *relevant percentage* l'importo delle somme dovute *ex contractu* al professionista.

La *relevant percentage* è pari al 25% dell'importo complessivo pattuito se la pratica commerciale scorretta è stata *more than minor*; è pari 50% se la pratica commerciale scorretta è stata *significant*; è pari al 75% se la pratica commerciale è stata *serious*; è pari addirittura al 100% se la pratica commerciale scorretta è stata *very serious*. La gravità e la *seriousness* della pratica vanno valutate tenendo conto del comportamento della persona che l'ha posta in essere, dell'impatto che la pratica ha avuto sul consumatore e del tempo trascorso dal giorno in cui la pratica ha avuto luogo.

Se tuttavia l'importo del prezzo pattuito è maggiore di 5.000 sterline ed è superiore al valore di mercato del bene o servizio oggetto del contratto, e se vi è *clear evidence* della differenza intercorrente fra l'importo del prezzo pattuito ed il valore di mercato del bene o del servizio, la *relevant percentage* è pari alla differenza fra il valore di mercato ed il prezzo pattuito dai contraenti.

In aggiunta ai menzionati diritti allo scioglimento del contratto e alla riduzione del prezzo, il consumatore si vede infine riconoscere dalla *Regulation* 27J il *Right to damages*, il diritto cioè di pretendere, a titolo di risarcimento, una somma di denaro che valga a compensare:

a) le perdite finanziarie – ragionevolmente prevedibili nel momento in cui la pratica è stata posta in essere – che non avrebbe subito se la pratica commerciale non fosse stata compiuta, esclusa la differenza fra il valore di mercato del prodotto e l'importo del corrispettivo pattuito per la sua fornitura;

b) i pregiudizi non patrimoniali provocati dall'allarme, dall'angoscia, dal disagio fisico o dal fastidio che non avrebbe provato se la pratica non fosse stata posta in essere.

Il diritto al risarcimento non compete tuttavia al consumatore se il professionista:

– prova che la pratica commerciale è stata da lui posta in essere per errore o facendo affidamento su informazioni fornite da terze persone, ovvero per una condotta attiva o passiva di una persona diversa dal professionista o ancora per un accidente o per un altro fattore estraneo alle sue possibilità di controllo, ovvero

– dimostra di aver adottato tutte le precauzioni ragionevoli ed esercitato tutta la necessaria diligenza per impedire che la pratica venisse posta in essere.

Diversamente dai diritti allo scioglimento del contratto e alla riduzione del prezzo, dunque, il diritto del consumatore al risarcimento non può dunque prescindere dalla colpevolezza della condotta tenuta dal professionista, ancorché la colpa si presuma e venga fatto gravare sul professionista l'onere di provare che i pregiudizi sofferti dal consumatore non sono imputabili ad una sua condotta colposa.

**2. –** In **Portogallo**, le disposizioni di recepimento della direttiva 2005/29/CE sono inserite in una legge speciale *ad hoc*, il *Decreto-Lei* n. 57/2008, del 26 de marzo 2008, da ultimo modificato dal *Decreto-Lei* n. 109-G/2021 del 10 dicembre 2021, che ha dato attuazione in Portogallo alla direttiva 2019/2161 UE.

Nella sua versione originaria, il citato *decreto-lei* dedicava ai rimedi individuali esperibili dai consumatori vittime di pratiche commerciali due distinte disposizioni.

L'art. 14 (rubricato "Invalidità dei contratti") stabiliva che i contratti la cui stipulazione fosse stata influenzata da una pratica commerciale sleale sarebbero stati annullabili su istanza del consumatore, ai sensi dell'art. 287 cod. civ., nel contempo attribuendo però al consumatore la possibilità di chiedere, in vece



dell'annullamento del contratto, la modificazione dei suoi contenuti secondo equità; si prevedeva altresì che laddove l'invalidità avesse colpito soltanto una o più di una clausole del contratto, il consumatore avrebbe potuto optare per la conservazione del contratto stesso, ridotto al suo contenuto valido.

L'art. 15 (rubricato "responsabilità civile") statuiva inoltre che il consumatore danneggiato per effetto di una pratica commerciale sleale proibita avrebbe comunque avuto il diritto di essere risarcito "*nos termos gerais*".

Il *Decreto-Lei* n. 109-G/2021 del 10 dicembre 2021 ha abrogato l'art. 15 del *Decreto-Lei* n. 57/2008, e integralmente sostituito i contenuti dell'art. 14 (oggi rubricato "*Diritti del consumatore*").

Per un verso, quest'ultima disposizione accorda oggi al consumatore (soltanto) il diritto ad una riduzione adeguata del prezzo o alla risoluzione del contratto avente ad oggetto prodotti acquistati "per effetto" di una pratica commerciale sleale (non vengono invece più previsti né il diritto di ottenere l'annullamento del contratto né il diritto di ottenere una modificazione dei contenuti del contratto secondo equità), precisando che il consumatore è libero di decidere di quale di questi due diritti avvalersi, salvo che l'esercizio di uno di essi si manifesti impossibile o costituisca un abuso del diritto "*nos termos gerais*" (commi 1 e 2).

Per altro verso, il novellato art. 14 ribadisce che il consumatore danneggiato per effetto di una pratica commerciale sleale proibita ha il diritto di essere risarcito "*nos termos gerais*", precisando però questa volta espressamente che tale diritto "può essere esercitato senza pregiudizio del disposto di cui al comma 1", e quindi eventualmente anche in aggiunta, e non necessariamente in alternativa, al diritto alla riduzione del prezzo o alla risoluzione del contratto.

Il legislatore portoghese ha dunque superato l'originaria opzione per una sanzione in termini di invalidità contrattuale, che legittimava il consumatore a richiedere l'annullamento o la riduzione ad equità del contratto, ed ha abbandonato altresì lo speciale regime originariamente previsto per la ipotesi in cui ad essere stata influenzata dalla pratica commerciale sleale fosse stata non tanto la stipulazione del(l'intero) contratto, quanto piuttosto l'inclusione di una o più specifiche pattuizioni nel regolamento negoziale adottato dalle parti, preferendo attribuire al consumatore il diritto di invocare, a sua libera scelta, la riduzione del prezzo o la risoluzione del contratto (secondo il modello espressamente delineato dal nuovo art. 13-*bis* dir. 2005/29/CE).

Il diritto al risarcimento dei danni continua invece ad essere previsto come rimedio generale accordato al consumatore che abbia sofferto una "lesione" per effetto di una pratica commerciale sleale: un rimedio esperibile anche nelle ipotesi in cui la pratica sleale abbia indotto il consumatore a stipulare un contratto per acquistare il "prodotto" cui la pratica si riferisce, ipotesi nelle quali il rimedio risarcitorio ben può affiancarsi ed aggiungersi a quello risolutorio o della riduzione del prezzo.

**3. –** In **Danimarca**, le disposizioni di recepimento della direttiva 2005/29/CE sono state integrate nella "*Legge sul mercato*" (*Lov om markedsføring*) n. 426 del 3 maggio 2017, la quale trova applicazione a tutte le pratiche commerciali poste in essere da imprenditori nei confronti di consumatori, operatori professionali o pubbliche amministrazioni.

Ai sensi del comma 1 del § 24 della legge, il compimento di atti contrastanti con i divieti posti dalla legge (incluse pertanto le condotte tenute in violazione del divieto di ricorrere a pratiche commerciali sleali nei confronti di consumatori) possono essere fatti oggetto di proibizione da parte dell'autorità giudiziaria, la quale può aggiungere agli ordini inibitori ulteriori prescrizioni volte ad assicurare che essi vengano rispettati,



eventualmente anche statuendo che i contratti stipulati in violazione dell'ordine inibitorio siano nulli, e può imporre al convenuto il ripristino della situazione anteriore al compimento dell'atto illecito, ad es. attraverso la distruzione o il richiamo di prodotti, la messa a disposizione di informazioni ovvero la correzione di affermazioni fatte nella pratica commerciale.

Il successivo comma 2 del § 24, nella sua formulazione originaria, si limitava a prevedere che le condotte tenute in violazione della legge fanno comunque sorgere in capo al soggetto che ne sia responsabile l'obbligazione di risarcire i danni che ne siano derivati secondo i principi generali del diritto danese.

La l. n. 2158 del 27 novembre 2021, che ha recepito in Danimarca la direttiva UE 2019/2161, ha aggiunto tuttavia nel citato comma 2 del§ 24 una nuova proposizione, nella quale si precisa espressamente che esso trova applicazione sia ai professionisti che ai consumatori che abbiano subito danni a causa di atti compiuti in violazione della legge, ferma restando la possibilità, per i consumatori, di accedere – laddove ne sussistano i presupposti – ai rimedi generali per l'inadempimento, inclusi la riduzione del prezzo o la risoluzione del contratto, in conformità alle norme danesi sulla protezione dei consumatori.

Con quest'ultima statuizione il legislatore danese sembrerebbe soltanto aver inteso chiarire che l'esperibilità del rimedio risarcitorio basato sulla violazione del divieto di pratiche scorrette non preclude al consumatore la possibilità di attivare (in aggiunta o in alternativa) i rimedi che gli competono sulla base di disposizioni inserite in altre leggi nazionali riguardanti i contratti *b-to-c*.

**4. –** In **Bulgaria**, la disciplina delle pratiche commerciali sleali nei rapporti *b-to-c* è stata inserita (ed è tuttora collocata) nella *Legge generale sulla protezione dei consumatori* (art. 68B ss.) dalla legge del 2007 che ha recepito nell'ordinamento nazionale la direttiva 2005/29/CE.

Inizialmente la disciplina suddetta non recava alcuna disposizione *ad hoc* concernente i rimedi privatistici individuali esperibili dai consumatori destinatari di pratiche commerciali sleali, limitandosi a contemplare l'irrogazione di sanzioni amministrative pecuniarie nei confronti dei professionisti che non rispettano il divieto di pratiche sleali (art. 210A ss. della legge generale sulla tutela dei consumatori) e a prevedere la possibilità che la Commissione per la protezione dei consumatori (organismo collegiale costituito presso il Ministero dell'economia cui sono attribuite svariate competenze in materia di *enforcement* delle normative di tutela dei consumatori) si attivi, d'ufficio o su istanza di un consumatore, per verificare la natura sleale di una pratica commerciale e, in caso di intervenuto accertamento della natura sleale della pratica sottoposta al suo esame, che il suo Presidente possa emettere un ordine inibitorio con il quale impone al professionista il divieto di (continuare a) fare ricorso alla pratica commerciale riconosciuta come sleale (art. 68L della legge sulla tutela dei consumatori).

La relativa lacuna è stata successivamente colmata dalla l. n. 61/2014, che ha recepito nell'ordinamento bulgaro la direttiva 2011/83/UE sui diritti dei consumatori, la quale ha inserito nella legge nazionale sulla tutela dei consumatori una disposizione *ad hoc* (art. 68M), la quale è stata recentemente modificata dalla legge del marzo 2022 che ha recepito la direttiva UE 2019/2161.

Ai sensi dell'art. 68M della legge bulgara sulla tutela dei consumatori, nella versione vigente a partire dal 28 maggio 2022 [24], il consumatore ha il diritto di ridurre il prezzo pattuito ovvero di risolvere il contratto sti-

[24] La innovazione più significativa apportata al testo dell'art. 68M dalla legge di recepimento della direttiva 2019/2161 è consistita nell'ampliamento dei rimedi individuali messi a disposizione del consumatore: alla risoluzione del contratto e al risarcimento del danno, previsti *ab origine* dalla disposizione, è stato infatti aggiunto il rimedio della riduzione del prezzo, esperibile in alternativa



pulato con il professionista in esito ad una pratica commerciale sleale, nonché di pretendere il risarcimento dei danni sofferti in applicazione dei principi generali, se il Presidente della Commissione per la protezione dei consumatori ha emanato un ordine di inibizione della pratica riconosciuta come sleale e il relativo provvedimento non è stato tempestivamente impugnato, ovvero è stato impugnato davanti alla Suprema Corte amministrativa che lo ha confermato, rigettando il relativo ricorso, con una sentenza passata in giudicato.

La sentenza della Corte Suprema amministrativa che conferma l'ordine inibitorio con il quale il Presidente della Commissione per la protezione dei consumatori ha vietato al professionista di (continuare a) fare ricorso ad una pratica commerciale riconosciuta come sleale è vincolante per il giudice civile quanto alla validità e alla legalità dell'ordine inibitorio stesso. Del pari vincolante per il giudice civile, quanto alla propria validità e legalità, è l'ordine inibitorio adottato dal Presidente della Commissione per la protezione dei consumatori che non sia stato tempestivamente impugnato (comma 2).

Il diritto di pretendere il risarcimento dei danni si prescrive nel termine di 5 anni, decorrente dalla data in cui sono scaduti i termini per impugnare l'ordine inibitorio impartito dal Presidente della Commissione per la protezione dei consumatori, ovvero dalla data in cui è passata in giudicato la sentenza della Corte Suprema amministrativa che ha confermato l'ordine inibitorio con il quale il Presidente della Commissione per la protezione dei consumatori ha vietato al professionista di (continuare a) fare ricorso ad una pratica commerciale riconosciuta come sleale, rigettando il ricorso proposto dal professionista nei confronti di siffatto ordine inibitorio (comma 3).

A rendere originale ed interessante (soprattutto nella prospettiva del diritto italiano) la soluzione accolta dalla legislazione bulgara è la relazione di diretta interdipendenza che in essa viene instaurata fra i rimedi privatistici accordati ai consumatori davanti al giudice civile e l'accertamento della natura sleale delle pratiche commerciali, riservato in via esclusiva all'autorità amministrativa (e al giudice amministrativo in sede di impugnazione).

Sia nel senso che l'esperibilità di rimedi individuali da parte dei consumatori destinatari di una pratica commerciale viene espressamente subordinata al previo (e definitivo) accertamento della natura sleale di siffatta pratica da parte della Commissione per la Protezione dei consumatori o della Suprema Corte amministrativa davanti alla quale sia stato eventualmente impugnato l'ordine inibitorio adottato dal Presidente della citata Commissione (onde l'azione davanti al giudice civile può essere promossa dal consumatore soltanto dopo che la suddetta valutazione è stata effettuata e non è più contestabile).

Sia nel senso che alla valutazione compiuta dalla Commissione per la Protezione dei consumatori (ed eventualmente confermata dalla Suprema Corte amministrativa) in merito alla natura sleale di una pratica commerciale viene attribuito valore giuridicamente vincolante per il giudice civile al quale il consumatore si rivolga esperendo i rimedi individuali che gli competono.

La competenza a valutare la natura sleale di una pratica commerciale viene in tal modo riservata in via esclusiva all'autorità amministrativa e al giudice amministrativo, i cui pronunciamenti sono rigidamente vincolanti per il giudice civile il quale non può in alcun modo discostarsene in sede di trattazione della causa promossa dai singoli consumatori che abbiano fatto valere giudizialmente i rimedi privatistici ad essi accordati dall'art. 68M della legge sulla tutela dei consumatori.

---

alla risoluzione del contratto quando la stipulazione del contratto sia avvenuta in esito ad una pratica commerciale sleale.



**5. –** In **Lituania**, la direttiva 2005/29/CE è stata recepita dalla *Legge sulle pratiche commerciali sleali* del 21 dicembre 2007, n. X-1409, il cui ambito di applicazione, sul piano sia soggettivo che oggettivo, corrisponde a quello della direttiva stessa.

Nulla statuiva la legge lituana del 2007 in merito ai rimedi individuali eventualmente suscettibili di essere esperiti dai consumatori le cui decisioni di natura commerciale fossero state influenzate da una pratica commerciale sleale.

La l. n. XIV-887 del 23 dicembre 2021, he ha dato attuazione in Lituania alla direttiva 2019/2161, ha tuttavia inserito nella legge del 2007 sulle pratiche commerciali sleali un nuovo art. $12^1$ (rubricato "Diritti e protezione dei consumatori pregiudicati da pratiche commerciali sleali"), il cui comma 1 attribuisce espressamente ai consumatori che siano stati vittime di una pratica commerciale sleale il diritto al risarcimento dei danni sofferti, alla riduzione del prezzo o alla risoluzione del contratto, tenuto conto della gravità e della natura della violazione, del pregiudizio sofferto dai consumatori e di ogni altra circostanza rilevante. Si precisa poi che il consumatore intenzionato ad avvalersi di siffatti diritti ha il diritto di presentare un'apposita istanza in conformità alle procedure disciplinate dalla legge sulla protezione dei diritti dei consumatori, e che in ogni caso i diritti così attribuiti ai consumatori non pregiudicano l'esercizio di altri diritti attribuiti ai consumatori dal codice civile o dalla legge sulla protezione dei consumatori.

La disposizione lituana si segnala per la rilevanza espressamente attribuita alla gravità della violazione e alla natura del pregiudizio sofferto dai consumatori, conformemente a quanto rpevisto dalla direttiva.

Non è chiaro tuttavia in cosa il rilievo in tal modo attribuito possa sostanziarsi, se cioè gli elementi citati vengano in considerazione come elementi idonei ad escludere l'attivabilità di uno o più dei tre rimedi contemplati ovvero soltanto come elementi da considerare ai fini della quantificazione delle somme dovute al consumatore a titolo di risarcimento e di restituzioni, ferma restando la piena ed incondizionata libertà del consumatore di scegliere quale diritto far valere nei confronti del professionista responsabile della pratica commerciale scorretta.

**6. –** In **Estonia**, mentre le disposizioni attuative delle direttive UE concernenti i contratti stipulati da consumatori con professionisti sono state tutte inserite nella Legge generale sui rapporti obbligatori (una sorta di Codice delle obbligazioni), la disciplina attuativa della direttiva 2005/29/CE si trova collocata all'interno della *Legge sulla protezione dei consumatori* del 9 dicembre 2015, che ha abrogato e sostituito la precedente *Legge sulla protezione dei consumatori* risalente al 2004.

Anteriormente al recepimento della direttiva UE 2019/2161, il § 13, comma 2, della citata Legge sulla protezione dei consumatori, dopo aver statuito che "le disposizioni concernenti le pratiche commerciali scorrette non pregiudicano l'applicazione delle disposizioni generali del diritto privato", prevedeva espressamente che "la violazione del divieto di ricorrere a pratiche commerciali scorrette, di per sé sola, non determina la nullità del contratto".

Il comma 2 del § 13 è stato tuttavia modificato dalla legge estone del 16 marzo 2022 che ha apportato alla Legge sulla protezione dei consumatori le modificazioni necessarie per adeguarla alla direttiva UE 2019/2161/UE.

Mentre la prima proposizione del comma citato è rimasta inalterata, la seconda proposizione è stata integralmente sostituita da una nuova proposizione, ai sensi della quale "I consumatori pregiudicati da pratiche



commerciali scorrette hanno il diritto di esperire i rimedi legali alle condizioni stabilite dalla Legge generale sui rapporti obbligatori".

Difficile dire quale delle due versioni del comma 2 del § 13 sia più ambigua ed insoddisfacente.

Nessuna delle due chiarisce se il consumatore destinatario di una pratica commerciale sleale sia o meno legittimato ad esperire una pretesa risarcitoria nei confronti del professionista che l'abbia posta in essere.

Quanto alla specifica ipotesi in cui la pratica commerciale abbia influenzato la scelta del consumatore di concludere con un professionista un contratto per la fornitura di un bene o di un servizio, se la prima versione aveva il pregio di escludere in radice che il contratto potesse per ciò solo considerarsi nullo, la nuova versione della disposizione ha fatto venir meno questa (unica) certezza e nel contempo però non ha introdotto un rimedio specifico privatistico *ad hoc*, limitandosi a prevedere che i consumatori possano esperire i rimedi contemplati e disciplinati dalla Legge generale sui rapporti obbligatori (sia quelli "generali", sia quelli specificamente consumeristici).

Sennonché, appare fin troppo ovvio che, nelle ipotesi in cui una condotta imprenditoriale integri gli elementi di una fattispecie che in forza di una disposizione della Legge generale sui rapporti obbligatori (nella quale il legislatore estone ha inserito tutte le disposizioni attuative di direttive UE concernenti i contratti *b-to-c*) è idonea a legittimare il consumatore a far valere rimedi privatistici specifici, questi ultimi siano esperibili anche se la suddetta condotta imprenditoriale si presta ad essere qualificata (e conseguentemente sanzionata con misure di *public enforcement*) come pratica commerciale scorretta.

La novellata seconda proposizione del comma 2 della legge estone sulle pratiche commerciali sleali appare così, per un verso, superflua, e per altro verso del tutto inidonea a dare attuazione all'art. 11-bis della direttiva 2005/29/CE, nella misura in cui non mette a disposizione dei consumatori alcun rimedio individuale privatistico *ad hoc*, diverso ed ulteriore rispetto a quelli già contemplati dalla legge generale nazionale sui rapporti obbligatori.

**7. –** Le disposizioni che danno attuazione alla direttiva 2005/29/CE in **Romania** sono inserite nella Legge n. 363/2007 in materia di pratiche commerciali sleali dei professionisti nei confronti dei consumatori [25].

Prima del recepimento della direttiva (UE) 2019/2161 non esisteva nel diritto rumeno, né nella citata legge n. 363 del 2007, né in altri atti normativi concernenti i rapporti fra professionisti e consumatori, una disposizione *ad hoc* recante la disciplina dei rimedi privatistici suscettibili di essere esperiti dai consumatori destinatari di pratiche commerciali scorrette.

L'ordinanza d'urgenza del Governo rumeno del 28 aprile 2022, recante le disposizioni di recepimento della direttiva 2019/2161/UE, ha apportato tuttavia una serie di modificazioni alla Legge n. 363/2007 in materia di pratiche commerciali sleali dei professionisti nei confronti dei consumatori.

Una di queste modifiche consiste nell'inserimento di una disposizione completamente nuova, l'art. 12 [1], deputato a dare attuazione nel diritto rumeno all'art. 11-*bis* della direttiva 2005/29/CE.

Il comma 1 di questa disposizione accorda ai consumatori pregiudicati da pratiche commerciali scorrette "il diritto a misure rimediali idonee ad eliminare tutti gli effetti prodotti da siffatte pratiche scorrette, nel modo seguente:

[25] *Legea nr. 363/2007 privind combaterea practicilor incorecte ale comercianților în relația cu consumatorii și armonizarea reglementărilor cu legislația europeană privind protecția consumatorilor.*



(a) sostituzione, riduzione del prezzo o risoluzione del contratto e restituzione del controvalore del prodotto o servizio, a seconda dei casi [26];

(b) risarcimento del danno arrecato al consumatore;

(c) nel caso in cui venga constatata la difettosità del prodotto o del servizio entro i 30 giorni successivi all'acquisto, viene disposta la loro sostituzione diretta".

Il successivo comma 2 annovera poi, fra le circostanze di cui occorre tener conto per stabilire le misure rimediali suscettibili di essere adottate ai sensi del comma 1, la gravità e la natura della pratica commerciale sleale ed il danno subito dal consumatore.

La disposizione rumena presenta molti profili di oscurità. Non è chiaro se i tre rimedi elencati nel comma 1 siano fra loro alternativi o possano essere esperiti cumulativamente, e non è chiaro se si tratti di rimedi suscettibili di essere esperiti anche in via stragiudiziale. Non è chiaro se la restituzione del controvalore del prodotto o del servizio sia un rimedio autonomo rispetto alla risoluzione o sia soltanto un rimedio ancillare a quello risolutorio. Non è chiaro il rapporto fra la sostituzione che può essere richiesta in termini generali ai sensi della lett. a) e la sostituzione "speciale" che può essere pretesa ai sensi della lett. c) nell'ipotesi in cui il bene o il servizio fornito si riveli difettoso (e soprattutto non è chiaro come la manifestazione della difettosità del bene o del servizio si ponga in relazione con la natura scorretta della pratica commerciale che ha preceduto e/o accompagnato la conclusione del contratto). Non è chiaro, infine, in che misura e in base a quali criteri possano influire sulla individuazione del rimedio esperibile (nonché sulle conseguenze giuridiche privatistiche del suo esperimento) le circostanze espressamente menzionate dalla disposizione, e cioè la gravità e la natura della pratica commerciale sleale ed il danno subito dal consumatore.

L'unica cosa certa è che i rimedi contemplati dalla disposizione rumena sono rimedi speciali *ad hoc*, che si affiancano ed aggiungono a quelli contemplati dal diritto civile generale e dal diritto privato dei contratti dei consumatori senza privare i consumatori della possibilità di esperire questi ultimi (lo di desume inequivocabilmente dal comma 3, che fa espressamente salvi i rimedi previsti dagli atti normativi nazionali di recepimento delle direttive 2019/770 UE e 2019/771 UE).

**Sezione V** – *Il quarto gruppo di Paesi UE: legislazioni nazionali che si limitano a riconoscere al consumatore il diritto al risarcimento dei danni*

**1. –** In **Germania**, le disposizioni che danno attuazione alla direttiva 2005/29/CE sono state integrate nella legge generale sulla concorrenza sleale (*Gesetz gengen den unlauteren Wettbewerb – UWG)*.

Ai sensi del comma 1 del § 9 ("*Risarcimento del danno*") dell'*UWG* tedesco, "*chi dolosamente o colposamente pone in essere una pratica commerciale vietata ai sensi del § 3 o del 7 è obbligato nei confronti dei concorrenti al risarcimento dei danni che ne siano derivati*".

Nonostante la legge tedesca sulla concorrenza sleale persegua l'obiettivo di tutelare non solo i concorrenti ma anche i consumatori e in generale tutti i soggetti che prendono parte al mercato, era opinione condivisa

[26] Il Progetto di ordinanza d'urgenza del Governo rumeno (presentato nel 2021) annoverava anche la riparazione fra i rimedi esperibili elencati nel comma 1, lett. a). Nella versione definitiva del testo la relativa previsione è sparita ma è stata aggiunta la previsione contenuta nella lett. c) del comma 1, la quale non compariva nel progetto originario.



dalla larga maggioranza della dottrina che il consumatore destinatario di una pratica commerciale vietata non potesse considerarsi per ciò solo titolare di una pretesa risarcitoria, né in applicazione analogica del comma 1 del § 9, né in applicazione delle disposizioni generali sull'illecito civile extracontrattuale dettate dal codice civile.

Per altro verso, la dottrina largamente maggioritaria ha sempre escluso che un contratto potesse considerarsi *unwirksam* per contrarietà all'ordine pubblico o a norme imperative sol perché stipulato in seguito ad una pratica commerciale vietata ai sensi dell'*UWG*.

La legge che ha recepito nell'ordinamento tedesco le modificazioni apportate dalla direttiva UE 2019/2161 alla direttiva 2005/29/CE (*Gesetz zur Stärkung des Verbraucherschutzes im Wettbewerbs– und Gewerberecht* del 10 agosto 2021) ha inserito nel § 9 della legge sulla concorrenza sleale (*UWG*) un nuovo comma 2, ai sensi del quale "Chi dolosamente o colposamente pone in essere una pratica commerciale vietata ai sensi del § 3 [27] e in tal modo induce i consumatori ad assumere una decisione di natura commerciale che non avrebbero altrimenti preso è obbligato nei loro confronti al risarcimento del danno che ne sia derivato" [28].

La pretesa risarcitoria si prescrive nel termine di 6 mesi decorrente dal giorno n cui la pretesa è sorta e i fatti su cui si fonda la pretesa risarcitoria e l'identità del debitore sono divenuti noti al debitore o sono stati da quest'ultimo ignorati con colpa grave, e in ogni caso entro 10 anni dal giorno in cui è sorta e comunque non oltre 30 anni dal giorno in cui è stato compiuto il fatto che ha cagionato il danno (§ 11, commi 1 e 2, *UWG*).

Merita peraltro di essere ricordato che nel diritto privato tedesco la prestazione cui è tenuto il soggetto gravato da una obbligazione risarcitoria è in primo luogo ed in via primaria concepita come riparazione in natura del pregiudizio arrecato al danneggiato, e soltanto in via secondaria e subordinata come risarcimento per equivalente pecuniario delle conseguenze dannose provocate dall'illecito.

Ne consegue che, secondo i commentatori della nuova disposizione, la pretesa risarcitoria esplicitamente contemplata dal nuovo comma 2 del § 9 *UWG* consentirà ai consumatori che ne siano titolari non soltanto di pretendere la corresponsione di somme di denaro che valgano a compensare i pregiudizi (in termini di danno emergente) sofferti a causa della pratica commerciale sleale posta in essere nei loro confronti, ma anche – ed in alternativa – di ottenere la caducazione del contratto (*Aufhebung des Vertrages*) la cui stipulazione sia stata influenzata e resa possibile dalla pratica commerciale sleale, con conseguente restituzione delle prestazioni eventualmente già eseguite: una caducazione siffatta si configura infatti come lo strumento ideale per consentire al consumatore di essere posto nella medesima situazione patrimoniale in cui si sarebbe trovato se la pratica commerciale scorretta non fosse stata compiuta.

Ciò posto, dalla formulazione della disposizione si evince che a fondare la pretesa risarcitoria non è sufficiente la mera circostanza che la condotta tenuta dall'imprenditore convenuto si presti ad essere qualificata come pratica commerciale sleale (ai sensi dei §§ 3, 4A, 5, 5A, 5B *UWG*), essendo per contro necessario che

---

[27] Il § 3 UWG contiene (comma 1) il divieto generale di ricorrere a "pratiche commerciali sleali" (*unlautere geschäftliche Handlungen*), la nozione generale di pratica sleale (comma 2) ed il rinvio alla lista nera di pratiche commerciali sempre e sicuramente sleali contenuto nell'Allegato alla legge (comma 3). La disciplina delle pratiche commerciali aggressive come sottotipologia delle pratiche sleali è contenuta nel § 4A. La disciplina delle azioni e delle omissioni ingannevoli come sottotipologia delle pratiche commerciali sleali è inserita nei §§ 5, 5A e 5B.

[28] *Wer vorsätzlich oder fahrlässig eine nach § 3 unzulässige geschäftliche Handlung vornimmt und hierdurch Verbraucher zu einer geschäftlichen Entscheidung veranlasst, die sie andernfalls nicht getroffen hätten, ist ihnen zum Ersatz des daraus entstehenden Schadens verpflichtet.*



siffatta condotta sia stata dolosa o quantomeno colposa e soprattutto che abbia concretamente ed effettivamente condizionato una decisione di natura commerciale concretamente assunta dal consumatore, in una misura tale per cui siffatta decisione non sarebbe mai stata presa se la pratica commerciale non fosse stata posta in essere.

**2. –** In **Spagna**, l'art. 32 (*Acciones*), comma 1, della legge sulla concorrenza sleale (*Ley 3/1991*, de 10 de enero, de *Competencia Desleal*), nella quale sono state integrate le disposizioni di attuazione della direttiva 2005/29/CE, annovera fra le azioni che possono essere esercitate contro gli atti di concorrenza sleale sia la *Acción de remoción de los efectos producidos por la conducta desleal* (num. 3), sia la *Acción de resarcimiento de los daños y perjuicios ocasionados por la conducta desleal* (num. 5), subordinando tuttavia l'esperibilità di quest'ultima azione al presupposto che l'autore della condotta abbia agito con dolo o con colpa.

La legittimazione attiva alla proposizione di entrambe queste tipologie di azioni viene attribuita dal successivo art. 33 della l. n. 3/1991 a "qualunque persona fisica o giuridica che partecipi al mercato, i cui interessi risultino direttamente pregiudicati o minacciati dalla condotta sleale e, laddove l'atto di concorrenza sleale consista nella diffusione di messaggi pubblicitari illeciti, a qualsiasi persona fisica o giuridica che ne risulti pregiudicata": sin dall'iniziale recepimento della direttiva 2005/29/CE non vi è stato pertanto alcun dubbio in merito alla esperibilità, da parte dei consumatori destinatari di pratiche commerciali scorrette, di azioni civili risarcitorie nei confronti dei professionisti responsabili.

Le azioni contemplate dall'art. 32 (inclusa l'azione risarcitoria) si prescrivono nel termine di un anno, decorrente dalla data in cui sono divenute suscettibili di essere esercitate e il soggetto legittimato è venuto a conoscenza dell'identità dell'autore della condotta qualificabile come atto di concorrenza sleale, e in ogni caso entro tre anni dal giorno in cui la relativa attività è stata completata.

Queste disposizioni non sono state modificate dal *Real Decreto-Ley 24/2021 del 2 novembre 2021*), che ha dato attuazione alla direttiva (UE) 2019/2161 in Spagna: il citato *Real Decreto-Ley* del 2021 ha tuttavia inserito nella *Ley General para la Defensa de los Consumidores y Usuarios* un nuovo art. 20-*bis* (rubricato *Medidas correctoras como consecuencia de las prácticas comerciales desleales a disposición de los consumidores y usuarios perjudicados*), ai sensi del quale le persone che abbiano congiuntamente concorso alla realizzazione e al compimento della pratica commerciale sleale nei confronti di consumatori "*sono solidamente responsabili del risarcimento dei danni e dei pregiudizi cagionati*" (comma 2).

Alle azioni risarcitorie esperibili dai consumatori destinatari di atti di concorrenza sleale non trova peraltro applicazione il disposto del comma 1 del nuovo art. 20-*bis* della *Ley General*, a norma del quale l'avvenuto ricorso ad una pratica commerciale sleale nei confronti di consumatori si considera *acreditado,* salvo prova contraria, quando sia stato accertato in una decisione definitiva di una Autorità competente o di un organo giurisdizionale: tale disposizione opera infatti soltanto in relazione all'esercizio delle azioni di (mero) accertamento della natura sleale di un atto di concorrenza, di inibizione dell'ulteriore compimento di un atto siffatto, di rimozione degli effetti prodotti da un atto di concorrenza sleale e di rettificazione di informazioni ingannevoli, scorrette o false. Ne consegue che nell'ambito di procedimenti instaurati (esclusivamente) con azioni di natura risarcitoria la natura sleale della pratica commerciale posta in essere nei confronti del consumatore/attore deve a rigore sempre essere provata da quest'ultimo, a favore del quale non può operare la presunzione relativa di slealtà fondata sul previo accertamento compiuto da una Autorità indipendente o da un diverso organo giurisdizionale.



La legislazione spagnola, anche dopo il recepimento della direttiva (UE) 2019/2161, continua a non prevedere un rimedio contrattuale *ad hoc* esperibile dal consumatore nei confronti del professionista che abbia posto in essere nei suoi confronti una pratica commerciale scorretta.

Merita tuttavia di essere ricordato che l'art. 61 della *Ley General para la Defensa de los Consumidores y Usuarios* (rubricato "*Integrazione dell'offerta, della promozione e della pubblicità nel contratto*") stabilisce (comma 2) che i contenuti delle offerte, delle promozioni e dei messaggi pubblicitari sono esigibili dal consumatore anche se non vengono espressamente riprodotti nel contratto stipulato dalle parti o nella relativa documentazione probatoria e debbono essere tenuti in considerazione in sede di applicazione del "principio della conformità al contratto": il legislatore spagnolo ha in tal modo elevato a principio generale, valevole per qualsiasi contratto del consumatore, il precetto in forza del quale, al fine di individuare i requisiti che un bene (o un serviziodigitale o contenuto digitale) deve possedere per poter essere considerato conforme al contratto di vendita, deve tenersi conto anche delle affermazioni contenute nelle dichiarazioni rivolte al pubblico dei consumatori, in particolare nella pubblicità e nell'etichettatura (principio espressamente sancito dalle direttiva 770/UE e 771/UE).

Ne consegue che qualsiasi affermazione inerente al bene o al servizio dedotto in contratto e alle condizioni economiche e giuridiche del rapporto contrattuale, contenuta nella pubblicità e nel materiale promozionale relativi al bene o servizio oggetto del contratto, vincola *ex lege* il professionista controparte contrattuale del consumatore, il quale può legittimamente lamentare un inadempimento contrattuale laddove tali condizioni non vengano poi effettivamente rispettate, quand'anche se le suddette affermazioni non siano state ripetute né riprodotte nel regolamento negoziale adottato dalle parti per la disciplina del loro rapporto contrattuale: una conseguenza giuridica privatistica che assume evidentemente grande rilevanza proprio nelle ipotesi in cui la stipulazione del contratto sia stata preceduta e/o accompagnata da una pratica commerciale sleale, e segnatamente da una pratica commerciale ingannevole.

**3. –** In **Svezia**, le disposizioni attuative della direttiva 2005/29/CE sono state integrate nella Legge sulla regolamentazione del mercato (*Marknadsföringslag* 2008:486), una legge che persegue l'obiettivo di "promuovere gli interessi dei consumatori e della comunità dei professionisti nell'ambito della promozione e della commercializzazione di prodotti e di contrastare le pratiche commerciali che siano sleali nei confronti di consumatori e di altri professionisti" (art. 1) e che trova applicazione sia alle pratiche commerciali relative a beni o servizi offerti a consumatori che a pratiche commerciali relative a beni o servizi offerti a professionisti (art. 2).

Ai sensi dell'art. 37 della Legge sulla regolamentazione del mercato, chiunque con dolo o colpa ponga in essere una pratica commerciale scorretta e/o trasgredisca le prescrizioni impartite dall'Ombudsman dei consumatori in un ordine inibitorio adottato nei confronti di un professionista che abbia violato il divieto di ricorrere a pratiche commerciali sleali è obbligato a risarcire il danno che ne sia derivato a consumatori o ad altri professionisti (comma 2); soltanto in sede e ai fini della quantificazione del risarcimento spettante ai professionisti danneggiati si ammette tuttavia la possibilità di tener conto di circostanze di natura non strettamente economica. Il diritto al risarcimento dei danni si prescrive, ai sensi del successivo art. 38, se l'azione non viene esercitata entro 5 anni dal giorno in cui il danno si è verificato.

La legge svedese sulla regolamentazione del mercato non accorda invece ai consumatori rimedi di natura contrattuale e in particolare non prevede, in relazione alle ipotesi in cui la stipulazione del contratto sia stata



influenzata e/o provocata da una pratica commerciale sleale, né l'invalidità del negozio, né la possibilità per il consumatore di risolvere il contratto o di ridurre il prezzo. Non può escludersi tuttavia che la disposizione dell'art. 37 sia destinata ad essere modificata dalla legge che darà attuazione alla direttiva 2019/2161 UE, ancora non approvata dal Parlamento svedese.

Va rilevato peraltro che già oggi alcune disposizioni di legge riguardanti i contratti dei consumatori dettano precetti speciali suscettibili di essere valorizzati come misure di *enforcement* privatistico del divieto di ricorrere a pratiche commerciali sleali.

Così, ad es., il § 10 della legge sui contratti *b-to-c* per la prestazione di servizi (*Konsumenttjänstlag* 1985:716) stabilisce che il servizio fornito dal professionista in esecuzione del contratto deve considerarsi "difettoso" se il risultato ottenuto differisce rispetto alle informazioni – comunicate dal professionista controparte del consumatore o da un altro professionista – relative alla natura o alle caratteristiche del servizio che può presumersi abbiano influito sull'accordo contrattuale e che siano state fornite, in occasione ed in vista della stipulazione del contratto o altrimenti nell'ambito della promozione e del marketing del servizio, dal professionista con il quale il consumatore ha stipulato il contratto o da un altro professionista per suo conto e nel suo interesse. Ne deriva che se una pratica commerciale trasmette informazioni ingannevoli sulle caratteristiche e sulle qualità del servizio offerto ai consumatori, questi ultimi – a fronte del riscontro della mancanza nel servizio ricevuto di qualità o caratteristiche che erano state pubblicizzate nella fase precontrattuale – possono invocare la responsabilità contrattuale del professionista con il quale hanno instaurato il rapporto contrattuale.

Ancor più significative sono alcune disposizioni del *Konsumentköplag* (2022:260) del 7 aprile 2022, la nuova legge sulle vendite mobiliari *b-to-c* e sui contratti per la fornitura di servizi e contenuti digitali *b-to-c*, che contiene le disposizioni di recepimento delle direttive 2019/770 e 2019/771 UE.

Il § 2, num. 4 della legge, infatti, annovera fra i criteri "oggettivi" di determinazione delle qualità e delle caratteristiche che il bene consegnato al consumatore deve possedere per poter essere considerato conforme al contratto il criterio in forza del quale il bene deve corrispondere alle informazioni sulle proprietà del prodotto, sulle caratteristiche e sull'uso che il professionista con il quale ha contrattato il consumatore o un diverso professionista collocato in un precedente anello della catena commerciale o che ha agito per suo conto abbia fornito nell'attività di marketing del prodotto o in altro modo prima della conclusione del contratto: un criterio, si badi, destinato ad operare a prescindere dalla circostanza che la conformità del prodotto a siffatte informazioni risponda o meno alle c.d. legittime aspettative del consumatore (medio).

A ciò si aggiunga che la nozione di prodotto "difettoso" accolta dal *Konsumentköplag* svedese del 2022 è assai più ampia rispetto alla nozione di prodotto "non conforme al contratto" accolta nella direttiva 2019/771: deve infatti considerarsi "difettoso" non soltanto il prodotto che non presenta le qualità e le caratteristiche contrattualmente dovute in applicazione dei criteri soggettivi ed oggettivi corrispondenti a quelli contemplati dalla direttiva, ma anche il prodotto che il professionista abbia consegnato senza trasmettere al consumatore le informazioni sulla sicurezza imposte dalla legge sulla sicurezza dei prodotti ovvero le informazioni sulle caratteristiche e sulle funzionalità del prodotto che il professionista sarebbe stato tenuto a comunicare ai sensi della legge sulla regolamentazione del mercato (nella quale sono state integrate le disposizioni attuative della direttiva 2005/29/CE), laddove possa presumersi che l'omissione abbia influito sull'accordo contrattuale (§ 11). Ne consegue che nel caso di omissione ingannevole avente ad oggetto informazioni essenziali concernenti qualità e caratteristiche del prodotto, il consumatore può *per ciò solo* invocare la responsabilità contrattuale del professionista controparte del contratto di vendita, facendo valere gli stessi rimedi che gli commpetono nell'ipotesi di difetto di conformità in senso stretto.



Infine, merita di essere ricordato che le cause di invalidità sono regolamentate, nella *Legge generale sul contratto* svedese [29], da disposizioni (contenute nei §§ 28-31, 33 e 36) che contemplano fattispecie di annullabilità dai contorni decisamente più ampi rispetto a quelli che connotano, nel nostro codice civile, le possibili cause di annullabilità (per dolo o violenza) o rescindibilità (per approfittamento dello stato di bisogno e lesione *ultra dimidium*) del contratto.

**4. –** In **Austria**, analogamente a quanto accaduto in Germania, le disposizioni di recepimento della direttiva 2005/29/CE sono state integrate nella legge sulla concorrenza sleale del 1984 (*Bundesgesetz gegen den unlauteren Wettbewerb*), la quale trova applicazione a qualsiasi pratica commerciale (per tale dovendosi intendere ogni azione, omissione, condotta, dichiarazione, comunicazione commerciale, incluse la pubblicità e le attività di marketing, posta in essere da un imprenditore, che sia direttamente connessa con la promozione, la vendita o la fornitura di un "prodotto", e cioè di un bene o di un servizio), a prescindere dalla circostanza che il prodotto cui la pratica si riferisce venga offerto soltanto a consumatori, soltanto ad imprenditori ovvero agli uni e agli altri.

In occasione del recepimento della direttiva 2005/29/CE, non è stata inserita nella legge alcuna disposizione *ad hoc* volta a contemplare e regolamentare rimedi privatistici "speciali" spettanti ai consumatori destinatari di pratiche commerciali sleali.

Il § 1, comma 1, num. 2 della legge prevede tuttavia che "chi nel traffico giuridico pone in essere una pratica commerciale che contrasta con i requisiti della diligenza professionale e risulta idonea ad influenzare in modo decisivo il comportamento economico del consumatore medio al quale è rivolta con riferimento al prodotto cui si riferisce, può essere convenuto in giudizio con un'azione inibitoria e, laddove la sua condotta sia stata (quantomeno) colposa, con un'azione risarcitoria".

In merito al contenuto dell'obbligazione risarcitoria, si precisa poi nel § 16 che chi è legittimato sulla base della legge a far valere una pretesa risarcitoria può esigere anche il ristoro del mancato guadagno e può vedersi attribuita dall'autorità giudiziaria anche una somma di denaro di importo adeguato a titolo di ristoro per patologie eventualmente contratte ovvero altri pregiudizi di natura personale, laddove ciò appaia giustificato alla luce delle peculiari circostanze del caso concreto.

Nella dottrina austriaca si è a lungo dibattuto – anche posteriormente al recepimento della direttiva 2005/29/CE – se fra i soggetti legittimati ad esperire la pretesa risarcitoria contemplata dai §§ 1 e 16 potessero considerarsi ricompresi anche i consumatori destinatari finali della condotta imprenditoriale integrante gli estremi di una pratica commerciale sleale, numerosi autori essendosi pronunciati in senso contrario per una articolata serie di ragioni, soprattutto riconducibili alla esigenza di non dar vita a tensioni sistematiche fra il diritto generale dei contratti e della responsabilità civile e la disciplina speciale della concorrenza sleale.

La giurisprudenza si è invece schierata a favore dell'inclusione dei consumatori destinatari della pratica commerciale sleale nel novero dei soggetti legittimati a proporre l'azione risarcitoria, essenzialmente muovendo dalla considerazione del necessario parallelismo con il diritto generale della concorrenza.

Decisiva in tal senso, da ultimo, è stata una ordinanza della Corte di cassazione austriaca del 16 dicembre 2021 (4Ob49/21s.), la quale [30], muovendo dalla considerazione che la legge sulla concorrenza sleale dichiara-

[29] *Lag* (1915:218) *om avtal och andra rättshandlingar på förmögenhetsrättens område*.

[30] Questa la fattispecie sottoposta all'esame della Corte di cassazione: l'acquirente di una cassaforte il cui produttore aveva



tamente persegue anche l'obiettivo di proteggere i consumatori *uti singuli* nei confronti di atti di concorrenza illeciti, ha affermato che è logico e consequenziale ammettere che al consumatore, in quanto vittima di un atto di concorrenza illecito, spetti in base all'*UWG* una pretesa risarcitoria individuale.

L'argomento decisivo posto a sostegno del riconoscimento di una pretesa risarcitoria viene individuato tuttavia dalla Corte suprema austriaca nella necessità di assicurare piena coerenza e perfetto parallelismo fra il diritto generale della concorrenza (*Wettbewerbsrecht*) e il diritto della concorrenza sleale (*Lauterkeitsrecht*), le due componenti fondamentali, fortemente interconnesse, del diritto della concorrenza. Essendo stata introdotta nella legge nazionale austriaca sulla concorrenza una disposizione (§ 37A) che sulla scorta della giurisprudenza della Corte di Giustizia UE espressamente riconosce anche ai consumatori vittime di illeciti anticoncorrenziali un diritto al risarcimento dei danni sofferti, è inevitabile riconoscere, per evitare ingiustificate ed irrazionali differenze di regime normativo, anche ai consumatori vittime di atti di concorrenza sleale una analoga pretesa risarcitoria: nell'uno e nell'altro caso si tratterebbe invero di atti illeciti sostanzialmente assoggettati al regime generale delineato dal codice civile per gli illeciti extracontrattuali.

A fine aprile 2022, la direttiva 2019/2161 UE non era stata ancora recepita in Austria.

È stato tuttavia presentato dal *Bundesministerium für Digitalisierung und Wirtschaftsstandort* (competente anche nella materia della protezione dei consumatori) un progetto di legge di recepimento delle disposizioni della direttiva che modificano la direttiva 2005/29/CE sulle pratiche sleali (*Bundesgesetz, mit dem das Bundesgesetz gegen den unlauteren Wettbewerb 1984 und das Bundesgesetz über die Auszeichnung von Preisen geändert werden – Zweites Modernisierungsrichtlinie-Umsetzungsgesetz – MoRUG II*), laddove si prevede, fra l'altro, la integrale sostituzione del testo e della rubrica del § 16, che – intitolato "*Pretesa al risarcimento del danno*" – nella nuova formulazione del comma 1 così dovrebbe recitare: "Chi pone in essere una pratica commerciale palesemente (*offensichtlich*) sleale ai sensi dei commi 1-3 del § 1A (azioni ed omissioni ingannevoli), del § 2 (pratiche commerciali aggressive) e del § 2A (pubblicità comparativa illecita) e con tale condotta induce un consumatore ad assumere una decisione negoziale che altrimenti il consumatore non avrebbero preso è obbligato nei confronti del consumatore che ne sia stato direttamente danneggiato al risarcimento del *danno positivo* (*positives Schaden*) che ne sia derivato in conformità alle disposizioni generali.

Qualora una disposizione siffatta venisse effettivamente introdotta nella legge austriaca sulla concorrenza sleale in esito alla conclusione dell'iter formativo della legge di recepimento della direttiva 2019/2961 UE, verrebbe definitivamente superato qualsiasi dubbio in merito alla effettiva spettanza ai consumatori destinatari di pratiche sleali di una pretesa risarcitoria e la situazione giuridica interna verrebbe in tal modo definitivamente chiarita.

---

assicurato – nei messaggi promozionali e pubblicitari nonché nell'etichettatura – la piena rispondenza ai requisiti richiesti dalla normativa europea UNI per il rilascio di una certificazione pubblicistica di sicurezza, stipulava un contratto di assicurazione contro il furto che subordinava la operatività della copertura assicurativa al presupposto che la cassaforte fosse stata realizzata nel pieno rispetto dei sopra citati requisiti di sicurezza. Qualche mese dopo l'acquisto il compratore rimaneva vittima di un furto nella sua casa di abitazione, i cui autori, dopo aver scassinato la cassaforte, ne hanno svuotato il contenuto. La richiesta di pagamento di un indennizzo conseguentemente rivolta alla compagnia assicuratrice viene tuttavia rigettata da quest'ultima, essendo emerso che – diversamente da quanto dichiarato dal produttore – la cassaforte non rispondeva ai parametri di sicurezza cui era subordinato il rilascio della certificazione contemplata nel contratto di assicurazione. Il compratore esercitava a questo punto nei confronti del produttore una pretesa risarcitoria, chiedendone la condanna al pagamento, a titolo di risarcimento dei danni causati dalla pratica commerciale ingannevole posta in essere, di una somma (60.000 euro) pari a quella che avrebbe potuto legittimamente pretendere a titolo di indennizzo assicurativo se la cassaforte avesse effettivamente posseduto tutti i requisiti di sicurezza descritti e propagandati nei messaggi pubblicitari.



Le pratiche commerciali sleali costituiscono un atto illecito nei confronti di tutti e soltanto i consumatori che abbiano individualmente sofferto un danno concreto ed effettivo a causa della pratica di cui sono stati destinatari, atto illecito che dà vita ad una pretesa risarcitoria assoggettata ai principi generali vigenti in materia di responsabilità civile: di qui la necessità del carattere doloso o colposo della condotta dell'imprenditore, della sussistenza di un nesso di causalità fra atto illecito e conseguenze pregiudizievoli di cui si pretende il ristoro, nonché l'applicabilità della disciplina della termine triennale di prescrizione della pretesa contemplato dal § 1489 del codice civile austriaco.

Va rilevato tuttavia che alla insorgenza, ai contenuti e alla esercitabilità di siffatta pretesa risarcitoria vengono poste (dal Progetto di legge) non irrilevanti limitazioni.

In primo luogo, essa compete soltanto a consumatori destinatari di pratiche commerciali ingannevoli e aggressive, e non a consumatori destinatari di pratiche commerciali la cui slealtà derivi in via esclusiva dall'applicazione della *Generalklausel* di cui al § 1, comma 1, della legge (riproduttivo del par. 2 dell'art. 5 dir. 2005/29/CE), e ciò (stando a quanto si afferma nella relazione illustrativa del Progetto) in ragione della asserita insufficiente determinatezza della fattispecie delineata appunto dalla definizione "generale" e residuale di pratica commerciale scorretta.

In secondo luogo, la pratica commerciale legittima il consumatore all'esperimento di una pretesa risarcitoria soltanto se è "manifestamente" sleale, ciò che secondo la Relazione illustrativa del progetto potrebbe affermarsi soltanto nelle ipotesi in cui la slealtà della relativa condotta possa considerarsi assolutamente scontata e pacifica, per essere riconducibile all'applicazione di una delle previsioni della lista nera o per essere già stata riconosciuta dalla giurisprudenza.

Infine, il consumatore può pretendere il risarcimento del solo "danno positivo" (e cioè del danno emergente), non invece del lucro cessante, il cui ristoro può essere richiesto soltanto da imprenditori danneggiati da una pratica commerciale sleale (in quanto destinatari della stessa ovvero concorrenti dell'imprenditore che l'abbia posta in essere).

Non viene invece chiarito se possa essere preteso dal consumatore anche il risarcimento dei pregiudizi non patrimoniali causati dalla pratica sleale: in assenza di una esplicita previsione, alla luce della tradizionale ostilità del sistema civilistico austriaco nei confronti della risarcibilità del danno non patrimoniale la questione parrebbe doversi risolvere in senso senz'altro negativo.

**5. –** In **Irlanda**, la *Section 74* del *Consumer Protection Act 2007*, legge nella quale sono state inserite le disposizioni attuative della direttiva 2005/29/CE sulle pratiche commerciali sleali, accorda al consumatore che sia stato "*aggrieved by a prohibited act or practice* un *Right of action for relief by way of damages*, *including exemplary damages*" (*subsection* 2): un diritto al risarcimento esperibile sia nei confronti del professionista responsabile della pratica vietata, sia – laddove si tratti di una società – nei confronti del dirigente, del manager o del responsabile dell'ufficio della società che abbia acconsentito ed autorizzato la pratica vietata. La Corte davanti alla quale venga proposta la relativa azione può condannare il convenuto al risarcimento dei danni lamentati dall'attore liquidandolo nella misura ritenuta appropriata, inclusi i "danni esemplari".

Nel maggio del 2021, il *Department of Enterprise, Trade and Employment* del governo irlandese ha licenziato una Proposta di riforma della legislazione nazionale in materia di protezione del consumatore (*Scheme of Consumer Rights Bill 2021*), che prevede, fra l'altro, l'inserimento in un atto normativo unitario



(*Consumer Rights Bill*) delle disposizioni di recepimento delle direttive 93/13/CEE, 2011/83/UE, 2019/770/UE e 2019/771/UE, nonché l'introduzione di una serie rilevante di modificazioni nel *Consumer Protection Act* 2007 (che continuerà ad ospitare le disposizioni attuative della direttiva 2005/29/CE).

In particolare, il progetto di riforma contempla l'inserimento in quest'ultimo atto normativo di una nuova *Section* 74A (destinata ad affiancarsi alla già esistente *Section* 74, che per quanto ci interessa è destinata a rimanere immutata), rubricata *Consumer's right to other remedies*, la quale statuisce (*Subsection* 1) che il consumatore "*aggrieved by a prohibited act or practice shall have a right to the remedies of price reduction or termination of the contract*", salvo poi aggiungere (*Subsection* 2) che "le condizioni in presenza delle quali il consumatore avrà accesso a siffatti rimedi e le obbligazioni gravanti sul professionista e sul consumatore in connessione con l'esperimento di tali rimedi saranno stabilite dal Ministro" (con atto di natura regolamentare).

**6. –** In **Grecia**, già la l. n. 3587/2007, che diede attuazione alla direttiva 2005/29/CE, accordò espressamente ai consumatori *uti singuli* il diritto al risarcimento dei danni cagionati dalla pratica commerciale sleale posta in essere nei loro confronti da professionisti.

L'art. 9*θ*, comma 1, della legge sulla protezione dei consumatori (l. n. 2251/1994), nella quale è stata inserita la disciplina delle pratiche commerciali sleali, stabilisce infatti che "ogni consumatore o associazione di consumatori può adire il giudice per ottenere l'inibizione e la proibizione di una pratica commerciale sleale nonché il risarcimento del danno provocato da una pratica commerciale sleale, quando il professionista abbia violato le prescrizioni dettate dagli artt. 9γ-9η (clausola generale, pratiche ingannevoli e aggressive, liste nere di pratiche commerciali sempre e sicuramente sleali) della legge stessa".

La pratica commerciale sleale viene così ad essere configurata come una speciale tipologia di illecito civile, tendenzialmente soggetta alla disciplina generale della responsabilità civile extracontrattuale.

Non è dato sapere se la legge di recepimento della direttiva 2019/2161 UE, che ancora non è stata approvata dal Parlamento greco, apporterà modifiche e integrazioni alla citata disposizione dell'art. 9*θ*, comma 1, della legge greca sulla protezione dei consumatori.

In **Croazia**, la nuova "*Legge sulla protezione del consumatore*" (l. n. 19/2022, in vigore a partire dal 28 maggio 2022) stabilisce (art. 41) che "i consumatori che abbiano subito dei danni a causa di un contratto stipulato in esito ad una pratica commerciale sleale sono legittimati a pretenderne il risarcimento e a far valere gli ulteriori diritti contemplati dal diritto generale dei contratti".

Il legislatore croato ha in tal modo colmato la lacuna che connotava la disciplina interna di recepimento della direttiva 2005729/CE, che non recava alcuna disposizione ad hoc relativa ai rimedi individuali esperibili dai consumatori destinatari di pratiche commerciali sleali.

In **Lettonia**, la legge attuativa della direttiva sulle pratiche commerciali sleali ("*Negodīgas komercprakses aizlieguma likums*") del 22 novembre 2007 non conteneva alcuna disposizione *ad hoc* volta a disciplinare i diritti individuali spettanti ai consumatori destinatari di pratiche commerciali sleali.

Il legislatore nazionale ha tuttavia successivamente ritenuto opportuno colmare la relativa lacuna e con una legge del 6 marzo 2014 ha apportato una serie di modificazioni alla legge sulle pratiche commerciali sleali.

Una di queste modificazioni è consistita proprio nell'inserimento, nella legge in questione, di una disposizione *ad hoc* (la *Section* $4^1$, rubricata "*Risarcimento dei danni*"), ai sensi della quale "una persona che abbia



subito dei danni a causa di una pratica commerciale scorretta è legittimata a proporre una azione risarcitoria davanti all'autorità giudiziaria conformemente alle procedure disciplinate dalla legge" [31].

Non è dato sapere se la legge di recepimento delle disposizioni della direttiva (UE) 2019/2161 che hanno modificato la direttiva 2005/29/CE – legge che ancora non è stata approvata dal Parlamento lettone – apporterà modifiche e integrazioni alla citata disposizione della *Section* 4[1] della legge lettone concernente le pratiche commerciali nei rapporti fra professionisti e consumatori sleali posta in essere da professionisti nei confronti dell'art. 9*θ*, comma 1, della legge greca sulla protezione dei consumatori.

In **Ungheria**, la disposizione di recepimento dell'art. 11-*bis* della direttiva 2015/29/CE si rinviene nel § 15 della l. n. XLVII/2008 "sulla proibizione di pratiche commerciali sleali nei rapporti fra professionisti e consumatori", come modificata dalla legge del 2021 che ha dato attuazione alla direttiva UE 2019/2161.

Il comma 1 statuisce che l'instaurazione di un procedimento amministrativo funzionale all'accertamento dell'intervenuta violazione del divieto di ricorrere a pratiche commerciali sleali e all'irrogazione delle conseguenti misure inibitorie e sanzionatorie di natura pubblicistica "non preclude alla parte pregiudicata la possibilità di proporre azioni civili basate sulla scorrettezza della pratica commerciale direttamente davanti ad un tribunale civile". Il successivo comma 2 precisa poi che "nei procedimenti instaurati davanti a tribunali civili, grava sul professionista l'onere di provare la veridicità dei fatti posti a fondamento della pratica commerciale".

La disposizione discorre genericamente di azioni civili, ma dalla circostanza che il suo comma 3 dichiara applicabili alle suddette azioni civili i commi 1-8 del § 88/B della legge LVII del 1996 sulla proibizione di atti limitativi della concorrenza pare potersi agevolmente desumere che si tratti in realtà (soltanto) di azioni civili risarcitorie fondate su pratiche commerciali sleali.

Il richiamo dei commi 1-8 del § 88/B della Legge generale sulla concorrenza appare particolarmente interessante nella prospettiva italiana. Dalla circostanza che i commi 7 e 8 trovano applicazione anche alle azioni civili risarcitorie proposte davanti a tribunali civili da consumatori vittime di pratiche scorrette deriva infatti che se l'Autorità ungherese per la concorrenza (cui è attribuita la competenza per l'*enforcement* pubblicistico della disciplina attuativa 2005/29/CE) informa il Tribunale civile, in una qualsivoglia fase del giudizio, di aver avviato un procedimento amministrativo relativo alla medesima pratica commerciale sulla quale si fonda l'azione risarcitoria proposta davanti al tribunale civile, quest'ultimo *deve* sospendere il giudizio fino a quando la decisione dell'Autorità ungherese per la concorrenza sia diventata definitiva perché non impugnata o perché confermata con sentenza passata in giudicato dal giudice davanti al quale sia stata eventualmente impugnata. La decisione dell'Autorità ungherese per la Concorrenza, una volta scaduti inutilmente i termini per la proposizione dell'impugnazione o una volta passata in giudicato la sentenza che l'abbia confermata, dev'essere comunicata al Tribunale civile, per il quale è vincolante nella parte in cui accerta l'intervenuta infrazione del divieto di ricorrere a pratiche commerciali scorrette.

[31] 4.[1] pants (*Kaitējuma atlīdzināšana*). *Persona, kurai negodīga komercprakse nodarījusi kaitējumu, ir tiesīga celt prasību tiesā likumā noteiktajā kārtībā.*



**Sezione VI** – *Il quinto gruppo di Paesi UE: legislazioni nazionali ancora prive di disposizioni ad hoc dedicate ai rimedi individuali esperibili dai consumatori vittime di pratiche commerciali sleali, in attesa del recepimento della direttiva (UE) 2019/2161*

**1. –** Come sopra abbiamo ricordato, i legislatori nazionali di **Italia, Slovenia, Finlandia, Repubblica ceca, Malta e Cipro** non hanno spontaneamente introdotto (né in occasione del recepimento della direttiva 2005/29/CE, né successivamente) disposizioni *ad hoc* volte a disciplinare i rimedi privatistici esperibili *uti singuli* dai consumatori vittime di pratiche commerciali scorrette.

Alla fine del mese di aprile 2022, in nessuno di questi Paesi la direttiva (UE) 2019/2161 risultava essere stata attuata, sicché la lacuna è destinata verosimilmente ed auspicabilmente ad essere colmata dagli atti normativi nazionali che nei prossimi messi vi provvederanno.

Parrebbe intenzionato a muoversi in una direzione originale rispetto a quelle descritte nei paragrafi precedenti il **legislatore finlandese**.

Il progetto di legge di riforma della Legge finlandese sulla protezione dei consumatori (legge nella quale sono state inserite tutte le disposizioni attuative delle direttive UE concernenti i contratti dei consumatori, nonché le disposizioni attuative della direttiva 2005/29/CE) prevede infatti l'inserimento, nel Capitolo della legge sulla protezione dei consumatori che reca la disciplina delle pratiche scorrette, di un nuovo § 15A, che con riferimento all'ipotesi in cui il professionista abbia violato il divieto di ricorrere a pratiche commerciali sleali con una condotta relativamente alla quale possa ragionevolmente presumersi che abbia influenzato la decisione commerciale assunta dal consumatore attribuisce a quest'ultimo (comma 1) il (solo) diritto di pretendere una riduzione del prezzo che sia ragionevole alla luce della condotta tenuta dal professionista (senza accordargli tuttavia in alternativa il diritto alla risoluzione del contratto), nonché il diritto al risarcimento del danno, a condizione però in quest'ulto caso che il professionista abbia agito con dolo o con colpa.

JUS CIVILE



*STEFANO PAGLIANTINI*

*Professore ordinario di Diritto civile – Università degli Studi di Siena*

# I RIMEDI NON RISARCITORI: ESATTO ADEMPIMENTO, RIDUZIONE DEL PREZZO E RISOLUZIONE DEL CONTRATTO

SOMMARIO: *1 La multiformità endemica dei rimedi tra equivoci e concettualismi. – 2.* Segue*. Tre interrogativi (non di contorno). – 3. Spigolature sull'esperienza francese. – 4. Il diritto alla risoluzione: lo stato di un dibattito (con più ombre che luci). – 5. Il possibile nesso di continenza tra p. c. s. ed artt. 128 ss. cod. cons. – 6. Un cenno sul parallelismo, in voga nell'ordinamento francese, tra p.c.s. ed ordine pubblico. – 7. Note sparse per un dibattito* in progress.

**1. –** Potremmo esordire notando che l'idea di un art. 11-*bis* declinabile nella forma di un rimedio monopsonico, che sia poi di tipo caducatorio piuttosto che manutentivo o di stampo risarcitorio, è un'illusione ottica dell'interprete [1]. Dopo di che, preso questo abbrivio, potremmo continuare osservando che la rimedialità neutralizzante una p.c.s. è un problema che utilmente si imbastisce soltanto se si ha contezza che a darsi non è *uno* bensì uno *spettro* di rimedi [2]: e, vorremmo far notare, *già* da adesso. Chi mai, per es., potrebbe revocare in dubbio che non legittimino un recesso di pentimento le fattispecie che si leggono nelle lett. b) e c) dell'art. 26 cod. cons., cioè nella lista nera delle pratiche commerciali aggressive? Quando poi, com'è abituale fare, si dice che, ricorrendo tutti i presupposti di cui agli artt. 1434-1440 cod. civ., il contratto a valle è annullabile, quel che viene a formularsi è un enunciato *fallace* posto che questo contratto annullabile *lo è* in quanto la p.c.s. stinge in un vizio del consenso e non perché abbia una *rilevanza autonoma*. Passare per la prova di un vizio del consenso, rende infatti *inutile* l'armamentario delle p.c.s. perché, come verrà intuitivo comprendere, l'annullamento non sarebbe disposto a loro titolo. Come scrivono Oltralpe [3], è la *trasversalità fattuale* delle

---

[*] Relazione tenuta in occasione del convegno sul tema *Pratiche commerciali scorrette e rimedi 'individuali' esperibili dai consumatori. Il recepimento dell'art. 11-bis della direttiva 2005/29/CE nel diritto italiano*, svoltosi presso il Dipartimento di Giurisprudenza dell'Università degli Studi di Ferrara il 28 aprile 2022 e organizzato dal Dottorato di ricerca in Diritto dell'Unione europea e ordinamenti nazionali dell'Università di Ferrara.

[1] Un giro di orizzonte ricapitolativo, che fa lucidamente il punto sullo stato dell'arte, è nella fitta voce di GRANELLI, *Pratiche commerciali scorrette: le tutele*, in *Enc. dir., Il contratto*, I, a cura di D'AMICO, Milano, 2021, 825 ss., alla quale senz'altro rinviamo anche per il diffuso apparato bibliografico. A livello monografico, l'ultimo studio, che fotografa attentamente il fenomeno, è quella a firma di GUFFANTI PESENTI, *Scorrettezza delle pratiche commerciali e rapporto di consumo*, Napoli, 2020.

[2] V., al riguardo, in luogo di tanti, MAUGERI, *Violazione della disciplina sulle pratiche commerciali scorrette e rimedi contrattuali*, in *Nuova giur. civ. comm*., 2009, 477 ss., il cui dire è, *inter alios*, ampiamento ripreso da FEBBRAJO, *Il private enforcement del divieto di pratiche commerciali scorrette*, Napoli, 2018, 83 ss.

[3] E qui, sempre nella cornice di una diffusa e stringente riflessione per grandi campiture, può senz'altro rinviarsi a MAUGERI, *Pratiche commerciali scorrette e disciplina generale dei contratti*, in *I decreti legislativi sulle pratiche commerciali scorrette. Attuazione e impatto sistematico della direttiva 2005/29/CE*, a cura di GENOVESE, Padova, 2008, 265 ss.



p.c.s. una delle ragioni innervanti l'istantanea di una *rete* di rimedi. L'idea di un rimedio monopolizzante è perciò, detto senza tante perifrastiche, il riflesso di ritenere che le p.c.s. siano una vicenda gravitante per lo più nell'area della *bona fides in contrahendo* o dell'inadempimento di un obbligo legale di protezione rampollante da un contatto sociale: quando invece il loro inverarsi è altrettanto frequente che si materializzi in sede di esecuzione del contratto. Non è vero, dunque, che la fattispecie archetipica dell'art. 11 *bis* si esaurisca in *quella* di un acquisto che non sarebbe stato compiuto o che il consumatore avrebbe effettuato a condizioni diverse: la versatile complessità delle p.c.s. è *tale* che non la si può ridurre ad un problema di *vizio incompleto* (o sottosoglia) del contratto [4].

Una fitta galleria di tecniche rimediali operanti perché la p.c.s. trascorre in una fattispecie, detto ellitticamente, di antigiuridicità *di per sé* normativamente rilevante, già è stata abbozzata [5]: plurime, ad es., sono le ipotesi orbitanti attorno ad una delle cause di nullità di cui all'art. 1418, commi 1 e 2, cod. civ. (artt. 21, comma 1, lett. a), 23, comma 1, lett. i), 22, comma 4, lett. a) e c), e 24), altre refluiscono nel combinato disposto degli artt. 117, comma 6, TUB e 67-*septiesdecies*, commi 4 e 5, cod. cons., senza trascurare che, quando la p.c.s. veste i panni di una clausola vessatoria, la tutela del consumatore passa sotto l'egida dell'art. 36 cod. cons. Dopo di che, volendo continuare in questo esercizio, potremmo censire un nugolo di fattispecie ove le p.c.s. vestono i panni di *altro*: se l'art. 21, iv-*bis*, chiama in causa l'art. 65, l'art. 22, comma 4, lett. a-d) si iscrive infatti nel raggio di applicazione di un art. 49 il cui epicentro di tutela è quel comma 5 che già formalizza un proprio dispositivo di protezione; proseguendo, se l'art. 23, lett. e) si colloca dalle parti di un inadempimento grave legittimante una domanda di risoluzione, la lett. f), n. 2, è senz'altro da ricomprendere nell'orbita dell'art. 61, senza dimenticare che, se la lett. p) tendenzialmente può refluire nel campo d'azione dell'art. 1418, comma 1, cod. civ., la lett. z) stilizza, a sua volta, un caso suscettibile di assorbimento nella fornitura non richiesta di cui al disposto dell'art. 66-*quinquies* cod. cons.

Nell'esemplificazione, naturalmente, potremmo proseguire [6]: ma sarebbe stucchevole, rilevando ben più il notare come sia *un fatto* che, se multiforme è la *varietà* delle condotte tenute in spregio del divieto di cui all'art. 20, comma 1, del pari *policromo* deve mostrarsi il *set* dei rimedi messi in campo da un art. 19, comma 2, lett. a) etichettabile (più che come una norma afona) a guisa di un disposto che, *senza ingabbiarla in un rimedio esclusivo*, apre la tutela consumeristica ad un *ventaglio* di forme protettive [7].

Non stiamo inutilmente complicando un discorso che già conosce fin troppe vie di fuga: facile, infatti, sarebbe la replica che una varietà rimediale ha pure dalla sua il vantaggio di riprodurre la screziatura connotante un *interesse* del consumatore la cui aspettativa di tutela non si vede per quale motivo non dovrebbe concretizzarsi *casisticamente*, a seconda cioè del *bisogno*, caducativo/manutentivo e/o di tipo risarcitorio, che si voglia veder soddisfatto.

Dopo di che, se così stanno le cose, l'interrogativo autentico, che ogni interprete provveduto dovrebbe

---

[4] V., per un quadro d'insieme, le pagine di C. SCOGNAMIGLIO, *Vizi del consenso*, in *Enc. dir., Il contratto*, cit., 1179 s.

[5] Esemplare, in questo *excursus*, GRANELLI, *Pratiche commerciali scorrette: le tutele*, cit., 838 ss.

[6] Nessuno, ad esempio, può revocare in dubbio che il rimedio associato alla pratica di cui all'art. 21, comma 1, lett. f) sia l'art. 2231, comma 1, cod. civ., un luogo questo nel quale è implicita una nullità testuale. Una nullità del contratto, ma non già per violazione dell'art. 24 cod. cons., bensì perché la violenza fisica impedirà il formarsi del requisito essenziale del consenso, cioè ai sensi del combinato disposto degli artt. 1325, n. 1 e 1418, comma 2, cod. civ., è un'altra ipotesi che da subito la dottrina ha censito nel segno di una *duttilità* dei rimedi.

[7] Da questo punto di vista e, pur se con un diverso apparato argomentativo, troviamo apprezzabile la notazione di chi evidenzia come il fatto che le sorti del contratto «non siano segnate una volta per tutte consente di fornire risposte differenti rispetto a istanze di tutela che non sempre mirano alla realizzazione del medesimo interesse»: così FEBBRAJO, *Il private enforcement del divieto di pratiche commerciali scorrette*, cit., 133.



porsi, è piuttosto il seguente: posto che il rimedio specifico si troverà tanto a coprire l'area delle fattispecie orfane di una tutela dedicata quanto ad operare in via sussidiaria, *quid* nel caso in cui la p.c.s. integri una fattispecie che, dandosene *tutti i presupposti*, cada sotto l'egida di un *altro rimedio*, generale o speciale, a sua volta esperibile? Il problema, che si porrà quindi ogni qualvolta la p.c.s. sia *unus* ed *alter*, se da un lato riproduce un classico esempio di concorso tra norme, non è dall'altro privo di insidie. Nell'ordinamento francese, per es., sul presupposto che i rimedi di diritto comune rimangono sempre esperibili, domina una *libre choix*, in nome del maggior effetto utile per il consumatore: tanto è vero che, nonostante le pratiche aggressive siano rette da un art. L. 132-10 *cod. consomm*. comminante la *nullité* del contratto, nessuno immagina che possa opporsi l'argomento per cui *lex specialis derogat generali*. Epperò, ci chiediamo, *quid iuris* al darsi di un rimedio specifico? Non è che occorra chissà quale esercizio di fantasia giuridica: pensiamo ad una pratica ingannevole che refluisca nel difetto di conformità di cui all'art. 129, comma 3, lett. d), con un consumatore che, se il rimedio *ad hoc* fosse quello di un recesso, voglia bypassare l'art. 135-*bis*, comma 5, giacché luogo questo nel quale la risoluzione conosce il fatto impeditivo di un difetto che sia di lieve entità. Per poco che ci si rifletta su poi, quale senso potrebbe mai avere il recesso da un contratto nullo per difetto di un *essentiale negotii* oppure perché illecito? Resta il fatto, si dirà, che il § 2 dell'art. 11-*bis* statuisce pur sempre che i rimedi approntati "non pregiu[dicheranno] l'applicazione di altri rimedi a disposizione dei consumatori a norma del diritto dell'Unione o del diritto nazionale", norma questa che parrebbe a senso unico nell'escludere l'eurocompatibilità di un rimedio specifico che fosse contrassegnato dallo stigma dell'esclusività. Anche qui però, ed ecco la ragione del condizionale, con un *caveat*. Quando infatti si versi nella fattispecie di un'omissione ingannevole, siccome il recitativo che si legge nell'art. 22, comma 4, lett. a-d) lo ritroviamo *tel quel*, se il contratto sia a distanza o negoziato fuori dei locali commerciali, nell'art. 49 cod. cons., verrà istintivo osservare che il rimedio *adeguato* già si incontra, nell'ottica di una manutenzione del contratto, in quel comma 5 codificante una *contrattualizzazione* dell'informazione precontrattuale, assistita per di più da un divieto di modificabilità unilaterale che andrebbe a coprire il caso in cui il testo contrattuale presenti delle clausole in contrasto con l'informativa trasmessa. Ne deriva che il prezzo più alto, per es., cadrà perché, introdotto senza ottemperare alle condizioni di legge, quel che qui si profila è, in realtà, una modifica *senza effetto*. Ora, due sono le deduzioni che possono, al riguardo, formularsi. La prima è così sunteggiabile: siccome la contrattualizzazione, che torna pure negli artt. 72, comma 4, cod. cons. e 35, comma 1, c. tur., con la variabile dell'art. 125-*bis*, comma 6, TUB, *neutralizza* in presa diretta l'inganno, non dovrebbe darsi qui luogo all'esperibilità di *altri rimedi*. Cioè la contrattualizzazione già fa *da sé*: nel contempo però, ed ecco la seconda deduzione, è un rimedio provvisto di un raggio di operatività non *ultrattivo*, sperimentabile com'è soltanto nei casi ove sia *espressamente disposto*. Anche da questa angolazione torna però la complessità insita nella trasposizione nazionale dell'art. 11-*bis*: che qui dovrebbe andare a coprire, *per sottrazione*, soltanto i gruppi di fattispecie ove questa contrattualizzazione *non* si dia. La fattispecie più vistosa è quella di cui all'art. 48 cod. cons., cioè per gli obblighi informativi nei contratti diversi da quelli a distanza o negoziati fuori dei locali commerciali, uno spicchio questo di casi nei quali l'omissione ingannevole potrebbe sì preludere ad un inadempimento grave: ma con limite di una risoluzione che ricadrebbe nell'alveo dell'art. 1453 cod. civ. e, quindi, con l'onere (disincentivante) di una domanda giudiziale.

**2.** – Altre tre questioni pregiudiziali vanno sbrogliate prima di passare oltre.

1) Il disposto dell'art. 11-*bis* recita, torniamo a guardarlo, di consumatori, pregiudicati da p.c.s. che "de-



vono avere accesso a rimedi proporzionati ed effettivi, compresi il risarcimento del danno subito dal consumatore" e, se ne ricorrono i presupposti, "la riduzione del prezzo o la risoluzione del contratto". Nel considerando 16 si legge poi di una libertà degli Stati nazionali di adottare *altri rimedi*, come "la riparazione o la sostituzione" sì da assicurare "l'eliminazione totale degli effetti di tali pratiche". Ora, al netto della tutela risarcitoria, non v'è chi non veda come l'intera rosa dei quattro rimedi menzionati muova dal sottinteso di una *validità* del contratto stipulato sotto l'effetto di una p.c.s. Ne dobbiamo, quand'è così, allora dedurre che non sarebbe conforme ad una direttiva pur sempre di armonizzazione massima, quel diritto derivato nazionale che, alla maniera del d.d.l. S. 1151 [8], coniasse una nullità, parziale o totale, del contratto? E non solo.

Dallo spoglio della nomenclatura europea emerge distintamente che l'armamentario protettivo consta di rimedi, iscritti nel diritto comune o speciali, che *già ci sono*. Vien fatto allora di chiedersi se il senso dell'art. 11 *bis* non sia quello di innalzare sì la soglia della protezione epperò, senza sparigliare, riconnettendo la *specificità* del rimedio ad un *adattamento* disciplinare di tecniche, caducative o di manutenzione, già in uso. Da questa specola, se dovessimo propendere per un *recesso*, sarebbe autoevidente che l'*unilateralità* costituisca un'arma efficace: l'eco del dibattito francese vede, non a caso, messo in risultato il vantaggio di un consumatore che diviene così l'*arbitro* dell'esistenza di una pratica sleale [9]. Se non fosse che il vero *valore aggiunto* del recesso sta pure (se non piuttosto) nell'*inversione dell'onere della prova*, con un professionista, tenuto per ciò stesso a dimostrare l'*inesistenza* della pratica, che si accolla il rischio (ed il costo) del processo. L'obiezione formulabile, di un *surplus* punitivo associato al fatto che il pregiudizio sarebbe comunque accertato in astratto, potrebbe così condurre a sostenere che l'inversione sia da confinarsi all'area delle pratiche considerate in ogni caso ingannevoli (art. 23 cod. cons.).

2) È evidente che, se *nomina sunt consequentia rerum*, non può ipotizzarsi un qualsiasi *rimaneggiamento* di statuti rimediali esistenti che porterebbe all'esatto contrario, cioè a dei *nuda nomina* [10]. Vero, infatti, è che il confine spesso è labile, ma un *adattamento* stingente in una riscrittura della disciplina, scopertamente mette in forma un *quid novi*. Da questa angolazione, la parabola che potrebbe investire la riduzione del prezzo ha senz'altro un che di archetipico. Tutto, sunteggiando al massimo il discorso, ruota attorno a *come* quantificare una riduzione che se, sulla scia di quanto statuisce l'art. 135 *quater*, comma 1, cod. cons., la si parametra sul minor valore del bene in termini percentuali rispetto al prezzo corrisposto, viene ad essere totalmente sganciata dalla *gravità* della condotta tenuta dal professionista. Naturalmente è corretto notare che una riduzione tarata sul grado di slealtà del professionista preluderebbe ad un'obbligazione restitutoria che *non è più* commisurata al valore della *res* o del servizio [11]: e tuttavia, pure una riduzione che, siccome è identica *quale* che sia la colpevolezza, difetta per riflesso di una qualsiasi valenza sanzionatoria, qualche perplessità la suscita. Per di più la lettera dell'art. 11 *bis* discorre di una libertà degli Stati nazionali di valutare la "gravità" e la "natura" della pratica commerciale sleale, tenendo di conseguenza conto "del danno subito dal consumatore e di altre circostanze pertinenti".

Perché sia dissuasivo, e lo si sa, un rimedio deve mostrarsi *deterrente*: e lo è se inibisce il professionista

[8] Demandante, come si sa, al legislatore il compito di "disciplinare i casi in cui pratiche negoziali ingannevoli, aggressive o comunque scorrette … determinano l'invalidità del contratto" (art. 1, comma 1, lett. g).

[9] V. SAUPHANOR-BROUILLAUD *et al*., *Les contrats de consommation. Règles communes*, in *Traité de droit civil*, a cura di GHESTIN, Paris, 2018[2], 376 s.

[10] Come nota limpidamente CASTRONOVO, *Divagazioni su parola e diritto, in La scienza del diritto civile e la sua dimensione internazionale. Atti del convegno di presentazione degli Scritti in onore di Carlo Castronovo*, Torino, 2021, 146.

[11] Così, per es., GUFFANTI PESENTI, *Pratiche commerciali scorrette e rimedi nuovi. La difficile trasposizione dell'art. 3, co. 1, n. 5, dir. 2019/2161/Ue*, in *Eur. dir. priv*., 2021, 671.



dal tenere una condotta che mette sistematicamente in scacco la disciplina consumeristica. Ora, una riduzione del prezzo, che manda in non cale l'agire estorsivo del professionista, deterrente lo è ben poco: se da un lato infatti risarcisce il consumatore, non trasla dall'altro sull'autore dell'illecito quei *costi* che, se imputati, finirebbero per fargli avvertire la violazione come *sconveniente* perché antieconomica. Dalla riparazione passiamo così ad un risarcimento ultracompensativo: con tutti i contrappunti che parlarne evoca dopo il dispositivo delle sez. un. 16601/2017.

3) Se ci domandassimo, a questo punto, quale dovrebbe essere il punto di caduta tra l'istituzione di un recesso in autotutela ed una revisione della disciplina dell'annullamento nel senso di quella *detipizzazione* dei vizi del consenso che sta portando a sostenere che ogni pratica ingannevole è «dolo» ed ogni pratica aggressiva è «violenza» [12], l'interrogativo non sarebbe così difficile da sciogliere. Dovendo farne una questione di effettività della tutela, vien da sé che la giudizialità costitutiva dell'azione di annullamento, pur ad ammettere un dolo colposo, rappresenta un ostacolo corposo che disincentiva il consumatore dall'agire. Battere la via di un'annullabilità, che da figura cadetta risorgerebbe, non tornerebbe utile al consumatore il cui interesse, quando sia di tipo caducatorio, è per una *stragiudizialità* dello scioglimento. La giudizialità, in quest'ottica, finirò per tornare inevitabile quando il contratto sia stato eseguito.

**3.** – Prima di passare, pur se grandi campiture, alla disamina di come potrebbe strutturarsi, in chiave tanto manutentiva quanto caducatoria, il diritto derivato italiano, riteniamo che potrebbe tornare utile gettare uno sguardo su quell'esperienza francese che spesso è stata riecheggiata, in questo quindicennio, nel dibattito italiano [13]. Anche qui, per altro, un *caveat* suona d'obbligo: allo stato la trasposizione dell'art. 11-*bis* non ha infatti comportato, in quell'ordinamento, una modifica dell'apparato rimediale, segno che le fortune della norma europea si annunciano, nonostante il vincolo di una *full harmonisation*, alterne e soprattutto esposte ad una geometria fin troppo variabile.

Orbene, il modello francese è in realtà *complesso* perché non tutto si risolve nel constatare, pur esattamente, che i rimedi civilistici sono *differenti* a seconda del tipo di pratica sleale, se *trompeus*e o *agressive*. È vero che l'art. L. 132-10 *cod. consomm*. recita di un contratto che, se concluso per effetto di una pratica aggressiva, è nullo "*et de nul effet*": ma lo è pure la circostanza che parimenti nullo è, ai sensi dell'art. L. 132-13, il contratto stipulato a seguito di quell'*abus de faiblesse* che fa storcere il naso ad una dottrina frizzante nell'evidenziare come i presupposti del suo operare finiscano per essere più stringenti di quelli che la disciplina europea reputa sufficienti ai fini della tutela consumeristica [14]. *Orphelines*, come si legge [15], di un rimedio specifico rimangono le *trompeuses*: e di nuovo è incontrovertibile che il distinguo di protezione riproduca una *ratio* legislativa che, nell'ordinamento francese, è espressa nel senso di riguardare le pratiche aggressive come delle figure incorporanti un *maggior disvalore*. Siccome attentano *recta via* alla libertà del consenso, le *agressives* incappano in una *nullité relative*, cioè in un'annullabilità che, seppur retta dal combinato disposto degli artt. 1179, comma 2, e 1181 *code civil,* è alquanto ibrida. Ma anche qui, per evitare di scivolare in fraintendimenti marchiani, a condizione di intendersi.

---

[12] Così GENTILI, *Pratiche sleali e tutele legali: dal modello economico alla disciplina giuridica*, in *Riv. dir. priv.,* 2010, 60 e 63.

[13] V. ZORZI, *Sulla invalidità del contratto a valle di una pratica commerciale scorretta*, in *Contr. impr*., 2011, 952 (marcatamente a favore di una rilettura che porti ad ampliare le maglie dell'annullabilità codicistica).

[14] V. SAUPHANOR-BROUILLAUD *et al*., *Les contrats de consommation. Règles communes*, cit., 317 s., alla quale non si può, in questa sede, che rinviare per uno scrutinio analitico delle problematiche sottese all'istituto.

[15] Così SAUPHANOR-BROUILLAUD *et al.*, *op. ult. cit*., 371.



*Nullité automatique*, l'hanno ribattezzata gli interpreti francesi, nel segno di una rivisitazione del concetto di violenza che l'art. L-121-6 *cod. consomm*. *detipizza* sotto molti aspetti. Nell'ordine: a) l'effetto sulla vittima, anziché *determinante del consenso*, ha da essere quello di un'*alterazione significativa* sulla libertà di scelta del consumatore; b) è un effetto che si apprezza (non *in concreto* bensì) *in astratto* e dunque con riguardo al consumatore medio; c) si prescinde totalmente dalla prova di un male ingiusto (e notevole) così come dal vantaggio eccessivo, richiesto ai sensi dell'art. 1143 *code civil*, per l'*abus de de dépendence*; d) ogni tipo di pressione integra una condotta aggressiva. Nel lessico dell'interprete italiano saremmo dalle parti di una violenza incompleta o sotto-soglia. In realtà, per la dottrina francese, quella dell'art. L-121-6 è, a rigore, una *species* di violenza, da iscriversi per ciò stesso nella classe dei vizi del consenso: ma nel senso che, in luogo di quella del diritto comune, esiste, e munita di un proprio stigma, una *violenza consumeristica*. Lo si percepisce ancora meglio se si va a scandagliare come operi questa *nullité automatique*. Posto infatti che siamo al cospetto di un *autonomo* vizio della volontà, nella versione di una violenza che si aggiunge al caso, già *particulier*, dell'*abus de dépendence*, *autonomo* è anche il regime di azionabilità di questa *nullité*. Tutto ruota intorno al fatto che, dopo aver dato prova di aver subito una pratica aggressiva, il consumatore nient'altro debba fare: e, con un contratto che è da reputarsi subito inefficace, la convenienza del rimedio diventa *massima* se il consumatore non abbia eseguito la prestazione. *Lex specialis*, si fa notare [16], *derogat generalis*: ma è di tutta evidenza che, scissa com'è da un accertamento di carattere costitutivo, non solo il vizio ma pure l'annullabilità cambia pelle, vestendo i panni, in sede consumeristica, di un rimedio *in autotutela*. Torniamo così al *leit m*otiv di queste pagine: è la stragiudizialità che, nell'ottica di un'effettività della tutela, esalta l'efficienza della protezione. *Detipizzare* i vizi del consenso, senza abbinarlo ad una giudizialità di *mero accertamento*, renderà comunque monca la tutela del consumatore. Dopo di che, siccome tutto alla fine si tiene, se ambedue stragiudiziali, quale sarebbe la differenza tra un annullamento ed un recesso?

**4**. – È giunto il tempo di concentrare l'attenzione sul diritto del consumatore alla "risoluzione del contratto": una figura che, allo stato, non vanta una storia di successo [17].

La critica più corrosiva insiste sulla circostanza, intuitiva per la verità, di una inadeguatezza concettuale del rimedio giacché, se le p.c.s. turbano la libertà di scelta del consumatore, circuendola o conculcandola, il loro punto di caduta è una slealtà *in contrahendo:* e la risoluzione, le cui cause tipiche sono *altre* da un inganno o da una costrizione alterante la determinazione negoziale all'acquisto, non rientra nello spettro rimediale dell'art. 1337 cod. civ. Sul piano di un'effettività della tutela, la risoluzione, si aggiunge, dischiuderebbe oltretutto un *deficit* di protezione perché la fattispecie base dell'art. 1453 cod. civ. è tarata sul monopolio della domanda giudiziale.

Ora, va da sé che entrambi gli argomenti colgono nel segno: e tuttavia è pure vero che l'interprete non può arrestarsi ad una constatazione rimarcante soltanto la *pars destruens* del discorso. Il punto di rilevanza ermeneutica, si scrive, è da rintracciare nella versione inglese dell'art. 11-*bis*, recitante di un "*termination of the contract*", una nomenclatura che, con ben più costrutto, andrebbe tradotta secondo la locuzione di un *recesso.* Il che, intendiamoci, è esatto ma avendo al tempo stesso cura di rifuggire da una guerra dei nomi, scopertamente stucchevole nel momento in cui si riconosca, come non si può non fare, che il suddetto recesso è pur sempre una *risoluzione unilaterale stragiudiziale*. Senza intento sterilmente polemici, la perentorietà del

[16] Cfr. SAUPHANOR-BROUILLAUD *et al*, *op. ult. cit*., 372.

[17] V. GUFFANTI PESENTI, *Pratiche commerciali scorrette e rimedi nuovi,* cit., 655 ss.



nostro dire nasce dall'esigenza di non tediare chi leggerà con un apparato di ovvietà: stante il combinato disposto degli artt. 61 e 135-*quater* cod. cons. ha infatti l'effige di una constatazione il notare che la risoluzione consumeristica è sempre *stragiudiziale* e nulla ha a che spartire con l'art. 1453 cod. civ. Dopo di che va semmai osservato che il diritto derivato ritualizza una stragiudizialità improntata ad una *doppia velocità*: perché, se il comma 3 dell'art. 61 distilla un effetto liberatorio che, in quanto preceduto da una rimessione in termini, occhieggia alla diffida ad adempiere dell'art. 1454 cod. civ., il recitativo dell'art. 135 *quater* imbastisce una vicenda improntata ad una istantaneità dell'effetto liberatorio. La *littera legis* è così tersa che parla da sé: il consumatore esercita il diritto alla risoluzione del contratto di vendita tramite "una dichiarazione diretta al venditore contenente la manifestazione di volontà di risolvere il contratto di vendita". Ed allora, posto che stiamo ragionando di un potere del consumatore di porre unilateralmente fine al contratto, cioè di un *recesso in autotutela*, una disamina, che non voglia mostrarsi inutile, dovrebbe piuttosto focalizzare l'attenzione sulla disciplina che gli faccia da corredo. È qui infatti che si annidano le insidie considerando che il panorama normativo trova, negli artt. 52-59 del codice del consumo, soltanto *uno* dei luoghi ove il recesso di pentimento viene disciplinato. Senza tirarla in lungo, non sono quelli che si pongono degli interrogativi di maniera visto che, ed a titolo puramente esemplificativo:

a) diversamente dal recesso di pentimento, da riguardarsi allo stato come un rimedio *tipico*, nel senso di *ancillare*, di talune operazioni economiche, qui verrebbe a coniarsi uno strumento di *protezione generale*, *comune* a *tutti* i contratti *b2c* che siano a valle di una p.c.s.;

b) siccome l'ingannevolezza di una pratica può pure rampollare da una negligenza, dato per pacifico che la vittima di una p.c.s. non deve dimostrare un raggiro fraudolento né un'intenzione del professionista di manipolare la sua libertà di scelta, ci viene spontaneo osservare che i confini tra uno *jus poenitendi* speciale ed un recesso generale si assottigliano moltissimo. Quando infatti la p.c.s. si collochi *in contrahendo*, sempre ci troveremo al cospetto di un recesso in autotutela che, al pari di uno di pentimento, è *incondizionato.* Uno spunto utile può venire, al riguardo, dal rileggere *Travel Vac* [18], arresto nitido nell'evidenziare che il consumatore recede quando si trovi in una delle circostanze o situazioni obbiettive che, oggi diremmo, sono quelle elencate nelle lett. g) ed h) dell'art. 45 cod. cons. Anche questo recesso, svolgiamo il discorso, dovrebbe allora esercitarsi sol che il consumatore dimostri di aver concluso un contratto in occasione di una delle pratiche vietate dagli artt. 21 ss. cod. cons. Ora, se verrà facile dire che il nuovo recesso, nei contratti che sono retti dall'art. 48 cod. cons., verrà perciò a supplire all'*absentia*, nel senso di un ammanco, dello *jus poetinendi*, *quid* per i contratti a distanza e per quelli negoziati fuori dei locali commerciali? È evidente che una *differentia specifica* la si radicherà nel termine entro cui recedere dal contratto: epperò decisivo diventa il *dies a quo*: dalla stipula del contratto o da una ragionevole conoscibilità che il consumatore poteva avere della p.c.s.?;

c) una fisionomia più definita questo recesso verrà ad averla quando la p.c.s. si verrà a manifestare *in executivis*. Siccome qui siamo dalle parti di un recesso per *giusta causa*, vien fatto di chiedersi se, com'è nell'art. 135-*bis*, comma 5, cod. cons., occorrerà che il difetto non sia di lieve entità oppure, come recita l'art. 1455 cod. civ., che sia azionabile quando l'inadempimento non sia di scarsa importanza. L'interrogativo non è retorico posto che, quando una p.c.s. sia considerata in ogni caso ingannevole (art. 23) od aggressiva (art. 26), ci parrebbe che, senza rimetterlo al vaglio di un giudice, il legislatore abbia già positivamente valutato la gravità. Residueranno però due dubbi: nell'architettura dell'art. 135-*bis*, comma 5, l'onere della prova della lieve entità del difetto è, adesso, a carico del venditore e, a seguire, quando il contratto sia di durata, la regola

[18] C. Giust. CE 22 aprile 1999, causa C-423/97.



che si estrae dal disposto dell'art. 1564 cod. civ. è ben più stringente visto che, come sappiamo, l'inadempimento ha qui da essere di "notevole importanza" e tale, nel contempo, da menomare la fiducia nell'esattezza dei successivi adempimenti;

d) quanto agli effetti di questo recesso, vien da sé che, al pari di quello di pentimento, avranno un senso se declinati come *ex tunc*, con annessa operatività delle restituzioni. Il che, contrariamente a quanto si possa pensare, non sbroglia però la matassa. Rinviamo in nota per la *vexata quaestio* sulla circostanza che questo recesso conosca il *fatto impeditivo* di un consumatore che, avendo scoperto la pratica quando abbia già goduto della prestazione, non possa più restituire in natura [19]. In questa sede ci sembra più interessante riflettere sul fatto, rimasto totalmente estraneo al dibattito italiano, che una falsa informazione al consumatore sulla durata del contratto può rilevare, alternativamente, tanto come un obbligo *in contrahendo* contrattualizzatosi, giusta rammentiamo il combinato disposto dell'art. 49, commi 1, lett. q) e 5, cod. cons. che a guisa di inadempimento di un'informazione contrattuale comportante la risoluzione del contratto (art. 48 lett. f). Torna qui il problema, già evidenziato nell'*incipit* del nostro dire, che ha costituito l'oggetto dell'*affaire Nemzeti* [20]: un precedente tutt'altro che marginale considerando che un'informazione erronea sul termine di efficacia del contratto, siccome impedirà di recedere in tempo utile, espone il consumatore ad un obbligo di pagamento fino alla scadenza reale del contratto sebbene costui abbia sottoscritto *medio tempore* un abbonamento con un altro operatore. Ora, se il dire, nell'ipotesi di un contratto a distanza o negoziato fuori dei locali commerciali, che il giudice ha qui il potere di modificare il contratto in base alla *fausse croyance* indotta, è un modo obliquo per riconoscere efficacia al recesso *pur se intempestivo*, in tutte le altre fattispecie *b2c* non è che l'interesse di un consumatore receduto differisca: pur sempre si avrà di mira un effetto liberatorio immune dall'obbligo di pagare la differenza. Anche qui, tuttavia, con una coppia di *caveat*: *primo*, in entrambi i casi c'è da ritenere che il recesso dovrebbe rilevare da rimedio *satisfattivo*, senza quindi l'appendice di un risarcimento onde evitare l'inciampo di una tutela sovracompensativa; *secondo*, nel caso in cui il contratto sia ad esecuzione continuata o periodica, gli effetti della risoluzione non si estenderanno, come già recita l'art. 1458 cod. civ., alle prestazioni già eseguite.

**5.** – Fortemente criticata è pure l'idea che talune delle p.c.s. possano venire attratte nell'orbita dell'obbligazione di conformità di cui agli artt. 128 ss. cod. cons. Il che, pur se lo si è puntualmente sostenuto [21], ci fa sorgere nuovamente più di una perplessità. Già, verrebbe da osservarsi, una (non esigua) sponda la offre quel considerando 16 della direttiva 2161 nel quale si legge che gli Stati membri hanno la facoltà "di mantenere o introdurre il diritto ad altri rimedi, come la riparazione o la sostituzione". Al netto poi di questo dato,

[19] Questione classica, la si può declinare nel senso di un'irrecedibilità, visto adesso il dispositivo che si legge nell'art. 16, § 3, lett. a) di una direttiva 771/2019 Ue che l'art. 135-*quater,* comma 4, lett. a) riproduce alla lettera. L'opposta tesi è sostenuta da chi, valorizzando l'intuizione autorevole di CASTRONOVO, *La risoluzione del contratto dalla prospettiva del diritto italiano*, in *Eur. dir. priv*., 1999, 822 opta per l'idea, dedotta da quell'annullabilità che non conosce il disposto dell'art. 1492, comma 3, cod. civ., di una restituzione del valore o nei limiti dell'effettivo arricchimento maturato. È intuitivo che quest'ultima interpretazione sia l'unica che garantisce un livello di tutela elevato al consumatore: che, se non potesse recedere quando non possa più aversi una *restitutio in integrum* oppure se fosse tenuto a corrispondere l'equivalente pecuniario del bene, sarebbe disincentivato da un recesso, efficiente sì … ma per il professionista sleale. Rimane, e non possiamo ometterlo, il contrappunto che un'obbligazione restitutoria commisurata all'arricchimento, così come recita l'art. 2037, comma 3, cod. civ., prelude ad una *overdeterrence* nei riguardi del professionista: tanto più che un rimedio alternativo potrebbe darsi nella variabile di quella riduzione del prezzo di cui l'art. 11- *bis* pur sempre discorre. Così ragionando, il recesso diventerebbe un rimedio di pertinenza esclusiva dei casi in cui il bene non sia stato consumato od il servizio non sia stato fruito.

[20] C. Giust. UE 16 aprile 2015, causa C-388/13.

[21] V. GUFFANTI PESENTI, *Pratiche commerciali scorrette e rimedi nuovi,* cit., 649-654.



ci sembra che il parallelismo tra l'art. 11-*bis* e la direttiva 771/2019 non vada preso alla lettera: la nozione di *bene mobile materiale* e quella di *prodotto* hanno latitudini assai diverse e, per quanto la vendita dell'art. 128, comma 1, cod. cons. sia transtipica, ha un raggio minore di una "decisione di natura commerciale" che l'art. 18, comma 1, lett. m) svolge con un'ampia ramificazione. Fatta questa premessa, ci sembra però che avrebbe del concettualistico escludere che l'obbligazione di conformità della vendita *b2c* non possa tornare utile quale *toolbox* dalla quale estrarre dei rimedi devitalizzanti il pregiudizio consustanziale ad una p.c.s. Ci sono ben *due* dati edittali che militano in tal senso: la lett. g) dell'art. 21, quanto ad un'azione ingannevole avente ad oggetto i diritti del consumatore, "incluso il diritto di sostituzione o di rimborso ai sensi dell'art. [135-*bis*] e, prima ancora, l'art. 129, comma 3, lett. d) ove, in profonda sintonia con il recitativo dell'art. 21, lett. b), leggiamo che il difetto di conformità può consistere nel fatto che il bene non possiede "le qualità e altre caratteristiche, …, ordinariamente presenti in un bene del medesimo tipo e che il consumatore può ragionevolmente aspettarsi, tenuto conto della natura del bene e delle dichiarazioni pubbliche fatte dal o per conto del venditore, o da altre persone nell'ambito dei precedenti passaggi della catena di transazioni commerciali, compreso il produttore, in particolare nella pubblicità o nell'etichetta". Insomma, si intravede nitidamente che l'assetto vigente, oltre a non essere una *tabula rasa*, annovera delle fattispecie nelle quali il consumatore già può servirsi della gerarchia, sempre più elasticizzata, dei rimedi di cui all'art. 135-*bis* cod. cons. Molto prezioso, per chi lo volesse svolgere, si mostra poi il parallelismo con quell'esperienza francese nella quale, siccome una galassia delle p.c.s. si svolgono in sede di esecuzione del contratto, è incontestato che allora venga in causa quell'art. 1217 *cod. civ.* enumerante *tutti* i diversi rimedi che il creditore può azionare in caso di inadempimento. Tipico *texte d'annonce* l'art. 1217 enumera l'eccezione di inadempimento, l'esecuzione forzata in natura, la riduzione del prezzo per poi passare alla risoluzione del contratto ed al risarcimento del danno. È una griglia, si fa notare, di pertinenza pure del consumatore: onerato, però, di fornire la prova dell'esserci stata una pratica ingannevole che si è tradotta in un inadempimento. Torna così l'immagine, tornando nel nostro ordinamento, di un art. 19, comma 2, lett. a) che, nella parte in cui fa salva l'applicazione delle norme sulla "formazione, validità od efficacia del contratto" è forse più incisivo di quanto, per più di tre lustri, si è comunemente ritenuto [22].

Una piccola chiosa.

È vero che, in molte delle ipotesi che chiamano in causa gli artt. 128 ss. cod. cons., spesso il difetto di conformità sarà da imputarsi più al produttore che al venditore, con il corollario di un'irragionevolezza dell'apparato rimediale che facesse ricadere il costo della tutela su di un professionista che non sia stato partecipe della scorrettezza. Non ci sembra però che la questione, nel caso in cui il consumatore domandasse la riduzione del prezzo o la risoluzione del contratto, potrebbe decampare da quell'azione di regresso che l'art. 134 cod. cons. contempla, non a caso, nei riguardi della persona o delle persone *responsabili* "nell'ambito dei passaggi precedenti della medesima catena contrattuale distributiva".

**6.** – Residuerebbe la questione che assimila il divieto di p.c.s. ad un *principio di ordine pubblico*: donde un'illiceità, totale o parziale, del contratto a valle. Siccome esula dall'oggetto del nostro dire, ci limitiamo qui ad un cenno di passata, evidenziando però come questa nullità andrebbe ad impingere nel disposto dell'art. 1418, comma 2, cod. civ., nella versione di una causa o di un oggetto illeciti. Coniata principalmente

[22] E qui è d'obbligo il rinvio a DE CRISTOFARO, *Pratiche commerciali scorrette*, in *Enc. dir., Annali*, V, 2012, 1079 ss.



dalla dottrina francese [23], è una lettura che intriga nella misura in cui devia dal *cliché* di una p.c.s. quale epifania di una nullità virtuale di protezione che ridonderebbe nel disposto dell'art. 1418, comma 1, cod. civ. La suggestione rampolla dunque dal fatto che, per contrastare un siffatto assunto, non basterebbe trincerarsi dietro l'argomento che la violazione di una regola di buona fede, salvo non sia *testualmente disposto*, dà ingresso soltanto al risarcimento dei danni. Per osteggiarla non varrebbe, in altre parole, osservare che, quando venga in gioco una regola di buona fede, o la nullità si iscrive nel disposto dell'art. 1418, comma 3, cod. civ. oppure *non sta*. Un rilievo siffatto, gemello dell'adagio (o dello spettro?) francese *pas de nullité sans texte*, qui verrebbe a mostrarsi spuntato per la ragione che, a risultare vietato, sarebbe *direttamente* il contratto. Dopo di che, una riflessione che non sia estemporanea dovrebbe per altro pure rilevare come il precedente di *Martin Martin* [24], anziché semplificare, ingarbuglia ancor di più il dire dell'interprete, se è vero che il recitativo della Corte di giustizia ha ivi del pilatesco specialmente laddove statuisce che la nullità può andare in archivio se si dia una tecnica protettiva che "può qualificarsi 'appropriata', …. in quanto sanziona[nte] l'inosservanza di un obbligo il cui rispetto … è essenziale ai fini della formazione della volontà del consumatore e della realizzazione del livello di tutela voluto dal legislatore comunitario.". Vien fatto allora di osservare che la questione più spinosa sta e monte, claudicante, se non fallace, mostrandosi proprio l'idea che il divieto di p.c.s. sia suscettibile di assorbimento in un ordine pubblico, da ricostruirsi va da sé come *di protezione*, che ha tutta l'aria di essere una sovrastruttura aggirante una giurisprudenza della Corte di giustizia testuale nel sentenziare che l'accertamento del carattere sleale di una pratica "non ha [una] diretta incidenza sulla validità del contratto". Così ha disposto la notissima *Pereničová-Perenič*: [25] ma *Bankia SA* [26], detto incidentalmente, non è stata da meno. Con il che, però, il *de profundis* per una nullità, financo di protezione [27], è servito.

**7.** – A mo' di congedo.

Volendo fare un bilancio di quanto fin qui esposto, ci verrebbe spontaneo dire che, intorno alla trasposizione dell'art. 11-*bis*, si affollano una pluralità di interrogativi, un buon spicchio dei quali sono falsi se non superflui. Specularmente ce ne sono alcuni che, nel dibattito italiano, non hanno riscosso una particolare attenzione. Senza una qualche pretesa di completezza, il pensiero va, nell'ordine:

a) alla distribuzione dell'onere della prova stante la notazione (lapalissiana) che nessun rimedio soddisfa il principio di effettività se, processualmente, l'esercizio dei diritti conferiti risulta impossibile o eccessivamente difficile. Ora, in applicazione dell'art. 2697 cod. civ., l'onere di provare la slealtà della pratica dovrebbe spettare a chi la denunzia, con il risultato che sarebbe di pertinenza del consumatore dimostrare il fatto costitutivo. Ci sono, tuttavia, due argomenti che potrebbero giocare in favore, come leggiamo, di un

[23] V., in special modo, AUBERT DE VINCELLES, *Le Code de la consommation à l'épreuve de nouvelles notions. L'exemple des pratiques commerciales déloyales*, in AUBERT DE VINCELLES, SAUPHANOR-BROUILLAUD, *Les 20 ans du Code dela consommation*, Lextenso, 2013, 18 ss. e CHANTEPIE, *La détermination de sanctions effectives, proportionnées et dissuasives des pratiques commerciales déloyales*, in TERRYN, VOINOT, *Droit européen des pratiques commerciales déloyales*, Larcier, 2012, 86 ss.

[24] C. Giust. UE 17 dicembre 2009, causa C-227/08, § 34 della motivazione.

[25] C. Giust. UE 15 marzo 2012, causa C-453/10.

[26] C. Giust. UE 19 settembre 2018, causa C-109/17, ove si legge che un contratto "non può essere dichiarato invalido" per la sola ragione che presenta "clausole contrarie al divieto generale di pratiche commerciali sleali".

[27] Suggerita, nel dibattito italiano, da DI NELLA, *Il sistema delle tutele e dei rimedi nella disciplina delle pratiche commerciali scorrette*, in *Studi in onore di Giorgio Cian*, I, Padova, 2010, 870 ss., spec. 877.



«*aménagement … de la preuve*» [28]: il primo, di stampo edittale, è deducibile dal disposto dell'art. 12 della direttiva 2005/29/CE nella parte in cui statuisce che sia il professionista a fornire le prove "sull'esattezza delle allegazioni fattuali connesse alla pratica commerciale", con l'effetto, se tale prova venga omessa o sia reputata insufficiente, di reputare inesatte "le allegazioni fattuali". *Ad abundantiam* notiamo che, secondo il disposto dell'art. 27, comma 5, cod. cons., grava sempre sul professionista l'onere di provare che "egli non poteva ragionevolmente prevedere l'impatto della pratica commerciale sui consumatori". Il secondo è invece ricavabile dal precedente di *CA Consumer Finance* [29], un caso nel quale la Corte di giustizia si è pronunciata nel senso dell'*euroincompatibilità* di una normativa nazionale che avesse fatto ricadere sul consumatore la prova della mancata esecuzione degli obblighi informativi. Vero è che la sentenza aveva per oggetto gli artt. 5 ed 8 della direttiva 2008/48: il recitativo della Corte, tutto incentrato nell'ottimizzare il principio di effettività, è però formulato in termini così generali che non sarebbe bizzarro pensare all'enunciazione di una regola probatoria la cui ramificazione vada a coprire tutti gli obblighi di informativa precontrattuale, con l'effetto dunque di includere nel suo perimetro pure le pratiche ingannevoli omissive;

b) seppur dubitativamente, si è affacciata, in dottrina, l'idea che, tra i rimedi manutentivi sia da annoverare la rettifica di cui all'art. 1432 cod. civ. Il che, però, ci instilla più di una perplessità: e non per la ragione, largamente sperimentata, che l'art. 1432 sia una disposizione, rinserrata nell'area dell'errore, di cui è fortemente osteggiata l'estensione alla violenza morale ed al dolo. L'obiezione che ci sembra qui più pertinente fare inerisce al rilievo che, ammettendo l'operare di una rettifica, verrebbe a farsi questione di un rimedio riconosciuto (non già al consumatore bensì) *al professionista*: e, rispetto ad un recesso che, al pari dell'annullamento, verrebbe precluso, non si vede per quale motivo dovrebbe premiarsi l'interesse del professionista alla conservazione del vincolo rispetto a quello, financo sopravvenuto, del consumatore alla caducazione del contratto;

c) se lo spartito rimediale è *plurimo*, vien fatto di pensare che, in luogo di un principio di specialità, la regola di conflitto sia plasmata sul canone della *norma più favorevole* per il consumatore, già eletta dall'art. 1469 *bis* cod. civ. a criterio di selezione quando si dia un concorso tra una norma codicistica ed una disposizione consumeristica non inclusa nel codice del consumo. Anche qui, però, i dubbi sono destinati a sopravanzare i casi nei quali sia pacifica l'individuazione della norma applicabile. Nell'ipotesi di omissioni ingannevoli, quando si faccia questione di un finanziamento *b2c*, è l'art. 125-*bis*, comma 6, TUB il disposto governante, in termini di *esclusività*, la fattispecie? Se il rimedio azionabile è idoneo a neutralizzare l'informazione decettiva, l'effetto manutentivo deve preferirsi a quello caducativo? *Quid* per il caso in cui si versi nell'ipotesi di cui all'art. 22, comma 4, lett. e), una fattispecie questa che parrebbe refluire, in modo assorbente, nella nullità dell'art. 30, comma 7, TUF ovvero dell'art. 30-*bis*, comma 3? Nel cenno fatto all'esperienza francese, è emerso che, quando le p.c.s. siano *trompeuses*, l'annullabilità è inappagante giacché soltanto l'errore sarebbe in grado di bypassare la prova di un *intention de tromper* del professionista. Spunta da questa lacuna, assiologica per altro, il costrutto di una pratica ingannevole che priverebbe il contratto di quel requisito della liceità imposto dal combinato disposto degli artt. 1102, comma 2, e 1128 *Code civil*;

d) pur a confezionarlo, il recesso resterà un rimedio spuntato nelle fattispecie di cui all'art. 23, lett. h) ed u), due casi che hanno del paradigmatico nell'evidenziare come la p.c.s. sia talora addebitale, in luogo del venditore, al produttore, cioè ad un soggetto terzo rispetto al contratto che sia stato stipulato.

---

[28] Così SAUPHANOR-BROUILLAUD *et al*., *Les contrats de consommation. Règles communes*, cit., 356.

[29] C. Giust. UE, 18 dicembre 2014, causa C-449/13.



L'elencazione potrebbe proseguire, con l'effetto però di rendere il taglio problematico troppo preponderante. Ecco per quale ragione prenderemo commiato cercando di isolare dei punti fermi.

Tra le due interpretazioni possibili dell'art. 11-*bis*, e cioè se il trittico rimediale ivi enumerato sia tassativo oppure se, purché *effettivi*, gli Stati nazionali possano prevederne *altri*, è evidente che, stante pure la sponda del 16 considerando, noi propendiamo per la seconda: senza dimenticare che, pure a muoversi nella prima prospettiva, è inconfutabile che alligna nella competenza nazionale fissare le condizioni e le modalità operative delle singole tecniche di tutela. Quanto invece al dire che l'art. 11-*bis* si snodi secondo una trama che farebbe primeggiare la tutela risarcitoria, subordinando così i rimedi manutentivi e quelli di caducazione al riscontro di un *interesse specifico* del consumatore, qualche perplessità la nutriamo. Se infatti l'interpretazione prelude al sostenere che il risarcimento potrebbe giocare tanto da *rimedio esclusivo* quanto *cumulativo* [30], l'obiezione che ci viene spontaneo formulare è quella che, in un intero spicchio di fattispecie, o un danno risarcibile difetterà o risulterà liquidabile secondo i presupposti di legge (artt. 1338, 1453 cod. civ. *et similia*).

Non resta che attendere il legislatore.

[30] V., in tal senso, DALIA, *Sanzioni e rimedi individuali "effettivi" per il consumatore in caso di pratiche commerciali scorrette: le novità introdotte dalla direttiva 2161/2019/Ue*, in *Riv. dir. ind*., 2020, 331 ss.



*MARISARIA MAUGERI*

*Professore ordinario di Diritto civile – Università degli Studi di Catania*

# INVALIDITÀ DEL CONTRATTO STIPULATO A SEGUITO DI PRATICA COMMERCIALE SLEALE? *

L'attuale disciplina nazionale sulle pratiche commerciali scorrette non individua in capo ai consumatori specifici rimedi ''privatistici''. Nulla, in altre parole, la stessa dispone in merito alla validità o meno dei contratti stipulati fra un professionista che abbia posto in essere una pratica commerciale scorretta e i singoli consumatori, così come nulla dispone in relazione al risarcimento dell'eventuale danno che questi ultimi abbiano subito proprio in ragione di una pratica siffatta. Nulla, ancora, viene previsto in merito a eventuali altri tipi di rimedi ''contrattuali''. L'art. 19 cod. cons., nel definire l'ambito di applicazione del titolo III del codice del consumo, dispone, però, che lo stesso non pregiudica: ''l'applicazione delle disposizioni normative in materia contrattuale, in particolare delle norme sulla formazione, validità od efficacia del contratto". In ragione di ciò, in dottrina si è molto discusso sul rapporto fra la disciplina sulle pratiche commerciali scorrette e quella generale in materia di contratti. In particolare ci si è interrogati sulla possibilità o meno di considerare invalidi i contratti laddove si registri una violazione della disciplina contenuta negli artt. 18 ss. cod. cons. Una parte della dottrina, infatti, ha ritenuto che si potesse giungere alla nullità di tali contratti mentre altra parte si è pronunciata a favore dell'annullabilità [1]. A me è sembrato di poter sostenere che (fermo restando che, disarticolando le diverse fattispecie, ci si possa agilmente accorgere di come le soluzioni possano variare sotto il profilo rimediale e, pertanto, con riferimento ad alcune pratiche scorrette, si possa avere nullità, diritto di recesso, risarcimento o altro tipo di rimedio) in molti casi i consumatori, vittime di alcune delle pratiche scorrette, possano agire per ottenere l'annullamento del contratto, e ciò perché avevo ritenuto (e ritengo) che la disciplina sulle pratiche commerciali scorrette avesse inciso (e incida) sull'allargamento dell'area entro la quale possano essere ritenuti sussistenti i vizi del consenso. In altre parole, avevo ritenuto che la disciplina avesse un effetto innovativo idoneo a incidere soprattutto sulla delimitazione dell'ambito di applicazione della disciplina sul dolo [2]. Non riprenderò, in queste sede, le argomentazioni che mi hanno condotto a siffatta

---

* Relazione tenuta in occasione del convegno sul tema *Pratiche commerciali scorrette e rimedi 'individuali' esperibili dai consumatori. Il recepimento dell'art. 11*-bis *della direttiva 2005/29/CE nel diritto italiano* svoltosi presso il Dipartimento di Giurisprudenza dell'Università degli Studi di Ferrara il 28 aprile 2022 e organizzato dal Dottorato di ricerca in Diritto dell'Unione europea e ordinamenti nazionali dell'Università di Ferrara.

[1] Una sintesi completa delle diverse posizioni si trova in C. GRANELLI, voce *Pratiche commerciali scorrette: le tutele*, in *Enc. dir.*, *I tematici*, 1-2021, *Contratto* diretto da G. D'AMICO, Giuffrè, 2021, 838 ss.

[2] M. MAUGERI, *Pratiche commerciali scorrette e annullabilità: la posizione dell'Arbitro per le controversie finanziarie*, in *Nuova giur. civ. comm.*, 2017, II, 1516 ss.; EAD., *Violazione della disciplina sulle pratiche commerciali scorrette e rimedi contrattuali*, in *Nuova giur. civ. comm.*, 2009, II, 477 ss. e, in versione parzialmente rivista, in *Studi in onore di Giorgio Cian*, Tomo II, Cedam, 2010, 1671 ss.



soluzione. Mi permetto solo di ricordare che anche l'art. 8 della l. 6 maggio 2004, n. 129 (disciplina sull'affiliazione commerciale) prevede l'annullabilità nell'ipotesi in cui una parte fornisca false informazioni all'altra parte richiamando proprio l'art. 1439 cod. civ.

La questione è stata anche affrontata dall'Arbitro per le controversie finanziarie che in una decisione del 5 giugno 2017, n. 5, in un caso che si inseriva all'interno di una più ampia vicenda di grande impatto economico e mediatico, e cioè quella delle banche venete poste in liquidazione, l'ACF, infatti, si è pronunciato a favore dell'annullabilità [3]. Si registrano anche in giurisprudenza posizioni favorevoli all'annullabilità [4].

Ciò non di meno, credo sia doveroso ricordare che gran parte della dottrina e della giurisprudenza abbiano nutrito perplessità rispetto al rimedio caducatorio, propendendo più per il risarcimento del danno [5].

Una certa influenza su questa propensione potrebbe aver avuto l'adesione alla tesi, ritenuta tradizionale, accolta anche dalle Sezioni Unite della Cassazione nelle famose sentenze gemelle nn. 26724 e 26725 del 2007, cc.dd. sentenze Rordorf, che distingue le regole di validità (legate alla violazione di norme relative al contenuto del contratto) dalle regole di responsabilità (legate alla violazione di regole di correttezza) [6]. Dico "ritenuta tradizionale" e non "tradizionale" perché a me sembra che il compito tradizionalmente affidato all'art. 1337 cod. civ. fosse molto diverso da quello che viene allo stesso affidato dalla tesi accolta anche dalle sezioni unite.

Ma, al di là di ciò, conviene in questa sede ricordare che la Corte di Giustizia, nella causa C42/15 del 9 novembre 2016, che ha visto contrapposti la Home Credit Slovakia a.s. e la signora Bíróovà, ha espressamente superato siffatta ripartizione con riferimento alla violazione di obblighi previsti dalla disciplina sul credito al consumo, prevedendo la possibilità, in caso di alcune omissioni di informazioni, di giungere alla caducazione di interessi e spese, con ciò legittimando la scelta del legislatore italiano che ha previsto rimedi caducatori e sostitutivi in caso di violazione degli obblighi di informazioni in materia di credito al consumo [7].

Si ricorda qui che la disciplina in tema di credito al consumo è una disciplina di grande rilevanza nel settore bancario.

La presenza in più luoghi del sistema, anche di grandissima rilevanza economica, di rimedi caducatori in caso di violazione degli obblighi di informazione può indurre a revocare in dubbio la tenuta complessiva della rigidità della distinzione fra regole di validità e regole di comportamento. Se non altro perché evidenzia che il legislatore ritiene, in molti contesti, insufficiente il rimedio risarcitorio (cosa, per il vero, evidenziata anche dalle sezioni unite ma solitamente negletta dai commentatori delle sentenze gemelle).

Ma la decisione Home Credit Slovakia assume particolare rilievo nel discorso che proverò a fare qui anche per altre ragioni.

In quella sede, infatti, interpretando l'art. 23 della Direttiva 2008/48 CE, secondo il quale "le sanzioni previste devono essere efficaci, proporzionate e dissuasive", la Corte non solo ha ritenuto, come ho già detto, che tale articolo non osti a che uno Stato membro preveda, nella sua normativa nazionale, che, qualora un contratto di credito non menzioni tutti gli elementi richiesti dall'articolo 10, paragrafo 2, della direttiva in pa-

---

[3] Cfr. Arbitro per le controversie finanziarie, Decisione n. 5 del 5 giugno 2017, in *Nuova giur. civ. comm.*, 2017, II, 1521 ss.

[4] Cfr., ad esempio, con riferimento a un messaggio di pubblicità ingannevole, Trib. Bologna 28 settembre 2009, in *Rass. dir. farmaceutico*, 2010, 12 ss.

[5] Sul punto cfr., da ultimo, la ricostruzione dottrinale e giurisprudenziale di C. GRANELLI, *op. cit.* e di L. GUFFANTI PESENTI, *Scorrettezza delle pratiche commerciali e rapporto di consumo*, Jovene, 2020.

[6] In *Foro it.*, 2008, 3, I, 784 e in *Banca, borsa, tit. cred.*, 2009, 2, II, 13.

[7] Per un commento alla decisione della Corte di Giustizia C42/15 del 9 novembre 2016 sia consentito rinviare a M. MAUGERI, *Omissione di informazioni e rimedi nel credito al consumo. La decisione della CGE 42/15 e la proporzionalità dell'apparato rimediale italiano*, in *Banca, borsa, tit. cred.*, 2018, 134 ss.



rola, tale contratto sia considerato esente da interessi e spese (e, dunque, le previsioni relative a queste clausole siano nulle), sempreché si tratti di un elemento la cui assenza possa rimettere in discussione la possibilità per il consumatore di valutare la portata del proprio impegno, ma soprattutto – per quel che qui rileva – ha distinto, facendo un elenco, omissioni di informazioni che avrebbero tollerato la sanzione (molto gravosa) della esenzione da interessi e spese e omissioni di informazioni che non avrebbero consentito siffatta sanzione. In particolare, ha ritenuto, che la violazione, da parte del creditore, di obblighi di importanza essenziale nel contesto della direttiva 2008/48 potesse essere sanzionata, conformemente alla normativa nazionale, con la decadenza dal diritto agli interessi e alle spese.

La Corte ha ritenuto che: "Riveste una tale importanza essenziale l'obbligo di menzionare nel contratto di credito, in particolare, elementi quali il tasso annuo effettivo globale …, il numero e la periodicità dei pagamenti …, l'esistenza di spese notarili, le garanzie e le assicurazioni richieste. Nei limiti in cui la mancata menzione, nel contratto di credito, di tali elementi p[ossa] rimettere in discussione la possibilità per il consumatore di valutare la portata del suo impegno, la sanzione della decadenza del creditore dal suo diritto agli interessi e alle spese, prevista dalla normativa nazionale, deve essere considerata proporzionata ai sensi dell'articolo 23 della direttiva 2008/48 e della giurisprudenza ricordata al punto 63 della … sentenza… Tuttavia, non può essere considerata proporzionata l'applicazione, conformemente a tale normativa nazionale, di una siffatta sanzione, che produce gravi conseguenze nei confronti del creditore, in caso di mancata menzione di elementi, tra cui quelli previsti dall'articolo 10, paragrafo 2, della direttiva 2008/48 che, per loro natura, non possono incidere sulla capacità del consumatore di valutare la portata del proprio impegno, quali, segnatamente, il nome e l'indirizzo dell'autorità di sorveglianza competente di cui all'articolo 10, paragrafo 2, lettera v), della direttiva in parola".

È vero che la Corte fa riferimento alle sanzioni (potremmo dire a un profilo tradizionalmente estraneo, ancorché non in termini assoluti, al tradizionale apparato dei rimedi civilistici e che nella direttiva di cui si discute in questa sede è più riconducibile alla modifica dell'art. 13, che fa riferimento a sanzioni effettive, proporzionate e dissuasive, che all'introduzione dell'art. 11-*bis*, che fa riferimento solo a rimedi proporzionati ed effettivi) ma quel che per noi assume rilievo in questa sede è prendere atto che la graduazione delle "reazioni" alla violazione della disciplina potrebbe anche esser definito *ex ante*, individuando tipi di violazione cui far seguire, per ipotesi, i rimedi caducatori [8]. Anticipo qui una proposta, alternativa a quella di lasciare al giudice la valutazione del rimedio da preferire, su cui tornerò: si potrebbe, ad esempio, pensare a un rimedio caducatorio, vedremo quale, legato alla violazione degli artt. 23 e 26 cod. cons. (cioè alla violazione degli articoli che individuano le pratiche commerciali considerate in ogni caso ingannevoli e le pratiche commerciali considerate in ogni caso aggressive), con possibilità – come dirò – di diversificare il rimedio caducatorio in caso di violazione dell'art. 26.

Prima di avviare il discorso sul possibile modo di recepire l'art. 11-*bis* nel nostro ordinamento, conviene ricordare che il d.d.l. 1151/2019 (delega al governo per la revisione del codice civile) dava mandato di disciplinare "i casi in cui pratiche negoziali ingannevoli, aggressive o comunque scorrette, o circostanze quali la distanza tra le parti, la sorpresa, la situazione di dipendenza di una parte rispetto all'altra determinano l'invalidità del contratto concluso". Il legislatore, come si legge nella relazione tecnica, intendeva in tal modo superare la dicotomia fra norme di comportamento e norme di validità. Superamento che, a mio avviso,

[8] Si veda, ad esempio, la scelta del legislatore belga descritta da G. De Cristofaro, *Rimedi privatistici "individuali" dei consumatori e pratiche commerciali scorrette: l'art. 11-bis dir. 2005/29/UE e la perdurante (e aggravata) frammentazione dei diritti nazionali dei Paesi UE*, in questo numero della *Rivista*.



non necessita di intervento legislativo. Ciò non significa, però, che – data l'attuale posizione interpretativa prevalente in giurisprudenza e in dottrina – io valuti negativamente la proposta.

Ma passiamo adesso alla parte centrale del discorso affrontato in questa sede che è legato all'introduzione, ad opera della Direttiva (UE) 2019/2161 del Parlamento europeo e del Consiglio del 27 novembre 2019, dell'art. 11-*bis* nella Direttiva 2005/29/CE.

Tale articolo prevede quanto segue:

1. I consumatori lesi da pratiche commerciali sleali devono avere accesso a rimedi proporzionati ed effettivi, compresi il risarcimento del danno subito dal consumatore e, se pertinente, la riduzione del prezzo o la risoluzione del contratto. Gli Stati membri possono stabilire le condizioni per l'applicazione e gli effetti di tali rimedi. Gli Stati membri possono tener conto, se del caso, della gravità e della natura della pratica commerciale sleale, del danno subito dal consumatore e di altre circostanze pertinenti.

2. *Detti rimedi non pregiudicano l'applicazione di altri rimedi a disposizione dei consumatori a norma del diritto dell'Unione o del diritto nazionale.*

Il rimedio caducatorio cui si fa riferimento è quello della Risoluzione anche se, dato che l'articolo citato dispone che il legislatore possa definire gli effetti di tale rimedio (ritengo sia fra le parti sia nei confronti dei terzi), sia certamente consentito al legislatore costruire un rimedio caducatorio funzionale all'interesse protetto, senza preoccuparsi troppo del termine utilizzato nell'art. 11-*bis*.

D'altra parte, come è già stato detto, la risoluzione nel nostro ordinamento è tipicamente legata all'inattuazione o alterazione del sinallagma e non certo alla formazione della volontà delle parti [9]. Ciò significa che il rimedio risolutorio è costruito su fattispecie diverse da quelle considerate e, in alcuni suoi tratti, potrebbe rivelarsi distonico.

È stato segnalato che per rendere effettivo il rimedio occorra sottrarlo alla dinamica processuale [10]. Su ciò si può, ancorché solo in parte, convenire, sottolineando che la proposta di utilizzare il risarcimento, avanzata da gran parte della dottrina, non risponde affatto a siffatta esigenza.

È stato proposto di adottare un rimedio caducatorio "di tipo unilaterale", quale può esser il recesso [11]. Questa soluzione, a mio avviso, mal si concilierebbe con l'esigenza di graduare i rimedi secondo una logica di proporzionalità ed effettività, logica imposta dal legislatore europeo. Almeno se si ritiene che tale rimedio possa esser concesso in via generalizzata.

Diverso potrebbe essere se si legasse siffatto tipo di rimedio alla violazione di alcune regole, ritenute già ora dal legislatore più gravi di altre [12]. Come ho già detto, si potrebbe consentire il recesso, con effetto *ex tunc*, in caso di violazione dell'art. 23 e in caso di violazione dell'art. 26 con riferimento alle fattispecie che precedono la conclusione del contratto (e mi sembra corretto il richiamo al 2037 cod. civ. con riferimento alle restituzioni [13]). Mentre si potrebbe pensare ad effetti *ex nunc* con riferimento alle fattispecie contemplate nell'art. 26 legate alla fase successiva alla conclusione del contratto. Il termine per far valere il rimedio potrebbe essere di un anno [14].

---

[9] Cfr. L. GUFFANTI PESENTI, *Pratiche commerciali scorrette e rimedi nuovi. La difficile trasposizione dell'art. 3, co. 1, n. 5), dir. 2019/2161/UE*, in *Europa e diritto privato*, 2021, 657 ss.

[10] L. GUFFANTI PESENTI, *op. cit.*, 660 ss.

[11] L. GUFFANTI PESENTI, *op. loc. ult. cit.*

[12] Per i limiti che presenta comunque, in specifiche situazioni, il rimedio del recesso, cfr. S. PAGLIANTINI, *I rimedi non risarcitori: esatto adempimento, riduzione del prezzo e risoluzione del contratto*, in questo numero della *Rivista*.

[13] L. GUFFANTI PESENTI, *op. cit.*, 670.

[14] Sembra insufficiente il termine di 90 giorni previsto dalla legislazione del Regno Unito (descritta da G. DE CRISTOFARO, *op.*



Si potrebbe, invece, lasciare, in via residuale, al giudice la possibilità di caducare o meno il contratto a seconda della gravità della pratica in tutti gli altri casi.

Probabilmente, però, il legislatore italiano non seguirà questa strada e attribuirà in generale al giudice il compito di individuare il rimedio risarcitorio, caducatorio o di altro tipo. Il che potrebbe anche esser corretto sotto il profilo del rispetto della proporzionalità ed effettività ma, a mio avviso, non potrebbe che introdurre l'ennesimo alto rischio di non prevedibilità dell'esito del giudizio, che è stato stigmatizzato anche dal Presidente della Repubblica ultimamente in più sedi.

Per cercare di arginare ciò, in attesa di eventuali interventi della Corte di Giustizia, dovrebbe esser la dottrina a individuare le pratiche gravi cui far seguire la caducazione del contratto. Il modello di scambio di massa consente, infatti, senz'altro la possibilità di ragionare avvalendosi di schemi tipici, che prescindano dallo specifico scambio.

*loc. cit*.) a meno che non si ritenga che gli stessi decorrano dal momento in cui la pratica commerciale scorretta sia stata scoperta e sanzionata da un'Autorità.

JUS CIVILE



*SALVATORE MONTICELLI*

*Professore ordinario di Diritto privato – Università degli Studi di Foggia*

# L'*EXORDIUM PRAESCRIPTIONIS* DEI DIRITTI NELL'ASSICURAZIONE SULLA VITA [*]

SOMMARIO: *1. Il "tormentoso rompicapo" del* dies a quo *della prescrizione: considerazioni introduttive. – 2.* Segue*. Brevi cenni dell'evoluzione interpretativa delle Corti. – 3. Il* dies a quo *della prescrizione nell'assicurazione sulla vita. – 4.* Segue*. Cronaca di un "guazzabuglio" legislativo. – 5.* Segue*. La mutata prassi assicurativa, le motivazioni del contenzioso e l'orientamento della giurisprudenza. – 6. La* ratio *della prescrizione breve di cui all'art. 2952, comma 2, cod. civ., ante-riforma. – 7. Il ruolo centrale dell'interesse del debitore nella prescrizione (breve e non) e i censurabili approdi di taluna giurisprudenza. – 8. Rilievi conclusivi.*

**1. –** Nella recensione di Brunetto Carpino – edita nel 1973 [1] – al volume di Alberto Auricchio – "*Appunti sulla prescrizione*" – edito nel 1971 [2], "*si discorreva della prescrizione come di un istituto che sembrava aver ricevuto una sistemazione soddisfacente, se non addirittura definitiva*", si ricordava, altresì, che tale giudizio era condiviso anche al di fuori della cerchia degli studiosi del diritto civile.

Quanto tali convinzioni potessero dirsi poco profetiche [3] lo ha dimostrato la successiva evoluzione giurisprudenziale ed il dibattito della dottrina, sviluppatosi su molteplici aspetti dell'istituto, rispetto al quale, può ben dirsi, che le incertezze, a tutt'oggi, sono l'unica vera certezza.

E ciò, in particolare, si riscontra sulla questione, storicamente centrale dell'istituto, del cd. *exordium praescriptionis*, ossia della determinazione del *dies a quo* dal quale inizia a decorrere il termine entro il quale si compie la prescrizione.

È proprio a tal riguardo, infatti, che può affermarsi senz'altro che il "*tormentoso rompicapo della prescrizione*" [4] è tema ancora irrisolto, quanto meno nel nostro ordinamento, che, da un lato, in argomento, prospetta l'affermarsi di un diritto vivente, che in maniera fin troppo disinvolta e non sempre appieno consapevole delle conseguenze, spesso abnormi per il debitore, lega il *dies a quo* della decorrenza del termine a parametri talvolta eccessivamente incerti ed in talune ipotesi del tutto irragionevoli, dall'altra registra, a differenza di altri sistemi giuridici [5], l'assenza di interventi legislativi, volti a risistemare la materia, restituen-

[*] Lo scritto è destinato agli Studi per il centenario della nascita di Renato Scognamiglio.

[1] B. CARPINO, *Gli «Appunti sulla prescrizione» di Alberto Auricchio*, in *Riv. dir. civ.*, 1973, II, 665 ss.

[2] A. AURICCHIO, *Appunti sulla prescrizione*, Napoli, 1971.

[3] Lo sottolinea E. MINERVINI, *La prescrizione ed i «terzi»*, Napoli, 1994, 11 ss.

[4] F. MESSINEO, *Variazioni sul concetto di «rinunzia alla prescrizione» (art. 2937, comma 1, cod. civ.)*, in *Riv. Trim. dir. proc. civ.*, 1957, 505.

[5] Al riguardo, con particolare riferimento al diritto francese e tedesco, cfr., S. PATTI, *Certezza e giustizia nel diritto della prescri-*



do, così, all'istituto quella fisiologica e prioritaria funzione che è tradizionalmente destinato a svolgere, di presidio della certezza del diritto e dell'ordine sociale. Funzione sul cui "*altare*" ben si giustifica quello che Carnelutti [6], con la consueta efficacia, descrisse come "*una specie di miracolo per cui il diritto diventa non diritto e viceversa. Per essa, soprattutto, si rende manifesto che anche il diritto, come un essere vivente, nasce e muore*".

Con questa iconica descrizione Francesco Carnelutti metteva efficacemente in evidenza il legame necessario tra la sussistenza (nascita e morte [7]) del diritto ed il trascorrere del tempo; ed è evidente che tale legame finisca per essere gravemente pregiudicato qualora sussista incertezza del *dies a quo* della decorrenza del termine, riflettendosi tale incertezza inevitabilmente sulla funzione stessa dell'istituto, che, di fatto, ne risulta annichilita ed in taluni casi compromessa.

È in quest'ottica e tenendo conto di quanto innanzi che, durante i lavori preparatori del *code civil,* fu espresso il giudizio secondo cui "*de toutes les institutions, la prescription est la plus nécessaire à l'ordre social*" e, il nostro legislatore, sanando una lacuna testuale del codice del 1865, si preoccupò di prevedere, nel vigente codice civile, tra le disposizioni generali in tema di prescrizione, che essa, per l'illecito da responsabilità contrattuale, "*comincia a decorrere dal momento in cui il diritto può essere fatto valere*" (art. 2935 cod. civ.) e, nel contempo, il successivo art. 2947 cod. civ., nell'introdurre la disciplina speciale delle "*prescrizioni brevi*", sancì, per l'illecito aquiliano, che il "*diritto al risarcimento del danno derivante da fatto illecito si prescrive in cinque anni dal giorno in cui il fatto si è verificato*".

Il dettato delle due norme non è affatto coincidente, sebbene, nell'interpretazione specie di matrice giurisprudenziale, la seconda è stata letta in continuità con la prima, il che, a mio parere, appare discutibile e non appieno giustificato dal dato letterale; ed infatti, se si può concordare con il giudizio espresso nel 2008 dalle sezioni unite della Cassazione [8], laddove, per l'illecito contrattuale, rimarcano che l'individuazione del *dies a quo* (o *exordium praescriptionis*) nel codice civile è affidata "*ad indicazioni piuttosto scarne e molto generiche*", rinvenibili esclusivamente nell'art. 2935 cod. civ., norma che, legando l'*exordium* alla possibilità di far valere il diritto, si presta "*a molteplici e contrapposte interpretazioni*", viceversa la regola dettata per l'illecito aquiliano lascia un ben minore spazio interpretativo, allorché testualmente fa decorrere espressamente l'*exordium* "*dal giorno in cui il fatto si è verificato*" [9].

Espressione fin troppo chiara salvo il dover intendere il termine "*fatto*" quale equipollente del termine "*danno*", nell'ipotesi in cui non vi sia coincidenza cronologica tra il comportamento illecito ed il verificarsi del danno [10].

---

*zione in Europa*, in *Riv. trim. dir. e proc. civ.*, 2010, 21 ss., e, in particolare, 26 ss.; E. CALZOLAIO, *La riforma della prescrizione in Francia nella prospettiva del diritto privato europeo*, in *Riv. trim. dir. proc. civ.*, 2011, 1088 ss.; R. CAPOLI, *La nuova disciplina della prescrizione nel codice civile tedesco: spunti per una riforma italiana*, in *Corr.e giur.*, 9, 2006, 1321 ss.

[6] F. CARNELUTTI, *Appunti sulla prescrizione*, in *Riv. trim. dir. proc. civ*., 1933, I, p. 32.

[7] È appena il caso di ricordare che il Carnelutti scriveva in un periodo in cui la prescrizione era disciplinata come istituto bifronte: prescrizione estintiva ed acquisitiva.

[8] Cass. civ., sez. un., 11 gennaio 2008, n. 576, in *Mass. giur. it*., 2008.

[9] Il punto è ben evidenziato In Cass. 28 gennaio 2004, n. 1547, in *Giur. it*., 2004, 1581, ove si legge: "La formulazione letterale dell'art. 2947, comma 1, cod. civ. ("il diritto al risarcimento del danno derivante da fatto illecito si prescrive in cinque anni dal giorno in cui il fatto si è verificato") non consente di ravvisare elementi dubbi o lacune che possano giustificare l'elaborazione di ipotesi non previste e suscettibili di diversa regolamentazione, anche perché, se costituisce *ius receptum* che l'essenziale ratio dell'istituto della prescrizione debba essere ravvisata nell'esigenza della certezza dei rapporti giuridici, è palese come con tale esigenza si ponga in contrasto la pretesa di far decorrere la prescrizione de qua non dalla data, certa, in cui il fatto dannoso si è verificato ma dal momento, diverso ed assolutamente incerto, in cui il danneggiato possa aver avuto conoscenza del danno e del suo diritto di farlo valere".

[10] Tuttavia nella citata sentenza delle sezioni unite n. 576/2008 si enuncia che: "La responsabilità del ministero della salute per i



**2. –** Benché non possa essere questa la sede per ripercorrere, neppure nelle grandi linee, i termini del complesso dibattito, svoltosi in circa 80 anni, sul dettato dell'art. 2935 cod. civ., sembra utile, con riferimento al tema più circoscritto che qui si affronta del *dies a quo* della prescrizione nel contratto di assicurazione sulla vita, ricordare le motivazioni che furono espresse nella relazione al codice civile a sostegno dell'allora neonata disposizione.

Ebbene, nella relazione del Ministro Guardasigilli al codice civile, si legge che la finalità della norma è quella di colmare una lacuna circa il momento iniziale della decorrenza della prescrizione, e perciò l'articolo in questione "*dà formulazione legislativa al principio che la prescrizione comincia a decorrere dal giorno in cui il diritto può essere fatto valere*", con la significativa precisazione che "*l'espressione deve essere intesa con riferimento alla possibilità legale, non influendo sul decorso della prescrizione, salve le eccezioni stabilite dalla legge, l'impossibilità di fatto di agire in cui venga a trovarsi il titolare del diritto*".

In coerente rispondenza a tale orientamento interpretativo, nella successiva giurisprudenza, tanto di merito quanto di legittimità, si andò così affermando la massima secondo la quale l'espressione "*la prescrizione comincia a decorrere dal momento in cui il diritto può essere fatto valere*" doveva essere intesa nel senso restrittivo volta a circoscrivere alle sole cause giuridiche impeditive dell'esercizio del diritto il decorso e non già ai semplici ostacoli di fatto che può incontrare il suo titolare.

L'interpretazione tradizionale tendeva, così, a conformare il sistema della prescrizione a favore dei convenuti, e, perciò, il *dies a quo* veniva "concepito come coincidente con il momento della verificazione dell'evento dannoso".

In altri termini si tendeva ad interpretare la locuzione di cui all'art. 2935 cod. civ. quale riferimento alla possibilità legale di esercitare il diritto, con la conseguenza che non si ritenevano rilevanti limiti fattuali alla decorrenza dei termini di prescrizione, ma solo impedimenti legali circoscritti, in linea di principio, alla soggezione del diritto in questione ad una condizione sospensiva ovvero ad un termine iniziale [11].

Tuttavia, com'è noto, tale orientamento fu criticato "soprattutto nel campo del danno alla persona", e, in particolare, dopo l'ingresso dirompente, nel diritto vivente, del danno biologico, affermatosi con particolare riferimento ai cd. danni lungo latenti. Con ciò riferendosi a quei danni rispetto i quali il momento di inflizione della lesione, ossia il danno, generalmente non coincide con il momento della percezione di esso da parte del danneggiato.

La svolta in materia, da parte della giurisprudenza, è stata segnata, infatti, dal già citato arresto delle Sezioni Unite, con la sentenza n. 576 del 2008, che hanno risolto il contrasto sorto in tema di individuazione del *dies a quo* applicando i criteri della conoscibilità del danno e della rapportabilità causale.

Si giunse perciò a spostare il *dies a quo* dal verificarsi del "fatto", o, meglio, del "danno" all'esteriorizzazione del "danno", ovvero *al momento della sua conoscibilità*.

---

danni conseguenti ad infezioni da virus Hbv, Hiv e Hcv contratte da soggetti emotrasfusi è di natura extracontrattuale, né sono ipotizzabili, al riguardo, figure di reato tali da innalzare i termini di prescrizione (epidemia colposa o lesioni colpose plurime); ne consegue che il diritto al risarcimento del danno da parte di chi assume di aver contratto tali patologie per fatto doloso o colposo di un terzo è soggetto al termine di prescrizione quinquennale che decorre, a norma degli art. 2935 e 2947, comma 1, cod. civ., *non dal giorno in cui il terzo determina la modificazione causativa del danno o dal momento in cui la malattia si manifesta all'esterno, bensì da quello in cui tale malattia viene percepita o può essere percepita, quale danno ingiusto conseguente al comportamento del terzo*, usando l'ordinaria diligenza e tenendo conto della diffusione delle conoscenze scientifiche (a tal fine coincidente non con la comunicazione del responso della commissione medica ospedaliera di cui all'art. 4 l. n. 210/1992, bensì con la proposizione della relativa domanda amministrativa)".

[11] In ragione di tale orientamento interpretativo delle Corti, conforme alla Relazione al codice civile, per un lungo periodo la *vexata questio* dell'*exordium praescriptionis* è rimasta in un cono d'ombra, anche nei contributi della dottrina.



È, tuttavia, singolare che tale percorso interpretativo si sia affermato con riferimento ad una fattispecie qualificata come illecito aquiliano, dunque rientrante nella previsione di cui all'art. 2947 cod. civ., benché letta in continuità con l'art. 2935 cod. civ.

Alla stregua di tale impostazione il disposto, contenuto nell'art. 2935 cod. civ., secondo cui la prescrizione "*comincia a decorrere dal momento in cui il diritto può essere fatto valere*", andrebbe correttamente interpretato nel senso che *l'assenza di consapevolezza* da parte del danneggiato dell'esistenza del diritto è da considerarsi come fatto impeditivo del decorso della prescrizione, *dies a quo* che, pertanto, va spostato *in avanti* rispetto al fatto causativo del danno, od anche all'insorgere di esso, e precisamente individuato nel momento in cui il danno si manifesta come *oggettivamente* percepibile e riconoscibile, anche in relazione alla sua rilevanza giuridica, seguendo appunto il criterio della conoscibilità oggettiva.

A tale criterio, inoltre, ne andava aggiunto un secondo: cd. della rapportabilità causale. Ossia della riferibilità, in termini di causa ed effetto, anche alla luce del criterio "*del più probabile che non*", della lesione conosciuta ad una determinata condotta.

In più di un arresto giurisprudenziale si legge che tale criterio, di precipuo interesse in tema di risarcimento dei cd. danni stocastici, deve essere condotto in via prognostica ed in astratto, occorrendo valutare se, al momento di conoscenza della lesione, visto lo stato dell'arte della scienza medica, il danneggiato, impiegando l'ordinaria diligenza, avrebbe potuto riconoscere la relazione causale tra una data condotta e la lesione da lui riconosciuta.

Esempio tristemente noto al riguardo si è realizzato con il contenzioso ingenerato a seguito della patologia del contagio da Hiv, ove non solo la manifestazione del danno si presentava in epoca molto successiva rispetto al fatto ma, altresì, per anni, vi è stata grande incertezza circa il nesso causale [12].

L'attuale emergenza COVID e le scarse conoscenze in ordine agli eventuali effetti collaterali, a lungo termine, dei vaccini impiegati potrebbero in un prossimo futuro rappresentare un nuovo esempio in materia, riprospettando analoghe problematiche interpretative.

L'orientamento di cui innanzi, ove è palese lo spostamento della chiave interpretativa in favore del soggetto creditore, ha attecchito pure nell'ampia casistica della responsabilità civile professionale, questa volta certamente collocabile nell'ambito della responsabilità contrattuale.

E così, il ragionamento di cui innanzi è stato, nella sostanza, replicato, nel presupposto, invero in taluni casi perlomeno dubbio, che, pure in molteplici ipotesi di responsabilità professionale, anche al di fuori del campo medico-sanitario, possa ricorrere un danno cd. lungo latente e, dunque, sussista o possa sussistere uno *iato* temporale, anche molto rilevante, tra il momento in cui il danno si è prodotto, peraltro non sempre, *rectius* quasi mai, coincidente con il fatto (inadempimento od errato adempimento della prestazione professionale), che ne è causa, e la maturata consapevolezza da parte del danneggiato dell'esistenza del diritto al risarcimento ma, anche, della rapportabilità causale del danno all'inadempimento della prestazione professionale.

Tale duplice carenza è, perciò, considerata, in più di un arresto della giurisprudenza, come fatto impeditivo del decorso della prescrizione [13].

---

[12] Nella più volte citata sentenza delle sezioni unite significativamente si legge che "Qualora … non sia conoscibile la causa del contagio, la prescrizione non può iniziare a decorrere, poiché la malattia, sofferta come tragica fatalità non imputabile ad un terzo, non è idonea in sé a concretizzare il "fatto" che l'art. 2947 cod. civ., comma 1, individua quale esordio della prescrizione" (all'epoca, analogamente, Cass. 21 febbraio 2003, n. 2645; Cass. 5 luglio 2004, n. 12287; Cass. 8 maggio 2006, n. 10493).

[13] Trib. Roma, sez. XIII, 11 luglio 2019, in *Banca dati Pluris*; Trib. Santa Maria Capua Vetere, sez. IV, 5 gennaio 2018, in *Banca dati Pluris*, ove si legge: "*Il termine di prescrizione del diritto al risarcimento del danno da responsabilità professionale (nel* genus *della responsabilità* ex contractu*) inizia a decorrere non dal momento in cui la condotta del professionista determina*



**3. –** Il tema controverso del *dies a quo* del decorso della prescrizione, come sopra del tutto sommariamente accennato, è oggetto di un dibattitto ciclicamente ricorrente, non sempre legato al dato positivo e non scevro da prese di posizione ideologiche, probabilmente giustificabili in ragione dell'esigenza di una risistemazione della materia, peraltro, come già detto, avvenuta in sistemi giuridici vicini al nostro, per cultura e tradizione.

Tuttavia, si rileva che se il tema è stato ampiamente studiato nelle sue linee generali con riferimento alle citate norme del codice civile, non ha, invece, riscosso la necessaria attenzione con riferimento alla specifica disciplina dettata, per il contratto di assicurazione, dall'art. 2952 cod. civ.

Ed invero, se può affermarsi che la norma non ha posto insormontabili problemi interpretativi con riferimento al primo comma di detto articolo, laddove stabilisce che "*Il diritto al pagamento delle rate di premio si prescrive in un anno dalle singole scadenze*", viceversa ha visto il proliferare, negli ultimi quindici anni, di un rilevante contenzioso con riferimento all'individuazione del *dies a quo* della prescrizione in relazione al disposto del II comma concernente gli "*altri diritti derivanti dal contratto di assicurazione*".

Disposizione quest'ultima che nel prevedere, nella sua formulazione originaria, il termine brevissimo di un anno per tutti "*gli altri diritti*" derivanti dal contratto di assicurazione, è stata oggetto, a partire dal 2008, di due interventi riformatori incidenti proprio sul termine di prescrizione, discriminando, infine, tra "*gli altri diritti*" quelli derivanti dalla liquidazione delle polizze vita.

Ed infatti, il termine in questione è stato, in un primo momento, elevato a due anni dall'art. 3, comma 2 ter, d.l. 28 agosto 2008, n. 134, conv. in l. 27 ottobre 2008, n. 166, per tutti gli "altri diritti" derivanti dal contratto di assicurazione, e, poi, portato a dieci anni (con d.l. 18 ottobre 2012, n. 179) per i soli diritti, al pagamento del capitale o della rendita, derivanti dal contratto di assicurazione sulla vita.

E così, il legislatore recependo le indicazioni della dottrina circa "l'inadeguatezza del termine breve in relazione ai contratti assicurativi connotati da funzione previdenziale" [14] ha opportunamente discriminato il tempo della prescrizione dei diritti derivanti dall'assicurazione sulla vita da quello concernente "gli altri diritti" derivanti dal contratto di assicurazione.

Detto significativo intervento riformatore, come è stato sottolineato [15], è stato adottato tenendo conto che la estrema brevità del termine prescrizionale, relativo, peraltro, a diritti volti a soddisfare una finalità previdenziale [16], ha determinato un grave noncumento per i beneficiari delle polizze vita per il mancato esercizio, nell'angusto termine prescrizionale, dei diritti derivanti da esse, solitamente per la mancata conoscenza dell'esistenza stessa della polizza o della circostanza dell'avvenuta designazione quali beneficiari dei relativi diritti alla liquidazione, in tempo utile per evitare la prescrizione.

Tale progressivo allungamento del termine di prescrizione, da un primigenio tempo brevissimo fino a quello attualmente fissato in maniera conforme al tempo di prescrizione ordinaria in materia di obbligazioni,

---

*l'evento dannoso, bensì da quello in cui la produzione del danno si manifesta all'esterno divenendo oggettivamente percepibile e riconoscibile da chi ha interesse a farlo valere*". Analogamente Cass. civ., sez. III, sent. 22 settembre 2017, n. 22059, in *CED Cassazione*, 2017: "*In tema di azione risarcitoria per responsabilità professionale, ai fini dell'individuazione del momento iniziale di decorrenza del termine prescrizionale, si deve avere riguardo all'esistenza di un danno risarcibile ed al suo manifestarsi all'esterno come percepibile dal danneggiato alla stregua della diligenza da quest'ultimo esigibile ai sensi* dell'art. 1176 cod. civ.*, secondo standards obiettivi e in relazione alla specifica attività del professionista, in base ad un accertamento di fatto rimesso al giudice del merito*".

[14] P.E. Corrias, *Le assicurazioni sulla vita*, in *Tratt. Dir. Civ. e comm. Cicu-Messineo*, IV, Milano, 2021, 268.

[15] P.E. Corrias, *op. ult. cit.*, 268.

[16] Non è un caso che la previsione del termine ordinario di prescrizione riguardi le sole polizze vita.



avvenuto, peraltro, senza decontestualizzare la prescrizione dei diritti derivanti dall'assicurazione sulla vita dal capo 2 della sezione IV del libro VI del codice, riferito alle cd. "*prescrizioni brevi*", ma non ha impedito, però, il proliferare, in ragione dell'accavallarsi di una serie di improvvide norme speciali sui cd. "*conti dormienti*", di un copioso contenzioso relativamente ai contratti di assicurazione sulla vita, segnatamente nell'assicurazione in caso di morte dell'assicurato.

Fattispecie nella quale possono, in concreto, per quanto interessa ai fini di queste riflessioni, ricorrere due ipotesi ove, con maggiore probabilità, può innescarsi un contenzioso tra le Compagnie di assicurazione ed il beneficiario: la prima, in cui l'assicurato premuoia rispetto alla scadenza del termine fissato nella polizza e gli eredi dell'assicurato rinvengano la polizza molto successivamente rispetto alla data del decesso; la seconda, più frequente, in cui il contratto preveda che il contraente assicurato possa designare un terzo quale beneficiario del diritto alla liquidazione della polizza. Designazione che, com'è noto, a norma dell'art. 1920 cod. civ., può essere fatta nel contratto di assicurazione, o con successiva dichiarazione scritta comunicata all'assicuratore, o, come più spesso accade, per testamento.

In tale ultima ipotesi va considerato da un lato che, per effetto della designazione, come sopra effettuata, "il terzo acquista un diritto proprio ai vantaggi dell'assicurazione", dall'altro che se la designazione è contenuta in un testamento olografo potrebbe, in pratica, decorrere un rilevante lasso temporale tra il rinvenimento o, comunque, la conoscenza da parte del terzo beneficiario e l'evento morte dal quale sorge il diritto alla liquidazione della polizza.

**4. –** Così individuato il quadro codicistico di riferimento e la "china scivolosa" di applicazione di esso, la questione, come si diceva, ha acquisito particolare rilievo in ragione di un accavallarsi di norme speciali emanate a fare data dal 2006, per le polizze vita stipulate anteriormente al 2012, anno in cui, il testo del II^ comma dell'art. 2952 cod. civ. è stato finalmente riformato con la fissazione in dieci anni del termine di prescrizione dei diritti derivanti da tali tipi di polizza.

Ed infatti, la legge finanziaria per l'anno 2006, 23 dicembre 2005, n. 266, all'art. 1, comma 343, istituiva un Fondo per l'indennizzo dei risparmiatori vittime di frodi finanziarie alimentato "*dall'importo dei conti correnti e dei rapporti bancari definiti come dormienti all'interno del sistema bancario nonché del comparto assicurativo e finanziario*".

Successivamente, come si fatto cenno, con il d.l. n. 134/2008, convertito nella l. n. 166/2008, veniva modificato il testo dell'art. 2952 cod. civ. elevando il termine di prescrizione degli "altri diritti" derivanti dal contratto di assicurazione a due anni "*dal giorno in cui si è verificato il fatto su cui il diritto si fonda*" ma, nel contempo, con la medesima disposizione di legge, si imponeva agli operatori, e, quindi, alle Compagnie di assicurazioni, la devoluzione al "*Fondo per l'indennizzo dei risparmiatori vittime di frodi finanziarie*", istituito presso il Ministero dell'Economia e delle Finanze (c.d. MEF), degli importi dovuti ai beneficiari di polizze assicurative, non reclamati entro il nuovo termine di prescrizione di cui all'art. 2952 cod. civ.

Segnatamente il Decreto aggiungeva alla disciplina dei rapporti definiti "dormienti" di cui alla menzionata legge finanziaria 2006, alcune specifiche previsioni anche in relazione ai contratti di assicurazione sulla vita; introduceva, infatti, il comma 345-*quater*, intitolato in Rubrica "*Provvista del fondo: importi dovuti ai beneficiari dei contratti di assicurazione ramo vita non reclamati entro il termine di prescrizione del relativo diritto*" che così recita: "*Gli importi dovuti ai beneficiari dei contratti di cui all'articolo 2, comma 1, del codice delle assicurazioni private, di cui al decreto legislativo 7 settembre 2005, n. 209, che non sono reclama-*



*ti entro il termine di prescrizione del relativo diritto, sono devoluti al fondo di cui al comma 343 entro il 31 maggio dell'anno successivo a quello in cui scade il termine di prescrizione*".

Il Decreto inoltre precisava, con il comma 345-*octies*, che l'obbligo di devoluzione sussiste "*anche con riferimento agli importi per i quali gli eventi che determinano la prescrizione del diritto dei beneficiari si siano verificati dopo il 1° gennaio 2006 e di cui siano venute a conoscenza successivamente alla data di entrata in vigore della presente disposizione*", prevedendo (comma 345-*sexies*) una serie di sanzioni amministrative a carico degli intermediari e quindi anche delle Compagnie assicurative per l'omessa comunicazione e devoluzione al Ministero dell'economia e delle finanze, degli importi di cui ai commi 345, 345-*ter*, 345-*quater* e *quinquies*.

Infine, il decreto legge 25 marzo 2010 n. 40 eliminava la retroattività della normativa, prevedendo di destinare al Fondo Depositi Dormienti tutte le prestazioni maturate a partire dal 28 ottobre 2007. Ancora successivamente il citato decreto legge del 18 ottobre 2012, n. 179 stabiliva, modificando nuovamente l'articolo 2952 del codice civile, che il termine per la prescrizione dei diritti derivanti dai contratti di assicurazione sulla vita è di 10 anni.

Tuttavia, con tale ultimo intervento normativo, il legislatore altresì stabiliva che risultano estinte per prescrizione tutte le prestazioni assicurative per le quali il relativo termine – biennale – è già maturato entro il 19 ottobre 2012, operando il nuovo termine decennale esclusivamente per il futuro.

In ragione di tale susseguirsi farraginoso di norme le Compagnie di assicurazione, che, anche per uniformarsi all'articolo 8 della circolare dell'ISVAP n. 403D del 30 giugno 2000 [17], avevano assunto la prassi consolidata di non eccepire la prescrizione breve, maturata in loro favore, laddove il beneficiario avesse reclamato la liquidazione della polizza tardivamente rispetto al termine di un anno/due anni dal decesso dell'assicurato, si sono trovate nella scomoda condizione di essere costrette, in ragione del mutato quadro normativo di riferimento e degli obblighi di devoluzione innanzi richiamati, ad eccepire la maturata prescrizione, o, in mancanza, di dover corrispondere due volte l'importo oggetto di liquidazione, al MEF ed ai beneficiari delle polizze.

E poiché tale duplice pagamento avrebbe rappresentato un costo insostenibile per le Assicurazioni, idoneo a compromettere anche la tenuta del comparto e, peraltro, pure difficilmente giustificabile in una corretta *governance* gestionale, le Compagnie hanno incominciato ad eccepire la prescrizione breve maturata, denegando, di conseguenza, la liquidazione della polizza in favore dei beneficiari che, tardivamente, ne reclamavano la liquidazione.

**5. –** L'irrigidimento delle Assicurazioni, per le ragioni innanzi esposte, ha comportato l'incardinamento di una serie di contenziosi nei quali il tema dell'*exordium praescriptionis* è tornato, così, alla ribalta prepotentemente, giacché i beneficiari, quali eredi dell'assicurato deceduto *ab intestato* o quali terzi beneficiari della polizza designati nel testamento a norma dell'art. 1920 cod. civ., hanno reclamato il loro diritto alla liquidazione delle polizze, argomentando, a sostegno la mancata prescrizione del diritto fatto valere, dalla circostanza della mancata conoscenza di tale diritto maturato in loro favore avendo appreso dell'esistenza di esso solo

[17] La citata circolare ISVAP aveva ribadito non l'obbligo ma la facoltà dell'impresa assicurativa di invocare il decorso del termine prescrizionale e per quanto riguarda la denuncia dei sinistri ed aveva invitato le 5 compagnie assicurative a valutare le richieste di liquidazione eventualmente tardive in un'ottica di ragionevolezza.



con il rinvenimento della polizza o del testamento, avvenuti allorquando erano già trascorsi i due anni dalla morte dell'assicurato.

Si è riproposta così, anche nel campo assicurativo, la irrisolta e controversia problematica generale dell'incidenza o meno dell'elemento soggettivo, rappresentato dalla consapevolezza in capo al soggetto creditore del diritto vantato, sul *dies a quo* del decorso della prescrizione; tempo che andrebbe, quindi, conteggiato dall'acquisizione di tale soggettiva contezza e non già dall'elemento oggettivo, che, nell'assicurazione in caso di morte, è rappresentato dall'evento morte dell'assicurato, individuato, invece, dalle Compagnie, quale "*giorno in cui si è verificato il fatto su cui il diritto si fonda*".

Nonostante qualche sporadica adesione manifestata a tali argomentazioni [18], deve tuttavia segnalarsi che esse hanno avuto uno scarso seguito in giurisprudenza, che, perlomeno in relazione alla questione in oggetto, sembra orientata a prediligere il criterio oggettivo in ordine alla fissazione del *dies a quo* della prescrizione.

E così si rileva, in più di una decisione, che il fatto su cui si fonda il diritto alla liquidazione della polizza non può coincidere con la circostanza o l'accadimento – assolutamente incerto e rimesso esclusivamente alla valutazione del creditore – in cui il soggetto legittimato ad esigere la liquidazione della polizza viene a scoprire l'esistenza di essa o della sua designazione quale terzo beneficiario contenuta nel testamento, ma, necessariamente, coincide con il verificarsi dell'evento preso in considerazione dal contratto di assicurazione ovvero, nel caso di specie, la morte dell'assicurato [19], prima della scadenza del termine prefissato nella polizza.

Ritenere diversamente, legando il decorso della prescrizione alla conoscenza che abbia avuto il soggetto beneficiario dell'esistenza della polizza in suo favore, significherebbe rimettere al suo arbitrio la scadenza del predetto termine, che il legislatore ha previsto per preservare la certezza dei rapporti giuridici [20].

È sulla scorta di tali argomentazioni che ritrovano, così, nella giurisprudenza che si è occupata delle segnalate controversie, consenso ed esplicito richiamo massime, non più recenti e ritenute in altri contesti in materia di prescrizione superate, secondo cui l'impossibilità di far valere il diritto, alla quale l'art. 2935 cod. civ. attribuisce rilevanza di fatto impeditivo della decorrenza della prescrizione, è solo quella che deriva da cause giuridiche che ostacolino l'esercizio del diritto e non comprende anche gli impedimenti soggettivi o gli ostacoli di mero fatto, per i quali il successivo art. 2941 cod. civ. prevede solo specifiche e tassative ipotesi di sospensione tra le quali, salvo l'ipotesi di dolo prevista dal n. 8 del citato articolo, non rientra l'ignoranza,

---

[18] Si tratta di decisioni per lo più inedite e che spesso accolgono la domanda soprattutto ravvisando nel comportamento *ante causam* della Compagnia una rinuncia tacita a fare valere la prescrizione, Cfr., ad esempio, Trib. Lecce 7 settembre 2016, n. 3779; Trib. Napoli 9 ottobre 2017, n. 10036.

[19] Cass. 15 settembre 2020, n. 19112, in *Resp. civ. e prev.*, 2021, 1, 264.

[20] In tal senso, di recente, App. Napoli, sez. III, 24 novembre 2021, n. 4376/21, inedita; analogamente App. Salerno 2 febbraio 2022, n. 143, inedita; Trib. Nocera Inf. 26 settembre 2018, n. 8405, inedita; Trib. Napoli Nord 3 gennaio 2017, inedita; Trib Nola 22 ottobre 2015, inedita; Trib. Perugia 20 giugno 2012, n. 895, inedita. Per la giurisprudenza più risalente cfr., App. Roma 11 giugno 2009, in *Resp. civ. e prev.*, 2010, 5, 1145; App. Roma 2 ottobre 2008, *Massima redazionale banca dati Pluris*, ove si legge: "La norma di cui all'art. 1920 cod. civ. – secondo cui il terzo beneficiario di un'assicurazione sulla vita acquista un diritto proprio ai vantaggi dell'assicurazione – deve intendersi nel senso che il diritto all'indennità nasce in suo favore dal contratto, sicché egli può rivolgersi direttamente all'assicuratore per ottenere la prestazione, e non già nel senso che il diritto del terzo beneficiario sia del tutto svincolato dalle clausole e dalle pattuizioni contenute nel contratto di assicurazione. Ciò posto l'assicuratore ben può opporre al beneficiario eccezioni ed eventuali clausole limitative previste dal contratto, quale l'eccezione di prescrizione del diritto del terzo alla indennità, diritto che, ai sensi dell'art. 2952, comma secondo, cod. civ., si prescrive in un anno dal giorno in cui si è verificato il fatto su cui esso si fonda e non già nell'ordinario termine decennale. Né costituisce fatto idoneo a sospendere il decorso del termine prescrizionale la semplice contestazione dell'assicuratore in ordine all'operatività della polizza, circostanza, che al contrario, dovrebbe far determinare l'assicurato a proporre tempestivamente le opportune domande".



da parte del titolare, del fatto generatore del suo diritto [21], né il dubbio soggettivo sulla esistenza di tale diritto ed il ritardo indotto dalla necessità del suo accertamento [22].

Si registra, così, nella materia assicurativa, una discontinuità con i più recenti arresti giurisprudenziali riguardanti il tempo del decorso della prescrizione in materia di responsabilità contrattuale ed aquiliana, che, come si diceva nell'introduzione di questo scritto, appaiono sempre più volti a legare l'*exordium praescriptionis* al dato, molto spesso del tutto incerto, della conoscibilità soggettiva del diritto da parte del soggetto creditore, discostandosi così in maniera netta da quanto enunciato nella già citata relazione del Ministro Guardasigilli al codice civile, nello spiegare le finalità dell'introduzione nel codice civile del disposto dell'art. 2935 cod. civ.

**6. –** Preso atto di quanto sopra c'è da interrogarsi sulle ragioni di tale dicotomico orientamento, anche per comprendere se esso si giustifichi in ragione della scelta legislativa, a monte, di sottoporre determinati diritti ad un termine di prescrizione breve.

Ebbene, per i diritti derivanti in generale dal contratto di assicurazione la *ratio* di una durata particolarmente contenuta, anche raffrontandola con le prescrizioni brevi in altri campi, dei termini di prescrizione contenuti nel II comma dell'art. 2952 cod. civ. (prima della riforma relativa alla durata della prescrizione dei diritti derivanti dall'assicurazione sulla vita), è stata individuata nell'opportunità di un rapido accertamento delle circostanze a cui è collegata la prestazione assicurativa, nonché nelle esigenze organizzative e gestionali delle imprese assicurative [23], unitamente ad una considerazione di carattere generale che ravvisa nella pre-

[21] Tuttavia sul problema della configurabilità o meno di un obbligo gravante sull'assicuratore, nella ricorrenza di un'assicurazione sulla vita a favore del terzo, d'informare il beneficiario della prestazione in suo favore, e sulle conseguenze della mancata informazione, cfr., S. LANDINI, *La situazione giuridica del beneficiario nell'assicurazione sulla vita a favore di terzo,* in V. BARBA, S. LANDINI (a cura di), *I contratti di assicurazione come strumento di pianificazione del passaggio generazionale e di gestione del patrimonio familiare*, Napoli, 2020, p. 102, ove si legge: "in caso di assicurazione sulla vita a favore di terzo, ove la conoscenza della designazione sia stata successiva all'evento morte il termine di prescrizione non potrà iniziare a decorrere che dal momento della recezione della suddetta dichiarazione"; in argomento vedi anche P.E. CORRIAS, *Le assicurazioni sulla vita*, cit., 270, che evidenzia come un tale obbligo è ricavabile non solo dai principi generali di correttezza e buona fede ma anche dall'attuale disciplina dettata dall'art. 183, comma 1, lett. a), cod. ass. In senso contrario vedi, però, Cass. 18 giugno 1998, n. 6062, in *Corr. giur.*, 1998, 8, 897. Merita al riguardo precisare che, in molti casi, le Compagnie non sono a conoscenza della designazione del terzo beneficiario giacché essa avviene nel testamento; in tale caso, ovviamente, alcun obbligo informativo può ipotizzarsi a carico dell'Assicuratore. Così come, specie nella vigenza del termine breve di prescrizione, è accaduto molto spesso che le Compagnie apprendessero del decesso dell'assicurato allorquando il termine di prescrizione dei diritti alla liquidazione della polizza erano già spirati. In ogni caso si ritiene che la mancata informazione del terzo beneficiario non influisca sul *dies a quo* del decorso della prescrizione, quanto, piuttosto, dia luogo ad un'eventuale ipotesi di responsabilità contrattuale e ad un consequenziale obbligo risarcitorio da parte della Compagnia, sempreché, ovviamente, tale carenza informativa non sia addebitabile all'assicurato, per previsione negoziale, o, comunque, non sia addebitabile alla Compagnia.

[22] Cfr. Cass. 7 novembre 2005, n. 21495, in *Mass. giur. it*., 2005; Cass. 22 giugno 2007, n. 14576, in *Mass. giur. it.*, 2007. D'altra parte proprio in materia successoria è consolidato l'orientamento giurisprudenziale (cfr., tra le altre, Cass. 25 novembre 1997, n. 11809, in *Mass. giur. it*., 1997) e dottrinale (cfr., per tutti, L. MENGONI, *Successione necessaria*, in *Tratt. dir. civ. e comm.* già diretto da CICU, MESSINEO e continuato da MENGONI, III ed., Milano, 1992, 320) che assoggetta la decorrenza del termine ordinario per la proposizione dell'azione di riduzione dalla data di apertura della successione senza che possa avere rilievo l'individuazione del momento in cui il legittimario pretermesso abbia scoperto la lesione della propria quota di riserva (in senso contrario, ma, a quanto consta, in posizione isolata, L. RICCA, *Conoscenza del testamento e decorrenza del termine per l'accettazione*, in *Giust. civ.*, 1963, I, 1433-1434, che attribuisce determinante rilevanza alla conoscenza del testamento contenente disposizioni lesive della legittima ai fini del decorso del termine di prescrizione per l'esercizio dell'azione di riduzione. Termine che decorrerebbe non già dall'apertura della successione bensì dalla data di pubblicazione del testamento).

[23] Cfr., al riguardo, A. DONATI, *Trattato di diritto delle assicurazioni private*, Milano, 1952, II, 512 ss., e, per una rassegna ragio-



visione di un tempo breve del maturare della prescrizione il riflesso della finalità dell'istituto, accentuato nelle cd. prescrizioni brevi, di far conseguire certezza a determinati rapporti [24].

Tutte ragioni queste che vanno condivise e che possono senz'altro accreditarsi come fondate ed incompatibili con un decorso del termine legato a vicende soggettive del creditore, che, per di più, sarebbero ben difficilmente conciliabili con il *favor debitoris* che, soprattutto nelle prescrizioni brevi, ma non solo, ispira la disciplina in questione.

Ed infatti, non sempre è adeguatamente valutato, che è proprio nella prioritaria considerazione di tale connotato che si esplicita la funzione della prescrizione, consistente nel garantire la certezza del diritto, collegandola all'interesse privato del soggetto passivo dell'obbligazione alla liberazione attraverso l'estinzione del correlativo diritto di credito [25].

Attorno a tale combinazione ruota tutta la disciplina ed il funzionamento stesso della prescrizione, giacché è il soggetto debitore ad avere la disponibilità dell'effetto estintivo del rapporto attraverso la rinuncia esplicita alla prescrizione o tenendo un comportamento incompatibile con l'intento di volersene avvalere. È appena il caso di ricordare, infatti, che l'art. 2938 cod. civ. sancisce che il giudice non può rilevare d'ufficio la prescrizione non opposta, ma essa per estinguere il rapporto debito/credito deve essere eccepita dal soggetto che vi abbia interesse, ben potendo la mancata eccezione rilevare come tacita rinuncia ad avvalersi dell'efficacia estintiva ai sensi dell'art 2937 cod. civ. [26].

**7. –** Quanto innanzi, invero, appare inspiegabilmente ben poco considerato da taluna giurisprudenza, se non addirittura completamente negletto nelle decisioni, specie recenti, che, nel determinare in base a fattori sempre più soggettivi il *dies a quo* della prescrizione, sembrano dimentiche che l'istituto in questione, per il

---

nata, S. TOFFOLI, *Prescrizione dei diritti derivanti dal contratto di assicurazione*, in *Le assicurazioni*, a cura di A. LA TORRE, Milano, 2014, 573.

[24] G. SCALFI, *Manuale delle assicurazioni private*, Milano, 1994, 177 ss.

[25] Per tutti, A. AURICCHIO, *Appunti sulla prescrizione*, cit., 32 ss.; B. GRASSO, *sulla distinzione tra prescrizione e decadenza*, in *Riv. trim. dir. e proc. civ.*, 1970, 868; ID., voce *Prescrizione* (dir. priv.), in *Enc. dir.*, vol XXXV, Milano, 1986, 57.

[26] Ed è proprio in tale logica che ben si giustifica l'orientamento, espresso da talune sentenze della Cassazione (da ultima, ord. 26 settembre 2018, n. 23069), che hanno escluso la sussistenza di un dovere, gravante sull'assicuratore e desumibile dalle clausole generali contenute negli artt. 1175 e 1375 cod. civ., di avvisare l'assicurato dell'imminente prescrizione dei diritti di credito derivanti dalla polizza. In proposito si è sancito che "I doveri di correttezza e buona fede previsti dagli artt. 1175 e 1375 cod. civ. – essendo diretti a salvaguardare l'utilità della controparte nei limiti dell'interesse proprio, dell'accessorietà all'obbligazione pattuita e della necessità di non snaturare la causa contrattuale – non impongono al debitore di avvertire il creditore dell'imminente scadenza del termine di prescrizione del suo credito". Si evidenzia, condivisibilmente dalla Cassazione, che il principio di correttezza contenuto nell'art. 1175 cod. civ. trova un limite di applicazione nella sussistenza di un contrapposto e parimenti meritevole interesse proprio del creditore a fare valere l'estinzione del diritto per la maturata prescrizione; limite che sorge, come nel caso considerato, allorquando l'adempimento di esso imporrebbe al soggetto obbligato un apprezzabile sacrificio dei propri diritti o del proprio interesse. Si sottolinea, altresì, che se si ammettesse che qualunque debitore d'una prestazione abbia l'obbligo, scaturente dal dovere di correttezza, d'informare il creditore che il suo credito sia sul punto di prescriversi, si giungerebbe ad una paradossale conseguenza: infatti, supposta l'esistenza di quell'obbligo, si perverrebbe al risultato che ove il debitore lo osservi, ed informi il creditore dell'imminente prescrizione, quest'ultimo verosimilmente la eviterà; se il debitore non lo osservi, ed il credito si prescriva, il debitore sarà obbligato a risarcire un danno pari al credito perduto. Risarcimento oggetto d'un diritto il cui creditore, all'approssimarsi del maturare della prescrizione, avrà diritto di essere avvertito pena il risarcimento danno, e così via all'infinito. Nell'uno, come nell'altro caso, dunque, il rapporto obbligatorio mai si esaurirebbe e mai diverrebbe "quesito": approdo, quest'ultimo che sì porrebbe in contrasto col millenario fondamento dell'istituto della prescrizione, che è quello di dare certezza e stabilità ai rapporti giuridici.



quale come ricordavo, Carnelutti diceva che si avvera quella "*specie di miracolo per cui il diritto diventa non diritto*", è concepito nell'interesse del debitore [27].

Angolo di prospettiva questo, ovviamente tanto più da considerare quanto minore è il tempo della prescrizione, giacché proprio nelle prescrizioni brevi il ridotto o ridottissimo tempo in cui matura la facoltà per il soggetto debitore di eccepire l'estinzione del diritto, è espressione di una precisa scelta del legislatore che, con l'intento di dare certezza a determinate situazioni giuridiche, enfatizza in misura *inversamente proporzionale* al tempo della prescrizione l'interesse del debitore a liberarsi del vincolo [28].

Ed è evidente che se ciò non è prioritariamente tenuto in conto, si rischia di compromettere il funzionamento stesso dell'istituto in una prospettiva interpretativa distorsiva e ben poco legata al dato normativo, che, in talune ipotesi, finisce per negarne, di fatto, l'operatività, tradendone le finalità.

E, perciò, se si considera quanto innanzi appaiono del tutto evidenti quanto siano abnormi ed errate talune decisioni che, anche quando rese con riferimento a fattispecie in cui opera il tempo ordinario di prescrizione, finiscono per spostare talmente in avanti il "*giorno in cui il diritto può essere fatto valere*" rispetto alla data in cui il diritto è sorto, da determinare di fatto una sorta d'imprescrittibilità del diritto, in una lettura dell'istituto in questione che lascia in ombra e, perciò, sacrifica pesantemente l'interesse soggettivo attorno al quale esso, per espressa scelta del legislatore, ruota.

Gli esempi emblematici non mancano: si pensi a quanto si legge in una recentissima decisione del Tribunale delle imprese di Napoli [29] ove il Collegio si spinge ad affermare, a proposito della prescrizione del danno da intesa anticoncorrenziale reclamato dai sottoscrittori di *fideiussione omnibus* asseritamente nulla, che "*se si condivide la tesi che discetta di lungo-latenza del danno antitrust da intendersi come distacco temporale tra il momento di inflizione del danno da parte del danneggiante ed il momento della sua percezione da parte del danneggiato, allora l'onere probatorio incombe su chi solleva l'eccezione che deve provare il momento in cui chi agisce abbia assunto l'adeguata e ragionevole percezione del danno subito e della sua ingiustizia (cfr. Cass. n. 2305/2007). Nel caso in esame parte convenuta nel sollevare l'eccezione di prescrizione si limita a ritenere decorso il termine prescrizionale dal momento in cui è stato sottoscritto il contratto fideiussorio senza fornire alcun elemento per individuare il momento in cui il danno è stato realmente percepito dal danneggiato, da cui si deve far decorrere il dies a quo della prescrizione*".

È del tutto evidente, nella fattispecie in questione, che non solo il Collegio onera la parte convenuta di fornire una prova impossibile, ma altresì, nel legare il decorso della prescrizione all'elemento del tutto soggettivo della cd. percezione del danno e della sua ingiustizia da parte del fideiussore escludendo parametri oggettivi legati alla data della fideiussione o, quantomeno, alla data di in cui è stato emanato il provvedimento della Banca d'Italia [30] che ha sancito l'illegittimità dell'intesa [31], finisca per spostare indefinitivamente in avanti il decorso del termine della prescrizione.

---

[27] B. GRASSO, *op. e loc. ult. cit.*; ma sul punto cfr., anche, le limpide considerazioni di P. VITUCCI, *La prescrizione*, Tomo primo, artt. 2934-2940 cod. civ., in *Il codice civile Commentario,* diretto da P. SCHLESINGER, Milano, 1990, 38 ss. che efficacemente evidenzia, a proposito dell'individuazione dell'interesse tutelato dalla prescrizione, che esso "si intende soltanto lasciandosi alle spalle tutti i discorsi sulla certezza delle situazioni giuridiche, abbandonando ancora la prospettiva dell'art. 2934, incentrata sulla perdita del diritto, e collocandosi invece nell'angolo visuale di chi si avvantaggia della prescrizione".

[28] Considerazione quella espressa nel testo che, seppure non espressamente enunciata, riecheggia in una decisione della Cassazione del 13 gennaio 2015, n. 289, in *CED Cassazione*, 2015, ove si legge: "Il testo dell'art. 2952 cod. civ. deve essere interpretato in termini rigorosi, anche in considerazione del fatto che il termine di prescrizione ivi previsto è straordinariamente breve [...] e che sono sconsigliabili interpretazioni della lettera della legge che, ancorando la decorrenza del termine a date e a comportamenti non identificabili in modo certo, possano pregiudicare ulteriormente la certezza dei rapporti e l'esercizio dei diritti spettanti all'assicurato".

[29] Si tratta della sentenza n. 8688 del 6 ottobre 2021, inedita.

[30] Trattasi del noto provvedimento n. 55 del 2 maggio 2005 con il quale la Banca d'Italia ha sancito che "gli articoli 2, 6 e 8 dello



Analogamente, appare priva di ogni ragionevolezza la recente decisione della Cassazione [32], in tema di responsabilità professionale dell'avvocato, ove si afferma che "*il termine di prescrizione del diritto al risarcimento del danno inizia a decorrere non dal momento in cui la condotta del professionista determina l'evento dannoso, bensì da quello nel quale essa è oggettivamente percepibile e conoscibile dal danneggiato, vale a dire dalla formazione del giudicato*".

Nella specie, peraltro, la S.C. ha chiarito che il principio massimato riguarda non solo la figura dell'avvocato, ma ogni altro professionista che presti assistenza nel giudizio al proprio mandante, in ragione della peculiarità dell'inserimento dell'esecuzione del rapporto professionale nella struttura del processo [33].

Ebbene, anche in tal caso è fin troppo evidente che assumere che, solo dalla data di formazione del giudicato, e non, quantomeno, dalla decisione relativa al primo grado del giudizio, ove certamente è già ben percepibile dal cliente danneggiato l'eventuale inadempimento al contratto d'opera addebitabile al professionista, significa di fatto impedire il decorso della prescrizione per anni ed anni, senza che ciò abbia alcuna adeguata giustificazione. Significa di fatto essere dimentichi di quale sia l'interesse tutelato dall'istituto della prescrizione che, come già detto, va colto "*collocandosi nell'angolo di visuale di chi si avvantaggia della prescrizione*" giacché se questa per operare deve essere eccepita dal convenuto significa che il legislatore ha inteso rimettere alla sua valutazione l'esercizio di "*un diritto alla liberazione, conferitogli dal compiuto decorso del termine*" [34].

**8.** – Quanto innanzi, così come emerge da un'interpretazione legata al dato normativo dell'intera disciplina della prescrizione, comporta che ogni qual volta l'interprete, segnatamente il Giudice, ritenga di dover aggravare la posizione del debitore, spostando in avanti il *dies a quo* del decorso del termine, rispetto al fatto che ha determinato l'insorgere del diritto, ciò debba essere motivato in maniera solida e circostanziata, in funzione delle effettive specifiche peculiarità di determinate fattispecie dannose, nella consapevolezza che la ratio dell'istituto si fonda su un preciso *favor debitoris* [35], rischiando altrimenti di tradire anche il basilare

---

schema contrattuale predisposto dall'ABI per la fideiussione a garanzia delle operazioni bancarie (fideiussione omnibus) contengono disposizioni che, nella misura in cui vengano applicate in modo uniforme, sono in contrasto con l'articolo 2, comma 2, lettera a), della legge n. 287/90".

[31] Sul punto significativamente Cass. 27 febbraio 2020, n.5381, in *Danno e resp.*, fasc. 5, 2020, 613, sancisce che il *dies a quo* della prescrizione del diritto al risarcimento del danno derivante da illecito antitrust "comincia a decorrere dal momento in cui sia stato avviato, con pubblicità legale, il procedimento innanzi all'AGCOM per l'accertamento dell'abuso di posizione dominante".

[32] Cass. civ., sez. III, ord. 3 novembre 2020, n. 24270, in *Quot. giur.*, 2020.

[33] Parimenti per rimanere alla casistica nelle professioni di area legale la giurisprudenza, in tema di azione risarcitoria per responsabilità professionale del notaio, ha ritenuto che il *dies a quo* del termine prescrizionale non decorre dalla data della stipula del rogito, bensì dal momento in cui il danno risarcibile sia divenuto oggettivamente percepibile e riconoscibile da parte del danneggiato (Cass. civ., sez. III, 18 febbraio 2016, n. 3176, in *Danno e resp.*, 2016, 12, 1177, con nota di Petruzzi), giacché, si sostiene, solo in quel momento il cliente ha potuto avere la percezione di aver subito un danno e, inoltre, che tale danno fosse riferibile alla negligenza del professionista nel rogare l'atto.

[34] Sul punto, con esemplare chiarezza, P. VITUCCI, *La prescrizione*, cit., 39.

[35] A differenza di quanto si ritiene nella più volte citata decisione delle sezioni unite n. 576/2008, rappresenta un indiretto argomento a sostegno di quanto prospettato nel testo quello, che si trae da talune espresse previsioni legislative, ove il legislatore, esprimendo un'eccezione rispetto ad una regola, ha ritenuto di dover specificamente ed espressamente legare il *dies a quo* del decorso della prescrizione al requisito della conoscibilità da parte del danneggiato del danno e del nesso causale, Cfr., l. 31 dicembre 1962, n. 1860, art. 23, comma 1, ("impiego pacifico dell'energia nucleare"), nel testo novellato dal d.P.R. 10 maggio 1975, n. 519, che dispone "le azioni per il risarcimento dei danni alle cose e alle persone dipendenti da incidenti nucleari si prescrivono nel termine di tre anni dal giorno in cui il danneggiato abbia avuto conoscenza del danno e dell'identità dell'esercente responsabile oppure avrebbe do-



principio di ragionevolezza [36].

Senza tacere, con specifico riferimento alla responsabilità professionale, che interpretazioni come quelle appena citate rischiano di creare anche un perverso cortocircuito in danno del professionista laddove questi, trascorsi molti anni dalla data in cui ha malamente eseguito la prestazione d'opera professionale senza ricevere alcuna richiesta risarcitoria, abbia dismesso l'assicurazione professionale per cessazione dell'attività. In tale ipotesi, operando il regime *claims made*, unico di fatto esistente sul mercato delle assicurazioni professionali, non è affatto detto che, anche le recenti previsioni legislative che per la responsabilità professionale degli avvocati e degli operatori del comparto sanitario obbligano le Compagnie a fornire una postuma decennale, siano sufficienti ad assicurare da un lato al danneggiato il ristoro del pregiudizio subito e, dall'altro, al danneggiante ed ai suoi eredi la tranquillità [37] della copertura assicurativa [38].

vuto ragionevolmente esserne venuto a conoscenza". Inoltre il d.P.R. 24 maggio 1988, n. 224, art. 13, commi 1 e 2, (recante "attuazione della direttiva CEE numero 85/374 relativa al riavvicinamento delle disposizioni legislative, regolamentari e amministrative degli Stati membri in materia di responsabilità per danno da prodotti difettosi, ai sensi della l. 16 aprile 1987, n. 183, art. 15") prescrive che "Il diritto al risarcimento del danno si prescrive in tre anni dal giorno in cui il danneggiato ha avuto o avrebbe dovuto avere conoscenza del danno, del difetto e dell'identità del responsabile. Nel caso di aggravamento del danno, la prescrizione non comincia a decorrere prima del giorno in cui il danneggiato ha avuto o avrebbe dovuto avere conoscenza di un danno di gravità sufficiente a giustificare l'esercizio di un'azione giudiziaria".

[36] Sul punto, con molta incisività, C. COSTANTINI, *Le prescrizioni brevi*, in P.G. MONATERI, C. COSTANTINI, *Tratt. Dir. Civ., – La parte generale del diritto civile*, 5, *La prescrizione*, Torino, 2009, 285 e 289, ove si sottolinea, in senso fortemente critico rispetto all'interpretazione fornita dalla oramai prevalente giurisprudenza dell'art. 2947 cod. civ., "che facendo slittare la decorrenza della prescrizione dalla data di verificazione del fatto al momento dell'esteriorizzazione o ancora della conoscenza/conoscibilità dell'evento dannoso, si svuota integralmente di significato e di ragionevolezza la previsione di una disciplina derogatoria, quindi come tale eccezionale e di stretta interpretazione, rispetto alla generale dettata dall'art. 2946 cod. civ.". giustificando così "una assolutamente inaccettabile espansione temporale della prescrizione che diviene impredicibile" e dipendente da una serie di fattori ingovernabili.

[37] Sul punto cfr., anche, le incisive notazioni di A.M. GAROFALO, *L'assicurazione claims made e il dialogo tra formanti*, in *Riv. dir. civ.*, 2019, 4, 1039, ma anche di M. BARELLA, *Danno lungolatente,* dies a quo *della prescrizione e "abuso" nell'illecito antitrust*, in *Danno e resp*., fasc. 5, 2020, 617, che condivisibilmente evidenziano che la lungo-latenza ingenera, anche per il danneggiante, un grave rischio, giacché lo espone agli sfavorevoli esiti di un'azione giudiziaria a tempo pressocché indeterminato, vanificando, così, quasi completamente gli effetti dell'istituto della prescrizione.

[38] È forse proprio in ragione di tali preoccupazioni che in un recente disegno di legge, volto a modificare ed integrare la vigente disciplina in materia di equo compenso delle prestazioni professionali, approvato dalla Camera dei deputati il 13 ottobre 2021 e trasmesso dal Presidente della Camera dei deputati alla Presidenza del Senato il 14 ottobre 2021, rubricato con il n. 2419, all'art. 8, intitolato "*Prescrizione per l'esercizio dell'azione di responsabilità professionale*", si legge "*Il termine di prescrizione per l'esercizio dell'azione di responsabilità professionale decorre dal giorno del compimento della prestazione da parte del professionista*".

JUS CIVILE



*BENEDETTA AGOSTINELLI*

*Professore associato di Diritto privato – Università degli Studi Roma Tre*

# INFORMAZIONE E MINORI: UNA LETTURA INTEGRATA PER UNA TUTELA UNIFORME [*]

SOMMARIO: *1. Lo sviluppo fisico, psichico e morale del minore, fondamento della sua tutela. – 2. Il minore destinatario dell'informazione: la pubblicità commerciale. – 3. Il minore oggetto dell'informazione, tra privacy e cronaca. – 4. Il minore soggetto dell'informazione: lo speciale "consenso digitale" al trattamento dei dati personali. – 5. Aporie e frammentazioni nella tutela del minore: la necessità di una lettura integrata delle misure di protezione del "baby-consumatore" e del "baby-internauta".*

**1. –** Plurime le declinazioni possibili del rapporto tra informazione e minore età, dove si coglie, sul piano positivo, l'istanza di dare rilievo, oltre e più che alla situazione giuridica protetta in sé, al suo titolare, in quanto persona in formazione, ancora non pienamente matura, meritevole perciò di uno speciale trattamento.

A seconda del tipo di informazione e del suo campo di incidenza, rispetto ad essa il minore può esserne destinatario, oggetto, soggetto. In ciascuno di questi casi è presa variamente in considerazione la sua strutturale vulnerabilità.

Se l'attenzione riservata dall'ordinamento si presenta a prima vista frastagliata quanto alle modalità di tutela, occorre domandarsi se possa, in ragione del peculiare soggetto coinvolto, ricavarsi dalle distinte discipline, esaminandone alcune esemplificative, una *ratio* comune nell'intervento, un obiettivo ultimo, che possa essere tenuto presente per armonizzarle al meglio tra loro, per la massima utilità possibile; se poi, a fronte del riconoscimento univoco della necessaria protezione della categoria – nelle fonti più diverse, dalle convenzioni internazionali [1] ai codici di condotta [2] – questa non resti una vuota declamazione ma sia adeguatamente tradotta in regole attuative che non lascino spazi privi di copertura.

Quale, infatti, il vero interesse presidiato? E come, nei distinti ambiti?

---

[*] Lo scritto è dedicato al prof. Vincenzo Cuffaro e destinato agli Studi in suo onore.

[1] V., a titolo emblematico, l'art. 17, Convenzione ONU sui diritti dell'infanzia e dell'adolescenza del 20 novembre 1989 (ratificata in Italia con l. 27 maggio 1991, n. 176) – dove per *child* si intende il minore di età da 0 a 18 anni – a mente del quale "Gli Stati parti riconoscono l'importanza della funzione esercitata dai mass-media e vigilano affinché il fanciullo possa accedere ad una informazione ed a materiali provenienti da fonti nazionali ed internazionali varie, soprattutto se finalizzati a promuovere il suo benessere sociale, spirituale e morale nonché la sua salute fisica e mentale".

[2] Cfr. I.A. CAGGIANO, *Privacy e minori nell'era digitale. Il consenso al trattamento dei dati dei minori all'indomani del regolamento UE 2016/679, tra diritto e tecno-regolazione*, in *Familia*, 2018, 3 ss.



Quando si parla di minori, l'enfasi talvolta posta su tale interesse rischia di ostacolare, invece che agevolare, la messa a fuoco del suo reale contenuto [3].

In via di prima analisi – ma anche di massima sintesi – potrebbe individuarsene il nocciolo nell'equilibrio psico-fisico di una persona priva di esperienza e di strumenti critici affinati, qual è il minore, pure nei suoi diversi stadi evolutivi.

Del resto lo "sviluppo fisico, psichico e morale" del minore è precisamente obiettivo dichiarato e stilema largamente ricorrente in tutte (o quasi, come si vedrà) le norme a lui dedicate, anche quelle in vario modo riconducibili al concetto di informazione, nel suo senso più lato [4].

Detto sviluppo sarebbe potenzialmente compromesso dall'abuso della manipolabilità propria di una mente suscettibile di subire l'induzione al consumo precoce (specie di sostanze inappropriate all'età) ovvero la nociva esposizione a contenuti inadatti (quali quelli, ad esempio, che evocano o esaltano la violenza), ma anche di veder violata la propria immagine e riservatezza, attraverso la circolazione dei propri dati personali o di notizie che lo riguardano.

**2.** – Muovendo dal minore inteso quale *destinatario* dell'informazione commerciale, il suo presidio espresso è rappresentato, a titolo emblematico, dall'art. 31, d.lgs. 6 settembre 2005, n. 206 (cod. cons.) [5], sostanzialmente riprodotto negli artt. 43, lett. g) e 47, comma 2, del recente d.lgs. 8 novembre 2021, n. 208 (Testo unico servizi media audiovisivi, c.d. Tusma) [6]: quest'ultimo, infatti, all'art. 4 contempla, tra i principi, la "promozione e tutela del benessere, della salute e dell'armonico sviluppo fisico, psichico e morale del minore, garantiti dalla Costituzione, dal diritto dell'Unione europea, dalle norme internazionali vigenti nell'ordinamento italiano e dalle leggi statali e regionali" [7].

---

[3] Sulla nozione di interesse del minore e sulle sue possibili funzioni, v., nella vasta letteratura, V. SCALISI, *Il superiore interesse del minore ovvero il fatto come diritto*, in *Riv. dir. civ.*, 2018, 413, che, onde evitare "ogni possibile arbitrio o ideologismo", ritiene di "ancorare rigorosamente il concetto in questione al «dato positivo», che (…) non può che essere quello solidaristico-personalistico del pieno e integrale sviluppo della persona umana", di cui all'art. 3 Cost., ma anche più volte richiamato dalla Convenzione ONU del 1989 (artt. 18, 27, 29, 32). Per un'ampia indagine ricostruttiva, mirante a svelare le "ambiguità concettuali di un principio polivalente", si rinvia altresì a E. LAMARQUE, *Prima i bambini. Il principio dei* best interests of the child *nella prospettiva costituzionale*, Milano, 2016, 64 ss.; G. MATUCCI, *Lo statuto costituzionale del minore di età*, Padova, 2015, 3 ss.; E. BILOTTI, *Diritti e interesse del minore*, in *Autodeterminazione e minore età. Itinerari di diritto minorile*, a cura di R. SENIGAGLIA, Pisa, 2019, 13 ss.; G. SICCHIERO, *La nozione di interesse del minore*, in *Fam. e dir.*, 2015, 72 ss. Da ultimo, ad un'analisi della nozione esaminata sotto la lente di diverse discipline e rispetto ai molteplici profili che possono coinvolgere il minore è dedicato *The best interest of the child*, a cura di M. BIANCA, Roma, 2021.

[4] Sui molteplici significati del termine, V. CUFFARO, *Profili civilistici del diritto all'informazione*, Napoli, 1984, 4 ss.

[5] Rubricato "Tutela del minori", a norma del quale: "La televendita non deve esortare i minorenni a stipulare contratti di compravendita o di locazione di prodotti e di servizi.La televendita non deve arrecare pregiudizio morale o fisico ai minorenni e deve rispettare i seguenti criteri a loro tutela: a) non esortare i minorenni ad acquistare un prodotto o un servizio, sfruttandone l'inesperienza o la credulità; b) non esortare i minorenni a persuadere genitori o altri ad acquistare tali prodotti o servizi; c) non sfruttare la particolare fiducia che i minorenni ripongono nei genitori, negli insegnanti o in altri; d) non mostrare minorenni in situazioni pericolose". Per un commento e richiami alla casistica sanzionatoria da parte di Agcom per la violazione della norma, v. A. GENTILI, *Sub art. 31*, in *Codice del consumo*, a cura di V. CUFFARO, con il coordinamento di A. BARBA, A. BARENGHI, V ed., Milano, 2019, 322.

[6] Entrato in vigore il 25 dicembre 2021, che, a sua volta, modifica il precedente Tusmar del 2005, in attuazione della direttiva (UE) 2018/1808 del Parlamento europeo e del Consiglio, del 14 novembre 2018, "recante modifica della direttiva 2010/13/UE, relativa al coordinamento di determinate disposizioni legislative, regolamentari e amministrative degli Stati membri, concernente il testo unico per la fornitura di servizi di media audiovisivi in considerazione dell'evoluzione delle realtà del mercato".

[7] E all'art. 37 ("Disposizioni a tutela dei minori nella programmazione audiovisiva") vieta espressamente le "trasmissioni televisive gravemente nocive allo sviluppo fisico, psichico o morale dei minori, e, in particolare, i programmi che presentano scene di vio-



L'art. 31 cod. cons. vieta nelle televendite, da un lato, di "esortare" i minorenni "a stipulare contratti di compravendita o di locazione di prodotti e di servizi" e, dall'altro, di "arrecare pregiudizio morale o fisico ai minorenni", elencando una serie di specifici caratteri che, dati per strutturali (come l'inesperienza, la credulità, la fiducia riposta negli adulti di riferimento, la tendenza ad emulare), non devono essere usati come leva per stimolare in loro – e, attraverso loro, nei genitori – la domanda di consumo.

La tutela sembra qui evocare allora due ambiti: quello strettamente negoziale ("stipulare contratti", plausibilmente quelli ascrivibili alla vita quotidiana e da ritenersi quindi validi) [8] e quello del pregiudizio alla persona in sé e per sé; fisico, nel caso di minore esposto a situazioni pericolose che potrebbero suggerire atti imitativi; morale, nel caso di impressione o assuefazione rispetto a modelli comportamentali deviati che fossero proposti come accettabili o, addirittura, normali.

A ciò si aggiunge ora il nuovo Tusma che, tenendo opportunamente conto del "processo di convergenza fra le diverse forme di comunicazioni, quali le comunicazioni elettroniche, l'editoria, anche elettronica, e internet in tutte le sue applicazioni e dell'evoluzione tecnologica e di mercato", contiene disposizioni in materia di servizi di media audiovisivi, quali la trasmissione di programmi televisivi, radiofonici e la fornitura di servizi interattivi associati e di servizi di accesso condizionato, comprese le comunicazioni commerciali audiovisive ed i servizi di piattaforma per la condivisione di video.

In tale ampliato contesto, i programmi per bambini non possono contenere né il logo di uno sponsor, né l'inserimento di prodotti (c.d. "*product placement*"); i cartoni animati non possono essere interrotti da comunicazioni commerciali che devono essere chiaramente distinguibili e caratterizzate da evidenti elementi di discontinuità rispetto al resto della programmazione; è poi vietata in assoluto, ad esempio, la pubblicità di alcolici all'interno di programmi destinati ai minorenni e quella relativa ai prodotti alimentari idonei ad alterare l'equilibrio nutrizionale [9].

A tali indicazioni devono uniformarsi i codici di autoregolamentazione degli operatori del settore, che integrano così le norme citate, in particolare il Tusma che ad essi fa riferimento. Il "Codice di autoregolamentazione Media e Minori" [10], infatti, nella c.d. fascia oraria protetta prescrive, ad esempio, che la comunicazione commerciale debba essere chiaramente distinguibile dal resto della programmazione.

La discontinuità tra l'intrattenimento e la pubblicità, presupponendo un diverso atteggiamento nel fruire l'uno e l'altra, varrebbe infatti a scongiurare un'assimilazione confusiva che favorirebbe l'innescarsi di un (precoce) meccanismo dei bisogni indotti.

Secondo un giudizio prognostico, dunque, legato alla prospettiva di un pregiudizio (futuro) allo sviluppo psicofisico del minore (che, va da sé, resterebbe di fatto del tutto privo di copertura risarcitoria), simili prescrizioni sulla condotta degli operatori dei media audiovisivi manifestano l'intento non tanto di preservare la sua capacità di autodeterminarsi – come vale per gli adulti, che invece vengono con quelle modalità proprio

---

lenza gratuita o insistita o efferata ovvero scene pornografiche, nonché i film la cui proiezione o rappresentazione in pubblico ai minori di anni diciotto sia stata vietata dalle Autorità a ciò competenti".

[8] Secondo una soluzione volta a "plasmare le dimensioni della capacità sulla maturità di giudizio": v. E. DEL PRATO, *Le basi del diritto civile*, IV ed., rist. agg., Torino, 2021, 154.

[9] V., ad es., artt. 42, 43, 44 del d.lgs. 8 novembre 2021, n. 208 (nuovo Tusma).

[10] Reperibile all'indirizzo *https://www.mise.gov.it/index.php/it/ministero/organismi/area-tutela-minori*. Per un quadro della tutela della personalità del minore rispetto ai mezzi di comunicazione di massa si rinvia a A.C. MORO, *Manuale di diritto minorile*, VI ed., Bologna, 2019, 451 ss. e, in particolare rispetto alla pubblicità, dalla c.d. legge Mammì al "codice di autoregolamentazione TV e minori" nell'ultima versione del 2018, p. 472 s.; v. anche *La tutela dei minorenni nel mondo della comunicazione*, a cura dell'Autorità garante per l'Infanzia e l'Adolescenza (*www.garanteinfanzia.org/sites/default/files/la_tutela_dei_minorenni_nel_mondo_della_comunicazione.pdf*).



"esortati" a stipulare contratti – ma di arginare una serie di pericoli anteposti, legati alla costruzione stessa dell'identità del "baby-consumatore" e, in ultima analisi, alla sua salute [11].

**3. –** Quando, invece, i minori sono *oggetto* dell'informazione si appresta un altro tipo di tutela incentrata sul loro riserbo, che impone stringenti limiti nella divulgazione di dati o immagini ad essi relativi.

La regolamentazione, anche qui di fonte e rango diversi, prevede uno speciale riguardo, ad esempio, quando il minore sia sottoposto a procedimento penale [12].

Lo prevedeva già il d.P.R. n. 448/1988 in tema di processo penale a carico di imputati minorenni, vietando espressamente "la pubblicazione e la divulgazione, con qualsiasi mezzo, di notizie o immagini idonee a consentire l'identificazione del minorenne comunque coinvolto nel procedimento" (art. 13), a meno che dopo l'inizio del dibattimento il tribunale proceda in udienza pubblica.

L'ampliamento della previsione è avvenuto con il d.lgs. n. 196/2003 (cod. privacy) che estende il divieto ad ogni caso di coinvolgimento di minori in procedimenti giudiziari anche non penali, aggiungendo quello di pubblicare i nomi nonché la proclamazione ufficiale del principio di prevalenza del diritto alla riservatezza del minore rispetto a quello di cronaca. In ciò si è uniformato alla "Carta di Treviso" [13], un protocollo firmato da Ordine dei Giornalisti, Federazione nazionale della stampa italiana e Telefono azzurro nel 1990, volto a disciplinare il rapporto tra informazione e infanzia e sostanzialmente a proteggere il minore coinvolto in un fatto oggetto di notizia di cronaca da un'esposizione mediatica per lui potenzialmente pregiudizievole.

La salvaguardia del minore impatta qui, e va bilanciata, con l'esercizio del diritto di cronaca che viene così in tanto compresso in quanto impedita la conoscenza da parte dell'opinione pubblica di dati e immagini connesse che comporterebbero un discredito per il minore, segnando la sua identità *in itinere*.

Lo speciale rilievo all'età, che tale speciale compressione comporta, è chiaramente attribuito, infatti, in chiave precauzionale, anticipando (*ex ante*) la tutela garantita (*ex post*) dal diritto all'oblio: impedire in radice l'associazione tra notizia e minore, infatti, dovrebbe rappresentare la migliore misura di protezione, come sempre accade del resto per quelle di natura preventiva.

Anche qui, dunque, non è la privacy in sé e per sé o, meglio, solo quella –come varrebbe per l'adulto– a venire preservata ma, ancora in un'ottica prognostica, il processo evolutivo del minore coinvolto, influenzabile sia, nel tempo attuale, dal disagio di venire riconosciuto come collegato a fatti di cronaca, sia, nel tempo futuro, dal nefasto riverbero di notizie anche risalenti, specialmente in una società dell'informa-

[11] Si pensi al gioco d'azzardo di cui alla Raccomandazione della Commissione europea del 14 luglio 2014, che ricorda come: "I minori sono frequentemente esposti al gioco d'azzardo attraverso Internet, attraverso applicazioni per telefoni cellulari e mezzi d'informazione che riportano messaggi pubblicitari sul gioco d'azzardo e attraverso forme di pubblicità esterna. Inoltre, i minori assistono a gare sportive sponsorizzate da società legate al gioco d'azzardo o che propongono pubblicità che rimandano ad attività di gioco d'azzardo". L'art. 49 h) del Tusma vieta, infatti, le comunicazioni commerciali audiovisive relative al gioco d'azzardo.

[12] Per la ricostruzione del quadro regolatorio in questo specifico ambito si rinvia a V. MONTARULI, *La protezione dei dati personali e il minore*, in *I dati personali nel diritto europeo*, a cura di V. CUFFARO, R. D'ORAZIO, V. RICCIUTO, Torino, 2019, 305 ss.

[13] Ora integrata nel cod. privacy, che vi rinvia. Si veda l'Allegato A, art. 7 (Tutela del minore): "1. Al fine di tutelarne la personalità, il giornalista non pubblica i nomi dei minori coinvolti in fatti di cronaca, né fornisce particolari in grado di condurre alla loro identificazione. 2. La tutela della personalità del minore si estende, tenuto conto della qualità della notizia e delle sue componenti, ai fatti che non siano specificamente reati. 3. Il diritto del minore alla riservatezza deve essere sempre considerato come primario rispetto al diritto di critica e di cronaca; qualora, tuttavia, per motivi di rilevante interesse pubblico e fermo restando i limiti di legge, il giornalista decida di diffondere notizie o immagini riguardanti minori, dovrà farsi carico della responsabilità di valutare se la pubblicazione sia davvero nell'interesse oggettivo del minore, secondo i principi e i limiti stabiliti dalla 'Carta di Treviso'". In particolare sulla diversa gerarchia tra diritto di cronaca e di privacy v. V. MONTARULI, *La protezione dei dati personali e il minore*, cit., 312.



zione che, grazie agli attuali mezzi, è tendenzialmente in grado di conservare tutto senza più limiti di spazio né di tempo [14].

**4. –** Quando, infine, il minore è coinvolto nella circolazione dei suoi dati personali, prestando direttamente il relativo consenso, diviene *soggetto* attivo dell'informazione.

È quanto prevede, come noto, il recente Regolamento europeo per la protezione dei dati (Reg. EU 2016/679, o GDPR), fissando all'art. 8 una disciplina specifica, che però non tocca (espressamente) la generale capacità di agire del minore, come regolata da ciascun ordinamento nazionale [15].

La norma dispone che ove il trattamento preveda il consenso dell'interessato, se vi è "un'offerta diretta di servizi della società dell'informazione" ai minori, tale trattamento "è lecito ove il minore abbia almeno 16 anni", in caso di età inferiore va prestato o autorizzato da chi esercita la responsabilità genitoriale. Il limite di questa sorta di "maggiore età digitale" può venire ulteriormente abbassato dagli Stati nazionali (ma non al di sotto dei 13 anni) [16] e il legislatore italiano, col decreto di adeguamento del codice privacy [17], ha ritenuto di fissarlo nei 14 anni, stilando una norma (art. 2-*quinquies*, d.lgs. n. 193/1996) [18] ancora più chiara: "il minore che ha compiuto i quattordici anni può esprimere il consenso al trattamento dei propri dati personali in relazione all'offerta diretta di servizi della società dell'informazione".

Il GDPR, sulla scorta di una costante attenzione eurounitaria verso i minori particolarmente esposti durante la navigazione in rete [19], proclama uno speciale riguardo nei loro confronti al *considerando* 38 [20], che li ri-

---

[14] Cfr. S. RODOTÀ, *Il mondo nella rete. Quali i diritti, quali i vincoli*, Bologna, 2014, 41 ss.; da ultimo, R. CLARIZIA, *Internet: gli interrogativi del civilista*, in *Dir. di internet*, 2022, 5, osserva come "Su internet non c'è tempo, o meglio passato e presente si fondono in una perenne memoria e attualità. Su internet non c'è spazio, né confini e ogni "barriera" può essere tecnicamente superata ed aggirata".

[15] Per un commento puntuale della norma si rinvia a V. MONTARULI, *La protezione dei dati personali e il minore*, cit., 275 ss.; G. SPOTO, *Disciplina del consenso e tutela del minore,* in *La nuova disciplina europea della privacy*, a cura di S. SICA, V. D'ANTONIO, G.M. RICCIO, Milano-Padova, 2016, 111 ss.; E. LUCHINI GUASTALLA, *Privacy e data protection: principi generali*, in *Privacy digitale. Riservatezza e protezione dei dati personali tra GDPR e nuovo Codice Privacy*, a cura di E. TOSI, Milano, 2019, 76 s.

[16] In ciò il GDPR riproduce in sostanza la previsione del *Children's Online Privacy Protection Act 1998* (Coppa), che negli USA limita il necessario *parental consent* al raggiungimento dei 13 anni.

[17] Sull'adeguamento del "vecchio" codice privacy (d.lgs. n. 196/2003) avvenuto con il d.lgs. n. 101/2018 secondo una tecnica di novellazione assai discutibile, V. CUFFARO, *Quel che resta di un codice: il D.Lgs. 10 agosto 2018, n. 101 detta le disposizioni di adeguamento del codice della privacy al regolamento sulla protezione dei dati*, in *Corr. giur*., 2018, 1181 ss.; l'evoluzione della materia, ben evidente dalla nuova accezione della stessa nozione di privacy, è ripercorsa da ID., *Il diritto europeo sul trattamento dei dati personali e la sua applicazione in Italia*, in *La protezione dei dati personali e il minore*, in *I dati personali nel diritto europeo*, a cura di V. CUFFARO, R. D'ORAZIO, V. RICCIUTO, cit., 3 ss.

[18] Contro il parere, peraltro, del Garante per l'Infanzia e l'Adolescenza (23 maggio 2018, n. 1008, in *www.garanteinfanzia.it*) che suggeriva di confermare l'opzione europea dei 16 anni, quale età più idonea a garantire un più avanzato stadio di maturazione dell'adolescente, e già stabilita, ad es., per il riconoscimento del figlio e per la cessazione dell'obbligo scolastico. Favorevole invece il Garante privacy (parere 22 maggio 2018, n. 312, in *www.garanteprivacy.it*) per analogia con altre previsioni positive, quali l'assenso all'adozione e la promozione autonoma della tutela nei casi di cyberbullismo. Anche altri paesi hanno utilizzato la deroga: se, ad es., Germania, Lussemburgo, Paesi Bassi, Romania, Slovacchia, Ungheria hanno lasciato il limite dei 16 anni, Grecia, Repubblica Ceca, Slovenia, Francia l'anno abbassato a 15, mentre Austria, Bulgaria, Cipro, Lituania, come l'Italia, a 14 anni e Belgio, Regno Unito, Spagna, Svezia, Inghilterra, Danimarca, Finlandia, Polonia, Portogallo addirittura a quello minimo di 13 anni.

[19] Per i programmi di protezione impostati a livello europeo si rinvia a C. PERLINGIERI, *La tutela dei minori di età nei* social networks, in *Rass. dir. civ*., 2016, 1327 ss.

[20] "(…) Tale specifica protezione dovrebbe, in particolare, riguardare l'utilizzo dei dati personali dei minori a fini di marketing o di creazione di profili di personalità o di utente e la raccolta di dati personali relativi ai minori all'atto dell'utilizzo di servizi forniti direttamente a un minore (…)".



conosce apertamente "meno consapevoli dei rischi, delle conseguenze e delle misure di salvaguardia interessate nonché dei loro diritti in relazione al trattamento dei dati personali" e al *considerando* 58, dove si prescrive un linguaggio "semplice e chiaro che un minore possa capire facilmente" per qualsiasi informazione e comunicazione "quando il trattamento dati li riguarda".

Peraltro resta salva anche per i minori la possibilità sia di revocare il consenso dato sia di invocare il diritto all'oblio, inteso qui ed evolutosi in diritto alla cancellazione dei dati, successivamente al raggiungimento della maggiore età rispetto all'epoca in cui il consenso fu espresso (art. 17) [21].

L'introduzione di un "consenso digitale" anticipato rispetto alla soglia legale della maggiore età – una novità rispetto all'originaria dir. 96/46/CE in materia [22] – sollevando complesse questioni di sistema non indagabili in questa sede [23], ha incontrato un favore generalizzato, venendo prevalentemente letta come un passo ulteriore nella direzione di una maggiore autonomia dei giovani che (non è un caso) sono assidui (quando non compulsivi) fruitori dei "servizi della società dell'informazione" in questione, quali, ad es., i servizi di messaggistica istantanea, le piattaforme per la condivisione di fotografie o video o lo scambio di beni.

Premesso che "dati personali" sono elementi identificativi del soggetto (quali quelli anagrafici, l'indirizzo IP, la localizzazione, le preferenze rispetto ai siti visitati) e che possederli consente di orientare i gusti, indirizzando pubblicità mirata e alimentando così il mercato "finale", non v'è ormai dubbio che essi rappresentino una merce preziosa e che quindi rispetto ad essa sia configurabile un (seppure peculiare e prodromico) "mercato dei dati" [24] dove diventano merce – e mezzo – di scambio. Soprattutto, aldilà di ogni possibile lettura giuridica del fenomeno, per il fatto che la loro cessione, che il consenso al "trattamento" implica, si presenta nella maggior parte dei casi come la *condicio sine qua non* per l'accesso al servizio stesso.

Ora, al netto della facile aggirabilità "tecnica" dell'ostacolo dell'età minima, che solleva un ulteriore ordine di problemi applicativi e legittime perplessità sulla reale efficacia della norma, c'è da dubitare, invece, che il sedicenne e *a fortiori* il quattordicenne possano essere *in toto* equiparati in questo contesto, in ragione di tale "emancipazione digitale", a qualsiasi altro "interessato".

---

[21] "Tale diritto è in particolare rilevante se l'interessato ha prestato il proprio consenso quando era minore, e quindi non pienamente consapevole dei rischi derivanti dal trattamento, e vuole successivamente eliminare tale tipo di dati personali, in particolare da internet. L'interessato dovrebbe poter esercitare tale diritto indipendentemente dal fatto che non sia più un minore". Per un commento, F. DI CIOMMO, *Diritto alla cancellazione, diritto di limitazione del trattamento e diritto all'oblio*, in *I dati personali nel diritto europeo*, a cura di V. CUFFARO, R. D'ORAZIO, V. RICCIUTO, cit., 353 ss. In argomento, di recente tornato in auge anche grazie all'avvento del GDPR, v. M.A. LIVI, *Quale diritto all'oblio?,* Napoli, 2020; V. BELLOMIA, *Diritto all'oblio e società dell'informazione*, Milano, 2019; in particolare sull'efficacia dell'ordine di rimozione, v. M. ASTONE, *Il diritto all'oblio* on line *alla prova dei limiti territoriali*, in *Europa dir. priv*., 2020, 223 ss.

[22] E così rispetto al d.lgs. n. 196/2003 di recepimento che, limitandosi a richiedere il consenso dell'interessato, sollevò un dibattito circa la necessaria piena capacità d'agire dello stesso: in tema, V. CUFFARO, *La disciplina del trattamento dei dati personali*, in *La disciplina dei dati personali*, a cura di V. CUFFARO, V. RICCIUTO, Torino,1997, 222 ss.

[23] All'impatto sistematico interno della norma dedica un'ampia riflessione, tra gli altri, R. SENIGAGLIA, *Minore età e contratto. Contributo alla teoria della capacità*, Torino, 2021, 75 ss.

[24] Come intende V. CUFFARO, *Il diritto europeo sulla protezione dei dati e la sua applicazione in Italia: spunti per un bilancio*, in *Regolare la tecnologia. Il Reg. Ue 2016-679 e la protezione dei dati personali. Un dialogo tra Italia e Spagna*, a cura di A. MANTELERO, D. POLETTI, Pisa, 2018, 35 s. per "rimarcare che la circolazione dei dati ha ormai da tempo assunto un rilievo sul piano economico che sarebbe ingenuo se non ipocrita ignorare". La "lettura patrimonialistica" del fenomeno, largamente diffusa, è ampiamente argomentata, ad es., da V. RICCIUTO, *La patrimonializzazione dei dati personali. Contratto e mercato nella ricostruzione del fenomeno*, in *I dati personali nel diritto europeo*, a cura di V. CUFFARO, R. D'ORAZIO, V. RICCIUTO, cit., 23 ss.; R. SENIGAGLIA, *Minore età e contratto. Contributo alla teoria della capacità*, cit., 65 ss. E in giurisprudenza, v. di recente, Cons. Stato, 29 marzo 2021, n. 2630 e n. 2631, in *Giorn. dir. amm*., 2021, 609, con nota di F. MIDIRI.



Se, poi, è lecito ancora dubitare (è tema assai noto e discusso) di un consenso autenticamente libero ed informato da parte degli stessi adulti, rispetto ai giovani(ssimi) ancor più facilmente questo elemento può esser percepito come "imposto" [25] invece che libero e più come ostacolo da rimuovere per soddisfare un desiderio che strumento di consapevolezza per entrare nel mondo digitale.

Soprassedendo qui sulla dibattuta questione della configurabilità e validità di un simile contratto che abbia nella cessione dei dati la controprestazione dei minori per il servizio, le implicazioni negoziali di detta cessione, che appaiono già intricate e oscure rispetto all'interessato adulto, rispetto al minore rischiano di far perdere di vista l'obiettivo ultimo della sua tutela, in questo specifico scenario; scenario che rappresenta, invece – paradossalmente – proprio uno di quelli in cui massimamente si svolge la personalità del minore e si articola quindi il suo sviluppo psico-fisico. È infatti evidente come l'uso dei *social network* in particolare, tra i servizi offerti, sia uno dei principali mezzi di socializzazione e di manifestazione del pensiero, concorrente quindi nella costruzione stessa dell'identità personale del giovane utente e responsabile della sua "esistenza digitale" [26].

In ciò l'aporia che si rileva: in un uno degli ambiti (lo spazio digitale) in cui il minore è più attivo ed esposto [27], rischia di essere meno tutelato.

Senz'altro occorrerebbe che fosse spiegato soprattutto ai minori e in modo per loro comprensibile a che cosa esattamente acconsentono, immettendo i dati e autorizzandone il trattamento, nonché la ragione di scambio sottesa alla richiesta, che può arguirsi (solo), quando opera, dal meccanismo escludente, per cui senza autorizzazione l'accesso è negato. A tal proposito, la raccomandazione circa la semplicità e la chiarezza del linguaggio [28] appare, tuttavia, a ben vedere, un presidio più apparente che reale, più di forma che di sostanza, inadeguato ad un'efficace e completa tutela.

Una certa qual disinvoltura nel cedere i dati, infatti, già facilmente registrabile negli adulti – cui si può, tuttavia, rimproverare una scarsa ponderazione – tanto più la si riscontra mediamente nei minori, anche compiuti i 14 anni, proprio per l'inesperienza e la curiosità che li caratterizza e che giustificherebbe – per loro – un'analoga scarsa ponderazione.

Il minore, inoltre, quand'anche arrivasse a comprendere (grazie al linguaggio chiaro e sempre che ci si soffermi) le finalità per cui saranno trattati i suoi dati ben potrebbe non comprendere appieno o affatto la natura negoziale del gesto né i rischi della cessione propagabili nel tempo e nello spazio: coordinate, s'è detto, entrambe potenzialmente infinite nel *web*. E non si può omettere di considerare come sovente il linguaggio pur chiaro resti del tutto generico nell'indicare le finalità della raccolta, senza rappresentare né le possibili ulteriori finalità, né i possibili rischi connessi alla profilazione [29], né tanto meno la possibilità di incorrere o

---

[25] Cfr. L. Bozzi, *I dati del minore tra protezione e circolazione: per una lettura non retorica del fenomeno*, in *Eur. Dir. priv.*, 2020, 266 ss. che sottolinea la prevalenza nel GDPR del momento circolatorio rispetto a quello identitario.

[26] "Che talvolta assorbe o prevarica la loro esistenza fisica non virtuale": così M. Bianca, *Il minore e i nuovi media*, in *Autodeterminazione e minore età. Itinerari di diritto minorile*, a cura di R. Senigaglia, cit., 150.

[27] Una dettagliata e aggiornata analisi del tema è contenuta nel Libro bianco "Media e minori" (2018) dell'Autorità per le garanzie nelle comunicazioni (reperibile sul sito *www.agcom.it*).

[28] Tradotta così nel nuovo art. 2-*quinquies*, comma 2, cod. privacy: "In relazione all'offerta diretta ai minori dei servizi di cui al comma 1, il titolare del trattamento redige con linguaggio particolarmente chiaro e semplice, conciso ed esaustivo, facilmente accessibile e comprensibile dal minore, al fine di rendere significativo il consenso prestato da quest'ultimo, le informazioni e le comunicazioni relative al trattamento che lo riguardi".

[29] Ovvero il trattamento automatizzato dei dati che rielabora particolari aspetti e abitudini della persona: v. *considerando* 71, ove peraltro si prevede che non dovrebbe "riguardare i minori". La raccomandazione non è stata poi riprodotta nell'articolato, per cui si discute se sia cogente; per un approfondimento si rinvia a A. Pierucci, *Elaborazione dei dati e profilazione delle persone*, in *I dati personali nel diritto europeo*, a cura di V. Cuffaro, R. D'Orazio, V. Ricciuto, cit., 448 s.



subire illeciti durante l'uso, profili che sicuramente non sono ricompresi nelle "informazioni e comunicazioni relative al trattamento che lo riguardi" [30].

Se, come è stato osservato [31], con l'avvento della rivoluzione digitale siamo di fronte ad una nuova forma di identità, scaturente dalla circolazione di simili dati, un'identità anch'essa digitale, esprimere il consenso in tale ambito significa più complessivamente gestire tale identità, ammettendo che i suoi estremi circolino.

La consapevolezza del duplice effetto della cessione – "divulgativo" e al contempo "costitutivo" della stessa identità digitale – spesso manca negli interessati maggiorenni: presumerla nei ragazzi, senza adeguate contromisure, rende ancora più illusoria l'autodeterminazione che il consenso dovrebbe rivelare e rende altresì illusoria l'attesa (o pretesa) da parte dell'art. 2 *quinquies*, cod. privacy di un consenso realmente "significativo".

Quel grado di ponderazione in più allora sarebbe stato prudente, invece che estrometterli da ogni controllo, lasciarlo affidato e pretenderlo – per lo meno sotto forma di autorizzazione se non di sostituzione – dai genitori, posto che tale attività di assistenza – che infatti "resiste" fino al quattordicesimo anno – si inscrive pienamente nella responsabilità e nel dovere di cura cui sono tenuti *ex* artt. 315-*bis* e 316 cod. civ.

Così come ricade nel raggio del dovere educativo dei genitori il compito di impartire ai figli le regole del rispetto di se stessi e degli altri, specialmente ove più vulnerabili e, in generale, quelle per un uso responsabile dei mezzi di comunicazione [32]; la potenzialità lesiva di questi dovrebbe essere adeguatamente illustrata, rappresentando, ad esempio, come la diffusione non autorizzata di informazioni, dati, immagini relative a minori da parte di altri minori possa integrare la violazione del diritto alla riservatezza, all'immagine, alla reputazione o all'identità personale [33], quando non addirittura, per i suoi connotati specifici, le fattispecie di *cyberbullismo* (l. n. 71/2017) [34].

**5. –** I 14 anni rappresentano, dunque, una "maturità digitale" che è stata salutata, sull'onda di un certo "protagonismo minorile", come una conquista evolutiva del minore, sempre più e prima slegato dall'autorizzazione genitoriale, e direttamente ammesso a gestire in modo autonomo i suoi diritti personali non-

[30] Lo rileva anche L. BOZZI, *I dati del minore tra protezione e circolazione: per una lettura non retorica del fenomeno*, cit., 265 ss.

[31] G. ALPA, *L'identità digitale e la tutela della persona. Spunti di riflessione*, in *Contr. e impr.*, 2017, 723 ss., per il quale "l'identità è diventata un concetto liquido. E il diritto alla identità un diritto connesso con una realtà fattuale fluttuante, dinamica, fluida, quasi inafferrabile. Di questa identità si è impossessata l'informatica, e l'ha piegata strumentalmente ai suoi usi patrimoniali, nella ricerca del profitto per connettere ciascun aspetto dell'identità ai beni, ai servizi, ai contatti che possono essere utili alla persona o, con la forza della pubblicità, divenire bisogni indotti che debbono essere soddisfatti". Sulla neonata "identità digitale" nelle sue varie, possibili accezioni v. anche T. PASQUINO, *Identità digitale della persona, diritto all'immagine e reputazione,* in *Privacy digitale. Riservatezza e protezione dei dati personali tra GDPR e nuovo Codice Privacy*, a cura di E. TOSI, cit., 93 ss.

[32] I genitori, peraltro, possono dotarsi anche di alcuni strumenti di controllo e filtri di prevenzione, su cui v., ad es., F. D'AMBROGIO, Parental control*: accorgimenti tecnici per escludere la fruizione da parte dei minori di contenuti classificati a visione non libera*, in *Familia*, 2018, 25 ss.

[33] Per quanto meno agevole possa essere immaginare, per un minore, una proiezione sociale della persona, idonea a reclamare una specifica tutela. Sull'indefettibile riferimento alla proiezione sociale, quindi esterna, della persona nel delineare l'identità personale, A. CATAUDELLA, *L'identità personale*, in *Studi in onore di Ugo Majello*, a cura di M. COMPORTI, S. MONTICELLI, I, Napoli, 2005, 319.

[34] Sulla necessità di una specifica "dimensione digitale" nell'educazione, da non confondere con l'educazione digitale come "complesso di regole di competenza sull'uso della rete", v. M. BIANCA, *Minori e nuovi media*, cit. 161; in argomento sia consentito rinviare anche a B. AGOSTINELLI, *L'educazione della prole tra antiche prerogative genitoriali e nuovo interesse del minore*, in *Riv. dir. civ*., 2021, 155 ss.



ché per tale via, secondo alcuni, anche quelli patrimoniali immediatamente connessi [35].

Ma, a ben vedere, anche questa maturità digitale, non diversamente da quella ordinaria di cui all'art. 2 cod. civ., sconta, con i limiti propri di ogni criterio standard, l'automatismo di una data: il compimento del quattordicesimo anno, a prescindere dalla valutazione circa la cruciale "capacità di discernimento" [36], di cui non si fa menzione alcuna e che, invece, è di recente assurta a criterio-guida negli spazi di autonomia esistenziale previsti (art. 336-*bis* cod. civ., ad es.) e che sola giustifica una simile anticipazione.

Diversamente dal passaggio alla maggiore età, tuttavia, che presume il raggiungimento di un sufficiente grado di maturità idoneo alla generale cura dei propri interessi, la maturità digitale non è chiaro a quale tipo, o sottotipo, di maturità alluda.

Peraltro se è noto che lo sviluppo personale è il risultato dell'interazione di alcuni processi – biologici, cognitivi e socio-emotivi – e che nel *continuum* del processo di crescita possono distinguersi vari stadi evolutivi, è altrettanto noto che la maturità cognitiva non coincide necessariamente con quella emotiva, che consente di gestire le emozioni e prendere consapevolezza delle possibili conseguenze delle prozie azioni [37].

Ora, se è vero che oggi quella con cui ci si deve misurare, circa i mezzi di comunicazione, è una vera e propria "costellazione" [38] di fonti, anche di *soft law*, che sotto diversi profili, come s'è visto, si (pre)occupano di considerarlo isolatamente, si può osservare che solo di fronte allo specchio frammentato delle norme il minore appare in tante diverse figure quante le discipline di riferimento, ma di fronte alla società si presenta nella sua unicità e inscindibilità come persona in evoluzione; e il fatto che lo stesso compaia come un "capitolo" nel quadro di singole normative di settore (il consumo, i mezzi di comunicazione, la circolazione dei dati personali) non garantisce di per sé il raggiungimento dell'obiettivo finale di cui si diceva all'inizio.

Proprio l'armonico sviluppo fisico, psichico e morale del minore, peraltro, risulta il grande assente del GDPR, ove, così designato, non compare affatto.

L'unico "sviluppo" di cui il regolamento si occupa è apertamente quello "dell'economia digitale in tutto il mercato interno" (*considerando* n. 7).

L'ottica del regolamento, del resto, che esplicita come suo scopo quello di incentivare l'economia digitale, "che vive e si nutre della circolazione dei dati, garantendo il diritto fondamentale alla protezione di questi, all'insegna della creazione di un clima di fiducia e di collaborazione" [39], sembra orientata più a *promuovere* che a *proteggere*, svelando così la natura "bifronte" [40] del diritto alla privacy, nella rinnovata accezione di diritto sulla circolazione dei propri dati.

---

[35] Cfr. C. CAMARDI, *Minore e privacy nel contesto delle relazioni familiari*, in *Autodeterminazione e minore età. Itinerari di diritto minorile*, a cura di R. SENIGAGLIA, cit., 125 ss.; SENIGAGLIA, *Minore età e contratto. Contributo alla teoria della capacità*, cit., *passim*. La questione, nei suoi termini essenziali, è annosa: v., ad es., F. GIARDINA, *La condizione giuridica del minore*, Napoli, 1984; P. STANZIONE, *Capacità e minore età nella problematica della persona umana*, Napoli, 1976.

[36] Sul punto, L. BOZZI, *I dati del minore tra protezione e circolazione: per una lettura non retorica del fenomeno*, cit., 265 ss., che considera come presunto il discernimento del quattordicenne alla base del suo consenso. In tema, F. RUSCELLO, *Minore età e capacità di discernimento: quando i concetti assurgono a "supernorme"*, in *Fam. e dir.*, 2011, 404 ss.

[37] Sono, infatti, previste attualmente valutazioni specifiche di questi diversi aspetti del funzionamento mentale dell'individuo in età evolutiva: v. *Manuale diagnostico psicodinamico PDM-2 0/18. Infanzia e adolescenza*, ed. italiana a cura di V. LINGIARDI, N. MCWILLIAMS, A.M. SPERANZA, Milano, 2020, p. 5 ss.

[38] Così I.A. CAGGIANO, *Privacy e minori nell'era digitale. Il consenso al trattamento dei dati dei minori all'indomani del regolamento UE 2016/679, tra diritto e tecno-regolazione*, cit., 7. Per un'approfondita analisi del tema con puntuale ricostruzione della relativa congerie normativa, specialmente europea, si rinvia a E. ANDREOLA, *Minori e incapaci in* Internet, Napoli, 2019, *passim*.

[39] Su punto v. D. POLETTI, *Comprendere il Reg. UE 2016/679: un'introduzione*, in *Regolare la tecnologia. Il Reg. Ue 2016-679 e la protezione dei dati personali. Un dialogo tra Italia e Spagna*, a cura di A. MANTELERO, D. POLETTI, cit., 11 ss.

[40] Derivante dal carattere sia personale, per le implicazioni identitarie, che patrimoniale, correlato alla circolazione dei dati: M. BIANCA, *Minori e nuovi media*, cit., 151 ss. che per via di tale natura valuta come inadeguato l'attuale apparato di rimedi.



In questo contesto, dunque, al giovane di 16 o 14 anni viene aperta una strada che può percorrere in autonomia ma non la si rende per lui più adatta e sicura, sicché risulta essere la medesima che percorreranno i maggiorenni e con i medesimi mezzi [41].

Quindi lo stesso "baby-consumatore", protetto dal cod. cons. come soggetto vulnerabile, risulta esposto poi come "baby-internauta" agli stessi potenziali pregiudizi cui lo si era sottratto sotto l'altra veste, con l'aggiunta peraltro del pericolo, non sufficientemente valutato, di venire qui, per la innovativa interazione resa possibile dal mezzo, in contatto con altri utenti, anche sconosciuti, e di incorrere (attivamente o passivamente) in illeciti *on line* [42].

E così, per esempio, il minore "in situazioni pericolose" che non avrebbe potuto vedere in pubblicità può trovarlo rappresentato in un video caricato da un coetaneo su una piattaforma di condivisione e cedere alla temuta tentazione emulativa, come purtroppo la cronaca talvolta tragicamente racconta; lo stesso dicasi per l'esposizione a scene di abusi e violenza gratuita.

Si pensi poi a come i minori vengono sollecitati dai media, spesso in modo subliminale, a prestare il loro consenso digitale per accaparrarsi il servizio che viene offerto come gratuito [43] e come si ingeneri un meccanismo a catena di inviti pubblicitari sapientemente inseriti durante la navigazione, anche solo nel corso di un videogioco, consentendo al gestore di realizzare e sfruttare forme di pubblicità targettizzata e comportamentale, basata appunto sull'uso fatto dall'utente inconsapevole [44].

Per colmare la lacuna e correggere la contraddizione che ne deriva, all'offerta di servizi della società dell'informazione dovrebbero estendersi allora le precauzioni di cui all'art. 31 cod. cons., specialmente quando la tecnica di inserimento di banner pubblicitari si configuri come "pratica commerciale" ai sensi dell'art. 18, lett. d), cod. cons. [45]. Una pratica commerciale, si direbbe, doppiamente scorretta proprio perché si rivolge ai destinatari più vulnerabili, per i quali andrebbe sempre ricordato che l'abilità tecnica nell'uso del dispositivo, propria dei "nativi digitali", non postula affatto una pari capacità critica.

In definitiva, il minore vulnerabile davanti allo schermo della TV resta tale anche davanti a quello di un

---

[41] Per C. PERLINGIERI, *La tutela dei minori di età nei* social networks, cit., 1329, è necessario che "le concrete facoltà di utilizzo derivanti dall'iscrizione al *social site* siano differenziate tra minori di età e maggiori di età, sì che i minori non possano relazionarsi sui *social* con le medesime modalità dei maggiori di età", non essendo sufficiente in tal senso il ricorso di molti operatori a sistemi di filtraggio e di codifica dei contenuti.

[42] Sui rischi per i minori in rete sono ormai numerose le analisi e le riflessioni: v., tra le più recenti, E. ANDREOLA, *Minori e incapaci in Internet*, cit.; EAD., *Misure cautelari a tutela dei minori nei social network*, in *Fam. dir*., 2021, 849 ss. Sostiene la necessità, per la loro difesa, di una "strategia pluridimensionale" che combini la collaborazione di genitori, scuola e operatori dei *social network*, C. PERLINGIERI, *La tutela dei minori di età nei* social networks, cit., 1327.

[43] Il Consiglio di Stato (29 marzo 2021, nn. 2630 e 2631, cit. nota 24) ha ravvisato gli estremi della pratica ingannevole nella modalità di iscrizione a Facebook, non venendo adeguatamente rappresentato che il servizio fornito dalla piattaforma come gratuito era legato alla messa a disposizione dei dati per finalità commerciali non meglio definite.

[44] È noto il caso di TikTok (piattaforma impiegata per divulgare video), responsabile di diverse violazioni delle norme sulla privacy e di quelle a tutela dei consumatori: per una rassegna delle vicende dei *social network* più in voga tra i giovanissimi, in vario modo coinvolte nell'acquisizione e sfruttamento illegittimo dei dati dei minori, v., di recente, G. VULPIANI, *L'utente minore online: tutela della privacy e attività negoziale*, in *Tecnologie e diritto*, 2021, 104 ss.; sugli stimoli al consumo suscitati in rete v. le riflessioni di F. CRISCUOLO, *Minore-consumatore e diritto all'identità*, in *The best interest of the child*, a cura di M. BIANCA, cit., 986 ss.

[45] Anche quando non si tratti di informazioni vere e proprie ma meri "messaggi evocativi, suggestivi, volti ad attirare l'attenzione del consumatore", v. sul punto G. ALPA, in *Diritto dei consumatori*, a cura di G. ALPA, A. CATRICALÀ, Bologna, 2016, 183. L'art. 18 cod. consumo definisce, infatti, pratica commerciale "qualsiasi azione, omissione, condotta o dichiarazione, comunicazione commerciale ivi compresa la pubblicità e la commercializzazione del prodotto, posta in essere da un professionista, in relazione alla promozione, vendita o fornitura di un prodotto ai consumatori". In argomento, v. A. BARENGHI, *Diritto dei consumatori*, II ed., Milano, 2020, 195 ss.; R. ANGELINI, *Sub art. 18*, in *Codice del consumo*, a cura di V. CUFFARO, cit., 114 ss.



cellulare o di un tablet e, a differenza dell'adulto, che viene considerato "debole" (solo se e) quando veste i panni del consumatore, lo è a prescindere dal ruolo rivestito: di qui muove il senso della sua stessa protezione che per essere effettiva deve risultare uniforme, senza spazi che, asseritamente guadagnati alla sua autonomia, finiscono per restare vuoti di tutela.

Una simile aporia, parzialmente coperta ora dal nuovo Tusma [46], rivela una certa sottovalutazione dei plurimi riflessi che, ad esempio, la semplice iscrizione ad un *social network*, per nulla neutra, produce, e pone un problema di effettività e pienezza della protezione. Protezione che, in questa prospettiva, la spinta all'autonomia indotta dal consenso anticipato – pur in astratto condivisibile obiettivo di legislatore e interprete – rischia di compromettere o, in qualche misura, depotenziare. Non si può non riconoscere, infatti, che il minore si trova spesso più *solo* che *autonomo* nel venire in contatto con una realtà virtuale della cui incidenza sulla sua sfera personale può non percepire la reale portata e che il guadagnato consenso, finalmente scevro da condizionamenti genitoriali, può però aprire ad una serie indefinita di altri condizionamenti da parte di terzi, sottratti questi ad ogni controllo.

Per un armonico sviluppo fisico, psichico e morale del minore, allora, occorre che ad essere armonizzati siano prima di tutto gli strumenti messi in campo per perseguirlo, tanto più negli spazi ove svolge prevalentemente la sua personalità.

La protezione del minore *on line* non si esaurisce certo con la regolazione del consenso al trattamento dei dati, qualunque natura gli si attribuisca [47]; coinvolge, piuttosto, il momento della fruizione dei vari servizi in rete (peraltro molti accessibili senza filtri preventivi) che, a prescindere dal primo accesso, poi avviene normalmente in totale indipendenza; lì si apre allora il più complesso scenario della responsabilità legata ai contenuti immessi (anche da minori), auspicabilmente da estendersi al *provider* fornitore del servizio di *hosting*, prevedendo forme di più stringente controllo e prevenzione [48].

Non si può tuttavia disconoscere che una vigilanza scrupolosa nel momento dell'ingresso (più consapevole) nella rete – una nuova "casa di vetro" [49] – resta ancora un primo, importante baluardo a difesa del giovane navigante cui vengano affidate idealmente le chiavi.

E quel che resta è comunque anche il sospetto che, di fronte ad un mondo digitale che progredisce inces-

---

[46] Che all'art. 42 prevede che "i fornitori di piattaforme per la condivisione di video soggetti alla giurisdizione italiana devono adottare misure adeguate a tutelare: a) i minori da programmi, video generati dagli utenti e comunicazioni commerciali audiovisive che possano nuocere al loro sviluppo fisico, mentale o morale a norma dell'articolo 38, comma 3".

[47] Il GDPR non assoggetta la persona fisica che tratti i dati nell'ambito di un'attività a carattere squisitamente personale o domestico, come la corrispondenza, l'uso dei *social network* e l'attività *on line*. Così come esula la violazione che sia posta in essere dai medesimi genitori (si pensi al caso della pubblicazione sui *social network* delle fotografie dei propri figli o addirittura di atti giudiziari che li riguardano, su cui v. E. ANDREOLA, *Misure cautelari a tutela dei minori nei social network*, cit., 857).

[48] Cruciale l'inquadramento dei soggetti coinvolti a vario titolo nella diffusione dei contenuti illeciti, su cui la giurisprudenza fonda il giudizio di responsabilità: emblematica in tal senso, Cass. pen., 17 dicembre 2013, n. 5107, in *Giur. it*., 2014, 2016, con nota di A. MACRILLÒ che, nella nota vicenda Google-Vividown, per l'immissione in rete di un video con soprusi ad un ragazzo con sindrome di Down da parte di coetanei, ha escluso la responsabilità del *provider* in quanto non considerabile come titolare del trattamento; in proposito, V. MONTARULI, *La protezione dei dati personali e il minore*, cit., 313. Sulle figure soggettive implicate dal GDPR (il titolare del trattamento – *data controller* – il responsabile – *data processor* – e il soggetto interessato, portatore dell'informazione – *data subject*), v., per tutti, N. BRUTTI, *Le figure soggettive delineate dal GDPR: la novità del Data Protection Officer*, in *Privacy digitale. Riservatezza e protezione dei dati personali tra GDPR e nuovo Codice Privacy*, a cura di E. TOSI, cit., 117 ss.

[49] R. CLARIZIA, Internet*: gli interrogativi del civilista*, cit., 5, avverte che "La tecnica sopravanza il diritto e rende impossibile una concreta tutela della riservatezza. La persona è accerchiata e si scopre oggetto di continua attenzione, sotto riflettori che è impossibile oscurare o spegnere".



santemente nelle tecniche di attrazione dei neo-utenti, da un lato si renda il minore sempre prima autonomo perché, dall'altro, quanto prima possa – quale che sia il grado di sviluppo fisico, psichico e morale raggiunto – divenire un nuovo, autonomo consumatore [50].

Un interesse può allora dirsi così realizzato, ma non pare essere prioritariamente quello decantato, e superiore, del minore.

[50] Sui giovani, "consumatori perfetti", v. le riflessioni, in chiave sociologica, di D. SECONDULFO, *Born to buy. La socializzazione del giovane consumatore*, in *The best interest of the child*, a cura di M. BIANCA, cit., 1049 ss.

JUS CIVILE



*MARIA LUISA CHIARELLA*

*Professore associato di Diritto privato – Università Magna Græcia di Catanzaro*

# ATTI DI DESTINAZIONE *EX* ART. 2645-*TER* COD. CIV.: INCIDENZA DEL VINCOLO E SUA QUALIFICAZIONE

SOMMARIO: *1. Premessa. – 2. La destinazione dei beni* ex *art. 2645*-ter *cod. civ. – 3. Il dibattito in sede ermeneutica. – 4. L'incidenza del vincolo sui poteri dispositivi e di godimento. – 5. La qualificazione giuridica. – 6. Conclusioni.*

**1. –** L'art. 2645-*ter* cod. civ. regola la trascrizione degli atti in forma pubblica con cui beni immobili e mobili registrati sono destinati alla realizzazione di interessi meritevoli di tutela riferibili a persone con disabilità, a pubbliche amministrazioni o ad altri enti o persone fisiche ai sensi dell'art. 1322, comma 2, cod. civ. [1].

Il contenuto della disposizione, dato dalla compresenza di elementi di fattispecie e di disciplina, pone delicati problemi esegetici tutt'oggi oggetto di discussione [2].

---

[1] La disciplina degli atti di destinazione è stata introdotta dall'art. 39-*novies* del d.l. 30 dicembre 2005, n. 273 (convertito con modifiche nella l. n. 51 del 23 febbraio 2006), nel quadro del sistema pubblicitario, con la tecnica della novellazione al Codice civile.

[2] In letteratura, *ex plurimis*, si v.: M. BIANCA, voce *Vincoli di destinazione del patrimonio*, in *Enc. giur.*, XV, Roma, 2007, 1 ss.; R. LENZI, voce *Atto di destinazione*, in *Enc. dir.*, *Annali*, V, Milano, 2012, 52 ss.; L. NONNE, *Note in tema di patrimoni destinati ad uno scopo non lucrativo*, in *Riv. trim. dir. proc. civ.*, 2003, 1299 ss.; A. ZOPPINI, *Destinazione patrimoniale e trust: raffronti e linee per una ricostruzione sistematica*, in *Riv. dir. priv.*, 2007, 721 ss.; ID., *Prime (e provvisorie) considerazioni sulla nuova fattispecie, in* M. BIANCA (a cura di), *La trascrizione dell'atto negoziale di destinazione. L'art. 2645*-ter *del codice civile*, Milano, 2007; A. ZOPPINI, L. NONNE, *Fondazioni e* trust *quali strumenti della successione ereditaria*, in P. RESCIGNO (diretto da), *Trattato breve delle successioni e donazioni*, 2, Padova, 2010, 170 ss.; R. DI RAIMO, *Considerazioni sull'art. 2645* ter *c.c.: destinazione di patrimoni e categorie dell'iniziativa privata*, in *Rass. dir. civ.*, 2007, 983; U. MORELLO, *Tipicità e* numerus clausus *dei diritti reali*, in *Tratt. Gambaro, Morello*, I, Milano, 2008, 147 ss.; G. VETTORI (a cura di), *Atti di destinazione e* trust *(Art. 2645* ter *del codice civile)*, Padova, 2008; U. STEFINI, *La destinazione patrimoniale dopo il nuovo art. 2645* ter *c.c.*, in *Giur. it.*, 2008, 1823 ss.; ID., *Destinazione patrimoniale ed autonomia negoziale: l'art. 2645* ter *c.c.*, Padova, 2010; G. PALERMO, *La destinazione di beni allo scopo,* in *Diritto civile*, diretto da N. LIPARI, P. RESCIGNO, coordinato da A. ZOPPINI, II, *Successioni, donazioni, beni*, 2, *La proprietà ed il possesso*, Milano, 2009, 388 ss.; M. CEOLIN, *Destinazione e vincoli di destinazione nel diritto privato. Dalla destinazione economica all'atto di destinazione* ex *art. 2645* ter *c.c.*, Padova, 2010; F. BENATTI, *Le forme della proprietà. Studio di diritto comparato*, Milano, 2010, 162 ss.; EAD., *Vincoli di destinazione*, in *Tratt. dir. reali Gambaro e Morello*, II, Milano, 2011, 355 ss.; M. INDOLFI, *Attività ed effetto nella destinazione dei beni*, Napoli, 2010; G. D'AMICO, *La proprietà «destinata»*, in *Riv. dir. civ.*, 2014, 3, 525 ss.; ID., *L'atto di destinazione (a dieci anni dalla introduzione dell'art. 2645-ter)*, in *Riv. dir. priv.*, 2016, 7 ss.; F. GIGLIOTTI, *Atto di destinazione e interessi meritevoli di tutela*, in *Nuov. giur. civ. comm*., 2014, 362 ss.; ID., *Trust interno e atto di destinazione*, in *Giust. civ*., 2016, 743 ss.; A. DI LANDRO, *I vincoli di destinazione* ex *articolo 2645*-ter *c.c. Alcune questioni nell'interpretazione di dottrina e giurisprudenza*, in *Riv. dir. civ*., 2014, 727 ss.; AND. FEDERICO, *Interesse familiare e atti di destinazione*, in *Pubblicità degli atti e delle attività,* Napoli, 2014, 299 ss.; ANG. FEDERICO, *L'interesse alla trascrizione e la pubblicità dell'atto di destinazione*, in *Giust. civ*., 2015, 515 ss.; G. PETRELLI, *Destinazioni patrimoniali e trust*, Milano, 2019; P.E. MERLINO, *Il vincolo di destinazione di cui all'art. 2645*-ter *del codice*



In sede ermeneutica, le incertezze riguardano diversi profili. Tra questi, si dibatte circa la ricostruzione concettuale della figura: da un lato, la qualificazione della fattispecie negoziale [3]; dall'altro, la definizione della situazione soggettiva che da essa trae origine [4]. Con riferimento a questo secondo aspetto, la scissione tra interesse e titolarità della situazione e la puntuale previsione sulla legittimazione all'azione per la realizzazione del vincolo fanno sì che si presenti all'attenzione degli interpreti una situazione giuridica *sui generis* [5]; laddove, per altro verso, la natura puntiforme dell'interesse varrebbe a distinguere la fattispecie *de qua* da quella disciplinata dall'art. 2645-*quater* cod. civ., il quale sottende la presenza di un interesse diffuso ai fini della trascrizione del vincolo di uso pubblico o di altri vincoli, a favore dello Stato o di enti pubblici o esercenti un servizio di pubblico interesse, che siano previsti da norme di legge statale e regionale, dagli strumenti urbanistici o dalle convenzioni urbanistiche a essi relative.

Oggetto della presente riflessione è un'analisi dei rapporti tra l'istituto degli atti di destinazione [6] e il principio del *numerus clausus* dei diritti reali. Come conciliare il principio del *numerus clausus* con la possibilità per i privati di realizzare atti di destinazione dal contenuto essenzialmente atipico? Principio tradizionale della nostra cultura giuridica è, infatti, che sia di esclusiva competenza legislativa la possibilità di dar vita a situazioni reali con la preclusione per i privati di crearne di nuove, così come per la giurisprudenza di fornire un apporto creativo in materia [7].

---

*civile*, in P. FAVA (a cura di), *Diritti reali,* Milano, 2019, 600 ss.; P. DE MARTINIS, *Gli interessi meritevoli di tutela e l'art. 2645* ter *c.c.*, in *Jus civile*, 2021, 4, 1222 ss.; Per un'analisi giuseconomica, si v.: G. ROJAS ELGUETA, *Il rapporto tra l'art. 2645*-ter *c.c. e l'art. 2740 c.c.: un'analisi economica della nuova disciplina*, in *Banca, borsa, tit. cred.*, 2007, I, 185 ss.

[3] Sul punto si v. *infra* par. 3.

[4] Sul punto si v. *infra* par. 5.

[5] Evidenzia la dissociazione tra interesse del conferente e interesse del beneficiario C. SCOGNAMIGLIO, *Negozi di destinazione ed altruità dell'interesse*, nello Studio n. 357-2012/C del Consiglio Nazionale del Notariato*, Atti di destinazione – Guida alla redazione*, approvato dalla Commissione Studi Civilistici il 20 luglio 2012 e dal Consiglio Nazionale il 13 settembre 2012, 83. L'A. individua nella legittimazione ad agire per la realizzazione dello scopo, spettante (oltre che al conferente, anche) a qualunque interessato, una sorta di azione popolare. Ne discende che «l'interesse, cui ha riguardo l'art. 2645-*ter*, è strutturalmente un interesse che "sporge", per così dire, rispetto alla posizione individuale del disponente: ciò che costituisce un'apprezzabile premessa per risolvere, nel senso della necessaria altruità dell'interesse, il problema dell'appartenenza o riferibilità di quest'ultimo all'interno della disciplina dell'art. 2645 *ter*».

[6] Per i profili generali della destinazione patrimoniale nel diritto privato contemporaneo, si v. R. LENZI, voce *Atto di destinazione*, cit., 53 ss., secondo l'A. le figure di destinazione patrimoniale previste dal diritto positivo sono «manifestazioni legalmente tipizzate di un fenomeno più ampio, che in virtù della novella è diventato aperto nella direzione dell'atipicità, e di una determinazione degli scopi affidata ai privati, di cui la novella evidenzia le condizioni di ammissibilità e le regole di applicazione» (p. 58).

[7] In argomento, *ex multis*, v. M. GIORGIANNI, *«Diritti reali (diritto civile)»*, in *Nov. dig. it.*, V, Torino, 1960, 748 ss.; ID., *Contributo alla teoria dei diritti di godimento su cosa altrui*, Milano, 1940 (ora in ID., *Raccolta di scritti. Itinerari giuridici tra pagine classiche e recenti contributi*, Padova, 1996), 151 ss.; A. BURDESE, *Ancora sulla natura e tipicità dei diritti reali*, in *Riv. dir. civ.*, 1983, II, 236 ss.; A. NATUCCI, *La tipicità dei diritti reali*, Padova, 1988, *passim*; ID., Numerus clausus *e analisi economica del diritto*, in *Nuova giur. civ. comm.*, 2011, 7-8, 319 ss.; M. COMPORTI*, Diritti reali in generale*, in *Tratt. Cicu, Messineo*, Milano, 2011, 217 ss.; ID., *Diritti reali*, *I) Diritto civile*, in *Enc. giur.*, XI, Roma 1989, 5 ss.; F. ROMANO, *Diritto e obbligo nella teoria del diritto reale*, Napoli, 2014 (ed. originale 1967), 65 ss.; A. GAMBARO, *Note sul principio di tipicità dei diritti reali*, in L. CABELLA PISU, C. NANNI (a cura di), *Clausole e principi generali nell'argomentazione giurisprudenziale degli anni novanta*, Padova, 1998, 223 ss., spec. 227 ss.; G. BARALIS, *I diritti reali di godimento,* in *Diritto civile,* diretto da N. LIPARI, P. RESCIGNO, coordinato da A. ZOPPINI, II, *Successioni, donazioni, beni,* II, *La proprietà e il possesso*, cit., 180 ss.; C.M. BIANCA, *Diritto civile,* 6, *La Proprietà*, Milano, 1999, 133 ss.; B. AGOSTINELLI, *Diritti reali [dir. civ.]*, in *Diritto on line – Approfondimenti enciclopedici – Diritto civile*, 2015, §. 5; A. FUSARO, *Il numero chiuso dei diritti reali*, in *Riv. crit. dir. priv.*, 2000, 439 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.; E. BILOTTI, *Proprietà temporanea, usufrutto e tipicità delle situazioni di appartenenza*, in *Riv. not.*, 2013, 1300 ss.; P. TRIMARCHI, *Istituzioni di diritto privato,* Milano, 2019, 100 ss.; F. MEZZANOTTE, *La conformazione negoziale delle situazioni di appartenenza*, Napoli, 2015, 1 ss.; F.M. CIARALLI, *Diritti reali: caratteri generali. Il principio del numero chiuso.* Obligationes propter rem *e oneri reali*, in P. FA-



Numero chiuso e tipicità sono entrambi aspetti di un dogma che implica sia l'inammissibilità di diritti reali diversi rispetto alle figure previste nell'ordinamento [8], sia la non configurabilità di una disciplina negoziale che incida sul contenuto proprio del diritto reale tipico [9]. Occorre allora interrogarsi circa la natura del vincolo che permette di rendere opponibili ai terzi gli atti negoziali di destinazione di taluni beni ai quali viene impressa una specifica finalità [10].

**2.** – L'art. 2645-*ter* disciplina la «*Trascrizione di atti di destinazione per la realizzazione di interessi meritevoli di tutela riferibili a persone con disabilità, a pubbliche amministrazioni, o ad altri enti o persone fisiche*». La fattispecie dà luogo alla costituzione di un diritto opponibile idoneo a limitare i poteri del proprietario con effetto verso terzi [11]. Affinché ciò avvenga, è necessario che si tratti di finalità corrispondenti a interessi apprezzabili e purché sia definita anche la durata del vincolo che non può superare i novanta anni o la vita della persona fisica beneficiaria. Si profila, in tal modo, un limite al potere di godimento e di disposizione del proprietario per il perseguimento di interessi non egoistici.

La previsione codicistica dispone che per la realizzazione di detti interessi può agire, oltre al conferente, qualsiasi soggetto anche durante la vita del conferente stesso. I beni conferiti e i loro frutti possono essere impiegati solo per la realizzazione del fine di destinazione e possono costituire oggetto di esecuzione, salvo quanto previsto dall'art. 2915, comma 1, cod. civ., solo per debiti contratti per tale scopo [12].

Con l'art. 2645-*ter* cod. civ. il legislatore ha introdotto la possibilità per i privati di imprimere a determinati beni una destinazione ad uno scopo con effetti opponibili *erga omnes*, sottraendoli, dunque, alla disciplina generale sulla responsabilità patrimoniale e introducendo una fattispecie che si aggiunge ai casi di limi-

---

VA (a cura di), *Diritti reali*, cit., 224 ss. Per una disamina circa la valenza del principio nel quadro europeo e comparatistico, si rinvia a: V. MANNINO, *La tipicità dei diritti reali nella prospettiva di un diritto europeo uniforme*, in *Eur. dir. priv.*, 2005, 945 ss.; B. AKKERMANS, *The Principle of Numerus Clausus in European Property Law*, Cambridge, 2008; C. VON BAR, *The* Numerus Clausus *of Property Rights: A European Principle?*, in L. GULLIFER, S. VOGENAUER (eds.), *English and European Perspective on Contract and Commercial Law. Essays in Honour of Hugh Beale*, Oxford-Portland, 2014, 441 ss.; E. CALZOLAIO, *La tipicità dei diritti reali: spunti per una comparazione*, in *Riv. dir. civ.*, 2016, 4, 1080 ss.; A. FUSARO, *Tendenze del diritto privato in prospettiva comparatistica*, Torino, 2017, 355 ss. In argomento, sia consentito il rinvio a M.L. CHIARELLA, *Diritti reali di godimento*, in *Tratt. Consiglio Nazionale del Notariato*, III, 5, Napoli, 2020, 27 ss.

[8] Ciò chiaramente non significa che i diritti reali siano solo e soltanto quelli previsti nel sistema codicistico, potendo il legislatore costituire nuovi diritti reali (al di là dei tipi disciplinati all'interno del Codice civile) che saranno pur sempre "tipici" (G. BARALIS, *I diritti reali di godimento*, cit., 180).

[9] Un duplice limite relativo alla tipologia (*Typenzwang*) e al contenuto (*Typenfixierung*) dei diritti reali è valevole anche nel sistema tedesco (si v. B. AKKERMANS, *The Principle of Numerus Clausus in European Property Law*, cit., 245). Per la nostra esperienza giuridica, si v.: F. ROMANO, *Diritto e obbligo nella teoria del diritto reale*, cit., 73 ss.; V. GIUFFRÈ, *L'emersione dei «iura in re aliena» ed il dogma del 'numero chiuso'*, Napoli, 1992, 4; P.E. MERLINO, *Il vincolo di destinazione di cui all'art. 2645-*ter *del codice civile*, in P. FAVA (a cura di), *Diritti reali,* cit., 631 ss.; F. MEZZANOTTE, *La conformazione negoziale delle situazioni di appartenenza*, cit., 2, secondo l'A.: «[l'] influenza rivestita dal principio risulta particolarmente evidente specie ove si voglia aderire all'idea per la quale "numero chiuso" delle forme di appartenenza reali non possa che implicare anche la loro "tipicità", e dunque l'impossibilità di alterare convenzionalmente i connotati strutturali degli schemi definiti da fonte legale».

[10] In argomento, in generale, si v. A. TORRENTE, P. SCHLESINGER, *Manuale di diritto privato*, a cura di F. ANELLI, C. GRANELLI, XXV ed., Milano, 2021, 1461 ss.

[11] U. MORELLO, *Tipicità e* numerus clausus *dei diritti reali*, cit., 211.

[12] Cass. 18 gennaio 2019, n. 1260, in *Banca Dati De Jure.* L'atto di destinazione è però soggetto a revocatoria *ex* art. 2901 cod. civ., se perpetrato ai fini del depauperamento della garanzia patrimoniale in danno dei creditori (in tal senso, si v.: Cass. 15 novembre 2019, n. 29727, *ivi* e, nella giurisprudenza di merito, App. Torino 14 giugno 2017, n. 1315, *ivi*; Trib. Livorno 3 marzo 2020, n. 237, *ivi*; Trib. Monza 7 luglio 2020, n. 874, *ivi*; Trib. Alessandria 25 agosto 2020, n. 486, *ivi*; Trib. Ravenna 22 marzo 2021, n. 227, *ivi*).



tazione della responsabilità previsti dalla legge, cui l'art. 2740, comma 2, cod. civ. rinvia (si pensi, in tal senso, al fondo patrimoniale [13]).

Essendo l'atto di destinazione opponibile *erga omnes*, esso è valevole anche nei confronti dei creditori del conferente, salvi i diritti di coloro che abbiano trascritto il pignoramento anteriormente alla trascrizione dell'atto stesso (in forza del richiamo all'art. 2915 cod. civ.) [14].

**3. –** La nuova disciplina ha suscitato numerose problematiche interpretative: tra queste, basti pensare alla mancata qualificazione della struttura della fattispecie (se si tratti, cioè, di un atto necessariamente unilaterale, bilaterale o che possa indifferentemente assumere l'una o l'altra veste) [15]. Secondo alcuni interpreti, il negozio di destinazione sarebbe incompatibile con l'atto unilaterale e richiederebbe la struttura contrattuale in ragione del fatto che «l'art. 2645-*ter* non costituisce quella riserva di legge voluta dall'art. 1987 cod. civ. per legittimare una promessa unilaterale» [16]; secondo altre argomentate opinioni è sufficiente invece la presenza di un atto unilaterale per costituire un vincolo di destinazione e addirittura la natura essenzialmente unilaterale del medesimo [17].

---

[13] Per l'esame dei rapporti tra fondo patrimoniale e atti di destinazione, si v. R. LENZI, voce *Atto di destinazione*, cit., 80 ss, e A. FUSARO, *Atto di destinazione e fondo patrimoniale: concorrenza o integrazione tra istituti giuridici?*, nello Studio n. 357-2012/C del Consiglio Nazionale del Notariato*, Atti di destinazione – Guida alla redazione*, cit., 91 ss; per un accostamento degli atti di destinazione *ex* art. 2645-*ter* alla figura del fondo patrimoniale e agli artt. 168, 169 e 170 cod. civ., si veda: R. QUADRI, *L'art. 2645*-ter *e la nuova disciplina degli atti di destinazione*, cit., 1756 ss. In giurisprudenza, si v.: Trib. Reggio Emilia 10 marzo 2015, n. 399, in *Banca Dati De Jure*.

[14] Come si chiarirà meglio nel corso dell'indagine, il diritto del beneficiario, derivante dall'atto di destinazione, è perciò opponibile ai terzi, dandosi vita ad un vincolo sulla *res* che si giustifica in ragione della meritevolezza degli interessi perseguiti dall'autore dell'atto. Si v. F. MACARIO, *Gli atti di destinazione* ex *art. 2645* ter *cod. civ. nel sistema della responsabilità patrimoniale: autonomia del disponente e tutela dei creditori*, nello Studio n. 357-2012/C del Consiglio Nazionale del Notariato*, Atti di destinazione – Guida alla redazione*, cit., 77 e L. NONNE, *Le disposizioni rafforzative della volontà testamentaria*, Napoli, 2018, 162.

[15] R. LENZI, voce *Atto di destinazione*, cit., 59 ss.

[16] F. GAZZONI, *Osservazioni sull'art. 2645*-ter, in *Giust. civ.*, 2006, II, 172 ss.; ID., *Manuale di diritto privato*, Napoli, 2019, 843.

[17] P.E. MERLINO, *Il vincolo di destinazione di cui all'art. 2645*-ter *del codice civile*, cit., 649 ss.; P. SPADA, *Il vincolo di destinazione e la struttura del fatto costitutivo*, in *Atti notarili di destinazione dei beni: art. 2645*-ter (Atti del Convegno della Scuola di Notariato della Lombardia, Milano, 19 giugno 2006). In giurisprudenza, in tal senso, si v.: Cass. 13 febbraio 2020, n. 3697, in *Banca Dati DeJure*; Trib. Brindisi 24 giugno 2021, n. 936, *ivi* e Trib. Bari 23 marzo 2021, n. 1149, *ivi.*

Per un'analisi critica della possibilità di configurare un negozio testamentario di destinazione *ex* art. 2645-*ter* cod. civ., si v. l'ampia riflessione di L. NONNE, *Le disposizioni rafforzative della volontà testamentaria*, cit., 160 ss. Per l'opzione ermeneutica volta a concepire l'art. 2645-*ter* cod. civ. come: a) strumento di devoluzione ereditaria alternativo al testamento; b) atto di destinazione che trova fonte nel testamento; c) possibile applicazione del contenuto atipico del testamento sotto il profilo della fattispecie fondazionale, v. A. ZOPPINI, L. NONNE, *Fondazioni e* trust *quali strumenti della successione ereditaria*, cit., 173 ss. Si evidenzia la possibilità di un utilizzo del testamento quale strumento per realizzare il vincolo di destinazione sulla base del combinato disposto dell'art. 14 e dell'art. 2645-*ter* cod. civ. poiché la produzione di effetti equiparabili tramite destinazione e personificazione rende possibile l'applicazione di una disciplina omogenea alle due fattispecie. Da ciò si deduce l'irrevocabilità dell'atto di destinazione, essendo inapplicabili ad esso le ipotesi in cui è concepibile la revoca del negozio di fondazione (*ivi*, 183). Ritengono di ammettere il testamento tra le fattispecie idonee a realizzare vincoli di destinazione *ex* art. 2645-*ter* cod. civ. anche A. DE DONATO, *Il negozio di destinazione nel sistema delle successioni a causa di morte*, in M. BIANCA (a cura di), *La trascrizione dell'atto negoziale di destinazione*, cit., 39 ss. e P.E. MERLINO, *op. ult. cit.*, 656 ss.

In senso contrario, in giurisprudenza, si v. App. Roma 2 maggio 2019, n. 2838, in *Riv. not.*, 2019, 4, II, 768 ss., che conferma la decisione resa in primo grado ritenendo inammissibile la costituzione di un vincolo di destinazione per testamento, in base alla considerazione che l'art. 2645-*ter* cod. civ., non soltanto non contiene alcun richiamo al testamento, ma fa riferimento all'art. 1322, comma 2, cod. civ. valevole per i contratti e non per gli atti *mortis causa*. Al riguardo, si è però osservato che il riferimento all'art. 1322, comma 2, cod. civ. debba essere inteso come semplice indicazione del *topos* normativo dell'espressione "interessi meritevoli di tute-



Altresì discusso è il profilo della natura gratuita ovvero onerosa [18]; quello della delimitazione oggettiva, in merito alla possibile applicazione analogica in luogo di una interpretazione tassativa dell'art. 2645-*ter* cod. civ. [19]; l'efficacia, se obbligatoria o reale [20]; la questione se al vincolo in parola possa ritenersi corrispondere, in capo ai beneficiari del medesimo, una posizione giuridica di vantaggio assimilabile ad un diritto soggettivo (personale o reale, in collegamento al problema anzidetto del profilo dell'efficacia) ovvero alla categoria dell'interesse legittimo alla corretta amministrazione dei beni [21], nonché se detta posizione, comunque qualificata, sia cedibile oppure no [22] ed altresì la disciplina degli effetti della trascrizione e le sue modalità operative [23]. Questioni, tutte, al centro di un ampio dibattito [24].

Nella consapevolezza della vastità delle problematiche suscitate dall'istituto in esame, la presente riflessione si soffermerà, nello specifico, su due distinti profili: da un lato, l'incidenza del vincolo sui poteri dispositivi e di godimento del proprietario e, dall'altro, la qualificazione giuridica del medesimo.

**4. –** Per quanto attiene al primo profilo, si ritiene che la fattispecie introduca un *potere di conformazione della proprietà* attribuito al proprietario stesso, dando vita ad un *modello proprietario atipico* [25]. In una prospettiva di sussidiarietà orizzontale, si può individuare in capo al proprietario [26] una sorta di *delega* del potere

---

la" senza alcuna valenza sistematica e senza alcun rilievo in tema di necessaria applicazione della disciplina contrattuale al fine di precisarne il contenuto [cfr L. NONNE, *Autodestinazione e separazione negli enti* non profit *dopo la riforma del diritto societario*, in A. ZOPPINI, M. MALTONI (a cura di), *La nuova disciplina delle associazioni e delle fondazioni. Riforma del diritto societario e enti* non profit, *Quaderni della Rivista di diritto civile*, Padova, 2010, 245, nota 38; A. ZOPPINI, L. NONNE, *Fondazioni e* trust *quali strumenti della successione ereditaria*, cit., 178].

[18] R. LENZI, voce *Atto di destinazione*, cit., 61, ove si discute anche dei rapporti tra destinazione e liberalità.

[19] Opta per la possibilità di un'applicazione che superi i limiti oggettivi della disposizione G. PETRELLI, *La trascrizione degli atti negoziali di destinazione*, in *Riv. dir. civ.*, 2006, 2, 171 ss.: secondo l'A. nell'attuale contesto di progressiva mobilizzazione della ricchezza sarebbe antistorica un'interpretazione volta ad escludere, dal novero dei beni suscettibili di vincolo, cespiti di grandissima rilevanza economica (come i titoli di credito e le partecipazioni societarie), evidenziando la necessità di assicurare caso per caso specifica tutela ai terzi (ai quali il suddetto vincolo deve essere opposto) tramite adeguati strumenti pubblicitari.

[20] Per gli effetti reali si v. L. NONNE, *Le disposizioni rafforzative della volontà testamentaria*, cit., 163. Sostiene l'efficacia obbligatoria del vincolo *ex* art. 2645-*ter* cod. civ. E. MOSCATI, *Il testamento quale fonte di vincoli di destinazione*, in *Riv. dir. civ.*, 2015, pp. 261-263.

[21] Riferisce sul punto R. LENZI, voce *Atto di destinazione*, cit., 65.

[22] R. LENZI, *op. ult. cit.*, 66.

[23] R. LENZI, *op. ult. cit.*, 72 ss.

[24] In argomento, sulle diverse problematiche, v. *ex multis*: S. TROIANO, *Gli atti di destinazione*, in S. PATTI, M.G. CUBEDDU (a cura di), *Diritto di famiglia*, Milano, 2011, 230 ss.; F. GAZZONI, *Osservazioni sull'art. 2645-ter cod. civ.*, cit., 165 ss.; E. GABRIELLI, *Vincoli di destinazione*, in G. VETTORI (a cura di), *Atti di destinazione e* trust *(Art. 2645* ter *del codice civile)*, cit., 327 ss.; G. PETRELLI, *La trascrizione degli atti di destinazione*, cit., 178 ss.; U. LA PORTA, *L'atto di destinazione di beni allo scopo trascrivibile ai sensi dell'art. 2645* ter *cod. civ.*, in G. VETTORI (a cura di), *Atti di destinazione e* trust *(Art. 2645*-ter *del codice civile)*, Padova, 2008, 1073 ss.; e i contributi contenuti nei volumi di M. BIANCA (a cura di), *La trascrizione dell'atto negoziale di destinazione*, cit., e AA.VV., *Negozio di destinazione: percorsi verso un'espressione sicura dell'autonomia privata*, Milano, 2007.

[25] Cfr. sul punto L. BULLO, *Separazioni patrimoniali e trascrizione. Nuove sfide per la pubblicità immobiliare*, Padova, 2012, 31 ss. e G. D'AMICO, *La proprietà «destinata»*, cit., 530. Si nega la sussistenza di una *obbligazione propter rem*, in ragione della natura atipica dal punto di vista contenutistico dei vincoli di destinazione, a fronte della necessaria tipicità delle o.p.r.: «[i]l punto essenziale per risolvere la questione ruota attorno alla natura dei due istituti e precisamente concerne la pacifica tipicità che caratterizza le due fattispecie; onere reale e *obligatio ob rem* costituiscono, cioè, figure tipiche ammissibili soltanto nei (limitati) casi previsti dalla legge e sono quindi, per definizione, sottratti, quanto alla loro costituzione, al *dominium privatorum*» (così M. CEOLIN, *Destinazione e vincoli di destinazione*, cit., 267).

[26] Legittimato ad effettuare la destinazione non è solo il proprietario, ma anche il titolare del diritto reale limitato sulla *res* seppur



di funzionalizzazione della proprietà, volta alla realizzazione di interessi meritevoli di tutela e da attuarsi in via negoziale [27]. L'obbiettivo della *funzione sociale* della proprietà (art. 42, comma 2, Cost.) viene rimesso ad un intervento conformativo ad opera dello stesso proprietario, mediante l'atto di destinazione, volto ad imprimere a dati beni un vincolo funzionale al soddisfacimento di interessi altrui [28].

Come è noto, in linea di principio, il dogma del *numerus clausus* dei diritti reali limita la libertà contrattuale in relazione alla struttura del diritto reale, non al contenuto dello stesso [29]. Per tale ragione, discutendo dei rapporti tra *numerus clausus* e atti di destinazione si deve, da un lato, tener conto della possibilità per i privati, pur di fronte ad un divieto di dar vita a nuovi *tipi*, delle ampie potenzialità applicative offerte dal contenuto atipico dei diritti reali già presenti nel sistema [30]. Ciò riguarda, oltre che il caso in esame, la figura delle c.d. servitù atipiche e gli altri diritti reali in cui proprietario e titolare del diritto reale minore potrebbero convenzionalmente regolamentare i reciproci rapporti, con accordi oggetto di trascrizione e opponibili ai successivi aventi causa [31].

Dall'altro lato, occorre però evidenziare come il potere di modellare la proprietà, destinandola alla realizzazione di scopi meritevoli, rappresenti il cuore dell'art. 2645-*ter* e la chiave di lettura per una corretta esegesi della disposizione sia proprio la *meritevolezza degli interessi* perseguiti con l'atto di destinazione [32] da non intendersi riduttivamente come mera *liceità* [33], bensì da considerare in termini di *apprezzabilità sociale* (che supera il semplice requisito negativo della *illiceità*) [34] mirandosi a perseguire fini di rango costituzionale [35]. In ragione di ciò non sarebbero ammissibili vincoli di destinazione dei beni a esclusivo

---

nei limiti del proprio diritto e purché la destinazione non incida sui diritti altrui esistenti sullo stesso bene (cfr. sul punto Studio n. 357-2012/C del Consiglio Nazionale del Notariato*, Atti di destinazione – Guida alla redazione*, cit., 43).

[27] G. D'Amico, *op. ult. cit.*, 530.

[28] G. D'Amico, *op. ult. cit.*, 531. Senza con ciò escludersi la possibilità della sussistenza di un interesse (di tipo non patrimoniale) anche nel conferente.

[29] Cass. 4 gennaio 2013, n. 100, in *Banca Dati De Jure*.

[30] Si pensi al diritto di superficie e alle possibili applicazioni atipiche [su cui v. P. Giuliano *Il diritto di superficie,* in P. Fava (a cura di), *Diritti reali,* cit., 776 ss.; F. Felis, *Superficie e fattispecie atipiche. La cessione di cubatura*, in *Contr. impr.*, 2011, 632 ss.], nonché all'usufrutto atipico (F. Poliani, *Usufrutto*, in *Tratt. diritti reali Gambaro e Morello*, II, cit., 124 ss.). Secondo altra lettura, si tratta sostanzialmente di diritti reali *atipici*, la cui necessaria "standardizzazione" può offrire le medesime garanzie di certezza del diritto e sicurezza delle negoziazioni (U. Morello, *Tipicità e* numerus clausus *dei diritti reali*, cit., 157 ss.).

[31] C. Granelli, *Diritti reali tra innovazione e continuità*, in *Jus civile*, 2014, 10, 313.

[32] U. Morello, *Tipicità e* numerus clausus *dei diritti reali*, cit., 147 ss.

[33] Optano per una lettura non restrittiva dell'art. 2645-*ter* cod. civ., sostenendo ammissibili tutte le destinazioni purché lecite: G. Petrelli, *La trascrizione degli atti di destinazione*, cit., 179 ss.; E. Russo, *Il negozio di destinazione di beni immobili e beni mobili registrati (art. 2645* ter *cod. civ.)*, in *Vita not.*, 2006, 1243 ss.; A. Gentili, *Le destinazioni patrimoniali atipiche. Esegesi dell'art. 2645* ter *cod. civ.*, in *Rass. dir. civ.*, 2007, 12; Id., *La destinazione patrimoniale. Un contributo della categoria generale allo studio della fattispecie*, in *Riv. dir. priv.*, 2010, 62; G. Vettori, *Atto di destinazione e trascrizione. L'art. 2645* ter, in AA.VV., *La trascrizione dell'atto negoziale di destinazione*, cit., 176; F. Benatti, *Le forme della proprietà*, cit., 186 ss.

[34] F. Gigliotti, *Atto di destinazione e interessi meritevoli di tutela*, cit., 367 ss., il quale evidenzia come detto profilo sia emerso già in sede di lavori preparatori, laddove la disciplina degli atti di destinazione era stata ritenuta riferibile a finalità di nobile livello, «tanto che nell'unica riflessione espressamente relativa all'art. 39-*novies* l. n. 51/2006 – quale emergente dai resoconti parlamentari – il contenuto dell'art. 2645-*ter* cod. civ. è stato esplicitamente considerato afferente alle "problematiche dei soggetti portatori di handicap"» (*ivi*, 368). Ricostruisce la genesi della disposizione di cui stiamo discutendo anche P. De Martinis, *Gli interessi meritevoli di tutela e l'art. 2645-ter cod. civ.*, cit., 1227-1228, secondo il quale in tutti i progetti e disegni di legge l'attenzione è volta alla tutela delle persone fisiche più deboli e bisognose di cure, finalità di cui non si può non tener conto nell'interpretazione dell'art. 2645-*ter* cod. civ. nell'attuale testo.

[35] In ordine al perseguimento di finalità di solidarietà sociale, v. Trib. Vicenza 31 marzo 2011, in *Corr. giur.*, 2012, 3, 396 ss., con commento di F. Galluzzo, *Selezione degli "interessi meritevoli di tutela" nell'applicazione dell'art. 2645*-ter *cod. civ.* In dottrina, si v.: G. D'Amico, *La proprietà «destinata»*, cit., 540; U. La Porta, *L'atto di destinazione di beni allo scopo trascrivibile ai sensi dell'art. 2645* ter *cod. civ.*, cit., 103; A. Morace Pinelli, *Tipicità dell'atto di destinazione ed alcuni aspetti della sua discipli-*



vantaggio del disponente o di un terzo, ma privi di utilità sociale [36].

In ciò si può cogliere una differenziazione con l'istituto della fondazione, il cui scopo può essere meramente lecito come può ricavarsi dal dettato dell'art. 1, comma 3, del d.p.r. 10 febbraio 2000, n. 361, il quale precisa che «ai fini del riconoscimento è necessario che siano state soddisfatte le condizioni previste da norme di legge o di regolamento per la costituzione dell'ente, che lo scopo sia possibile e lecito e che il patrimonio risulti adeguato alla realizzazione dello scopo» [37].

È proprio la funzionalizzazione della proprietà – attuata mediante l'atto di destinazione – il punto di riferimento ai fini della distinzione della figura in esame da istituti di impronta eterogenea (si pensi anche al *trust*) caratterizzati da una maggiore ampiezza degli obbiettivi perseguibili [38], oltre che da significative differenze in termini di forma, struttura, contenuto ed effetti [39]. La separazione patrimoniale attuata mediante destinazione di dati beni ad interessi meritevoli determina invero una limitazione della responsabilità patrimoniale che, come tale, richiede filtri e cautele a tutela dei creditori [40].

Emerge, dunque, una *tipicità normativa di risultati* da perseguire a fronte di una *atipicità degli atti* soggetti a trascrizione [41].

Si è in presenza di una definizione neutrale della fattispecie (volta a non restringere il raggio d'azione della relativa normativa), diretta ad elaborare princìpi generali unificanti nella direzione della sicurezza delle tutele piuttosto che dei mezzi o schemi adoperati [42].

---

*na*, in *Riv. dir. civ.*, 2008, II, 451 ss.; E. GABRIELLI, *Vincoli di destinazione*, cit., 329; F. GAZZONI, *Osservazioni*, cit., 179; C. SCOGNAMIGLIO, *Negozi di destinazione, trust e negozi fiduciari*, in *Scritti in onore di G. Cian*, Padova, 2010, t. 2, 2313 ss.; M. NUZZO, *L'interesse meritevole di tutela tra liceità dell'atto di destinazione e opponibilità dell'effetto della separazione patrimoniale*, in AA.VV., *Famiglie e impresa: strumenti negoziali per la separazione patrimoniale*, Milano, 2010, 29; ID., *L'evoluzione del principio di responsabilità patrimoniale illimitata*, in AA.VV., *Gli strumenti di articolazione del patrimonio. Profili di competitività del sistema* (a cura di M. BIANCA e G. CAPALDO), Milano, 2010, 316 ss.; M. MAGGIOLO, *Il tipo della fondazione non riconosciuta nell'atto di destinazione* ex *art. 2645* ter *cod. civ.*, in *Riv. not.*, 2007, 1153 ss.

[36] A. ZOPPINI, L. NONNE, *Fondazioni e* trust *quali strumenti della successione ereditaria*, in P. RESCIGNO (diretto da), *Trattato breve delle successioni e donazioni*, cit., 157 ss.; F. BENATTI, *Vincoli di destinazione*, cit., 360. In tal senso, si v. anche R. DI RAIMO, *L'atto di destinazione dell'art. 2645*-ter*: considerazioni sulla fattispecie*, in G. VETTORI (a cura di), *Atti di destinazione e trust*, cit., 77 ss.

[37] Al pari delle associazioni, le fondazioni, a seguito della riforma del sistema di riconoscimento delle persone giuridiche, non sono più legate alla pubblica utilità dello scopo: in entrambe, il fine non lucrativo si combina con la liceità dello scopo nell'identificare sul piano causale la fattispecie e nel delineare il requisito per l'accesso alla personificazione dell'ente. In questo ordine di idee nella fondazione di famiglia (art. 28, ult. co., cod. civ.) si individua il riconoscimento del tipo di fondazione che assolve una finalità non pubblica, quantunque non strettamente individuale (più ampiamente, sul punto, si v. A. ZOPPINI, L. NONNE, *Fondazioni e* trust *quali strumenti della successione ereditaria*, cit., 150).

[38] A. ZOPPINI, L. NONNE, *Fondazioni e* trust *quali strumenti della successione ereditaria*, cit., 147 ss.

[39] In argomento, si v.: F. GIGLIOTTI, *Trust interno e atto di destinazione*, cit., 751, 755; A. ZOPPINI, *Destinazione patrimoniale e trust: raffronti e linee per una ricostruzione sistematica*, cit., 721 ss.; G. D'AMICO, *La proprietà «destinata»*, cit., 545, nota 52 e G. OBERTO, *Atti di destinazione (art. 2645* ter *cod. civ.) e* trust*: analogie e differenze*, in *Contr. impr./Europa*, 2007, 351 ss. Per un accostamento dell'art. 2645-*ter* al *trust*, v. G. PETRELLI, *La trascrizione degli atti negoziali di destinazione*, cit., 203 ss.; ID., *Trust interno, art. 2645* ter *cod. civ. e «trust italiano»*, in *Riv. dir. civ.*, 2016, I, 167 ss.; S. CERVELLI, *I diritti reali*, Milano, 2014, 66 ss. In giurisprudenza, in ordine alla non riconducibilità del *trust* alla fattispecie di cui all'art. 2645-*ter* cod. civ., si v. Trib. Reggio Emilia 22 giugno 2012, in *Banca Dati De Jure*.

[40] F. GAZZONI, *Manuale di diritto privato*, cit., 843. In senso contrario, configurando una sorta di libero diritto di alienare quantunque per fini non egoistici, v. A. GENTILI, *Le destinazioni patrimoniali atipiche. Esegesi dell'art. 2645*-ter *cod. civ.*, cit., 26 ss.; ID., *La destinazione patrimoniale. Un contributo della categoria generale allo studio della fattispecie*, cit., 62.

[41] Analogamente a quanto avviene per la disciplina introdotta dall'art. 2645–*quater* cod. civ., relativo alla trascrizione degli atti costitutivi di vincolo.

[42] F. BOCCHINI, *La pubblicità immobiliare ordinaria e dei mobili registrati*, in F. BOCCHINI, E. QUADRI, *Diritto privato*, Torino, 2018, 1473.



È, dunque, presente un raccordo tra la fattispecie di destinazione di cui stiamo discutendo e il principio del numero chiuso dei diritti reali. Detto raccordo s'individua nella riserva di legge imperante in materia, per cui compete al legislatore l'individuazione dei vincoli e delle restrizioni che possono limitare il contenuto della proprietà. La costituzione di un atto di destinazione rappresenta, infatti, un vincolo che grava sul bene e che continua a carico dei terzi acquirenti.

Com'è noto, nell'ordinamento vigente, il principio del *numerus clausus* trova specifici indici normativi dati *in primis* dall'art. 42, comma 2, Cost., il quale, oltre a formalizzare il riconoscimento e la garanzia del diritto di proprietà nel sistema (contro le limitazioni provenienti dai pubblici poteri), precisa che i modi d'acquisto, di godimento e i limiti della proprietà sono disciplinati dalla legge [43]. A livello di legislazione ordinaria, vi è l'art. 832 cod. civ. a stabilire che i limiti e gli obblighi posti nei confronti del diritto di proprietà sono fissati dall'ordinamento. Si prevede, inoltre, la possibilità di creare figure atipiche solo con riferimento al settore dei contratti (art. 1322, comma 2, cod. civ.) [44] e si chiarisce che il contratto ha effetti nei confronti dei terzi solo nei casi previsti dalla legge (art. 1372, comma 2, cod. civ.) [45]. Quest'ultimo disciplina, infatti, il potere normativo dei privati, limitandone l'efficacia alle sole parti contraenti [46]. Sotto altro profilo, viene altresì in considerazione il principio di tassatività della trascrizione: l'art. 2643 cod. civ. non contempla i contratti costitutivi di diritti reali atipici, i quali, dunque, non possono essere trascritti (né potrebbe invocarsi, a tal fine, l'art. 2645 cod. civ., il quale – pur contemplando la trascrizione di altri atti – fa pur sempre rinvio a "*taluno degli effetti dei contratti menzionati nell'articolo 2643 cod. civ.*").

Di talché, alla luce degli indici normativi ricordati, si deduce, correlativamente, che ai privati è preclusa la possibilità di incidere sul diritto di proprietà, essendo ciò riservato al legislatore [47].

---

[43] In argomento, si v. E. CATERINI, *La proprietà*, in *Tratt. Consiglio Nazionale del Notariato*, III, 3, Napoli, 2005, 85 ss.; ID., *Il principio di legalità nei rapporti reali*, Napoli, 1998, 29 ss.; A. IANNARELLI, *Funzione sociale della proprietà e disciplina dei beni*, in ID., *Proprietà e beni. Saggi di diritto privato*, Torino, 2018, 69 ss.

[44] M. COMPORTI, *Diritti reali in generale*, cit., 225; V. MANNINO, *La tipicità dei diritti reali nella prospettiva di un diritto europeo uniforme*, cit., 953. Sui rapporti intercorrenti tra *numerus clausus* e principio di autonomia, v. M. COSTANZA, *Il contratto atipico*, Milano, 1981, 141 ss. Può sottolinearsi la differenza che il concetto di *tipicità* comporta con riferimento, segnatamente, alla tematica contrattuale e a quella dei diritti reali. Mentre nel primo caso, infatti, il problema della *tipicità* attiene alla distinzione tra i vari modelli contrattuali (con diversa disciplina legale) ed al profilo della giustificazione causale per la creazione di contratti *atipici*, con riferimento ai diritti reali invece si tocca il profilo dell'efficacia nei confronti dei terzi delle pattuizioni che intendano creare situazioni non previste dalla legge. Si veda in argomento A. NATUCCI, *La tipicità dei diritti reali*, cit., 178: «[i] problemi della validità (*inter partes*) e dell'efficacia (verso i terzi) del contratto e del diritto atipico sono indubbiamente connessi, ma distinti. Può esserci infatti un diritto atipico che sia valido (tra le parti) in quanto rispettoso dei limiti "oggettivi" stabiliti dall'ordinamento, ma sia invece inefficace nei confronti dei terzi, come diritto reale». Si distinguono dunque i due profili della validità e dell'efficacia, in quanto la determinazione degli effetti *reali* è riservata all'ordinamento.

[45] A. NATUCCI, *La tipicità dei diritti reali*, cit., 157, 163; M. ALLARA, *Le nozioni fondamentali del diritto civile*, Torino, 1945, 406; F. GAZZONI, *Manuale di diritto privato*, cit., 250; con riferimento alla corrispondente previsione del cod. civ. del 1865 (art. 1123), si v. F. GERBO, *I diritti immobiliari di godimento su cosa altrui*, Milano, 2001, 53 ss.

[46] A. NATUCCI, *La tipicità dei diritti reali*, cit., 166.

[47] A. NATUCCI, *La tipicità dei diritti reali*, cit., 171.

La valenza del principio, com'è noto, si esprime sulla base di precise esigenze di politica del diritto: si mira a tutelare la proprietà, non gravandola di pesi ulteriori rispetto a quelli espressamente disciplinati dalla legge e, al tempo stesso, a tutelare i terzi che entrano in rapporto con il proprietario o con il titolare del diritto reale al fine di porli in condizione di conoscere con esattezza l'ampiezza dei propri diritti (cfr., in argomento, per tutti: G. ALPA, M. BESSONE, A. FUSARO, *Poteri dei privati e statuto della proprietà*, Roma, 2001, 140 ss.) La valenza attuale del principio viene sostenuta anche negli studi di analisi economica del diritto, per i quali il principio conserva una giustificazione nella funzione di informare i terzi sui tipi e sulle caratteristiche dei diritti reali (sia per i potenziali acquirenti, sia per evitare di incorrere in forme di responsabilità), nonché al fine di offrire regole di verifica efficienti (v. *amplius* F. BENATTI, *Le forme della proprietà. Studio di diritto comparato*, cit., 165 ss.). In senso contrario, si è sostenuto che l'esigenza di tutela dei terzi non contrasti con la libertà di creare nuovi diritti reali nel momento in cui vi sia la trascrizione dei relativi negozi co-



La previsione normativa degli atti di disposizione nel testo dell'art. 2645-*ter* cod. civ. fa sì che la figura sia in linea con il fondamentale principio di legalità che governa il settore dei diritti reali (così come le limitazioni di responsabilità patrimoniale ai sensi dell'art. 2740, comma 2, cod. civ.). Ciò nondimeno, spazi non marginali si aprono per i privati nel momento in cui si tratta di conformare il contenuto del diritto di proprietà per la realizzazione degli interessi meritevoli di tutela indicati nella disposizione.

Ecco allora individuato anche un collegamento con il *discrimen* tra *numerus clausus* e tipicità. In generale, il primo presuppone l'ancoraggio della fattispecie al diritto positivo, il secondo invece fa riferimento alla disciplina legale, in larga parte dispositiva, delle situazioni reali che ammette una sorta di atipicità di contenuto nei limiti del nucleo fondamentale inderogabile di ogni diritto reale.

In questo contesto, è lo stesso legislatore ad individuare detto nucleo fondamentale nella precisa finalizzazione della fattispecie negoziale (volta «*alla realizzazione di interessi meritevoli di tutela riferibili a persone con disabilità, a pubbliche amministrazioni, o ad altri enti o persone fisiche ai sensi dell'art. 1322, secondo comma*») che consente ai privati di dar vita a regolamenti di interessi atipici e dai contenuti più vari e articolati.

L'art. 2645-*ter* cod. civ., dunque, amplia notevolmente l'autonomia privata in quanto consente l'esercizio di un potere normativo sui beni [48], rilevante anche nei confronti dei terzi (con correlata limitazione della responsabilità patrimoniale del debitore) [49], altrimenti ammissibile soltanto se autorizzato da apposite disposizioni di legge [50].

La meritevolezza assume, pertanto, un significato pregnante sul piano strutturale, essendo elemento tipico e caratterizzante la fattispecie negoziale; l'esito negativo del relativo vaglio inciderà, infatti, sul prodursi degli effetti peculiari in cui la tutela si sostanzia [51].

Nell'inserimento del requisito della meritevolezza, dunque, si coglie la volontà di introdurre una «giustificazione "forte" agli atti dotati di effetti limitativi della responsabilità patrimoniale e della disponibilità dei beni, prevenendo il rischio di un'utilizzazione non funzionale ad un equilibrato contemperamento degli interessi in gioco» [52].

Preso atto di ciò, l'attenzione si sposta sul secondo e correlato profilo dell'indagine, dato dalla qualificazione giuridica del vincolo di destinazione.

**5. –** Uno dei profili più controversi è costituito dalla natura giuridica della situazione giuridica derivante dal vincolo di destinazione.

---

stitutivi e modificativi (effettuata a norma dell'art. 2645 cod. civ.), idonea a rendere edotto il terzo circa lo statuto del bene a cui è interessato. In mancanza di trascrizione, il terzo sarebbe salvaguardato dall'inopponibilità dei pesi che gravano sul bene stesso (cfr. V. GIUFFRÈ, *L'emersione dei «iura in re aliena» ed il dogma del 'numero chiuso'*, cit., 66). Si è altresì evidenziato in dottrina che la costituzione di nuovi diritti reali non sia necessariamente perniciosa per l'economia generale, essendo al contrario utile ove possa consentire un migliore utilizzo e sfruttamento dei beni (in tal senso: V. GIUFFRÈ, *op. ult. cit.*, 65).

[48] C. INDOLFI, *Attività ed effetto nella destinazione dei beni*, cit., 57.

[49] In ragione di ciò, in dottrina si evidenzia che la rilevanza giuridica della meritevolezza degli interessi dovrebbe essere trasferita sul piano della responsabilità patrimoniale (cfr. sul punto: F. MACARIO, *Gli atti di destinazione* ex *art. 2645* ter *cod. civ. nel sistema della responsabilità patrimoniale: autonomia del disponente e tutela dei creditori*, cit., 77).

[50] Per il profilo della segregazione patrimoniale rimessa all'autodeterminazione del disponente, si v. la riflessione di C. SCOGNAMIGLIO, *Negozi di destinazione ed altruità dell'interesse*, nello Studio n. 357-2012/C del Consiglio Nazionale del Notariato, *Atti di destinazione – Guida alla redazione*, cit., 82.

[51] G. AMADIO, *Note introduttive. L'interesse meritevole di tutela*, nello Studio n. 357-2012/C del Consiglio Nazionale del Notariato, *Atti di destinazione – Guida alla redazione*, cit., 58, che indaga le diverse accezioni di meritevolezza.

[52] R. LENZI, voce *Atto di destinazione*, cit., 69.



Nella consapevolezza della pluralità di modalità attuative astrattamente ipotizzabili [53], si può, anzitutto, rilevare che il processo di qualificazione della situazione del beneficiario va effettuato volta per volta con riferimento alla singola vicenda negoziale considerata nella sua specificità [54].

Ciò nondimeno, possiamo riflettere su possibili opzioni ricostruttive, soffermandoci in particolare sulla destinazione non traslativa del diritto di proprietà che rimane nella titolarità del conferente. Una prima opzione ritiene che il diritto del beneficiario sia un diritto di credito opponibile a terzi [55]; secondo un'altra lettura, la situazione nascente sulla *res* è qualificabile in termini di diritto personale di godimento [56]. La disposizione introdurrebbe un rapporto obbligatorio anche in considerazione della collocazione sistematica della disposizione (fuori dal contesto degli artt. 2643-2645 cod. civ. che disciplinano per lo più la circolazione dei diritti reali) [57].

Si delinea, al riguardo, il parallelismo con la omologa formula legislativa utilizzata a proposito dell'adempimento del *modus*, donativo o testamentario (artt. 648, comma 1, e 793, comma 3, cod. civ.), dalla quale sembra evincersi la *natura personale, e non reale, del diritto del beneficiario* [58].

Il regime pubblicitario prescritto dall'art. 2645-*ter* cod. civ. non varrebbe a fondare la realità della situazione nascente dal vincolo di destinazione [59], bensì a garantire unicamente l'efficacia del titolo nei confronti di terzi [60]. L'opponibilità derivante dalla trascrizione non è ritenuta idonea a fondare l'esistenza di un vincolo reale, in quanto relativa solo a problemi conflittuali e circolatori [61]. Sono considerati, peraltro, assenti alcuni connotati salienti della realità: l'immediatezza e la possibilità di acquisto del corrispondente diritto per usucapione [62].

Tali argomentati rilievi, a mio avviso, potrebbero non essere ritenuti sufficienti per escludere la compatibilità tra negozio di destinazione e vincolo reale, specialmente mettendo in evidenza la conformazione o la destinazione della proprietà che investe il bene in quanto "funzionalmente" vincolato [63].

La caratteristica della destinazione è data da una soggezione "funzionale" del bene allo scopo prescelto dal disponente; ulteriore effetto è l'autonomia del cespite rispetto al residuo patrimonio del destinante, auto-

---

[53] Si pensi, al riguardo, alla distinzione tra destinazione "statica" e "dinamica": solo nel secondo caso si ha un'attribuzione della *res* nella sua interezza per l'intero suo valore di scambio e all'esclusivo servizio di uno scopo specifico. Nel caso di destinazione "statica", dalle molteplici possibili utilità economiche ricavabili dal bene, il titolare ne enuclea una che diventa lo scopo cui è destinato il bene stesso, che non viene dunque necessariamente trasferito al momento dell'imposizione (cfr. F. GALLUZZO, *Autodestinazione e destinazione c.d. dinamica: l'art. 2645*-ter *cod. civ. come norma di diritto sostanziale*, in *Nuova giur. civ. comm.*, 2014, 2, 128 ss.; R. QUADRI, *L'art. 2645*-ter *e la nuova disciplina degli atti di destinazione*, in *Contr. impr.*, 2006, 6, 1723 ss.).

[54] R. LENZI, voce *Atto di destinazione*, cit., 65.

[55] F. GAZZONI, *Manuale di diritto privato*, cit., 842.

[56] Sul dibattito relativo alla posizione giuridica del beneficiario, si v. R. LENZI, voce *Atto di destinazione*, cit., 65 e lo Studio n. 357-2012/C del Consiglio Nazionale del Notariato*, Atti di destinazione – Guida alla redazione*, cit., 44 ed ivi ulteriori indicazioni bibliografiche.

[57] F. GAZZONI, *Manuale di diritto privato*, cit., 842; ID., *Osservazioni sull'art. 2645* ter, in *Giust. civ.*, 2006, 179 (la figura avrebbe ad oggetto una «obbligazione» presidiata non soltanto dai tradizionali rimedi connessi all'inadempimento a tutela del creditore – in particolare il risarcimento del danno *ex* art. 1218 cod. civ. –, ma altresì da rimedi più efficaci, tra cui la «opponibilità ai terzi» del vincolo di destinazione, se e in quanto trascritto).

[58] G. PETRELLI, *La trascrizione degli atti negoziali di destinazione*, cit., 203.

[59] Per tutti, cfr. F. GAZZONI, *Osservazioni*, cit., 167; R. DI RAIMO, *L'atto di destinazione dell'art. 2645*-ter, cit., 52; A. GENTILI, *Le destinazioni patrimoniali atipiche*, cit., 32.

[60] F. GIGLIOTTI, *Diritti personali di godimento*, in *Tratt. Consiglio Nazionale del Notariato*, III, 5, Napoli, 2018, 219.

[61] *Ibidem.*

[62] M. CEOLIN, *Destinazione e vincoli di destinazione*, cit., 239.

[63] P.E. MERLINO, *Il vincolo di destinazione di cui all'art. 2645*-ter *del codice civile*, cit., 622.



nomia da cui discende la necessità di valutare il profilo della meritevolezza in stretto rapporto con la tutela dei creditori del destinante stesso [64].

Correlativamente, può dirsi presente il profilo dell'*inerenza* di detto vincolo (che conforma la proprietà) alla *res*, previa valutazione della meritevolezza dell'interesse perseguito, attraverso la destinazione impressa al bene (con relativa sequela).

Può altresì considerarsi il profilo dell'*altruità* della *res*, quello dell'*assolutezza* e dell'*immediatezza* del diritto. La prima è *in re ipsa* nella dualità soggettiva di conferente e beneficiario.

L'assolutezza s'identifica, a livello generale, in un fattore intrinseco al diritto stesso dato dalla «(capacità di) indipendenza della posizione soggettiva dalla sfera giuridica dei terzi, di tal che il potere di azione nel quale si concretizza il diritto, mentre è, per un verso, idoneo alla soddisfazione diretta dell'interesse protetto si presenta, per altro verso, svincolato da una dimensione relazionale: ciò significa, detto altrimenti, che nelle situazioni assolute l'interesse giuridicamente rilevante è protetto attraverso l'attribuzione di un potere (*prius*) che tutti i terzi (e tra questi lo stesso proprietario della cosa su cui il diritto insiste) sono, conseguentemente (*posterius*), tenuti a rispettare» [65].

Pertanto, l'assolutezza può dirsi presente pure nel caso di atto non trascritto, in quanto la mancanza della trascrizione non incide sul dovere di non ingerenza dei terzi [66]; il sistema della trascrizione ha la sola funzione di risolvere un conflitto tra titoli assoggettabili al medesimo onere pubblicitario [67] (funzione cui rispondo-

---

[64] Studio n. 357-2012/C del Consiglio Nazionale del Notariato*, Atti di destinazione – Guida alla redazione*, cit., 8.

[65] F. GIGLIOTTI, *I diritti personali di godimento*, cit., 153, nota 509.

[66] C.M. BIANCA, *Diritto civile. 6. La proprietà*, cit., 128 ss.

[67] F. GIGLIOTTI, *I diritti personali di godimento*, cit., 336; F. GERBO, *I diritti immobiliari di godimento su cosa altrui*, cit., 49 ss. In senso contrario, si è osservato che la trascrizione servirebbe ad attribuire la nota dell'opponibilità a quei diritti che ne sarebbero sprovvisti. L'opponibilità in sostanza non sarebbe propria di determinati diritti, bensì dipenderebbe dalla presenza dei requisiti pubblicitari (cfr. M. GIORGIANNI, *L'obbligazione*, I, Milano, 1968, 100; ID., voce *Diritti reali*, cit., 750). Osserva invece C.M. BIANCA, *Diritto civile. 6. La proprietà*, cit., 129: «[l]a mancata trascrizione dell'atto di acquisto del diritto reale comporta una *inopponibilità relativa* dell'atto, nel senso che questo non può essere opposto a chi abbia trascritto o iscritto il proprio titolo. Ma l'inopponibilità del titolo nei confronti di chi possa eventualmente giovarsi di un titolo anteriormente trascritto – e cioè il pericolo che l'acquisto possa venir meno – non toglie che l'alienatario abbia intanto un diritto esercitabile *erga omnes*». Le tesi risalenti a N. COVIELLO (*Della trascrizione*, Napoli-Torino, 1914, I, 432 ss.) e F. MESSINEO (*Manuale di diritto civile e commerciale*, Milano, 1972, II, 729 ss.) propendono per la medesima opzione *dichiarativa*. In ordine alla funzione tipica della pubblicità e della trascrizione che «assolve al centrale ruolo di porre una regola finale alla cui stregua sono risolti i conflitti tra più aventi causa dallo stesso autore», si v. F. GAZZONI, *La trascrizione immobiliare*, in *Cod. civ. Commentario Schlesinger e Busnelli*, I, Milano, 1991, 458. Autorevole dottrina ha invece distinto una funzione diretta o principale e una funzione indiretta della trascrizione. La trascrizione ha un centro di gravità teleologico primario: la conoscibilità legale a cui si collegano gli svariati effetti ulteriori (S. PUGLIATTI, *La trascrizione*, I, 1, in *Tratt. Cicu, Messineo*, XIV, Milano, 1957, 229 ss., 327 ss.). Sostenitore di questa concezione anche G. GABRIELLI, *Pubblicità legale e circolazione dei diritti: evoluzione e stato attuale del sistema*, in *Riv. dir. civ.*, 1988, I, 433, secondo il quale «deve ammettersi (...) che l'unica funzione, comune a tutte le norme che prescrivono la pubblicità, e pertanto l'unica funzione generale dell'istituto, è quella di assicurare che determinati fatti siano resi conoscibili a chiunque; al risultato della conoscibilità vengono poi collegati, solo talvolta, effetti particolari», uno dei quali, per l'autore, sarebbe assegnato alla trascrizione dall'art. 2644 cod. civ.; e M. COSTANZA, *Doppia vendita immobiliare e responsabilità del secondo acquirente di mala fede*, in *Riv. dir. civ*., 1983, I, 522. Si fa riferimento alla funzione di pubblicità della trascrizione, consistente nel rendere conoscibili alla generalità dei consociati determinate vicende relative a beni immobili e mobili registrati, rispetto alla quale diviene secondario l'effetto della risoluzione dei conflitti tra i diversi acquirenti. Di diverso avviso è, invece, F. GAZZONI, *op. ult. cit.*, 42 ss. secondo il quale «non esiste una funzione pubblicitaria rilevante in quanto tale, perché la pubblicità che deriva dalla trascrizione è solo una conseguenza indiretta ed occasionale della funzione assolta in altra direzione. Il rendere pubblica la vicenda circolatoria è infatti soltanto strumentale al perseguimento di specifici fini ulteriori (...) Ogniqualvolta non viene in questione un conflitto risolto dalle norme di cui agli artt. 2643 ss., la trascrizione non ha alcuna funzione da svolgere, né rileva che essa sia stata curata nemmeno a fini ulteriori (o, per meglio dire, ultronei) quali quello della notizia», salvo rare eccezioni come quella di cui all'art. 2651 cod. civ.



no le previsioni dell'art. 1155 cod. civ., per i beni mobili, e dell'art. 1380 cod. civ. per i diritti personali di godimento [68]).

La trascrizione non è idonea a fornire efficacia reale ad una situazione che ne sia priva; opera invece su di un piano differente, «stabilendo, in caso di conflitto tra più aventi causa (a titolo traslativo) a quale soggetto debba essere attribuito il diritto» [69].

Assolutezza significa, al contrario, che il diritto è da sé autosufficiente e tutti i terzi (compreso il proprietario *dominus* della cosa) sono tenuti a rispettarlo.

L'assolutezza del vincolo di destinazione si identifica, nello specifico, nella soggezione della *res* al beneficiario senza che ciò dipenda dalla relazione giuridica con altri soggetti purché si rispetti il nucleo inderogabile della fattispecie legale, dato dalla presenza di interessi meritevoli di tutela riferibili a persone con disabilità, a pubbliche amministrazioni, o ad altri enti o persone fisiche ai sensi dell'art. 1322, comma 2 [70].

L'*immediatezza*, inoltre, si palesa allorché si consideri il rapporto soggetto-oggetto e la possibilità di realizzare l'interesse del titolare mediante un rapporto diretto con la *res*.

La situazione di cui stiamo discutendo non potrà acquistarsi per usucapione in quanto ciò è precluso dallo stesso legislatore, che prescrive per l'atto costitutivo la forma dell'atto pubblico. Sono altresì escluse le scritture private con sottoscrizione autenticata o accertata giudizialmente; ammesse invece, in linea generale, dall'art. 2657 cod. civ. come titoli idonei per la trascrizione.

Non è la pubblicità ad attribuire realità al rapporto; ciò deriva dalle caratteristiche proprie della situazione giuridica nascente dal medesimo [71].

La disciplina della trascrizione e il rispetto del principio di legalità richiesto dall'art. 42, comma 2, Cost. (nell'introduzione di limiti al diritto di proprietà) sono da leggersi a conferma della tesi della natura reale e non a confutazione della medesima, posto il collegamento sussistente nel nostro ordinamento tra numero chiuso dei diritti reali e principio di tassatività della trascrizione.

Possono, in tal modo, costituirsi vincoli a carattere reale (seppur atipici quanto a contenuto [72]), purché sussistano esigenze meritevoli di protezione costituzionalmente rilevanti e tali da richiedere una tutela che vada oltre gli effetti obbligatori.

Nella sostanza, l'effetto dell'atto di destinazione è una separazione dei beni, resi – con efficacia *erga omnes* – funzionali a uno specifico fine e sottratti alla generale garanzia dei creditori. A costoro, infatti, l'atto di destinazione è opponibile, così come sarebbe opponibile un diritto reale [73].

Pertanto, se in capo al conferente può dirsi sussistente una tipologia di proprietà conformata dall'autonomia privata, in capo al beneficiario non può negarsi la sussistenza di una situazione a carattere reale, an-

---

[68] A. NATUCCI, *La tipicità dei diritti reali*, cit., 140. Con riferimento alle problematiche sottese all'esegesi dell'art. 1155 cod. civ. si v. S. PATTI, *Art. 1155*, in *Commentario cod. civ. Gabrielli*, *Della proprietà****, Padova, 2013, 644 ss.; per l'art. 1380 cod. civ., si v. D. POLETTI, *Art. 1380,* in *Commentario cod. civ. Gabrielli*, *Dei contratti in generale***, Padova, 2011, 883 ss.

[69] A. NATUCCI, *La tipicità dei diritti reali*, cit., 138; A. SCALERA, *Efficacia ed opponibilità della clausola regolamentare sulla ripartizione delle spese di riscaldamento*, in *Immobili & proprietà*, 2020, 1, 19 ss.

[70] In mancanza, la fattispecie negoziale non sarà produttiva di effetti reali, ma solo di effetti obbligatori.

[71] Sostengono la presenza di un vincolo reale sul bene («derogatore del principio di tipicità in materia nella misura in cui non sussiste, in virtù di questa norma, la predeterminazione dei fini per i quali è ammissibile la destinazione e la conseguente separazione patrimoniale») A. ZOPPINI, L. NONNE, *Fondazioni e* trust *quali strumenti della successione ereditaria*, cit., 173. Si v. altresì lo Studio n. 357-2012/C del Consiglio Nazionale del Notariato*, Atti di destinazione – Guida alla redazione*, cit., 44 per ulteriori indicazioni bibliografiche.

[72] In tal senso, pertanto, le parti potrebbero dar vita, ad esempio, ad un usufrutto atipico (in argomento, v. F. POLIANI, *Usufrutto*, in *Tratt. dir. reali Gambaro e Morello*, II, cit., 124 ss.).

[73] A. TORRENTE, P. SCHLESINGER, *Manuale di diritto privato*, cit., 1463.



corché dal contenuto atipico, grazie al rispetto del principio di legalità e al perseguimento della funzione sociale inerente all'atto di destinazione.

Ove sia mancante il perseguimento di interessi meritevoli, l'effetto reale (consentito dall'art. 2645-*ter* cod. civ.) verrà meno e la relativa destinazione dovrà essere riqualificata come meramente obbligatoria [74].

In tal modo, si evidenzia il ruolo della meritevolezza quale «criterio valutativo dell'assetto voluto dall'autonomia privata affinché si realizzi un equilibrato contemperamento degli interessi in gioco»; essa è, dunque, «parametro valutativo della sostanziale giustizia contrattuale della fattispecie frutto dell'autonomia privata, intendendo tale concetto non in senso limitato ai contraenti ma esteso ai terzi interessati» [75].

Non avrebbe nemmeno senso discutere di obbligazione *propter rem* a favore del beneficiario, posto che nel rapporto obbligatorio l'interesse si radica in capo al creditore, mentre nella fattispecie di cui stiamo discutendo esso è imputabile alla volontà del disponente, che non può considerarsi in alcun modo creditore [76].

Dunque, se in capo al conferente permane una proprietà «vincolata» [77], a vantaggio del beneficiario si delinea un vincolo reale dal contenuto rispondente a quanto stabilito dalle parti nel titolo poi trascritto [78].

**6. –** La previsione dell'art. 2645-*ter* cod. civ. ammette la configurabilità di un vincolo di natura reale stabilendo che per la realizzazione degli scopi sottesi all'atto di destinazione è legittimato ad agire, anche durante la vita del conferente, qualsiasi interessato [79]. Ciò sarebbe poco comprensibile nell'ipotesi di un vincolo di natura obbligatoria che, a somiglianza del *trust*, comporterebbe l'instaurazione di un rapporto fiduciario tra conferente e gestore del patrimonio destinato, nonché l'attribuzione in capo ai beneficiari di un diritto di credito nei confronti del secondo [80].

Essenziale per la comprensione del fenomeno è la considerazione della limitazione funzionale posta dall'art. 2645-*ter* cod. civ.: la destinazione deve essere volta alla realizzazione di interessi meritevoli ai sensi dell'art. 1322, comma 2, cod. civ. [81], tali da legittimare il sacrificio degli interessi privati (si pensi alla posi-

---

[74] In dottrina si sottolinea la differenza tra il controllo di meritevolezza *ex* art. 2645-*ter* cod. civ. e quello da effettuarsi *ex* art. 1322, comma 2, cod. civ.: il primo presuppone, infatti, già avvenuto con esito positivo il secondo, laddove nel caso contrario (ove cioè l'atto di destinazione non superi il vaglio di meritevolezza) i relativi effetti non saranno opponibili ai terzi (cfr. sul punto G. PERLINGIERI, *Il controllo di «meritevolezza» degli atti di destinazione* ex *art. 2645* ter *cod. civ.*, in *Foro. nap.*, 2014, 56-63).

[75] R. LENZI, voce *Atto di destinazione*, cit., 69.

[76] A. ZOPPINI, L. NONNE, *Fondazioni e* trust *quali strumenti della successione ereditaria*, cit., 177, nota 103.

[77] Non avrebbe altrimenti senso la specificazione contenuta nell'art. 2645-*ter* cod. civ. in merito all'impossibilità di effettuare un'esecuzione forzata sui beni per debiti estranei allo scopo, che lascerebbe aperta la possibilità della permanenza della proprietà in capo al conferente e del correlato rischio di divenire il cespite aggredibile dai suoi creditori.

[78] La differenza con l'istituto del *trust* potrebbe cogliersi nella natura personale e non reale dell'azione che spetta al beneficiario nei confronti del *trustee* per l'adempimento dei doveri derivanti dal *trust* (in tal senso, si v. Corte Giust. CE, 17 maggio 1994, C-294/92, in *Giust. civ.*, 1996, I, 1529). In dottrina si evidenzia che ai beneficiari del *trust* spettino le utilità traibili dall'oggetto, senza, però, che sul medesimo coesistano diversi tipi di proprietà; sicché i beneficiari sarebbero, in termini civilistici, creditori del *trustee* con la peculiarità che il contenuto del loro diritto non riguarda la diretta percezione di quelle utilità, «ma il potere di ottenere dal *trustee* che egli eserciti il proprio ufficio traendo le utilità e destinandole secondo le disposizioni dell'atto istitutivo» (cfr. M. LUPOI, voce *Trusts*, I, *Profili generali e diritto straniero*, in *Enc. giur.*, XXXI, Roma 1995, 8).

[79] Ai c.d. beneficiari *indiretti* (soggetti eventuali che ricevono dei vantaggi riflessi dalla destinazione) spetta la legittimazione ad agire per l'attuazione del vincolo; il c.d. beneficiario *diretto* è invece legittimato all'azione per far valere la destinazione, tale soggetto non può mancare nell'atto di costituzione e al medesimo deve parametrarsi la durata del vincolo (M. CEOLIN, *Destinazione e vincoli di destinazione*, cit., 240).

[80] G. ANZANI, *Atti di destinazione patrimoniale: qualche riflessione alla luce dell'art. 2645*-ter *cod. civ.*, cit., 403.

[81] Per la comprensione del requisito della meritevolezza degli interessi si deve tener conto del dibattito dottrinale sviluppatosi in



zione dei creditori del proprietario)[82], circoscrivendo in un limite positivo, secondo un criterio di *tipicità legale*, il perimetro delle fattispecie caratterizzate in termini di *realità*[83].

La meritevolezza è da intendersi quale perseguimento di scopi metaindividuali caratterizzati da un'impronta di solidarietà sociale[84] e non già quale strumento per la realizzazione di interessi patrimoniali e privati (quali potrebbero essere, ad esempio, quelli tra conviventi[85], nonché quelli familiari[86], ad esempio, sottesi

---

ordine alla clausola generale contenuta nell'art. 1322, comma 2, cod. civ. e alla sua riferibilità alla mera liceità ovvero alla necessità del perseguimento di finalità sociali (tra le quali si pone anche l'*astratta* idoneità del contratto ad essere utilmente adottato dalla collettività). In tal senso, si è ritenuto che l'art. 1322, comma 2, cod. civ. non possa equivalere ad un doppione dell'art. 1343 cod. civ. che disciplina l'illiceità della causa, dovendo bensì essere interpretato nel senso di stabilire un ancoraggio ai princìpi fondamentali dell'ordinamento e, *in primis*, ai princìpi costituzionali. La meritevolezza degli interessi, lungi dal coincidere con la mera liceità, esprime un contenuto precettivo più ampio; in ragione di ciò, è ritenuta dubbia la riferibilità dell'art. 1322 ai soli contratti atipici, quali negozi privi di una disciplina legislativa e, come tali, sottoposti alle sole norme sul contratto in generale. Posto che nulla vieta ai privati di introdurre nel contratto tipico degli elementi extratipici, si ritiene di estendere il giudizio di meritevolezza anche a questi elementi, i quali non sono affatto, in sé e per sé, meritevoli di tutela per il dato di essere inseriti in uno schema tipico. Sul dibattito, si v. G.B. FERRI, *Causa e tipo nella teoria del negozio giuridico*, Milano, 1966, 406 e ID., *Motivi, presupposizione e l'idea di meritevolezza*, in *Eur. dir. priv.*, 2009, 366 ss.; C. GRANELLI, *Autonomia privata e intervento del giudice*, in *Jus civile*, 2018, 410; F. GAZZONI, *Manuale di diritto privato*, cit., 822 ss.; A. GUARNERI, *Questioni sull'art. 1322 cod. civ.*, in *Riv. dir. comm.*, II, 1976, 263 ss. Sull'autonomia del giudizio di meritevolezza degli interessi *ex* art. 1322, comma 2, cod. civ. rispetto al giudizio di liceità della causa *ex* art. 1343 cod. civ.: E. BETTI, *Teoria generale del negozio giuridico*, Torino, 1960, 172 ss.; P. BARCELLONA, *Intervento statale e autonomia privata nella disciplina dei rapporti economici*, Milano, 1969, 220 ss.; F. LUCARELLI, *Solidarietà e autonomia privata*, Napoli, 1970, 171; M. NUZZO, *Utilità sociale e autonomia privata*, Milano, 1975, 92 ss.; G. SICCHIERO, *La distinzione tra meritevolezza e illiceità del contratto atipico*, in *Contr. impr*., 2004, 545 ss.; P.E. MERLINO, *Il vincolo di destinazione di cui all'art. 2645*-ter *del codice civile*, cit., 628 ss. In argomento, si v. lo Studio n. 357-2012/C del Consiglio Nazionale del Notariato*, Atti di destinazione – Guida alla redazione* con specifico riferimento al contributo di G. AMADIO e ivi ulteriori riferimenti bibliografici.

In giurisprudenza, v. recentemente: App. Napoli 23 aprile 2019, n. 221, in *Banca Dati De Jure*; Cass. 15 aprile 2019, n. 10420, in *Giust. civ. Mass.*, 2019; Cass. 9 aprile 2019, n. 9796, *ivi*; Cass. 7 febbraio 2019, n. 3679, in *Resp. civ. prev.*, 2019, 2019, 3, 806 ss. con commento di G. FAPPIANO, *Il contratto di finanziamento a scopo previdenziale e il giudizio di meritevolezza*; Cass. 19 gennaio 2018, n. 1465, in *Giur. comm.*, 2018, 3, II, 490 ss.; Cass. 31 luglio 2017, n. 19013, *ivi*, 2018, 6, II, 962; Cass. 26 maggio 2016, n. 10942, in *Guida dir.*, 2016, 45, 75.

[82] L. NONNE, *Autodestinazione e separazione negli enti* non profit *dopo la riforma del diritto societario*, cit., 244, nota 38. Il perseguimento, da parte del costituente, di un qualunque fine *lecito* (diverso dalla mera salvaguardia del patrimonio dalle azioni esecutive dei proprî creditori ovvero dalla mera esigenza di rendere inalienabile e indisponibile il bene vincolato) non è infatti ritenuto idoneo, secondo la *ratio legis* dell'art. 2645-*ter* cod. civ. e alla luce della formulazione testuale, a costituire idoneo fondamento per la fattispecie di destinazione atipica di cui stiamo discutendo.

Si esclude, inoltre, la possibilità di un'auto-destinazione: «[l]a disposizione dell'art. 2645 ter cod. civ. non riconosce, sul piano sostanziale, la possibilità dell'auto-destinazione unilaterale: sotto il profilo testuale, la norma presenta rilevanti indici che depongono in senso contrario alla cosiddetta "auto-destinazione" patrimoniale a carattere unilaterale; poi, sotto il profilo sistematico, in un sistema caratterizzato dal principio della responsabilità patrimoniale illimitata e dal carattere eccezionale delle fattispecie limitative di tale responsabilità (art. 2740 cod. civ.), la portata applicativa della norma deve essere interpretata in senso restrittivo e, quindi, limitata alle sole ipotesi di destinazione "traslativa"» (Trib. Santa Maria Capua Vetere 28 novembre 2013, in *Banca Dati De Jure*). In argomento, si v. anche Trib. Reggio Emilia 12 maggio 2014, in *Banca Dati De Jure.* Merita sul punto sottolineare che in dottrina si contesta la qualificazione dei casi previsti dalla legge (quali deroghe al principio della responsabilità patrimoniale illimitata *ex* art. 2740, comma 2, cod. civ.) in termini di eccezionalità, per aderire ad una prospettiva di specialità. V. sul punto A. GAMBARO, *Trust*, in *Dig. disc. priv., sez. civ.*, XIX, Torino, 1999, 449 ss., tesi cui aderiscono R. LENZI, voce *Atto di destinazione*, cit., 58 e A. ZOPPINI, L. NONNE, *Fondazioni e* trust *quali strumenti della successione ereditaria*, cit., 172.

[83] F. GIGLIOTTI, *I diritti reali di godimento*, in E. GABRIELLI (a cura di), *Diritto privato*, Torino, 2021, 318.

[84] P. SPADA, *Il vincolo di destinazione e la struttura del fatto costitutivo*, cit., 10 ss.

[85] G. D'AMICO, *Contratto di convivenza e atto di destinazione*, in *Fam. dir.*, 2018, 2, 208 ss. Si osserva al riguardo che lo strumento previsto dall'ordinamento per regolare i rapporti patrimoniali tra conviventi, con effetti opponibili ai terzi, non è dato dalla fattispecie di cui all'art. 2645-*ter*, bensì dal contratto di convivenza disciplinato dalla l. n. 76/2016 e di cui possieda i requisiti di forma/pubblicità.

Si evidenzia tuttavia, al proposito, una certa dissonanza nel sistema data dal fatto che l'"opponibilità ai terzi" del "contratto di convivenza" venga affidata alla *registrazione nei registri dell'anagrafe* degli estremi della comunicazione con la quale il notaio (o l'avvocato



alla regolazione dei rapporti patrimoniali in occasione della crisi della famiglia [87]) [88].

In tal senso, si può rilevare che la disposizione dell'art. 2645–*ter* cod. civ. non abbia affatto aperto le porte a qualsivoglia "atto di destinazione" lecito, né la sua interpretazione consente di ritenere "meritevole di tutela" l'imposizione di un vincolo – opponibile ai terzi – su un bene per un interesse in senso lato "personale" del "disponente" (quale sarebbe l'interesse a sottrarre dati beni dal proprio patrimonio per renderli non aggredibili dai creditori).

È bensì necessaria la presenza di un interesse "di utilità sociale" [89]; ciò legittima gli interpreti ad individuare nella fattispecie *de qua* l'originario archetipo della fondazione codicistica – oggi superato nell'evoluzione delle tipologie fondazionali – poiché in essa se ne conserva il dato qualificante rappresentato dal riferimento a puntuali categorie di beneficiari del vincolo che ne esprimono la valenza sociale [90].

---

che abbia autenticato le sottoscrizioni apposte in calce ad un contratto di convivenza) abbia trasmesso (all'ufficiale dell'anagrafe) il contratto di convivenza. Al riguardo, si rileva che la raccolta delle informazioni in ordine alla popolazione residente persegue scopi e si attua con modalità operative che sono completamente estranei rispetto agli obiettivi di "pubblicità" (ai fini dell'opponibilità ai terzi) che il legislatore vorrebbe assicurare ai "contratti di convivenza"; obiettivi che, per converso – nel caso delle convenzioni patrimoniali tra coniugi – sono garantiti dal meccanismo delle annotazioni a margine dell'atto di matrimonio (art. 162, ult. comma, cod. civ.), completato dalla trascrizione *ex* art. 2647 cod. civ. Si concorda, al riguardo, circa l'opportunità di un intervento del legislatore per «"allineare" il sistema di pubblicità previsto per il contratto di convivenza a quello ipotizzato per le convenzioni patrimoniali tra coniugi, richiedendo, oltre la iscrizione nei registri dell'anagrafe, anche la trascrizione (con funzione di pubblicità-notizia) nei registri immobiliari» (*ivi,* 210-211).

[86] V. *supra* nota 13.

[87] Per un'estensione dell'applicabilità dell'art. 2645-*ter* con riferimento alle esigenze sopra indicate, v. G.A.M. Trimarchi, *Negozio di destinazione nell'ambito familiare e nella famiglia di fatto*, in *Not.*, 2009, 426 ss.; G. Oberto, *Atti di destinazione*, cit., 393 ss. Per un confronto tra la fattispecie in esame e la disciplina del fondo patrimoniale, si v. G. Gabrielli, *Vincoli di destinazione importanti separazione patrimoniale e pubblicità nei registri immobiliari*, in *Riv. dir. civ.*, I, 2007, 328 ss. Per un collegamento tra atti di destinazione e patto di famiglia, si v. D. Pirilli, *Destinazione ex art. 2645-ter e patto di famiglia*, in *Nuova giur. civ. comm.*, 2015, 689 ss. In ordine ad una possibile applicazione dell'art. 2645-*ter* per finalità familiari, con contestuale accostamento all'istituto del fondo patrimoniale, si v. Trib. Reggio Emilia 10 marzo 2015, n. 399, cit. (si trattava di un vincolo di destinazione finalizzato al soddisfacimento delle esigenze abitative ed in genere ai bisogni del nucleo familiare, individuando il termine finale al momento del compimento del quarantesimo anno di età della figlia), nonché, già in precedenza, Trib. Reggio Emilia 30 novembre 2006, in *Banca Dati De Jure* e Trib. Reggio Emilia 26 marzo 2007, *ivi.*

[88] Come si è evidenziato in giurisprudenza, «[g]li interessi idonei a sorreggere una vicenda destinatoria *ex* art. 2645-*ter* cod. civ. ed il conseguente effetto di separazione patrimoniale sono solo quelli che godono di una particolare protezione legislativa (se non costituzionale), gli unici che possono giustificare la compressione dell'interesse del ceto creditorio. Altri interessi possono essere enucleati purché non meramente egoistici e dotati di una adeguata copertura normativa. Alla luce di tanto, è radicalmente nullo il trust il cui unico scopo è il fine di assicurare il mantenimento del personale tenore di vita, finalità che dunque non può essere opposta ai creditori non avendo essa dignità superiore rispetto a quella di questi ultimi di vedere soddisfatto il proprio diritto di credito (e di conservare anch'essi il proprio personale tenore di vita)» (così Trib. Savona 27 febbraio 2018, n. 240, in *Banca Dati De Jure*; precedentemente già Trib. Ravenna sez. fallimentare, 22 aprile 2015, *ivi*). In senso diverso, invece, v. l'ampia riflessione G. Perlingieri, *Il controllo di «meritevolezza» degli atti di destinazione* ex *art. 2645* ter *cod. civ.*, in *Foro. nap.*, 2014, 68-69, secondo il quale con gli atti di destinazione non devono necessariamente perseguirsi interessi pubblici o socialmente utili, essendo ammissibile il perseguimento di interessi, oltre che individuali, prettamente patrimoniali, finanche di tipo lucrativo. Questa opzione ermeneutica presta il fianco alla seguente obiezione: la deroga al principio della responsabilità patrimoniale – introdotta con l'art. 2654-*ter* – non può essere accordata per fini neutrali; essa, al contrario, postula il perseguimento di interessi metaindividuali con valenza etica e sociale (e, dunque, di rango costituzionale) a pena di vanificare la stessa portata precettiva dell'art. 2740 cod. civ. Il perseguimento di interessi individuali, al contrario, non può essere considerato meritevole al punto tale da essere opposto ai creditori, non avendo esso dignità superiore rispetto alla finalità di questi ultimi di vedere soddisfatto il proprio diritto di credito (v. sul punto C. Scognamiglio, *Negozi di destinazione ed altruità dell'interesse*, cit., 84 e P. De Martinis, *Gli interessi meritevoli di tutela e l'art. 2645-ter cod. civ.*, cit., 1234 ed ivi ulteriori riferimenti bibliografici).

[89] G. D'Amico, *Contratto di convivenza e atto di destinazione*, cit., 209: «la creazione di "patrimoni separati" per il perseguimento di interessi diversi da quelli che l'art. 2645 *ter* ha considerato "meritevoli di tutela", necessita ancora oggi di una specifica previsione di legge».

[90] A. Zoppini, L. Nonne, *Fondazioni e* trust *quali strumenti della successione ereditaria*, cit., 182; L. Nonne, *Le disposizioni rafforzative della volontà testamentaria*, cit., 165.



L'indagine volta a considerare la sussistenza della meritevolezza degli interessi perseguiti, necessaria alla integrazione della fattispecie destinatoria e, per via di essa, della costituzione di un vincolo reale sulla *res* con le relative conseguenze, compete da un punto di vista tecnico *ex ante* al notaio chiamato a redigere l'atto pubblico di destinazione e a valutarne la sua trascrivibilità [91]. Solo *ex post*, nell'ipotesi di impugnazione dell'atto trascritto, detto esame verrà demandato al giudice [92]: non a caso, il legislatore ha prescritto la forma dell'atto pubblico *ad substantiam*, che non è finalizzata al solo scopo della trascrizione posto che a tale fine sarebbe stata sufficiente la scrittura privata autenticata (art. 2657 cod. civ.) [93].

[91] G. PETRELLI, *La trascrizione degli atti negoziali di destinazione*, cit., 180. Il compito del notaio non è, dunque, quello di *mero certificatore* della volontà manifestata dal conferente, bensì quello di valutatore della sussistenza della meritevolezza degli interessi da realizzare mediante l'atto che è chiamato a rogare (così P. DE MARTINIS, *Gli interessi meritevoli di tutela e l'art. 2645-ter cod. civ.*, cit., 1239). L'A. discute criticamente circa detto *munus* affidato al notaio, ritenendo il giudizio di meritevolezza strumentale all'opponibilità ai terzi dell'atto di destinazione. La mancanza di un interesse meritevole di tutela lascerebbe, infatti, valido l'atto di destinazione avente scopo lecito, determinando l'impossibilità del prodursi dell'effetto segregativo patrimoniale e della opponibilità del vincolo nei confronti dei terzi (p. 1248). Di conseguenza, è il controllo di liceità di squisita competenza notarile, non quello di meritevolezza che è ritenuto di esclusiva competenza del giudice in sede di contenzioso (p. 1254). Liceità e meritevolezza, nel quadro dell'art. 2645-*ter* cod. civ., operano, pertanto, su piani diversi (p. 1251). Al riguardo, si ricorda l'argomentazione di G. AMADIO, *Note introduttive. L'interesse meritevole di tutela*, Studio n. 357-2012/C del Consiglio Nazionale del Notariato*, Atti di destinazione – Guida alla redazione*, cit., 58-59 e di G. PERLINGIERI, *Il controllo di «meritevolezza» degli atti di destinazione* ex *art. 2645* ter *cod. civ.*, cit., 14 ss., distinguendosi la liceità dalla meritevolezza in quanto mentre l'atto illecito è nullo, quello immeritevole è valido, ma inopponibile ai creditori e ai terzi aventi causa. Di questa inopponibilità il notaio dovrà evidentemente informare il conferente, laddove un controllo pregnante di meritevolezza andrà giocoforza affidato al giudice (G. AMADIO, *op. ult. cit.*, 59).

[92] G. CAPOZZI, *Successioni e donazioni*, vol. I, Milano, 2009, 801-802; R. TRIOLA, *Sub art. 2645* – ter, in *Commentario cod. civ.* Gabrielli, *Della tutela dei diritti*, *Articoli 2643-2783* ter*, Torino, 2015, 116.

[93] F. BOCCHINI, *La pubblicità immobiliare ordinaria e dei mobili registrati*, cit., 1469; F. GAZZONI, *Manuale di diritto privato*, cit., 843.

JUS CIVILE



*VALENTINA CALDERAI*

*Professore associato di Diritto privato – Università degli Studi di Pisa*

# TEORIA COME TERAPIA. NOTE A MARGINE DI UNO STUDIO DEDICATO ALLE PRESTAZIONI PECUNIARIE SANZIONATORIE NEL SISTEMA GIURIDICO ITALIANO [*]

**1. –** Negli studi di diritto civile forse nessuna materia come le obbligazioni è associata all'immagine della frontiera e dei confini: mobili, nobili, incerti, sempre nuovi – oggi, soprattutto, come non mai contestati e contesi: tra diritto e non diritto, tra declinazioni giuridiche della responsabilità, tra contratto e torto, tra criteri di imputazione, tra funzioni della responsabilità aquiliana [1]. Come i confini reali, d'altro canto, i confini tra discipline segnano sulle mappe della conoscenza spazi di comunicazione, oltre che di divisione, determinano prospettive: «un luogo della mente» – nelle parole di un compianto Maestro pavese – «un luogo ipotetico in cui ci si potrebbe collocare per guardare a ciò che si vede» [2].

Ragionando *sui* confini è bene tenere a mente la differenza tra il territorio e la mappa: «A map is not the territory it represents, but, if correct, it has a similar structure to the territory, which accounts for its usefulness» [3]. La mappa non è il territorio. La rappresentazione di un fenomeno non è il fenomeno rappresentato. Ciò nondimeno, una 'buona 'mappa sta al territorio che rappresenta in un rapporto di similitudine strutturale. Questa struttura può essere ulteriormente analizzata come un insieme di relazioni qualificate, tale che le posizioni relative degli oggetti sulla mappa riproducano le posizioni relative degli oggetti sul territorio.

Le teorie scientifiche stanno a un campo d'indagine dato come la mappa sta al territorio. Il diritto non fa eccezione, nella misura in cui anche le teorie giuridiche constano in ultima analisi di rappresentazioni astratte e di modelli, benché non sempre sia chiaro cosa esattamente riproduca il modello e, soprattutto, a che fine: la risposta a queste domande dipende infatti dal concetto di diritto, che cambia in relazione ai tempi, ai luoghi e, in qualche misura, anche alle prospettive disciplinari. In quest'ordine di pensieri, una definizione stipulati-

---

[*] Il contributo riproduce, con un minimo apparato di riferimenti, la relazione tenuta all'Università Pavia, il 26 novembre 2021, in occasione della presentazione del libro di C. DE MENECH, *Le prestazioni pecuniarie sanzionatorie. Studio per una teoria dei «danni punitivi»*, Milano, 2019.

[1] F. GALGANO, *Le mobili frontiere del danno ingiusto*, in *Contr. impr.*, 1985, 1 ss.; C. CASTRONOVO, *Le frontiere nobili della responsabilità civile*, in AA.VV., L*a civilistica italiana dagli anni '50 ad oggi tra crisi dogmatica e riforme legislative. Congresso dei civilisti italiani. Venezia 23-26 giugno 1989*, Padova, 1991, 623; F.D. BUSNELLI, *Itinerari europei nella "terra di nessuno tra contratto e fatto illecito". La responsabilità da informazioni inesatte*, in *Contr. impr.*, 1991, p. 563 ss.; E. GRANDE, *Ai confini delle responsabilità (Prime riflessioni per un programma di ricerca in diritto comparato)*, in Rass. dir. civ., 1995, 857 ss.; G. ALPA, *Gli incerti confini della responsabilità civile*, in *Resp. civ. prev.*, 2006, 1805-1837; A. DI MAJO, I confini mobili della responsabilità civile, Giur. it., 2015, 1894 ss.; L. NIVARRA, *Le frontiere mobili della responsabilità contrattuale*, in *Giust. civ.*, 2016, 5 ss.; G. DE NOVA, *Le nuove frontiere del risarcimento del danno: i* punitive damages, in questa *Rivista*, 2017, 388 ss.

[2] M. TARUFFO, *Sui confini. Scritti sulla giustizia civile*, Bologna, 2002, 7.

[3] A. KORZYBSKI, *On Structure*, in *Science and Sanity. An Introduction to Non-Aristotelian Systems and General Semantics*, New York, 1995[5], 54 ss., 58.



va minimale del campo di indagine delle teorie giuridiche nel diritto privato italiano in questo primo quarto del XXI secolo include (i) determinati fenomeni dell'universo materiale, psichico, sociale; (ii) gli enunciati delle fonti in senso formale che si riferiscono a tali fenomeni, qualificandoli (discorso-oggetto); (iii) le proposizioni normative degli interpreti, in modo particolare gli interpreti ufficiali (meta-discorso) [4].

**2. –** Sulla scorta della definizione appena abbozzata, la risposta alla domanda sull'oggetto e lo scopo della teoria nel diritto privato suona così: le teorie giuridiche precostituiscono modelli di decisione e di argomentazione relativi al discorso delle fonti formali, che gli interpreti utilizzano per la soluzione di problemi applicativi, proprio come i viaggiatori consultano una mappa per capire se procedono nella giusta direzione.

In questa prospettiva il momento più delicato nella costruzione dei modelli teorici è verosimilmente il giudizio di rilevanza e cioè la scelta tra informazione che deve essere a ogni costo preservata e informazione che può andare perduta. Un modello che comprenda tutta l'informazione disponibile sarebbe in verità perfettamente inutile, come la mappa del frammento di Borges, «che aveva l'Immensità dell'Impero e coincideva perfettamente con esso» e finì abbandonata «alle inclemenze del Sole e degl'Inverni» [5]. La selezione delle informazioni, d'altra parte, è un processo esposto al rischio sistemico di errori derivanti da *biases* cognitivi, obsolescenza, condizionamenti culturali e in senso lato politici, manipolazioni. L'aporia dei modelli teorici non risparmia le scienze "dure", ma nel caso della nostra disciplina è più intenso, nella misura in cui gli oggetti della scienza giuridica non sono direttamente i fenomeni osservabili (i), né in senso stretto le fonti che li qualificano (ii), ma le teorie, i concetti, gli argomenti, in una parola: il meta-discorso degli interpreti (iii). In questo senso la teoria giuridica è sempre anche analisi del linguaggio giuridico [6].

L'espansione cognitiva del principio di deterrenza e punizione nella responsabilità civile, veicolata dai *punitive damage*s nella variante statunitense, illustra appunto come l'uso di un modello suggestivo e potente per rappresentare istituti solo parzialmente analoghi si risolva nella distruzione di informazione, allorché, ad esempio, la nozione di *damage,* che nel *common law* denota la prestazione cui è tenuto l'offensore, in modo quasi inavvertito si sovrappone alla nozione civilistica di danno, cancellandone la connotazione di conseguenza della lesione di una situazione giuridicamente qualificata [7]. Una discrepanza nascosta nelle pieghe del linguaggio – uno iato – si è inserita così tra il sistema di relazioni rappresentato nella mappa teorica e il sistema di relazioni sul terreno delle fonti formali. La conseguente drastica perdita di capacità esplicativa della teoria ha un puntuale riscontro nella larvata espansione dei poteri del giudice. Il *deficit* di intellegibilità si traduce sul piano politico-costituzionale nell'indebolimento di garanzie costituzionali (eguaglianza di fronte alla legge e conoscibilità del diritto) e della riserva al legislatore del potere di iniziativa in merito alla irrogazione di sanzioni pecuniarie.

---

[4] Questa indicazione è ispirata agli studi del Maestro indiscusso dell'analisi delle definizioni nel diritto civile italiano, ora raccolti in A. BELVEDERE, *Scritti giuridici*, vol. I, *Linguaggio e metodo giuridico*, Padova, 2016, e *ivi*, particolarmente, *Aspetti ideologici delle definizioni nel linguaggio del legislatore e dei giuristi*, 155 ss., 176 ss.

[5] J.L. BORGES, *Del rigore della scienza*, in *Storia universale dell'infamia*, Milano, 1997.

[6] Riferimenti indispensabili nella dottrina civilistica: A. GENTILI, *Il diritto come discorso*, Milano, 2013.

[7] Il carattere decettivo dell'equazione tra i *damages* e il «danno» è sottolineato da C. GRANELLI, *In tema di "danni punitivi"*, in *Resp. civ. e prev.*, 2014, 6, 1760-1769, 1760. Rileva l'estraneità al perimetro della responsabilità civile dei *punitive damages* anche M. FRANZONI, *Danno punitivo e ordine pubblico*, in *Riv. dir. civ.*, 2018, 283 ss., 293. Un'ampia e aggiornata sintesi della questione si legge ora in F. EPISCOPO, *Il problema dei danni punitivi*, in *Codice della Responsabilità Civile*, a cura di E. NAVARRETTA, Milano, 2021, 2065 ss.



Tali rischi si manifestano soprattutto sul versante interno al modello della responsabilità civile. La perdita di informazione insita nella qualificazione del danno come lesione di un interesse rilevante ha posto le basi della sopravvalutazione della dimensione deterrente e sanzionatoria, a scapito della dimensione compensativa. È ovvio che un'analisi della responsabilità civile non può trascurare gli effetti distributivi e di deterrenza, ad es. valutando la conformazione delle regole di imputabilità e i limiti di assicurabilità del danno: dalla prima variabile dipende infatti il livello di investimento in misure di precauzione, dalla seconda l'efficacia della sanzione *tout court.* D'altra parte sarebbe un esercizio di darwinismo giuridico ingenuo quello che provasse a spiegare la responsabilità civile sulla base delle conseguenze: l'organo in base alla funzione, con esiti paragonabili al tentativo di «spiegare il Natale interpretandolo come un incentivo annuale all'industria della vendita al dettaglio» [8]. Considerato in se stesso, l'obiettivo della deterrenza ottimale non dà ragione del risarcimento del danno più di quanto la predilezione per le foglie degli alberi dia ragione del lungo collo della giraffa.

Gli effetti perversi dello spreco di informazione non sono meno evidenti all'esterno del perimetro della responsabilità civile. In questo spazio il collegamento tra risarcimento/deterrenza/sanzione è un autentico ostacolo epistemologico, che ha impedito finora agli interpreti di percepire i tratti strutturali comuni alla congerie di ipotesi situate nella «vasta regione confinante con il sistema della responsabilità civile», oggi unificate nel concetto di prestazioni pecuniarie punitive nell'opera prima di una giurista di scuola pavese [9].

**3. –** Il primo rilevante contributo al diritto delle obbligazioni del libro di De Menech è una mappa delle tutele e delle fonti molto diversa da quella tradizionale. Consegnata alle grandi opere istituzionali, quest'ultima appare tuttora dominata dai due grandi continenti del Contratto e Torto, e dalla polarità tra tutela (in via di principio) reale dell'aspettativa del contraente deluso e compensazione (per equivalente) della

[8] Così J. COLEMAN, in una critica mordace dell'analisi economica *mainstream*: *The Practice of Principle. In Defense of a Pragmatist Approach to Legal Theory*, New York-Oxford, 2001, trad. it. *La pratica dei principi*, Bologna, 2006, 69 ss., 78.

[9] C. DE MENECH, *Le prestazioni pecuniarie sanzionatorie*, cit., 144. L'opera si inserisce del resto nella vivacissima riflessione dottrinaria sul tema delle pene private e del risarcimento sanzionatorio nella dottrina italiana dell'ultimo ventennio. Tra le opere di respiro generale v. almeno: P. SIRENA, *Il risarcimento dei c.d. danni punitivi e la restituzione dell'arricchimento senza causa*, in *Riv. dir. civ*., 2006, 531 ss.; ID. (a cura di), La *funzione deterrente della responsabilità civile alla luce delle riforme straniere e dei Principles of European Tort Law*, Milano, 2011; C. CASTRONOVO, *Del non risarcibile aquiliano: danno meramente patrimoniale, c.d. perdita di chance, danni punitivi, danno c.d. esistenziale*, in *Liber amicorum per F.D. Busnelli*, Milano, a cura di G. CMANDÉ, F. GIARDINA, E. NAVARRETTA, G. PONZANELLI, Torino, 2008, 349 ss.; G. DI MARTINO, *Interessi moratori e punitivi tra risarcimento e sanzione*, Napoli, 2010; F. QUARTA, *Risarcimento e sanzione nell'illecito civile*, Napoli, 2013; ID., *Illecito civile, danni punitivi e ordine pubblico*, in *Resp. civ. prev*., 2016, 1159; E. LUCCHINI GUASTALLA, *La compatibilità dei danni punitivi con l'ordine pubblico alla luce della funzione sanzionatoria di alcune disposizioni normative processualcivilistiche*, in *Resp. civ. prev*., 2016, 1474 ss.; M. DELLA CASA, Punitive damages*, risarcimento del danno, sanzioni civili: un punto di vista sulla funzione deterrente della responsabilità aquiliana*, in *Contr. impr*., 2017, 1142 ss; F. CAFAGGI, P. IAMICELI, *The Principles of Effectiveness, Proportionality and Dissuasiveness in the Enforcement of EU Consumer Law: The Impact of a Triad on the Choice of Civil Remedies and Administrative Sanctions*, in *Eur. Rev. Pr. Law*, 2017, 575 ss.; M. GRONDONA, *La responsabilità civile tra libertà individuale e responsabilità sociale: contributo al dibattito sui risarcimenti punitivi,* Napoli, 2010; ID., *La polifunzionalita della responsabilità civile e l'*ubi consistam *ordinamentale dei "risarcimenti punitivi"*, in *Pol. dir*., 2018, 45 ss.; N. RIZZO, *Le funzioni della responsabilità civile tra concettualizzazioni e regole operative*, in *Resp. civ. prev*., 2018, 1811; F. LONGOBUCCO, *La perdita del diritto nel sistema delle pene private*, in *Pol. dir*., 2019, 349 ss.; A. MONTANARI, *Del "risarcimento punitivo" ovvero dell'ossimoro*, in *Eur. dir. priv*., 2019, 377 ss.; E. NAVARRETTA, *Il risarcimento in forma specifica e il dibattito sui danni punitivi tra effettività, prevenzione e deterrenza*, in *Resp. civ. prev*., 2019, 5 ss.; P. TRIMARCHI, *Responsabilità civile punitiva?*, in *Riv. dir. civ.,* 2020, 4, 687 ss.; A. PROCIDA MIRABELLI DI LAURO, *La funzione punitivo-deterrente della riparazione del danno "da reato"*, R. FAVALE, L. RUGGERI (a cura di) *Scritti in onore di Antonio Flamini*, II, Napoli, 2020, 1087 ss.



vittima dell'illecito, con il piccolo, residuale arcipelago delle *variae causarum figurae*, presidiato dalla restituzione dell'indebito. Poi in pratica più nulla. La pura deterrenza e le pene pecuniarie private, in particolare, restano ai margini del mondo giuridico conosciuto: *hic sunt leones*, a dispetto di alcune coraggiose esplorazioni [10]. Oggi quel territorio, «oltre i confini del sistema della responsabilità civile» [11], appare per la prima volta chiaramente disegnato sulla mappa, come un sub-continente del «fatto illecito».

Da questo punto di vista il sottotitolo – *Studio per una teoria dei «danni punitivi»* – è in un certo senso fuorviante. Molto più dell'interrogativo, che riceve peraltro una meditata e convincente risposta negativa [12], se le pene pecuniarie private nel diritto italiano siano riconducibili al modello dei *punitive damages*, sì da autorizzare l'accoglienza della categoria dei «danni punitivi» nell'ordinamento interno, il tema autentico e la posta in gioco del libro è la definizione di una nuova categoria di prestazioni obbligatorie. *Contributo a una teoria delle fonti delle obbligazioni* avrebbe illustrato in modo (forse meno accattivante, ma) più fedele, lo scopo e il risultato dell'indagine: una rappresentazione esaustiva, coerente, aggiornata dei fatti e degli atti che nel diritto privato italiano possono dare origine a un rapporto obbligatorio, di che tipo, e a quali condizioni [13].

Un secondo profilo rilevante del libro di De Menech, nel lungo periodo forse addirittura più significativo, è di carattere metodologico: l'uso della teoria generale del diritto, segnatamente dell'analisi del linguaggio e del metodo induttivo, per mostrare come certi problemi dogmatici in apparenza invincibili discendano in realtà da un uso non criticamente sorvegliato delle categorie giuridiche. Il banco di prova è l'annosa *quérelle* sulle funzioni della responsabilità: se la responsabilità civile possa legittimamente esercitare anche una funzione sanzionatoria. L'analisi si svolge nel capitolo centrale del libro, dedicato alla critica delle «forzature ermeneutiche», all'origine dell'espansione incontrollata della responsabilità civile, e al conseguente «sforzo di razionalizzazione» volto, per un verso, a ripristinare il confine tra risarcimento e indennità, reso in parte illeggibile dalla vocazione compensativa comune alle fattispecie, per altro verso, a dare «adeguata sistemazione concettuale» alle tante ipotesi di prestazioni pecuniarie da atto illecito non riducibili allo schema risarcitorio [14].

Lungo questa seconda direttrice, che è poi l'asse portante del libro, l'approdo della felice combinazione di metodo induttivo civilistico e analisi del linguaggio giuridico è la costruzione della categoria delle pene pecuniarie private: dalla disamina dei tratti strutturali comuni a una congerie di fattispecie apparentemente disparate [15], alla precisazione della funzione punitiva e deterrente che caratterizza tali ipotesi «all'interno della multiforme gamma delle sanzioni giuridiche» [16]. Tutta l'indagine è retta dall'analisi del significato dei concetti normativi elementari di «danno», «restituzione», «penalità», e dalla rigorosa distinzione tra «sanzione»,

---

[10] E. MOSCATI, voce *Pena (dir. priv.)*, in *Enc. dir.*, XXXII, Milano, 1982, 770 ss.; F.D. BUSNELLI, G. SCALFI, *Le pene private*, Milano, 1985, e *ivi*: F.D. BUSNELLI, *Verso una riscoperta delle pene private?*, 3 ss.; ID., *La parabola della responsabiltà civile*, in *Riv. crit. dir. priv.*, 1983, 86; ID., *Deterrenza, responsabilità civile, fatto illecito, danni punitivi*, in *Eur. dir. priv.*, 2009, 4, 909; G. PONZANELLI, *I punitive damages, il caso Texaco e il diritto italiano*, in *Riv. dir. civ.*, 1987, II, 405 ss.; P. GALLO, *Pene private e responsabilità civile*, Milano, 1996.

[11] C. DE MENECH, *Prestazioni*, cit., 99 ss.

[12] *Ivi*, 217 ss., 240 s.

[13] In questa chiave di lettura il libro partecipa chiaramente di una *nouvelle vague* di opere prime dedicate alla teoria generale delle obbligazioni, tra cui mi limito a ricordare: N. RIZZO, *Il problema dei debiti di valore*, Padova, 2010, e A. BERTOLINI, *Il postcontratto*, Bologna, 2018.

[14] C. DE MENECH, *Prestazioni*, cit., 102-104.

[15] *Ivi*, 151 ss.

[16] *Ivi*, 162.



come categoria generale che ricomprende le conseguenze della trasgressione di un dovere o della violazione di un obbligo, ivi incluso il risarcimento e le restituzioni, e «pena», come sotto-categoria corrispondente alle sanzioni afflittive, nel cui alveo confluiscono le pene pecuniarie private [17].

La cifra del discorso si compendia in un'idea terapeutica della teoria generale, come opera di chiarificazione del linguaggio giuridico. Il risultato più rilevante, in questa prospettiva, consiste nell'aver portato alla luce il fraintendimento all'origine della «comoda (e falsa) illusione di poter sostenere che tutto ciò che consegue ad un illecito, e non è reazione ad un pregiudizio, si risolva necessariamente in una pena» [18]. L'analisi del significato di «pena» e «sanzione», in particolare, mostra in modo a mio avviso difficilmente confutabile che la questione della funzione sanzionatoria, nel senso di repressiva, della responsabilità civile è essenzialmente una questione mal posta: un nonsenso, diremmo con Wittgenstein, un «crampo mentale» generato dall'uso improprio dei concetti (dogmatici). Appurato che «sanzione», nell'uso del linguaggio giuridico italiano, denota in via generale la reazione alla trasgressione di un precetto, è evidente che la responsabilità civile non ha bisogno di diventare "ultra-compensativa" per essere sanzionatoria. Tale connotazione non dipende infatti dal *quantum*, ma già dall'*an* della prestazione, vale a dire, dalla previsione di un meccanismo capace di tradurre nel rimedio compensativo del risarcimento del danno alcuni soltanto degli innumerevoli costi derivanti dal «fatto dell'uomo»; laddove l'irrogazione di una sanzione pecuniaria a titolo specifico di penalità si ricollega viceversa in effetti al *quantum*, essendo commisurata a una finalità deterrente e afflittiva specifica.

**4. –** Il ruolo della teoria generale nella costruzione del concetto di pena pecuniaria privata invita, di rimando, a considerare il contributo della categoria delle pene pecuniarie private alla teoria generale delle fonti delle obbligazioni.

Una volta corretto il «vizio di prospettiva» [19] che induce a prendere posizione a favore o contro l'integrazione del concetto di danno punitivo nel diritto interno utilizzando quasi esclusivamente il parametro della responsabilità civile, e del rilievo della compensazione nella cornice di quell'istituto, si tratta di considerare lo spazio occupato delle pene pecuniarie private nell'attuale mappa delle fonti. Nel libro di De Menech queste ultime figurano tra le prestazioni obbligatorie da «fatto illecito» [20], sulla base di due considerazioni, rispettivamente di ordine storico-sistematico e di politica del diritto.

Sotto il primo aspetto, l'inquadramento delle pene pecuniarie private nel fatto illecito sarebbe giustificato dal tratto di illiceità comune alle fattispecie tipizzate dalla legge. Questa motivazione non è a mio avviso del tutto appagante, specie considerando che nell'opinione prevalente, dall'A. condivisa, anche l'inadempimento contrattuale presenta una connotazione di illiceità. Non è in discussione, naturalmente, la latitudine della categoria del «fatto illecito», ben oltre i confini dell'illecito aquiliano, ma la questione teorica, più fondamentale, della scelta tra diversi modelli di decisione alla base della nascita di un rapporto obbligatorio, a seconda cioè che le pene pecuniarie private siano costruite come l'oggetto di un'obbligazione secondaria, dipendente

[17] *Ivi*, 169 ss.
[18] *Ivi*, 119.
[19] *Ivi*, 242.
[20] C. De Menech, *Prestazioni*, cit., 336 ss. Un «fatto illecito», s'intende, emancipato dalla relazione biunivoca con l'obbligazione di risarcire il danno aquiliano, secondo l'intuizione di una dottrina autorevole: F.D. Busnelli, *Deterrenza, responsabilità civile, fatto illecito, danni punitivi*, cit., 244 s.



dalla violazione di un obbligo legale primario, o come oggetto di un'obbligazione primaria *ex delicto*, collegata alla violazione di un dovere genericamente determinato.

Ciò posto, dal punto di vista strutturale è degno di nota che nelle fattispecie associate all'irrogazione delle pene pecuniarie private la condotta oggetto della pretesa sia di regola preliminarmente individuata dalla legge [21], talora (ma non necessariamente) in collegamento con la violazione di un interesse creditorio (art. 3, comma 3, l. n. 192/1998; artt. 2 e 3 l. n. 386/1990; art. 3, comma 3, l. n. 431/1998) o *per relationem* a un atto negoziale (così nell'art. 70 disp. att. cod. civ.), a un reato (art. 12, l. n. 47/1948), a un'attività processuale (art. 815 cod. proc. civ.), e così via. La tipizzazione legale di fattispecie costitutive, disseminate in settori diversi dell'ordinamento, è chiaro indice di una scelta in favore del primo dei due modelli di decisione evocati e, in ultima analisi, della ricerca di un equilibrio tra due spinte contrapposte: affinché la necessità disporre di strumenti efficaci di deterrenza e *compliance* fondati sull'azione privata non vada a detrimento delle esigenze di pari trattamento, non arbitrarietà, proporzionalità, assicurate dalla qualificazione preliminare delle circostanze che giustificano l'insorgere di un'obbligazione tra privati a titolo punitivo. A questa caratteristica combinazione di apertura e tipicità corrisponde precisamente la formula dell'art. 1173 cod. civ.: «ogni altro atto o fatto idoneo a produrle in conformità dell'ordinamento giuridico» [22].

L'ultima considerazione chiama in causa il secondo argomento, di politica del diritto, avanzato dall'A. contro l'inquadramento delle pene pecuniarie private nel *tertium genus* contemplato dall'art. 1173 cod. civ. In un quadro delle fonti del diritto segnato dell'allentamento del vincolo del giudice alla legge in nome dell'efficacia diretta dei principi, è giustificato il timore che la clausola generale della «conformità all'ordinamento giuridico» si traduca nella prassi in una norma in bianco, uno schermo per irrogare pene pecuniarie private *praeter legem*, nel nome di una *unmittelbare Drittwirkung* non sempre rispettosa del criterio di universalizzabilità alla base del controllo di razionalità delle decisioni [23]. Di là dal fatto che *adducere inconveniens non est solvere argumentum*, tuttavia, è verosimile che questa tendenza del diritto giurisprudenziale non sarebbe avallata, ma viceversa contrastata da una precisazione teorica dell'ultima parte dell'art. 1173 cod. civ. agganciata al parametro della tipicità, sia pure debole, a garanzia di principi fondamentali dello stato costituzionale di diritto. In questa prospettiva, infatti, il riferimento all'ordinamento giuridico dovrebbe essere inteso come parametro di valutazione delle scelte compiute dal legislatore, anziché come strumento per introdurre obbligazioni (punitive!) di fonte giudiziale.

La collocazione delle pene pecuniarie private nel sistema delle fonti delle obbligazioni potrebbe apparire una questione meramente teorica, considerando che la disciplina applicabile al rapporto dipende solo in parte dalla qualificazione della fonte. Questa constatazione tuttavia sfiora appena la superficie del problema. L'individuazione delle fonti delle obbligazioni è una questione di politica del diritto fondamentale, che investe gli standard di rigore, i parametri di controllo e la conseguente responsabilità nell'esercizio della giurisdizione. Si tratta dunque di un problema della massima importanza anche pratica: il rischio è forte di trasformare il parametro elastico della conformità all'ordinamento giuridico in una scatola vuota. In questo senso,

[21] L'importante eccezione essendo la previsione «senza fattispecie» della lite temeraria nel processo civile (art. 96, c. 3, c.p.c.) e amministrativo (art. 26, comma 1, d.lgs. 2 luglio 2010, n. 104), non a caso oggetto di un intenso (e sostanzialmente riuscito) sforzo di razionalizzazione da parte della giurisprudenza pratica e teorica. Per tutti: F.D. BUSNELLI, E. D'ALESANDRO, L *'enigmatico ultimo comma dell'art. 96 c.p.c.: responsabilità aggravata o "condanna punitiva"?*, in *Danno e resp.*, 2012, 593.

[22] U. BRECCIA, *Le obbligazioni*, Milano, 1991, 108 ss.

[23] Mutato quel che c'è da mutare vale la preclusione alla possibilità di irrogare punizioni «sulla base di una norma in bianco o di una norma talmente elastica da sconfinare in clausola generale»: così M. FRANZONI, *Danno punitivo*, cit., 296.



un ideale regolativo di coerenza sistematica tra disposizioni classificatorie e modelli di responsabilità procede a ben vedere nella direzione, felicemente intrapresa da Carlotta De Menech, di disegnare sulla mappa e rendere intelligibile una regione finora in gran parte sconosciuta, a causa della ipertrofia della responsabilità civile.

L'esplorazione delle fonti delle obbligazioni è appena iniziata.

JUS CIVILE



*ANTONIO SCARPA*

*Consigliere della Corte di Cassazione*

# LA PROVA DELLA PROPRIETÀ NELL'AZIONE DI RIVENDICAZIONE

SOMMARIO: *1. Il funzionamento* della probatio diabolica *secondo la giurisprudenza. – 2. Accertamento della proprietà e possesso del bene. – 3. La rilevanza dei diversi titoli di acquisto. – 4. Le (oscure) ragioni della* probatio diabolica. *– 5. L'esorcizzazione della* probatio diabolica.

**1. –** Tredici anni fa, le sezioni unite civili della Corte di Cassazione, con la sentenza n. 19499 del 16 luglio 2008, a proposito del maggior danno in caso di ritardato adempimento di un'obbligazione di valuta, affermarono che "le prorompenti esigenze di semplificazione dell'istruzione probatoria" imponevano rispetto al passato "soluzioni più snelle, anche alla luce dei dati costituiti dall'incessante aumento del contenzioso civile, dall'allungamento dei tempi medi di definizione del processo, dal nuovo principio della sua ragionevole durata, proclamato dall'art. 111, secondo comma, Cost.".

Queste prorompenti e moderne esigenze di semplificazione dell'istruzione probatoria lasciano, tuttavia, ancora imperterriti i giudici delle azioni di rivendicazione della proprietà.

Le salmodie giurisprudenziali recitano che la domanda di rivendica, tendendo al riconoscimento del diritto di proprietà ed al conseguimento del possesso sottratto al proprietario contro la sua volontà, esige la prova della proprietà (e non del possesso) della cosa da parte dell'attore e la prova del possesso di essa da parte del convenuto.

La prova della proprietà si dà mediante dimostrazione della titolarità del diritto, e quindi, in via alternativa, o mediante la prova di un acquisto a titolo originario, eventualmente risalendo al titolo originario dei propri danti causa, o mediante prova del possesso continuato del bene conforme al titolo, da parte del proprietario ed eventualmente dei suoi danti causa, protratto per il tempo necessario all'usucapione del bene.

In ciò consiste, dunque, l'onere della cosiddetta *probatio diabolica* che grava sul rivendicante: egli deve in ogni caso dimostrare di aver acquistato il bene a titolo originario, oppure che lo stesso sia a lui pervenuto attraverso una catena ininterrotta di trasferimenti avente inizio da chi, comunque, lo abbia acquistato a titolo originario. All'attore in rivendica, che ambisce al riconoscimento della sua qualità di *dominus*, non basta, pertanto, far verificare la sua titolarità, occorrendo, piuttosto, che tale titolarità sia legittima. Serve quindi accertare sempre la protrazione del possesso per il tempo necessario all'usucapione ordinaria ventennale quando all'attore manchi del tutto un titolo derivativo, o quando un siffatto titolo, da chiunque provenga, e cioè *a domino* o *a non domino*, sia nullo o altrimenti inidoneo all'effetto traslativo della proprietà; serve, quanto meno, la protrazione decennale del possesso se concorrano buona fede, idoneità del titolo di acquisto proveniente *a non domino* e trascrizione.



In sostanza, la *probatio diabolica* chiama l'attore in rivendica ad allegare: 1) o che egli sia fornito di un valido titolo derivativo proveniente, direttamente o tramite i danti causa, dal *dominus* nel senso indicato; 2) o che abbia altrimenti posseduto per vent'anni o per dieci ai fini dell'usucapione ordinaria o abbreviata; 3) o che abbia acquistato in altro modo a titolo originario (ad esempio, per accessione).

Il rigore di tale principio, secondo il quale l'attore in rivendica deve provare la sussistenza dell'asserito diritto di proprietà sul bene anche attraverso i propri danti causa fino a risalire ad un acquisto a titolo originario, ovvero dimostrare il compimento dell'usucapione, non si intende, di regola, attenuato dalla proposizione, da parte del convenuto, di una domanda riconvenzionale (o di un'eccezione) di usucapione, visto che il convenuto in un giudizio di rivendicazione non ha l'onere di fornire alcuna prova, pur nell'opporre un proprio diritto di dominio sulla cosa rivendicata.

Non di meno, la mancata contestazione, da parte del convenuto, dell'originaria appartenenza del bene rivendicato ad un comune autore, ovvero ad uno dei danti causa dell'attore, porta a ritenere che il rivendicante, in tal caso, deve limitarsi alla dimostrazione di come il bene in contestazione abbia formato oggetto di un proprio valido titolo di acquisto. In sostanza, l'opposizione di un acquisto per usucapione, il cui *dies a quo* sia successivo a quello del titolo di acquisto del rivendicante, comporta che il *thema disputandum* si reputi ristretto all'appartenenza attuale del bene al convenuto in forza dell'invocata usucapione e non comprensivo dell'acquisto di esso da parte dell'attore, sicché l'unico fatto bisognoso di prova diviene l'usucapione vantata dal convenuto e l'onere probatorio del rivendicante può legittimamente dirsi assolto per effetto del fallimento dell'avversa prova della prescrizione acquisitiva, con la semplice dimostrazione della validità del titolo in base al quale quel bene gli era stato trasmesso dal precedente titolare [1].

La gravosità della prova della proprietà spettante all'attore in rivendica è intesa, così, come inversamente proporzionale alla analiticità delle difese del convenuto: se questi si limita ad eccepire un generico *possideo quia possideo*, il rivendicante è tenuto alla *probatio diabolica*; se, invece il convenuto – verrebbe da dire, maldestramente – si limita a contrapporre un proprio titolo di acquisto poziore, il processo si concentra unicamente sull'esistenza di quest'ultimo titolo [2].

Più di frequente, si è però precisato che il convenuto non ha comunque l'onere di fornire alcuna prova del diritto di proprietà sulla cosa rivendicata che opponga alla domanda attorea, giacché tale difesa non implica alcuna rinuncia alla "vantaggiosa posizione di possessore" [3].

---

[1] Tra le tante, si indicano di recente solo: Cass. 19 ottobre 2021, n. 28665; Cass. 23 settembre 2021, n. 25865; Cass. 10 settembre 2018, n. 21940; Cass. 18 maggio 2016, n. 10276; Cass. 23 luglio 2015, n. 15339; Cass. 22 settembre 2010, n. 20037; Cass. 30 marzo 2006, n. 7529; Cass. 10 marzo 2006, n. 5161.

Per le più risalenti, Cass. 18 agosto 1964, n. 2325, in *Foro it*., 1964, I, 1766; circa il temperamento della *probatio diabolica* allorché il convenuto deduca a scopo difensivo un titolo di acquisto che non sia in contrasto con l'appartenenza del bene al dante causa dell'attore, Cass. 3 gennaio 1966, n. 30, in *Giur. agr. it.*, 1966, II, 288; Cass. 6 dicembre 1974, n. 4049, in *Giur. agr. it.,* 1976, II, 426.

In dottrina, per il rilievo del comportamento processuale del convenuto ai fini della prova della proprietà spettante all'attore in rivendica, si vedano A. NATUCCI, *Rivendica e* probatio diabolica, in *Quadrimestre*, 1990, 524; A. GAMBARO, *Delle azioni a difesa della proprietà*, in *Commentario al Codice Civile, a cura di P. Cendon*, artt. 810-951, Giuffrè, 2009, 836 ss.

[2] Così Cass. 9 dicembre 1970, n. 2616.

Osserva A. NATUCCI, *L'onere della prova nell'azione di rivendica*, in *Nuova giur. comm*., 2015, II, 531 ss., che il principio della *probatio diabolica* viene attuato in giurisprudenza solamente nel caso in cui il convenuto, prudentemente, si trinceri dietro l'eccezione *possideo quia possideo*, mentre, quando il convenuto si faccia attore, cercando di contestare il titolo del rivendicante attraverso l'allegazione di un proprio titolo, ha luogo "una sorta di ordalia, in cui si abbandona del tutto la ricerca di un titolo originario (e assoluto), accontentandosi della prova da parte del rivendicante di un titolo d'acquisto comparativamente preferibile", e, cioè, di un "titolo valido".

[3] Cass. 7 giugno 2018, n. 14734; Cass. 17 maggio 2007, n. 11555; Cass. 29 novembre 2004, n. 22418; Cass. 12 aprile 2001, n. 5472; Cass. 23 maggio 1996, n. 4748; Cass. 13 aprile 1987, n. 3669.



L'agevolazione del carico probatorio gravante sull'attore in rivendica, allorché il convenuto non confuti con le proprie difese la derivazione del bene in contesa da un determinato dante causa, ovvero alleghi un'usucapione maturata dopo l'acquisto vantato dal primo, non è l'effetto di un atto unilaterale di ricognizione della proprietà dell'attore, che possa supplire alla mancanza di un valido titolo costitutivo. Se, del resto, alle difese del convenuto si attribuisse il valore di riconoscimento del diritto rivendicato dall'attore, il giudice dovrebbe sul punto rendere una declaratoria di cessazione della materia del contendere, eventualmente accompagnata dall'ordine di restituzione della cosa [4].

Il convenuto che, nel resistere alla rivendicazione, non si limita ad invocare il fatto del proprio possesso, ma deduce a scopo difensivo un titolo o una situazione che ammettono, espressamente o implicitamente, l'originaria appartenenza del bene ad un comune autore, non dà luogo ad una manifestazione di volontà di tipo negoziale avente ad oggetto il diritto di proprietà in contesa, né spiega per il giudice l'effetto vincolante di una confessione, quanto alla verità del fatto costitutivo della titolarità del rapporto dominicale: l'effetto unico – peraltro comune a tutti i giudizi su diritti disponibili – della non contestazione delle vicende che hanno portato all'acquisto della proprietà della cosa rivendicata è quello di perimetrare il tema di prova, senza peraltro esonerare il giudice dal valutare la fondatezza secondo diritto di quelle vicende [5].

In tal senso, va anche ridimensionata la portata dell'affermazione secondo cui per i cosiddetti diritti autodeterminati, quale appunto è la proprietà, non è necessaria l'esposizione dei fatti costituenti le ragioni della domanda, ai sensi dell'art. 163, comma 3, n. 4), cod. proc. civ., non avendo il titolo alcuna forma di specificazione della domanda. Ciò potrà dirsi allo scopo di escludere la nullità dell'atto di citazione per mancata indicazione del titolo in funzione del quale il bene immobile viene rivendicato [6]. Resta, tuttavia, l'attore in rivendica onerato dell'allegazione dei fatti storici su cui fonda la proprietà e che consentano all'avversario di prendere consapevolmente posizione al riguardo, anche ai fini della eventuale delimitazione della catena probatoria dei titoli di acquisto, non potendo la *relevatio ex* art. 115, comma 1, cod. proc. civ. prescindere da essa [7]. Né si può ribaltare sul convenuto l'onere di allegare il fatto costitutivo dell'avversa pretesa, per poi dover negare l'esistenza di un comune dante causa e dei successivi passaggi di possesso giustificati dai titoli derivativi che conducano all'acquisto dell'attore [8].

---

M. COSTANZA, *Azione di revindica e onere della prova*, in *Giust. civ.*, 2010, 123 ss., evidenzia che giurisprudenza e dottrina intendono "l'azione di revindica come uno strumento attraverso il quale si riconosce e si afferma la sussistenza di una posizione di diritto, indipendentemente dalla situazione giuridica appartenente alla parte convenuta. Pure nell'eventualità in cui le eccezioni o le istanze di questa fossero respinte, perché infondate, la domanda di revindica potrebbe, a sua volta, essere rigettata, perché il giudice non ravvisa raggiunta la prova necessaria per l'accoglimento della rivendica".

[4] B. CARPINO, voce *Rivendicazione (azione di)*, in *Enc. giur.*, XVII, Treccani, 1991, 4 ss.

[5] La mitigazione della *probatio diabolica* in correlazione all'atteggiamento processuale del convenuto si reputa coerente con un sistema giuridico nel quale il trasferimento della titolarità dei diritti reali immobiliari viene realizzato mediante atti che contengono, con la identificazione del bene trasferito, la provenienza, nel rispetto della continuità dei passaggi di titolarità: così M. COSTANZA, cit., 123 ss.

[6] Cass. 17 luglio 2007, n. 15915.

[7] A. CARRATTA, *Il principio della non contestazione nel processo civile*, Giuffrè, 1995, 269 ss.

[8] S. FERRERI, *Rivendicazione*, in Digesto civ., XVIII, Torino, Utet, 1988, 98; EAD., *Rivendicazione*, in *Enc. dir.*, XLI, Giuffrè 1989, 55 ss.

La stessa Autrice ha sottolineato come, a livello operativo, la giurisprudenza non consenta più al convenuto in rivendica di trincerarsi dietro al celebre "*possideo quia possideo*", e gli imponga, al contrario, "un ruolo attivo con onere di contestare volta a volta che un dante causa comune sia esistito, che ci siano stati successivi passaggi del possesso corrispondenti ai vari titoli derivativi, che l'atto di acquisto prodotto dall'attore sia idoneo a colmare la prova ecc.": S. FERRERI, *Questioni attuali in tema di azioni a difesa della proprietà,* in *Riv. dir. civ.,* 2004, II, 809 ss.



**2. –** Incomprensibilmente, viene spesso affermato che la consistenza della prova della proprietà debba variare a seconda che l'attore domandi il solo accertamento della proprietà, essendo comunque nel possesso del bene, o chieda altresì la condanna alla restituzione della cosa, sul presupposto, peraltro, dell'accertamento della proprietà stessa [9]. Pur essendo parzialmente identico l'oggetto dei due giudizi e dei correlati giudicati, entrambi consistenti nella eliminazione di una situazione di incertezza sulla titolarità dominicale nel rapporto tra attore e convenuto, la necessità della prova rigorosa della proprietà, risalente al titolo originario di acquisto, viene in tal modo subordinata alla presenza dell'ulteriore domanda di una pronuncia giudiziale utilizzabile per il conseguimento della consegna del bene, nonché alla sussistenza del possesso della cosa in capo al convenuto, quale indizio proprietario da sé sufficiente ad insinuare il dubbio sulla efficacia probatoria del titolo derivativo vantato dall'attore [10].

**3. –** Una prima considerazione sorge immediata, leggendo l'art. 922 cod. civ., che elenca i "[m]odi di acquisto" della proprietà: nell'applicazione giurisprudenziale, a dispetto di tale norma, la proprietà non si acquista *ex se* né "per effetto di contratti", né "per successione a causa di morte" [11]. È comunque richiesto, a chi

[9] Cass. 18 gennaio 2017, n. 1210, ha tuttavia affermato che allo stesso onere probatorio circa la titolarità del proprio diritto debba soggiacere chi agisce per ottenere il mero accertamento della proprietà o comproprietà di un bene, sull'argomento che lo stesso è da assolvere ogni volta che sia proposta un'azione volta a dichiarare un diritto di proprietà tutelato *erga omnes*. In precedenza, Cass. 22 maggio 1973, n. 1481; Cass. 7 maggio 1973, n. 1227, in *Giur. agr. it.,* 1974, II, 481; Cass. 18 settembre 1965, n. 2023, in *Giur. agr. it.,* 1966, II, 285. In senso opposto, Cass., sez. un., 19 luglio 1965, n. 1631, in *Giust. civ.,* 1966, I, 576, secondo cui, mentre l'azione di rivendicazione ha essenziale natura petitoria e restitutoria, l'azione di mero accertamento della proprietà postula che l'attore sia già investito del possesso del bene controverso e perciò domandi la dichiarazione della puntuale rispondenza di esso allo stato di diritto. Proprio la rilevanza giuridica del possesso, di cui l'attore è già investito, giustifica una prova del diritto di proprietà meno rigorosa di quella occorrente per l'azione di rivendicazione. Ancora, Cass. 14 aprile 2005, n. 7777, secondo cui per l'azione di accertamento della proprietà senza finalità recuperatoria basterebbe all'attore allegare e provare il titolo del proprio acquisto, non mirando questi alla modifica di uno stato di fatto, bensì solo all'eliminazione di uno stato di incertezza circa la legittimità del potere di fatto sulla cosa di cui è già investito. Analogamente altresì Cass. 18 settembre 1965, n. 2023, in *Giur. agr. it.,* 1966, II, 285**,** pur considerando che colui che propone azione di mero accertamento della proprietà, senza essere nel possesso del bene, deve rigorosamente provare il suo diritto di proprietà, allo stesso modo di colui che agisce in revindica, escludeva che fosse elemento distintivo essenziale tra le due azioni il possesso o meno del bene nell'attore, perché, se la revindica presuppone necessariamente che tale possesso l'attore non abbia, anche l'azione di mero accertamento può essere proposta da chi non possieda il bene che afferma suo. Ancora, Cass. 30 dicembre 2011, n. 30606, in *Rep. Foro it.*, 2011, voce «Proprietà (azioni a difesa)», n. 5, che onera della stessa prova rigorosa richiesta per la rivendica l'attore che proponga una domanda di accertamento della proprietà ed abbia la materiale disponibilità della cosa oggetto del preteso diritto, in virtù di un possesso acquistato con violenza o clandestinità, ovvero sulla cui legittimità sussista uno stato di obiettiva e seria incertezza, in relazione alle particolarità del caso concreto, non ricorrendo in tali ipotesi la presunzione di legittimità del possesso, che giustifica l'attenuazione del rigore probatorio qualora l'azione di accertamento della proprietà sia proposta da colui che sia nel possesso del bene. Si vedano pure Cass. 9 giugno 2000, n. 7894; Cass. 4 dicembre 1997, n. 12300; Cass. 21 febbraio 1994, n. 1650; Cass. 27 aprile 1982, n. 2621; Cass. 2 febbraio 1976, n. 330; Cass. 9 dicembre 1970, n. 2604.

Si resta, poi, nell'ambito dell'azione di regolamento di confini, e non dell'azione di rivendica, con conseguente estraneità della *probatio diabolica*, allorché la domanda deduca l'usurpazione di una porzione del proprio terreno da parte del vicino e chieda un accertamento giudiziale della superficie dei fondi confinanti senza porre in discussione i titoli di proprietà: tra le tante, Cass. 13 ottobre 2020, n. 22095; Cass. 20 aprile 2001, n. 5899; Cass. 6 dicembre 2000, n. 15507, in *Arch. civ.,* 2001, 311; Cass. 27 maggio 1997, n. 4703. In dottrina, proprio al fine di rimarcare le differenze tra regolamento di confini e rivendica sotto il profilo della distribuzione degli oneri probatori, E. BILOTTI, *Regolamento di confini e rivendica (note critiche sulla teoria del "conflitto fra fondi"*, in *Riv. dir. civ.,* 2002, II, 161 ss.; più di recente, C. RENDINA, *Diritti reali – Prospettiva di indagine sulla distinzione tra azione di regolamento di confini e azione di rivendicazione*, *Nuova giur. comm*., 2021, 276 ss.

[10] Per tali considerazioni, si veda A. NATUCCI, *L'onere della prova nell'azione di rivendica*, cit., 531 ss.

[11] Così, si è affermato che, ai fini della prova della proprietà attribuita ad un condividente, non è sufficiente l'atto di divisione, occorrendo piuttosto dimostrare il titolo di acquisto della comunione (Cass. 31 gennaio 2012, n. 1392; Cass. 10 marzo 1979, n. 1511,



voglia dimostrarsi proprietario per aver ricevuto il bene in forza di un titolo negoziale, di dar prova di un acquisto a titolo originario risalendo nella catena dei rispettivi danti causa, semmai unendo il proprio possesso a quello del suo autore ai fini dell'usucapione [12].

La fiducia esclusiva riposta dalle sentenze nella verifica processuale della compiuta usucapione, quale unico strumento rassicurante per verificare la titolarità del diritto di proprietà e la conseguente legittimazione a disporne, trova conferma nelle resistenze mostrate a giudicare valida la vendita di un bene che l'alienante assuma di aver usucapito senza che preesista un accertamento giudiziale di tale acquisto [13].

Il rilievo che in materia assume la conforme pratica giurisprudenziale ha convinto alcuni studiosi dell'opportunità di distinguere a monte dall'azione di rivendica, che suppone ed impone l'accertamento della proprietà in capo all'attore, un'azione di matrice pretoria che fornisce una più limitata, ma anche più rapida, tutela petitoria contro chi possiede in base ad un titolo «meno valido» di quello dedotto dall'attore stesso [14]. A questa ricostruzione, tuttavia, può replicarsi che le due ipotizzate azioni non hanno ragione di differenziarsi: dell'una, come dell'altra, la *causa petendi* è comunque costituita dal diritto di proprietà dell'attore sul bene che ne rappresenta l'oggetto, e non dal titolo di acquisto, originario e derivativo, che ne costituisce la fonte e la cui allegazione occorre per la prova del diritto stesso, piuttosto che per la specificazione della domanda,

---

in *Resp. civ. prev.* 1979, 468; Cass. 16 luglio 1966, n. 1930); parimenti, l'attore in rivendica non può invocare il testamento a fondamento del suo diritto (né la vocazione legittima), se non sia verificato che il bene fosse di proprietà del *de cuius* al momento della morte (Cass. 14 marzo 1973, n. 718); neppure è sufficiente produrre l'atto di accettazione ereditaria, perché non prova il possesso del bene (Cass. 4 dicembre 2014, n. 25643). Altrimenti, si trova precisato che il giudice dell'azione di rivendicazione è tenuto innanzitutto a verificare l'esistenza, la validità e la rilevanza del titolo dedotto dall'attore a fondamento della pretesa, investendo tale indagine uno degli elementi costitutivi della domanda: Cass. 3 marzo 2009, n. 5131, in *Giust. civ*., 2010, I, 1, 121, con nota di M. COSTANZA, *Azione di rivendica e onere della prova*.

Una recente disamina dell'efficacia di prova dei singoli atti di trasferimento della proprietà si rinviene in R. MOTRONI, *Profili probatori delle azioni petitorie nel diritto italiano*, in *www.comparazionedirittocivile.it*, ottobre 2015.

Una soluzione apparentemente eccentrica è proposta nelle sentenze sulle controversie tra condominio e singolo condomino, o tra singoli partecipanti contrapposti, aventi ad oggetto la titolarità comune o individuale di una porzione dal fabbricato. Qui si sostiene che se il bene rientra tra quelli oggetto della «presunzione legale» di proprietà comune *ex* art. 1117 cod. civ., sull'amministratore o sul condomino che agiscono in rivendica del bene condominiale non incombe la *probatio diabolica*, bastando loro dimostrare la proprietà esclusiva delle unità immobiliari nell'ambito del condominio per provare anche la comproprietà di quei beni che tale norma contempla. Grava, invece, sul condomino che pretenda l'appartenenza individuale di uno dei beni indicati nell'art. 1117 cod. civ. dare la prova della sua asserita proprietà esclusiva, senza che a tal fine sia rilevante il proprio titolo di acquisto, o quello del proprio dante causa, ove si tratti non dell'atto di primo frazionamento costitutivo del condominio, ma di alienazione compiuta dall'iniziale unico proprietario che non si era riservato l'esclusiva titolarità della *res* (da ultimo, Cass. 17 febbraio 2020, n. 3852). In tal modo, rispetto ai principi generalmente affermati in materia di rivendicazione, l'accertamento della proprietà del bene conteso in ambito condominiale viene risolto in base soltanto all'operatività dell'art. 1117 cod. civ., nonché dissolto nell'accertamento dell'acquisto della porzione di proprietà esclusiva, intesa come cosa principale le cui vicende traslative attraggono anche le cose a quella legate da un rapporto pertinenziale, mentre si omette di verificare altresì il titolo dell'iniziale unico proprietario *pro indiviso* per giungere fino all'acquisto a titolo originario.

[12] Siffatta propensione per l'usucapione, vista come strumento privilegiato di garanzia della certezza dei possessi fondiari, poteva semmai comprendersi in epoche in cui mancavano registri della proprietà immobiliare o altri strumenti idonei ad attestarla: L. MAGANZANI, *La 'tradizione" nel diritto civile italiano: l'esempio dell'azione di rivendica e della cd.* probatio diabolica, in questa *Rivista*, 2015, 1, 101.

[13] Cass. 7 agosto 2000, n. 10372, in *Foro it.*, 2001, I, 517; Cass. 26 novembre 1999, n. 13184, in *Dir. fall.,* 2000, II, 1125. Più di recente, tuttavia, in senso opposto, Cass. 5 febbraio 2007, n. 2485, in *Not.,* 2007, 628; Cass. 12 dicembre 2018, n. 32147.

Assume rilievo sul punto, peraltro, l'art. 2643 n. 12-*bis*) cod. civ., inserito dal d.l. n. 69/2013, convertito in l. n. 98/2013, il quale ha incluso fra gli atti soggetti a trascrizione gli accordi di mediazione che accertano l'usucapione; sui gravi problemi interpretativi posti da tale norma, si veda, indicativamente, E. MINERVINI, *Il negozio di accertamento e la trascrizione*, in *Riv. not.,* 2016, 241.

[14] A. PROTO PISANI, *Sulla tutela giurisdizionale del diritto di proprietà*, in *Foro it.,* 1971, I, 434 ss., in nota a Cass. 16 ottobre 1970, n. 2049; A. GAMBARO, *Il diritto di proprietà*, in *Tratt. dir. civ. e comm*., diretto da CICU-MESSINEO, continuato da MENGONI, Giuffrè, 1990, 884.



con le note conseguenze in tema di formazione del giudicato, il quale si estende comunque anche ai fatti costitutivi (ovvero ai mezzi di prova) della proprietà non dedotti [15].

La declinazione di un accertamento della proprietà secondo la regola del "*droit meilleur ou plus probable*" trasfigura il giudizio di rivendica in una sorta di *vindicatio duplex*, similmente all'azione di regolamento di confini, ove ognuna delle parti assume la veste sia d'attore che di convenuto ed il giudice deve pervenire pur sempre ad una soluzione che elimini lo stato di incertezza, ricorrendo ad ogni possibile presunzione di titolarità.

Se all'attore bastasse dimostrare soltanto un titolo "migliore" rispetto a quello del convenuto, o anche, in negativo, che a quest'ultimo "manchi" la proprietà, verrebbe accertato unicamente il diritto di possedere il bene [16].

La rivendica è azione reale cui è legittimato *ex se* il proprietario e che non postula alcun rapporto giuridico con il convenuto possessore della cosa.

Può concludersi, quindi, che chi agisce in rivendicazione deve soltanto provare il suo titolo e non ha bisogno di criticare la posizione del convenuto, né è perciò tenuto a dimostrare uno specifico fatto generatore dell'obbligo di restituire il bene rivendicato [17].

**4. –** È il momento di chiedersi perché la giurisprudenza assoggetti l'attore in rivendicazione all'onere della *probatio diabolica*.

Se ne trova una illuminante spiegazione nell'ancora recente decisione delle sezioni unite civili della Corte di Cassazione che ha tracciato il distinguo, in termini di qualificazione e di onere probatorio, tra l'azione reale di rivendica e l'azione personale di restituzione [18]. Questa sentenza, pur ravvisando l'identità di *petitum* tra le due azioni, entrambe volte a recuperare la disponibilità di un bene, ha evidenziato la diversità delle rispettive *causae petendi*, essendo la rivendicazione fondata sulla proprietà e "connotata quindi da realità e assolutezza", ciò giustificando la *probatio diabolica* dovuta dall'attore, laddove l'azione di restituzione è contraddistinta da "personalità e relatività". Mentre in quest'ultimo caso il fondamento della domanda risiede in un rapporto obbligatorio *inter partes*, nella domanda di rivendicazione il fondamento si rinviene "nel diritto di proprietà tutelato *erga omnes*, del quale occorre quindi che venga data la piena dimostrazione, mediante la *probatio diabolica*".

Proprio, d'altro canto, le asperità dell'onere probatorio della rivendica inducono gli attori che vogliano agire per ottenere la restituzione di un bene a propendere per l'azione personale, così da dover dimostrare non il diritto di proprietà, ma l'avvenuta consegna in base ad un titolo che sia venuto meno per qualsiasi causa. Al fine di rimuovere una situazione lesiva del diritto di proprietà, si presta altrimenti l'azione di risarcimento in forma specifica *ex* art. 2058 cod. civ., ove l'attore non domandi contestualmente la declaratoria del-

---

[15] Cass. 16 ottobre 2020, n. 22591; Cass. 17 luglio 2007, n. 15915; Cass. 16 maggio 2007, n. 11293; Cass. 4 marzo 2003, n. 3192, in *Giur. it.,* 2004, 279; Cass. 20 aprile 2001, n. 5894, in *Giur. it.,* 2002, 265; Cass. 10 ottobre 1997, n. 9851; Cass. 21 giugno 1995, n. 7033; Cass. 20 maggio 1997, n. 4460; Cass. 18 febbraio 1991, n. 1682; Cass. 7 marzo 1968, n. 744; Cass. 7 luglio 1966, n. 1786.

[16] A. MANNETTA, *La prova nel giudizio di rivendica,* in *Giur. mer.*, 2009, 883 ss.

[17] Così R. SACCO, *Il possesso*, in *Tratt. Cicu-Messineo*, VII, Giuffrè, 1988, 20.

[18] Cass., sez. un., 28 marzo 2014, n. 7305, in *Giur. it*., 2015, 2599, con nota di C. MAGLI, *Il discrimen tra azione di rivendicazione ed azione di restituzione*. In argomento, A. GAMBARO, *Il diritto di proprietà*, cit., 874 ss.; S. FERRERI, voce *Azioni petitorie*, in *Digesto civ*., II, Utet, 1988, 50 ss.; F. SALARIS, *Azione a difesa della proprietà*, in *Trattato di diritto privato*, diretto da P. RESCIGNO, VII, 1, Utet, 2005, 798.



la proprietà stessa, ma prospetti soltanto la richiesta di ristabilire un'attività corrispondente alla proprietà sul bene e di soddisfare il credito sorto con la lesione del diritto reale: anche in tal caso, non occorre la *probatio diabolica* della proprietà, giacché questa assume qui rilievo unicamente per l'individuazione dell'avente diritto al risarcimento [19].

Viene, così, osservato come "per consolidata tradizione" si considera esistente "una piena simmetria fra il diritto fatto valere (la proprietà), la relativa azione (la rivendica) e la prova incombente sull'attore (la cd. *probatio diabolica*)" [20]: essendo reale ed assoluto il diritto fatto valere, ed essendo *in rem* ed esperibile *erga omnes* l'azione petitoria, volta all'accertamento della proprietà, così deve essere "assoluta" la prova gravante sull'attore e perciò consistere in un titolo di acquisto a titolo originario. Un ordinamento, come il nostro, in cui il trasferimento della proprietà è retto dal principio consensualistico *ex* art. 1376 cod. civ. e la trascrizione degli atti di acquisto non ha natura costitutiva del diritto di proprietà, né rileva come prova di questa, ma svolge essenzialmente la funzione di risolvere eventuali conflitti tra più aventi causa, corre sempre il rischio che i titoli derivativi consistano in alienazioni *a non domino*. Se l'attore in rivendica potesse dimostrare la sua proprietà soltanto allegando un valido contratto di acquisto, resterebbe il dubbio sulla validità del titolo del suo dante causa, dubbio superabile unicamente con la dimostrazione di un acquisto originario.

Pare, dunque, che l'esigenza di dare una prova "assoluta" della proprietà da accertare nell'azione di rivendica sia intesa come derivazione necessaria dalla assolutezza e realità del diritto fatto valere in giudizio. Come ammettere che il giudice scelga, secondo la generale logica del processo civile, quale sia la migliore narrazione dei fatti, tra l'ipotesi prospettata dall'attore e quella prospettata dal convenuto, come ritenere, altrimenti, che la finalità della prova sia soltanto quella di verificare la verità o la falsità dei fatti enunciati dai due contendenti, e come allocare fra gli stessi l'onere probatorio di cui all'art. 2967 cod. civ., quando oggetto della decisione è verificare l'attribuzione di un diritto *erga omnes*?

Sono gli stessi dubbi che deve affrontare lo studioso quando si pensa alla trasmissibilità della proprietà di una cosa attraverso il semplice accordo delle parti e, cioè, alla cosiddetta "efficacia reale" del contratto traslativo [21]. In realtà, col negozio avente ad oggetto l'alienazione di un bene, l'acquirente acquista una investitura che prescinde dalla titolarità del diritto in capo all'alienante: in tal senso, il negozio si atteggia come *titulus adquirendi*. Il contratto di alienazione rimane con l'efficacia relativa delineata dall'art. 1372 cod. civ. e non pregiudica la sfera dei terzi ad esso estranei; tuttavia, esso investe l'acquirente di una posizione che ne legittima il godimento pieno ed esclusivo del bene nei confronti dei terzi che non vantano una posizione qualificata da un autonomo e contrario diritto sul bene.

Il carattere assoluto della proprietà e la necessità di assicurare *erga omnes* la protezione giuridica dell'interesse del proprietario non incidono, allora, sull'ambito della tutela processuale, che deve modellarsi nei medesimi termini in cui funziona per gli altri diritti. Il diritto reale del proprietario che agisce in rivendica si realizza concretamente nel processo intentato contro chi vanti un contrario interesse reale ad utilizzare il bene, il quale è il legittimato passivo ed è il destinatario del conseguente giudicato [22]. Questa è, del resto, l'unica conclusione coerente con la diffusa applicazione che si fa, in tema di prova della proprietà, del prin-

---

[19] Cass. 24 marzo 1979, n. 1744. Sui rapporti, peraltro, tra rimedio ripristinatorio *ex* art. 2058 cod. civ. e tutela possessoria, Cass. 14 gennaio 2013, n. 705, in *Nuova giur. comm*., 2013, I, 733, con nota di F. BOTTONI, *Tutela della proprietà, cumulo di rimedi e tramonto dell'occupazione appropriativa*.

[20] L. MAGANZANI, *La 'tradizione" nel diritto civile italiano: l'esempio dell'azione di rivendica e della cd.* probatio diabolica, cit., 91.

[21] G. PALERMO, *Contratto di alienazione e titolo dell'acquisto*, Giuffrè, 1974, 15 ss.

[22] Cfr. G. COSTANTINO, *Contributo alla teoria della proprietà*, Jovene, 1967, 129 ss.



cipio di "non contestazione", il quale è solitamente inteso come indice e riflesso della natura disponibile del rapporto sostanziale, e dunque connesso con il potere esclusivo di allegazione dei fatti attribuito alle parti della singola controversia.

È, peraltro, fallace la stessa efficacia euristica della *probatio diabolica* affidata alla ossessiva ricerca di un acquisto per usucapione, intesa quale indefettibile conseguenza del principio ulpianeo «*Nemo plus iuris ad alium transferre potest, quam ipse habet*». Se la *ratio* della *probatio diabolica* risiede nel superare le criticità legate alla invalidità del titolo d'acquisto dell'attore in rivendica o al difetto di legittimazione dispositiva dei danti causa negli atti di trasferimento anteriori, l'acclarata usucapione in capo ad un remoto alienante non preserva dall'eventualità che uno dei successivi atti traslativi sia stato invalido o inefficace, o che, nel corso delle vicende derivative, provenienti dall'originario acquirente, altri abbia a sua volta maturato un'utile usucapione del bene.

Ove l'attore ponga a fondamento della sua domanda di rivendicazione un titolo di acquisto della proprietà compreso fra quelli elencati nell'art. 922 cod. civ., l'indagine sulla validità dello stesso e sulla legittimazione ad alienare del dante causa non rientra tra i poteri-doveri officiosi del giudice, essendo piuttosto rimesso al convenuto possessore l'onere di contestare l'inefficacia del titolo, e rimanendo il correlato carico probatorio regolato dai principi generali dettati in tema di accertamento negativo, non potendosi perciò imporre all'attore la prova che non ricorrono fatti impeditivi o estintivi del suo diritto di proprietà. L'onere di provare il fondamento dalla pretesa di rivendicazione grava su chi afferma il fatto di esserne proprietario, e (soltanto) in tal senso il convenuto si trova in posizione analoga a quella del possessore, nel senso del «*possideo quia possideo*», visto che comunque l'attore, agendo per l'accertamento della sua proprietà, non contesta il titolo del possesso del convenuto. Se però il convenuto neghi la pretesa proprietaria della parte come fondamento della sua eccezione, su di lui grava la relativa prova.

**5. –** La prova della proprietà in un giudizio di rivendicazione serve a conseguire una fissazione formale dei fatti controversi sulla proprietà di un determinato bene secondo le regole del processo probatorio. Quella a cui perviene il giudice nella sentenza che accerti, o meno, la proprietà del rivendicante è, perciò, una verità immancabilmente relativa, perché si fonda sulla prova dell'acquisto dedotta dall'attore, la quale costituisce l'essenziale base conoscitiva dell'enunciato decisorio.

La relatività della verità sulla proprietà accertata dal giudicante, in rapporto agli enunciati descrittivi dei fatti offerti dai litiganti ed all'allocazione degli oneri probatori imposta dall'art. 2697 cod. civ., non è una connotazione contraddittoria rispetto all'efficacia *erga omnes* della titolarità dominicale.

La sentenza sceglie la migliore spiegazione (oppure la versione relativamente plausibile) dei fatti costitutivi della proprietà in base ai titoli disponibili. Il vincolo derivante in ordine all'accertamento della proprietà contenuto nella sentenza che pronuncia sulla domanda di rivendica, ai sensi dell'art. 2909 cod. civ., attiene, così, all'esistenza della situazione giuridica di proprietà dedotta in giudizio, e non alla ricostruzione fattuale delle vicende circolatorie del bene [23].

Non contravviene al principio della delimitazione soggettiva del processo e dei correlati effetti del giudicato, che ad esso conseguono, la particolare natura del diritto che ne sia l'oggetto. Se l'azione di rivendica postula l'accertamento della proprietà, la considerazione di questa quale «diritto reale per eccellenza», che

[23] M. TARUFFO, *Verso la decisione giusta*, Giappichelli, 2020, 193, 199 ss., 376 ss.; M. TARUFFO, *La semplice verità. Il giudice e la costruzione dei fatti*, Laterza, 2009, 84.



«o esiste di fronte a tutti o non esiste», non significa che l'accoglimento della domanda includa nell'oggetto del giudicato la certezza *erga omnes* dell'acquisto in capo al rivendicante.

L'oggetto del giudicato di rivendica discende, secondo principio generale, dall'oggetto della domanda, e dunque dipende dalla situazione giuridica in base alla quale l'attore ha invocato la tutela giurisdizionale e dal titolo individuato quale *causa petendi*.

Legittimato passivo nell'azione di rivendicazione, qualunque sia il titolo di acquisto petitorio dedotto dall'attore, è soltanto colui che di fatto possiede il bene rivendicato ed è perciò in grado di restituirlo. Non è nemmeno ipotizzabile una domanda giudiziale di rivendica proposta *in incertam personam* o verso i *ceteri omnes*. Se la domanda è tesa ad accertare l'intervenuta usucapione, essa va portata nei confronti di chi risulta essere proprietario del bene al momento della domanda [24]. Il compratore, convenuto dal terzo che pretenda di avere la proprietà della cosa venduta, deve chiamare in causa il venditore agli effetti dell'art. 1485 cod. civ. Chi assuma di essere proprietario del bene oggetto di una domanda di rivendicazione può intervenire in causa anche in grado di appello, rientrando fra i soggetti ammessi a proporre opposizione ai sensi dell'art. 404 cod. proc. civ., in quanto terzo titolare di diritto che, seppur azionabile in separato giudizio, potrebbe subire indiretto pregiudizio dalla sentenza che venga fra altri pronunciata [25].

La cosa giudicata sostanziale correlata ad una sentenza di rivendicazione riguarda, quindi, l'oggetto del processo identificato in base ai *soggetti* (l'attore che si dichiara proprietario ed il convenuto che è nel possesso del bene), al *petitum* ed alla *causa petendi* (l'accertamento della proprietà in capo all'attore alla stregua del titolo allegato e la condanna alla restituzione del bene contro la difesa *possideo quia possideo* del convenuto o l'eventuale reciproca allegazione ad opera di quest'ultimo di un suo diritto di dominio sulla cosa rivendicata). La necessaria stabilità degli effetti della sentenza passata in giudicato non consente che sia rimessa in discussione, in un successivo giudizio tra le medesime parti, l'esistenza o l'inesistenza del diritto di proprietà accertate nel primo giudizio.

D'altro canto, il giudicato sulla domanda di rivendicazione, sotto il profilo soggettivo, neppure supera l'estensione segnata dall'art. 2909 cod. civ.: la natura della situazione proprietaria che è oggetto di accertamento e la struttura del rapporto processuale non producono effetti di carattere universale, ovvero *erga omnes*, in quanto non intercorre una relazione di identità tra la proprietà giudicata e quella che possa pretendere un terzo sullo stesso bene.

In ordine all'effetto preclusivo del giudicato che viene a formarsi tra attore e convenuto nel giudizio di rivendica, deve dirsi irrilevante che quest'ultimo abbia introdotto il tema della sussistenza di un proprio titolo giuridico di appartenenza del bene in via di eccezione o di domanda riconvenzionale. Se è vero che l'eccezione, di per sé, non amplia i limiti oggettivi del giudicato rispetto all'ambito che esso già abbraccia per dare risposta alla domanda principale dell'attore, è anche vero che l'autorità del giudicato si estende altresì alle questioni, ancorché sollevate con eccezione, quale quella dell'esistenza di un diritto che legittimi il possesso del bene rivendicato, la cui soluzione costituisce antecedente necessario ed indispensabile della pronuncia sulla domanda [26].

---

[24] Cass. 4 ottobre 2018, n. 24260; Cass. 28 agosto 2015, n. 17270; Cass. 16 giugno 2006, n. 13973; Cass. 26 aprile 2000, n. 5335; Cass. 10 ottobre 1997, n. 9851; Cass. 9 settembre 1997, n. 8748; Cass. 14 febbraio 1987, n. 1613; Cass. 20 maggio 1980, n. 3312; Cass. 8 luglio 1964, n. 1798.

[25] Cass., sez. un., 23 novembre 1985, n. 5808; Cass. 6 novembre 1987, n. 8233.

[26] Peraltro, ad avviso di Cass., sez. un., 13 novembre 2013, n. 25454, in *Giur. it.*, 2014, 1398, con nota di E. BENIGNI, *Brevi note su litisconsorzio necessario e azioni a tutela della res comune*, è ravvisabile una diversa efficacia del giudicato di accertamento della proprietà, insito nella pronuncia su una domanda di rivendica di un bene in comproprietà proposta da uno solo dei condomini, a se-



L'equivoco sotteso alla *probatio diabolica* sta, dunque, partendo dal presupposto della impropria simmetria tra assolutezza del diritto vantato e assolutezza della dimostrazione processuale di esso, nel vincolare l'attore in rivendicazione alla prova di un titolo di acquisto della proprietà che possa imporsi al mondo intero, obliterando la portata dell'art. 922 cod. civ., il quale include modi di acquisto sia a titolo originario che derivativo, e nel trasfigurare l'usucapione stessa da uno degli alternativi modi di acquisto a mezzo di prova esclusivo della proprietà.

L'azione di rivendica è azione reale, ma resta commisurata alla concreta rilevanza del titolo fatto valere in giudizio, così come ad esso si commisura la posizione giuridica del proprietario, la quale, anche ove discenda da un contratto di alienazione, è autonoma rispetto a quella che faceva capo all'alienante. Colui che deduce a fondamento della sua domanda di rivendica un *titulus adquirendi* della proprietà mira ad essere investito di una posizione che lo legittimi al godimento del bene non di fronte ai terzi inqualificati, ma nei confronti del convenuto possessore.

Il riconoscimento della proprietà, che deriva dalla sentenza di accoglimento della domanda di rivendicazione, non ha efficacia *erga omnes*, perché non può ledere la sfera di terzi che vantano un distinto diritto di proprietà sulla cosa. Il giudicato si forma fra attore e convenuto verificando la riconducibilità del titolo della proprietà dedotto dall'attore ad uno dei vari modi di acquisto previsti dall'art. 922 cod. civ. e superando con le prove, che si rivelino più idonee, le eventuali contestazioni del convenuto sulla sufficienza del medesimo titolo allegato [27]. Atteso che la contestazione che il convenuto svolge sulla titolarità attiva del rapporto controverso è una mera difesa, questi non ha, comunque, alcun onere di provarne la fondatezza, spettando pur sempre all'attore la dimostrazione degli elementi costitutivi del diritto azionato.

Se la sentenza passata in giudicato, che abbia riconosciuto la proprietà di una cosa ad un soggetto nei confronti di un'altra parte, costituisce una situazione giuridica incompatibile con il diritto di proprietà vantato sullo stesso oggetto da un terzo, la giurisprudenza ammette questo a proporre l'opposizione di terzo ordinaria *ex* art. 404, primo comma, cod. proc. civ. [28].

La fisiologica carenza di quella assolutezza dell'accertamento proprietario, che tanto spaventa la giurisprudenza, perché ritenuta insita nella sentenza di accoglimento della domanda rivendicazione, è confermata

---

conda che il convenuto abbia formulato un'apposita domanda riconvenzionale o soltanto eccepito l'esistenza della sua proprietà esclusiva. Dal rigetto della domanda del comproprietario e dall'accoglimento della mera eccezione, con l'effetto di lasciare il convenuto nel possesso del bene rivendicato, non discenderebbe una pronuncia avente effetto di giudicato nei confronti degli altri comproprietari, i quali non sono perciò litisconsorti necessari di tale giudizio.

Sembrerebbe, dunque, che la difesa del convenuto che avanzi una semplice eccezione di proprietà esclusiva sia volta unicamente a paralizzare l'azione di rivendica avversaria. Tale soluzione lascia qualche perplessità. Il rigetto della domanda di rivendica proposta da chi affermi di essere comproprietario di un bene che è nel possesso del convenuto, il quale si sia limitato a contestare in via di eccezione di avere l'esclusiva titolarità della *res*, comporta una decisione con autorità di cosa giudicata sulla proprietà in contesa, in quanto la verifica dell'appartenenza del bene al convenuto è presupposto logico-giuridico della ritenuta infondatezza della pretesa restitutoria del comproprietario attore. L'accertamento della comproprietà del bene, eventualmente conseguito in successivi giudizi intercorsi fra gli altri condomini, assenti nella prima causa, ed il convenuto risultato in essa vittorioso, genera proprio quella contraddittorietà di pronunce, nell'ambito di un unico rapporto sostanziale con pluralità di parti, che il litisconsorzio necessario vuole impedire.

[27] Sembra di straordinaria persuasività il passo di A. COLIN, H. CAPITANT, *Traité de droit civil*, t. II, Dalloz, 1959, 251, n. 464, richiamato in S. FERRERI, *Questioni attuali in tema di azioni a difesa della proprietà*, cit., n. 54: "Le jugement ne dira pas qui est réellement et définitivement, vis-à-vis de tous, propriétaire, mais qui des deux adversaires a fourni des preuves rendant plus probable ... l'existence de son droit".

[28] Cass. 22 giugno 2000, n. 8490. Per l'effetto riflesso del giudicato di rivendica formatosi tra il dante causa ed un terzo nei confronti di chi abbia acquistato la proprietà del bene rivendicato, in quanto titolare di un diritto dipendente da quello in esso accertato, indipendentemente dalla trascrizione della domanda di rivendica, Cass. 12 novembre 1997, n. 11153.



dalla disciplina in tema di trascrizione. L'art. 2653, comma 1, n. 1, cod. civ., dispone che devono essere trascritte le domande dirette a rivendicare la proprietà o altri diritti reali di godimento su beni immobili e le domande dirette all'accertamento dei diritti stessi; la sentenza pronunziata contro il convenuto indicato nella trascrizione della domanda ha effetto anche contro coloro che hanno acquistato diritti dal medesimo in base a un atto trascritto dopo la trascrizione della domanda. La norma va coordinata con l'art. 948, primo comma, cod. civ., in base al quale il proprietario può rivendicare la cosa da chiunque la possiede o detiene e può proseguire l'esercizio dell'azione anche se costui, dopo la domanda, ha cessato, per fatto proprio, di possedere o detenere la cosa; in tal caso il convenuto è obbligato a recuperarla per l'attore a proprie spese, o, in mancanza, a corrispondergliene il valore, oltre a risarcirgli il danno.

La trascrizione della domanda di rivendica adempie, quindi, ad una funzione unicamente processuale, in quanto serve a rendere opponibile il giudicato a coloro che abbiano acquistato diritti sulla cosa rivendicata nel corso del giudizio. La stessa trascrizione non ha, invece, effetti sostanziali, giacché non risolve un conflitto fra più acquirenti, né travolge diritti acquistati da terzi [29]. D'altro canto, se la domanda non sia trascritta, il terzo che abbia acquistato il bene oggetto di rivendica potrà essere convenuto con una nuova azione di rivendica da parte del proprietario [30]. Proprio perché la sentenza che accoglie la domanda di rivendica non produce alcun effetto dal punto di vista del diritto sostanziale, adempiendo unicamente ad una finalità recuperatoria, essa non va trascritta, a meno che non accerti che la proprietà sia stata acquistata per usucapione, ai sensi dell'art. 2651 cod. civ. [31].

Né può, infine, trascurarsi che i timori che animano la *probatio diabolica* della proprietà e inducono alla meticolosa ricerca cartesiana di una verità assoluta sulla situazione dominicale del bene rivendicato, fondata su certezze ed evidenze inconfutabili, possono rivelarsi forieri di ingiustizie ancor più gravi. Accollare all'attore in rivendica l'onere di dar sempre prova di un acquisto a titolo originario, che elimini ogni carenza della catena derivativa, non potendo poi il giudice rendere una sentenza "allo stato degli atti", la quale esprima soltanto la mancanza o l'insufficienza della prova della proprietà fornita, comporta, in uno al rigetto della domanda, la formazione di un giudicato formale, che, se non fa stato sulla legittimità della posizione del convenuto (ove questi non abbia dedotto un titolo giustificativo del suo possesso), preclude definitivamente di dare tutela al diritto dominicale rivendicato nel rapporto fra quelle parti.

[29] Cass. 29 luglio 1966, n. 2114, in *Foro it*., 1967, I, 1867.

[30] Cass. 8 luglio 1971, n. 2158, in *Foro it*., 1972, I, 716.

[31] R. TRIOLA, *Della tutela dei diritti*. *La trascrizione*, in *Trattato di diritto privato*, diretto da M. BESSONE, vol. IX, III ed., Giappichelli, 2012, 282 ss.



*JORGE RODRÍGUEZ RUSSO*

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

# LA NULIDAD DE LAS CLÁUSULAS QUE ESTABLEZCAN LA RENOVACIÓN AUTOMÁTICA DEL CONTRATO SIN QUE HABILITEN AL CONSUMIDOR A DESVINCULARSE SIN RESPONSABILIDAD EN EL DERECHO URUGUAYO

SOMMARIO: *1. Introducción. – 2. La definición de cláusulas abusivas de la Ley uruguaya de Relaciones de Consumo. Los criterios para apreciar la abusividad. – 2.1. El criterio del desequilibrio normativo (abusividad sustancial). – 2.1.1. Abusividad formal. – 2.2. El criterio de la violación de la buena fe objetiva. – 3. La incorporación al elenco de cláusulas abusivas efectuada por la Ley N° 19.149: las cláusulas que establecen la renovación automática del contrato sin que el consumidor pueda desligarse sin responsabilidad. – 3.1. El ejercicio del derecho de receso en caso de prórroga. – 3.2 Plazo y preaviso para ejercer el receso. – 4. La naturaleza de la nulidad de la cláusula abusiva. – 4.1. Tesis de la nulidad absoluta. – 4.2. Tesis de la nulidad relativa de protección. – 4.3. Las proyecciones de la naturaleza asignada a la nulidad respecto al receso previsto por la norma: la armonización de las soluciones. – 5. Conclusiones.*

**1. –** Las cláusulas que dispongan la prórroga automática del contrato sin que el consumidor pueda desligarse sin responsabilidad han sido tipificadas como abusivas, por lo que su inclusión en el negocio lo faculta a exigir la declaración de la nulidad de las mismas.

Originariamente no figuraban en la enumeración de cláusulas abusivas del artículo 31 de la Ley de Relaciones de Consumo N.° 17.250, de 11 de agosto de 2000, siendo incorporadas posteriormente por Ley N.° 19.149, de 24 de octubre de 2013, aunque doctrinariamente ya era posible calificarlas como abusivas en determinadas circunstancias [1].

La modificación legislativa en cuestión presenta algunas cuestiones interpretativas de relevancia, como la relativa a la armonización del derecho de receso que se establece a favor del consumidor con el de la naturaleza de la nulidad de las cláusulas abusivas, aspectos que serán tratados en los apartados siguientes, previo análisis somero de la noción de cláusula abusiva que incorpora el Derecho uruguayo.

**2. –** La Ley de Relaciones de Consumo N.° 17.250 (en adelante LRC) contiene en el Capítulo XI una regulación mínima de las cláusulas abusivas en los contratos de consumo celebrados por adhesión, por lo que son cláusulas que el consumidor no puede discutir, negociar o modificar sustancialmente.

[1] En ese sentido G. ORDOQUI CASTILLA, *Derecho del Consumo*, Montevideo, 2000, 233, destacaba que el artículo 31 de la Ley omitía referir a otro tipo de cláusulas que también eran abusivas, como la prórroga automática sin consentimiento del consumidor en los contratos que son de larga duración.



Allí se establece una formulación conceptual de cláusula abusiva (artículo 30), seguida de una enumeración no taxativa de las mismas y de las consecuencias jurídicas que traen aparejadas (artículo 31).

Entre las cláusulas enunciadas como abusivas figuran las que exoneren o limiten la responsabilidad del proveedor por vicios de cualquier naturaleza de los productos o servicios, las que impliquen renuncia de los derechos del consumidor, las que autoricen al proveedor a modificar los términos del contrato, la cláusula resolutoria pactada exclusivamente en favor del proveedor, las que impongan representantes al consumidor, las que establezcan que su silencio se tendrá como aceptación de cualquier modificación de lo pactado en el contrato y las que comporten renuncia al derecho a ser resarcido o reembolsado de cualquier erogación legalmente a cargo del proveedor.

Por su parte el artículo 30 define como abusivas, por su forma o por su contenido, a las cláusulas que establecen claros e injustificados desequilibrios entre los derechos y obligaciones de las partes en perjuicio del consumidor, así como todas aquellas que violen la obligación de actuar de buena fe, excluyéndose expresamente del juicio de abusividad al desequilibrio económico, vale decir, la relación de valor entre el producto o servicio y el precio o contraprestación [2].

Se prevén, pues, dos criterios independientes [3]: el del desequilibrio y el de la violación de la obligación de actuar de buena fe.

En lo que respecta al primer criterio según la norma hay dos tipos de abusividad, una formal y otra sustancial, es decir, una por vicio de forma y otra por vicio del contenido. La formal, vinculada a los requisitos de claridad y comprensibilidad (regla de transparencia); la de contenido, relativa al desequilibrio normativo. En suma; una tutela formal y una tutela sustancial.

**2.1. –** El control judicial sobre el contenido del contrato permite anular las cláusulas abusivas, por cuanto a solicitud del consumidor el juez revisará el contrato, siempre que determinen "claros e injustificados desequilibrios entre los derechos y obligaciones de los contratantes en perjuicio del consumidor". De esta manera al control formal se agrega uno sustancial, que corrige lo acordado por las partes, anulando la cláusula calificada como abusiva [4].

El desequilibrio en cuestión es el denominado normativo o jurídico, único que puede examinarse, puesto que el desequilibrio económico, consistente en la desigualdad de valor entre las prestaciones intercambiadas, está expresamente excluido. Se trata, pues, de un control reducido, limitado a las posiciones jurídicas, al equilibrio entre los derechos y las obligaciones de las partes.

Para que exista equilibrio normativo, según Gamarra, un derecho del profesional debe corresponder un derecho del consumidor; la correspondencia es entre las situaciones jurídicas de ventaja y desventaja y no entre el precio y el valor de los servicios o productos que son adquiridos, ya que queda fuera el equilibrio entre los valores intercambiados (la conveniencia económica del negocio) [5].

---

[2] Artículo 30. "Es abusiva por su contenido o por su forma toda cláusula que determine claros e injustificados desequilibrios entre los derechos y obligaciones de los contratantes en perjuicio de los consumidores, así como toda aquella que viole la obligación de actuar de buena fe. La apreciación del carácter abusivo de las cláusulas no referirá al producto o servicio ni al precio o contraprestación del contrato, siempre que dichas cláusulas se redacten de manera clara y comprensible".

[3] Podría decirse que son en realidad tres, si se considera que la configuración de la abusividad formal (violación de la regla de la transparencia) no está subordinada a la exigencia de causar claros e injustificados desequilibrios.

[4] J. GAMARRA, *Tratado de Derecho Civil Uruguayo,* T. XXVI, Montevideo, 2009, 97 ss.

[5] J. GAMARRA, *Tratado de Derecho Civil Uruguayo,* T. XXVI, cit., 97-98. Sobre el punto véase también: D. SZAFIR, *Consumido-*



La solución es coherente con la del Código Civil, que excluye a la lesión económica como vicio del consentimiento en materia contractual (artículo 1277) y sólo la admite en la partición cuando es en más de la cuarta parte.

El artículo 30, siguiendo el Derecho Comunitario europeo, establece con claridad que solo el desequilibrio contractual normativo permite declarar abusivas las cláusulas, un desequilibrio entre las situaciones, no entre los valores que intercambian. La norma requiere que se trate de claros e injustificados desequilibrios, por lo que para saber cuándo falta esta justificación no solo habrá que comparar ventajas con sacrificios, sino que será menester pasarlos por el tamiz de Derecho Positivo, que es la guía que permite constatar el injustificado desequilibrio, ya que las normas dispositivas reflejan una disciplina de los derechos y obligaciones de las partes que es considerada equilibrada por el legislador. La regulación que la ley establece para los contratos en general consagra un modelo ideal del equilibrio de las posiciones de las partes, por lo que su derogación o apartamiento injustificado es un índice del desequilibrio [6].

Para el legislador uruguayo ese desequilibrio normativo, además de injustificado, debe ser claro, apartándose así del Derecho Comunitario europeo que exige un significativo desequilibrio.

Un sector de la doctrina uruguaya considera que "claro" significa importante, un desequilibrio de entidad, trascendente, aplicando un criterio cuantitativo [7]. En ese sentido Blengio y Benítez Caorsi, teniendo en cuenta el fundamento de la norma y razones vinculadas a la seguridad de la contratación – que podría verse afectada si cualquier mínima situación de desventaja normativa se considerara como expresiva de un desequilibrio abusivo – consideran que la expresión legal alude a un desequilibrio marcado, relevante, de cierta magnitud o importancia [8].

En cambio, para otros autores, como Gamarra, no se trata de un criterio cuantitativo relativo a la magnitud del desequilibrio, pues la Ley uruguaya se apartó de la Directiva 93/13, al prescindir del significativo desequilibrio, que permite descartar los desequilibrios de poco peso. En su lugar la LRC exige que sea claro, por lo que basta que sea manifiesto y se distinga bien, que sea evidente. Por lo tanto, que sea claro no significa que tenga que ser importante, pues un desequilibrio puede ser claro y de escasa importancia o entidad; lo que el legislador tiene en cuenta es que se manifieste con nitidez y no se requieran operaciones o investigaciones complicadas para comprobarlo, bastando que el juez pueda apreciarlo de manera fácil [9].

Coincidimos con esta última corriente de pensamiento, pues así lo revela el propio significado natural y obvio de la expresión legal según el uso general, al cual debe atenerse el intérprete por mandato del artículo

---

*res*, *Análisis exegético de la Ley 17.250*, cuarta edición, Montevideo, 2014, 328 ss. A. Mariño López, *El control de contenido del contrato de adhesión en la Ley uruguaya de Relaciones de Consumo*, ADCU, T. XXXI, 735-736. R. Molla, *Algunas consideraciones acerca de la inviabilidad de la aplicación analógica de la Ley de Relaciones de Consumo N.° 17.250,* ADCU, T. XXXV, 730 ss. C. De Cores, *Pasado, presente y futuro de la Teoría General del Contrato. Una mirada desde la tradición jesuítica*, Montevideo, 2015, 542 ss.; *El concepto de desequilibrio en los contratos de adhesión (arts. 30 y 31 de la ley 17.250)*, ADCU, T. XXXIX, 665 ss. G. Caffera, *Responsabilidad Civil Contractual*, Montevideo, 2010, 59 ss.; *Obligaciones*, Montevideo, 2018, 367 ss. J. Berdaguer, *Fundamentos del Derecho Civil*, T.V, Montevideo, 2018, 640 ss.

[6] Cfme. Gamarra, *Tratado de Derecho Civil Uruguayo,* T. XXVI, cit., 101 ss.

[7] Así, Ordoqui Castilla, *Derecho del Consumo*, cit., 207. J. Blengio, *Los criterios para determinar la abusividad de una cláusula en los contratos regulados por la Ley 17.250,* ADCU, T. XXXIV, 494 ss. Benítez Caorsi, *La Revisión del Contrato*, Montevideo, 2008, 277.

[8] Blengio, *Los criterios para determinar la abusividad de una cláusula en los contratos regulados por la Ley 17.250,* cit., 495. Benítez Caorsi, *La Revisión del Contrato*, cit., 277.

[9] Gamarra, *Tratado de Derecho Civil Uruguayo,* T. IX, Montevideo, 2009, 310; T. XXVI, cit., 104. En similares términos Caffera, *Obligaciones,* cit., 368, quien destaca que no se exige que sea excesivo, sino que sea notorio, fácil de percibir, bastando su obviedad.



18 del Título Preliminar del Código Civil. Según el Diccionario de la Real Academia Española claro significa evidente, que no deja lugar a dudas o incertidumbre, inteligible, fácil de comprender, que se percibe o se distingue bien. Si la LRC hubiera querido introducir un criterio cuantitativo para apreciar el desequilibrio habría utilizado otras expresiones, tales como significativo, importante, grande, de entidad.

**2.1.1. –** La otra especie de abusividad es la abusividad formal, vinculada a la regla de la transparencia.

Según la LRC los contratos por adhesión deberán ser redactados en idioma español, en términos claros y con caracteres fácilmente legibles (artículo 29), idea que vuelve a reiterarse en sede de cláusulas abusivas, al disponer que la apreciación del carácter abusivo no referirá al producto o servicio ni al precio, siempre que las mismas "se redacten de manera clara y comprensible" (artículo 30).

Según la opinión más autorizada los dos Capítulos (X y XI) donde figuran estas normas conforman una sola unidad temática, que legisla sobre contratos por adhesión y disciplina las cláusulas abusivas en este tipo de contratos. La transparencia busca evitar que el consumidor quede vinculado a un contrato cuyo preciso significado no ha podido comprender y está ligada al ámbito propio del control de abusividad formal, con la consecuencia de la nulidad de la cláusula sindicada como tal (artículo 31 *in fine*) [10].

Entre las particularidades que presenta la interpretación del contrato en esta materia se destacan para Benítez Caorsi [11] la falta de participación del consumidor en la composición del contenido contractual, la diversidad de fases exigidas para desarrollar la actividad interpretativa, la habitualidad de la misma, la prevalencia de la interpretación objetiva, la interpretación de términos técnicos, el principio de la confianza, etc. Por otra parte, la actividad interpretativa tendrá como presupuesto no solo la fijación de los hechos, sino además que las cláusulas predispuestas cumplan con los requisitos del control de incorporación (legibilidad y comprensión). De ese modo las reglas de interpretación se encuentran en un estadio intermedio entre el control de inclusión y el control de contenido: la interpretación de las cláusulas predispuestas se produce con ulterioridad al control de inclusión, puesto que para interpretar primero hay que delimitar el contenido obligacional oponible al adherente, y, a su vez, con anterioridad al control de contenido, en la medida en que éste presupone la previa determinación del sentido y alcance de la *lex contractus* [12].

Pero el artículo 29 de la LRC genera el interrogante en torno a si está o no consagrado el control de inclusión, puesto que establece la regla de transparencia sin disponer la sanción para el caso de su violación.

Según Ordoqui Castilla [13] su transgresión puede significar abusividad en la forma y llevar a la nulidad del contrato de acuerdo a los artículos 30 y 31 *in fine*, aunque en otra parte [14] consigna que de acuerdo a lo que establece el artículo 32, la transgresión del deber de informar con claridad otorga al consumidor la opción de exigir la reparación, la resolución o la ejecución forzada, con los daños que correspondan.

---

[10] Cfme. GAMARRA, *Tratado de Derecho Civil Uruguayo,* T. XXVI, cit., 115 ss.

[11] J. BENÍTEZ CAORSI, *La interpretación en los contratos con cláusulas predispuestas*, Bogotá, 2002, 11 ss. Sobre el punto más ampliamente en nuestra obra *La Interpretación del Contrato*, tercera edición, Montevideo, 2021, 361 ss.

[12] BENÍTEZ CAORSI, *La interpretación en los contratos con cláusulas predispuestas*, cit., 16.

[13] ORDOQUI CASTILLa, *Derecho del Consumo*, cit., 86. En la p. 205 expresa que la abusividad formal se produce por el apartamiento del principio de transparencia y que la falta de claridad referida en el artículo 30 lleva a la posible nulidad de la cláusula (artículo 31 *in fine*).

[14] *Ob. Cit.*, 199 y 206. Agrega que la falta de claridad habilita además la aplicación del principio de interpretación *contra stipulatorem.*



En cambio, Benítez Caorsi [15], luego de distinguir el deber de información de los requisitos de legibilidad y comprensión (el primero atañe a la tutela sustantiva del adherente, el segundo a la tutela procedimental) expresa que la sanción por infracción de los requisitos de legibilidad y comprensión se encuentra en los artículos 30 y 31 de la ley, comportando una situación de abusividad formal. Argumenta que cuando el legislador establece dicha abusividad está aludiendo a los requisitos de legibilidad y comprensión, enmarcados erróneamente dentro de las reglas del control de contenido, con base en la buena fe objetiva. Las reglas de legibilidad y comprensión encuentran cabida en el artículo 30, que refiere a la abusividad por su contenido o por su forma, extremo que provoca la nulidad de cualquier cláusula que contravenga dichas formalidades, pero ello no puede determinar un claro e injustificado desequilibrio entre los derechos y obligaciones de las partes [16].

Coincidimos con la opinión del autor antes citado en cuanto la abusividad en la forma sólo puede concebirse respecto al incumplimiento de los requisitos del artículo 29 (legibilidad y comprensibilidad) [17], por ser impensable que una cláusula ilegible o incomprensible pueda determinar un claro e injustificado desequilibrio entre los derechos y obligaciones de las partes contratantes, extremo éste que configura una abusividad sustancial, es decir, una abusividad por el contenido de la cláusula (control de contenido). El desequilibrio normativo atañe a una cuestión de fondo, es decir, a una cuestión sustancial, por lo que jamás puede dar lugar a una abusividad por la forma.

Según Gamarra [18] la sanción por la violación de la regla de la transparencia figura en la parte final del artículo 31, que consagra la nulidad de las cláusulas abusivas, sin distinguir abusividad por la forma o por el contenido. Destaca que las diferencias de Derecho Positivo con los sistemas italiano o francés impiden que en el nuestro pueda cuestionarse la abusividad formal, así como la consecuencia del defecto de transparencia, que causa únicamente la nulidad y no admite diversificaciones, pero subraya que nuestra Ley toma posición en un punto discutido en Derecho Comparado, pues el artículo 30 califica como abusivas solamente las cláusulas (abusivas por su contenido o por su forma) que causen claros e injustificados desequilibrios [19].

La abusividad formal a juicio de Caffera [20] comprende la falta de claridad y la falta de comprensibilidad para el consumidor. La comprensibilidad requiere en primer término que el texto sea fácilmente legible, lo que refiere a una característica física del texto y supone que los caracteres sean de una dimensión fácilmente perceptible para el ojo humano (típicamente, cláusulas insertas con "letra chica"). En segundo lugar, refiere también a los términos utilizados, al léxico empleado, a la clase de palabras que se utilizan, que están fuera de la competencia lingüística del consumidor (términos técnicos que no son usualmente empleados fuera de los expertos en su área). A juicio del doctrinario las consecuencias de la abusividad formal se despliegan en dos etapas. La primera consiste en atacar las cláusulas por ser incomprensible, en cuyo caso el juez podrá sustituirla por una cláusula semánticamente idéntica pero comprensible para el consumidor. De hecho la in-

[15] BENÍTEZ CAORSI, *La interpretación en los contratos con cláusulas predispuestas*, cit., 36, 37 y 38.

[16] BENÍTEZ CAORSI, *La revisión del contrato*, cit., 318 y 320.

[17] Posición que parece ser también la adoptada por BERDAGUER, *Fundamentos del Derecho Civil*, T. V, cit., 639, 641, pues expresa que la violación del principio de transparencia puede causar abusividad formal (como por ejemplo cláusulas en idioma extranjero o difícilmente legibles) sin requerir el autor que cause además claros e injustificados desequilibrios. Parecería que siempre que se viole la regla de la transparencia se configura para el mismo la abusividad formal.

[18] GAMARRA, *Tratado de Derecho Civil Uruguayo*, T. XXVI, cit., 123.

[19] GAMARRA, *Tratado de Derecho Civil Uruguayo*, T. XXVI, cit., 123. También para BLENGIO, *Los criterios para determinar la abusividad de una cláusula en los contratos regulados por la Ley 17.250*, cit., 496, las cláusulas abusivas por razones de forma están sujetas al mismo régimen que las que son abusivas por su contenido.

[20] CAFFERA, *Obligaciones*, cit., 370-371.



comprensibilidad para el consumidor constituye en sí misma un desequilibrio, pues mientras el proveedor tiene certeza de lo que la cláusula significa, el consumidor en cambio no la tiene, por lo que hay una desigual distribución de la certidumbre lingüística frente al texto. La segunda etapa sobreviene cuando luego de realizada esa operación se detecta que el contenido implica un desequilibrio, por lo que la cláusula será sustancialmente abusiva, debiendo ser anulada o sustituida por otra.

Para Mariño López [21] si bien la regla de la transparencia refiere a requisitos de forma del contrato, no puede sostenerse que sea un requisito de incorporación cuya inobservancia provoque la inexistencia, pues la norma no ha previsto una sanción de tal entidad y en su ausencia no es posible sostener tal conclusión. A su entender la sanción debe indagarse en el propio sistema de Derecho, dentro del cual se inserta el microsistema de los contratos de adhesión. En consecuencia, la incomprensibilidad del texto se ubica en primer lugar en la órbita de la responsabilidad precontractual, por lo que el predisponente estará obligado al resarcimiento del daño si la violación del deber de claridad y comprensión es incumplido, aplicándose el artículo 32 de la LRC, conforme al cual la transgresión del deber de informar en la etapa precontractual, de perfeccionamiento o de ejecución del contrato, da derecho al consumidor a pretender la resolución o el cumplimiento del contrato y el resarcimiento de los daños y perjuicios. La violación de la regla de la transparencia puede que se configure como un actuar en contra de la buena fe o como un incumplimiento del deber de informar al que refiere la norma. En segundo lugar, un texto incomprensible será interpretado de acuerdo a la regla *contro proferentem*, pues no estableciendo la Ley ninguna regla a favor del consumidor se aplicará el inciso 2° del artículo 1304 del Código Civil, a tenor del cual las cláusulas ambiguas que hayan sido extendidas o dictadas por una de las partes se interpretarán contra ella, siempre que la ambigüedad provenga de su falta de explicación. En tercer lugar, es posible que un texto prerredactado e impuesto que tenga carácter incomprensible amerite ser considerado abusivo y sancionado con la nulidad, de acuerdo a lo dispuesto por el artículo. Si bien reconoce que una cláusula incomprensible puede no ser abusiva, destaca que la redacción de un texto contractual predispuesto en forma que el adherente no pueda comprender a qué se obliga le impide elegir libremente entre las opciones de oferta existentes y se configura contraria a la buena fe y pasible de determinar un injustificado desequilibrio entre las prestaciones de las partes. Y el propio artículo 30 así lo dispone en definitiva, "al establecer la nulidad de las cláusulas abusivas sea por su contenido o por su forma, categoría dentro de la cual ingresa la incomprensibilidad del texto contractual" [22].

Ahora bien, las consecuencias de la ambigüedad y absoluta incomprensibilidad o ininteligibilidad de las cláusulas son disímiles, pues cuando la falta de claridad y transparencia genera ambigüedad la cláusula es válida y se interpreta a favor del consumidor; por el contrario, si el texto es absolutamente ininteligible, la consecuencia sería la nulidad absoluta de la misma, porque en realidad falta el consentimiento, puesto que el acuerdo no puede formarse [23].

La existencia de las reglas de inclusión, precisamente, tiene como objetivo simplificar la interpretación, puesto que la exigencia de concreción, claridad y sencillez, elimina del contrato las cláusulas ininteligibles o incomprensibles, lo que junto al deber de información provoca una simplificación de los clausulados, eliminando las dudas en cuanto a su significado [24]. Pero, como se ha expresado, el control de inclusión no se encuentra previsto en el microsistema normativo uruguayo de la relaciones de consumo.

---

[21] MARIÑO LÓPEZ, *El control de contenido del contrato de adhesión en la Ley uruguaya de Relaciones de Consumo*, cit., 731-733.

[22] MARIÑO LÓPEZ, *El control de contenido del contrato de adhesión en la Ley uruguaya de Relaciones de Consumo*, cit., 732-733.

[23] GAMARRA, *Tratado de Derecho Civil Uruguayo*, T. XXVI, cit., 124-125, en especial nota 34.

[24] J.A. BALLESTEROS GARRIDO, *Las Condiciones Generales de los Contratos y el principio de autonomía de la voluntad*, Barcelona, 1999, 285.



**2.2. –** El segundo criterio que introduce el artículo 30 para apreciar la abusividad de una cláusula es el de la violación de la obligación de actuar de buena fe.

En ese plano la norma se aparta de la Directiva europea, pues como indica Mariño López, a pesar de adoptar una estructura similar de control de contenido (cláusula prohibitiva general y lista ejemplificativa) mientras la solución europea interrelaciona buena fe y desequilibrio, la ley uruguaya autonomiza ambos criterios, por lo que una cláusula es abusiva si produce claro e injustificados desequilibrios o si viola la obligación de actuar de buena fe. Por tanto, al separar ambos criterios, un cláusula será abusiva si produce un desequilibrio claro e injustificado o si comporta violación de la obligación de actuar de buena fe, de modo que puede existir un desequilibrio claro e injustificado que no viole la obligación de buena fe y una cláusula que determine el incumplimiento de la obligación de actuar de buena fe aunque no provoque necesariamente un claro e injustificado desequilibrio [25].

En la misma dirección se pronuncia Gamarra, para quien son dos criterios distintos, independientes y autónomos, de manera que basta el claro e injustificado desequilibrio para que la cláusula sea calificada como abusiva, sin necesidad de una ulterior indagatoria sobre la buena fe, como también que la violación de la obligación de actuar de buena fe provoca la nulidad (es abusiva por sí sola), aunque la transgresión no ocasione desequilibrio. Que se trata de dos criterios distintos y autónomos emerge del tenor literal de la norma, que los enuncia de forma independiente, como lo refrenda el propio giro gramatical "así como" que emplea para referirse a la buena fe, cuyo significado equivale a de igual manera, asimismo, también o igualmente. La independencia entre los dos criterios está perfectamente destacada, porque ni se habla de buena fe en la primera especie, ni de desequilibrio injustificado en la segunda [26].

**3. –** Como se adelantó en la introducción, la Ley N.° 19.149, de Rendición de Cuentas y Balance de Ejecución Presupuestal Ejercicio 2012, de 24 de octubre de 2013, en su artículo 145 [27] agregó un nuevo literal al elenco de las cláusulas abusivas enumeradas por el artículo 31 de la Ley de Relaciones de Consumo.

En protección del consumidor dispuso que son abusivas las cláusulas que establezcan la renovación automática del contrato sin que habilite al mismo a desvincularse sin responsabilidad, es decir, sin que pueda comunicar la voluntad de no renovarlo, impidiendo así la prórroga de pleno derecho [28].

En caso que ello ocurra el consumidor, dentro del término de sesenta días corridos contados desde que se verificó la renovación automática, podrá "rescindir o resolver el contrato", asistiéndole por tanto un derecho potestativo idéntico al que consagra el artículo 16 de la LRC para los contratos celebrados fuera del local comercial, adoptando incluso la misma terminología (rescindir o resolver).

---

[25] Mariño López, *El control de contenido del contrato de adhesión en la Ley uruguaya de Relaciones de Consumo*, cit., 734 y 735.

[26] Gamarra, *Tratado de Derecho Civil Uruguayo*, T. XXVI, cit., 129.

[27] Agrégase al artículo 31 de la Ley Nº 17.250, de 11 de agosto de 2000, el siguiente literal:

"I) Las cláusulas que establezcan la renovación automática del contrato sin que habilite al consumidor desvincularse del mismo sin responsabilidad.

El consumidor podrá, dentro de los sesenta días corridos contados desde la fecha en que se produjo la renovación automática, rescindir o resolver el contrato, debiendo comunicarlo al proveedor con un preaviso de quince días corridos".

[28] O que directamente impidan desistir una vez producida la renovación del contrato, o que para poder hacerlo deba cumplir con determinada prestación como precio (multa penitencial). En España el artículo 85 apartado 2 de la Ley General para la Defensa de los Consumidores y Usuarios establece que son abusivas por vincular el contrato a la voluntad del empresario: "Las cláusulas que prevean la prórroga automática de un contrato de duración determinada si el consumidor y usuario no se manifiesta en contra, fijando una fecha límite que no permita de manera efectiva al consumidor y usuario manifestar su voluntad de no prorrogarlo".



El término dentro del cual puede ejercerse eficazmente este derecho potestativo es un plazo de caducidad [29], dada la brevedad y el automatismo con que opera.

**3.1. –** Más allá de la terminología legal empleada – que es idéntica a la utilizada en el artículo 16 para el *ius poenitendi* – se está en presencia de un derecho de receso o desistimiento unilateral, que opera extrajudicialmente y sin expresión de causa (*ad nutum*).

Los contratos de duración, por el hecho mismo que no se agotan *uno actu*, son susceptibles de prórroga, fenómeno habitual y frecuente en los contratos de arrendamiento de cosas, donde la prórroga pactada antes de la extinción de la relación contractual no comporta la constitución de una nueva relación jurídica, sino la prolongación en el tiempo de los efectos jurídicos de la relación precedente [30].

La prórroga automática es una forma de extender en el tiempo los efectos de una relación contractual de ejecución sucesiva y plazo determinado, a la que ubica como un fenómeno de continuación del contrato, pues el término final inicialmente convenido se prolonga por sucesivos desarrollos de la relación contractual [31].

Por tanto, en caso de renovación o prórroga, el contrato renovado o prorrogado continúa produciendo sus efectos aún después del vencimiento del plazo [32].

Habida cuenta que la cláusula de renovación automática no es por sí misma abusiva, destaca Szafir que la nueva norma la considera como tal sólo si impide al consumidor desvincularse del contrato una vez que opera la prórroga de pleno derecho, sin esperar el transcurso del nuevo período contractual para poder hacerlo. En los contratos de adhesión la cláusula de renovación automática por un nuevo período permite al proveedor extender el contrato en las mismas condiciones, pero para el consumidor presenta el inconveniente que si no quiere hacer uso de la opción debe comunicarlo antes del vencimiento del plazo, pues si omite el aviso el negocio se renueva automáticamente. Y como cada sujeto celebra contratos de esta naturaleza (cable, telefonía celular, seguros, etc.), para poder cumplir con esta exigencia de la comunicación cada consumidor debería tener una secretaria que controle los vencimientos y lograr comunicar en tiempo. Ante esta situación el legislador crea la figura de la abusividad de la cláusula que impida ponerle fin al contrato, una vez renovado. Agrega la autora que el legislador con buen criterio, para crear una situación equilibrada, concede al consumidor un plazo de sesenta días desde la renovación para comunicar su deseo de receder y que tal comunicación sea realizada por lo menos con un plazo de quince días de anticipación, a fin de que el proveedor no se vea sorprendido con la finalización del contrato de forma abrupta [33].

**3.2. –** La norma incorporada subordina claramente el ejercicio de este derecho potestativo extintivo a un doble plazo, puesto que no sólo debe efectivizarse dentro de los sesenta días corridos de haber operado la renovación de pleno derecho – evitando así que pueda receder en cualquier momento – sino que además debe

[29] En ese sentido SZAFIR, *Consumidores,* cit., 375. Vide nuestra obra *Prescripción extintiva y caducidad en el Derecho Civil*, segunda edición, Montevideo, 2021, 375 ss.

[30] GAMARRA, *Tratado de Derecho Civil Uruguayo*, T. IX, cit., 270.

[31] J. SÁNCHEZ FONTÁNS, *Prórroga y negocio modificativo de arrendamiento rural*, in *Rev. AEU*, Vol. 47, 1-12, 1961, 11.

[32] Cfme. V. ROPPO, *Il Contratto*, Milano, 2001, 649.

[33] SZAFIR, *Consumidores*, cit., 374 y 375.



ser comunicado al proveedor con un preaviso de quince días corridos, al término del cual surtirá efectos el desistimiento.

A diferencia del *ius poenitendi* del artículo 16, que exige comunicación fehaciente, pero sin plazo, aquí se establece un plazo para el preaviso, pero sin requerir que sea practicado en forma fehaciente, pues no establece forma alguna para hacerlo, por lo que esta manifestación unilateral recepticia del recedente podrá exteriorizarse por cualquier medio.

El literal incorporado al artículo 31 genera, no obstante, ciertas dificultades interpretativas, puesto que está inserto en materia de cláusulas abusivas y, por ende, conforme a lo dispuesto por el inciso final confiere al consumidor el derecho "a exigir la nulidad de las mismas".

El problema que se presenta, concretamente, es si en el caso de la cláusula de prórroga automática sin que el consumidor pueda desvincularse sin responsabilidad la consecuencia aplicable es el derecho a ejercer el receso dentro de los sesenta días o, por el contrario, el derecho a pedir la nulidad de la cláusula sindicada como abusiva, si bien ambos conducen a la cesación de la eficacia, del contrato entero en un caso, de la cláusula particular en el otro.

**4. –** Al ser una cláusula considerada abusiva, conforme a lo dispuesto por el inciso final del artículo 31 LRC [34], la consecuencia debería ser la nulidad de la misma, con el derecho del consumidor a exigir su declaración. Pero el inciso segundo del literal I) agregado por la Ley N.° 19.149 establece una solución diferente, el derecho a desligarse del contrato que ha sido prorrogado, extremo que supone evidentemente que la cláusula de prórroga es jurídicamente eficaz, en la medida que provoca la renovación automática de la relación contractual.

Para procurar armonizar ambas soluciones normativas hay que partir de la naturaleza de la nulidad de las cláusulas definidas (artículo 30) o enumeradas (artículo 31) como abusivas por la Ley, tópico respecto al cual no existe acuerdo en la civilística nacional, con posiciones a favor de una y otra tesis.

**4.1. –** Para un sector de la doctrina [35] se trataría de una nulidad absoluta por ilicitud del objeto o de la causa, dada la naturaleza de orden público de la Ley de Relaciones de Consumo, proclamada sin ambages por su artículo 1°.

En opinión de Szafir es una nulidad absoluta de carácter parcial, por tratarse de una norma prohibitiva (artículo 8 del CC) de orden público, cuya violación trae aparejada la nulidad absoluta por ilicitud de la causa, que como tal, a tenor de lo que prescribe el artículo 1561 del Código Civil, es relevable de oficio [36] y puede ser declarada a instancia de todos los legitimados que indica la norma. Argumenta la autora que el artículo 31, que confiere el derecho al consumidor a exigir la nulidad, no es incompatible con la facultad de los restantes legitimados previstos por el citado artículo 1561, el que resulta aplicable en virtud el reenvío formal del artículo 1° inciso segundo de la Ley 17.250. A su criterio resulta claro que la LRC no califica la nulidad,

[34] "La inclusión de cláusulas abusivas da derecho al consumidor a exigir la nulidad de las mismas y en tal caso el Juez integrará el contrato. Si, hecho esto, el Juez apreciara que con el contenido integrado del contrato éste carecería de causa, podrá declarar la nulidad del mismo".

[35] SZAFIR, *Consumidores*, cit., 348-351. D. SZAFIR, S. CARRETO, *Poder-deber del juez de declarar de oficio la nulidad de las cláusulas abusivas en la contratación de consumo*, ADCU, T. XLI, 579 ss. ORDOQUI CASTILLA, *Derecho del Consumo*, cit., 231.

[36] Contra S. PEREIRA CAMPOS, C. RODRÍGUEZ, *¿Puede el juez declarar de oficio la nulidad de la cláusula abusiva de un contrato*?, Revista de Derecho y Tribunales, N° 3, 2007, 41 ss., para quienes dicha facultad no puede ser ejercida de oficio porque sería violatoria del principio de congruencia.



ni consagra un régimen especial, por lo cual, en todo lo no previsto, sigue vigente el régimen común. La única derogación o apartamiento refiere a aquella parte del Código Civil que obstaba el accionamiento por parte del consumidor. Sería incongruente interpretar la legitimación conferida al consumidor como derogatoria de los restantes legitimados y de la posibilidad de que el Juez, ante la violación manifiesta de una norma prohibitiva, "deba ignorarla y permitir que siga vigente, si la parte a través de su asesor, no lo solicita de manera expresa" [37].

**4.2. –** Para otra parte de la doctrina, en la que se ubica Gamarra [38], se trata de una nulidad relativa de protección [39], de corte funcional, que permite al magistrado efectuar una intervención en el contenido contractual a favor del contratante particular, extirpando la cláusula abusiva. Esta nulidad relativa de protección es instrumental a la individualización de su tratamiento, que sólo puede ser invocada por el consumidor, en cuya exclusiva tutela se establece, comportando una nueva categoría sustancialmente distinta a la clásica nulidad, concebida como un vicio originario de carácter estructural.

El consumidor es el único sujeto a quien la cláusula abusiva perjudica y la regulación del artículo 31 se limita a determinar el sujeto que puede decidir sobre la suerte de la cláusula y por tanto, el profesional queda implícitamente excluido y el juez carece de potestad para declararla de oficio. Por consiguiente, ni el profesional, ni el juez, tienen legitimación alguna y el contrato viciado por una cláusula abusiva produce sus efectos hasta que la nulidad se declare judicialmente a instancias del consumidor. Si la nulidad operara de pleno derecho no habría razón para conferirle al consumidor el derecho a exigir la nulidad; la legitimación relativa para accionar (el consumidor es el único legitimado) es explicable por la naturaleza de nulidad especial o de protección, que tiene por finalidad tutelar al contratante débil. La regulación del inciso final del artículo 31 es incompatible con la tesis de la nulidad absoluta, puesto que si tal hubiera sido su naturaleza no era necesario conferir al consumidor una acción que ya le correspondía de antemano de acuerdo al artículo 1561 del Código Civil [40].

Por tanto, la inclusión del consumidor y la correlativa exclusión del juez en el artículo 31, son comprensibles cuando se adopta la doctrina de la legitimación relativa; de lo contrario se genera una incompatibilidad lógica, pues si el consumidor está legitimado para accionar o no según lo decida de acuerdo a sus intereses, es incompatible que el juez pueda o deba pronunciarse contra su voluntad.

---

[37] SZAFIR, *Consumidores*, cit., 351.

[38] GAMARRA, *Tratado de Derecho Civil Uruguayo*, T. XXVI, cit., 131 ss.; *Nulidad de Protección*, Doctrina y Jurisprudencia de Derecho Civil, T. I, 2013, 88 ss.

[39] Sobre la nulidad de protección en la doctrina italiana véase especialmente: G. GIOIA, *Nuove nullitá relative a tutela del consumatore*, in *Contr. e impr*., 1999, 1332 ss. V. ROPPO, *Il Contratto*, cit., 841 ss. V. SCALISI, *Contratto e regolamento nel piano d'azione delle nullità di protezione*, in *Riv. dir. civ.*, Vol. 51, N° 5, 2005, 459 ss. M. GIROLAMI, *Le nullità di protezione nel sistema delle invalidità negoziali. Per una teoria della moderna nullità relativa*, Padova, 2008. S. POLIDORI, *Nullità di protezione ed interesse pubblico*, in *Rass. dir. civ.*, N° 4, 2009, 1019 ss. G. PERLINGIERI, *La convalida della nullitá di protezione e la sanatoria dei negozi giuridici*, Napoli, 2010. R. CALVO, A. CIATTI, *Diritto Privato*, Bologna, 2013, 392-393. S. PAGLIANTINI, *Nullità di protezione, integrazione dispositiva e massimo effetto utile per il consumatore: variazioni sul tema dell'asimmetria contrattuale*, in *Pers. merc.*, 2/2012, 95 ss. R. ALESSI, "*Nullità di protezione" e poteri del giudice tra Corte di Giustizia e Sezioni Unite della Corte di Cassazione*, in *Europa dir. priv.*, 4/ 2014, 1141 ss.

[40] GAMARRA, *Tratado de Derecho Civil Uruguayo*, T. XXVI, cit., 132 y 133; *Nulidad de Protección*, cit., 93. Añade el tratadista que la legitimación exclusiva del consumidor es lógica, porque es su interés personal el que está en juego y lo vuelve único "juez" de la conservación del contrato o de la nulidad de la cláusula. Con la tesis de la nulidad absoluta el juez podría declarar la nulidad de una cláusula que el consumidor hubiera preferido, en cambio, mantener.



El argumento de la nulidad absoluta por ilicitud de la causa es completamente refutable, por cuanto la aplicación del artículo 1288 del Código Civil está fundada exclusivamente en su supletoriedad en todo lo no previsto, fallando justamente la premisa del razonamiento, porque la regulación existe en el artículo 31 ("da derecho al consumidor a exigir la nulidad") por lo cual en este tema la regla no es la subsidiariedad del Derecho común, sino la opuesta *specialis derogat generali* [41].

De igual modo se pronuncia por el carácter relativo de la nulidad Benítez Caorsi, para quien se está en presencia de una nulidad relativa de pleno derecho, aunque confiere al juez la posibilidad de relevarla de oficio, con la finalidad de tutelar al consumidor, cumpliendo un rol de suplantación para aquellos casos en los que no se encuentre en condiciones de reconocer los defectos que el contrato presenta y por tanto no pueda hacer valer la protección que le brinda la ley. No se trata de una legitimación relativa, porque no determina que la legitimación esté restringida solamente al consumidor, sino que la ineficacia puede ser relevada de oficio, de manera que no refiere a un problema de legitimación, sino más bien al modo de operar la ineficacia, consistente en el carácter unidireccional de la tutela, en exclusivo beneficio del consumidor [42].

En la doctrina española Pertíñez Vílches [43] señala que con el establecimiento de una nulidad parcial relativa se pone de manifiesto que el legislador ha querido romper con la clásica teoría de la nulidad de pleno derecho rígida, ya que no se concibe como una cualidad intrínseca del acto negocial, que como tal tendría carácter absoluto y podría ser instada por cualquier interesado. La limitación de la legitimación implica que el legislador ha concebido la nulidad como un efecto, como una consecuencia jurídica, que tiene que adecuarse a la finalidad de la norma que la dispone. Para el doctrinario la legitimación amplia de cualquier persona que tenga un interés procesal en instar la nulidad no se adecua a la finalidad de protección de la norma que sanciona la nulidad de las cláusulas abusivas, que lo son siempre en perjuicio del consumidor; la norma forma parte del llamado orden público de protección, constituido por normas imperativas directamente enfocadas a la protección de una determinada categoría de sujetos en la órbita de las relaciones contractuales asimétricas. Por tanto, si la nulidad está funcionalizada a la protección de una de las partes, "es lógico que se exija una adecuación entre el interés perseguido por el demandante y el interés protegido por la norma de la nulidad, es decir, sólo el interés del consumidor es un interés legítimo" [44].

Más allá de los debates sobre grado de la nulidad de la cláusula abusiva, hay acuerdo que es una nulidad parcial del contrato, que corta en principio la contaminación al resto del contrato e impide la nulidad total [45], donde la valla que se interpone, como dice la doctrina, está representada por la participación del juez encar-

---

[41] GAMARRA, *Nulidad de Protección*, cit., 93. También CAFFERA, *Obligaciones*, cit., 373, considera que el juez no puede declarar de oficio la nulidad, pues en forma similar a la nulidad relativa, la nulidad no opera de pleno derecho, sino que debe ser invocada por el consumidor, que es el beneficiario de la misma. Controvierte que la naturaleza de orden público de la Ley conduzca a la declaración de oficio por el juez, puesto que la nulidad relativa también es de orden público y sin embargo el juez no puede declararla de oficio. Una cosa es la indisponibilidad de las causales de nulidad (en eso radica que sean de orden público) y otra distinta es quién la puede invocar, según el tipo de interés protegido.

[42] BENÍTEZ CAORSI, *La Revisión del Contrato*, cit., 346.

[43] F. PERTÍÑEZ VÍLCHEZ, *Las Cláusulas Abusivas por un defecto de Transparencia,* Navarra, 2004, 228 ss.

[44] PERTÍÑEZ VÍLCHEZ, *Las Cláusulas Abusivas por un defecto de Transparencia,* cit., 229. Añade que no se trata tanto de hacer del consumidor el único legitimado para poder pedir la nulidad, como de exigir que el interés que se defienda al invocarla coincida con el interés de aquél.

[45] GAMARRA, *Nulidad de Protección*, cit., 89-90, expresa que de la disciplina de nuestra Ley de Relaciones de Consumo pueden extraerse nítidamente dos reglas jurídicas: una *regla general*, por la cual la nulidad de la cláusula abusiva no se propaga afectando al resto del contrato (nulidad parcial) y una *regla excepcional*, donde en ciertos casos la nulidad de la cláusula abusiva contamina a la parte válida, tornando al contrato completamente nulo (nulidad total).



gado de integrar el contrato, que aportará normas de reemplazo que ocupen el vacío dejado por la cláusula que ha sido declarada abusiva.

Para Szafir [46] la lógica consecuencia de la declaración de nulidad es la necesidad de sustituirla por otra, para que el contrato pueda tener vigencia y servir como instrumento de regulación de la relación contractual de consumo que subsiste, debiendo acudir el juez a un criterio de razonabilidad que permita mantener la ecuación de equilibrio, labor tanto más necesaria cuando el tenerla por no puesta deje un vacío que impida el cumplimiento de la función económica de la relación.

**4.3. –** Examinadas en sus líneas fundamentales las dos tesis en disputa en cuanto al tipo de nulidad de la cláusula abusiva, corresponde ver ahora en el marco de cada una cómo se pueden armonizar las dos regulaciones que coexisten actualmente en el artículo 31 (el derecho del consumidor a exigir la nulidad de la cláusula abusiva y el derecho a desistir del contrato que ha sido prorrogado automáticamente):

a) Si la nulidad de la cláusula abusiva es de naturaleza absoluta, en virtud de la ineficacia originaria de la misma – la nulidad absoluta opera de pleno derecho [47] – la solución que establece la Ley N° 19.149 vendría a ser incongruente con dicho régimen, porque parte de la base que la prórroga del contrato operó efectivamente de manera automática y por esa razón es que le confiere al consumidor el derecho a resolver o rescindir el contrato dentro de sesenta días de verificada.

En este plano se presenta un conflicto formal entre dos consecuencias normativas incompatibles, pues la prórroga supone la eficacia de la cláusula de renovación automática inserta en el contrato de consumo, mientras que la nulidad de la cláusula a la que la propia ley califica de abusiva sería de corte absoluto, por lo que obstaría a que la estipulación tenga eficacia jurídica y, por ende, pueda acaecer la prórroga automática.

Dado este conflicto y en tanto no es posible sostener lógicamente que la cláusula a pesar de ser abusiva es válida y produce efectos y por ende la prórroga opera de pleno derecho – porque ello estaría en abierta contradicción con la propia calificación de la ley como cláusula abusiva – hay que hacer primar el régimen de la nulidad del inciso final del artículo 31, dada la *sedes materiae* donde se encuentra la regulación. Por consiguiente, no podría operar la prórroga, debiendo descartarse lo que establece el inciso segundo del literal I) agregado, respecto a que el consumidor pueda rescindir o resolver el contrato dentro de los sesenta días corridos contados desde la fecha en que se produjo jurídicamente la renovación automática. La consecuencia incorporada por la nueva norma debe ser entonces desaplicada, por contradecir el régimen de la nulidad absoluta, que se singulariza por la ineficacia originaria y permanente. La prórroga automática del contrato es claramente incompatible con el estado de nulidad absoluta de la cláusula en base a la que estaría operando.

Sin dudas, si la cláusula es sindicada como abusiva, significa que estaría afectada de nulidad absoluta; luego, no puede producirse una prórroga de pleno derecho con base a una estipulación completamente ineficaz. Y si ello no ocurre, mal puede ejercerse el receso de una relación contractual que no ha sido renovada, ni tiene sentido que se fije un término de caducidad y un preaviso para hacerlo. Es cierto que textualmente la norma presupone que se produjo la renovación automática y que además a partir de ese momento computa el

[46] SZAFIR, *Consumidores*, cit., 381.

[47] En rigor lo que opera de pleno derecho es la ineficacia, no la nulidad, porque el contrato nulo es jurídicamente inválido con o sin declaración judicial, en tanto la nulidad es un juicio de disvalor de los intereses programados, una reacción negativa del Ordenamiento ante la presencia de un negocio concluido en disconformidad con el modelo legal establecido por normas imperativas ordenativas.



plazo para receder, pero ello resulta totalmente incompatible con el régimen de la nulidad de corte absoluto de la cláusula.

b) Por el contrario, si la nulidad de la cláusula abusiva es relativa – como pensamos – es correcta la solución incorporada por la nueva norma, porque la prórroga efectivamente puede verificarse en el plano jurídico, sin perjuicio del derecho del consumidor a reclamar la nulidad de la estipulación abusiva mientras no prescriba el derecho a hacerlo, tópico éste que por cierto no tiene una solución particular en el Derecho del Consumo [48].

La tesis de la nulidad relativa de protección permite la armonización de ambas soluciones, la ya existente en el artículo 31 de la LRC y la que incorpora la Ley 19.149 en el inciso segundo del literal I).

En efecto, si la prórroga automática opera a pesar de ser una cláusula calificada como abusiva, es porque la norma incorporada parte de la base que es eficaz la estipulación, a pesar de la invalidez que la afecta (en la nulidad relativa hay eficacia inicial), con lo cual se tiene un argumento más en favor de la tesis de la nulidad relativa, que se agrega al de la legitimación exclusiva del consumidor para peticionar la declaración judicial de la nulidad.

Por lo tanto, durante la vigencia del plazo del contrato, vale decir, mientras no opera la prórroga, el consumidor podrá reclamar la declaración judicial de la nulidad de la cláusula, con lo cual, una vez realizada y excluida del contenido contractual, la prórroga automática no podrá tener lugar.

En cambio, si no promueve la declaración de nulidad en ese lapso y opera la prórroga de pleno derecho – pues a pesar de la nulidad, igual produce efectos la cláusula, al ser una nulidad relativa de protección – se aplica entonces la solución que incorpora la Ley N.° 19.149: el consumidor tiene la opción de hacer cesar la eficacia de ese contrato prorrogado si dentro de los sesenta días ejerce el derecho de receso o desistimiento unilateral, cumpliendo con el preaviso al proveedor que se establece.

De ese modo se logran armonizar las dos consecuencias previstas por el actual artículo 31 de la LRC: el derecho a pedir la declaración de nulidad (que ya estaba) y el de "rescindir o resolver el contrato" (que ahora se incorpora), conservando así la eficacia de ambas normas [49], claramente protectorias de los intereses del consumidor, que es la parte débil de la relación contractual.

---

[48] El problema que se presenta es el plazo para promover la acción, pues como bien anota GAMARRA, *Tratado de Derecho Civil uruguayo*, T. XXVI, cit., 133, el artículo 31 de la LRC no disciplina la totalidad de la especie, ya que solo se pronuncia sobre la legitimación del consumidor. Y si se entiende –como pensamos– que la nulidad relativa es la que corresponde y que la reglamentación faltante hay que buscarla en las normas del Código Civil sobre las nulidades, de aplicación supletoria en virtud de lo establecido por el artículo 1° inciso 2° de la LRC, la acción estará sujeta al plazo prescriptivo de cuatro años del artículo 1568. Sobre la denominada subsanación de la nulidad relativa por el transcurso del tiempo remitimos a nuestros anteriores trabajos: *Reflexiones en torno a la denominada subsanación de la nulidad relativa del contrato por el transcurso del tiempo. Naturaleza jurídica del plazo para alegar la nulidad*, Revista Jurídica Regional Norte, 2/ 2006, 61 ss.; *Prescripción extintiva y caducidad en el Derecho Civil*, cit., 212 ss.

[49] El principio de conservación, dice C. GRASSETTI, *Conservazione (principio di)*, in *Enc. dir*., Vol. IX, 1961, N° 1, 173, puede ser entendido fundamentalmente como un canon hermenéutico, que enunciado legalmente en un texto particular – artículo 1367 del Código Civil italiano – inspira todo el Ordenamiento Jurídico, al extremo que se habla de un principio de conservación del contrato, o más ampliamente, del negocio jurídico, de un principio de conservación de la sentencia y de los demás actos procesales, y en definitiva, de un principio de *conservación de la norma jurídica*. En todos estos casos, si bien se ve, se trata de aspectos particulares de un más amplio principio de conservación del acto jurídico, susceptible de ser puesto de manifiesto desde una perspectiva de Teoría General del Derecho o de una indagación histórica y de Derecho Comparado, porque se trata de un principio que involucra a la esencia misma del Ordenamiento Jurídico y porque consagrado ya en el "*res magis valeat quam pereat*" de Juliano, y reafirmado por los autores del Derecho Común, ha sido incorporado por la mayor parte de las codificaciones vigentes, siendo así una exigencia de todos los tiempos y de todos los lugares.



**5. –** Resulta compartible la decisión legislativa de incluir en el elenco de cláusulas abusivas del artículo 31 LRC a las que establecen la renovación automática del contrato sin conferir al consumidor el derecho de desvincularse sin responsabilidad.

Si bien con anterioridad a la Ley N.° 19.149 era posible calificarlas como abusivas, lo cierto es que la expresa incorporación a la mentada enumeración despeja cualquier duda interpretativa que pudiera existir al respecto.

En los contratos de consumo las cláusulas de prórroga automática no son por sí mismas abusivas, sino en la medida que no confieran al consumidor el derecho a desligarse del contrato sin responsabilidad, bien porque no le permiten impedir la renovación de pleno derecho comunicando la voluntad de no prorrogar, o no lo habilitan a desistir del contrato luego de operada la prórroga, o establecen condiciones y exigencias para poder hacerlo, como la obligación de ejecutar una determinada prestación como precio para efectivizar el desistimiento (multa penitencial).

La Ley confiere al consumidor el derecho a receder ("rescindir o resolver el contrato") dentro de los sesenta días corridos contados desde la fecha en que se produjo la renovación automática, con un preaviso al proveedor, extremo que conlleva a la necesidad de coordinar dicha solución con la naturaleza de la nulidad, puesto que se trata de una cláusula calificada legalmente como abusiva.

En ese marco creemos que la tesis de la nulidad relativa de protección de carácter parcial es la que mejor condice con la solución legal, en la medida que la norma parte de la base de la eficacia de la cláusula, puesto que no obstante su carácter abusivo, se produce igualmente la renovación automática del contrato, consecuencia ésta que sería incompatible con la ineficacia originaria y permanente característica de la nulidad absoluta.

El consumidor podrá entonces peticionar la nulidad de la cláusula antes del vencimiento del plazo contractual, en cuyo caso, declarada judicialmente la misma, la renovación automática no puede operar, puesto que la estipulación dejó de surtir efectos. Si no ejerce el derecho a reclamar la declaración de la nulidad y la prórroga se verifica automáticamente, tendrá el derecho potestativo de desistir del contrato dentro de los sesenta días inmediatos siguientes, con un preaviso al proveedor de quince días corridos. De esta manera se explica coherentemente la coexistencia de las diferentes consecuencias jurídicas previstas por la norma: nulidad de la cláusula calificada como abusiva, eficacia de la misma para que opere la prórroga del contrato de pleno derecho, derecho potestativo del consumidor de receder y hacer cesar la eficacia del negocio [50], derecho potestativo del consumidor de reclamar la declaración judicial de la nulidad de la estipulación abusiva.

La legitimación conferida en exclusivo al consumidor para impugnar la cláusula abusiva constituye un mecanismo de tutela de la parte débil de la relación contractual a la vez que un índice revelador de la naturaleza relativa de esta nulidad (de protección), que deberá ser integrada con las normas generales del Código Civil en todo lo no previsto, dada la función residual y supletoria de las normas codiciales dispuesta por el artículo 1° de la Ley de Relaciones de Consumo. En la medida que la Ley especial solo ha regulado la legitimación para pretender la declaración judicial de la nulidad, en lo atinente al plazo para promoverla, así como los mecanismos de "subsanación" por transcurso del tiempo o confirmación, habrán de regir las normas generales del sistema contenidas en el Código Civil, debiendo entonces entablarse la acción dentro de los cuatro años de celebrado el contrato y susceptible de subsanarse por el transcurso del cuadrienio o por confirmación de la parte legitimada, que en forma expresa o tácita renuncia al derecho a pedir la nulidad (artículos 1562, 1568, 1569, 1570 y 1571).

[50] E. Cafaro, S. Carnelli, *Eficacia Contractual*, tercera edición, Montevideo, 2007, 150 ss.



Cabe finalmente recordar que la disciplina de las cláusulas abusivas en la Ley uruguaya ha sido dispuesta para los contratos de consumo celebrados por adhesión [51], en los que a la asimetría del poder negocial se le suma la falta de efectiva negociación. En ese marco, como muy bien lo indica Caffera, la nulidad de las mismas es una herramienta que intenta reequilibrar la situación de diálogo asimétrico que está en su base y que no pudo ser atacado. En un contexto de ausencia de equidistribución del poder negociador (asimetría), en el que además hay ausencia de un libre procesamiento de argumentos y afirmaciones (no negociación), estarían dadas las características para aplicar el remedio más fuerte: las cláusulas abusivas como generadoras de injustificados desequilibrios pasan a ser anulables y se abre la vía heterónoma de integración judicial. Para el reputado doctrinario toda la operación es un claro acto de ajuste de las condiciones reales de comunicación contractual a las condiciones ideales de racionalidad bajo el principio de discurso [52].

[51] Cuestión controvertida es la viabilidad de la extensión analógica a otras situaciones, como por ejemplo, a las relaciones asimétricas entre empresas. Sobre el punto véase especialmente: GAMARRA, *Tratado de Derecho Civil Uruguayo*, T. IX, cit., 317 ss.; T. XXVI, cit., 108 ss. SZAFIR, *Consumidores*, cit., 326 ss. BLENGIO, *Ámbito subjetivo de aplicación de la Ley de Relaciones de Consuno desde la perspectiva de la noción de consumidor y la viabilidad de su extensión analógica*, ADCU, T. XXX, 457 ss. MOLLA, *Algunas consideraciones acerca de la inviabilidad de la aplicación analógica de la Ley de Relaciones de Consumo N.° 17.250,* cit., 732 ss. BERDAGUER, *Fundamentos del Derecho Civil*, T. V, cit., 644 ss.

[52] CAFFERA, *Una Teoría del Contrato. Las condiciones de racionalidad de la negociación normativa privada,* Montevideo, 2008, 153, 157.

JUS CIVILE



*VALERIO CECCARELLI*

*Magistrato*

# LA TENUTA DEL GIUDICATO CIVILE ALLA PROVA DELLA TUTELA CONSUMERISTICA. I POTERI DEL GIUDICE DELL'ESECUZIONE SOTTO LA LENTE DELLA CORTE DI GIUSTIZIA

SOMMARIO: *1. La questione problematica e la disciplina interna: il difficile rapporto tra stabilità del giudicato e tutela del consumatore. – 2. Le domande di pronuncia pregiudiziale del Tribunale di Milano: cause riunite C-693/19 e C-831/19. – 3. La giurisprudenza della Corte di Giustizia dell'Unione Europea, la ricerca di un bilanciamento tra autonomia dell'ordinamento interno e tutela del consumatore. – 4. Le conclusioni dell'Avvocato Generale sulle cause riunite C-693/19 e C-831/19, portata applicativa e profili critici.*

**1. –** Può il giudice dell'esecuzione, a fronte di un decreto ingiuntivo non opposto, preso atto della qualifica di consumatore del debitore esecutato, svolgere un sindacato intrinseco in ordine alle pattuizioni contenute nel contratto fonte del diritto di credito, allo scopo di applicare la disciplina in materia di nullità di protezione e rilevare l'inefficacia delle clausole abusive predisposte dal professionista? E, più in particolare, stante l'inerzia del consumatore nel proporre opposizione avverso il decreto ingiuntivo, può il giudice dell'esecuzione disapplicare la disciplina in materia di formazione della cosa giudicata, in modo da non risultare vincolato dal giudicato implicito in ordine al carattere non vessatorio delle clausole contrattuali abusive?

La risposta negativa a simili interrogativi sembra imposta dalle norme che disciplinano la formazione del giudicato nel processo civile [1] e precludono o limitano la configurabilità di poteri di cognizione in capo

[1] Sulla tutela del giudicato civile nell'ordinamento interno, *ex multis,* G. PUGLIESE, *Giudicato civile (dir. vigente)*, in *Enc. dir.*, XVIII, Milano, 1969, 785 ss.; N. TROCKER, *Giudicato (diritto comparato e straniero)*, in *Enc. giur. Treccani*, XV, Roma, 1989, 5 ss.; S. MENCHINI, *Il giudicato civile*, Torino, 2002; L. LANFRANCHI, *Diritti soggettivi e garanzia della cognizione ordinaria e del giudicato*, in L. LANFRANCHI (a cura di), *Garanzie costituzionali dei diritti fondamentali*, Roma, 2006, 384 ss.; G. SERGES, *Il valore del giudicato nell'ordinamento costituzionale*, in *Giur. it.*, 2009, 12 ss.

Sulle modalità di tutela del giudicato, si contrappongono teorie sostanziali, per cui si veda, tra gli altri, F. CARNELUTTI, *Lezioni di diritto processuale civile*, Padova, 1925, 453 ss.; E. ALLORIO, *La cosa giudicata rispetto ai terzi*, Milano, 1935, 32 ss., e teorie processuali, nel cui ambito possono analizzarsi, tra l'altro, A. ROCCO, *L'autorità di cosa giudicata ei suoi limiti soggettivi*, Roma, 1917, 367 ss.; G. CHIOVENDA, *Principi di diritto processuale civile*, Napoli, 1928, 909 ss.; E. BETTI, *Diritto processuale civile (lezioni)*, Milano, 1932, 13 ss.; A. ATTARDI, *La cosa giudicata*, in questa *Rivista*, 1961, 192 ss.; G. PUGLIESE, *Giudicato civile (dir. vigente)*, in *Enc. dir*., vol. XVIII, Milano, 1969, 796. Per la più compiuta analisi di tali contributi, si veda P. PICCIONI, *Il giudicato e il diritto di difesa del consumatore,* in *Le Corti Umbre*, 2017, n. 3, 527-555.

Con riguardo al rapporto tra giudicato e successione di norme nel tempo, si veda CAPONI, *L'intangibilità del giudicato civile nella successione tra norme giuridiche*, in *Diritto intertemporale e rapporti civilistici. Atti del VII Convegno nazionale SISDIC*, Napoli, 2013, p. 384, contenente il richiamo ad ANDRIOLI, *Diritto processuale civile*, I, Napoli, 1979, p. 996, in cui viene affermato



al giudice dell'esecuzione [2].

Al riguardo, risulta anzitutto rilevante coordinare la disciplina in materia di cosa giudicata, sancita sul piano sostanziale dall'art. 2909 cod. civ. e sul piano formale o processuale dall'art. 324 cod. proc. civ., con le disposizioni che regolano il procedimento d'ingiunzione, di cui agli artt. 633 ss. cod. proc. civ., per comprendere e l'attitudine del decreto ingiuntivo non opposto a dar luogo alla formazione del giudicato e, soprattutto, l'estensione oggettiva che a tale giudicato occorra riconoscere.

Superato un orientamento risalente [3], che negava l'idoneità al giudicato del decreto ingiuntivo non oppo-

---

che "*il proprium della cosa giudicata sostanziale si concreta nel troncare il nesso che collega la norma con la fattispecie sostituendosi a quella nella disciplina di questa*". Per la più compiuta analisi di tali contributi, si veda S. CAPORUSSO, *Decreto ingiuntivo non opposto ed effettività della tutela giurisdizionale: a proposito di duri recenti rinvii pregiudiziali,* in *Nuove leggi civ. comm.,* 2020, 5, 1265 ss.

[2] Sul tema dei rapporti tra cognizione ed esecuzione, *ex multis,* DE PALO, *Teoria del titolo esecutivo*, Napoli, 1901, 1 ss.; LIEBMAN, *Opposizioni di merito nel processo esecutivo,* Roma, 1936, 1 ss.; ALLORIO, *Esecuzione forzata*, in *Nuovo Dig.* It., 1937, 5, 507 ss.; R. ORIANI, *L'opposizione agli atti esecutivi*, Napoli, 1987, 27 ss., 44 ss., 143 ss.; R. VACCARELLA, *L'esecuzione forzata dal punto di vista del titolo esecutivo*, in *Titolo esecutivo, precetto, opposizioni*, 1993, 1 ss., nonché in *Giur. sist. dir. proc. civ.*, diretta da A. PROTO PISANI, Torino, 1993, 1 ss.; G. VERDE, *Attualità del principio nulla executio sine titulo*, in *Riv. dir. proc.*, 1999, 963 ss.; R. VACCARELLA, *Esecuzione forzata*, in *Riv. esec. forz.,* 2007, 1 ss.; M. FORNACIARI, *Esecuzione forzata e attività valutativa. Introduzione sistematica*, Torino, 2009, 5 ss.; A. STORTO, *Esecuzione forzata e diritto di difesa nella giurisprudenza costituzionale*, in *Riv. esec. forz.,* 2009, 155 ss.; B. CAPPONI, *Autonomia, astrattezza, certezza del titolo esecutivo: requisiti in via di dissolvenza?*, in *Corr. giur*., 2012, 10, 1166 ss.; B. CAPPONI, *Manuale di diritto dell'esecuzione civile,* Torino, 2015, 55 ss.; F.P. LUISO, *Diritto processuale civile*, III, Milano, 2017, 79 ss.; C. MANDRIOLI, A. CARRATTA, *Corso di diritto processuale civile,* Vol. 3, Torino, 2019, 8 ss.; M. CIRULLI, *Valori funzionali del processo esecutivo e poteri officiosi,* in *Riv. esec. forz.,* 2019, 2, 250 ss.

Rilevante, a tal fine, la notazione per cui "*Agli studiosi della mia generazione venivano impartiti almeno tre fondamentali insegnamenti: il titolo esecutivo è barriera (o argine) tra la cognizione e l'esecuzione; il giudice dell'esecuzione attua diritti certi, ma non accerta diritti; le esigenze cognitive «interne» o che comunque derivano dall'esecuzione non hanno cittadinanza nel processo esecutivo, dovendo essere soddisfatte nella sede separata ed eventuale delle opposizioni. Attorno a questi tre basilari princìpi ruotava l'intera esperienza del processo, sebbene si fosse disposti a riconoscere che l'esecuzione, in sé, era ben più che meccanica trasposizione di un programma interamente contenuto nel titolo esecutivo […]. Esaminando l'esperienza degli ultimi dieci anni, vuoi in conseguenza della disordinata raffica di riforme che hanno interessato il Libro III del c.p.c., vuoi per il consolidarsi di orientamenti giurisprudenziali innovativi, sembra giusto nutrire più d'un dubbio sulla permanente vigenza dei nostri tre basilari princìpi. È quindi lecito chiedersi se l'esecuzione forzata non si stia trasformando sotto i nostri occhi, e verso quale possibile alternativo modello*" B. CAPPONI, *Dall'esecuzione civile all'ottemperanza amministrativa?*, in *Riv. dir. proc.*, 2018, 2, p. 370.

[3] In questo senso, F. CARNELUTTI, *Istituzioni del processo civile italiano*, Roma, 1956, 135 ss.; G. CHIOVENDA, *Istituzioni di diritto processuale civile*, Napoli, 1960, I, 216 ss.; V. ANDRIOLI, *Volontà e giudizio nel processo civile*, in *Annali della facoltà di giurisprudenza di Genova*, Genova, 1962, 123 ss.; L. MONTESANO, *La tutela giurisdizionale dei diritti*, Torino, 1985, 216 ss.; A. PROTO PISANI, *Il procedimento d'ingiunzione*, in *Riv. trim. dir. proc. civ.*, 1987, 291 ss.; A. PROTO PISANI, *Usi e abusi della procedura camerale ex art. 737 cod. proc. civ. (appunti sulla tutela giurisdizionale dei diritti e sulla gestione di interessi devoluta al giudice)*, in *Riv. dir. civ.*, 1990, I, 397 ss.; G. TOMEI, *Cosa giudicata o preclusione nei processi sommari ed esecutivi*, in *Riv. trim. dir. proc. civ.*, 1994, 827 ss.; E. REDENTI, *Diritto processuale civile*, a cura di Vellani, I, Milano, 1995, 70 ss.; C. CARIGLIA, *Note sull'efficacia del decreto ingiuntivo non opposto*, in *Foro it.*, 1998, I, 1980 ss.

Per la ricostruzione di tale orientamento interpretativo, si veda M. LOLLI, *Decreto ingiuntivo non opposto e limiti oggettivi del giudicato,* in *Riv. dir. proc.,* 2018, 4-5, 1390 ss.

In particolare, secondo tale dottrina, la *ratio* della vincolatività dell'accertamento *ex* art. 2909 c. c. deve essere rinvenuta nella "*qualità del giudizio che la legge trasforma in accertamento*" (MONTESANO, *La tutela*, cit., 218). Sarebbe, di conseguenza, idoneo a produrre il giudicato solo un processo "*in cui siano date alle parti quelle […] garanzie di svolgimento dell'azione e delle paritarie contrapposte difese*" (MONTESANO, *La tutela*, cit., 221).

Recentemente, ha condiviso questa impostazione G. VIGNERA, *Sull'efficacia di cosa giudicata del decreto ingiuntivo non opposto: rilievi critici*, in *Il caso.it,* 2021, 1 ss., secondo cui "*tra l'ingiunzione (costituente l'atto conclusivo della fase a cognizione sommaria e senza contraddittorio) e l'opposizione (costituente l'atto di impulso processuale determinante l'inizio della fase a cognizione piena e nel contraddittorio delle parti) non esiste una relazione di tipo impugnatorio; tra l'ingiunzione e l'opposizione esiste, invece,*



sto e riconduceva il rito monitorio tra i procedimenti sommari con prevalente funzione esecutiva, gli interpreti [4] prendono ormai atto dell'attitudine del decreto ingiuntivo a stabilizzarsi, dando luogo alla formazione del giudicato in caso di mancata opposizione del debitore.

Si tratta di una conclusione imposta, anzitutto, dal combinato disposto degli artt. 647 e 650 cod. proc. civ., che prevedono l'esecutorietà per mancata opposizione del decreto ingiuntivo e precludono la possibilità per il debitore di esperire opposizione avverso il decreto ingiuntivo così dichiarato esecutivo, salvo le ipotesi di opposizione tardiva, tassativamente individuate dal legislatore nella irregolarità della notificazione al debitore e nel caso fortuito o forza maggiore. Tale disciplina risulterebbe, evidentemente, di difficile giustificazione ove si affermasse la natura instabile del titolo risultante dal procedimento monitorio.

Inoltre, al medesimo esito interpretativo conduce la disciplina dell'art. 656 cod. proc. civ., che prevede la possibilità di impugnare il decreto ingiuntivo non opposto con i mezzi di impugnazione straordinari, costituiti dalla revocazione straordinaria nelle ipotesi di cui all'art. 395, nn. 1, 2 e 6 cod. proc. civ. e dall'opposizione di terzo revocatoria prevista dall'art. 404, secondo comma, cod. proc. civ., suscettibili di essere esperiti esclusivamente avverse decisioni dotate della stabilità derivante dal giudicato.

Infine, il rinvio operato dall'art. 656 cod. proc. civ. all'art. 395, n. 5 cod. proc. civ., e dunque la possibilità di impugnare per revocazione il decreto ingiuntivo non opposto ove contrario a sentenza avente tra le parti autorità di giudicato, conduce al medesimo risultato interpretativo. Tale ipotesi di revocazione segue, infatti, la finalità di evitare il formarsi di contrasto tra giudicati, che non avrebbe motivo di ipotizzarsi laddove si negasse l'autorità di giudicato al decreto ingiuntivo non opposto [5].

---

*un rapporto anticipatorio; il provvedimento anticipatorio (l'ingiunzione), nondimeno, non è finalizzato ad anticipare tutti gli effetti c.d. principali del provvedimento anticipato (la sentenza di condanna emessa all'esito del giudizio di opposizione e in caso di suo rigetto), ma "solo" la sua efficacia esecutiva (*recte*: la formazione di un titolo esecutivo – ipotecario) e non anche l'efficacia di accertamento*".

[4] Tra i numerosi autori che assegnano al decreto ingiuntivo non opposto l'autorità di cosa giudicata, possono essere richiamati, tra gli altri, E. GARBAGNATI, *Preclusione pro iudicato e titolo ingiuntivo*, in *Studi in onore di E. Redenti*, I, 1951, 475 ss.; S. SATTA, *Commentario al codice di procedura civile*, IV, 1, 1968, 107 ss.; R. SCIACCHITANO, *voce «Ingiunzione» (dir. proc. civ.)*, in *Enc. dir.*, XXI, Milano, 1971, 505 e 518; L. LANFRANCHI, *Profili sistematici dei procedimenti decisori sommari*, in *Riv. trim. dir. e proc. civ.*, 1987, 127 ss.; D. BENDIA, *Sull'idoneità al giudicato del decreto ingiuntivo non opposto*, in *Giur. merito*, 1989, II, 500 ss.; P. PAJARDI, *Il procedimento monitorio*, Milano, 1991, 10 ss.; A. CARRATTA, *Profili sistematici della tutela anticipatoria*, Torino, 1997, p. 545; M. CASSIANI, L. PAOLINI, *Riflessioni sull'idoneità del decreto di ingiunzione a formare il giudicato in senso sostanziale e sull'ambito di estensione dell'accertamento in esso contenuto*, in *Nuova Giur. comm.*, 1998, I, p. 276; A. RONCO, *Struttura e disciplina del rito monitorio*, Torino, 2000, 339 ss.; E. ZUCCONI GALLI FONSECA, *Del procedimento di ingiunzione*, in *Commentario breve al codice di procedura civile, di Carpi-Taruffo*, Padova, 2002, p. 1960; A. VALITUTTI, F. DE STEFANO, *Il decreto ingiuntivo e la fase di opposizione*, Padova, 2008, p. 199; B. CAPPONI, *Decreto ingiuntivo e giudicato. Gli orientamenti giurisprudenziali*, in *Il procedimento d'ingiunzione*, Bologna, 2009, 691 ss.; E. GARBAGNATI, *Il procedimento d'ingiunzione*, Milano, 2012, 5 ss. e 271 ss.; A. TEDOLDI, *Commento sub art. 656 c.p.c.*, in P. COMOGLIO, C. CONSOLO, B. SASSANI, R. VACCARELLA, *Commentario al codice di procedura civile*, VI, Torino 2012, 920 ss.; E. ZUCCONI GALLI FONSECA, *Profili attuali del decreto ingiuntivo*, in *Riv. trim. dir. proc. civ.*, 2013, 103, 122 ss.; C. MANDRIOLI, A. CARRATTA, *Diritto processuale civile*, Torino, 2017, IV, 182 ss.; F.P. LUISO, *Diritto processuale civile*, IV, Milano, 2017, 154 ss.

[5] In questo senso, in dottrina, C.A. NICOLETTI, *Note sul procedimento ingiuntivo nel diritto positivo italiano*, in *Riv. trim. dir. proc. civ.*, 1975, 983 ss.; L. LANFRANCHI, *Profili sistematici dei procedimenti decisori sommari*, in *Riv. trim. dir. proc. civ.*, 1987, 88 ss.; G. TOMEI, *Cosa giudicata o preclusione nei processi sommari ed esecutivi*, in *Riv. trim. dir. proc. civ.,* 1994, 827 ss.; G. COLLA, *Il Decreto ingiuntivo. Il Procedimento d'ingiunzione e il giudizio di opposizione*, Padova 2003, 257 ss.; G. TOTA, *Rapporti tra opposizione a decreto ingiuntivo e opposizione all'esecuzione,* in *Il procedimento d'ingiunzione a cura di B. Capponi,* Bologna, 2005, 473 ss.; E. GARBAGNATI, *Il procedimento d'ingiunzione*, Milano 2012, 5 ss.; C. MANDRIOLI, A. CARRATTA, *Diritto processuale civile*, Torino, 2017, IV, 182 ss.; F.P. LUISO, *Diritto processuale civile*, IV, Milano 2017, 154 ss. Per la più completa disamina, si veda M. LOLLI, *Decreto ingiuntivo non opposto e limiti oggettivi del giudicato,* in *Riv. dir. proc.*, 2018, 4-5, 1390 ss.

In giurisprudenza, può aversi riguardo alla statuizione per cui "*l'efficacia di giudicato del decreto ingiuntivo non opposto non*



A questa affermazione risulta consequenziale l'interrogativo circa l'estensione oggettiva del giudicato [6] derivante dalla mancata opposizione a decreto ingiuntivo.

Un orientamento interpretativo di segno restrittivo [7] ha ipotizzato che il decreto ingiuntivo non opposto risulti idoneo a determinare la formazione del giudicato soltanto in relazione al diritto di credito oggetto della pretesa azionata e non anche al rapporto che origina la domanda del creditore, ambito in cui rientra l'assenza di cause di nullità delle pattuizioni da cui la pretesa azionata discende.

Al riguardo, potrebbe essere osservato che, risultando pacifico che il decreto ingiuntivo non opposto acquisti autorità di giudicato solo in relazione al diritto ritenuto sussistente dal giudice e non anche alle domande non accolte, che rimangono suscettibili di essere riproposte in giudizio [8], allora dovrebbe coerentemente riscontrarsi una fisiologica tendenza ad una minore copertura del giudicato derivante dal decreto ingiuntivo non opposto, senza la necessità di un parallelismo obbligato rispetto all'ambito oggettivo del giudicato conseguente allo svolgimento del rito nelle modalità della cognizione ordinaria.

Tuttavia, deve rilevarsi come scindere il diritto di credito azionato dal rapporto posto alla sua base, ai fini della perimetrazione dei confini del giudicato, risulti una contraddizione in termini, in quanto l'affermazione relativa alla sussistenza di un diritto di credito postula necessariamente il riscontro relativo al-

---

*viene meno di per sé a seguito dell'opposizione tardivamente proposta, così come il passaggio in giudicato dello stesso non è impedito – o revocato – dalla sua impugnazione con la revocazione straordinaria o l'opposizione di terzo (art. 656 c.p.c.), rimedi straordinari per loro natura proponibili avverso sentenze passate in giudicato, l'assoggettamento ai quali del decreto ingiuntivo in tanto ha ragione di esistere in quanto l'esaurimento della esperibilità di quelli ordinari ha già dato luogo al giudicato, che non è inciso, in definitiva, dalla mera opposizione tardiva*", Cass. 24 marzo 2021, n. 8299, con il richiamo al medesimo principio di diritto già affermato da Cass. 6 ottobre 2005, n. 19429 e Cass., sez. un., 16 novembre 1998, n. 11549.

[6] In via generale, con riguardo al giudicato civile e ai suoi limiti oggettivi, possono essere richiamati, tra gli altri, E. HEINITZ, *I limiti oggettivi della cosa giudicata*, 1937, 130 ss.; A. PROTO PISANI, *Dell'esercizio dell'azione*, in *Commentario al codice di procedura civile diretto da E. Allorio*, I, 2, 1973, 1046 ss.; S. MENCHINI, *I limiti oggettivi del giudicato*, 1987; E.T. LIEBMAN, voce *«Giudicato civile»*, in *Enc. giur. Treccani*, 1989, 1 ss.; A. PROTO PISANI, *Appunti sul giudicato civile e sui suoi limiti oggettivi*, in *Riv. trim. dir. e proc. civ.*, 1990, 386 ss.; C. CONSOLO, *Oggetto del giudicato e principio dispositivo*, I, *Dei limiti oggettivi e del giudicato costitutivo*, in *Riv. trim. dir. e proc. civ.*, 1991, 215 ss.; S. MENCHINI, voce *«Regiudicata civile»*, nel *Digesto IV ed., Disc. priv., sez. civ.*, XVI, 1997, 428 ss.

[7] Per il quale si vedano E. REDENTI, *Diritto Processuale Civile*, Milano 1954, III, 26 ss.; F. CARNELUTTI, *Istituzioni del processo civile italiano*, Roma, 1956, 135 ss.; V. ANDRIOLI, *Commentario al codice di procedura civile*, Napoli 1964, IV, 115 ss.; L. MONTESANO, *Luci ed ombre in leggi e proposte di «tutele differenziate» nel processo civile*, in *Riv. dir. proc.*, 1979, 592 ss.; A. PROTO PISANI, *Sulla tutela giurisdizionale differenziata*, in *Riv. dir. proc.,* 1979, 536; L. MONTESANO, *La tutela giurisdizionale dei diritti*, in *Trattato Vassalli*, XIV, 4, 1994, 220 ss.; C. BALBI, voce *«Ingiunzione (procedimento di)»*, in *Enc. giur. Treccani*, XVII, Ed. Enc. it., 1997, 15 ss.; A. RONCO, *Struttura e disciplina del rito monitorio*, Torino, 2000, 571 ss.; L.P. COMOGLIO, C. FERRI, M. TARUFFO, *Lezioni sul processo civile*, II, 2006, 168 ss.; R. CONTE, *Procedimento di ingiunzione*, Bologna, 2012, 265 ss.; A. TEDOLDI, *Commento sub art. 656 c.p.c.*, in P. COMOGLIO, C. CONSOLO, B. SASSANI, R. VACCARELLA, *Commentario al codice di procedura civile*, VI, Torino, 2012, 806 ss.

[8] In questo senso, Cass., sez. un., 1 marzo 2006, n. 4510, per cui "*il decreto ingiuntivo non opposto acquista autorità e efficacia di cosa giudicata solo in relazione al diritto consacrato e non con riguardo dalle domande, o ai capi di domanda a non accolti. La regola contenuta nell'art. 640 c.p.c., ultimo comma (secondo cui il rigetto della domanda di ingiunzione non pregiudica la riproposizione della domanda, anche in sede ordinaria), infatti, trova applicazione sia in caso di rigetto totale della domanda di ingiunzione che di rigetto parziale (e, quindi, di accoglimento solo in parte della richiesta)*", in *Riv. dir. proc.,* 2007, 1047 ss., con nota di E. MARINUCCI, *Decreto ingiuntivo di accoglimento parziale ed ambito del giudicato*; in *Giust. civ.*, 2006, I, 1157 ss.; con nota di G. GIACALONE, C. CACCAVIELLO, *Decreto ingiuntivo non opposto e ambito del giudicato*, in *Giur. it*., 2006, 2105 ss.; con nota di M. MAFFUCINI, *Chi notifica non acconsente: ovvero non si forma giudicato sulla parte di domanda non accolta nel decreto ingiuntivo*, in *Corriere merito,* 2006, 744 ss.; con nota di G. TRAVAGLINO, *Accoglimento parziale della domanda di ingiunzione di pagamento e giudicato implicito sulla domanda residua non accolta*, in *Corr. merito,* 2006, 6, 744 ss.

Il medesimo principio è stato ribadito da Cass. 16 novembre 2006, n. 24373, in *Nuova giur. civ. comm*., 2007, I, 1026 ss., con nota di D. VOLPINO, *Rigetto parziale della domanda monitoria e limiti oggettivi del giudicato*.



l'inesistenza di cause di invalidità del contratto che ne costituisce il fondamento, purché rilevabili d'ufficio dal giudice. E ciò per le più evidenti ragioni di pregiudizialità e, in particolare, di pregiudizialità in senso logico [9].

L'accoglimento della domanda fondata sul contratto determina, infatti, come riconosciuto dalla giurisprudenza, la formazione di un giudicato, definito implicito [10], relativo all'assenza di cause di nullità del contratto o delle clausole in esso contenute, che inciderebbero in senso preclusivo o modificativo del diritto fatto valere dal creditore. Ma, dappoiché l'eventuale nullità della pattuizione negoziale ben può essere rilevata d'ufficio dal giudice del procedimento monitorio, ne discende che l'emissione del decreto ingiuntivo necessariamente non prescinde dall'accertamento in merito all'assenza di cause di invalidità delle previsioni contrattuali rilevabili d'ufficio [11]. Ugualmente vale con riguardo alle ipotesi di nullità di protezione previste in

---

[9] Sulla pregiudizialità logica, si vedano, *ex multis,* S. SATTA, *Accertamenti incidentali, intervento e principi generali del diritto*, in *Foro it.*, 1947, I, 29 ss.; S. SATTA, *Nuove riflessioni in tema di accertamenti incidentali*, in *Foro it.*, 1948, I, 64 ss.; S. SATTA, *voce «Accertamenti incidentali»*, in *Enc. dir.*, I, 1958, 263 ss.; A. ATTARDI, *In tema di limiti oggettivi della cosa giudicata*, in *Riv. trim. dir. e proc. civ.*, 1990, 475 ss.; S. MENCHINI, *voce «Sospensione del processo civile – a) processo civile di cognizione»*, in *Enc. del dir.*, XLIII, 1990, 1 ss.; C. CONSOLO, *Oggetto del giudicato e principio dispositivo – I) Dei limiti oggettivi e del giudicato costitutivo*, in *Riv. trim. dir. e proc. civ.*, 1991, 233 ss.; S. MENCHINI, *voce «Accertamenti incidentali»*, in *Enc. giur. Treccani*, 1995, 1 ss.; S. MENCHINI, *Il giudicato civile*, 2002, 81 ss.; E. MERLIN, *Elementi di diritto processuale civile*, Pisa, 2017, 189 ss.; S. RECCHIONI, *Rapporto giudico fondamentale, pregiudizialità di merito c.d. logica e giudicato implicito,* in *Riv. dir. proc.,* 2018, 6, 1595 ss.

In giurisprudenza, sulla distinzione tra pregiudizialità in senso logico e pregiudizialità in senso tecnico, è stata affermato che "*con riguardo alla questione pregiudiziale in senso logico, l'efficacia del giudicato copre, in ogni caso, non soltanto la pronuncia finale ma anche l'accertamento che si presenta come necessaria premessa o come presupposto logico-giuridico della pronuncia medesima. Con riguardo, invece, alla questione pregiudiziale in senso tecnico disciplinata dall'art. 34 c. p. c. ed indicante una situazione che, pur rappresentando un presupposto dell'effetto dedotto in giudizio, è tuttavia distinta ed indipendente dal fatto costitutivo sul quale tale fatto si fonda, detta situazione è oggetto solo di accertamento incidentale (inidoneo a passare in giudicato), tranne che una decisione con efficacia di giudicato sia richiesta per legge o per apposita domanda di una delle parti*" (Cass. 19 gennaio 1999, n. 462), in senso conforme, Cass. 9 novembre 2017, n. 26557; Cass. 29 aprile 2009, n. 10027; Cass. 31 marzo 2006, n. 7667; Cass. 7 novembre 2005, n. 21490; Cass. 11 dicembre 2002, n. 17632.

[10] In relazione alla figura del giudicato implicito, possono essere richiamati, *ex multis,* E. ALLORIO, *Critica alla teoria del giudicato implicito*, in *Riv. dir. proc. civ.*, 1938, II, 245 ss.; G. PUGLIESE, voce *Giudicato civile (dir. vig.)*, in *Enc. dir.*, XVIII, 1969, 864 ss.; U. NATOLI, *Sul criterio discretivo tra giudicato implicito e giudicato sul deducibile*, in *Riv. trim. dir. e proc. civ.*, 1979, 274 ss.; F. LANCELLOTTI, *Variazioni dell'implicito rispetto alla domanda, alla pronuncia ed al giudicato*, in *Riv. dir. proc.*, 1980, 465 ss.; A.A. ROMANO, *Contributo alla teoria del giudicato implicito sui presupposti processuali*, in *Giur. it.*, 2001, 1292 ss.; F. LUISO, *Giudicato implicito – I guasti del giudicato implicito,* in *Giur. it.,* 2018, 4, 871 ss.; S. RECCHIONI, *Rapporto giudico fondamentale, pregiudizialità di merito c.d. logica e giudicato implicito,* in *Riv. dir. proc.,* 2018, 6, 1595 ss.

L'istituto del giudicato ha implicito ha trovato ampia applicazione giurisprudenziale con riguardo al tema della giurisdizione, per cui si veda Cass., sez. un., 9 ottobre 2008, n. 24883, con nota di C. CONSOLO, *Travagli «costituzionalmente orientati» delle Sez. un. sull'art. 37 c.p.c., ordine delle questioni, giudicato di rito implicito, ricorso incidentale condizionato (su questioni di rito o, diversamente operante, su questioni di merito)*, in *Riv. dir. proc.,* 2009, 1141 ss., nonché in relazione al tema della validità del contratto, con riguardo a Cass., sez. un., 12 dicembre 2014, n. 26242 e 26243.

Con specifico riguardo al rapporto tra giudicato implicito e validità del contratto, possono essere richiamati, tra gli altri, C. CONSOLO, F. GODIO, *Patologia del contratto e (modi dell') accertamento processuale*, in *Corr. giur.*, 2015, II, 225 ss.; V. CARBONE, *"Porte aperte" delle Sezioni Unite alla rilevabilità d'ufficio del giudice della nullità del contratto*, in Corriere giur. 2015, I, 88 ss.; I. PAGNI, *Nullità del contratto – il «sistema» delle impugnative negoziali dopo le Sezioni Unite*, in *Giur. it.*, 2015, I, 70 ss.

Esprimono criticità rispetto alla teoria del giudicato implicito A.A. ROMANO, *Contributo alla teoria del giudicato implicito sui presupposti processuali*, in *Giur. it.*, 2001, 1293 ss.; V. PETRELLA, *Osservazioni minime in tema di giudicato implicito sulla giurisdizione e giusto processo*, in *Riv. dir. proc.*, 2009, 1071 ss.; S. ZIINO, *Disorientamenti della Cassazione in materia di giudicato «implicito» e di rilevabilità del giudicato esterno*, in *Riv. dir. proc.*, 2005, II, 1392 ss.; G. FANELLI, *Progressione logico-giuridica tra i presupposti processuali, poteri delle parti e giudicato implicito*, in *Riv. trim. dir. proc. civ.*, 2018, 1569 ss.

[11] Si tratta della tesi largamente prevalente nella giurisprudenza di legittimità, per cui "*Il decreto ingiuntivo non opposto è assimi-*



materia consumeristica, che non soltanto possono, ma devono formare oggetto di rilievo d'ufficio da parte del giudice del procedimento monitorio [12].

Quanto al diverso trattamento, ai fini della formazione del giudicato, della pronuncia di rigetto, ciò costituisce il logico corollario della circostanza per cui il mancato accoglimento della domanda azionata risulta inevitabilmente sottratto ad ogni forma di contraddittorio. Diversamente, in caso di accoglimento della pretesa creditoria, all'emissione del decreto ingiuntivo segue l'onere di notifica del decreto al debitore, con possibilità di contraddittorio in merito alla sussistenza del diritto. Tale affermazione si riconnette con l'assunto, condiviso dalla giurisprudenza, per cui ai fini della formazione del giudicato non è necessario un contraddittorio effettivo, ma la mera possibilità del contraddittorio [13].

---

*labile ad una sentenza di condanna passata in giudicato. Il giudicato sostanziale conseguente alla mancata opposizione di un decreto ingiuntivo copre non soltanto l'esistenza del credito azionato, del rapporto di cui esso è oggetto e del titolo su cui il credito ed il rapporto stessi si fondano, ma anche l'inesistenza di fatti impeditivi, estintivi e modificativi del rapporto e del credito precedenti al ricorso per ingiunzione e non dedotti con l'opposizione*", Cass., 18 luglio 2018, n. 19113; in senso conforme, *ex multis,* Cass. 11 maggio 2010, n. 11360; Cass. 24 luglio 2007, n. 16319; Cass. 24 marzo 2006, n. 6628; Cass. 13 giugno 2000, n. 8026; Cass. 21 novembre 1997, n. 11641; Cass. 6 marzo 1997, n. 1994; Cass. 20 aprile 1996, n. 3757.

Significativa nello stesso senso anche la notazione per cui "*L'autorità del giudicato spiega i suoi effetti non solo sulla pronuncia esplicita della decisione, ma anche sulle ragioni che ne costituiscono, sia pure implicitamente, il presupposto logico-giuridico, e che trova applicazione anche in riferimento al decreto ingiuntivo di condanna al pagamento di una somma di denaro, il quale, ove non sia proposta opposizione, acquista efficacia di giudicato non solo in ordine al credito azionato, ma anche in relazione al titolo posto a fondamento dello stesso, precludendo in tal modo ogni ulteriore esame delle ragioni addotte a giustificazione della relativa domanda*" Cass. 28 novembre 2017, n. 28318; in senso conforme, *ex multis,* Cass. 24 settembre 2018, n. 22465; Cass. 6 settembre 2007, n. 18725; Cass. 28 agosto 2009, n. 18791; Cass. 6 settembre 2007, n. 18725; Cass. 19 luglio 2006, n. 16540.

[12] Rilevante a tal fine la giurisprudenza della C. Giust. per cui *"la natura e l'importanza dell'interesse pubblico su cui si fonda la tutela che la direttiva garantisce ai consumatori giustificano che il giudice nazionale sia tenuto a valutare d'ufficio la natura abusiva di una clausola contrattuale […]. Di conseguenza, il ruolo così attribuito al giudice nazionale dal diritto comunitario nell'ambito di cui trattasi non si limita alla semplice facoltà di pronunciarsi sull'eventuale natura abusiva di una clausola contrattuale, bensì comporta parimenti l'obbligo di esaminare d'ufficio tale questione, a partire dal momento in cui dispone degli elementi di diritto e di fatto necessari a tal fine*" (C. Giust., 4 giugno 2009, C-243/08, caso *Pannon*).

[13] In questo senso, M. Cassiani, L. Paolini, *Riflessioni sull'idoneità del decreto di ingiunzione a formare il giudicato in senso sostanziale e sull'ambito di estensione dell'accertamento in esso contenuto, nota a Cass. 20 aprile 1996*, n. 3757, in *Nuova giur. civ. comm*., 1998, 276 ss.

In particolare, la richiamata giurisprudenza ha rilevato che "*vero è che una parte della dottrina sostiene, in base alla lettera dell'art. 2909 cod. civ., che l'autorità del giudicato può derivare solamente da una sentenza e che il decreto ingiuntivo non opposto può dar luogo soltanto a un fenomeno di "preclusione pro iudicato", che impedisce all'ingiunto di opporsi all'esecuzione forzata e di esercitare la condictio indebiti […], ma è altrettanto vero che questa concezione è contrastata, oltre che dalla giurisprudenza, da un'altra parte, più consistente, della medesima dottrina, secondo la quale il decreto divenuto definitivo per mancata opposizione o a causa di opposizione dichiarata inammissibile deve essere assimilato in tutto e per tutto alla sentenza passata in giudicato. Si asserisce, al riguardo, che non può darsi peso al fatto che l'art. 2909 cod. civ., a proposito del giudicato, menzioni solamente la sentenza, dato che […] non possono trarsi argomenti, a favore della tesi contraria, dalla sommarietà del procedimento e dall'assenza del contraddittorio, dato che il provvedimento contiene pur sempre un accertamento operato dal giudice e dato che l'ordinamento non esclude in via assoluta l'eventualità della cognizione piena e del contraddittorio, ben potendo l'interessato, tramite l'opposizione, instaurare un ordinario giudizio contenzioso*" (Cass. 20 aprile 1996, n. 3757).

Più recentemente, viene ribadito che "*per un superato, risalente orientamento, in base alla lettera dell'art. 2909 cod. civ. l'autorità del giudicato potrebbe derivare solamente dalla sentenza, mentre il decreto ingiuntivo non opposto potrebbe dar luogo solo al fenomeno di "preclusione pro iudicato" che impedisce all'ingiunto di opporsi all'esecuzione forzata e di esercitare la condictio indebiti. A tale concezione si oppose, con assai maggior seguito, quella secondo cui il decreto divenuto definitivo va assimilato in pieno alla sentenza passata in giudicato, non essendo decisivo il dato letterale, atteso che anche altri provvedimenti sono identici nella sostanza alla sentenza, mentre nemmeno possono in contrario trarsi argomenti dalla sommarietà del procedimento e dall'assenza del contraddittorio, in quanto pure nel decreto ingiuntivo vi è l'accertamento operato dal giudice e ben può l'interessato con l'opposizione instaurare un ordinario giudizio contenzioso. Infatti, la disciplina legislativa del procedimento d'ingiunzione tute-*



Per rispondere ai quesiti in premessa potrebbe ritenersi soddisfacente l'affermazione circa la formazione, in caso di decreto ingiuntivo non opposto, di un giudicato implicito relativo all'assenza di cause di nullità, ordinarie o di protezione, delle pattuizioni contenute nel contratto da cui il credito deriva, il cui accertamento officioso da parte del giudice avrebbe inciso in senso preclusivo o modificativo rispetto al diritto oggetto della domanda creditoria.

La conclusione che precede deve poi essere inserita nell'ambito del procedimento esecutivo, radicalmente distinto dal giudizio di cognizione per la diversità dei poteri riconosciuti al giudice dell'esecuzione.

Al riguardo, la giurisprudenza ha rilevato che, mentre il procedimento di cognizione risulta strutturato come sequenza di atti preordinati ad un provvedimento finale, che costituisce l'esito dell'attività decisoria del giudice, il procedimento esecutivo si presenta invece come una serie di procedimenti minori, diretti alla formazione di distinti provvedimenti successivi [14], nel cui ambito il giudice dell'esecuzione è chiamato ad esercitare poteri di tipo ordinatorio [15].

In questo contesto, non è certamente casuale che il legislatore, all'art. 484, comma 1, cod. proc. civ., preveda che l'espropriazione sia diretta, e non certo decisa, da un giudice. I poteri del giudice dell'esecuzione risultano, infatti, non finalizzati alla formazione di un provvedimento finale, mediante un'attività con carattere decisorio, ma all'attuazione del contenuto già determinato dal titolo azionato dal creditore, mediante un'attività di tipo esecutivo [16].

---

*la l'ingiunto, cui assicura, sia pure in modo differito, le garanzie quoad iustitiam di un pieno contraddittorio, prima che il provvedimento diventi definitivo, onde la dottrina individua il fondamento dell'attitudine al giudicato nell'equivalenza tra cognizione piena e libera rinuncia alla stessa*" (Cass. 27 gennaio 2014, n. 1650). Nello stesso senso, Cass. 11 maggio 2010, n. 11360; Cass. 24 marzo 2006, n. 6628; Cass. 28 agosto 2009, n. 18791; Cass. 6 settembre 2007, n. 18725; Cass. 24 luglio 2007, n. 16319; Cass. 19 luglio 2006, n. 16540; Cass. 20 aprile 1996, n. 3757.

[14] In questo senso si colloca la giurisprudenza secondo cui *"La considerazione del modo in cui si presenta strutturato il processo esecutivo per espropriazione forzata mostra che esso non è costruito come una sequenza continua di atti ordinati ad un unico provvedimento finale – secondo lo schema proprio del processo di cognizione, che peraltro conosce la possibilità della decisione di questioni, con sentenza che non definisce il giudizio (art. 297 c.p.c., comma 2, n. 4); esso è costruito bensì come una successione di subprocedimenti, cioè in serie autonome di atti ordinati a distinti provvedimenti successivi*" (Cass. Sez. un. 27 ottobre 1995, n. 11178), in senso conforme, *ex plurimis,* Cass. 16 luglio 2021, n. 20331; Cass. 21 luglio 2016, n. 15019; Cass. 2 aprile 2014, n. 7708; Cass. Sez. un. 28 novembre 2012, n. 21110; Cass. 20 giugno 2008, n. 16799; Cass. 16 gennaio 2007, n. 837.

[15] Al riguardo, la giurisprudenza ha rilevato che "*i poteri del giudice dell'esecuzione sono esclusivamente ordinatori, essendo limitati alla direzione del processo esecutivo al fine del regolare compimento degli atti che lo compongono secondo criteri di celerità e di opportunità; con esclusione, quindi, di potestas decidendi*" (Cass. 7 giugno 1996, n. 5309), in senso conforme, Cass. 12 giugno 1971, n. 1819.

Più recentemente, la giurisprudenza di merito ha rilevato che "*il procedimento di espropriazione (unitariamente inteso) si distingue, sotto il profilo strutturale, da quello di cognizione perché il primo non si presenta come una sequenza continua di atti preordinati ad un unico provvedimento finale, bensì come una successione di subprocedimenti, e cioè come una serie autonoma di atti ordinati a distinti provvedimenti successivi. Nell'ambito di tale peculiare procedimento il giudice dell'esecuzione esercita poteri ordinatori, limitati alla direzione del processo esecutivo al fine del regolare compimento degli atti che lo compongono secondo criteri di celerità ed opportunità; con esclusione, quindi, di potestas decidendi*" (Trib. Milano, sent. 31 ottobre 2019).

[16] In questo senso, "*al giudice dell'esecuzione, dunque, non sono istituzionalmente devoluti poteri di cognizione lato sensu intesi, conferitigli invece nella prospettiva, molto ristretta, degli accertamenti prodromici alla direzione del processo, lui unicamente spettante ex art. 484 c.p.c., e alla sua regolare progressione"* (G. FANTICINI, S. LEUZZI, R. ROSSI, S. SAIJA, *L'art. 54 ter, D.L. n. 18 del 2020,* in *Esec. forz*., 2020, 3, 794 ss.).

Con riguardo al modello cui è ispirata l'esecuzione forzata, può essere osservato che "*si insegna che il g.e. non può accertare, con effetti anche esterni al processo in corso, se il diritto processuale alla tutela (fondato sul titolo esecutivo) od il diritto sostanziale tutelato (in quanto titolato) non esista, perché a tal fine occorre una sentenza, idonea al giudicato materiale, che egli non ha il potere di pronunciare […]. I provvedimenti che il g.e. adotta – di regola in forma di ordinanza, eccezionalmente di decreto – non presentano i caratteri della decisorietà e della definitività: anche se intervengono su situazioni di diritto soggettivo, non statuiscono su di esse in via definitiva, potendo l'ufficio modificarli o revocarli sino a che non siano stati eseguiti […]; laddove la revocabilità è in-*



Nell'ambito del procedimento esecutivo, i poteri di cognizione del giudice costituiscono, dunque, un'anomalia del sistema, un'eccezione che può derivare solo da previsioni legislative espresse e che si estrinseca, prevalentemente, nell'instaurazione di incidenti di cognizione per effetto delle iniziative di natura oppositiva, di cui agli artt. 615 ss. cod. proc. civ.

La cognizione di un giudice è, inoltre, strettamente correlata con il principio del contraddittorio tra le parti. Ma, nell'ambito del giudizio di esecuzione, anche il contraddittorio non riveste il carattere strutturale che contraddistingue il giudizio di cognizione. Ai sensi dell'art. 485 cod. proc. civ., infatti, lo svolgimento del contraddittorio viene subordinato alle ipotesi in cui ciò sia reso necessario dalla legge o ritenuto tale da una valutazione del giudice [17].

L'assenza di poteri propriamente decisori del giudice dell'esecuzione e l'eccezionalità dell'attività di cognizione nell'ambito dell'espropriazione costituiscono fattori che concorrono a rendere necessaria una risposta negativa alla questione oggetto di esame.

---

*compatibile con la decisorietà. Il g.e. è sprovvisto di poteri decisori in quanto privo di poteri istruttori tipici e formali […]. Sui provvedimenti resi dal g.e. (neppure su quello finale, avente ad oggetto l'attribuzione o distribuzione del ricavato della vendita o l'assegnazione satisfattiva, che pure non sono revocabili, in quanto il potere dell'ufficio è ormai consumato) non si può formare il giudicato, perché non ha luogo un'attività decisoria, preceduta da una rituale istruttoria […]. Il processo esecutivo non ha funzione dichiarativa, perché non ha la struttura del processo di cognizione, caratterizzato da un'istruttoria formale, preceduta da una fase di trattazione e seguita da una fase decisoria*" (M. CIRULLI, *Valori funzionali del processo esecutivo e poteri officiosi,* in *Esec. forz.*, 019, 2, 250 ss.). Nello stesso senso si veda S. LACHINA, *L'esecuzione forzata e le disposizioni generali del codice di procedura civile*, Milano, 1970, 452 ss.

[17] Osserva la giurisprudenza che "*il processo esecutivo ha carattere tipicamente unilaterale e, quindi, la convocazione delle parti, che nel processo medesimo venga disposta dal giudice, quando la ritenga necessaria o quando la legge la prescriva, avviene non per costituire un formale contraddittorio ma soltanto per il migliore esercizio della potestà ordinatoria, affidata al giudice stesso*" (Cass. 17 luglio 2009, n. 16731) e che "*nel processo esecutivo non è configurabile un formale contraddittorio nel significato e con le caratteristiche di quello che si instaura nel processo di cognizione, considerato, da un canto, che le attività che si compiono nel processo esecutivo non sono dirette all'accertamento in senso proprio di diritti, ma alla loro realizzazione pratica sulla base di un preesistente titolo esecutivo, e, dall'altro, che proprio la esistenza di un titolo esecutivo pone il creditore precedente in situazione privilegiata rispetto al debitore esecutato nel senso che a quest'ultimo non è dato contestare l'azione esecutiva in via di eccezione come avviene per il convenuto nel giudizio di cognizione, ma soltanto di avvalersi del rimedio dell'opposizione che determina un giudizio di cognizione distinto dal processo di esecuzione. Ne consegue, per quanto specificamente attiene all'osservanza dell'art. 485 c.p.c., che la comparizione delle parti nel processo esecutivo (disposta dal giudice quando la ritenga necessaria o quando sia prescritta dalla legge) mira non già a dar vita al contraddittorio nel senso tradizionale, ma a consentire il miglior esercizio della potestà ordinataria affidata al giudice dell'esecuzione*" (Cass. 24 luglio 1993, n. 8293). Nello stesso senso, *ex multis,* Cass. 25 agosto 2006, n. 18513; Cass. 28 giugno 2005, n. 13914; Cass. 26 gennaio 2005, n. 1618; Cass. 22 novembre 1994, n. 9885.

In dottrina si contrappone un'impostazione più restrittiva in relazione all'applicazione del principio del contraddittorio nel corso dell'esecuzione forzata, ad una tesi favorevole alla sua affermazione anche in sede esecutiva.

Per la prima ricostruzione C. FURNO, *Disegno sistematico delle opposizioni nel processo esecutivo,* Firenze, 1942, 17 ss.; C. FURNO, *La sospensione nel processo esecutivo,* Milano, 1956, 10 ss.; G. MARTINETTO, voce *Contraddittorio*, in *Noviss. dig. it.*, IV, Torino, 1959, 460 ss.; E. ALLORIO, V. COLESANTI, *voce «Esecuzione forzata (dir. proc. civ.)»*, in *Noviss. dig. it.,* VI, Torino, 1960, 734 ss.; S. SATTA, *L'esecuzione forzata,* in *Trattato di diritto civile italiano,* diretto da VASSALLI, XV, I, 2, Torino, 1963, 229 ss.; C. PUNZI, *L'interruzione del processo*, Milano, 1963, 279 ss.; G.A. MICHELI, *L'esecuzione forzata,* in *Commentario cod. civ. Scialoja-Branca,* Bologna, 1964, *sub* art. 2910; M.T. ZANZUCCHI, *Diritto processuale civile,* III, Milano, 1964, 25 ss.; G. GIANNOZZI, *Il reclamo nel processo civile,* Milano, 1968, 147 ss.; G. VERDE, *Intervento e prova del credito nell'espropriazione forzata*, Milano, 1968, 110 ss.; S. SATTA, *Commentario al codice di procedura civile*, III, Milano, 1971, *sub* artt. 474 e 485; M. BOVE, B. CAPPONI, G. MARTINETTO, B. SASSANI, *L'espropriazione forzata*, in *Giur. sist. dir. proc. civile Proto Pisani*, Torino, 1988, 11 ss.

Per la seconda ricostruzione, S. LA CHINA, *L'esecuzione forzata e le disposizioni generali del codice di procedura civile*, Milano, 1970, 394 ss.; V. ANDRIOLI, *Lezioni di diritto processuale civile*, I, Napoli, 1973, 173 ss.; G. TARZIA, *Il contraddittorio nel processo esecutivo,* in *Riv. dir. proc*., 1978, 199 ss.; R. VACCARELLA, *Titolo esecutivo, precetto, opposizioni*, in *Giur. sist. dir. proc. civile Proto Pisani*, Torino, 1993, 84 ss.; A. GILI, *Principio del contraddittorio ed esecuzione forzata,* in *Giur. it.*, 1994, 5.



Ciò in quanto, ove anche si prescindesse dall'esistenza di un giudicato implicito sull'assenza di cause di nullità delle pattuizioni negoziali, in ogni caso affidare al giudice dell'esecuzione la cognizione in ordine al contenuto del contratto, già oggetto di un diverso accertamento giudiziario, risulterebbe in contrapposizione con la struttura del processo esecutivo e radicalmente incompatibile con i poteri affidati dal legislatore al giudice dell'esecuzione.

A quanto precede potrebbe obiettarsi che l'esecuzione si fondi su un titolo esecutivo e che tale titolo, costituendo la condizione stessa dell'azione esecutiva iniziata dal creditore, debba permanere per l'intera durata del procedimento, destinato altrimenti a diventare improcedibile. Conseguentemente, al giudice dell'esecuzione viene pacificamente riconosciuto il potere, ma anche il dovere, di verificare l'esistenza giuridica del titolo, in forza del quale si procede, all'inizio del processo esecutivo e per l'intera durata del procedimento, diversamente dovendosi arrestare l'esecuzione in carenza del titolo esecutivo azionato dal creditore [18].

Tuttavia, il potere del giudice dell'esecuzione di accertare l'esistenza giuridica del titolo esecutivo, quale condizione dell'esecuzione, nulla ha in comune con il sindacato in merito al contenuto intrinseco di tale titolo, potere di cui il giudice dell'esecuzione risulta sprovvisto.

Con specifico riguardo all'ipotesi in cui il titolo risulti di formazione giudiziale, tale cognizione implicherebbe non solo l'esercizio di un potere di cognizione nel merito della controversia, ma anche un indebito sindacato sull'attività decisoria già esercitata dal giudice investito del potere di decidere sulla pretesa creditoria. Come evidente, ne discenderebbe una commistione non già limitata soltanto alle nozioni di esecuzione e cognizione, ma estesa al rapporto tra esecuzione e impugnazione.

Tale conclusione risulta condivisibile anche ove lo strumento utilizzato dal debitore per contestare il titolo

---

[18] Ciò in applicazione del principio *nulla executio sine titulo,* in base al quale il titolo esecutivo deve permanere per l'intera durata del procedimento di esecuzione, destinato altrimenti a divenire improcedibile. Al giudice dell'esecuzione viene pertanto riconosciuto il potere di verificare l'esistenza del titolo esecutivo all'inizio dell'esecuzione, nonché la permanenza dello stesso nel corso dell'intero procedimento esecutivo.

In questo senso, la giurisprudenza fa applicazione del principio per cu "*il titolo originariamente esistente deve anche persistere per tutto il corso dell'esecuzione. La ragione della permanenza del titolo per tutta la durata dell'esecuzione sta nel fatto che la sopravvenuta mancanza del titolo non giustificherebbe la permanenza del vincolo costituito dal pignoramento e, soprattutto, non sorreggerebbe l'esito dell'esecuzione, sia questo costituito dalla vendita, sia costituito dall'esecuzione diretta. Infatti, dopo che la pretesa indicata nel titolo è attuata, il titolo si svuota di ogni suo contenuto e non può essere più utilizzato per sanzionare nuovi comportamenti lesivi della posizione del creditore, ancorché della stessa specie del comportamento precedentemente tenuto*" (Cass. 24 maggio 2002, n. 7631), in senso conforme, Cass. 16 aprile 2013, n. 9161; Cass. 28 luglio 2011, n. 16541; Cass. 6 agosto 2002, n. 11769; Cass. 1 giugno 1998, n. 5374; Cass. 11 settembre 1996, n. 8221.

Conseguentemente, "*quando è contestato il diritto di procedere ad esecuzione, il giudice dell'opposizione deve verificare, non solo l'esistenza originaria, ma anche la persistenza del titolo esecutivo, poiché la sopravvenuta caducazione del titolo esecutivo determina l'illegittimità, con efficacia ex tunc, dell'esecuzione*" (Cass. 27 giugno 2014, n. 14641).

Tale principio è stato specificato rilevando che "*nel processo d'esecuzione, la regola secondo cui il titolo esecutivo deve esistere dall'inizio alla fine della procedura va intesa nel senso che essa presuppone non necessariamente la costante sopravvivenza del titolo del creditore procedente, bensì la costante presenza di almeno un valido titolo esecutivo (sia pure dell'interventore) che giustifichi la perdurante efficacia dell'originario pignoramento. Ne consegue che, qualora, dopo l'intervento di un creditore munito di titolo esecutivo, sopravviene la caducazione del titolo esecutivo comportante l'illegittimità dell'azione esecutiva dal pignorante esercitata, il pignoramento, se originariamente valido (secondo quanto si preciserà in seguito), non è caducato, bensì resta quale primo atto dell'iter espropriativo riferibile anche al creditore titolato intervenuto*" (Cass., sez. un., 7 gennaio 2014, n. 61).

In dottrina, G. VERDE, *Attualità del principio «nulla executio sine titulo»*, in *Riv. dir. proc.*, 1999, 964 ss.; R. VACCARELLA, *Esecuzione forzata*, in *Riv. esec. forz.*, 2007, 1 ss.; E. ZUCCONI GALLI FONSECA, *Attualità del titolo esecutivo*, in *Riv. trim. dir. proc. civ.*, 2010, 67 ss.; A. MAJORANO, *Questioni controverse in tema di poteri di rilevazione officiosa del giudice dell'opposizione all'esecuzione e di interpretazione del titolo esecutivo*, in *Riv. esec. forz.*, 2012, 141 ss.; B. CAPPONI, *Autonomia, astrattezza, certezza del titolo esecutivo: requisiti in via di dissolvenza?,* in *Corr. giur.,* 2012, 10, 1166 ss.



esecutivo risulti l'opposizione all'esecuzione, ossia una delle ipotesi disciplinate dal legislatore come incidente di cognizione nel corso dell'esecuzione. Infatti, il giudice investito dell'opposizione all'esecuzione potrebbe sindacare esclusivamente l'esistenza giuridica del provvedimento in base alla quale il creditore ha avviato l'azione esecutiva, non potendo invece estendere la propria cognizione a ragioni di ingiustizia o ad altri vizi attinenti il contenuto intrinseco della decisione giudiziale [19].

Alla luce dell'ordinamento interno emergono, dunque, ben due ordini di ragioni che, anche autonomamente considerate, impongono di escludere la possibilità per il giudice dell'esecuzione di accertare la ricorrenza di cause di nullità delle previsioni contrattuali poste alla base del diritto di credito, accertato in un provvedimento dotato dell'autorità di cosa giudicata, azionato come titolo esecutivo. A questo risultato osta sia la formazione di un giudicato implicito in ordine all'assenza di ipotesi di nullità del contratto posto alla base del credito accertato, sia la carenza in capo al giudice dell'esecuzione, ancorché investito di un'opposizione all'esecuzione, dei poteri idonei a sindacare il contenuto intrinseco del provvedimento fonte del diritto di credito azionato in via esecutiva.

Questa conclusione, in base all'ordinamento interno, risulta condivisibile anche ove la contestata causa di invalidità della previsione contrattuale risulti un'ipotesi di nullità di protezione, conseguente al carattere abusivo di una o più clausole presenti nel contratto intercorrente tra un consumatore ed un professionista.

La disciplina di cui agli artt. 33 ss. del d.lgs. 6 settembre 2005, n. 206 non prevede, infatti, alcuna espressa deroga rispetto alla disciplina precedentemente richiamata. Inoltre, il potere di rilevazione officiosa della nullità di protezione da parte del giudice a vantaggio del consumatore [20] conferma quanto argomentato in merito alla formazione del giudicato implicito in relazione alla carenza di ipotesi di nullità di protezione, a seguito della mancata opposizione a decreto ingiuntivo.

---

[19] In questo senso, il principio per cui "*in sede di opposizione alla esecuzione promossa in base a titolo esecutivo di formazione giudiziale, la contestazione del diritto di procedere alla esecuzione forzata può essere fondata su ragioni attinenti ai vizi di formazione del provvedimento fatto valere come titolo esecutivo solo quando questi ne determinino l'inesistenza giuridica, dovendo gli altri vizi del provvedimento e le ragioni di ingiustizia della decisione che ne costituiscano il contenuto, esser fatte valere, se ancora possibile, nel corso del processo in cui il provvedimento è stato emesso*" (Cass. 18 febbraio 2015, n. 3277). In senso conforme, *ex multis,* Cass. 9 febbraio 2021, n. 3027; Cass. 22 agosto 2018, n. 20895; Cass. 30 agosto 2011, n. 17802; Cass. 14 giugno 2001, n. 8056; Cass. 23 marzo 1999, n. 2742; Cass. 25 febbraio 1994, n. 1935.

[20] Sul tema del rilievo officioso della nullità di protezione, A. GENTILI, *L'inefficacia delle clausole abusive,* in *Riv. dir. civ.,* 1997, I, 406 ss.; A. ORESTANO, la rilevabilità d'ufficio della vessatorietà delle clausole, in *Eur. e dir. priv.*, 2000, 1179 ss.; A. DI MAJO, *Il contratto in generale*, in *Trattato di diritto privato, a cura di M. Bessone,* VII, 2002, 127 ss.; M. EBERS, *La revisione del diritto europeo del consumatore: l'attuazione nei Paesi membri della direttiva sulle clausole abusive (93/13/CEE) e le prospettive d'ulteriore armonizzazione,* in *Contr. impr. Europa,* 2007, 2, 697 ss.; V. ZENO ZENCOVICH, M.C. PAGLIETTI, *Verso un diritto processuale dei consumatori?*, in *Nuova giur. civ.,* II, 2009, 216 ss.; E. D'ALESSANDRO, *La corte di Giustizia sancisce il dovere, per il giudice nazionale, di rilevare d'ufficio l'invalidità della clausola compromissoria stipulata tra il professionista ed il consumatore rimasto contumace nel processo arbitrale*, in *Riv. arb.*, 2009, 675 ss.; V.G. BENACCHIO, *Diritto privato dell'Unione Europea. Fonti, modelli, regole,* Padova, 2010, 2 ss.; R. SENIGAGLIA, *Il problema del limite al potere del giudice di rilevare d'ufficio la nullità di protezione*, in *Eur. Dir. Priv.*, 2010, 835 ss.; L. VALLE, *Nullità di protezione*, in *Contr impr.*, 2011, 366 ss.; V. ROPPO, *Il contratto,* in *Trattato di diritto privato, a cura di G. Iudica e P. Zatti,* Milano, 2011, 705 ss.; L. DANIELE, *Direttive per la tutela dei consumatori e poteri d'ufficio del giudice nazionale*, in *Dir. Un. Eur.*, 2011, 683 ss.; V. ZENO ZENCOVICH, M.C. PAGLIETTI, *Il diritto processuale dei consumatori. L'influenza del diritto dei consumi sul diritto processuale. Postilla a Calais – Auloy, 20 anni dopo*, in *Obligations, Procès et droit savant. Melanges en l'honneur du Professeur Jean Beanchard,* Poitiers, 2013, 154 ss.; S. PAGLIANTINI, *La rilevabilità officiosa della nullità e l'articolazione di nuovi mezzi di prova nella cornice dell'effettività della tutela. Il dialogo tra le Corti,* in *Contratti,* 2014, 18 ss.; R. CARRANO, *Clausole vessatorie e rilevabilità d'ufficio delle nullità di protezione*, in *Nuova giur. civ. comm.*, 2014, 727 ss.; G. SPOTO, *Rilievo d'ufficio della nullità, clausole abusive ed eterointegrazione del contratto nella giurisprudenza nazionale e della C. Giust.*, in *Eur. dir. priv.*, 2016, 249 ss.; S. PAGLIANTINI, *Il punto e la linea: nullità contrattuale e rilievo officioso dopo il 2014,* in *Nuove leggi civ. comm.,* 2020, 4, 946 ss.



Se, infatti, il giudice del procedimento monitorio avesse rilevato la sussistenza, all'interno del contratto fonte del diritto di credito vantato dal professionista, di clausole abusive, allora avrebbe dovuto applicare la disciplina in materia di nullità di protezione, rilevarne l'inefficacia e trarne le dovute conseguenze in relazione al credito azionato. L'accertamento del diritto di credito del professionista, invece, implica logicamente l'accertamento da parte del giudice in ordine alla non abusività delle clausole contenute nel contratto, con conseguente formazione sul punto della cosa giudicata, derivante dalla mancata opposizione al decreto ingiuntivo emesso.

Queste conclusioni, apparentemente lineari, non possono, tuttavia, allo stato ritenersi pacifiche. Il giudice italiano, infatti, rilevando una potenziale ipotesi di carenza di tutela del consumatore, ha sollevato due domande di pronuncia pregiudiziale alla Corte di Giustizia dell'Unione Europea, ponendo in dubbio la compatibilità della disciplina dell'ordinamento interno rispetto al diritto sovranazionale.

**2. –** La disciplina di diritto interno, nella parte in cui consente, in caso di mancata opposizione a decreto ingiuntivo, la formazione di un giudicato implicito in ordine all'assenza all'interno del contratto di clausole abusive, risulta inidonea a consentire al consumatore una tutela effettiva? La non configurabilità in capo al giudice dell'esecuzione dei poteri idonei a permettere un sindacato intrinseco sul contenuto del titolo esecutivo di formazione giudiziale integra un'ipotesi di carenza dei rimedi giurisdizionali necessari per garantire la tutela effettiva del consumatore?

Questi gli interrogativi sottesi alle domande di pronuncia pregiudiziale sollevate dal Tribunale di Milano con ordinanze del 10 agosto 2019 e del 31 ottobre 2019, che hanno dato luogo rispettivamente alle cause C-693/19 e C-831/19 [21], riunite e pendenti davanti alla Corte di Giustizia dell'Unione Europea.

In entrambe le pronunce, i parametri alla stregua dei quali valutare la conformità dell'ordinamento interno vengono rinvenuti negli artt. 6 e 7 della direttiva 93/13/CEE e nell'art. 47 della Carta dei diritti fondamentali dell'Unione Europea.

In particolare, l'art. 6 della direttiva 93/13/CEE [22] prevede la non vincolatività per il consumatore delle

---

[21] Per la cui analisi possono essere richiamati: S. CAPORUSSO, *Decreto ingiuntivo non opposto ed effettività della tutela giurisdizionale: a proposito di due recenti rinvii pregiudiziali,* in *Nuove leggi civ. comm.,* 2020, 5, 1265 ss.; G.M. SACCHI, *I poteri del giudice dell'esecuzione e la tutela del contraente debole,* in *camminodiritto.it.*; A. D'AMBROSIO, *Decreto ingiuntivo non opposto: tutela del consumatore anche in fase di esecuzione,* in *ilsole24ore.com*.

In particolare, evidenziando il carattere di specialità che la nullità di protezione sta assumendo sotto il profilo del regime processuale, può essere rilevato che "*chi allora, pur se con uno sforzo di rigorosa razionalizzazione, scrive di una nullità del contratto che, almeno processualmente, può continuare a declinarsi in modo unitario, assumendo come riferimento le disposizioni del codice civile (artt. 1418-1424 cod. civ.), ci sembra, detto in sintesi, che formuli un enunciato punteggiato dal difetto di provare troppo. Se non sono speciali bensì delle nullità munite di eguale dignità e forza costitutiva, neanche processualmente il "di protezione" può tramutarsi, eccezion fatta per ipotesi marginali di diversità, in un orpello. SPV Project 1503 e Srl DobankSpA c. YB (causa C-693/19), rimettente alla Corte se gli artt. 6 e 7 dir. 1993/13/CEE e l'art. 47 Carta dir. UE ostino ad un ordinamento nazionale, come quello italiano, ostativo a che il giudice dell'esecuzione effettui "un sindacato intrinseco di un titolo esecutivo giudiziale passato in giudicato" precludendogli così nel contempo, laddove il consumatore mostri va da sé di volersi avvalere "della abusività della clausola contenuta nel contratto in forza del quale è stato formato il titolo esecutivo, di superare gli effetti del giudicato implicito", quella specialità, ci sembra, la batte apertamente in breccia*" (S. PAGLIANTINI, *Il punto e la linea: nullità contrattuale e rilievo officioso dopo il 2014,* in *Nuove leggi civ. comm.,* 2020, 4, 946 ss.).

[22] Ai sensi del quale, "*1. Gli Stati membri prevedono che le clausole abusive contenute in un contratto stipulato fra un consumatore ed un professionista non vincolano il consumatore, alle condizioni stabilite dalle loro legislazioni nazionali, e che il contratto resti vincolante per le parti secondo i medesimi termini, sempre che esso possa sussistere senza le clausole abusive. 2. Gli Stati*



clausole abusive contenute in un contratto stipulato tra un consumatore ed un professionista, mentre l'art. 7 della direttiva 93/13/CEE [23] è diretto ad implementare tale disciplina sostanziale con adeguati strumenti di attuazione sul piano applicativo e processuale, sancendo che gli Stati membri provvedano a fornire "*mezzi adeguati ed efficaci*" per far cessare l'inserimento di clausole abusive nei contratti intercorrenti tra consumatori e professionisti.

Tale disciplina trova riscontro nell'art. 19, paragrafo 1, TUE [24], in base al quale l'ordinamento degli Stati membri deve prevedere i "*rimedi giurisdizionali necessari*" al fine di assicurare "*tutela giurisdizionale effettiva*" in relazione ai settori disciplinati dal diritto dell'Unione Europea.

Infine, l'art. 47 della Carta dei diritti fondamentali dell'Unione Europea [25] prevede che ogni cittadino che lamenti una violazione dei diritti e delle libertà assicurate dal diritto dell'Unione Europea abbia diritto ad un "*ricorso effettivo*" davanti ad un organo giurisdizionale.

Le disposizioni richiamate risultano ispirate alla necessità di apprestare tutele efficaci sul piano processuale, in modo da garantire, in primo luogo, l'effettiva tutela delle posizioni giuridiche del consumatore e, in secondo luogo, la generale limitazione all'interno del mercato del ricorso alle clausole abusive da parte degli operatori economici [26].

La situazione di strutturale squilibrio informativo e negoziale tra la posizione del consumatore e quella professionista implica, infatti, la necessità di strumenti di riequilibrio [27], improntanti al recupero di una parità

---

*membri prendono le misure necessarie affinché il consumatore non sia privato della protezione assicurata dalla presente direttiva a motivo della scelta della legislazione di un paese terzo come legislazione applicabile al contratto, laddove il contratto presenti un legame stretto con il territorio di uno Stato membro*".

[23] In base al quale "*1. Gli Stati membri, nell'interesse dei consumatori e dei concorrenti professionali, provvedono a fornire mezzi adeguati ed efficaci per far cessare l'inserzione di clausole abusive nei contratti stipulati tra un professionista e dei consumatori. 2. I mezzi di cui al paragrafo 1 comprendono disposizioni che permettano a persone o organizzazioni, che a norma del diritto nazionale abbiano un interesse legittimo a tutelare i consumatori, di adire, a seconda del diritto nazionale, le autorità giudiziarie o gli organi amministrativi competenti affinché stabiliscano se le clausole contrattuali, redatte per un impiego generalizzato, abbiano carattere abusivo ed applichino mezzi adeguati ed efficaci per far cessare l'inserzione di siffatte clausole. 3. Nel rispetto della legislazione nazionale, i ricorsi menzionati al paragrafo 2 possono essere diretti, separatamente o in comune, contro più professionisti dello stesso settore economico o associazioni di professionisti che utilizzano o raccomandano l'inserzione delle stesse clausole contrattuali generali o di clausole simili*".

[24] Ai sensi del quale, "*1. La Corte di giustizia dell'Unione europea comprende la Corte di giustizia, il Tribunale e i tribunali specializzati. Assicura il rispetto del diritto nell'interpretazione e nell'applicazione dei trattati. Gli Stati membri stabiliscono i rimedi giurisdizionali necessari per assicurare una tutela giurisdizionale effettiva nei settori disciplinati dal diritto dell'Unione*".

[25] Disposizione che sancisce che "*Ogni persona i cui diritti e le cui libertà garantiti dal diritto dell'Unione siano stati violati ha diritto a un ricorso effettivo dinanzi a un giudice, nel rispetto delle condizioni previste nel presente articolo. Ogni persona ha diritto a che la sua causa sia esaminata equamente, pubblicamente ed entro un termine ragionevole da un giudice indipendente e imparziale, precostituito per legge. Ogni persona ha la facoltà di farsi consigliare, difendere e rappresentare. A coloro che non dispongono di mezzi sufficienti è concesso il patrocinio a spese dello Stato, qualora ciò sia necessario per assicurare un accesso effettivo alla giustizia*".

[26] Osserva la Corte di Giustizia che "*la facoltà per il giudice di esaminare d'ufficio l'illiceità di una clausola costituisce un mezzo idoneo al conseguimento tanto dell'obiettivo fissato dall'art. 6 della direttiva, che è quello di impedire che il consumatore sia vincolato da una clausola abusiva, quanto dell'obiettivo dell'art. 7, dato che tale esame può avere un effetto dissuasivo e, pertanto, contribuire a far cessare l'inserimento di clausole abusive nei contratti conclusi tra un professionista e i consumatori*" (C. Giust., 27 giugno 2000, cause riunite C-240/98 e C-244/98, caso *Oceano Grupo Editorial e Salvat Editores,*). In senso conforme, C. Giust., 21 novembre 2002, causa C-473/00, caso *Cofidis*; C. Giust., 26 ottobre 2006, causa C-168/05, caso *Mostaza Claro*; C. Giust., 14 giugno 2012, causa C-618/10, caso *Banco Espanol de Credito SA*; C. Giust., 27 febbraio 2014, causa C-470/12, caso *Pohotovost*.

[27] Nella prospettiva di una tutela processuale differenziata. Al riguardo, C. Vocino, *Intorno al nuovo verbo "tutela giurisdizionale differenziata",* in *Studi in onore di T. Carnacini,* Milano, 761 ss.; V. Zeno Zencovich, M.C. Paglietti, *Il diritto processuale dei consumatori. L'influenza del diritto dei consumi sul diritto processuale. Postilla a Calais - Auloy, 20 anni dopo*, in *Obligations, Procès et droit savant. Melanges en l'honneur du Professeur Jean Beanchard,* Poitiers, 2013, p. 160.



effettiva e sostanziale tra le parti, senza che la tutela della parte debole del rapporto rimanga affidata all'esclusiva iniziativa processuale di quest'ultima [28].

Entrambe le pronunce risultano incentrate sull'interrogativo relativo alla qualificabilità come "*mezzo adeguato ed efficace*", come "*ricorso effettivo*" o "*tutela giurisdizionale effettiva*" della disciplina del diritto interno, che rimette all'iniziativa del consumatore la scelta se proporre opposizione avverso il decreto ingiuntivo, emesso all'esito di un procedimento monitorio in cui un organo giurisdizionale già risulta investito del potere officioso di accertare il carattere abusivo delle clausole contrattuali, limitando successivamente i poteri del giudice dell'esecuzione, posto dinanzi alla formazione di un giudicato implicito [29].

Il primo rinvio pregiudiziale alla Corte di Giustizia (C-693/19) deriva da un procedimento di espropriazione presso terzi, conseguente al mancato adempimento da parte del consumatore delle obbligazioni derivanti da diversi contratti di finanziamento, contenenti clausole determinative del tasso di interesse e clausole penali a carattere potenzialmente abusivo.

A fronte della manifestata volontà del consumatore di richiedere l'accertamento della nullità di protezione di tali clausole, il giudice dell'esecuzione ha riscontrato la formazione del vincolo della cosa giudicata in ordine al carattere non vessatorio delle pattuizioni poste alla base del diritto di credito azionato dal professionista, accertato nell'ambito di un procedimento monitorio, all'esito del quale il consumatore non aveva propo-

---

[28] Ciò muovendo dalla premessa che "*la tutela effettiva dei consumatori non sia raggiungibile se non attraverso l'intervento positivo da parte di soggetti estranei al rapporto*", come evidenziato da P. PICCIONI, *Il giudicato e il diritto di difesa del consumatore,* in *Le Corti Umbre,* 2017, n. 3, 527-555.

Sul tema del rilievo officioso della nullità di protezione, nella prospettiva della tutela effettiva del consumatore, M. CAPPELLETTI, *Le grandi tendenze evolutive del processo civile nel diritto comparato,* in *Processo e ideologia,* Bologna, 1969, 191 ss.; E. D'ALESSANDRO, *La corte di Giustizia sancisce il dovere, per il giudice nazionale, di rilevare d'ufficio l'invalidità della clausola compromissoria stipulata tra il professionista ed il consumatore rimasto contumace nel processo arbitrale*, in *Riv. arb.*, 2009, 675 ss.; C. DI SERI, *Primauté del diritto comunitario e principio della res iudicata nazionale un difficile equilibrio*, in *Giur. it.*, 2009, 12 ss.; R. SENIGAGLIA, *Il problema del limite al potere del giudice di rilevare d'ufficio la nullità di protezione*, in *Eur. dir. priv.*, 2010, 835 ss.; I. PRISCO, *Il rilievo d'ufficio delle nullità tra certezza del diritto ed effettività della tutela*, in *Rass. dir. civ.*, 2010, 1227 ss.; *N. TROCKER, Il diritto processuale europeo e le tecniche della sua formazione: l'opera della C. Giust.*, in *Eur. dir. priv.*, 2010, 361 ss.; L. VALLE, *Nullità di protezione*, in *Contr. impr.*, 2011, 366 ss.; L. VALLE, *La nullità delle clausole vessatorie: le pronunce della Corte di giustizia dell'Unione europea e il confronto con le altre nullità di protezione*, in *Contr. e impr.*, 2011, 1366 ss.; L. DANIELE, *Direttive per la tutela dei consumatori e poteri d'ufficio del giudice nazionale*, in *Dir. un. eur.*, 2011, 683 ss.; S. PAGLIANTINI, *L'interpretazione più favorevole per il consumatore ed i poteri del giudice*, in *Riv. dir. civ.*, 2012, 291 ss.; R. DE HIPPOLYTIS, *Sui poteri del giudice in tema di clausole abusive di un contratto*, in *Foro it.*, 2013, IV, 202 ss.; R. CARRANO, *Clausole vessatorie e rilevabilità d'ufficio delle nullità di protezione*, in *Nuova giur. civ. comm.*, 2014, 727 ss.; R. ALESSI, *Nullità di protezione e poteri del giudice tra Corte di giustizia e sezioni unite della Corte di Cassazione*, in *Eur. e dir. priv.*, 2014, 1141 ss.; F. DELLA NEGRA, *Il controllo d'ufficio sul significativo squilibrio nella giurisprudenza europea*, in *Pers. e merc.*, 2014, 71 ss.; R. DE HIPPOLYTIS e A. Palmieri, *In tema di clausole abusive nei contratti dei consumatori*, in *Foro it.*, 2014, I, 40 ss.; G. SPOTO, *Rilievo d'ufficio della nullità, clausole abusive ed eterointegrazione del contratto nella giurisprudenza nazionale e della C. Giust.*, in *Eur. dir. priv.*, 2016, 249 ss.; N. RUMINE, *La giurisprudenza della C. Giust. dell'Unione Europea in tema di rilievo officioso dell'abusività di una clausola contrattuale e le sue ricadute sul piano interno,* in *Nuova giur. civ.,* 2016, 9, 1244 ss.

[29] Significativo in questo senso il passaggio argomentativo dell'ordinanza del Trib. Milano 10 agosto 2019 (C-693/19): "*Questo magistrato intende quindi richiedere alla Corte se l'esigenza di sostituire all'equilibrio formale che il contratto determina tra diritti ed obblighi del professionista e del consumatore un equilibrio reale, finalizzato a ristabilire l'uguaglianza tra i contraenti, consenta al giudice dell'esecuzione di informare il consumatore (pur rimasto inerte nel procedimento all'esito del quale si è formato il titolo giudiziale ormai definitivo) della possibile vessatorietà di clausole contrattuali la cui abusività non sia stata espressamente esclusa dalla decisione avente efficacia di giudicato e se, in caso di manifestata volontà da parte del consumatore – non più inerte – di avvalersi della abusività delle clausole, lo stesso giudice possa scrutinare la vessatorietà delle clausole contrattuali nonostante la preclusione, per il giudice dell'esecuzione, di esercitare un sindacato intrinseco sul titolo esecutivo giudiziale e nonostante la formazione del giudicato*".



sto opposizione a decreto ingiuntivo [30].

Inoltre, con specifico riguardo ai poteri del giudice dell'esecuzione in sede di espropriazione presso terzi, il giudice rimettente ha rilevato la configurabilità soltanto di poteri officiosi diretti a verificare la corretta quantificazione del credito, non estesi alla cognizione in ordine al contenuto intrinseco del titolo esecutivo, dovendosi così escludere l'esperibilità di un sindacato sulla legittimità delle clausole in esso contenute [31].

Tali previsioni risultano, invero, non sfornite di ragioni giustificative. Anzitutto, la stabilità del giudicato risulta un presidio necessario posto dall'ordinamento giuridico a tutela della certezza dei rapporti giuridici, che verrebbe radicalmente compromessa laddove ragioni sostanziali di tutela di posizioni giuridiche di soggetti vulnerabili giustificassero la configurabilità di un numero imprecisato di mezzi di impugnazione.

Inoltre, la limitazione dei poteri di cognizione del giudice dell'esecuzione risulta strutturalmente correlata con l'impianto del processo civile, fondato sulla distinzione tra la fase di cognizione, diretta alla formazione di una pronuncia su una questione controversa, e la fase dell'esecuzione, finalizzata all'attuazione di un diritto già accertato da un titolo esecutivo.

Questa ricostruzione, come osservato in sede di rinvio pregiudiziale, rischierebbe, tuttavia, di compromettere il diritto del consumatore ad un ricorso effettivo, privando oltretutto l'ordinamento di uno strumento efficace per far cessare l'inserzione di clausole abusive nei contratti stipulati tra consumatori e professionisti [32].

---

[30] Ciò in quanto, come rilevato dall'ordinanza del Trib. Milano 10 agosto 2019 (C-693/19): "*secondo la giurisprudenza di legittimità assolutamente maggioritaria "l'autorità del giudicato spiega i suoi effetti non solo sulla pronuncia esplicita della decisione, ma anche sulle ragioni che ne costituiscono, sia pure implicitamente, il presupposto logico-giuridico*"; tale orientamento *"trova applicazione anche in riferimento al decreto ingiuntivo di condanna al pagamento di una somma di denaro, il quale, ove non sia proposta opposizione, acquista efficacia di giudicato non solo in ordine al credito azionato, ma anche in relazione al titolo posto a fondamento dello stesso, precludendo in tal modo ogni ulteriore esame delle ragioni addotte a giustificazione della relativa domanda*" (Cass., 28 novembre 2017, n. 28318, che richiama anche le conformi decisioni Cass. 28 agosto 2009, n. 18791 e Cass. 06 settembre 2007, n. 18725; nello stesso senso, tra le altre, Cass. 24 settembre 2018, n. 22465, Cass. 26 giugno 2015, n. 13207). Risulta quindi accolto, con riferimento al decreto ingiuntivo non opposto, il principio – di creazione giurisprudenziale – del c.d. *"giudicato implicito*", fondato sull'argomento logico per il quale se il giudice si è pronunciato su una determinata questione ha, evidentemente, risolto in senso non ostativo tutte le altre questioni da considerare preliminari rispetto a quella esplicitamente decisa (tra le altre, Cass., S.U., 12 dicembre 2014, n. 26242).

[31] Anche in questo caso, risulta rilevante il passaggio dell'ordinanza del Trib. Milano 10 agosto 2019 (C-693/19), per cui: "*in conseguenza del principio espresso dal brocardo "nulla executio sine titolo" il giudice dell'esecuzione è quindi titolare del potere – dovere di verificare l'esistenza del titolo esecutivo all'inizio e per l'intera durata del processo esecutivo, dovendo, ove tale titolo difetti, arrestare il processo (tra le tante, Cass. 16 aprile 2013, n. 9161, Cass. 28 luglio 2011, n. 16541, Cass. 6 agosto 2002, n. 11769). Il potere officioso del giudice dell'esecuzione è tuttavia limitato alla sola esistenza del titolo esecutivo e non può estendersi anche al "contenuto intrinseco" dello stesso, sì da invalidarne l'efficacia in base ad eccezioni che possano e debbano essere dedotte nel giudizio di cognizione (in caso di decreto ingiuntivo, mediante proposizione dell'opposizione allo stesso decreto). Un simile controllo "intrinseco" del titolo giudiziale è precluso anche in caso di opposizione proposta, ai sensi dell'art. 615, co. 2, c.p.c.5, dal debitore; secondo costante giurisprudenza della Suprema Corte, infatti, "nel giudizio di opposizione all'esecuzione promossa in base a titolo esecutivo di formazione giudiziale, la contestazione del diritto di procedere ad esecuzione forzata può essere fondata su vizi di formazione del provvedimento solo quando questi ne determinino l'inesistenza giuridica, atteso che gli altri vizi e le ragioni di ingiustizia della decisione possono essere fatti valere, ove ancora possibile, solo nel corso del processo in cui il titolo è stato emesso, spettando la cognizione di ogni questione di merito al giudice naturale della causa in cui la controversia tra le parti ha avuto (o sta avendo) pieno sviluppo ed è stata (od è tuttora) in esame" (Cass. 18 febbraio 2015, n. 3277, conforme, tra le tante, Cass. 21 aprile 2011, n. 9205)*".

[32] Di conseguenza, ha osservato l'ordinanza del Trib. Milano 10 agosto 2019 (C-693/19) che "*in questa prospettiva, l'esercizio di poteri officiosi del giudice, lungi dall'essere espressione di una mancata imparzialità del giudice, sarebbe indice di*



Effettivamente, l'accertamento in ordine alla presenza di clausole abusive nel contratto di credito da parte del giudice del procedimento monitorio avviene in mancanza del contraddittorio tra le parti e senza che l'organo giurisdizionale possa sottoporre ad esse la questione relativa alla nullità di protezione delle previsioni negoziali.

Conseguentemente, la formazione del giudicato in ordine al carattere non vessatorio delle clausole inserite dal professionista nel contratto verrebbe affidata ad un contraddittorio meramente potenziale, dipendente dalla scelta del consumatore di attivarsi tempestivamente in via giudiziale [33].

Tuttavia, far discendere l'accertamento circa l'inserimento di clausole vessatorie nei contratti predisposti dal professionista dalla sola iniziativa del consumatore risulterebbe in contrasto con la disciplina di cui alla direttiva 93/13/CEE, che affida ai poteri di intervento officioso del giudice l'accertamento della nullità di protezione, oltre che inefficace nella prospettiva della tutela generale del mercato rispetto al ricorso da parte di operatori economici a pratiche di contrattazione squilibrata, dirette all'inserimento nei contratti stipulati con i consumatori di clausole abusive.

Non da ultimo, il carattere implicito del giudicato relativo alla validità delle clausole contenute nel contratto non assicura l'effettivo svolgimento da parte del giudice del procedimento monitorio di un sindacato specificamente incentrato sulla non integrazione di ipotesi di nullità di protezione. Di conseguenza, a seguito della formazione della cosa giudicata per la mancata tempestiva opposizione del consumatore, la mancanza in capo al giudice dell'esecuzione del potere di rilevare il carattere abusivo delle previsioni negoziali condurrebbe all'attuazione forzosa di un contratto contenente clausole vessatorie senza che alcun organo giurisdizionale abbia, nel corso del processo, svolto uno scrutinio effettivo in ordine alla validità di tali pattuizioni [34].

Le stesse ragioni sono state poste a fondamento del secondo rinvio pregiudiziale alla Corte di Giustizia (C-831/19), originato, nell'ambito di un procedimento di espropriazione immobiliare, dall'opposizione all'esecuzione sollevata da uno dei fideiussori del debitore esecutato, che, a seguito della mancata opposizione a decreto ingiuntivo e conseguente formazione del giudicato implicito in merito alla validità delle pattui-

---

*una visione del giudice non limitata a quella di arbitro di una controversia tra le parti, ma di rappresentante dell'interesse generale della società (così sempre la decisione da ultimo citata). Del resto, proprio in considerazione della rilevanza generale della tutela del consumatore, la giurisprudenza della Corte di giustizia ha, come sopra osservato, affermato l'esistenza di sempre più significativi poteri officiosi esercitabili da un giudice la cui imparzialità (nonostante il delineato attivismo) non risulta esser stata posta in discussione*".

[33] Al riguardo, potrebbe dunque essere osservato che "*nel nostro caso il giudice del procedimento per ingiunzione, seppur astrattamente provvisto di poteri cognitori idonei ad effettuare un simile rilevo, non potrebbe stimolare quel contraddittorio e quel confronto con il debitore ingiunto che, in virtù delle considerazioni esposte in precedenza, costituiscono il presupposto fondamentale per il pieno dispiegarsi di quella tutela rafforzata del contraente debole sottesa alle nullità di protezione consumeristiche. in quella sede, egli ha la possibilità di instaurare un dialogo con il solo creditore procedente, non con il debitore ingiunto, il quale potrebbe essere in quella fase finanche ignaro della possibilità di poter invocare un siffatto meccanismo di tutela. Pertanto, l'eventuale ignoranza del debitore – frutto non di sua colpa ma della propria debolezza contrattuale – può protrarsi fino alla fase esecutiva senza poi trovare rimedi adeguati*" (G.M. SACCHI, *I poteri del giudice dell'esecuzione e la tutela del contraente debole,* in *camminodiritto.it*).

[34] La questione pregiudiziale rimessa alla C. Giust. dell'Unione Europea dall'ordinanza del Trib. Milano 10 agosto 2019 (C-693/19) è stata, pertanto, la seguente: "*Se ed a quali condizioni gli artt. 6 e 7 della direttiva 93/13/CEE e l'art. 47 della Carta dei diritti fondamentali dell'Unione europea ostino ad un ordinamento nazionale, come quello delineato, che preclude al giudice dell'esecuzione di effettuare un sindacato intrinseco di un titolo esecutivo giudiziale passato in giudicato e che preclude allo stesso giudice, in caso di manifestazione di volontà del consumatore di volersi avvalere della abusività della clausola contenuta nel contratto in forza del quale è stato formato il titolo esecutivo, di superare gli effetti del giudicato implicito*".



zioni negoziali, ha contestato la presenza di plurime clausole vessatorie all'interno del contratto, fonte del diritto di credito azionato.

La peculiarità di tale controversia atteneva alla rilevanza del mutamento giurisprudenziale in ordine al possibile superamento del giudicato sfavorevole per il consumatore, che abbia scelto di non ricorrere ai mezzi di impugnazione predisposti dal diritto nazionale, facendo affidamento su un orientamento interpretativo successivamente superato dalla giurisprudenza [35].

In particolare, nel caso in esame, il mutamento ermeneutico riguardava la qualificabilità come consumatore della persona fisica che assuma la posizione di garante nei contratti di fideiussione, stipulati a vantaggio di un soggetto dotato della forma societaria.

Il diritto vivente, applicato dalla giurisprudenza al momento della formazione del giudicato, modellava la qualifica di consumatore del fideiussore sulla base delle caratteristiche dell'obbligazione garantita, per via del carattere di accessorietà dell'obbligazione fideiussoria rispetto al credito oggetto di garanzia [36].

---

[35] Nello specifico, la carenza di effettività della tutela del consumatore deriverebbe altresì dalla circostanza per cui, a fronte di un giudicato implicito, risulterebbe impossibile sottoporre a controllo effettivo il percorso logico seguito dalla decisione giurisdizionale che, non avendo ritenuto qualificabile come consumatore il debitore, potrebbe non aver affrontato in concreto la questione relativa alla qualificabilità della pattuizione negoziale come abusiva.

L'ordinanza del Trib. Milano 31 ottobre 2019 (C-831/19) ha, dunque, rilevato che "*il giudicato implicito trova fondamento nell'argomento logico per il quale se il giudice si è pronunciato su una determinata questione ha, evidentemente, risolto in senso non ostativo tutte le altre questioni da considerare preliminari rispetto a quella esplicitamente decisa (in questo senso, v. Cass., S.U., 12 dicembre 2014, n. 26242). Non necessariamente, tuttavia, un simile argomento logico corrisponde all'iter decisionale concretamente percorso dal giudice e, in ogni caso, per definizione, un simile iter logico non è mai manifestato, non potendo quindi escludersi taluni possibili profili di incertezza in ordine all'effettivo oggetto della decisione. A ben vedere, proprio il caso alla base del presente provvedimento è, con elevata probabilità, indice di una simile mancata coincidenza tra il modello astratto di iter logico alla base della decisione e l'iter logico effettivamente percorso dal giudice; avuto riguardo al diritto vivente al tempo in vigore, è infatti assai verosimile che, nell'emettere il decreto ingiuntivo richiesto, il giudice non abbia in alcun modo svolto l'indagine relativa alla vessatorietà delle clausole (così non esercitando la fondamentale funzione di riequilibrio –anche– processuale dei rapporti tra imprenditore e consumatore sopra citata), escludendo a priori la possibilità di qualificare il fideiussore come consumatore*".

[36] In particolare, la giurisprudenza condivideva la tesi per cui "*in presenza di un contratto di fideiussione, è all'obbligazione garantita che deve riferirsi il requisito soggettivo della qualità di consumatore, ai fini dell'applicabilità della specifica normativa in materia di tutela del consumatore, attesa l'accessorietà dell'obbligazione del fideiussore rispetto all'obbligazione garantita*" (Cass. 9 agosto 2016, n. 16827).

In senso conforme, *ex multis,* Cass. 29 novembre 2011, n. 25212; Cass. 12 novembre 2008, n. 27005; Cass. 13 maggio 2005, n. 10107; Cass. 11 gennaio 2001, n. 314.

Tale ricostruzione ha trovato applicazione anche nella giurisprudenza di merito. In questo senso "*nel caso di fideiussione collegata a debiti contratti dalla debitrice principale per l'esercizio dell'attività di impresa, si esclude la qualità di consumatore in capo al fideiussore in ragione dell'accessorietà del contratto di fideiussione e dell'attrattività della qualità del debitore principale, sì che il fideiussore diventa anch'egli professionista quando il debitore principale integra tale qualità. Con specifico riferimento ai contratti bancari si è puntualizzato che nell'ipotesi di fideiussione che accede a contratti bancari, la qualità del debitore principale attrae quella del fideiussore ai fini dell'individuazione del soggetto che deve rivestire la qualità di consumatore. Pertanto l'applicabilità della tutela del consumatore è esclusa quando il contratto di fideiussione sia concluso da una persona fisica che non agisce nell'ambito di un'attività professionale, ma a garanzia di un debito contratto da un soggetto che agisce nell'ambito della sua attività professionale. In presenza di un contratto di fideiussione è all'obbligazione garantita che deve riferirsi il requisito soggettivo ai fini dell'applicabilità della specifica normativa in materia di tutela del consumatore, attesa l'accessorietà dell'obbligazione del fideiussore all'obbligazione garantita*" (Trib. Catania, 21 settembre 2019).

In senso conforme, *ex plurimis,* App. L'Aquila, 26 maggio 2021; Trib. Latina 5 settembre 2018; Trib. Ferrara, 7 giugno 2017; Trib. Trieste, 6 maggio 2017; Trib. Firenze, 23 gennaio 2017; Trib. Ancona, 7 gennaio 2016; Trib. Roma, 26 giugno 2015; Trib. Treviso, 17 giugno 2015; Trib. Genova, 7 aprile 2015; Trib. Bologna, 3 marzo 2014; Trib. Milano, 5 marzo 2013; Trib. Milano, 30 gennaio 2013.

La giurisprudenza di legittimità ha condiviso il medesimo principio anche in relazione al contratto autonomo di garanzia, af-



Laddove il contratto di fideiussione fosse intercorso tra soggetti non qualificabili come consumatori, allora anche il fideiussore non avrebbe potuto godere di tale qualifica. La riconducibilità dell'obbligazione garantita all'attività professionale svolta dalle parti del rapporto obbligatorio avrebbe, conseguentemente, comportato la non qualificabilità come consumatore del fideiussore, a prescindere dalle caratteristiche specifiche di tale soggetto.

Dunque, a fronte dell'emissione di un decreto ingiuntivo fondato su un contratto contenente clausole abusive, il fideiussore non avrebbe potuto invocare la tutela consumeristica, con conseguente scelta di non iniziare il giudizio di opposizione.

Tuttavia, tale interpretazione giurisprudenziale è cambiata [37] nel periodo di tempo intercorrente tra l'emissione del decreto ingiuntivo e l'instaurazione del giudizio di espropriazione immobiliare, con l'intervento di pronunce della Corte di Cassazione [38] e della Corte di Giustizia dell'Unione Europea [39]. Alla luce della nuova

---

fermando che "*in presenza di un contratto di fideiussione, è all'obbligazione garantita che deve riferirsi il requisito soggettivo della qualità di consumatore, ai fini dell'applicabilità della specifica normativa in materia di tutela del consumatore, attesa l'accessorietà dell'obbligazione del fideiussore rispetto all'obbligazione garantita; ma a diversa soluzione non può non pervenirsi pure nell'evenienza di contratto autonomo di garanzia, essendo comunque anch'esso, con tutta evidenza, funzionalmente inserito nell'attività dell'impresa garantita – quale elemento utile per il suo funzionamento anche solo corrente, onde appunto assicurarle il credito da parte di altri contraenti, i quali fidano sulla garanzia prestata o comunque la prendono in considerazione come elemento determinante nel momento in cui si inducono a contrattare con l'imprenditore garantito, così determinando un diverso e più favorevole andamento dell'attività di impresa – e quindi esulando dal concetto di consumo o bisogno personale del contraente, il solo che può giustificare appunto l'applicazione della disciplina generale del diritto del consumatore*" (Cass. 5 dicembre 2016, n. 24846).

[37] Può essere sottolineato che "*l'interrogativo di fondo diventa allora il seguente: quanto è ragionevole una decisione che si rifacesse (come pure dovrebbe essere) al* tempus regit actum*, pur nella consapevolezza che, al tempo del decidere, sono mutati non uno bensì due orientamenti giurisprudenziali rispetto al momento dell'instaurazione dell'azione esecutiva. Di là dal fatto che nel caso specifico ci sembra più pertinente al problema la formula, autorevolmente coniata, del tempus regit processum, proprio per indicare che certezza e prevedibilità della disciplina processuale vale in relazione all'intero processo (o meglio, in relazione agli interi gradi di esso), sì da renderlo immune a cambiamenti quando è ancora in corso*", così S. CAPORUSSO, *Decreto ingiuntivo non opposto ed effettività della tutela giurisdizionale: a proposito di dure recenti rinvii pregiudiziali,* in *Nuove leggi civ. comm.,* 2020, 5, 1265 ss., che richiama R. CAPONI, *Certezza e prevedibilità della disciplina del processo: il principio* tempus regit processum *fa ingresso nella giurisprudenza costituzionale*, in *Giur. cost.*, 2018, 188 ss.; R. CAPONI, Tempus regit processum*. Un appunto sull'efficacia delle norme processuali nel tempo*, in *Riv. dir. proc.*, 2006, 449 ss.

[38] Si fa riferimento al principio per cui "*i requisiti soggettivi di applicabilità della disciplina legislativa consumeristica in relazione ad un contratto di fideiussione stipulato da un socio in favore della società devono essere valutati con riferimento alle parti dello stesso (e non già del distinto contratto principale), dando rilievo – alla stregua della giurisprudenza comunitaria – all'entità della partecipazione al capitale sociale nonché all'eventuale qualità di amministratore della società garantita assunto dal fideiussore*" (Cass. 24 gennaio 2020, n. 1666).

In senso conforme, Cass. 16 gennaio 2020, n. 742; Cass. 13 dicembre 2018, n. 32225. Per la giurisprudenza di merito, App. Torino, 28 maggio 2020; Trib. Torino 29 gennaio 2021; Trib. Torino 13 novembre 2020; Trib. Bergamo 9 ottobre 2020.

[39] La Corte di Giustizia ha affermato che "*Gli articoli 1, paragrafo 1, e 2, lettera b), della direttiva 93/13/CEE del Consiglio, del 5 aprile 1993, concernente le clausole abusive nei contratti stipulati con i consumatori, devono essere interpretati nel senso che tale direttiva si applica a un contratto di garanzia immobiliare stipulato tra persone fisiche e un ente creditizio al fine di garantire le obbligazioni che una società commerciale ha contratto nei confronti di detto ente in base a un contratto di credito, quando tali persone fisiche hanno agito per scopi che esulano dalla loro attività professionale e non hanno alcun collegamento di natura funzionale con la suddetta società, circostanze queste che spetta al giudice del rinvio verificare*" (C. Giust., 14 settembre 2016, C-534/15, caso *Dumitras*).

Per giungere a tale conclusione, può essere rilevato che "*un siffatto contratto di garanzia o di fideiussione, sebbene possa essere descritto, in relazione al suo oggetto, come un contratto accessorio rispetto al contratto principale da cui deriva il debito che garantisce, dal punto di vista delle parti contraenti esso si presenta come un contratto distinto quando è stipulato tra soggetti diversi dalle parti del contratto principale. È dunque in capo alle parti del contratto di garanzia o di fideiussione che deve essere valutata la qualità in cui queste hanno agito […]. Nel caso di una persona fisica che abbia garantito l'adempimento delle obbligazioni di una società commerciale, spetta quindi al giudice nazionale determinare se tale persona abbia agito nell'ambito della sua attività professio-*



posizione giurisprudenziale, nell'applicazione della disciplina di tutela del consumatore alla posizione del fideiussore, occorrerebbe avere riguardo non all'obbligazione garantita, ma alle caratteristiche soggettive del garante.

In base a tale ricostruzione interpretativa, laddove il soggetto garantito sia connotato dalla veste societaria, il garante persona fisica potrebbe, dunque, essere qualificato come consumatore, valutando la non assunzione di cariche amministrative e l'entità ridotta della partecipazione al capitale societario.

Conseguentemente, nel caso in esame le ragioni di tutela effettiva del consumatore acquisiscono maggiore pregnanza, in quanto al carattere soltanto implicito del giudicato in ordine alla presenza di clausole abusive nel contratto deve aggiungersi l'incolpevole ignoranza per il consumatore circa la propria qualifica soggettiva nell'ambito temporale individuato dal legislatore nazionale ai fini dell'instaurazione del giudizio di opposizione. Tale elemento contribuirebbe a rendere impossibile o eccessivamente difficile per il consumatore esercitare i diritti ad esso garantiti dalla normativa interna di recepimento della direttiva 93/13/CEE.

Anche in questa ipotesi, dunque, le ragioni di certezza dei rapporti giuridici sottese al principio di stabilità del giudicato si contrappongono rispetto alle esigenze di tutela processuale del consumatore, che, a fronte del mutamento giurisprudenziale non prevedibile, si vedrebbe privato di quei "*rimedi giurisdizionali necessari*" e di quella "*tutela giurisdizionale effettiva*", ad esso garantite dalle fonti del diritto dell'Unione Europea [40].

**3. –** Per rispondere agli interrogativi sollevati dalle domande di pronuncia pregiudiziale del Tribunale di Milano, che toccano alla radice la struttura dell'ordinamento processuale interno, risulta necessario ripercorrere l'evoluzione giurisprudenziale della Corte in Giustizia, così da comprendere i termini del possibile bilanciamento tra autonomia dell'ordinamento interno, stabilità del giudicato ed effettività della tutela del consumatore.

I diritti derivanti dalle fonti dell'Unione Europea sono presidiati dagli strumenti processuali predisposti dall'ordinamento interno. Il legislatore nazionale gode di autonomia nel disciplinare i mezzi di tutela giudiziaria di cui possono avvalersi i singoli in caso di lesione delle posizioni soggettive di fonte unionale, mancando una specifica competenza sul punto dell'Unione Europea e la correlativa limitazione di sovranità degli Stati membri.

Cionondimeno, il legislatore interno non potrebbe vanificare la portata dei diritti garantiti sul piano so-

---

*nale o sulla base dei collegamenti funzionali che la legano a tale società, quali l'amministrazione di quest'ultima o una partecipazione non trascurabile al suo capitale sociale, o se abbia agito per scopi di natura privata*" (C. Giust., 19 novembre 2015, C-74/15, caso *Tarcau*).

[40] Le questioni pregiudiziali rimessa alla Corte di Giustizia dell'Unione Europea dall'ordinanza del Trib. Milano 31 ottobre 2019 (C-831/19) sono state, pertanto, le seguenti: "*a) Se ed a quali condizioni il combinato disposto degli artt. 6 e 7 della direttiva 93/13/CEE e dell'art. 47 della Carta dei diritti fondamentali dell'Unione europea osti ad un ordinamento nazionale, come quello delineato, che preclude al giudice dell'esecuzione di effettuare un sindacato intrinseco di un titolo esecutivo giudiziale passato in giudicato, allorquando il consumatore, avuta consapevolezza del proprio status (consapevolezza precedentemente preclusa dal diritto vivente), richieda di effettuare un simile sindacato.*

*b) Se ed a quali condizioni il combinato disposto degli artt. 6 e 7 della direttiva 93/13/CEE e dell'art. 47 della Carta dei diritti fondamentali dell'Unione europea osti ad un ordinamento come quello nazionale che, a fronte di un giudicato implicito sulla mancata vessatorietà di una clausola contrattuale, preclude al giudice dell'esecuzione, chiamato a decidere su un'opposizione all'esecuzione proposta dal consumatore, di rilevare una simile vessatorietà e se una simile preclusione possa ritenersi esistente anche ove, in relazione al diritto vivente vigente al momento della formazione del giudicato, la valutazione della vessatorietà della clausola era preclusa dalla non qualificabilità del fideiussore come consumatore*".



stanziale dalle fonti sovranazionali. Al riguardo, la Corte di Giustizia, a partire dal caso *Rewe* (decisione 16 dicembre 1976, C-33/76) ha sottoposto l'autonomia degli ordinamenti nazionali ai principi di equivalenza ed effettività, in chiave di funzionalizzazione del diritto processuale interno all'attuazione del diritto sostanziale dell'Unione Europea [41].

In base al principio di equivalenza [42], la tutela apprestata dal legislatore interno per i diritti di fonte unionale non può risultare meno efficace o favorevole rispetto a quella garantita ad analoghe posizioni soggettive fondate su norme nazionali. Il principio di equivalenza ha, pertanto, carattere comparatistico e relazionale, basandosi su un giudizio di confronto tra la tutela processuale garantita dal diritto interno rispetto a posizioni di fonte rispettivamente nazionale e sovranazionale.

In applicazione del principio di effettività [43], il legislatore interno non può prevedere una disciplina processuale che renda, in pratica, impossibile la tutela della posizione giuridica garantita dal diritto dell'Unione Europea. A differenza del principio di equivalenza, il principio di effettività ha dunque carattere assoluto e non relazionale, implicando una valutazione incentrata sull'accessibilità della tutela predisposta dal diritto interno a vantaggio del beneficiario della situazione soggettiva disciplina dal diritto sovranazionale.

La giurisprudenza della Corte di Giustizia, in particolare nel caso *Kone* (decisione 5 giugno 2014, C-557/12), ha successivamente esteso la portata del principio di effettività [44].

---

[41] Il rapporto tra autonomia processuale dell'ordinamento interno e rispetto dei principi di equivalenza ed effettività è stato così tracciato nei termini per cui "*in mancanza di una specifica disciplina comunitaria, è l'ordinamento giuridico interno di ciascuno Stato membro che designa il giudice competente e stabilisce le modalità procedurali delle azioni giudiziali intese a garantire la tutela dei diritti spettanti ai singoli in forza delle norme comunitarie aventi efficacia diretta, modalità che non possono, beninteso, essere meno favorevoli di quelle relative ad analoghe azioni del sistema processuale nazionale. Gli artt. 100 – 102 e 235 del Trattato consentono, eventualmente, di adottare i provvedimenti necessari per ovviare alle divergenze fra le relative disposizioni legislative, regolamentari o amministrative dei vari Stati membri, qualora tali divergenze risultassero atte a provocare distorsioni o a nuocere al funzionamento del mercato comune. In assenza di siffatti provvedimenti di armonizzazione, i diritti attribuiti dalle norme comunitarie devono essere esercitati, dinanzi ai giudici nazionali, secondo le modalità stabilite dalle norme interne. Una diversa soluzione sarebbe possibile soltanto qualora tali modalità e termini rendessero, in pratica, impossibile l'esercizio di diritti che i giudici nazionali sono tenuti a tutelare*" (C. Giust., 16 dicembre 1976, C-33/76, caso *Rewe*).

Al riguardo, in dottrina, N. TROCKER, *La carta dei diritti fondamentali dell'Unione europea e il processo civile,* in *Riv. Trim.,* 2002, 1171 ss.; D.U. GALETTA, *L'autonomia procedurale degli Stati membri dell'Unione europea: paradiselost?*, Torino, 2009, 20 ss.; P. PICCIONI, *Il giudicato e il diritto di difesa del consumatore,* in *Le Corti Umbre,* 2017, n. 3, p. 533.

[42] Con riguardo all'applicazione del principio di equivalenza, A. BIONDI, *The European Court of Justice and Certain National Procedural Limitations: not such a Though Relationship,* in *Comm. Mark law rev.,* 1999, 1274 ss.; L. DANIELE, *Forme e conseguenze dell'impatto del diritto comunitario sul diritto processuale interno,* in *Dir. Un. Eu.*, 2001, 77 ss.; A. ADINOLFI, *La tutela giurisdizionale nazionale delle situazioni soggettive individuali conferite dal diritto comunitario*, in *Dir. Un. Eu.*, 2001, 77 ss.; L. TORCHIA, *Il governo delle differenze. Il principio di equivalenza nell'ordinamento europeo*, Bologna, 2006.

[43] Con specifico riguardo all'incidenza del principio di effettività sull'autonomia processuale dell'ordinamento interno, R. CONTI, *L'effettività del diritto comunitario ed il ruolo del giudice*, in *Eur. e dir. priv.*, 2007, 479 ss.; R. ORIANI, *Il principio di effettività della tutela giurisdizionale*, Napoli, 2008; E. CANNIZZARO, *Effettività del diritto dell'Unione e rimedi processuali nazionali*, in *Dir. un. eur.*, 2013, 659 ss.; G. GRECO, *A proposito dell'autonomia procedurali degli Stati membri*, in *Riv. it. dir. pubbl. comm*., 2014, 1 ss.; A. PROTO PISANI, *Il principio di effettività nel processo civile italiano*, in *Giusto proc. civ.,* 2014, 825 ss.; D. DALFINO, *Accesso alla giustizia, principio di effettività e adeguatezza della tutela giurisdizionale*, in *Riv. trim. dir. proc. civ.*, 2014, 907 ss.; A. CARRATTA, *Libertà fondamentali del Trattato UE e processo civile*, in F. MEZZANOTTE (a cura di), *Le «libertà fondamentali» dell'Unione Europea e il diritto privato*, 2016, 199 ss.; G. PALMA, *Contratti del consumatore – autonomia processuale ed effettività della tutela del consumatore,* in *Nuova giur. civ.,* 2016, 9, 1143 ss.; I. PAGNI, voce *«Effettività della tutela giurisdizionale»*, in *Enc. dir., Annali*, X, Milano, 2017, 355 ss.; F. AULETTA, *L'effettività nel processo*, in *Giusto proc. civ.*, 2018, 405 ss.; N. TROCKER, *Costituzione e processo civile: dall'accesso al giudice all'effettività della tutela giurisdizionale*, in *Giusto proc. civ.*, 2019, 15 ss.; A. CARRATTA, *Tecniche di attuazione dei diritti e principio di effettività*, in *Riv. dir. proc.*, 2019, 1 ss.

[44] La fattispecie riguardava la compatibilità tra la normativa interna in tema di risarcimento del pregiudizio derivante da intesa restrittiva della concorrenza e la disciplina dell'Unione Europea di cui all'art. 101 TFUE, alla luce del principio di effettività. In parti-



Il diritto ad un ricorso effettivo, avente la portata di principio giuridico generale su cui sono basate le tradizioni costituzionali comuni degli Stati membri, viene ad essere inteso non soltanto come limite alla disposizioni interne che rendano, in pratica, impossibile l'esercizio di un diritto garantito dall'ordinamento dell'Unione Europea, ma anche come parametro di valutazione delle norme nazionali che rendano eccessivamente difficile l'esercizio in sede giudiziaria di tali posizioni soggettive.

Ciò premesso sul piano generale, la tutela del titolare di situazioni giuridiche presidiate dall'ordinamento dell'Unione Europea acquista particolare rilievo con riguardo alla posizione del consumatore, posto in una situazione di inferiorità negoziale rispetto al professionista, sia sul piano del livello d'informazione, sia in relazione al potere di contrattazione nel corso delle trattative.

Al riguardo, fin dal caso *Oceano Grupo Editorial e Salvat Editores* (decisione 27 giugno 2000, cause riunite C-240/98 e C-244/98), la Corte di Giustizia ha riconosciuto come la stessa struttura del sistema di tutela apprestato dalla direttiva 93/13/CEE si basi sul riconoscimento della posizione di debolezza negoziale del consumatore rispetto al professionista. Conseguentemente, l'obiettivo, consistente nella eliminazione della pratica consistente nell'inserimento da parte dei professionisti nei contratti stipulati con i consumatori di clausole abusive, non potrebbe essere conseguito ove l'accertamento della nullità di protezione di tali previsioni contrattuali fosse lasciata alla sola iniziativa del consumatore [45].

Condizione necessaria per ritenere effettiva la tutela del consumatore, ossia non impossibile o eccessivamente difficile l'esercizio dei diritti ad esso garantiti sul piano sovranazionale, consiste allora nel riconoscimento di un potere officioso in capo ad un organo giurisdizionale in relazione all'accertamento della nullità di protezione. In altre parole, la tutela del consumatore potrebbe ritenersi garantita soltanto se, nel corso del

---

colare, viene rilevato che "*In assenza di normativa dell'Unione in materia, spetta all'ordinamento giuridico interno di ogni singolo Stato membro stabilire le modalità di esercizio del diritto di agire per il risarcimento del danno risultante da un'intesa o da una pratica vietati dall'articolo 101 TFUE, ivi comprese quelle relative all'applicazione della nozione di nesso di causalità, sempreché siano rispettati i principi di equivalenza e di effettività. In tal senso, le norme applicabili alle azioni dirette a garantire la tutela dei diritti riconosciuti ai singoli dall'effetto diretto del diritto dell'Unione non devono essere meno favorevoli di quelle relative ad analoghe azioni di natura interna (principio di equivalenza) e non devono rendere praticamente impossibile o eccessivamente difficile l'esercizio dei diritti attribuiti dall'ordinamento giuridico dell'Unione (principio di effettività) […] Orbene, la piena effettività dell'articolo 101 TFUE sarebbe rimessa in discussione se il diritto di chiunque di chiedere il risarcimento del pregiudizio subito fosse subordinato dalla normativa nazionale, in termini categorici e a prescindere dalle specifiche circostanze della specie, alla sussistenza di un nesso di causalità diretta, escludendo tale diritto nel caso in cui il soggetto interessato abbia intrattenuto rapporti contrattuali non con un membro dell'intesa, bensì con un'impresa ad essa non aderente, la cui politica in materia di prezzi sia tuttavia conseguenza dell'intesa che ha contribuito a falsare i meccanismi di formazione dei prezzi operanti in mercati retti da regime di concorrenza*" (C. Giust., 5 giugno 2014, C-557/12, caso *Kone*).

[45] La Corte di Giustizia ha, infatti, rilevato che "*l'obiettivo perseguito dall'art. 6 della direttiva, che obbliga gli Stati membri a prevedere che le clausole vessatorie non vincolino i consumatori, non potrebbe essere conseguito se questi ultimi fossero tenuti a eccepire essi stessi la illiceità di tali clausole. In controversie di valore spesso limitato, gli onorari dei legali possono essere superiori agli interessi in gioco, il che può dissuadere il consumatore dall'opporsi all'applicazione di una clausola vessatoria. Sebbene in controversie del genere le norme processuali di molti Stati membri consentano ai singoli di difendersi da soli, esiste un rischio non trascurabile che, soprattutto per ignoranza, il consumatore non faccia valere l'illiceità della clausola oppostagli. Ne discende che una tutela effettiva del consumatore può essere ottenuta solo se il giudice nazionale ha facoltà di valutare d'ufficio tale clausola. Del resto […], il sistema di tutela istituito dalla direttiva si basa sull'idea che la diseguaglianza tra il consumatore e il professionista possa essere riequilibrata solo grazie a un intervento positivo da parte di soggetti estranei al rapporto contrattuale. Per questo motivo l'art.7 della direttiva, il quale al n. 1 impone agli Stati membri di fornire mezzi adeguati ed efficaci per far cessare l'inserzione di clausole abusive, precisa al n. 2 che tali mezzi comprendono la possibilità per le organizzazioni di consumatori riconosciute di adire le autorità giudiziarie perché queste accertino se clausole redatte per un uso generalizzato siano vessatorie e, eventualmente, ne dichiarino l'illiceità, anche quando esse non siano state inserite in un contratto determinato*" (C. Giust., 27 giugno 2000, cause riunite C-240/98 e C-244/98, caso *Oceano Grupo Editorial e Salvat Editores*). Al riguardo, A. ORESTANO, *Rilevabilità d'ufficio della vessatorietà delle clausole nei contratti del consumatore,* in *Eur. dir. priv.,* 2000, 179 ss.



processo, vi sia un organo giurisdizionale che esamini d'ufficio la natura eventualmente abusiva delle clausole predisposte dal professionista [46].

A ciò deve aggiungersi che la giurisprudenza del caso *Pannon* (decisione 4 giugno 2009, C-243/08) ha ritenuto che la tutela effettiva del consumatore presupponga non soltanto il potere, ma il dovere di rilevazione officiosa da parte del giudice della nullità di protezione delle clausole elaborate dal professionista [47]. Nel caso in cui emergano nel processo gli elementi di fatto e di diritto necessari a tal fine, il giudice avrebbe non solo il potere, ma il dovere di procedere alla dichiarazione di inefficacia della previsione negoziale.

Il potere di rilevazione officiosa del giudice è stato ulteriormente esteso dalla successiva giurisprudenza della Corte di Giustizia, che, come emerge dal caso *Faber* (decisione 4 giugno 2015, C-497/13), ha affermato che rientri nell'ambito di tale cognizione non solo un controllo officioso in ordine al contenuto del contratto stipulato, ma anche la rilevazione della stessa qualità di consumatore, anche ove questa non sia stata allegata dalla parte [48].

A fronte del dovere di rilevazione officiosa della nullità di protezione da parte del giudice, perde evidentemente rilevanza il principio di necessaria iniziativa processuale del soggetto leso nelle sue posizioni giuridiche, con la correlazione tra la domanda di parte e la decisione della controversia.

La giurisprudenza del caso *Duarte Hueros* (decisione 3 ottobre 2013, C-32/12) ha così affermato il dovere del giudice di pronunciarsi anche sulle domande non proposte dal consumatore, nella prospettiva del soc-

---

[46] Con riguardo al rilievo officioso della nullità di protezione, I. PRISCO, *Il rilievo d'ufficio delle nullità tra certezza del diritto ed effettività della tutela*, in *Rass. dir. civ.*, 2010, 1227 ss.; L. VALLE, *La nullità delle clausole vessatorie: le pronunce della Corte di giustizia dell'Unione europea e il confronto con le altre nullità di protezione*, in *Contr. e impr.*, 2011, 1366 ss.; R. ALESSI, *Nullità di protezione e poteri del giudice tra Corte di giustizia e sezioni unite della Corte di Cassazione*, in *Eur. e dir. priv.,* 2014, 1141 ss.; F. DELLA NEGRA, *Il controllo d'ufficio sul significativo squilibrio nella giurisprudenza europea*, in *Pers. e merc.*, 2014, 71 ss.; N. RUMINE, *La giurisprudenza della C. Giust. dell'Unione Europea in tema di rilievo officioso dell'abusività di una clausola contrattuale e le sue ricadute sul piano interno,* in *Nuova giur. civ.,* 2016, 9, 1244 ss.

[47] Risulta rilevante il passaggio argomentativo per cui "*la natura e l'importanza dell'interesse pubblico su cui si fonda la tutela che la direttiva garantisce ai consumatori giustificano che il giudice nazionale sia tenuto a valutare d'ufficio la natura abusiva di una clausola contrattuale, in tal modo ponendo un argine allo squilibrio che esiste tra il consumatore e il professionista. Il giudice adito ha dunque il compito di garantire l'effetto utile della tutela cui mirano le disposizioni della direttiva. Di conseguenza, il ruolo così attribuito al giudice nazionale dal diritto comunitario nell'ambito di cui trattasi non si limita alla semplice facoltà di pronunciarsi sull'eventuale natura abusiva di una clausola contrattuale, bensì comporta parimenti l'obbligo di esaminare d'ufficio tale questione, a partire dal momento in cui dispone degli elementi di diritto e di fatto necessari a tal fine, incluso il caso in cui deve pronunciarsi sulla propria competenza territoriale*" (C. Giust., 4 giugno 2009, C-243/08, caso *Pannon*).

[48] Anche in tale ipotesi, l'estensione dei poteri di accertamento officioso del giudice risultano collegati con il principio di effettività della tutela del consumatore, come si può desumere dall'argomentazione per cui "*modalità processuali che, come potrebbe verificarsi nel procedimento principale, vietino sia al giudice di primo grado che al giudice di appello, investiti di una domanda di garanzia fondata su un contratto di vendita, di qualificare, sulla base degli elementi di fatto e di diritto di cui dispongono o di cui possono disporre su semplice domanda di chiarimenti, il rapporto contrattuale in oggetto alla stregua di vendita al consumatore, laddove quest'ultimo non abbia espressamente rivendicato tale qualità, equivarrebbero ad assoggettare il consumatore all'obbligo di procedere da sé, a pena di perdere i diritti che il legislatore dell'Unione ha inteso conferirgli […]. Ne discende che modalità processuali come quelle descritte al punto precedente non sarebbero conformi al principio di effettività in quanto sarebbero tali da rendere eccessivamente difficile applicare la tutela […]. Al contrario, il principio di effettività richiede che il giudice nazionale adito nel contesto di una controversia vertente su un contratto che possa entrare nell'ambito di applicazione della citata direttiva, a partire dal momento in cui dispone degli elementi di diritto e di fatto necessari a tal fine o possa disporne su semplice domanda di chiarimenti, sia tenuto a verificare se l'acquirente possa essere qualificato come consumatore, anche se quest'ultimo non ha espressamente rivendicato questa qualità*" (C. Giust., 4 giugno 2015, C-497/13, caso *Faber*). Al riguardo, si veda anche F.P. PATTI, *Tutela effettiva del consumatore nella vendita: il caso Faber,* in *Nuova giur. civ.,* 2016, I, 10 ss.



corso giudiziario alla parte debole del rapporto e del ripristino di una situazione di equilibrio tra le posizioni sostanziali dei contraenti [49].

Con specifico riguardo alla tutela del consumatore dalle clausole abusive nell'ambito del procedimento monitorio, la giurisprudenza del caso *Banco Espanol de Credito* (decisione 14 giugno 2012, C-618/10) ha soffermato la propria attenzione sull'ordinamento spagnolo all'epoca vigente, ritenendo incompatibile con il principio di effettività la normativa nazionale che impediva al giudice investito della domanda di rilevare d'ufficio l'abusività della clausola contrattuale [50].

Pertanto, anche in un procedimento contraddistinto dall'iniziale mancanza dell'instaurazione del contraddittorio tra le parti, il giudice deve esercitare i propri poteri officiosi al fine di rilevare la qualifica di consumatore e, conseguentemente, ritenere inefficaci le eventuali clausole abusive predisposte dal professionista. L'applicazione del potere di rilevazione officiosa delle clausole abusive da parte del giudice del procedimento monitorio dimostra come la tutela del consumatore risulti radicalmente slegata dall'iniziativa di parte, per essere affidata al ricorso ai poteri officiosi dell'organo giurisdizionale.

L'incisività della tutela del consumatore rispetto all'utilizzo da parte del professionista di clausole abusive trova, infine, conferma nell'affermazione, evincibile dalla giurisprudenza dei casi *Mostaza Claro* (decisione 26 ottobre 2006, C-168/05) e *Aziz* (decisione 14 marzo 2013, C-415/11), relativa al carattere di norma imperativa e di ordine pubblico dell'art. 6, paragrafo 1, della direttiva 93/13/CEE, che sancisce l'inefficacia delle clausole vessatorie [51].

---

[49] Come evidente, si assiste ad una progressiva estensione dei poteri di rilevazione officiosa del giudice, nella prospettiva della tutela effettiva del consumatore, anche disapplicando il principio di conformità tra chiesto e pronunciato. Infatti, "*sussiste un rischio non trascurabile che il consumatore interessato non proponga una domanda in subordine – la quale, del resto, perseguirebbe una tutela inferiore a quella cui mira la domanda in via principale – vuoi a causa dell'obbligo particolarmente rigido di concomitanza con quest'ultima, vuoi perché ignora o non comprende la portata dei suoi diritti. Ciò premesso, è d'obbligo dichiarare che un regime processuale di questo genere, non consentendo al giudice nazionale di riconoscere d'ufficio il diritto del consumatore ad ottenere una congrua riduzione del prezzo di vendita del bene, sebbene tale consumatore non sia autorizzato né a precisare la sua domanda iniziale né a proporre un nuovo ricorso a questo fine, è idoneo ad arrecare pregiudizio all'effettività della tutela dei consumatori voluta dal legislatore dell'Unione*" (C. Giust., 3 ottobre 2013, C-32/12, caso *Duarte Hueros*).

[50] Plurimi i passaggi argomentativi rilevanti contenuti in tale pronuncia. Anzitutto, viene rilevata la necessità di un bilanciamento tra l'autonomia procedurale dell'ordinamento interno e l'effettività della tutela del consumatore, in quanto "*in mancanza di armonizzazione dei meccanismi nazionali di recupero di crediti non contestati, le modalità di attuazione dei procedimenti nazionali d'ingiunzione di pagamento rientrano nell'ordinamento giuridico interno degli Stati membri in forza del principio dell'autonomia processuale di questi ultimi, a condizione, tuttavia, che tali modalità non siano meno favorevoli rispetto a quelle relative a situazioni analoghe assoggettate al diritto interno (principio di equivalenza) e che non rendano in pratica impossibile o eccessivamente difficile l'esercizio dei diritti conferiti ai consumatori dal diritto dell'Unione (principio di effettività)*".

Con riguardo alla disciplina interna del diritto spagnolo, viene rilevato che "*in forza degli articoli 815, paragrafo 1, e 818, paragrafo 1, del codice di procedura civile, il giudice nazionale investito di una domanda d'ingiunzione di pagamento gode di una competenza limitata al solo accertamento dell'esistenza delle condizioni formali di instaurazione di tale procedimento, in presenza delle quali esso deve accogliere la domanda della quale è investito e rendere un'ingiunzione esecutiva senza poter esaminare,* in limine litis*, né in qualsiasi altra fase del procedimento, la fondatezza della domanda alla luce delle informazioni di cui dispone, a meno che il debitore si rifiuti di saldare il suo debito o proponga opposizione entro 20 giorni decorrenti dalla data della notifica di tale ingiunzione*".

Dunque, dal raffronto di tale disciplina con il livello di tutela imposto dall'applicazione del principio di effettività, è emerso che "*si deve constatare che un simile regime procedurale, che istituisce un'impossibilità per il giudice investito di una domanda d'ingiunzione di pagamento di esaminare d'ufficio […] la natura abusiva delle clausole inserite in un contratto stipulato tra un professionista e un consumatore, in assenza di opposizione proposta da quest'ultimo, può compromettere l'effettività della tutela voluta dalla direttiva 93/13. Infatti, tenuto conto dello svolgimento complessivo e delle peculiarità del procedimento d'ingiunzione di pagamento, sussiste un rischio non trascurabile che i consumatori interessati non propongano l'opposizione richiesta a causa del termine particolarmente breve previsto a tal fine, ovvero poiché possono essere dissuasi dal difendersi tenuto conto delle spese che un'azione giudiziaria implicherebbe*" (C. Giust., 14 giugno 2012, C-618/10, caso *Banco Espanol de Credito*).

[51] Con riguardo alla prima decisione, risulta rilevante l'argomento per cui "*nei limiti in cui un giudice nazionale deve, in base alle*



Pertanto, risultando tale norma strettamente correlata con il potere di rilevazione officiosa da parte del giudice, senza il quale la disciplina di tutela sostanziale non potrebbe raggiungere i suoi scopi, anche l'iniziativa officiosa dell'organo giurisdizionale nella tutela del consumatore viene ad acquisire carattere imperativo rispetto agli ordinamenti nazionali.

Tuttavia, nell'ambito della giurisprudenza della Corte di Giustizia assume un rilievo centrale anche il principio di stabilità del giudicato [52], con le correlate esigenze di certezza e stabilità dei rapporti giuridici, nell'ambito del diritto alla buona amministrazione della giustizia.

In questa prospettiva, la giurisprudenza del caso *Eco Swiss* (decisione 1 giugno 1999, C-126/97) ha avuto modo di rilevare che dal diritto dell'Unione Europea non discenda l'obbligo per il giudice di disapplicare la disciplina in materia della formazione del giudicato, anche nel caso in cui tale disapplicazione costituita lo strumento per la tutela delle posizioni giuridiche riconosciute da tale ordinamento [53].

Tale giurisprudenza si riconnette al principio di autonomia dell'ordinamento nazionale nella disciplina degli strumenti processuali diretti alla tutela delle posizioni sostanziali riconosciute dal diritto dell'Unione Europea. Tuttavia, l'autonomia del diritto interno nella conformazione della tutela processuale incontra i limiti relativi al principio di equivalenza e di effettività.

Così ragionando, l'autonomia dell'ordinamento interno nella disciplina della stabilità del giudicato incontra o può incontrare il limite derivante dalla necessità di garantire al consumatore una tutela effettiva ed equivalente a quella apprestata per le posizioni soggettive tutelate dal diritto nazionale.

---

*proprie norme di diritto processuale nazionale, accogliere un'impugnazione di un lodo arbitrale fondata sulla violazione delle norme nazionali di ordine pubblico, esso deve ugualmente accogliere una domanda fondata sulla violazione delle norme comunitarie di tale tipo […]. Considerato quanto precede, occorre risolvere la questione dichiarando che la direttiva dev'essere interpretata nel senso che essa implica che un giudice nazionale chiamato a pronunciarsi sull'impugnazione di un lodo arbitrale rilevi la nullità dell'accordo arbitrale ed annulli il lodo, nel caso ritenga che tale accordo contenga una clausola abusiva*" (C. Giust., 26 ottobre 2006, C-168/05, caso *Mostaza Claro*).

In relazione alla seconda decisione, il carattere imperativo della disciplina in materia di nullità di protezione viene confermata, rilevando che "*il sistema di tutela istituito dalla direttiva è fondato sull'idea che il consumatore si trovi in una situazione di inferiorità rispetto al professionista per quanto riguarda sia il potere nelle trattative che il grado di informazione. Alla luce di una siffatta situazione di inferiorità, l'articolo 6, paragrafo 1, della direttiva prevede che le clausole abusive non vincolino i consumatori. Come emerge dalla giurisprudenza, si tratta di una disposizione imperativa tesa a sostituire all'equilibrio formale, che il contratto determina fra i diritti e gli obblighi delle parti contraenti, un equilibrio reale, finalizzato a ristabilire l'uguaglianza tra queste ultime*" (C. Giust., 14 marzo 2013, C-415/22, caso *Aziz*).

[52] La rilevanza del principio di stabilità del giudicato per l'ordinamento dell'Unione Europea emerge, sia pure nel bilanciamento con altri valori, in plurime pronunce, tra cui C. Giust., 30 settembre 2003, C-224/01, caso *Kobler*; C. Giust., 13 gennaio 2004, C-453/00, caso *Kühne & Heitz*, in *Urb App.*, 2004, 1151 ss., con nota di R. Caranta, *Effettiva applicazione del diritto comunitario e certezza del diritto*; C. Giust., 18 luglio 2007, C-119/05, caso *Lucchini*, in *Riv. dir. proc.,* 2008, 224 ss., con nota di C. Consolo, *La sentenza Lucchini della C. Giust.: quale possibile adattamento degli ordinamenti processuali interni e in specie del nostro*; C. Giust., 16 marzo 2006, C-234/04, caso *Kapferer*, in *Giur. it.*, 2007, 1089 ss., con nota C. Di Seri, *L'intangibilità delle sentenze anticomunitarie*. Per la ricostruzione organica di tale giurisprudenza, P. Piccioni, *Il giudicato e il diritto di difesa del consumatore,* in *Le Corti Umbre,* 2017, n. 3, p. 529.

[53] Tale pronuncia risulta rilevante nella prospettiva della tutela del giudicato, stante l'affermazione per cui "*in base al diritto comunitario non si devono disapplicare le norme di diritto processuale nazionale, ai sensi delle quali un lodo arbitrale interlocutorio avente natura di decisione definitiva, che non ha costituito oggetto di un'impugnazione per nullità entro il termine di legge, acquisisce l'autorità della cosa giudicata e non può più essere rimesso in discussione da un lodo arbitrale successivo, anche se ciò è necessario per poter esaminare, nell'ambito del procedimento d'impugnazione per nullità diretto contro il lodo arbitrale successivo, se un contratto, la cui validità giuridica è stata stabilita dal lodo arbitrale interlocutorio, sia tuttavia nullo poiché in contrasto con l'art. 81 CE*" (C. Giust., 1 giugno 1999, C-126/97, caso *Eco Swiss*). Al riguardo, C. Onniboni, *Compatibilità del diritto comunitario con le norme procedurali nazionali in tema di passaggio in giudicato di una decisione arbitrale parziale*, in *Corr. giur.,* 2000, 32 ss.



Le esigenze di stabilità del giudicato e di tutela del consumatore hanno trovato un primo bilanciamento nel caso *Asturcom Telecomunicaciones* (decisione 6 ottobre 2009, C-40/08), nell'ambito del quale la Corte di Giustizia ha esaminato la compatibilità con i principi di equivalenza ed effettività della tutela dell'ordinamento spagnolo, nella parte in cui precludeva al giudice, investito della domanda di esecuzione di un lodo non impugnato, la possibilità di esaminare d'ufficio la vessatorietà della clausola che determinava la sede del giudizio arbitrale.

In tale ipotesi, che presenta plurimi profili di contatto con le questioni pregiudiziali sollevate da ultimo dal Tribunale di Milano, la Corte di Giustizia ha ritenuto che il principio di effettività della tutela non potesse imporre di disapplicare la disciplina in materia di formazione del giudicato, in modo da consentire al giudice di supplire ad un'omissione processuale del consumatore [54].

Diverso esito ha avuto la valutazione di conformità di tale disciplina con il principio di equivalenza. L'ordinamento spagnolo prevedeva, infatti, il potere del giudice dell'esecuzione, nonostante la formazione del giudicato, di rilevare d'ufficio la contrarietà della clausola compromissoria con le norme nazionali di ordine pubblico. Tuttavia, anche alla disciplina di tutela del consumatore avrebbe dovuto riconoscersi, alla luce della giurisprudenza della Corte di Giustizia, il rango di norma imperativa, vincolante per gli ordinamenti nazionali. Allora, in base al principio di equivalenza, anche il contrasto tra la clausola compromissoria e la normativa in tema di clausole abusive avrebbe dovuto giustificare la sussistenza del medesimo potere di rilevazione officiosa in capo al giudice dell'esecuzione [55].

---

[54] Questa decisione riveste importanza centrale in relazione alla tutela del giudicato, nella prospettiva dell'esigenza di certezza dei rapporti giuridici, stante l'affermazione per cui "*al fine di garantire sia la stabilità del diritto e dei rapporti giuridici sia una buona amministrazione della giustizia, è importante che le decisioni giurisdizionali divenute definitive dopo l'esaurimento delle vie di ricorso disponibili o dopo la scadenza dei termini previsti per questi ricorsi non possano più essere rimesse in discussione. Di conseguenza, secondo la giurisprudenza della Corte, il diritto comunitario non impone ad un giudice nazionale di disapplicare le norme processuali interne che attribuiscono autorità di cosa giudicata ad una decisione, anche quando ciò permetterebbe di porre rimedio ad una violazione di una disposizione, di qualsiasi natura essa sia, del diritto comunitario da parte di tale decisione […]. Il rispetto del principio di effettività non può, in circostanze come quelle della causa principale, giungere al punto di esigere che un giudice nazionale debba non solo compensare un'omissione procedurale di un consumatore ignaro dei propri diritti […], ma anche supplire integralmente alla completa passività del consumatore interessato che, come la convenuta nella causa principale, non ha partecipato al procedimento arbitrale e neppure proposto un'azione d'annullamento contro il lodo arbitrale divenuto per tale fatto definitivo*" (C. Giust., 6 ottobre 2009, C-40/08, caso *Asturcom Telecomunicaciones*).

In tema, S. PAGLIANTINI, *La vaghezza del principio di non vincolatività delle clausole vessatorie secondo la C. Giust.: ultimo atto?*, in *Rass. dir. civ.,* 2010, 491 ss.; G. RAITI, *Le pronunce Olimpiclub ed Asturcom Telecomunicaciones: verso un ridimensionamento della paventata crisi del giudicato civile nazionale nella giurisprudenza della C. Giust.,* in *Riv. dir. proc.,* 2010, 3, 670 ss.; R. CONTI, *C'era una volta il… giudicato,* in *Corr. giur.,* 2010, 173 ss.; H. SCHEBESTA, *Does the National Court know European Law? A note on ex officio application after Asturcom,* in *European Review of Private Law,* 2010, 858 ss.

[55] Rilevante in questo senso il passaggio della motivazione in cui si afferma "*Per quanto riguarda, in secondo luogo, il principio di equivalenza, quest'ultimo esige che le condizioni imposte dal diritto nazionale per applicare d'ufficio una norma di diritto comunitario non siano meno favorevoli di quelle che disciplinano l'applicazione d'ufficio delle norme di pari rango del diritto nazionale […]. Occorre precisare che l'art. 6, n. 1, della direttiva 93/13 è una norma imperativa. Si deve, inoltre, rilevare che, secondo la giurisprudenza della Corte, tale direttiva, nella sua integralità, ai sensi dell'art. 3, n. 1, lett. t), CE, costituisce un provvedimento indispensabile per l'adempimento dei compiti affidati alla Comunità europea […]. Così, date la natura e l'importanza dell'interesse pubblico sul quale si fonda la tutela che la direttiva 93/13 garantisce ai consumatori, si deve constatare che il suo art. 6 deve essere considerato come una norma equivalente alle disposizioni nazionali che occupano, nell'ambito dell'ordinamento giuridico interno, il rango di norme di ordine pubblico. Ne consegue che, qualora un giudice nazionale investito di una domanda per l'esecuzione forzata di un lodo arbitrale definitivo debba, secondo le norme procedurali interne, valutare d'ufficio la contrarietà di una clausola compromissoria con le norme nazionali d'ordine pubblico, egli è parimenti tenuto a valutare d'ufficio il carattere abusivo di detta clausola alla luce dell'art. 6 della direttiva 93/13, a partire dal momento in cui dispone degli elementi di diritto e di fatto necessari a tal fine*" (C. Giust., 6 ottobre 2009, C-40/08, caso *Asturcom Telecomunicaciones*).



Occorre, però, osservare che tale giurisprudenza risulta rilevante, in relazione all'ordinamento interno, soltanto nella parte attinente alla compatibilità della disciplina sulla formazione del giudicato rispetto al principio di effettività. Infatti, l'ordinamento interno non prevede il superamento del giudicato per la violazione di norme imperative, mentre la valutazione relativa al principio di equivalenza postula la presenza di una disposizione nazionale su cui possa essere fondato un giudizio di comparazione.

Il rapporto tra i principi di stabilità del giudicato e di tutela del consumatore è venuto in rilievo anche nel caso *Finanmadrid* (decisione 18 febbraio 2016, C-49/14), avente specificamente ad oggetto la questione relativa al potere del giudice dell'esecuzione di valutare d'ufficio il carattere abusivo della previsione contrattuale, a seguito della formazione del giudicato per mancata opposizione del debitore nel corso del procedimento monitorio [56].

In questo caso, la Corte di Giustizia ha affermato il contrasto con il principio di effettività della disciplina interna che vincoli il giudice dell'esecuzione al rispetto del giudicato, precludendo la dichiarazione di inefficacia delle clausole vessatorie nel corso del procedimento di espropriazione [57].

L'affermazione di tale principio sembrerebbe decretare l'incondizionata prevalenza della tutela consumeristica sul principio di certezza dei rapporti giuridici. Eppure, prima di giungere a tale conclusione, occorre contestualizzare la pronuncia richiamata rispetto alle specificità dell'ordinamento spagnolo, in relazione al quale il principio di diritto ha trovato affermazione.

Mentre la sentenza *Banco Espanol de Credito* (decisione 14 giugno 2012, C-618/10) affermava, relativamente alla disciplina processuale spagnola previgente, la necessità di riconoscere in capo al giudice del procedimento monitorio il potere di rilevare d'ufficio la presenza di clausole abusive, il legislatore spagnolo procedeva, con la l. n. 13/2009, ad una riforma strutturale del processo d'ingiunzione. In particolare, al fine di rendere maggiormente celere il recupero dei crediti, la riforma legislativa spagnola attribuiva il potere di emanare le ingiunzioni di pagamento in capo al *Secretario judicial,* ossia ad un soggetto non qualificabile come giudice, ma come funzionario giudiziario con compiti di cancelleria [58].

---

[56] Per l'analisi della pronuncia, G. PALMA, *Contratti del consumatore – autonomia processuale ed effettività della tutela del consumatore,* in *Nuova giur. civ.,* 2016, 9, 1143 ss.; N. RUMINE, *La giurisprudenza della Corte di Giustizia dell'Unione Europea in tema di rilievo officioso dell'abusività di una clausola contrattuale e le sue ricadute sul piano interno,* in *Nuova giur. civ.,* 2016, 9, 1244 ss.

[57] In questo senso, la statuizione per cui "*La direttiva 93/13/CEE del Consiglio, del 5 aprile 1993, concernente le clausole abusive nei contratti stipulati con i consumatori, dev'essere interpretata nel senso che osta a una normativa nazionale, come quella di cui al procedimento principale, che non consente al giudice investito dell'esecuzione di un'ingiunzione di pagamento di valutare d'ufficio il carattere abusivo di una clausola inserita in un contratto stipulato tra un professionista e un consumatore, ove l'autorità investita della domanda d'ingiunzione di pagamento non sia competente a procedere a una simile valutazione*" (C. Giust., 18 febbraio 2016, C-49/14, caso *Finanmadrid*).

[58] Nel ripercorrere l'evoluzione legislativa che ha interessato l'ordinamento spagnolo, la pronuncia ha rilevato che "*occorre ricordare, in via preliminare, che la Corte si è già pronunciata, nella sentenza Banco Espanol de Credito, sulla natura delle responsabilità che incombono al giudice nazionale, in forza delle disposizioni della direttiva 93/13, nell'ambito di un procedimento d'ingiunzione di pagamento, laddove il consumatore non abbia proposto opposizione contro l'ingiunzione emessa nei suoi confronti. Nella suddetta sentenza la Corte ha statuito, in particolare, che la direttiva 93/13 dev'essere interpretata nel senso che osta ad una normativa di uno Stato membro che non consente al giudice investito di una domanda d'ingiunzione di pagamento di esaminare d'ufficio […] la natura abusiva di una clausola inserita in un contratto stipulato tra un professionista e un consumatore, in assenza di opposizione proposta da quest'ultimo. Occorre rilevare che la legislazione nazionale, nella versione applicabile alla controversia nell'ambito della quale è stata presentata la domanda di pronuncia pregiudiziale che ha dato luogo alla sentenza Banco Espanol de Credito, conferiva al giudice, e non al Secretario judicial, la competenza ad adottare una decisione d'ingiunzione di pagamento.*

*Orbene, a partire dalla riforma introdotta con la legge 13/2009 (BOE n. 266, del 4 novembre 2009), entrata in vigore il 4 maggio 2010, spetta ormai al Secretario judicial, nei casi di inottemperanza all'ingiunzione di pagamento da parte del debitore o di*



Tale soggetto, sfornito di potere giurisdizionale in senso proprio e dotato di cognizione sulla controversia soltanto in relazione all'accertamento dei presupposti per l'emanazione dell'ingiunzione di pagamento, risultava privo del potere di svolgere un sindacato officioso in merito alla qualificabilità come vessatorie delle pattuizioni negoziali previste dalle parti. Inoltre, ove anche un simile controllo fosse stato effettuato, non si sarebbe trattato, in ogni caso, di un sindacato svolto da un organo giurisdizionale in senso proprio, in grado di garantire l'effettività della tutela del consumatore [59].

Conseguentemente, emergono le specificità della disciplina del procedimento ingiuntivo regolato dall'ordinamento spagnolo, che hanno giustificato la pronuncia in esame. Anzitutto, per proporre opposizione avverso il provvedimento ingiuntivo, il consumatore spagnolo disponeva di un termine breve di venti giorni, con il rischio non trascurabile di mancato ricorso alla tutela giurisdizionale. Inoltre, in caso di mancata opposizione al provvedimento ingiuntivo, si sarebbe verificata la formazione di un giudicato senza che alcun organo giurisdizionale avesse mai avuto la cognizione in ordine alla pretesa azionata dal creditore, non potendo dunque essere esercitati i poteri di rilevazione officiosa dell'inefficacia delle clausole abusive [60].

Dunque, in mancanza di tempestiva opposizione, il consumatore sarebbe stato destinatario di un giudicato formatosi senza che fosse mai avvenuto lo scrutinio giurisdizionale in ordine al carattere abusivo delle pattuizioni predisposte dal professionista. Il primo organo giurisdizionale sarebbe intervenuto, invece, in una fase successiva alla formazione del giudicato, ossia nel procedimento di esecuzione. Il principio di necessaria predisposizione a vantaggio del consumatore di un ricorso effettivo ha, dunque, condotto la Corte di Giustizia a riconoscere in capo al giudice dell'esecuzione spagnolo il dovere di svolgere lo scrutinio circa la presenza di clausole vessatorie, con il conseguente giudizio di inefficacia delle stesse [61].

---

*mancata comparizione di quest'ultimo dinanzi al tribunale, emettere un decreto, dotato dell'autorità di cosa giudicata, che ponga fine al procedimento d'ingiunzione […]. In mancanza di armonizzazione dei meccanismi nazionali di esecuzione forzata, le modalità della loro attuazione rientrano nella competenza dell'ordinamento giuridico interno degli Stati membri in forza del principio di autonomia processuale di questi ultimi. Nondimeno, la Corte ha sottolineato che tali modalità devono soddisfare la doppia condizione di non essere meno favorevoli di quelle che disciplinano situazioni analoghe soggette al diritto nazionale e di non rendere praticamente impossibile o eccessivamente difficile l'esercizio dei diritti attribuiti ai consumatori dal diritto dell'Unione*" (C. Giust., 18 febbraio 2016, C-49/14, caso *Finanmadrid*).

[59] Invece, in base a tale disciplina, l'organo giurisdizionale risulterebbe titolare della cognizione sulla controversia esclusivamente in due ipotesi: nel caso in cui, dubitando della correttezza dell'ammontare del credito azionato, il funzionario titolare del potere di ingiunzione ricorra al giudice, ovvero nel caso in cui l'ingiunto si opponga al provvedimento ingiuntivo, nel termine di venti giorni previsto dalla legge. Diversamente, nell'ipotesi in cui il destinatario dell'ingiunzione non svolga tempestiva opposizione, il provvedimento ingiuntivo acquisterebbe portata di giudicato ed efficacia esecutiva.

[60] Coerentemente con le specificità dell'ordinamento spagnolo, la Corte di Giustizia ha dunque affermato che "*Nella fattispecie, occorre osservare che lo svolgimento e le peculiarità del procedimento d'ingiunzione di pagamento spagnolo sono tali che, in assenza di circostanze che comportino l'intervento del giudice, tale procedimento è chiuso senza possibilità che venga eseguito un controllo dell'esistenza di clausole abusive in un contratto stipulato tra un professionista e un consumatore. Se, pertanto, il giudice investito dell'esecuzione dell'ingiunzione di pagamento non è competente a valutare d'ufficio l'esistenza di tali clausole, il consumatore, di fronte a un titolo esecutivo, potrebbe trovarsi nella situazione di non poter beneficiare, in nessuna fase del procedimento, della garanzia che venga compiuta una tale valutazione. Orbene, alla luce di quanto considerato, occorre constatare che un simile regime processuale è tale da compromettere l'effettività della tutela voluta dalla direttiva 93/13. Tale tutela effettiva dei diritti derivanti da tale direttiva, infatti, può essere garantita solo a condizione che il sistema processuale nazionale consenta, nell'ambito del procedimento d'ingiunzione di pagamento o di quello di esecuzione dell'ingiunzione di pagamento, un controllo d'ufficio della potenziale natura abusiva delle clausole inserite nel contratto di cui trattasi. Tale considerazione non può essere messa in discussione laddove il diritto processuale nazionale, come quello di cui al procedimento principale, conferisca alla decisione adottata dal «Secretario judicial» autorità di cosa giudicata e le riconosca effetti analoghi a quelli di una decisione giurisdizionale*" (C. Giust., 18 febbraio 2016, C-49/14, caso *Finanmadrid*).

[61] La stretta correlazione tra lo svolgimento della cognizione sul credito azionato in via monitoria da parti di un organo non giuri-



Correlativamente, dovrebbe affermarsi che il giudicato, connotato dall'assenza del vaglio di un giudice sulla presenza di clausole abusive nel contratto, sia un giudicato non correttamente formatosi su tale questione, suscettibile dunque di essere sottoposta alla cognizione di ogni altro organo giurisdizionale, incluso il giudice investito dell'esecuzione del credito derivante dal contratto [62].

Da ultimo, la necessità che almeno un giudice durante il processo svolga l'accertamento in ordine alla presenza di clausole vessatorie nel contratto è stata affermata nel caso *Banco Primus SA* (decisione 26 gennaio 2017, C-421/14).

Nell'ambito di tale pronuncia, la Corte di Giustizia ha avuto modo di riaffermare la stretta correlazione esistente tra lo svolgimento da parte di un giudice dell'esame in ordine al carattere vessatorio delle clausole presenti nel contratto e la stabilità del giudicato formatosi in relazione alla natura non abusiva di tali pattuizioni. Alla luce di tale pronuncia, infatti, non potrebbe sussistere una violazione del principio di effettività della tutela nel caso in cui l'ordinamento interno vietasse al giudice nazionale di riesaminare d'ufficio il carattere abusivo delle clausole, quando sia già stato statuito sulla legittimità delle stesse con una decisione munita di autorità di cosa giudicata [63].

Inoltre, alla luce di tale sentenza, il legame tra il rilievo giudiziario officioso della vessatorietà delle clausole contrattuali e la stabilità del giudicato deve intendersi tale, che l'effettuazione da parte del giudice di un sindacato d'ufficio limitato ad una parte delle pattuizioni inserite nel contratto, renderebbe doveroso, in caso di opposizione all'esecuzione svolta dal consumatore, l'effettuazione di un accertamento da parte del giudice dell'esecuzione in ordine al carattere abusivo delle clausole non analizzate dal primo giudice [64].

---

sdizionale e l'affermazione del principio della cedevolezza del giudicato, con conseguente accertamento in sede esecutiva della vessatorietà delle previsioni contrattuali, ha condotto il legislatore spagnolo a procedere ad un'ulteriore riforma della disciplina del procedimento monitorio, attuata con la l. n. 42/2015.

In particolare, la cognizione nel procedimento monitorio viene ad essere nuovamente affidata ad un giudice, dotato del potere di pronunciarsi in via officiosa sulla natura vessatoria delle clausole inserite nel contratto. Tale riforma risulta, evidentemente, preordinata ad impedire lo spostamento nella fase dell'esecuzione dell'effettuazione di una cognizione in merito all'efficacia delle pattuizioni contrattuali.

[62] Al riguardo, potrebbe dunque essere rilevato che "*la Corte sembrerebbe legare a doppio filo il rispetto del diritto di difesa del consumatore (inteso in maniera più pregnante, proprio in ragione della debolezza che il legislatore comunitario presume caratterizzarlo e affliggerlo) e la res indicata come limite all'attuazione ope legis del diritto comunitario sostanziale. Se tale interpretazione è corretta, allora da essa può ricavarsi, in positivo, che nelle controversie in cui è parte il consumatore, il provvedimento che chiude la vicenda processuale può acquistare autorità di cosa giudicata solo in quanto non sia stato violato il diritto di difesa di quest'ultimo. Mentre, in negativo, che ogniqualvolta tale diritto non venga garantito dalle norme processuali nazionali – in particolare, quando il contraddittorio, o perlomeno la sua potenziale esplicazione, siano stati indebitamente da termini processuali eccessivamente serrati e penalizzanti per la parte ritenuta debole sul piano sostanziale – il giudicato non possa considerarsi congruamente formato*". Così. PICCIONI, *Il giudicato e il diritto di difesa del consumatore,* in *Le Corti Umbre,* 2017, n. 3, p 548.

[63] In questo senso, viene affermato che "*La Corte ha già riconosciuto che la tutela del consumatore non è assoluta. In particolare, essa ha considerato che il diritto dell'Unione non impone ad un giudice nazionale di disapplicare le norme processuali interne che attribuiscono autorità di cosa giudicata ad una decisione, anche quando ciò permetterebbe di porre rimedio ad una violazione di una disposizione, di qualsiasi natura essa sia, contenuta nella direttiva 93/13, a meno che il diritto nazionale non conferisca a un siffatto giudice tale facoltà in caso di violazione delle norme interne di ordine pubblico. Inoltre, la Corte ha già precisato che, secondo il diritto dell'Unione, il principio della tutela giurisdizionale effettiva dei consumatori sancisce il diritto di accesso non a un doppio grado di giudizio, ma soltanto a un giudice.*

*Da quanto precede risulta che la direttiva 93/13 deve essere interpretata nel senso che non osta a una norma nazionale che vieta al giudice nazionale di riesaminare d'ufficio il carattere abusivo delle clausole di un contratto concluso con un professionista, quando è già stato statuito sulla legittimità delle clausole del contratto nel loro complesso alla luce di tale direttiva con una decisione munita di autorità di cosa giudicata*" (C. Giust., 26 gennaio 2017, C-421/14, caso *Banco Primus SA*).

[64] Infatti, la motivazione della pronuncia prosegue sostenendo che "*nell'ipotesi in cui, nell'ambito di un precedente esame di un*



Tracciando una linea di continuità nell'ambito della richiamata giurisprudenza, emerge l'esistenza di una stabile correlazione tra il principio di effettività della tutela del consumatore, lo svolgimento da parte di un organo giurisdizionale dell'accertamento in ordine alla natura vessatoria delle clausole inserite nel contratto e la stabilità del giudicato formatosi all'esito del processo.

Dunque, l'effettuazione del sindacato del giudice in relazione al carattere abusivo delle clausole del contratto garantirebbe l'effettività della tutela del consumatore, con la formazione di un giudicato stabile, non permeabile a poteri di cognizione altrimenti esercitabili in sede esecutiva.

Viceversa, la mancanza di un previo giudizio sulla natura vessatoria delle clausole determinerebbe la non effettività della tutela del consumatore, con conseguente cedevolezza del giudicato e necessario svolgimento da parte del giudice dell'esecuzione dei poteri di cognizione officiosa, non esercitati da altro organo giurisdizionale nel corso del processo.

Da quanto precede sembra potersi affermare che la stabilità del giudicato venga posta in relazione di dipendenza rispetto all'effettività della tutela del consumatore nel corso del processo. Solo un processo in cui si sviluppi una tutela effettiva del consumatore potrebbe dar luogo ad un giudicato stabile.

**4. –** Alla luce della richiamata evoluzione giurisprudenziale della Corte di Giustizia, l'Avvocato Generale, esprimendosi sulle cause riunite C-693/19 e C-831/19, ha ritenuto che l'art. 6, par. 1, e l'art. 7, par. 1, della direttiva 93/13/CEE ostino alla normativa nazionale, nella parte in cui non consente al giudice dell'esecuzione di dichiarare, d'ufficio o su istanza di parte, il carattere vessatorio delle clausole di un contratto, posto alla base di un decreto ingiuntivo passato in giudicato, quando tale accertamento non sia stato compiuto, nel corso del giudizio di cognizione, dall'organo giurisdizionale in modo esplicito e sufficientemente motivato [65].

Ove tale conclusione dovesse essere condivisa dalla decisione della Corte di Giustizia, verrebbe affermato un principio di diritto dalla portata dirompente per l'ordinamento interno.

Si assisterebbe, infatti, alla conformazione di un regime giuridico processuale speciale a vantaggio del consumatore, in relazione al quale la stabilità del giudicato avrebbe un ambito di copertura diverso e notevolmente più ristretto, in quanto non suscettibile di ricomprendere sia le ipotesi di giudicato implicito, sia le ipotesi di giudicato esplicito non supportate da sufficiente motivazione.

---

*contratto controverso che abbia portato all'adozione di una decisione munita di autorità di cosa giudicata, il giudice nazionale si sia limitato ad esaminare d'ufficio, alla luce della direttiva 93/13, una sola o talune delle clausole di tale contratto, detta direttiva impone a un giudice nazionale, quale quello di cui al procedimento principale, regolarmente adito dal consumatore mediante un'opposizione incidentale, di valutare, su istanza delle parti o d'ufficio qualora disponga degli elementi di diritto e di fatto necessari a tal fine, l'eventuale carattere abusivo delle altre clausole di detto contratto. Infatti, in assenza di un siffatto controllo, la tutela del consumatore si rivelerebbe incompleta ed insufficiente e costituirebbe un mezzo inadeguato ed inefficace per far cessare l'utilizzo di questo tipo di clausole, contrariamente a quanto disposto all'articolo 7, paragrafo 1, della direttiva 93/13*" (C. Giust., 26 gennaio 2017, C-421/14, caso *Banco Primus SA*).

[65] Testualmente, "*Alla luce delle considerazioni che precedono, propongo alla Corte di rispondere alle questioni pregiudiziali sollevate dal Tribunale di Milano (Italia) come segue: l'articolo 6, paragrafo 1, e l'articolo 7, paragrafo 1, della direttiva 93/13/CEE del Consiglio, del 5 aprile 1993, concernente le clausole abusive nei contratti stipulati con i consumatori devono essere interpretati, alla luce del principio di effettività, nel senso che essi ostano a una normativa nazionale che non consente al giudice dell'esecuzione di verificare, d'ufficio o su istanza di una parte, l'abusività delle clausole di un contratto costituente il fondamento di un decreto ingiuntivo passato in giudicato quando tali clausole non sono state oggetto di una valutazione esplicita e sufficientemente motivata alla luce della direttiva citata*" (Conclusioni dell'Avvocato Generale Evgeni Tanchev, presentate il 15 luglio 2021, Cause riunite C-693/19 e C-831/19).



Tale diritto processuale speciale del consumatore sarebbe, inoltre, connotato da ampi poteri di cognizione in capo al giudice dell'esecuzione, in modo tale da consentire, anche in tale fase del processo e mediante lo strumento dell'opposizione all'esecuzione, al ricorrere delle fattispecie di giudicato implicito e omessa o inidonea motivazione della sentenza, l'accertamento della natura vessatoria delle clausole contrattuali, con effetti sulla quantificazione o sulla stessa esigibilità del diritto di credito azionato.

Nel giudizio di bilanciamento tra tutela del consumatore e stabilità del giudicato, tale ultimo principio verrebbe dunque ad essere sacrificato per consentire la massima espansione del primo [66].

Nel ripercorrere l'evoluzione della giurisprudenza della Corte di Giustizia sul tema, è emersa la correlazione tra diritto del consumatore ad una tutela effettiva e attitudine del giudicato ad acquisire stabilità. Tuttavia, la nozione di effettività della tutela ha carattere generale e indeterminato, suscettibile di essere riempita di contenuto in base alla pregnanza che a tale tutela si intenda attribuire.

L'ampiezza assegnata alla disciplina di protezione del consumatore è stata fondata sull'effetto di riequilibrio sostanziale tra la posizione delle parti, determinato dal potere di rilievo officioso da parte del giudice delle clausole vessatorie. Infatti, a tale potere di accertamento del giudice è stato attribuito carattere doveroso ed è stato esteso fino a ricomprendere l'accertamento della stessa qualità di consumatore [67].

---

[66] Nondimeno, occorre osservare come dalle osservazioni della Commissione Europea emerge una ancora più incisiva compromissione delle esigenze di stabilità del giudicato.

In particolare, "*la Commissione sostiene che, per quanto riguarda la causa C-693/19, l'articolo 6, paragrafo 1, e l'articolo 7, paragrafo 1, della direttiva 93/13 non ostano alla normativa nazionale di cui trattasi, purché essa consenta al giudice la verifica della possibile natura abusiva e la conseguente disapplicazione di una clausola relativa al pagamento di interessi in caso di inadempimento o di ritardo nell'adempimento di un obbligo contrattuale. Ciò potrebbe accadere ove essa consenta l'accertamento dell'inesistenza giuridica di un titolo esecutivo limitatamente al credito per tali interessi oppure ove essa permetta al giudice di limitare l'esecuzione, in sede di assegnazione delle somme, al credito risultante dalla eliminazione degli interessi considerati eccessivi.*

*Tuttavia, se tale normativa dovesse essere interpretata nel senso che essa non consente al giudice di accertare la presenza di clausole abusive, gli articoli 6 e 7 della direttiva 93/13, interpretati alla luce del principio di effettività, vi osterebbero. Essa afferma che l'autorità di cosa giudicata non si applica a un decreto ingiuntivo nella parte relativa agli interessi su un credito ove il tasso sia eccessivamente elevato e, se rientra nei poteri del giudice dell'esecuzione accertare che l'espropriazione avvenga in virtù di un titolo valido, in forza del principio di equivalenza, rientrerebbe in questi stessi poteri anche l'accertamento della mancata violazione di norme di ordine pubblico, come l'articolo 6, paragrafo 1, della direttiva 93/13*" (Conclusioni dell'Avvocato Generale Evgeni Tanchev, presentate il 15 luglio 2021, Cause riunite C-693/19 e C-831/19).

Aderendo a tali osservazioni, il giudicato civile non potrebbe giammai configurarsi relativamente a qualsiasi statuizione in merito alla validità delle clausole abusive predisposte dal professionista. Infatti, ove anche un giudice accertasse in modo esplicito e sufficientemente motivato l'assenza di clausole abusive all'interno del contratto concluso con il consumatore, al giudice dell'esecuzione dovrebbe nondimeno essere sempre consentita la verifica circa la nullità di protezione e la conseguente disapplicazione della clausola, con eventuale nuova quantificazione del credito.

Da queste osservazioni deriverebbe la radicale incompatibilità tra cosa giudicata e tutela del consumatore, con conseguente configurazione del processo di esecuzione come fase ordinariamente predisposta alla cognizione circa l'eventuale carattere vessatorio delle clausole contrattuali. Conseguentemente, il giudice dell'esecuzione non dovrebbe più limitarsi ad accertare l'esistenza del titolo esecutivo, ma dovrebbe estendere la propria cognizione al contenuto intrinseco dello stesso, nell'ambito di un giudizio che dovrebbe svolgersi nel più equilibrato contraddittorio tra le parti.

Come risulta evidente, si tratta di conseguenze paradossali, che porterebbero allo stravolgimento della struttura del processo civile. Senza considerare che si verrebbe a configurare un processo speciale del consumatore, con ricadute di irragionevoli disparità di trattamento rispetto a figure soggettive distinte dal consumatore, ma ugualmente meritevoli di tutela, quali l'impresa posta in rapporto di dipendenza economica.

[67] In questo senso, le richiamate sentenze C. Giust., 27 giugno 2000, cause riunite C-240/98 e C-244/98, caso *Oceano Grupo Editorial e Salvat Editores*; C. Giust., 4 giugno 2009, C-243/08, caso *Pannon*; C. Giust., 4 giugno 2015, C-497/13, caso *Faber*; C. Giust., 3 ottobre 2013, C-32/12, caso *Duarte Hueros*; C. Giust., 14 giugno 2012, C-618/10, caso *Banco Espanol de Credito*; C. Giust., 26 ottobre 2006, C-168/05, caso *Mostaza Claro*; C. Giust., 14 marzo 2013, C-415/22, caso *Aziz*; C. Giust., 6 ottobre 2009, C-



Tuttavia, la pregressa giurisprudenza della Corte di Giustizia ha ritenuto soddisfacente ai fini dell'effettività della tutela del consumatore l'esistenza di un sindacato officioso da parte di un organo giurisdizionale in ordine al carattere vessatorio delle previsioni contrattuali, non estendendo giammai l'ambito del principio sino a ricomprendervi le modalità attuative attraverso le quali tale sindacato debba estrinsecarsi.

Risulta possibile osservare come la sentenza *Finanmadrid* abbia ritenuto essenziale che tale sindacato sia svolto da un organo giurisdizionale, almeno una volta nel corso del processo, mentre la sentenza *Banco Primus* abbia richiesto che l'accertamento del giudice involga il contratto nella sua interezza, non fermandosi all'analisi di singole clausole. In entrambi i casi, l'estensione del principio di effettività della tutela si fermava all'affermazione del necessario svolgimento di uno scrutinio giudiziario sulla vessatorietà delle clausole.

Le conclusioni dell'Avvocato Generale si muovono su una direttrice diversa, incidendo sulle modalità pratiche attraverso le quali l'accertamento giudiziario debba essere compiuto, con la correlativa compressione del principio di autonomia processuale dell'ordinamento interno [68].

In primo luogo, il giudizio sul carattere abusivo delle previsioni negoziali dovrebbe emergere da una statuizione esplicita, risultando il giudicato implicito incompatibile con la finalità di consentire al consumatore di comprendere quali previsioni negoziali siano state concretamente rese oggetto dell'analisi del giudice.

In secondo luogo, l'accertamento giudiziario dovrebbe essere sufficientemente motivato, in modo da porre il consumatore nella condizione di analizzare le ragioni sottese alla decisione del giudice, così da poter consapevolmente scegliere se proporre impugnazione, oppure attendere la formazione del giudicato.

Conseguentemente, in base a tali premesse, occorrerebbe affermare che la tutela del consumatore rispetto alle clausole abusive non possa intendersi più limitata all'esercizio di un potere di rilevazione officiosa da parte del giudice, idoneo soltanto a rendere non necessaria la domanda di parte ai fini della dichiarazione di inefficacia delle pattuizioni vessatorie [69].

---

40/08, caso *Asturcom Telecomunicaciones*; C. Giust., 18 febbraio 2016, C-49/14, caso *Finanmadrid*; C. Giust., 26 gennaio 2017, C-421/14, caso *Banco Primus SA*.

[68] Rilevante il passaggio argomentativo per cui "*mi sembra che il sindacato del carattere potenzialmente abusivo delle clausole contrattuali ai sensi della direttiva 93/13 debba essere oggetto di una valutazione esplicita e sufficientemente motivata da parte del giudice nazionale. Come illustrato dalle circostanze di cui alle presenti cause, la normativa nazionale in oggetto implica che la questione relativa all'abusività delle clausole contrattuali si considera decisa nel merito anche quando essa non è stata affatto trattata dal giudice nazionale. A mio avviso, come indicato dalla Commissione, se il sindacato dell'abusività delle clausole contrattuali non è motivato nella decisione contenente il decreto ingiuntivo, il consumatore non sarà in grado di comprendere o analizzare i motivi di tale decisione o, se del caso, di proporre opposizione all'esecuzione in modo effettivo. Non sarà neppure possibile per un giudice nazionale eventualmente investito di un'impugnazione pronunciarsi. A tale riguardo, la Corte ha precisato che, in assenza di un controllo efficace del carattere potenzialmente abusivo delle clausole del contratto, il rispetto dei diritti conferiti dalla direttiva 93/13 non può essere garantito*" (Conclusioni dell'Avvocato Generale Evgeni Tanchev, presentate il 15 luglio 2021, Cause riunite C-693/19 e C-831/19).

[69] Invece, la mancanza di una motivazione esplicita o sufficientemente motivata dovrebbe equipararsi ad una mancata statuizione, con un conseguente notevole restringimento del perimetro di copertura del giudicato. In questo senso, "*risulta che il giudice nazionale che ha emesso i decreti ingiuntivi non ha effettuato alcun sindacato d'ufficio dell'abusività delle clausole. È vero, come indicato dal governo tedesco, che, conformemente alla giurisprudenza della Corte richiamata al paragrafo 67 delle presenti conclusioni, rientra nella competenza degli Stati membri decidere se un simile sindacato vada effettuato nella fase del decreto ingiuntivo o nella fase dell'esecuzione dello stesso, e non vi è alcun obbligo ai sensi della direttiva 93/13 che esso debba essere effettuato in entrambe le fasi. Tuttavia, un simile sindacato deve essere realizzato in una o l'altra delle due fasi. Pertanto, vietare al giudice dell'esecuzione di effettuare, per la prima volta, la valutazione del carattere abusivo delle clausole soltanto per via del giudicato implicito del decreto ingiuntivo rende impossibile eseguire un controllo dell'abusività in qualsiasi fase del procedimento*" (Conclusioni dell'Avvocato Generale Evgeni Tanchev, presentate il 15 luglio 2021, Cause riunite C-693/19 e C-831/19).



Una simile tutela risulterebbe necessaria ma non sufficiente per il riequilibrio effettivo della posizione delle parti, in quanto il consumatore dovrebbe essere non soltanto esonerato dalla necessità della domanda di parte nell'ambito del giudizio, ma anche posto nella condizione di comprendere puntualmente il contenuto della decisione, in modo da poter svolgere una valutazione ponderata in merito alla possibilità di ricorrere ai mezzi di impugnazione predisposti dall'ordinamento [70].

Potrebbe dirsi che l'asimmetria informativa del consumatore continui a persistere anche all'interno del giudizio, in modo da inficiare l'adeguata comprensione non già soltanto delle clausole contrattuali, ma anche delle ragioni poste alla base della decisione del giudice. La posizione del consumatore di parte debole del rapporto negoziale verrebbe, pertanto, ad essere estesa ad una posizione di inferiorità anche all'interno del processo.

In questa prospettiva, l'organo giudiziario, paradossalmente accomunato in ciò rispetto al professionista, si troverebbe in una posizione di asimmetria informativa rispetto al consumatore parte del giudizio, dovendo dunque statuire in modo esplicito e motivare puntualmente in merito alla non vessatorietà di ogni clausola del contratto, colmando così lo squilibrio originario.

Tuttavia, affermare la necessità di una motivazione sufficiente in merito al carattere non abusivo delle singole clausole del contratto avrebbe delle conseguenze pratiche distoniche rispetto all'effetto perseguito. Infatti, l'organo giudiziario dovrebbe svolgere un esame puntuale relativamente al carattere vessatorio di ogni clausola del contratto, con conseguente formazione di una pronuncia con un apparato motivazionale sovrabbondante. Eppure, come è dato riscontrare in ogni forma di comunicazione, l'eccesso informativo produce una mancanza di comprensibilità del messaggio veicolato [71]. Inoltre, la produzione di una motivazione

---

[70] A supporto di tale ricostruzione, viene anche affermato che "*Un ulteriore sostegno a tale approccio può essere tratto dalla sentenza Banco Primus. Come indicato al paragrafo 71 delle presenti conclusioni, la Corte ha ritenuto incompatibile con la direttiva 93/13 una normativa nazionale che estendeva gli effetti del giudicato a clausole su cui il giudice nazionale non aveva statuito con una decisione definitiva. La Corte presume quindi che se il giudice nazionale non ha controllato il carattere abusivo delle specifiche clausole contrattuali in questione, sia difficile ritenere pregiudicato il principio dell'autorità di cosa giudicata*" (Conclusioni dell'Avvocato Generale Evgeni Tanchev, presentate il 15 luglio 2021, cause riunite C-693/19 e C-831/19).

Tuttavia, questa ricostruzione appare fondata su una premessa fragile. Infatti, la pronuncia sul caso *Banco Primus SA* (C. Giust., 26 gennaio 2017, C-421/14, caso *Banco Primus SA*) riguardava la necessità di un sindacato officioso da parte di un organo giurisdizionale in ordine al carattere abusivo di tutte le clausole inserite nel contratto, con conseguente ammissione del sindacato da parte di un secondo giudice in ordine alla validità delle clausole non coperte dal primo giudicato.

Invece, tale pronuncia non riguardava le caratteristiche strutturali che la motivazione del provvedimento giurisdizionale dovrebbe integrare per consentire la formazione del giudicato. Infatti, l'accertamento effettuato dal giudice in ordine alla validità delle diverse clausole del contratto è confermato dall'emissione di un giudicato esplicito di condanna del debitore, con il correlativo giudicato implicito in ordine all'efficacia delle pattuizioni negoziali.

All'opposto, si sarebbe dovuta valorizzare non l'assimilabilità della fattispecie in esame rispetto al caso *Banco Primus SA* (C. Giust., 26 gennaio 2017, C-421/14, caso *Banco Primus SA*), bensì i profili differenziali rispetto al caso *Finanmadrid* (C. Giust., 18 febbraio 2016, C-49/14, caso *Finanmadrid*).

Infatti, l'ordinamento interno, diversamente dall'ordinamento spagnolo previgente, affida la cognizione in ordine alla pretesa azionata in via monitoria dal professionista ad un giudice e non ad un funzionario con competenze di cancelleria, concedendo poi al debitore un termine di quaranta giorni per incardinare l'opposizione, evidentemente maggiormente ampio rispetto al termine di venti giorni previsto dall'ordinamento spagnolo.

Di conseguenza, ove anche venisse dato seguito al principio per cui il giudicato, connotato dall'assenza del vaglio di un giudice sulla presenza di clausole abusive nel contratto, sia un giudicato non correttamente formatosi su tale questione, in ogni caso, la natura di organo giurisdizionale del giudice avente cognizione nel procedimento monitorio precluderebbe la sottoposizione delle medesime questioni dallo stesso risolte alla cognizione del giudice dell'esecuzione.

[71] In questo senso è stato osservato come non necessariamente una capillare informazione si traduca in un aumento della consapevolezza del consumatore, che potrebbe risultare disorientato dall'eccesso di dati. Al riguardo, D. VALENTINO, *Obblighi di informazione, contenuto e forma negoziale*, Napoli, 1999, 229 ss.; L. DI NELLA, *Mercato e autonomia contrattuale nell'ordinamento comuni-*



dal contenuto così esteso non potrebbe non avere effetti sui tempi della risposta giudiziaria, vanificando dunque l'obiettivo di celerità sotteso al procedimento monitorio.

Non da ultimo, occorre anche dubitare in merito all'attitudine della motivazione esplicita a svolgere un compito di informazione effettiva del consumatore relativamente alla possibilità di ricorrere ai mezzi di impugnazione ordinaria. Infatti, la presenza di un dispositivo di condanna relativo alla pretesa azionata dal creditore presuppone necessariamente, secondo un criterio di ragionamento appartenente alla logica comune, lo svolgimento di un giudizio con esito negativo relativamente al carattere abusivo delle clausole del contratto. Risulta lecito dubitare che l'esternazione di questo percorso logico all'interno di una motivazione esplicita possa fornire al consumatore un compendio informativo utile ai fini dell'impugnazione.

In base alle conclusioni dell'Avvocato Generale, il principio di effettività della tutela del consumatore imporrebbe di ritenere che la pronuncia giudiziaria, che sia priva della motivazione esplicita e puntuale in merito al carattere non vessatorio delle singole clausole del contratto, non possa dar luogo, ove non tempestivamente impugnata dal consumatore, alla formazione di un giudicato stabile sul punto.

Per riportare ad equilibrio la posizione del consumatore soccombente, ma inerte nell'impugnazione, viene dunque ipotizzato l'allentamento della stabilità del giudicato, ridotto ad una copertura minima, estesa esclusivamente alle statuizioni espresse e congruamente motivate del giudice, ma non ricomprendente ogni questione posta in rapporto di pregiudizialità logica rispetto ad esse [72].

Infatti, in mancanza di stabilità del giudicato, il consumatore si troverebbe nella condizione di far valere i propri diritti senza le limitazioni derivanti dalla disciplina dei mezzi di impugnazione. Eppure, l'ordinamento interno non predispone, al di fuori delle ipotesi dei mezzi di impugnazione straordinari, aventi carattere tassativo, strumenti che consentano alla parte soccombente di censurare il contenuto di merito della pronuncia non tempestivamente impugnata [73].

---

*tario*, Napoli, 2003, p. 333; D. VALENTINO, *La caducazione delle clausole vessatorie nei contratti dei consumatori tra giurisprudenza nazionale e giurisprudenza comunitaria*, in *Pers. e merc.*, 2016, 4, 153 ss.

[72] A sostegno di questa conclusione, si osserva che "*Tale approccio è altresì conforme agli obiettivi perseguiti dalla direttiva 93/13, come interpretati dalla giurisprudenza della Corte. Come emerge dal paragrafo 63 delle presenti conclusioni, l'obbligo del giudice nazionale di effettuare un sindacato d'ufficio è giustificato dalla natura e dall'importanza dell'interesse pubblico su cui si fonda la tutela conferita ai consumatori dalla direttiva 93/13. Il giudice dell'esecuzione è pertanto tenuto a garantire l'effettività di tale tutela se ciò non è stato fatto in una fase precedente del procedimento. Se così non fosse, detto obbligo incombente al giudice nazionale ai sensi della direttiva 93/13 potrebbe essere svuotato del suo contenuto […].*

*Occorre aggiungere che tale approccio risulta essere in linea con la giurisprudenza della Corte riguardante una normativa nazionale che attua il giudicato al di fuori del contesto della direttiva 93/13. In talune sentenze, la Corte ha disapprovato la concessione di un'eccessiva tutela alle decisioni definitive per mezzo dell'autorità di cosa giudicata con modalità che ostacolano notevolmente l'effettiva applicazione del diritto dell'Unione. Occorre inoltre osservare che, nella sentenza del 17 ottobre 2018, Klohn, la Corte ha indicato che l'autorità di cosa giudicata si estende unicamente alle pretese giuridiche sulle quali il giudice ha statuito e pertanto non osta a che un giudice, nell'ambito di una successiva controversia, si pronunci sulle questioni di diritto su cui tale decisione definitiva non si è pronunciata.*

*Analogamente, nella sua giurisprudenza relativa all'applicazione dell'autorità di cosa giudicata nel diritto dell'Unione, la Corte ha ripetutamente dichiarato che l'autorità di cosa giudicata riguarda unicamente i punti di fatto e di diritto che sono stati effettivamente o necessariamente decisi dalla pronuncia giudiziale di cui trattasi*" (Conclusioni dell'Avvocato Generale Evgeni Tanchev, presentate il 15 luglio 2021, cause riunite C-693/19 e C-831/19).

[73] Per non arrivare ad affermare la cedevolezza del giudicato di qualsiasi pronuncia che riporti una motivazione implicita o non adeguata in merito al carattere abusivo delle pattuizioni contrattuali, in dottrina è stato ipotizzato di tutelare il consumatore rispetto al decreto ingiuntivo non opposto mediante l'applicazione analogica dello strumento dell'opposizione tardiva.

In questo senso, è stato affermato che "*si potrebbe perciò immaginare una lettura estensiva del disposto di cui all'art. 650 c.p.c., sì da ammettere l'opposizione tardiva dell'intimato non soltanto per irregolarità nella notificazione del decreto ovvero*



Inoltre, il provvedimento non impugnato dal consumatore nei termini previsti dal legislatore, ma privo della motivazione esplicita e integrale richiesta, risulterebbe di difficile collocazione sistematica relativamente alla categoria della cosa giudicata. Si tratterebbe di una pronuncia passata in giudicato, perché non più soggetta alle impugnazioni ordinarie, eppure priva della stabilità e dell'efficacia tipica del giudicato, perché inidonea a vincolare il consumatore, a far stato nei suoi confronti relativamente all'efficacia delle clausole delle quali lo stesso alleghi la vessatorietà.

La questione è resa ulteriormente complessa dall'osservazione per cui la valutazione relativa al carattere esplicito e congruo della motivazione andrebbe condotta in relazione alle singole clausole del contratto, con conseguente formazione di un giudicato dotato di una stabilità a geometrie variabili, diversamente modulata in relazione alla circostanza che il provvedimento abbia congruamente analizzato la vessatorietà della singola previsione negoziale.

Vi sarebbe un inatteso parallelismo rispetto alla disciplina sostanziale di nullità di protezione delle clausole abusive. Come la clausola vessatoria risulterebbe inefficace, con nullità necessariamente parziale del contratto, così la pronuncia giudiziaria, avente carattere implicito o non sufficientemente motivato in merito alla natura abusiva della singola previsione negoziale, risulterebbe inidonea al giudicato, con formazione della cosa giudicata relativamente alle diverse statuizioni della sentenza.

Tuttavia, alla base di tale parallelismo si porrebbero ragioni di tutela profondamente diverse. Infatti, l'invalidità della clausola vessatoria risponde a ragioni di tutela del consumatore e richiede un accertamento giudiziario, invece la mancata stabilità del giudicato produrrebbe esclusivamente l'incertezza delle posizioni giuridiche delle parti, facendo confluire nel processo di esecuzione questioni di cognizione già risulte nell'ambito del processo a ciò deputato.

Dando seguito al sistema prefigurato dalle conclusioni dell'Avvocato Generale, si assisterebbe, così, anche in relazione alle singole clausole del contratto predisposto dal professionista, ad una scissione tra la no-

---

*per caso fortuito o forza maggiore, ma anche, più in generale, per ragioni non imputabili al debitore e, quindi, per errore incolpevole.*

*In tal modo, senza scardinare la struttura del processo esecutivo e senza intaccare il disposto di cui all'art. 647 c.p.c., che rimane perciò norma a presidio della certezza del giudicato per le situazioni ordinarie e che continua ad assolvere ad esigenze di efficienza (e non di effettività) del sistema, si potrebbe – ragionevolmente – evitare il sospetto di incostituzionalità per violazione del principio di eguaglianza, giacché la norma interna tratta in maniera disomogenea situazioni ugualmente caratterizzate da inerzia incolpevole dell'ingiunto.*

*A questo ragionamento, si potrebbe certamente obiettare che l'ammettere un'opposizione tardiva per il consumatore rischia di innescare una marchiana disparità di trattamento per chi non è un consumatore. L'obiezione, per vero, non ci sembra affatto peregrina: è vero, infatti, che la dir. 1993/13/CEE legittima uno statuto di protezione differenziato per il consumatore, così come è altrettanto vero pure che una «specialità soggettiva» della tutela potrebbe finire con l'essere il prodromo per una estensione della medesima eccezione ad altre situazioni di (eguale) debolezza di soggetti che operano sul mercato (si pensi, ad esempio, all'imprenditore debole e alla microimpresa). Però, se moltiplichiamo le eccezioni, il rischio è quello di provocare uno sfilacciamento del sistema delle tutele o, se si preferisce, di alimentare un sistema rapsodico che ne compromette l'unitarietà perché fondato su base soggettiva*" (S. CAPORUSSO, *Decreto ingiuntivo non opposto ed effettività della tutela giurisdizionale: a proposito di duri recenti rinvii pregiudiziali,* in *Nuove leggi civ. comm.*, 2020, 5, 1265 ss.).

Anche tale soluzione interpretativa si presta a rilievi critici, per vero già indicati nella stessa esposizione della ricostruzione ermeneutica. Infatti, si darebbe luogo ad una frammentazione del sistema, con la configurazione di strumenti processuali riservati soltanto a determinate categorie soggettive. Tuttavia, occorre dire che risulterebbe meno frammentato un sistema dotato di strumenti processuali applicabili solo a categorie soggettive protette, rispetto al sistema, prefigurato dalle Conclusioni dell'Avvocato Generale, basato su un processo speciale del consumatore.

Inoltre, tale impostazione si basa sull'applicazione analogica di una norma di stretta interpretazione, specificamente predisposta per tutelare le ipotesi di irregolarità della notificazione e di caso fortuito o forza maggiore, aventi evidentemente carattere eccezionale.



zione di cosa giudicata formale, di cui all'art. 324 cod. proc. civ., e di cosa giudicata sostanziale, di cui all'art. 2909 cod. civ., con la necessaria conformazione di una disciplina processuale speciale a vantaggio del consumatore.

Al di fuori della disciplina dei mezzi di impugnazione prevista dall'ordinamento interno, gli strumenti di tutela processuale del consumatore davanti ad una statuizione dotata di efficacia esecutiva, non censurabile con i mezzi ordinari di impugnazione, ma non connotata dall'attitudine a far stato tipica della cosa giudicata, dovrebbero essere rinvenuti nell'ambito del procedimento dell'esecuzione, ossia come reazione all'atto del professionista creditore di portare ad attuazione forzata il proprio titolo.

Tuttavia, trasferire all'interno del processo dell'esecuzione, mediante lo strumento dell'opposizione all'esecuzione, questioni attinenti al contenuto intrinseco del titolo esecutivo di formazione giudiziaria implica l'affidamento al giudice dell'esecuzione di poteri di cognizione estranei alla struttura di tale giudizio, nella prospettiva della conformazione di un regime processuale speciale a tutela del consumatore [74].

All'interno di questa disciplina speciale del processo civile di cui sia parte un consumatore, l'opposizione all'esecuzione diverrebbe, allora, il mezzo di impugnazione del provvedimento non esplicitamente o compiutamente motivato in ordine al carattere non vessatorio delle clausole contrattuali. Tuttavia, dato che nessuna pronuncia giudiziaria potrebbe contenere un'analisi dettagliata circa il carattere abusivo delle singole clausole contrattuali, il giudizio di esecuzione diverrebbe la sede elettiva per lo svolgimento di un giudizio di cognizione relativamente alla validità delle pattuizioni negoziali potenzialmente vessatorie.

Inoltre, si tratterebbe di un giudizio di cognizione dotato di un elevato contenuto discrezionale, in quanto il giudice dell'esecuzione dovrebbe sindacare il contenuto intrinseco del titolo, accertando se la singola clausola realizzi un significativo squilibrio di diritti ed obblighi in capo alle parti. Un simile giudizio non potrebbe, però, prescindere dall'analisi complessiva del contratto e della contrattazione tra le parti, così prefigurando la necessità di rimettere l'intera vicenda dei rapporti negoziali intercorrenti tra le parti alla cognizione del giudice dell'esecuzione.

Non da ultimo, anche ancorare la stabilità del giudicato alla sufficiente motivazione del provvedimento desta delle perplessità, in quanto si tratterebbe di una clausola ampia, con conseguente incertezza in merito alle ipotesi in cui si possa riscontrare l'effettiva formazione della cosa giudicata. Eppure la funzione stessa del giudicato civile dovrebbe essere quella di assicurare la stabilità in ordine all'accertamento della situazione giuridica controversa. Dunque, correlare la tenuta del giudicato al rispetto da parte della pronuncia di un obbligo generico, come quello della sufficiente motivazione, rischierebbe di vanificare la stessa nozione della cosa giudicata e, con essa, la divisione tra la fase di cognizione e quella di esecuzione, che conforma il processo civile.

I plurimi profili problematici sollevati dalle conclusioni dell'Avvocato Generale sono relativi alla tipolo-

[74] I termini della questione non risulterebbero modificati ove venisse dato rilievo all'incidenza del mutamento di indirizzo giurisprudenziale, divenuto favorevole per il consumatore in un momento successivo alla formazione del giudicato, come nella fattispecie oggetto della causa C-831/19.

Infatti, la prevalenza di un nuovo indirizzo interpretativo nell'ambito della giurisprudenza non potrebbe giustificare l'inerzia del consumatore nell'avvalersi dei mezzi di impugnazione predisposti dall'ordinamento interno, al fine di evitare il formarsi del giudicato.

Inoltre, ove venisse valorizzato il mutamento giurisprudenziale per affermare la cedevolezza del giudicato sfavorevole per il consumatore, si assisterebbe alla configurazione di un processo speciale del consumatore, connotato dalla retroattività favorevole delle modifiche del diritto applicabile alle fattispecie. Tuttavia, da ciò deriverebbero problematiche di irragionevole disparità di trattamento rispetto a figure soggettive diverse dal consumatore, ma ugualmente meritevoli di tutela, come l'impresa posta in rapporto di dipendenza economica.



gia della pronuncia venuta in rilievo nel caso in esame, ossia il decreto ingiuntivo non opposto. Eppure, nell'evidenziare le ipotesi di ineffettività di tutela del consumatore, al cui ricorrere risulta conseguente la mancata stabilità del giudicato, non viene menzionato il carattere sommario del procedimento o della cognizione del giudice, ma esclusivamente la carenza della motivazione del provvedimento non impugnato dal consumatore.

Conseguentemente, ove si aderisse a tali conclusioni, nell'attesa della pronuncia della Corte di Giustizia, risulterebbe evidente che la portata del principio affermato non potrebbe rimanere circoscritta alla fattispecie del decreto ingiuntivo non opposto, ma dovrebbe essere estesa ad ogni provvedimento carente di una statuizione esplicita o sufficientemente motivata in ordine alla vessatorietà della clausola contrattuale predisposta dal professionista.

Ulteriore aspetto critico che inficia tale ricostruzione risiederebbe, allora, nella disparità di trattamento che ingenererebbe la configurazione sistematica di un simile processo civile speciale del consumatore. Infatti, si verrebbero a determinare irragionevoli disparità di trattamento rispetto a figure soggettive distinte dal consumatore, ma ugualmente meritevoli di tutela, quali l'impresa posta in rapporto di dipendenza economica. Si assisterebbe, allora, ad una configurazione frammentaria del processo, affidata non alla consistenza dei diritti, ma alle qualifiche soggettive delle parti.

Emerge, allora, la portata di destabilizzazione del sistema processuale che l'accoglimento delle conclusioni esposte produrrebbe. Non potendosi presupporre che ogni provvedimento giurisdizionale motivi in ordine alla validità di tutte le clausole contrattuali, lo strumento dell'opposizione all'esecuzione acquisirebbe la connotazione di strumento di gravame atipico, caratterizzando il giudizio che veda coinvolto il consumatore come processo speciale, in cui la separazione tra cognizione ed esecuzione, tra impugnazione ed opposizione all'esecuzione diverrebbe sfumata, poco più di una linea d'ombra.



*MARIA GIULIA SALVADORI*

*Ricercatrice – Università degli Studi di Torino*

# DISTANZE LEGALI TRA COSTRUZIONI: IL DIFFICILE CONNUBIO TRA TUTELA PRIVATISTICA E PUBBLICISTICA

SOMMARIO: *1. Il quadro normativo di riferimento: la disciplina codicistica ed extracodicistica. – 2. La distinzione tra norme integrative e non integrative. – 3. La violazione delle norme non integrative e la (sola) tutela risarcitoria: profili sostanziali e processuali. – 4. La violazione delle norme integrative e la tutela ripristinatoria: profili sostanziali e processuali. – 5.* Segue*. I limiti alla demolizione della costruzione. – 6.* Segue*. L'azione risarcitoria* adiecta *alla tutela ripristinatoria. – 7. La competenza esclusiva del giudice ordinario. – 8. Derogabilità e inderogabilità delle norme sulle distanze: una distinzione sempre più controversa. – 9. La soluzione poco "green" della giurisprudenza.*

**1. –** Nel nostro ordinamento l'attività edilizia risulta congiuntamente disciplinata da disposizioni eterogenee, sia per la sede in cui sono collocate sia per le finalità perseguite.

Il codice civile riserva alla proprietà edilizia la sezione V del capo II del titolo II del libro III (artt. 869-907) ed esordisce riconoscendo espressamente il fondamentale ruolo che nella materia rivestono gli strumenti di pianificazione pubblica, leggi speciali, piani regolatori, regolamenti comunali, che devono essere osservati dai privati nell'esercizio dello *ius aedificandi* (artt. 869-871).

L'art. 871, comma 1, cod. civ., stabilisce che le regole da osservarsi nelle costruzioni sono fissate dalla legge speciale e dai regolamenti edilizi comunali, questi ultimi richiamati anche nell'art. art. 873 cod. civ., ai quali va riconosciuto un ruolo fondamentali come strumento di pianificazione locale. La normativa speciale a cui l'art. 871 fa rinvio è attualmente costituita dalle leggi statali – in particolare dal Testo Unico sull'Edilizia dpr 380/2001 e successive modificazioni e dal d.m. n. 1444/1968 [1] – regionali, e delle Province autonome di Trento e Bolzano, in materia di edilizia e urbanistica.

Le norme edilizie, oltre a conformare la proprietà, incidono anche sul piano negoziale, concorrendo a delineare le qualità giuridiche dei beni immobili: l'irregolarità edilizia o urbanistica può comportare un inadempimento delle obbligazioni assunte in via negoziale, con le relative conseguenze, conducendo persino alla nullità del contratto per violazione di norme imperative; e ha parimenti rilievo nel sistema della responsabilità civile elevando l'ambiente naturale e urbano a bene protetto tutelabile *ex* art. 2043 cod. civ.

Trattando in modo specifico delle distanze tra costruzioni, la disciplina si rinviene in particolare negli artt. 873-877 cod. civ. Semplificando: nell'art. 873 il legislatore sancisce che le costruzioni su fondi finitimi (se

[1] Emanato su delega dell'art. 41-*quinquies* l. n. 1950/1942 aggiunto alle legge urbanistica dall'art. 17 della l. n. 765/1976 (c.d. legge ponte), ha valore di legge primaria.



non sono unite o aderenti) debbano essere tenute a distanza non inferiore a tre metri: una prescrizione vincolante anche per i regolamenti locali, che possono tuttavia prevedere una distanza (soltanto) maggiore.

Guardando alle violazioni edilizie, la tutela si articola su due piani (c.d. doppio binario): uno pubblicistico, in cui la repressione dell'illecito è demandata alla P.A. e ai suoi organi giurisdizionali, l'altro privatistico, in cui la riparazione del pregiudizio è demandata al giudice ordinario. Egli utilizzerà gli strumenti di cui all'art. 872, comma 2, cod. civ. che contiene un primo rimedio di carattere generale consistente nel risarcimento del danno – *colui che per effetto della violazione* (di norme edilizie) *ha subito danno deve esserne risarcito* – ed un secondo, più intenso, consistente nella riduzione in pristino, qualora siano violate *le norme contenute nella sezione seguente* (sulle distanze) *o da queste richiamate*.

**2. –** È diffusa l'opinione secondo cui l'art. 872, comma 2, cod. civ. presupponga e al tempo stesso accrediti una fondamentale distinzione nell'ambito delle norme edilizie extracodicistiche, contrapponendo quelle la cui trasgressione è fonte del solo obbligo al risarcimento del danno, cc.dd. non integrative, alle altre, che, in caso di mancato rispetto, ammettono anche la riduzione in pristino, cc.dd. integrative [2].

Nell'ambito della disciplina edilizia esterna al codice civile assume dunque primario rilievo l'individuazione della categoria di appartenenza della norma violata, attesa la profonda diversità degli effetti derivanti dalla mancata osservanza della medesima.

Il criterio distintivo comunemente adottato fa leva sulla natura dell'interesse perseguito. Si considerano non integrative delle disposizioni del codice civile *le prescrizioni urbanistiche ed edilizie che tendono principalmente a soddisfare interessi di ordine generale*; integrative, invece, le norme dettate nelle stesse materie disciplinate dagli artt. 873 ss. del cod. civ., *volte a completare, rafforzare, armonizzare, nel pubblico interesse di un ordinato assetto urbanistico, la disciplina dei rapporti intersoggettivi di vicinato* [3].

Nel dettaglio: sono non integrative, in quanto espressione di interessi urbanistici generali, le norme concernenti le limitazioni del volume, dell'altezza e della densità degli edifici senza alcun rapporto con le distanze intercorrenti tra gli stessi [4]; quelle inerenti alle esigenze dell'igiene, della viabilità e della conservazione dell'ambiente [5]; le disposizioni relative all'ampiezza dei cortili dei fabbricati e in genere ad ogni altra dimensione interna [6] ed ancora quelle dettate in tema di distacchi delle costruzioni dalle strade pubbliche [7].

Assumono, invece, carattere di norme integrative, perché volte a regolare anche i rapporti interprivatistici di vicinato, le (sole) prescrizioni che attengono alle distanze delle costruzioni, in quanto le disposizioni della Sezione VI a cui rinvia il capoverso dell'art. 872 cod. civ., concernono unicamente la disciplina delle distanze. In quest'ambito, va chiarito che affinché una norma extracodicistica possa ritenersi integrativa non è necessario che contenga una diretta previsione della distanza, essendo sufficiente che essa regoli, con qualsiasi

---

[2] La contrapposizione tra "norme integrative" e "norme non integrative" del codice civile è un dato costante nell'esegesi dell'art. 872, comma 2, c.c. In dottrina v., per tutti, R. ALBANO, *Le limitazioni legali della proprietà*, 2ª ed., in *Tratt. Rescigno*, VI, 1, Torino, 2005, 659 ss., 667. In giurisprudenza, tra le più recenti, Cass. 12 gennaio 2022, n. 904; Cass. 26 febbraio 2019, n. 5605 e Cass. 29 ottobre 2018, n. 27364, in *Ced Cassazione*. E in precedenza: Cass. 12 maggio 2011, n. 10459, in *Mass. giur. it.*, 2011; Cass. 16 gennaio 2009, n. 1073, in *Mass. giur. it.,* 2009; Cass. 9 gennaio 2007, n. 131, in *Mass. giur. it.*, 2007; Cass. 29 luglio 2005, n. 16094, in *Urb. App.,* 2005, 11, 1310.

[3] Cass. 24 settembre 2008, n. 24013, in *Imm. e propr*., 2009, 120; Cass. 30 agosto 2004, n. 17390, in *Mass. giur. it.*, 2004.

[4] Cass. 18 maggio 2016, n. 10264 in *Ced Cassazione*; Cass. 16 febbraio 1995, n. 1673, in *Giur. it.*, 1996, I, 1, 1002

[5] Cass. 12 maggio 2011, n. 10459, in *Mass. giur. it.,* 2011.

[6] Cass. 25 ottobre 2011, n. 22081; Cass. 19 novembre 1983, n. 6895, in *Riv. giur. ed*., 1984, I, 30.

[7] Cass. 7 agosto 2002, n. 3341, in *Arch. civ.,* 2003, 98.



criterio o modalità, la misura dello spazio che deve essere osservato tra le costruzioni [8]. Rientrano pertanto nelle norme integrative del codice civile: quelle che prescrivono determinate distanze tra i fabbricati, le disposizioni che fissano la distanza tra gli edifici in rapporto alla loro altezza [9] e quelle che impongono un distacco minimo dei manufatti dal confine [10].

La dicotomia che nel diritto applicato consente di delimitare, senza incertezze, il confine tra la tutela (esclusivamente) risarcitoria e la tutela (anche) ripristinatoria, entrambe disposte dall'art. 872, comma 2, cod. civ.., desta, invece, qualche perplessità sul piano della congruità e della ragionevolezza in relazione ai rimedi applicabili, sol che si rifletta sulla gravità dell'impatto, anche economico, di una costruzione che svetti in altezza ben oltre i limiti consentiti, sottraendo luce, aria, visuale al fondo vicino, con inevitabile riduzione del suo valore economico – a cui è ricollegato il rimedio del solo risarcimento del danno – rispetto a quello che deriverebbe dalla riduzione della distanza, anche di pochi centimetri, in ogni caso (ragionando sempre nell'ottica della disciplina privatistica) rimediabile con la riduzione in pristino [11].

**3. –** Per la violazione delle norme edilizie non integrative la tutela accordata dall'art. 872, comma 2, cod. civ. si esaurisce nel rimedio risarcitorio.

La mancata osservanza di tali prescrizioni, prevalentemente finalizzate ad un ordinato assetto urbanistico del territorio, comporta, di regola, un degrado urbano e ambientale, che può ripercuotersi negativamente sul valore di mercato degli immobili vicini, in termini di diminuzione di visuale, soleggiamento, tranquillità, comodità, amenità che si configura come un danno ingiusto, suscettibile di risarcimento secondo le regole della responsabilità aquiliana [12].

In questo caso, di regola si giustifica la scelta rimediale del legislatore facendo, opinabilmente, leva sull'assenza di un asservimento di fatto, ossia di una compressione oggettiva del fondo contiguo, riscontrabile invece nella violazione delle norme sulle distanze: cosicché il diritto al risarcimento del danno non deriva in questo caso dalla sola circostanza della illegittima edificazione, richiedendo la sussistenza di tutti i presupposti, soggettivi ed oggettivi, ai quali l'art. 2043 cod. civ. subordina il sorgere della responsabilità. Il risarcimento compete se e nella misura in cui il danno risulti concretamente dimostrato e sia provato il nesso eziologico intercorrente tra la violazione della norma edilizia e il pregiudizio lamentato [13].

Poiché l'entità del nocumento è spesso difficilmente valutabile, non vi sono ragioni per escludere la liquidazione del danno in via equitativa *ex* artt. 1226 e 2056 cod. civ., purché il complesso delle risultanze pro-

---

[8] Emblematica al riguardo, Cass. 19 maggio 2021, n. 13624, in *Ced Cassazione*: *Le norme degli strumenti urbanistici che prescrivono le distanze nelle costruzioni o come spazio tra le medesime o come distacco dal confine o in rapporto con l'altezza delle stesse ancorché inserite in un contesto normativo volto a tutelare il paesaggio o a regolare l'assetto del territorio conservano il carattere integrativo delle norme del codice civile, perché tendono a disciplinare i rapporti di vicinato e ad assicurare in modo equo l'utilizzazione edilizia del suoli privati.* In senso analogo, Cass. 29 marzo 2006, n. 7275, in *Imm. e propr.,* 2006, 450.

[9] Cass. 30 maggio 2001, n. 7384, in *Mass. giur. it.,* 2001.

[10] Cass. 19 maggio, 2021 cit.; Cass. 24 marzo 2005, n. 6401, in *Imm. e propr.*, 2005, 336; Cass. 26 marzo 2001, n. 4366, in *Mass. giur. it.*, 2001 Cass. 25 settembre 1999, n. 10600, in *Mass. giur. it.*, 1999, in *Urb. App.*, 2000, 1, 38.

[11] In senso critico alla contrapposizione si veda anche F. GALLO, *Piani regolatori e rapporti di vicinato (per il ritorno all'esegesi e all'*ars iuris*)*, in *Riv. dir. civ*., 1997, I, 831 a cui si rinvia per una ampia disamina delle origini storiche della norma, oltre a A. GAMBARO, *Il diritto di proprietà*, in *Tratt. Cicu-Messineo-Mengoni*, Milano 1995, 535.

[12] Cass. 26 luglio 2011, n. 16319, in *Mass. giur. it.,* 2011; Cass. 16 dicembre 2010 n. 25475, in *Vita not.,* 2011, I, 373.

[13] Cass. 30 aprile, 2018, n. 10362 in Ced Cassazione; Cass. 1 dicembre 2010, n. 24387, in *Mass. giur. it.* 2010; 2010; Cass. 11 febbraio 2008, n. 3199, in *Mass. giur. it.*, 2008; Cass. 7 marzo 2002, n. 3341, in *Arch. civ*., 2003, 93; Cass. 12 giugno 2001, n. 7909, in *Riv. giur. ed.*, 2002, I, 130; Cass. 9 aprile 2001, n. 7909, in *Giur. it.,* 2002, 1170.



cessuali sia tale da consentire una valutazione globale dell'intera vicenda e quindi l'individuazione di criteri direttivi per addivenire ad una quantificazione oggettiva del danno stesso, poiché il potere attribuito al giudice dall'art. 1226 cod. civ. non esonera l'interessato dall'onere di offrire gli elementi probatori in ordine alla sua esistenza.

In ordine alle modalità risarcitorie, dal disposto dell'art. 872, comma 2, codice civile, che testualmente ammette la riduzione in pristino dello stato dei luoghi nelle sole ipotesi in cui risultino violate le norme sulle distanze, si suole desumere che il risarcimento del danno per la violazione delle norme non integrative del codice civile possa aver luogo soltanto per equivalente e non anche in forma specifica, secondo quanto previsto dall'art. 2058 cod. civ. [14]. La decisione di demolire l'illegittima costruzione spetterà dunque alla sola pubblica amministrazione, che potrà discrezionalmente provvedere (o rimanere inerte) a seconda della maggiore o minore gravità della violazione osservata esclusivamente sul piano urbanistico.

V'è da chiedersi, sotto il profilo esegetico, se dal rimedio restitutorio espressamente ammesso per la sola violazione delle distanze, si possa ricavare la implicita e inequivoca volontà del legislatore di intervenire anche sulle modalità risarcitorie per la violazione delle norme non integrative, escludendo, nonostante la generica previsione letterale del "risarcimento del danno", il ricorso all'art. 2058 cod. civ. Il riconoscimento, diffuso tra gli interpreti, della natura reale dell'azione di ripristino, ricondotta nell'alveo dell'azione negatoria [15], sembrerebbe offrire argomento per distinguere questo rimedio da quello risarcitorio in forma specifica, peraltro privilegiato dal nostro ordinamento rispetto a quello per equivalente, e quindi offrire una ulteriore strumento di tutela al danneggiato da far valere davanti al giudice ordinario. Al di là del risultato finale, convergente, tutela reale e tutela risarcitoria *ex* art. 2058 cod. civ. operano su piani completamente diversi anche in ordine ai presupposti di applicabilità, ricordati in precedenza, tra cui la prova del danno, da cui viene puntualmente esonerato chi invoca il ripristino per violazione delle distanze [16]. In ogni caso anche a voler lasciare impregiudicata la scelta tra le due diverse modalità risarcitorie, ci si dovrebbe sempre misurare con il limite della eccessiva onerosità, di cui all'art. 2058 cod. civ., facilmente rintracciabile in questo settore, che ridurrebbe indubbiamente la portata applicativa della norma.

Ciò non toglie che, pur imperfettamente ristorato dal risarcimento del danno per equivalente, chi lamenta la violazione di norme non integrative possa comunque esperire l'azione inibitoria quale rimedio generale contro l'illecito [17].

**4. –** Per la violazione delle norme edilizie sulle distanze, cc.dd. integrative, la tutela accordata dall'art. 872, comma 2, cod. civ. non si esaurisce nel rimedio risarcitorio essendo concessa ai privati l'azione ripristinatoria.

Come si è già avuto modo di accennare, è diffusa la convinzione che essa abbia natura reale e sia assimilabile all'azione negatoria, in quanto diretta a salvaguardare il diritto di proprietà dall'imposizione di limitazioni suscettibili di dar luogo a servitù e ad impedirne tanto l'esercizio attuale quanto l'acquisto per usucapione [18].

---

[14] Cass. 2 febbraio 2022, n. 3242 in *Ced Cassazione*; Cass. 23 maggio 1997, n. 6875, in *Riv. giur. ed.,* 1998, I, 1046; Cass. 18 genaio1982, n. 307, in *Giur. it.,* 1982, I,1, 1169.

[15] V. infra successivo paragrafo.

[16] Cfr., da ultimo, Cass. 9 novembre 2020, n. 25082 in *Ced Cassazione.*

[17] Cfr., ad esempio, C.M. BIANCA, *Diritto civile* VI, *La proprietà*, Milano, 1999, 306.

[18] In dottrina v., per tutti, R. ALBANO, *Le limitazioni legali della proprietà*, cit., 672. In giurisprudenza, tra le più recenti: Cass. 31 maggio 2021, n. 15142 in *Ced Cassazione* 2021; Cass. 21 ottobre 2009, n. 22348 in *Riv. not.* 2010, 1346; Cass. 5 agosto 2005, n.



Il diritto alla *restitutio in integrum* sorge per il solo fatto dell'esecuzione dell'illecita costruzione, di per sé lesivo del diritto di proprietà del vicino, il quale può pretendere il ripristino dello stato dei luoghi indipendentemente dalla sussistenza di un danno, anche se si tratta di violazioni di lieve entità [19]. In presenza di norme che dettano distanze minime, al giudice non è lasciato alcun margine discrezionale per una valutazione in concreto del carattere intrinsecamente dannoso o pericoloso dell'opera edilizia ai fini della demolizione della stessa, poiché l'illegittimità della costruzione realizzata in violazione di tali norme consegue ad una generale e astratta valutazione compiuta dal legislatore [20].

Ai fini della tutela reale, è sufficiente l'accertamento della violazione, e quando riguardi il mancato rispetto della distanza dal confine, è indifferente che il proprietario limitrofo abbia costruito o possa costruire in futuro [21] , e può essere pretesa anche da chi abbia, a sua volta, costruito *contra ius* in violazione di norme edilizie [22].

L'azione diretta ad ottenere il rispetto delle distanze legali, in quanto espressione del diritto di proprietà è imprescrittibile [23].

Sul versante processuale, dalla natura reale riconosciuta all'azione discende che la legittimazione attiva spetta esclusivamente al proprietario e ai titolari di un diritto reale di godimento sull'immobile rispetto al quale è stata violata la norma sulla distanza [24]. Nel caso di condominio l'azione può essere utilmente esperita da uno soltanto dei condomini, senza che occorra integrare il contraddittorio nei confronti degli altri [25].

Legittimato passivo è unicamente il proprietario attuale del fabbricato costruito a distanza illegale, ancorché non autore materiale della violazione, in quanto solo costui può essere destinatario dell'ordine di demolizione che tale azione tende ad ottenere [26]. Nel caso di immobile gravato da un diritto di usufrutto la legittimazione passiva *s*petta al nudo proprietario, potendosi riconoscere all'usufruttuario il solo interesse ad intervenire *ad adiuvandum*, ai sensi dell'art. 105, comma 2, cod. proc. civ. [27]. Qualora l'immobile di cui si chiede la demolizione sia oggetto di comunione, ricorre un'ipotesi di litisconsorzio necessario, in quanto

---

16495, in *Mass. giur. it.,* 2005. In una prospettiva critica, in ordine alla riconducibilità della azione ripristinatoria nell'alveo dell'azione negatoria, v. A. IANNARELLI, *Beni e proprietà*, Torino, 2018, 511.

È pacifico, inoltre, che la violazione delle norme sulle distanze integra una molestia del possesso, tutelabile con l'azione di manutenzione (Cass. 7 maggio 2008, n. 11201, in *Mass. giur. it.*, 2008; Cass. 29 novembre 2004, n. 22414, in *Mass. giur. it.,* 2004; Cass. 24 novembre 2003, n. 17868, in *Arch. civ.,* 2004, 1099) ed altresì con l'esercizio, in via urgente, della denuncia di nuova opera: Cass. 29 marzo 1996, n. 2891, in *Mass. giur. it.*, 1996.

[19] Cass. 7 dicembre 1994, n. 10500, in *Rep. giur. it*.,1994, voce *Distanze legali*, n. 8. In senso critico v. DE CUPIS A., *Distanze legali e diritto di ricatto,* in *Rass. dir. civ.,* 1986, 13, il quale reputa iniqua la sanzione della demolizione in caso di violazioni minime delle distanze.

[20] Cass. 11 gennaio 2006, n. 213, in *Imm. e propr.*, 2006, 178.

[21] Cass. 6 febbraio 2009, n. 3031, in *Imm. e propr.,* 2009, 322; Cass. 20 febbraio 1997, n. 1560, in *Urb. App.,* 1997, 546; Cass. 2 dicembre 1995, n. 12459, in *Riv. giur. ed.*, 1996, 1, 311; Cass. 17 maggio 1994, n. 4803, in *Riv. giur. ed.*, 1994, I, 2469.

[22] Nei rapporti tra proprietari confinanti non è applicabile il principio *inadimplenti non est adimplendum,* poiché tali rapporti hanno natura reale, sono indipendenti l'uno dall'altro ed attribuiscono a ciascuno di essi il reciproco diritto di pretendere l'osservanza delle distanze legali: Cass. 17 aprile 1998, n. 3886, in *Mass. giur. it.*, 1998; Cass. 9 agosto 1996, n. 7365, in *Riv. giur. ed.,* 1997, I, 28; Cass. 27 gennaio 1976, n. 257, in *Giust. civ.*, 1976, I, 715.

[23] Tra le altre, cfr. Cass.,7 settembre 2009, n. 19289, in *Imm. e propr*., 2009, 732; Cass. 26 gennaio 2000, n. 867, in *Mass. giur. it.,* 2000.

[24] C.M. BIANCA, *Diritto civile*, cit., 261; Cass. 7 febbraio 2017, n. 3236, in *Ced Cassazione*; Cass. 16 settembre 2005, n. 18341, in *Mass. giur. it.*, 2005. Sulla legittimazione dell'usufruttuario: Cass. 19 febbraio 2019, n. 4829 in *www.ilcaso.it*, 2019; Cass. 21 ottobre 2009, in *Riv. not.*, 2010, 1346.

[25] Tra le tante, Cass. 15 aprile 2009, n. 8949, in *Mass. giur. it.*, 2009.

[26] Cass. 14 ottobre 2011, n. 21341, in *Mass. giur. it.,* 2011; Cass. 1 marzo 2001, n. 2998, in *Mass. giur. it.*, 2001.

[27] Cass. 10 novembre 2021, n. 33108 in *Guida dir.*, 2022, 11; Cass. 11 marzo 2010, n. 5900, in *Mass. giur. it.,* 2010.



la sentenza di demolizione pronunciata soltanto nei confronti di alcuni dei comproprietari sarebbe *inutiliter data* [28].

L'azione ripristinatoria è esperibile anche nei confronti della pubblica amministrazione, allorché essa abbia agito *iure privatorum* ponendo in essere un comportamento meramente materiale, non sorretto da atti o provvedimenti amministrativi e lesivo di diritti soggettivi [29].

Per quanto riguarda, infine, il profilo pubblicitario, la domanda diretta ad ottenere dal vicino il rispetto delle distanze legali e la riduzione in pristino dello stato dei luoghi è soggetta a trascrizione, *ex* art. 2653, n.1, cod. civ. [30].

**5. –** La possibilità di ottenere la demolizione del "mal costruito" non trova limite alcuno nella eventuale eccessiva onerosità della rimessione in pristino dello stato dei luoghi. La natura reale dell'azione ripristinatoria esige la rimozione del fatto lesivo e sfugge all'applicazione dell'art. 2058, comma 2, cod. civ., secondo il quale il giudice può disporre che il risarcimento abbia luogo per equivalente, quando la riparazione in forma specifica è eccessivamente onerosa per il debitore [31].

Un limite all'abbattimento della costruzione illegittima potrebbe ravvisarsi nel disposto dell'art. 2933, comma 2, cod. civ., il quale vieta la distruzione che sia di pregiudizio all'economia nazionale. Tuttavia la giurisprudenza è costantissima nell'affermare che il pregiudizio dell'economia nazionale è da ritenersi riferito esclusivamente al sistema produttivo dell'intero paese e che esso non è invocabile al fine di evitare la demolizione di cose la cui perdita incida negativamente su interessi individuali o circoscritti a realtà locali [32]. Ne consegue la regolare disapplicazione dell'art. 2933, comma 2, cod. civ. nell'ambito delle controversie aventi per oggetto la distruzione di una costruzione che viola la normativa sulle distanze legali, *ex* art. 872, comma 2, cod. civ.

La demolizione dell'opera illegittimamente costruita può, invece, essere impedita dalla sopravvenienza di norme edilizie meno restrittive di quelle vigenti all'epoca della realizzazione della costruzione. La giurisprudenza è, infatti, costante nel proclamare la inammissibilità dell'ordine di demolizione di costruzioni che, illegittime secondo le norme vigenti al momento della loro realizzazione, tali non siano più alla stregua delle norme vigenti al momento della decisione. In tal caso il giudice potrà solo condannare il proprietario al risarcimento dei danni prodottisi "medio tempore", ossia di quelli conseguenti alla illegittimità della costruzione nel periodo compreso tra la sua edificazione e l'avvento della nuova disciplina [33].

---

[28] Cass. 26 aprile 2010, n. 9902, in *Mass. giur. it.*, 2010. Per la sussistenza del litisconsorzio anche nell'ipotesi in cui il confinante sia coniugato in regime di comunione legale cfr. Cass. 1 aprile 2008, n. 8441, in *Mass. giur. it.*, 2008.

[29] Cass. 11 marzo 2008, n. 6469, in *Mass. giur. it.*, 2008.

[30] Sulla scorta degli insegnamenti di Cass., sez. un., 12 giugno 2006, n. 13523, in *Giur. it.*, 2007, 937, la giurisprudenza successiva, tra le tante, Cass. 15 maggio 2015, n. 10005, in *Ced Cassazione*.

[31] Cass. 23 settembre 2020, n. 19942, in *Studium Juris* 2021, 4, 510; Cass. 5 gennaio 2011, n. 224, in *Mass. giur. it.,* 2011; Cass. 29 gennaio 2009, n. 2398, in *Mass. giur. it.,* 2009; Cass. 1 agosto 2003, n. 11744, in *Arch. civ.,* 2004, 827.

[32] Cass. 31 ottobre 2017, n. 25890, in *Ced Cassazione*; Cass. 16 gennaio 2007, n. 866, in *Imm. e propr*., 2007, 389; Cass. 17 febbraio 2004, n. 3004, in *Guida dir.*, 2004, 16, 57; Cass. 15 febbraio 1999, n. 1272, in *Urb. App*., 1999, 761.

[33] Cass. 15 giugno 2010, n. 14446, in *Riv. giur. edil.* 2010, I, 1847; Cass. 28 maggio 2003, n. 8512, in *Mass. giur. it.,* 2003.



**6. –** L'azione ripristinatoria può essere esperita in via autonoma o cumulata con quella di risarcimento del danno *medio tempore* sofferto [34].

Trattandosi di due azioni autonome, nell'azione diretta alla rimessione in pristino non può ritenersi implicitamente compresa quella di risarcimento del danno, la quale ultima può differire dalla prima anche per quanto riguarda i soggetti. La pretesa risarcitoria, infatti, può essere fatta valere anche nei confronti dell'autore materiale della illegittima edificazione, che non necessariamente si identifica con il proprietario attuale del bene [35].

La giurisprudenza assolutamente prevalente proclama che il danno conseguente alla violazione delle norme del codice civile e di quelle cc.dd. integrative è *in re ipsa*, in quanto si identifica nella violazione stessa, che produce un asservimento *de facto* del fondo del vicino e, pertanto, non necessita di una specifica attività probatoria

La peculiarità della tutela risarcitoria concorrente con il rimedio ripristinatorio consiste, dunque, in una presunzione di esistenza del danno, il quale è suscettibile di liquidazione in via equitativa, *ex* art.1226 cod. civ., tenendo conto di tutte le circostanze che possono aver influito sul valore di mercato del bene offeso nel periodo di tempo anteriore all'eliminazione della situazione antigiuridica creata dall'altrui illegittima edificazione [36].

Riconoscendo alla violazione delle norme sulle distanze i connotati di un illecito permanente, si dovrà concludere che il *dies a quo* del termine prescrizionale della relativa pretesa risarcitoria si rinnovi di momento in momento, avendo inizio da ciascun giorno rispetto al fatto già verificatosi ed al corrispondente diritto al risarcimento del danno [37].

**7. –** È pacifico che le controversie tra privati aventi ad oggetto questioni relative all'esecuzione di opere edilizie non conformi alle prescrizioni di legge o degli strumenti urbanistici locali, anche se non integrative di quelle dettate dal codice civile, vertono in tema di lesione di diritti soggettivi e appartengono alla giurisdizione del giudice ordinario [38].

In tali controversie non assume alcun rilievo l'esistenza o la legittimità dei provvedimenti amministrativi inerenti all'esercizio dello *jus aedificandi,* nonché la conformità delle costruzioni a tali atti*,* in quanto il conflitto tra i proprietari, interessati in senso opposto alla costruzione, va risolto in base al diretto raffronto tra le caratteristiche oggettive dell'opera e le norme edilizie. Pertanto, come è irrilevante la mancanza del

[34] Tale danno non consiste solo nel deprezzamento commerciale del bene o nella totale perdita del godimento di esso (aspetti che vengono superati dalla tutela ripristinatoria) ma anche nella indebita limitazione del pieno godimento del fondo in termini di diminuzione di amenità, comodità e tranquillità, trattandosi di effetti pregiudizievoli egualmente suscettibili di valutazione patrimoniale: Cass. 2 settembre 2020, n. 18220, in *Ced Cassazione*; Cass. 17 maggio 2000, n. 6414, in *Riv. giur. edil.,* 2000, I, 742.

[35] Cass. 15 marzo 2005, n. 5545, in *Mass. giur. it.,* 2005; Cass. 13 ottobre 1999, n. 11525, in *Ced Cassazione*. In senso diverso, l'isolata pronuncia di Cass. 22 febbraio 1986, n. 1082, in *Giur. it.*, 1987, I,1, 715. secondo la quale l'azione di risarcimento del danno per violazione delle distanze legali fra costruzioni, al pari di quella di riduzione in pristino, si ricollega ad una obbligazione *propter rem*, e va di conseguenza proposta nei confronti dell'attuale proprietario dell'edificio trovantesi in obiettiva situazione di lesione del diritto del vicino, indipendentemente dal fatto che l'edificio stesso sia stato in precedenza da altri realizzato.

[36] Sulla quantificazione del danno ove sia disposta la demolizione dell'opera, si veda anche Cass. 4 giugno 2018, n. 14294, in *Ced Cassazione*.

[37] Cass. 6 febbraio 1982, n. 685, in *Riv. giur. ed*., 1983, I, 179; Cass. 11 marzo 1980, n. 1624, in *Riv. giur. ed..,* 1980, I, 819.

[38] Tra le tante, Cass. 15 marzo 2012, n. 4128, in *Ced Cassazione*; Cass. 19 ottobre 2011, n. 21578, in *Mass. giur. it.*, 2011; Cass. 1 luglio 2002, n. 9555, in *Giur. it*., 2003, 878; Cass. 25 ottobre 2001, n. 13170, in *Mass. giur. it.*, 2001; Cass. 12 giugno 1999, n. 333, in *Danno e resp.*, 1999, 1257.



titolo abilitativo alla edificazione quando la costruzione risponda oggettivamente a tutte le prescrizioni del codice civile e delle norme speciali senza ledere alcun diritto del vicino, così l'avere eseguito la costruzione in conformità della ottenuta autorizzazione a costruire, se rende l'intervento edilizio legittimo sul piano dei rapporti pubblicistici tra il costruttore e la pubblica amministrazione, non esclude di per sé la violazione di dette prescrizioni e, quindi, il diritto del vicino, a seconda dei casi, alla riduzione in pristino o al risarcimento del danno [39].

Il vicino pregiudicato dall'attività edificatoria può invocare la tutela predisposta dall'art. 872, comma 2, cod. civ. anche nell'ipotesi in cui l'intervento edilizio, originariamente abusivo, sia stato successivamente sottoposto a sanatoria o condono. La successiva legittimazione del bene sul piano urbanistico non è, infatti, idonea a sanare l'illecito civile che discende dalla inosservanza delle norme edilizie, in quanto la sanatoria o il condono degli illeciti urbanistici, inerendo al rapporto fra pubblica amministrazione e privato costruttore, esplicano i loro effetti soltanto sul piano dei rapporti pubblicistici – amministrativi, penali e/o fiscali – e non hanno alcuna incidenza nei rapporti fra privati [40].

**8. –** È opinione prevalente tra gli interpreti che le prescrizioni sulle distanze contenute nelle norme extracodicistiche, integrative della disciplina dettata dal codice civile, in quanto dirette alla tutela di interessi generali, abbiano natura cogente, e poiché inderogabili siano sottratte al potere dispositivo dei privati.

Non vincolante, e dunque derogabile, risulterebbe, invece, secondo una certa corrente di pensiero, la distanza tra costruzioni di cui all'art. 873 cod. civ. per via degli interessi preminentemente privatistici su cui si fonda la sua *ratio*, desunti anche dalla collocazione sistematica della norma – codice civile – all'interno dello statuto proprietario, nell'ambito dei rapporti di vicinato [41].

Prima di entrare nel vivo dell'indagine sulla fondatezza, portata, attualità della distinzione, vagliando le ricadute sul piano applicativo delle differenti opzioni teoriche proposte, va chiarito come interrogarsi sulla derogabilità e/o inderogabilità delle distanze significhi chiedersi se e quali tra esse possano legittimamente tollerare una compressione, pattizia o di fatto, rispetto alla misura fissata dalla legge.

Inevitabilmente, non soffrendo preclusione alcuna, sfugge al quesito il profilo, speculare, dell'ammissibilità di un ampliamento del distacco rispetto ai limiti legali; oppure del suo diverso riparto tra fondi confinanti, convenzionalmente stabilito dai privati, nell'osservanza del dettato normativo. Con coerenza tali accordi vengono considerati compatibili con prescrizioni sulle distanze definite inderogabili: non alterando l'assetto previsto dal legislatore, si esclude che essi attuino una vera e propria deroga alla distanza legale, esaurendosi piuttosto in una semplice diversa regolamentazione della medesima. Si colpisce invece con la sanzione della nullità il patto che tale distanza riduca; che, all'opposto, viene assolto e ricondotto nell'alveo degli accordi tra privati costitutivi di un diritto di servitù a mantenere la costruzione a distanza inferiore a

[39] Cass. 20 ottobre 2021, n. 29166, in *Ced Cassazione*; Cass. 25 ottobre 2001, n. 13170, in *Mass. giur. it.*, 2001.
Cass. 12 giugno 1999, n. 333, cit.; Cass. 14 ottobre 1998, n. 10173, in *Mass. giur. it.*, 1998.

[40] Cass. 6 febbraio 2009, n. 3031, in *Imm. e propr.*, 2009, 322; Cass. 18 gennaio 2008, n. 992, in *Mass. giur. it.*, 2008; Cass. 31 maggio 2006, n. 12966, in *Mass. giur. it.*, 2006, Cass. 26 settembre 2005, n. 18728, in *Guida dr.,* 2005, 43, 80; Cass.,17 novembre 2003, n. 17339, in *Notariato*, 2004, 113.

[41] Testualmente, in motivazione, Cass. 18 febbraio 2022, n. 5360, in www.*cortedicassazione.it* e nelle massime di Cass. 18 ottobre 2018, n. 26270, in *Ced Cassazione*; Cass. 23 aprile 2010, n. 9751, in *Imm. e propr.,* 2010, 529; Cass. 31 maggio 2006, n. 12966, in *Mass. giur. it.*, 2006; Cass. 22 marzo 2005, n. 6170, in *Vita notar.,* 2005, 969; Cass. 4 febbraio 2004, n. 2117, in *Riv. not.,* 2004, 1540. Cass. 23 novembre 1999 n. 12984, *Mass. giur. it.*, 1999; Cass. 2 dicembre 1996, n. 10701, in *Mass. giur. it.*, 1996.



quella prescritta – come in più occasioni affermato a margine dell'art. 873 cod. civ. – quando essa sia definita derogabile.

Discutere se sia possibile derogare convenzionalmente alla distanza di tre metri prescritti dall'art. 873 cod. civ., avrebbe oggi limitato rilievo – impostando la questione solo con riguardo alla misura – per via dell'importanza residuale che la disposizione citata riveste, superata dalla dotazione da parte di quasi tutti i Comuni (tenuti ad uniformarsi al d.m. n. 1444/1968) di norme edilizie regolamentari alla cui assenza è subordinata la sua applicazione. Essa potrebbe, tuttavia, venire in considerazione, come accade ogniqualvolta vi sia una successione di leggi nel tempo, per valutare la legittimità di quanto costruito in un'epoca connotata dalla sua esclusiva vigenza, oltre che sotto il diverso profilo, non certo estraneo alla materia delle distanze, della regolamentazione dei rapporti tra privati letta alla luce del principio di prevenzione [42].

Procedendo nell'indagine, va preliminarmente osservato che l'art. 873 cod. civ., e le norme integrative lì richiamate regolano la stessa materia, e quindi a rigore imporrebbero una lettura unitaria delle medesime, senza che rilevi la diversa sede – codice civile o legislazione speciale – in cui esse sono collocate.

Facendo leva sulla *vis actractiva* della norma richiamante, si dovrebbe poi concludere che la connotazione, derogabile o inderogabile, assegnata alla distanza ivi prescritta in base alla *ratio* e alla natura degli interessi tutelati, coinvolga anche quelle previste nelle norme integrative richiamate, primarie e subprimarie.

Chi propende per la derogabilità, senza distinguere tra norme codicistiche ed extracodicistiche, invoca la necessità di bilanciare gli interessi in gioco, ritenendo adeguatamente protetti dall'azione della Pubblica Amministrazione e dal precetto dell'art. 2043 cod. civ. quelli di salubrità ed igiene, comunemente individuati anche nella *ratio* dell'art. 873 cod. civ., e più in generale delle norme sulle distanze tra costruzioni; mentre andrebbe salvaguardato il libero negoziato, sia per assicurare una efficiente allocazione delle risorse a costi transattivi bassi, sia tenendo conto che in definitiva sarebbero i proprietari dirimpettai ad essere più esposti agli effetti malsani delle intercapedini [43]. Il rischio tuttavia è di finire, così ragionando, col costringere chi successivamente si troverà, a qualunque titolo, ad occupare l'immobile, a tollerare una situazione, *quanto meno antigienica*, a cui altri si sono volontariamente sottomessi attraverso la stipulazione di un patto che si vuole costitutivo di un diritto di servitù, e dunque non destinato ad incidere solo sulla posizione di chi lo ha stipulato [44].

L'art. 873 cod. civ. cumula nella sua tutela interessi privati e pubblici, e risultando la proprietà conformata ai fini di utilità generale, inerendo la disciplina delle distanze al suo modo d'essere, non è facoltà del (temporaneo) titolare conformarla in modo antitetico a quello previsto dal legislatore. La *ratio* "superproprietaria" che l'art. 873 cod. civ. condivide con le norme di fonte extracodicistiche integrative consente, dunque, al di là della diversa *sedes materiae*, di affermarne l'inderogabilità [45].

Dati testuali militano a favore di questa soluzione. Il tenore letterale dell'art. 873 cod. civ. trattando del rispetto della distanza minima, non solo si esprime nei termini di doverosità, ma sancisce che i regolamenti locali se ne possano discostare solo prevedendo un distacco maggiore rispetto ai tre metri.

Il rigore di questo vincolo, e la natura inderogabile del dettato codicistico, trova rinforzo nell'orientamento consolidato della Corte Costituzionale [46] che, nel disciplinare i rapporti tra norme regionali e norme

[42] A. IANNARELLI, *op.cit., passim*.

[43] U. MATTEI, in *I diritti reali*, 1, *La proprietà*, in *Tratt. dir. civ.,* diretto da R. SACCO, Torino 2001, 333 ss.

[44] GAMBARO, *op. cit.*, 549 ss.

[45] Propendono per l'inderogabilità, anche della distanza stabilità dall'art. 873 c.c. oltre che di quella fissata dalle norme extracodicistiche, tra gli altri DE MARTINO, *Della proprietà,* cit., 266; R. ALBANO, *op. cit*., 668; C.M. BIANCA, *op. cit*., 255; A. IANNARELLI, *op. cit.*, *passim.*

[46] Da ultimo, Corte cost. 23 giugno 2020, n. 119, in *www.cortecostituzionale.it*.



statali, conferma la riserva di legge a favore dello Stato, e ritiene *assolutamente cogenti le distanze minime di fonte statale – quindi i tre metri tra costruzioni ex art. 873 cod. civ., e i dieci metri tra pareti finestrate, ex art. 9 del dm n. 1444/1968 – mentre consente la deroga* (ad opera della legge Regionale) *unicamente per le eventuali maggiori distanze di fonte comunale e* purché adeguatamente giustificata [47] . Sarebbe dunque irragionevole sostenere che quel che è precluso alla P.A., e addirittura alla legge Regionale, vada invece concesso all'autonomia dei privati. Tanto più che lo stesso art. 873 cod. civ. riconosce quali uniche deroghe alla distanza prescritta, le costruzioni in appoggio e in aderenza. Il principio di prevenzione che permea il regime delle distanze tra costruzioni introdotto dall'art. 873 cod. civ., consente infatti al preveniente di costruire sul confine, ponendo il vicino, che intenda a sua volta edificare, di fronte alla sola alternativa di chiedere la comunione del muro e di costruire in aderenza, ovvero di arretrare la sua costruzione sino a rispettare la distanza prescritta.

Nella direzione della inderogabilità sembra muoversi anche la Corte di Cassazione quanto meno nelle decisioni più significative che, dal primo decennio degli anni duemila, si sono maggiormente diffuse sul tema in motivazione [48].

Va premesso che la materia del contendere nei casi esaminati, riguardava la violazione di norme regolamentari, la cui cogenza è da tempo proclamata da un orientamento consolidato anche in giurisprudenza. E va precisato, guardando al *petitum*, che i ricorrenti non chiedevano ai giudici di legittimità di assolvere riduzioni pattizie – della cui nullità neppure qui si dubita – bensì di accertare la costituzione di una servitù a mantenere le costruzioni a distanza inferiore a quella prescritta, per intervenuta usucapione o per destinazione del padre di famiglia. La soluzione negativa a cui perviene la Suprema Corte nel 2007, con riguardo all'usucapione, poggia esplicitamente sul presupposto della inderogabilità delle prescrizioni extracodicistiche, principio di cui fa coerente applicazione. L'adesione alla stessa opzione dogmatica si coglie nella pronuncia del 2010: essa giunge a conclusioni opposte, avendo tuttavia cura di avvertire che le ragioni su cui si fonda la soluzione adottata (e dunque la *ratio* che la giustifica) non implicano necessariamente una preliminare scelta di campo tra derogabilità e inderogabilità delle norme sulle distanze, questione di cui mette in evidenza la complessità. Sottolineando le incongruenze – con riguardo alle attività che verrebbero negate alla P.A. e illogicamente concesse ai privati – a cui condurrebbe la pretesa distinzione tra norme codicistiche derogabili ed extracodicistiche cogenti, lascia comunque intendere di preferire una ricostruzione unitaria, in termini di inderogabilità, del sistema delle distanze tra costruzioni.

Questa prospettiva non pare smentita nelle successive decisioni che della prima percorrono *de plano* il solco, sempre che non si vogliano ritenere successivi e ancora recenti enunciati [49], che tornano a distinguere tra norme derogabili ed inderogabili, espressione di meditate scelte teoriche anziché meri incisi sfuggiti alla penna di un frettoloso o distratto estensore. In entrambi i casi sarebbe opportuno far chiarezza.

---

[47] Corte cost. 23 giugno 2020, n. 119, cit., sottolinea l'evoluzione della disciplina in materia di distanze precisando che la potestà legislativa concorrente della Regione in materia di governo del territorio può fissare distanze in deroga a quelle stabilite da norme statali purché tale deroga sia giustificata dal perseguimento di interessi pubblici ancorati all'esigenza di omogenea conformazione dell'assetto urbanistico di una determinata zona non potendo la deroga stessa riguardare singole costruzioni individualmente e singolarmente considerate.

[48] Cass. 3 ottobre 2007, n. 20769, in *Ced Cassazione*; Cass. 22 febbraio 2010, n. 4240, in *Giur.it.,* 2010, 7, 1530 oltre che in *Foro it.,* 2010, 12, 1, 3457 e in *Imm. e Prop*., 2010, 5, 322.

[49] Cass. 18 febbraio 2022, n. 5360, in *Ced Cassazione*, citata. Cass. 18 ottobre 2018, n. 26270, in *Ced Cassazione*; Cass. 23 aprile 2010, n. 9751, in *Imm. e propr.,* 2010, 529.



**9. –** Come accennato, nel 2007 il Supremo Collegio si trova ad affrontare un nuovo quesito in tema di distanze tra costruzioni proposto in questi termini: il diritto del vicino alla riduzione in pristino di un manufatto che si trovi da oltre vent'anni a distanza inferiore a quella prevista dagli strumenti urbanistici comunali, integrativi dell'art. 873 cod. civ., può essere paralizzato dall'acquisto per usucapione della relativa servitù in capo al proprietario della costruzione?

Il ragionamento della Corte è cristallino: la disciplina regolamentare protegge interessi che trascendono quelli meramente privatistici, pertanto l'esigenza di garantire un determinato distacco tra gli edifici, di natura pubblicistica, non può condurre a soluzioni diverse a seconda che il mantenimento di una costruzione a distanza inferiore derivi da un accordo tra le parti, tradizionalmente censurato, o dall'assenza di reazione da parte del confinante, protratta nel tempo. Un principio affermato a chiare lettere che conduce la Suprema Corte a negare l'acquisto della servitù per intervenuta usucapione, escludendo che l'ordinamento *possa accordare tutela ad una situazione che, per l'inerzia del vicino, finisca per aggirare l'interesse pubblico rendendo legittima la permanenza di un manufatto edificato in maniera che con tale interesse contrasta.*

La stessa Sezione II della Cassazione, in diversa composizione, chiamata nel 2010 ad esprimersi a margine di analoga controversia, si discosta dal suo precedente, sostenendo che *vi sia differenza tra contraddire le regole sulle distanze attraverso un accordo tra privati e riconoscere che per usucapione sorga una servitù in contrasto con la normativa generale*, poiché tale acquisto, a titolo originario, risponde, sul versante proprietario, all'ulteriore esigenza di stabilità dei rapporti giuridici, eliminando quella situazione di perpetua instabilità che deriverebbe dalla possibilità per il vicino, ed eventuali aventi causa, di agire in qualunque tempo con l'azione di riduzione in pristino, imprescrittibile. Il venir meno della facoltà del privato di far valere il proprio diritto al rispetto delle distanze, paralizzato dall'usucapione, non impedirebbe dunque alla Pubblica Amministrazione di intervenire a tutela dell'interesse fissato dall'ordinamento esercitando i suoi poteri, concorrenti con quelli del privato, ma rilevanti su piani diversi.

Stride contro il principio di legalità il risultato a cui perviene la Suprema Corte distinguendo tra i vari modi di acquisto dei diritti reali: una servitù *contra legem*, che non può trovare titolo in una pattuizione negoziale, può invece essere (paradossalmente) acquistata a titolo originario per effetto dell'usucapione. E ancora: se si ricostruisce in modo unitario il complesso di norme che regolano le distanze, qualificandole come inderogabili – come risulta dalla motivazione – allora si dovrebbe coerentemente concludere che la proprietà si conformi anche sulla base dell'intero suo disposto, la cui violazione non può condurre alla creazione di situazioni che abbiano carattere di realità nei rapporti tra privati. Ma, come la stessa Corte osserva, la soluzione ritenuta congrua prescinde da ogni qualificazione in termini di derogabilità e inderogabilità [50], la necessità di assicurare certezza dei rapporti giuridici, perno del suo ragionamento, diventa assorbente, e si eleva a principio sovraordinato, o paraodinato preferito, di fronte al quale cedono il passo gli interessi di natura pubblicistica sottesi al funzionamento dell'intero sistema delle distanze. La rigida e censurabile contrapposizione operata dalla Corte tra quel che appartiene alla materia del diritto pubblico e quel che strettamente concerne il diritto privato, [51] pare risentire di una visione utopica della tutela del doppio binario, e in ogni caso non sembra corrispondente ad una lettura costituzionalmente orientata della proprietà [52], a maggior ragione oggi

[50] Sull''interdipendenza delle due questioni cfr., ad es., A. GAMBARO, *Il diritto di proprietà,* cit., 546.

[51] L'assenza di dicotomie tra interessi pubblici e privati nelle norme sulle distanze è sottolineata, tra gli altri da, A. IANNARELLI, *op.cit., passim*, e già in *La disciplina delle distanze tra costruzioni tra interessi generali "deboli" e interessi privati "forti"*, in *Giustizia Civile.com*, 2, 2014, 1 ss.

[52] Sul tema la letteratura è sterminata: dai fondamentali scritti di P. PERLINGIERI, *Introduzione alla problematica della proprietà,* Napoli, 1971 (riletto in *A 50 anni dalla Introduzione alla problematica della proprietà di Pietro Perlingieri*, a cura di G. CARAPEZZA



che si vorrebbe ampliato il catalogo di beni comuni, e la salvaguardia dell'ambiente, parificata alla dignità umana, ha trovato ingresso nella Costituzione (artt. 9 e 41 Cost.) come espresso limite alla libertà di iniziativa economica.

Potere privato e pubblico, afferma la Corte, hanno strumenti concorrenti per garantire l'osservanza degli interessi protetti dall'ordinamento, che devono tuttavia operare nel quadro delle regole e dei limiti propri delle rispettive categorie. E dunque, nel suo pensiero, se l'usucapione, che appartiene all'armamentario del codice civile, impedisce che il rispetto delle distanze possa essere ottenuto sul piano privatistico attraverso la riduzione in pristino, potrà porvi rimedio la P.A. con un provvedimento parimenti demolitivo, conformando la proprietà al modo previsto dal legislatore. La tutela degli interessi pubblici risulta in tal modo affidata alla solerzia, ai puntuali interventi e all'efficienza di una Pubblica Amministrazione di cui il Supremo Collegio pare essere l'unico a non dubitare [53]. E se è consentito semplificare, si potrà concludere che tra i due (proprietario e P.A.) diversamente inerti, il terzo acquirente gode e dispone di un diritto di servitù *contra legem*, che già suona come una contraddizione in termini, opponibile *erga omnes* e dunque anche da e contro i rispettivi aventi causa dei confinanti.

Volendo verificare gli esiti dell'applicazione dei principi enunciati dalla Corte, sarà sufficiente prendere a misura il caso da cui la sentenza citata trae origine. Essendo molto complesso e non ricostruibile nel dettaglio per la mancata conoscenza di tutti gli atti di causa, sarà qui sufficiente evidenziare il risultato finale: l'acquisto per usucapione di una servitù a mantenere una costruzione – originariamente abusiva, adibita a macello, poi condonata, trasferita ad un terzo, demolita e ristrutturata, e trasformata in edificio residenziale, sempre con il *placet* della P.A. – a distanza di soli metri 1,40 da quella limitrofa del venditore, con buona pace della tutela degli interessi pubblici sottesi alle norme, qualificate inderogabili, sulle distanze tra costruzioni.

La domanda dei ricorrenti comprendeva, in via alternativa, l'accertamento della costituzione di una servitù per destinazione del padre di famiglia, ma il giudicante ha preferito concentrarsi sull'usucapione, in quanto l'istituto, rispondente principalmente all'esigenza di attribuire definitività giuridica a situazioni di fatto che si sono assestate nel tempo [54], offriva alla Corte maggiori argomenti per giustificare il provvedimento.

Nel febbraio scorso il Supremo Collegio, chiamato ad esprimersi di fronte ad un caso in cui il mancato rispetto delle distanze conseguiva alla alienazione di una delle costruzioni edificata dal proprietario sul proprio

---

FIGLIA, G. FREZZA, P. VIRGADAMO, *Atti del convegno tenutosi a Palermo nel 2020*, in *Quad. Rass. dir. civ*., Napoli 2021), RODOTA' S. *Il terribile diritto. Studi sulla proprietà privata*, Milano 1982, ai più recenti contributi di, G. VISINTINI, *La proprietà nella Costituzione e nel codice civile*, in *Tratt.dir.imm*., diretto da G. VISINTINI, 1, II, *I beni e la proprietà*, Padova, 2013, 229 ss.; M. TRIMARCHI, *La proprietà europea*, in *www.iuscivile.it,* 2018, IV, 488, ss.; L. NIVARRA, *L'introduzione alla problematica della "proprietà'" nel quadro delle letture costituzionali del diritto proprietà,* in *www.iuscivile.it*. 2021, 2, 550 ss. ed ivi ampi riferimenti bibliografici in nota.

[53] La tardiva adozione del provvedimento di demolizione e l'inerzia da parte della p.a. nell'esercizio del potere/dovere diretto alla tutela di rilevanti finalità di interesse pubblico non sono idonei a sanare ciò che non è legittimo sin dall'inizio. Pertanto, il protrarsi dell'immobilismo dell'ente pubblico preposto alla vigilanza della legalità non potrebbe ingenerare nel privato, come invece sostenuto da una minoritaria corrente di pensiero, un affidamento tutelabile in ordine al consolidamento di quella situazione di fatto "vantaggiosa" e alla intangibilità del diritto sul bene stesso, seppur inizialmente abusivo. Il principio è stato affermato in più occasioni dal Consiglio di Stato (V. ad esempio, Cons. Stato, sez. VI, 19 giugno 2018, n. 3773) ed è indubbiamente condivisibile, ma è proprio la perdurante inerzia della Pubblica Amministrazione, che non sfugge al giudice amministrativo di seconde cure, a rendere "definitivamente provvisorio" quel che dovrebbe essere demolito, creando peraltro, sul piano privatistico, almeno secondo l'orientamento del Supremo Collegio, i presupposti per l'applicabilità degli strumenti civilistici, quali appunto l'usucapione.

[54] È *ratio* costantemente affermata dalla dottrina sia pur sotto diverse angolazioni: si veda per tutti T. DALLA MASSARA, *L'Usucapione*, in *Tratt. dir. imm*., diretto da G. VISINTINI, 1, II, *I beni e la proprietà*, cit., 1434.



fondo senza l'osservanza delle prescrizioni urbaniste, ritiene costituita una servitù per destinazione del padre di famiglia[55] . La decisione segue pedissequamente l'insegnamento dell'orientamento divenuto dominante dopo la sentenza del 2010[56] a cui si è appena fatto cenno, e indifferente all'assenza di una corrispondente *ratio*, riconosce quali unici requisiti condivisi con l'usucapione solo quelli dell'apparenza e dell'acquisto a titolo originario, sebbene a margine di quest'ultimo vi sia in dottrina chi autorevolmente collochi la servitù per destinazione del padre di famiglia tra gli acquisti a titolo derivativo, sia pur non negoziali[57].

L'esigenza di mantenere lo *status quo ante* che aveva sorretto la precedente pronuncia, sembra in questa occasione ancor meno giustificare la costituzione di situazioni connotate da realtà, e perciò avrebbe sicuramente imposto una motivazione meno sfuggente. Non ci si può esimere dall'osservare infine come l'indirizzo della Cassazione, se confermato anche in relazione alla servitù per destinazione del padre di famiglia, ed associato alla mancanza di una adeguata reazione da parte della P.A., finirebbe per legittimare operazioni e forse speculazioni edilizie, che lungi dal configurare sporadiche violazioni delle norme sulle distanze, potrebbero rivelarsi (potenzialmente) idonee a modificare l'assetto urbano e residenziale di porzioni di territorio, con risultati antitetici rispetto a quelli prefigurati dal legislatore.

[55] Cass. 8 febbraio 2022, n. 3939, in *Ced Cassazione.*

[56] Cass. 18 febbraio 2013, n. 3979, in *Urb e app*., 2013, 5, 5532; Cass. 19 gennaio 2017, n. 1395, in *Ced Cassaziome*; Cass. 23 settembre 2021, n. 25863, oltre che in *Imm.e prop*., 2021, 11, 672.

[57] G. DEIANA, in G. GROSSO, G. DEIANA, *Le servitù prediali*, in *Tratt. dir. civ.,* diretto da F. VASSALLI, Torino, 1963, I, 717; A. BURDESE, *Le servitù prediali, linee teoriche e questioni pratiche*, Padova, 2007, p. 132. A favore della natura non negoziale, COMPORTI, *Le servitù prediali*, in *Tratt. dir. priv.*, diretto da RESCIGNO, 8, *Proprietà*, II, Torino, 1982, 219.

JUS CIVILE



*CRISTINA CAMPIGLIO*

*Professore ordinario di Diritto internazionale – Università degli Studi di Pavia*

# I DANNI PUNITIVI NELLA PROSPETTIVA INTERNAZIONALPRIVATISTICA

Il volume della dott. De Menech affronta un tema di ampio respiro e di grande interesse anche per i non civilisti. Ne è dimostrazione la presenza, tra i relatori, di penalisti, processualcivilisti e internazionalprivatisti [1].

Il volume si apre con un paragrafo dedicato alla circolazione dei modelli giuridici che porta gli ordinamenti nazionali a innovarsi, accogliendo istituti prima sconosciuti. Talvolta il trapianto legale di istituti, avviene per imitazione: è il caso appunto del modello dei danni punitivi, circolato in diversi Paesi; ma anche – per citare un istituto più noto – del matrimonio *same sex* che dal 2002 ad oggi è stato introdotto in una quarantina di Stati. Altre volte un istituto viene introdotto nell'ordinamento su spinta internazionale: è il caso del *trust*, noto anche in Italia dal 1° gennaio 1992, a seguito dell'entrata in vigore della Convenzione dell'Aja del 1º luglio 1985 sulla legge applicabile ai *trusts* e sul loro riconoscimento, alla quale è stata data esecuzione con l. 16 ottobre 1989, n. 364; o dell'unione civile tra persone dello stesso sesso, introdotta nel nostro Paese con la l. 20 maggio 2016 n. 76 su sollecitazione della Corte EDU (secondo la quale la mancata previsione, da parte del legislatore italiano, di un istituto giuridico che riconosca una relazione tra persone dello stesso sesso, costituisce violazione del diritto al rispetto della vita privata e familiare sancito dall'art. 8 CEDU [2]).

Diverso, ma sempre legato alla porosità ordinamentale e al *legal borrowing*, è il fenomeno di ibridazione ordinamentale "di riflesso" cioè a seguito del riconoscimento di sentenze straniere. Il fenomeno giuridico di *cross-fertilization* è avvertito soprattutto in ambito familiare, fortemente condizionato da fattori sociali, culturali e religiosi. Riconoscere situazioni create all'estero ma non ipotizzabili all'interno (si pensi, per quanto riguarda l'Italia, all'adozione da parte di coppie del medesimo sesso o alla surrogazione di maternità) crea inevitabilmente una disparità di trattamento all'interno dell'ordinamento. Disparità che però deve essere accettata perché il diritto internazionale privato si basa proprio sul presupposto della differenza tra ordinamenti e sulla conseguente necessità di coordinamento: e per questo l'interprete si trova non di rado a confrontarsi con il problema dell'inquadramento – nel proprio ordinamento – di istituti sconosciuti (la cd. qualificazione di istituti sconosciuti). Del resto, il rifiuto delle differenze porterebbe alla omologazione degli ordinamenti verso il basso. Come la stessa Corte costituzionale ha rimarcato due anni fa, "la circostanza che esista una differenza tra la normativa italiana e le molteplici normative mondiali è un fatto che l'ordinamento non può tenere in considerazione. Diversamente opinando, la disciplina interna dovrebbe essere sempre allineata, per

[1] Da segnalare il volume curato da S. BARIATTI, L. FUMAGALLI, Z. CRESPI REGHIZZI, *Puntive Damages and Private International Law: State of the Art and Future Developments,* Milano, 2019, che raccoglie gli atti di un Convegno internazionale organizzato presso l'Università Statale di Milano il 11 maggio 2018.

[2] Corte EDU, 21 luglio 2015, caso *Oliari e altri c. Italia*.



evitare una lesione del principio di eguaglianza, alla più permissiva tra le legislazioni estere che regolano la stessa materia" [3]. E questo addirittura anche nel caso in cui ci si rechi all'estero al solo scopo di eludere un divieto vigente in patria.

A tutela della propria armonia interna, in via eccezionale, l'ordinamento nazionale può rinunciare al coordinamento e dunque chiudersi in se stesso. Lo strumento utilizzato è il c.d. limite (o eccezione) di ordine pubblico, previsto dalla l. 31 maggio 1995, n. 218 (recante la "Riforma del sistema italiano di diritto internazionale privato") [4], limite la cui portata è per definizione vaga. L'ordine pubblico infatti muta nello spazio (da Stato a Stato) e nel tempo (ciò che oggi è contrario all'ordine pubblico, potrebbe non esserlo domani alla luce dell'evoluzione normativa); muta a seconda che si tratti di applicare una norma straniera piuttosto che di riconoscere una decisione estera (e in questa seconda ipotesi muta a seconda che siano in gioco aspetti processuali – nello spazio giudiziario europeo il setaccio si è fatto più largo per favorire la circolazione delle sentenze – o aspetti sostanziali); muta a seconda della fonte di partenza (legge, regolamento dell'Unione europea, convenzione internazionale) e della fonte da cui attingere i principi inderogabili (normativa interna, sovranazionale o internazionale).

Già si è detto che il problema si pone principalmente per gli *status* familiari ma va registrato il progressivamente interessamento di altri settori, incluso quello della responsabilità civile.

Basti qui ricordare la sentenza 19 gennaio 2007, n. 1183, con cui la Corte di Cassazione ha affermato che nel nostro ordinamento "l'idea della punizione e della sanzione è estranea al risarcimento del danno" e che alla responsabilità civile è assegnato "il compito precipuo di restaurare la sfera patrimoniale del soggetto che ha subito la lesione, mediante il pagamento di una somma di denaro che tenda a eliminare le conseguenze del danno arrecato". Rimane estranea al sistema, dunque, l'idea della punizione e della sanzione del responsabile civile, ed è indifferente la valutazione a tal fine della sua condotta. Di qui l'incompatibilità con l'ordinamento italiano dell'istituto dei danni punitivi che, per altro verso, non è neanche riferibile alla risarcibilità dei danni non patrimoniali o morali. La Cassazione evoca il limite dell'ordine pubblico "interno" senza peraltro soffermarvisi.

A diversa conclusione la Cassazione perviene, pronunciandosi a sezioni unite, nel 2017. Si tratta di una decisione (la n. 16661) interessante anche perché analizza in maniera approfondita il concetto di ordine pubblico "internazionale", concetto di cui la Corte registra la "profonda evoluzione". L'ordine pubblico infatti si è trasformato da "complesso dei principi fondamentali che caratterizzano la struttura etico-sociale della comunità nazionale in un determinato periodo storico, e nei principi inderogabili immanenti nei più importanti istituti giuridici" a distillato del "sistema di tutele approntate a livello sovraordinato rispetto a quello della legislazione primaria, sicché occorre far riferimento alla Costituzione e, dopo il trattato di Lisbona, alle garanzie approntate ai diritti fondamentali dalla Carta di Nizza, elevata a livello dei trattati fondativi dell'Unione Europea dall'art. 6 TUE" [5].

---

[3] Corte Cost. 23 ottobre 2019 n. 221, in *Nuova giur. civ. comm.,* 2020, 548, con nota di BARONE, punto 14. La Corte ha ritenuto infondata la censura secondo cui la normativa che preclude alle coppie omosessuali l'accesso alla procreazione assistita darebbe luogo a una ingiustificata disparità di trattamento in base alle capacità economiche, facendo sì che l'aspirazione alla genitorialità possa essere realizzata da quelle sole, tra le coppie omosessuali, che siano in grado di sostenere i costi per sottoporsi alle necessarie pratiche mediche in uno dei Paesi esteri che le consentono.

[4] La l. n. 218/1995 prevede, da un lato, che una legge straniera non possa essere applicata "se i suoi effetti sono contrari all'ordine pubblico" (art. 16), dall'altro che una sentenza straniera possa essere riconosciuta in Italia solo se "le sue disposizioni non producono effetti contrari all'ordine pubblico" (art. 64 lett. g).

[5] Il richiamo è a Cass. 21 gennaio 2013, n. 1302, in *Riv. dir. int. priv. proc.*, 2013, 472.



"Pertanto a fungere da parametro decisivo non basta il confronto tra le reazioni delle corti dei singoli Stati alle novità provenienti da uno Stato terzo, o da un altro Stato dell'Unione …. La sentenza straniera che sia applicativa di un istituto non regolato dall'ordinamento nazionale, quand'anche non ostacolata dalla disciplina europea, deve misurarsi con il portato della Costituzione e di quelle leggi che, come nervature sensibili, fibre dell'apparato sensoriale e delle parti vitali di un organismo, inverano l'ordinamento costituzionale. Se con riguardo all'ordine pubblico processuale, ferma la salvaguardia dell'effettività dei diritti fondamentali di difesa, il setaccio si è fatto più largo per rendere più agevole la circolazione dei prodotti giuridici internazionali, con riguardo all'ordine pubblico sostanziale non può dirsi altrettanto. Gli esiti armonizzanti, mediati dalle Carte sovranazionali, potranno agevolare sovente effetti innovativi, ma Costituzioni e tradizioni giuridiche con le loro diversità costituiscono un limite ancora vivo: privato di venature egoistiche, che davano loro "fiato corto", ma reso più complesso dall'intreccio con il contesto internazionale in cui lo Stato si colloca. Non vi potrà essere perciò arretramento del controllo sui principi essenziali della *lex fori* in materie, come per esempio quella del lavoro (v. significativamente Cass. n. 10070/13) che sono presidiate da un insieme di norme di sistema che attuano il fondamento della Repubblica. Nel contempo non ci si potrà attestare ogni volta dietro la ricerca di una piena corrispondenza tra istituti stranieri e istituti italiani. Non avrebbe utilità chiedersi se la *ratio* della funzione deterrente della responsabilità civile nel nostro sistema sia identica a quella che genera i *punitive damages*. L'interrogativo è solo il seguente: se l'istituto che bussa alla porta sia in aperta contraddizione con l'intreccio di valori e norme che rilevano ai fini della delibazione" (par. 6).

In altri termini – come l'apertura, anche – la chiusura dell'ordinamento sarebbe condizionata *in primis* dai precetti costituzionali ma anche dai diritti fondamentali garantiti dall'Unione europea.

Sul versante costituzionale, la Cassazione allude "a una concezione polifunzionale della responsabilità civile, la quale risponde soprattutto a un'esigenza di effettività … della tutela che in molti casi … resterebbe sacrificata nell'angustia monofunzionale" (par. 5.3). Di conseguenza la irrogabilità di danni punitivi, in sé, non è incompatibile con l'ordine pubblico.

La parte più innovativa della pronuncia è però quella della riconosciuta dimensione europea dell'ordine pubblico.

A seguito della c.d. comunitarizzazione del diritto internazionale privato e processuale, "l'ordine pubblico da strumento di tutela dei valori nazionali, da opporre alla circolazione della giurisprudenza, diviene progressivamente 'veicolo di promozione' della ricerca di principi comuni agli Stati membri, in relazione ai diritti fondamentali". Questa svolta viene fatta coincidere con una pronuncia della Corte di Giustizia – erroneamente attribuita alla Corte EDU – relativa all'ordine processuale, e più precisamente al principio dell'equo processo [6] (par. 2.2). L'ordine pubblico europeo avrebbe la funzione "promozionale dei valori tutelati, che mira ad armonizzare il rispetto di questi valori, essenziali per la vita e la crescita dell'Unione" e, in definitiva, a garantire l'armonia interna dell'Unione europea rispetto a valori di Stati terzi. Con la precisazione che "il rapporto tra l'ordine pubblico dell'Unione e quello di fonte nazionale non è di sostituzione, ma di autonomia e coesistenza". Ne è riprova l'art. 67 del Trattato sul funzionamento dell'Unione europea (TFUE), il quale afferma che "l'Unione realizza uno spazio di libertà, sicurezza e giustizia nel rispetto dei diritti fondamentali nonché dei diversi ordinamenti giuridici e delle diverse tradizioni giuridiche degli Stati membri".

Di qui l'enunciazione del seguente principio di diritto (par. 8). "Nel vigente ordinamento alla responsabilità civile non è assegnato solo il compito di restaurare la sfera patrimoniale del soggetto che ha subito la le-

[6] Si tratta della sentenza 28 marzo 2000, causa C-7/98, Dieter Krombach e André Bamberski. La Cassazione richiama invece la sentenza della Corte EDU, 13 febbraio 2001, *Dieter Krombach c. Francia*, ricorso n. 29731/96.



sione, poiché sono interne al sistema la funzione di deterrenza e quella sanzionatoria del responsabile civile. Non è quindi ontologicamente incompatibile con l'ordinamento italiano l'istituto di origine statunitense dei risarcimenti punitivi. Il riconoscimento di una sentenza straniera che contenga una pronuncia di tal genere deve però corrispondere alla condizione che essa sia stata resa nell'ordinamento straniero su basi normative che garantiscano la tipicità delle ipotesi di condanna, la prevedibilità della stessa ed i limiti quantitativi, dovendosi avere riguardo, in sede di delibazione, unicamente agli effetti dell'atto straniero e alla loro compatibilità con l'ordine pubblico".

La Cassazione prende dunque posizione in merito al controverso rapporto tra ordine pubblico europeo e ordine pubblico nazionale. Al riguardo in dottrina sono state prospettate varie teorie.

La prima è quella che vede la prevalenza dell'ordine pubblico europeo su quello dei singoli Stati membri. La *sostituzione* dell'ordine pubblico europeo rispetto all'ordine pubblico nazionale è tuttavia poco convincente, in quanto comporterebbe la rinuncia da parte degli Stati al rispetto dei propri valori identitari. Ricordo, al riguardo, che lo stesso Trattato istitutivo impegna l'Unione europea a rispettare la "identità nazionale" degli Stati membri "insita nella loro struttura fondamentale, politica e costituzionale" (art. 4, par. 2, TUE). Nella prospettiva internazionalprivatistica il rispetto dell'identità nazionale implica la possibilità per gli Stati di continuare a invocare il limite dell'ordine pubblico in sede di riconoscimento di provvedimenti esteri. La Corte di Giustizia ha peraltro precisato in più occasioni che, *nelle relazioni tra Stati membri*, il limite deve essere ricostruito in termini particolarmente restrittivi e applicato in casi assolutamente eccezionali: nello spazio giudiziario europeo, infatti, la regola è la libera circolazione degli atti. Al di là di questa considerazione generale, va osservato che vi sono settori sottratti alla competenza dell'Unione europea: ad esempio il diritto di famiglia, settore in cui – già lo si è sottolineato – è più che in altri frequente l'impatto del limite dell'ordine pubblico.

Più realistico è pensare a una *integrazione* dell'ordine pubblico nazionale da parte dei valori fondanti dell'Unione europea, e dunque alla *coesistenza* di ordine pubblico nazionale e ordine pubblico europeo, che manterrebbero così la propria autonomia. Questa ricostruzione è probabilmente quella più corretta dal punto di vista teorico, in ragione dei rispettivi ambiti di competenza, più rispettosa delle identità nazionali dei singoli Stati membri e nel contempo più funzionale al processo di integrazione europea.

Se dunque la posizione espressa dalla Cassazione è condivisibile, resta il problema di ricostruire il concetto di ordine pubblico europeo in materia di danni punitivi.

La stessa Corte di Giustizia ammette infatti che, per quanto riguarda la concessione di un risarcimento danni e un'eventuale possibilità di liquidare danni punitivi, in mancanza di disposizioni europee in materia, spetta all'ordinamento giuridico interno di ciascuno Stato membro stabilire i criteri che consentono di determinare l'entità del risarcimento, purché i principi di equivalenza e di effettività siano rispettati [7].

Non va dimenticato che nella proposta di regolamento sulla legge applicabile alle obbligazioni extracontrattuali (c.d. Roma II), presentata dalla Commissione nel 2004 [8], figurava una disposizione, l'art. 24, rubricata "Danni e interessi non aventi carattere risarcitorio", dal seguente tenore: "L'applicazione di una disposizione della legge designata dal presente regolamento che conduca ad attribuire danni e interessi non aventi carattere risarcitorio, quali danni o interessi esemplari o punitivi, è contraria all'ordine pubblico comunitario". Questa previsione – in un regolamento adottato nell'ambito della cooperazione giudiziaria in situazioni

[7] C. Giust., 13 luglio 2006, cause riunite C-295/04 a C-298/04, Manfredi e a., punto 92; 17 dicembre 2015, in causa n. 407/14, Camacho, punto 44.

[8] COM/2003/0427 def.



transfrontaliere, e dunque in un atto di natura strumentale – avrebbe indirettamente portato a unificare il diritto materiale degli Stati membri. Per questo motivo la disposizione è stata eliminata. L'unica allusione ai danni punitivi si rinviene oggi nel preambolo del regolamento Roma II (che reca il n. 864/2007), ossia nella parte non precettiva dell'atto. Il considerando 32 recita: "Considerazioni di pubblico interesse giustificano, in circostanze eccezionali, che i giudici degli Stati membri possano applicare deroghe basate sull'ordine pubblico … In particolare, l'applicazione di una disposizione della legge designata dal presente regolamento che abbia l'effetto di determinare il riconoscimento di danni non risarcitori aventi carattere esemplare o punitivo di natura eccessiva può essere considerata contraria all'ordine pubblico del foro, tenuto conto delle circostanze del caso di specie e dell'ordinamento giuridico dello Stato membro del giudice adito". Dunque il legislatore europeo lascia spazio al solo ordine pubblico nazionale.

E qui si pongono due problemi. Il primo riguarda la valutazione circa la natura risarcitoria e la proporzionalità della condanna che, in linea di principio, dovrebbe essere esclusa in sede di riconoscimento di sentenze straniere. Come è noto, il riesame del merito non è ammesso, né in base al diritto italiano (l'art. 798 cod. proc. civ. che consentiva al giudice, su istanza del convenuto, di riesaminare nel merito la causa è stato abrogato dall'art. 73 della l. n. 218/1995) né in base al diritto dell'Unione europea: l'art. 52 del regolamento n. 1215/2012 del 12 dicembre 2012, concernente la competenza giurisdizionale, il riconoscimento e l'esecuzione delle decisioni in materia civile e commerciale (Bruxelles I-*bis*), prevede infatti che "(i)n nessun caso una decisione emessa in uno Stato membro può formare oggetto di un riesame del merito nello Stato membro richiesto".

Il secondo problema riguarda le conseguenze dell'eventuale contrarietà della condanna all'ordine pubblico. Il giudice dovrebbe sempre e comunque negare il riconoscimento della sentenza straniera o procedere al riconoscimento parziale della sentenza, limitatamente alle statuizioni conformi all'ordine pubblico? E in questa seconda eventualità, occorrerebbe optare per un *exequatur* parziale selettivo (riconoscendo solo i danni compensativi e non quelli punitivi) o piuttosto per un *exequatur* parziale riduttivo (riconoscendo sia i danni compensativi che quelli punitivi ma nella sola misura compatibile con il test di proporzionalità)? A favore della prima opzione parrebbe deporre l'art. 11 della Convenzione dell'Aja sugli accordi di scelta del foro del 30 giugno 2005 [9], in base al quale il riconoscimento e l'esecuzione di una decisione possono essere negati se e nella misura in cui la decisione riconosce un risarcimento, anche di carattere esemplare o punitivo, che non indennizza una parte per una perdita o un danno effettivamente subiti.

Insomma, nonostante lo "sdoganamento" dei *punitive damages* da parte della Corte di Cassazione, il problema della loro compatibilità con l'ordine pubblico resta ancora aperto.

[9] La Convenzione è in vigore in Italia dal 1° ottobre 2015.



*GIORGIA VULPIANI*

*Ricercatrice di Diritto privato – Università degli Studi di Macerata*

# TUTELA DELLA VOLONTÀ DEL TESTATORE E DEI LEGITTIMARI (PER UN RIDIMENSIONAMENTO DELLA RILEVANZA DELLA QUESTIONE DELLA TUTELA DEI CREDITORI DEI LEGITTIMARI)

SOMMARIO*: 1. La tutela del legittimario. – 2. La tutela dei creditori personali del legittimario leso o pretermesso. – 3. Legittimazione ad agire in riduzione da parte dei creditori personali del legittimario in via surrogatoria. – 4. L'esperibilità dell'azione revocatoria in caso di rinunzia all'azione di riduzione da parte del legittimario. – 5. L'applicabilità in via analogica dell'art. 524 cod. civ. – 6. La soluzione proposta dalla Cassazione nella pronuncia n. 16623/2019. – 7. La proposta di riforma del codice civile con riguardo alla tutela dei legittimari.*

**1. –** Recenti pronunce di legittimità e di merito costituiscono l'occasione per soffermarsi su una questione di preminente rilievo: la tutela dei creditori del legittimario pretermesso o leso nella sua quota di legittima [1].

Tale questione, ricca di implicazioni pratiche, mette in luce il potenziale conflitto tra la libertà testamentaria e il diritto dei creditori del legittimario a mantenere la garanzia patrimoniale del proprio credito.

Più in generale, è noto come in materia successoria l'autonomia privata incontri un limite innanzitutto nella tutela degli interessi della famiglia [2]; limite che si sostanzia nella previsione dell'intangibilità della legittima [3],

[1] Trib. Gorizia 4 marzo 2021; Trib. Genova 3 marzo 2021; Trib. Bari 10 febbraio, 2021; Trib. Teramo 3 aprile 2020, Cass. 20 giugno 2019, n. 16623, in *Foro it.*, 2019, I, 3604, con note di G. VULPIANI, *Sulla legittimazione dei creditori del legittimario pretermesso ad agire in riduzione ex art. 2900 c.c.*, e di C. DE LORENZO, *L'esercizio, in via surrogatoria, dell'azione di riduzione e il rasoio di Occam*, in *Riv. not*., 2019, 1123, con nota di C. CICERO, *Dell'azione di riduzione da parte dei creditori dei legittimari pretermessi*, in *Not*., 2019, 521, con nota di A. BUSANI, A. CURRAO, *Legittimario pretermesso inerte e azione di riduzione in via surrogatoria* e in *Giur. it.,* 2020, 803, con nota di G.W. ROMAGNO, *Legittimario pretermesso inerte ed esercizio dell'azione di riduzione in via surrogatoria.*

[2] V.R. CASULLI, *Successioni (diritto civile): successione necessaria*, in *Noviss. dig. it*., XVIII, Utet, 1971 in quale afferma che, a differenza della successione legittima, la successione necessaria parte dal presupposto che il legame familiare abbia riflessi economici anche dopo la morte del defunto, dando luogo a una specie di obbligo alimentare sia pure in senso lato, che persiste a suo carico anche oltre la vita […] la protezione o il superiore interesse della famiglia è il dato fondamentale che spiega e giustifica questo particolare tipo di successione». V. anche, L. FERRI, *Dei legittimari*, in *Commentario del codice civile*, a cura di A. SCIALOJA, G. BRANCA, Zanichelli, 1981, 3; G. CAPOZZI, *Successioni e donazioni*, I, Giuffrè, 2015, 289. V., però, S. DELLE MONACHE, *Abolizione della successione necessaria?*, in *Riv. not.*, 2007, 815.

[3] Possono distinguersi due forme di intangibilità: quantitativa e qualitativa. La prima implica che il legittimario abbia diritto solo a conseguire un valore pari alla quota spettantegli; la seconda che il legittimario abbia diritto di conseguire la quota stessa in natura, ossia il diritto di conseguire una quota formata, in proporzione alla sua entità, di una parte di ogni cespite ereditario. Il codice civile segue il principio dell'intangibilità quantitativa, come può evincersi dagli artt. 588, 733, 734 cod. civ. In arg., L. MENGONI, *Successioni per causa di morte. Parte speciale. Successione necessaria*, in *Trattato di diritto civile e commerciale*, di-



ossia di una quota del patrimonio ereditario che spetta inderogabilmente agli stretti congiunti del *de cuius* [4].

Più specificamente, i discendenti, il coniuge o l'unito civilmente [5] e, in mancanza di discendenti, anche gli ascendenti, acquistano il diritto ad una quota del patrimonio del defunto [6], calcolata sulla base dell'asse patrimoniale del *de cuius* al momento dell'apertura della successione, al netto di debiti e pesi ereditari (c.d. *relictum*), nonché dei beni fuoriusciti dal patrimonio dello stesso per effetto di donazioni (c.d. *donatum).*

La legittima si pone, dunque, come limite alla libertà del testatore di disporre del proprio patrimonio, in virtù del principio di solidarietà familiare [7].

Conseguentemente, in caso di lesione della legittima o di totale pretermissione, il nostro ordinamento predispone uno specifico apparato rimediale a tutela della posizione del legittimario stesso; apparato che si compone di tre azioni autonome ma strettamente connesse: l'azione di riduzione in senso stretto; l'azione di

---

retto da A. CICU, M. MESSINEO, 6ª ed., Giuffrè, 2000, 169 ss.; G. CAPOZZI, *Successioni e donazioni*, cit., 468. La riflessione intorno alla natura giuridica della successione necessaria ha dato luogo a tre orientamenti: la teoria del *tertium genus*; la teoria della successione a titolo particolare; la teoria della successione legittima potenziata. Con riguardo alla prima tesi, parte della dottrina ritiene che la successione necessaria presenti caratteri che la distinguono nettamente dalla successione testamentaria e dalla successione legittima; costituirebbe, pertanto un *tertium genus* di successione universale. Infatti, se da un lato essa trova nella legge il suo fondamento, così come la successione legittima, dall'altro, rispetto a quest'ultima, sono diversi i destinatari, le quote e la *ratio.* Si tratterebbe, inoltre, di un tipo di successione che non investe l'intero patrimonio del *de cuius,* ma solo una sua parte, a differenza della successione testamentaria e di quella legittima. In questo senso, V.R. CASULLI, *Successioni (dir. civ.), Successione necessaria*, cit., 787 ss.; G. GROSSO, A. BURDESE, *Le successioni, Parte generale*, in *Trattato di diritto civile*, Utet, 1977, 85. Altra dottrina ritiene, invece, che il legittimario non sia erede, ma successore a titolo particolare, in quanto la legge non assegna allo stesso una quota di eredità, ma un attivo netto che può pervenirgli anche attraverso donazioni o legati. Così, G. AZZARITI, *Le successioni e le donazioni, Libro secondo del codice civile*, Cedam, 1982, 216; L. FERRI, *Dei legittimari*, cit., 7. Infine, secondo la terza ricostruzione teorica la successione legittima e quella necessaria sono da considerarsi specie di uno stesso *genus* perché hanno in comune lo stesso titolo costitutivo (la legge) e lo stesso fondamento (la tutela della famiglia). Come affermato da attenta dottrina (A. CICU, *Successione legittima e dei legittimari*, Giuffrè, 1947, 218) la successione necessaria costituisce un'ipotesi di «successione legittima potenziata», dato che la tutela dei legittimari prevale anche sulla contraria volontà del testatore, operando, invece, la successione *ab intestato* solo in assenza, totale o parziale, di diversa volontà del testatore. Tale ultima tesi risulta prevalente, cfr. L. BARASSI, *Le successioni per causa di morte*, Giuffrè, 1947, 37; L. CARIOTA FERRARA, *Le successioni per causa di morte*, (1977), rist. Esi, 2011, 168; F. SANTORO PASSARELLI, *Dei legittimari*, in *Codice civile. Libro delle successioni per causa di morte e delle donazioni. Commentario,* diretto da M. D'AMELIO, S.A.G. Barbera editore, 1941, 266; A. PINO, *La tutela del legittimario*, Cedam, 1954, 1; G. TAMBURRINO, *La successione necessaria*, in *Enc. dir.*, XLIII, Giuffrè, 1990, 1352; L. MENGONI, *Successioni per causa di morte. Parte speciale. Successione necessaria*, cit., 44; G. CATTANEO, *La vocazione necessaria e la vocazione legittima*, in *Trattato di diritto privato*, diretto da P. RESCIGNO, 5, I, Utet, 1997, 426.

[4] Nel diritto romano si poneva, invece, come criterio centrale la libertà di testare. La locuzione *heres necessarius* era impiegata in senso diverso da quello attuale: erede *necessarius* era chi ereditava contro la propria volontà (*si velint sive nolit*,) ereditando, peraltro, in modo automatico, senza bisogno di accettazione. La libertà di testare nello *ius civile* era limitata in pochi casi, come nell'ipotesi dei *ceteri sui iam nati* (figli e nipoti) preteriti nel testamento che avevano diritto alla metà dell'asse in caso di concorso con estranei istituiti o alla quota virile *ab intestato* in caso di concorso con altri *sui iuris* istituiti. Anche nel diritto pretorio era prevista una limitazione: si concedeva ai liberi non istituiti o preteriti una *bonurum possessio contra tabulas*, da far valere attraverso una querela inofficiosi testamenti. Nel diritto giustinianeo, poi, i liberi preteriti avevano diritto *ad una actio ad implendam legitimam* ove avessero ricevuto dal testatore qualcosa che non soddisfaceva interamente la loro quota e alla querela inofficiosi testamenti in caso di pretermissione. In arg., v. L. MENGONI, *Successioni per causa di morte. Parte speciale. Successione necessaria*, cit., 1 ss.; L. DI LELLA, *Successione necessaria (diritto romano)*, in *Enc. dir.*, XLIII, Giuffrè, 1990, 1338 ss.; G. TAMBURRINO, *Successione necessaria (dir. priv.)*, cit., 1349.

[5] Si veda quanto previsto dall'art. 1, comma 21, l. 20 maggio 2016, n. 76. In arg., V. BARBA, *Norme applicabili agli uniti civili ed effettività della tutela successoria*, in *Famiglie e successioni tra libertà solidarietà*, Esi, 2017, 111 ss.; ID., *La successione dei legittimari*, Esi, 2020, 70 ss. V. anche F. PADOVINI, *Il regime successorio delle unioni civili e delle convivenze*, in *Giur. it.*, 2016, 1817 ss.; R. PACIA, *Unioni civili e convivenze: profili di diritto successorio*, in *Riv. dir. civ.*, 2019, 409 ss.; M. TAMPONI, *Del convivere. La società postfamiliare*, La nave di Teseo, 2019, 175 ss.

[6] E. DAMIANI, *La successione necessaria*, in E. DAMIANI, S. NARDI, *Diritto ereditario*, Simple, 2018, 179 ss.

[7] G. TAMBURRINO, *La successione necessaria*, cit., 1352.



restituzione contro i beneficiari delle disposizioni ridotte e l'azione di restituzione contro i terzi acquirenti [8].

La prima ha lo scopo di accertare l'*an* e il *quantum* della lesione e conseguentemente far dichiarare l'inefficacia delle disposizioni lesive [9] nei confronti del legittimario [10], mentre le altre mirano al recupero dei beni oggetto delle disposizioni lesive rese inefficaci dall'azione di riduzione.

L'ordinamento appresta poi altre tutele al legittimario, quali, ad esempio, la possibilità di proporre l'azione di simulazione rispetto ad un atto solo all'apparenza concluso a titolo oneroso [11]; l'opposizione alla tra-

---

[8] È opportuno ricordare, come precisato dalla recente Cass. 8 settembre 2021, n. 24169, che l'istituito nella disponibile, qualora riceva con testamento beni di valore inferiore, per porre rimedio al divario fra quota e porzione, non ha un'azione assimilabile a quella di riduzione, che compete solo ai legittimari, ma nel concorso dei presupposti di cui all'art. 763 cod. civ. può esercitare l'azione di rescissione per lesione, ammessa anche nel caso di divisione del testatore.

[9] Con particolare riferimento alla riduzione della donazione modale, v. Cass. 7 aprile 2015, n. 6925, in *Giur. it*., 2016, 574, con nota di L. GIUSTOZZI, *Donazione modale e lesione della legittima* e in *Fam. dir*., 2016, 18, con nota di F.S. MATTUCCI, *Sulla riduzione della donazione modale.* Quanto alla riduzione delle liberalità indirette, v. U. CARNEVALI, *Sull'azione di riduzione delle donazioni indirette che hanno leso la quota di legittima*, in *Studi in onore di L. Mengoni*, I, Giuffrè, 1995, 131 ss.; L. MENGONI, *Successioni per causa di morte. Parte speciale. Successione necessaria*, cit., 251 ss. In tema di azione di riduzione ed usucapione, v. C. CICERO, G.W. ROMAGNO, *Azione di riduzione ed eccezione di usucapione*, in *Not.*, 2018, 995.

[10] Funzione dell'azione risiede nel rendere inefficaci nei confronti del legittimario le disposizioni o le donazioni lesive del proprio intangibile diritto alla legittima. Con il vittorioso esperimento dell'azione di riduzione i beni di cui il testatore ha disposto si considerano come se non fossero mai usciti dal suo patrimonio e il trasferimento lesivo della legittima si considera come mai avvenuto nei confronti del legittimario. Quest'ultimo acquista, pertanto, i beni oggetto delle disposizioni lesive non in forza della sentenza, ma in forza della vocazione legale necessaria. L. MENGONI, *Successioni per causa di morte. Parte speciale. Successione necessaria*, cit., 235 ss. La giurisprudenza ha precisato che ove la lesione della legittima sia determinata dall'alienazione a terzi, ad opera dell'erede o del legatario, di beni oggetto di disposizione testamentaria, legittimato passivo rispetto all'azione di riduzione esperita dal legittimario è soltanto il beneficiario della disposizione testamentaria lesiva della legittima, e non anche i possessori dei beni con cui questa deve essere reintegrata – i quali, al contrario, sono legittimati passivi rispetto alla domanda di restituzione conseguente al vittorioso esperimento della prima azione – avendo l'azione di riduzione comunque ad oggetto i beni appartenenti al *de cuius*, sebbene già alienati, atteso che l'effetto della pronunzia è comunque quello di rendere inefficace nei confronti del legittimario la disposizione lesiva, e ciò anche nei confronti degli eventuali terzi acquirenti, salvi, nei confronti di costoro, gli effetti derivanti dall'omessa trascrizione della domanda di riduzione, *ex* art. 2652, n. 8, cod. civ. In questo senso, v. Cass. 25 luglio 2017, n. 18280. Quanto alla natura giuridica, dottrina e giurisprudenza ritengono si tratti di un'azione personale, non reale a differenza dell'azione di petizione dell'eredità, in quanto il legittimario, esercitando l'azione di riduzione, fa valere un diritto potestativo alla reintegrazione della quota allo stesso riservata – e non un diritto sui beni di cui il defunto abbia disposto – ed, inoltre, propone l'azione stessa non contro l'attuale titolare del bene oggetto della disposizione lesiva, bensì nei confronti del beneficiario. V., in arg. L. MENGONI, *Successioni per causa di morte. Parte speciale. La successione necessaria*, cit., 231, nt. 17. Si ritiene, inoltre, che si tratti di un'azione con effetti retroattivi reali: gli effetti retroagiscono al momento dell'apertura della successione non solo tra le parti, ma anche nei confronti dei terzi, salvo i limiti di cui agli artt. 561, commi 1 e 2, e 563, comma 3, cod. civ. Il legittimario, pertanto, acquisterà la quota di legittima sin dal momento dell'apertura della successione, in arg., G. CAPOZZI, *Successioni e donazioni*, cit., 559 ss. Costituiscono necessari antecedenti dell'azione di riduzione sono la riunione fittizia e l'imputazione della quota del legittimario di quanto ha ricevuto dal defunto, ne consegue che le richieste volte all'esatta ricostruzione del *relictum* e del *donatum*, mediante l'inserimento di altri beni, non costituiscono domande, ma deduzioni che attengono ai presupposti dell'azione di riduzione e, come tali, da ritenere implicitamente contenute nella domanda introduttiva, v. la recente Cass. 27 agosto 2021, n. 17926.

[11] L'azione di riduzione può essere proposta anche congiuntamente all'azione di simulazione e all'azione di divisione. Con riferimento al rapporto tra azione di riduzione e di simulazione, la Cassazione ritiene che l'erede legittimario che chieda la dichiarazione di simulazione di una vendita fatta dal *de cuius*, diretta a dissimulare, in realtà, una donazione, agisce per la tutela di un proprio diritto ed è terzo rispetto alle parti contraenti, sicché la prova testimoniale e per presunzioni è ammissibile senza limiti quando, sulla premessa che l'atto simulato comporti una diminuzione della sua quota di riserva, proponga contestualmente all'azione di simulazione una domanda di riduzione della donazione dissimulata, diretta a far dichiarare che il bene fa parte dell'asse ereditario e che la quota a lui spettante va calcolata tenendo conto del bene stesso. In questo senso, Cass. 22 settembre 2014, n. 19912; Cass. 31 luglio 2020, n. 16515, in *Dir. & Giust.,* 2020, 3 agosto, con nota di L. TANTALO, *Il legittimario può agire per la domanda di simulazione di una vendita effettuata dal* de cuius; Cass. 8 settembre 2021, n. 24178, in *Guida dir*., 2021, 49. La giurisprudenza ha, inoltre, chiarito che ai fini della prova della simulazione di una vendita posta in essere dal *de cuius* per dissimulare una donazione, l'erede legittimario può ritenersi terzo, rispetto agli atti impugnati, con conseguente ammissibilità senza limiti della prova della simulazione, solo quando



scrizione delle donazioni *ex* art. 563 [12] e la c.d. cautela sociniana di cui all'art. 550 [13]. La dottrina ritiene, peraltro, ammissibile che il legittimario possa tutelarsi anche attraverso gli accordi di reintegrazione della legittima [14].

Limitandosi all'azione di riduzione e ai rimedi a questa connessi, sono in primo luogo ipotizzabili i se-

---

contestualmente all'azione volta alla dichiarazione di simulazione, proponga anche una espressa domanda di riduzione della donazione dissimulata, facendo valere la sua qualità di legittimario e fondandosi sulla specifica premessa che l'atto dissimulato comporti una lesione del suo diritto personale alla integrità della quota di riserva spettantegli, in quanto solo in questo caso egli si pone come terzo, nei confronti della simulazione. In questo senso, v. Cass. civ., sez. II, 7 gennaio 2019, n. 125, in *Guida dir.*, 2019, 16, 58; Cass. 9 maggio 2019, n. 12317, in *Foro it.,* 2019, I, 3219 e in *Giur. it.,* 2021, 1342, con nota di L. AMMIRATI, *Terzietà del legittimario rispetto alla vendita simulata dal* de cuius; Cass. 31 luglio 2020, n. 16535, in *Familia.it*, 2 settembre 2020, con nota di L. COLLURA, *Azione di simulazione esperita dal legittimario contro un negozio del de cuius: la Casszione fissa le coordinate operative*; Cass. 8 settembre 2021, n. 24178, cit. Sulla possibilità per il legittimario di proporre azione di simulazione presuccessoria, Cass., 9 maggio 2013, n. 11012, in *Guida dir.,* 2003, 39, 93; App. Roma 3 giugno 2017 (in *Giur. it.*, 2019, 314 ss., con nota di V. VERDICCHIO, *Azione di simulazione e opposizione alla donazione dissimulata*), secondo cui in presenza di donazioni dissimulate è da considerare coerente con la ratio della novella della legge del 2005, ai fini di una maggiore tutela dei legittimari, il riconoscimento della legittimazione degli stessi ad agire in simulazione *ante mortem* del disponente. V. anche, A. MUSTO, *Simulazione presuccessoria e tutela dei legittimari*, Esi, 2017, 245 ss.; *contra*, L. MENGONI, *Successioni per causa di morte. Parte speciale. Successione necessaria*, cit., 208, secondo cui, finché l'alienante è in vita, il futuro erede riservatario di una quota di eredità non è legittimato a domandare l'accertamento della simulazione. Quanto al rapporto tra azione di riduzione e di divisione, la giurisprudenza ha precisato che l'azione di riduzione non può ritenersi implicita nell'azione di divisione, in quanto le due azioni hanno *petitum* e *causa petendi* diversi: ne consegue che l'azione di riduzione non può essere proposta per la prima volta in appello, v. Cass. civ., sez. II, 7 gennaio 2019, n. 125, in *Guida dir.*, 2019, 16, 58; Cass. 4 settembre 2020, n. 18468, in *Studium Juris*, 2021, 4, 504. Pertanto, il legittimario che sostenga di essere stato leso nei suoi diritti deve domandare innanzitutto la riduzione delle disposizioni testamentarie o delle donazioni lesive e, in subordine, la divisione. Infatti, solo nell'eventualità in cui la prima istanza sia accolta può essere presa in considerazione la seconda. V. anche Cass. civ., sez. II, 10 aprile 2017, n. 9192; Cass. civ., sez. VI-2, ord. 22 giugno 2017, n. 15546, in *Fam. dir.*, 2018, 1077, con nota di S. SCUDERI, *Sul rapporto tra l'azione di simulazione proposta dai legittimari e l'azione di riduzione*. V. anche, M. CAMPISI, *Azione di riduzione e tutela del terzo acquirente*, in *Riv. not.*, 2006, 1269 ss.; A. MUSTO, *Simulazione parasuccessoria e tutela dei legittimari*, cit., 27 ss.; M. CRISCUOLO, *L'azione di simulazione del futuro legittimario*, in *Not.*, 2019, 254.

[12] Introdotta dalla l. 14 maggio 2005, n. 80. In arg., G. GABRIELLI, *Tutela dei legittimari e tutela degli aventi causa dal beneficiario della donazione lesiva: una riforma attesa, ma timida*, in *Studium Juris*, 2005, 1133; G. BARALIS, *Riflessioni sull'atto di opposizione alla donazione a seguito della modifica dell'art. 563 cod. civ.*, in *Riv. not.* 2006, 295; A. BUSANI, *Il nuovo atto di opposizione alla donazione (art. 563, comma 4°, cod. civ.) e le donazioni anteriori: problemi di diritto transitorio*, in *Nuova giur. civ. comm.*, 2006, 255; S. DELLE MONACHE, *Tutela dei legittimari e limiti nuovi all'opponibilità della riduzione nei confronti degli aventi causa dal donatario*, in *Riv. notariato*, 2006, 307; ID., *Successione necessaria e sistema di tutele del legittimario*, Esi, 2008, 57; R. CALVO, *L'opposizione alle donazioni*, in *Riv. trim. dir. proc. civ.,* 2011, 349. Più recentemente, v. V. BARBA, *La successione dei legittimari*, cit., 455; U. PERFETTI, *Legittimari*, in *Comm. cod. civ. Scialoja Branca Galgano*, a cura di G. DE NOVA, Zanichelli, 2021, 472 ss.

[13] In particolare, l'art. 550 cod. civ. prevede che quando il testatore dispone di un usufrutto ovvero di una rendita vitalizia il cui reddito eccede quello della porzione disponibile, i legittimari, ai quali è stata assegnata la nuda proprietà della disponibile o di parte di essa, hanno la scelta o di eseguire la disposizione o di abbandonare la nuda proprietà della disponibile. Nel secondo caso il legatario, conseguendo la disponibile abbandonata, non acquista la qualità di erede. La stessa scelta spetta ai legittimari quando il testatore ha disposto della nuda proprietà di una parte eccedente la disponibile. Funzione della cautela è «quella di attribuire al riservatario un'opzione per i casi in cui l'alea insita nella capitalizzazione dell'usufrutto, a causa dell'impossibilità di calcolare la durata di vita dell'usufruttuario, impedisca di calcolare se vi sia o meno lesione», così E. DAMIANI, *L'intangibilità della legittima*, in E. DAMIANI, S. NARDI, *Diritto ereditario*, cit., 229. In arg. v. anche S. PUGLIATTI, *Sulla così detta cautela sociniana*, in *Diritto civile (saggi),* Giuffrè, 1951, 629 ss.; G.M. CASTELLINI, *Usufrutto e nuda proprietà eccedenti la disponibile*, in *Riv. trim. dir. proc. civ.*, 1966, 20 ss.; L. MENGONI, *Successioni per causa di morte. Parte speciale. Successione necessaria*, cit., 348.

[14] In arg., F. SALVATORE, *Accordi di reintegrazione della legittima, accertamento e transazione*, in *Riv. not.*, 1996, 212; A. GENOVESE, *L'atipicità dell'accordo di reintegrazione della legittima*, in *Nuova giur. civ. comm.*, 2007, 502; ID., *Annullabilità per errore e rescissione per lesione dell'atto di reintegrazione della legittima*, in *Fam. pers. succ.*, 2007, 812; ID., *L'accordo di reintegrazione della legittima*, in *Trattato di diritto delle successioni e delle donazioni*, diretto da G. BONILINI, III, Giuffrè, 2009, 615; D. CAVICCHI, *Accordi per la reintegrazione della legittima*, in *Contratti*, 2009, 1020; G. SANTARCANGELO, *Gli accordi di reintegrazione della legittima*, in *Not.*, 2011, 162 ss.; L. DAMBROSIO, *Contratti di reintegrazione della legittima e negozio di accertamento*, in *Nuova giur. civ. comm.*, 2015, 728; G. ORLANDO, *Gli accordi di reintegrazione della legittima*, Esi, 2018, 10 ss.



guenti casi di lesione della posizione del legittimario: a) il legittimario viene pretermesso; b) il legittimario viene chiamato all'eredità, ma è leso nella sua quota di legittima.

In entrambi i casi il legittimario può tutelare le proprie ragioni con l'azione di riduzione di cui all'art. 553 cod. civ. Nel primo (pretermissione) agisce per l'accertamento della qualità di erede e per la reintegrazione della propria quota. Nel secondo caso (lesione) il legittimario agisce solo per reintegrare la propria quota.

Altra ipotesi in cui viene in rilievo la possibilità di proporre l'azione di riduzione è il legato in sostituzione di legittima di cui all'art. 551 cod. civ., ossia quell'attribuzione a titolo particolare che tacita il diritto di legittima e che preclude, ove non rinunciato [15], l'esercizio dell'azione di riduzione [16]. In questo caso, il legittimario ha davanti a sé due vie [17]: a) conseguire il legato e perdere la possibilità di agire in riduzione, anche se, in ipotesi, il valore del legato è inferiore alla quota di legittima [18]; b) rinunziare al legato e, divenuto pre-

[15] Sull'acquisto del legato, v., tra i più recenti, E. DAMIANI, *Dei Legati,* in *Comm. cod. civ., Scialoja Branca Galgano*, a cura di G. DE NOVA, Zanichelli, 2020, 1 ss.

[16] F. SANTORO-PASSARELLI, *Legato privativo di legittima*, in *Saggi di diritto civile*, II, Jovene, 1961, 300 ss., definisce il legato in sostituzione come un legato privativo proprio perché priva il legatario del diritto a conseguire la legittima. La dottrina e la giurisprudenza evidenziano che la natura sostitutiva del legato deve risultare da una manifestazione di volontà certa ed univoca del testatore, ricostruibile sulla base del contenuto del testamento, senza bisogno di formule sacramentali. In arg., L. MENGONI, *Successioni a causa di morte. Parte speciale. Successione necessaria*, cit., 115 ss.; A. BUCELLI, *Dei legittimari*, in *Il Codice Civile Commentario*, fondato da P. SCHLESINGER e diretto da G. BUSNELLI, Giuffrè, 2012, 372; E. DAMIANI, *L'intangibilità della legittima*, in E. DAMIANI, S. NARDI, *Diritto ereditario*, cit., 192. In giur., tra le più recenti, Cass., 31 maggio 2018, n. 13868, in *Riv. not.*, 2018, 1216; Cass. 20 novembre 2017, n. 27413, in *Riv. not*., 2018, 413; Cass. 3 novembre 2014, n. 2331, in *Dir. & giust.*, 2014, 1, 23, con nota di D. ACHILLE, *Interpretazione della volontà testamentaria e legati ai legittimari: rileva l'intento tacitativo del testatore.*

[17] Parte della dottrina ritiene che il legittimario sia titolare di un diritto potestativo, potendo scegliere tra due alternative individuate dal legislatore. V., TAMBURRINO, *Successione necessaria*, cit., 1365.

[18] Parte della dottrina ritiene che, essendo il legato in sostituzione una *species* del *genus* legato, l'attribuzione a titolo particolare in sostituzione di legittima si acquisti senza bisogno di accettazione, salva la facoltà di rinunziare *ex* art. 649, comma 1, cod. civ. In arg. L. MENGONI, *Successioni a causa di morte. Parte speciale. Successione necessaria*, cit., 118 s.; L. FERRI, *Dei legittimari*, in *Commentario del codice civile*, cit., 134; G. CAPOZZI, *Successioni e donazioni*, I, cit., 491. V. però A. BUCELLI, *Dei legittimari*, cit., 380, secondo cui «è proprio la disciplina dettata dalla norma speciale che apre un problema teorico e che, nel ragionamento di alcuni, va ad incrinare la convinzione più diffusa. Ciò in quanto, una volta aperta la successione, l'onorato ha sì la "facoltà di rinunziare" (art. 649, comma 1), il che sembra confermare un acquisto già avvenuto; al tempo stesso però può "chiedere la legittima" (art. 551, comma 1)». V. anche E. DAMIANI, *Il legato*, in *Le successioni*, a cura di E. DEL PRATO, I, Zanichelli, 2012, 247, «si è dell'opinione che nel legato sostitutivo l'acquisto del legato, cui è collegata la perdita dell'azione di riduzione, necessiti di un atto di accettazione: l'art. 551 cod. civ., dunque, deroga all'art. 649 cod. civ., nella parte in cui quest'ultima disposizione esclude la necessità dell'atto di adesione ai fini dell'acquisto». Più in generale sull'acquisto del legato, v., a favore dell'automaticità dell'acquisto, A. BUTERA, *Il codice civile italiano commentato secondo l'ordine degli articoli. Libro delle successioni per causa di morte e delle donazioni*, Utet, 1940, 330; S. PUGLIATTI, *Della istituzione di erede e dei legati*, in *Comm. cod. civ.*, diretto da M. D'AMELIO, S.A.G. Barbera editore, 1941, 544 ss.; L. BARASSI, *Le successioni per causa di morte*, Giuffrè, 1947, 347; C. GANGI, *La successione testamentaria nel vigente diritto italiano*, I, 2ª ed., Giuffrè, 1952, 93 ss.; F. MESSINEO, *Manuale di diritto civile e commerciale*, VI, Giuffrè, 1962, 507; D. BARBERO, *Sistema istituzionale del diritto privato italiano*, Utet, 1965, 965; L. CARIOTA FERRARA, *Le successioni per causa di morte*, cit., 153; A. TRABUCCHI, *Legato (diritto civile)*, *Noviss. dig. it.*, IX, Utet, 1963, 615 ss.; A. GIORDANO-MONDELLO, *Legato (diritto civile)*, in *Enc. dir.*, XXXIII, Giuffrè, 1973, 744; G. BENEDETTI, *Struttura della remissione (spunti per una dottrina del negozio unilaterale)*, in *Riv. trim. dir. proc. civ.*, 1962, 1311; ID., *Dal contratto al negozio unilaterale*, Giuffrè, 1969, 173 ss.; A. MASI, *Dei legati*, in *Comm. cod. civ.*, a cura di A. SCIAOLOJA, G. BRANCA, Zanichelli, 1979, 1 ss.; E. PEREGO, *I legati*, in *Trattato di diritto privato* diretto da P. Rescigno, VI, Utet, 1982, 193 ss.; G. AZZARITI, *Successioni e donazioni*, Jovene, 1990, 454; G. BONILINI, *I legati*, in *Cod. civ. Commentario*, fondato da P. SCHLESINGER, diretto da F.D. BUSNELLI, Giuffrè, 2006, 169 ss.; ID., *Acquisto e rinunzia*, in G. BONILINI e G.F. BASINI, *I legati*, in *Trattato di diritto civile del Consiglio Nazionale del Notariato* diretto da P. Perlingieri, Esi, 2003, 203 ss. In senso contrario all'automaticità dell'acquisto del legato, v., A. CICU, *Testamento*, 2ª ed., Giuffrè, 1951, 232 ss.; A. TRABUCCHI, *Forma necessaria per la rinunzia al legato immobiliare e natura della rinunzia al legato sostitutivo*, in *Giur. it.*, 1954, I, 1, 991 ss.; L. FERRI, *Rinunzia e rifiuto nel diritto privato*, Giuffrè 1960, 11 ss.; G. CRISCUOLI, *Le obbligazioni testamentarie*, 2ª ed., Giuffrè, 1980, 383 ss. e 474 ss. Nello stesso senso cfr. anche E. DAMIANI, *Il contratto con prestazioni a carico del solo proponente*, Giuffrè, 2000, 136 ss.; S. NARDI, *Riflessioni in tema di rinunzia al c.d. "legato immobiliare"*, in *Giust. civ.*, 2001, 1, 1913 ss.



termesso, esperire l'azione di riduzione, acquistando, in caso di esito positivo, la qualità di erede [19].

Dunque, la rinunzia al legato sostitutivo fa sì che il soggetto si trovi nella stessa situazione di un legittimario pretermesso ed è condizione dell'azione di riduzione [20]; condizione che può intervenire fino al momento della decisione [21] e la cui assenza deve essere rilevata d'ufficio dal giudice [22]. Occorre, tuttavia, ricordare che il secondo comma dell'art. 551 cod. civ., se da un lato prevede che il legittimario «se preferisce conseguire il legato, perde il diritto di chiedere un supplemento, nel caso che il valore del legato sia inferiore a quello della legittima», dall'altro, dispone anche che «tale disposizione non si applica quando il testatore ha espressamente attribuito al legittimario la facoltà di chiedere il supplemento». In questo caso, la natura del legato sostitutivo è discussa in dottrina. Una prima ricostruzione ritiene che, nel caso in cui il testatore abbia previsto la possibilità di chiedere il supplemento, il legittimario sia, nonostante il tenore letterale della norma, un erede, la cui quota sarebbe composta in parte dall'oggetto del legato e in parte dal supplemento. Pertanto la volontà del *de cuius* sarebbe quella di istituire il legittimario nella sua quota di legittima. Ne consegue che il beneficiario, dovendosi considerare erede sin dal momento dell'apertura della successione, per ottenere il supplemento non dovrebbe agire con l'azione di riduzione, bensì proporre la petizione di eredità [23].

Un'altra ricostruzione ritiene, invece, che il legato in sostituzione con diritto al supplemento sia da qualificare come legato in conto di legittima [24]. Infatti, nel caso di legato in conto di legittima di cui all'art. 552 cod. civ., il legittimario ha facoltà di chiedere il supplemento e di esercitare l'azione di riduzione [25].

---

[19] G. CAPOZZI, *Successioni e donazioni*, I, cit., 492. In giurisprudenza si è evidenziato che il termine per rinunziare al legato sostitutivo è connesso al termine per l'esercizio dell'azione di riduzione. V. Cass. civ., 26 gennaio 1990, n. 459, in *Giust. civ*., 1990, I, 1241 e in *Riv. not.*, 1990, II, 1122.

[20] Cass. 22 luglio 2004, n. 13785; Cass. 4 agosto 2017, n. 19646, in *Foro it.*, 2018, I, 1008, secondo cui la rinuncia al legato è «una condizione dell'azione e non di un presupposto processuale, nella quale ultima categoria vanno, invece, inquadrati l'interesse ad agire e la *legitimatio ad causam*». Le Sezioni Unite hanno, inoltre, precisato che il legittimario destinatario di un legato in sostituzione di legittima avente ad oggetto un bene immobile, ove intenda esercitare l'azione di riduzione, deve rinunciare in forma scritta *ex* art. 1350, primo comma, n. 5 cod. civ., «risolvendosi la rinuncia in un atto dismissivo della proprietà di beni già acquisiti al suo patrimonio; infatti, l'automaticità dell'acquisto non è esclusa dalla facoltà alternativa attribuita al legittimario di rinunciare al legato e chiedere la quota di legittima, tale possibilità dimostrando soltanto che l'acquisto del legato a tacitazione della legittima è sottoposto alla condizione risolutiva costituita dalla rinuncia del beneficiario, che, qualora riguardi immobili, è soggetta alla forma scritta, richiesta dalla esigenza fondamentale della certezza dei trasferimenti immobiliari», così Cass., sez. un., 29 marzo 2011, n. 7098, in *Nuova giur. civ*., 2011, I, 923, con nota di F. COSTANTINO, *La rinunica in forma scritta ad un legato in sostituzione di legittima avente ad oggetto beni immobili* e in *Riv. not.*, 2011, 1214. In dottrina v. G. AZZARITI, *Le successioni e le donazioni*, cit., 523; STOLFI, *In tema di forma della rinuncia al legato di immobili*, in *Foro it*., 1954, I, 754 ss.; C.M. BIANCA, *Diritto civile,* 2.2, *Le successioni*, Giuffrè, 2012, 192.

[21] Cass. civ., sez. II, 4 agosto 2017, n. 19646, cit., «rappresenta un principio consolidato quello per cui la condizione dell'azione – quale deve ritenersi la rinuncia al legato in sostituzione di legittima – può intervenire, in quanto requisito di fondatezza della domanda, fino al momento della decisione (cfr., fra le tante, Sez. I, Sentenza n. 4703 del 03 marzo 2006, Sez. III, Sentenza n. 17064 del 02 dicembre 2002 e Sez. I, Sentenza n. 8388 del 20 giugno 2000). In particolare, costituisce condizione dell'azione l'evento – fattuale o giuridico – che, quand'anche insussistente al momento della proposizione della domanda, consente al giudice di esaminare il merito della controversia se, al tempo della decisione, risulta essersi verificato».

[22] Cass. 18 aprile 2000, n. 4971, in *Giur. it.*, 2001, 30; Cass. civ., 16 maggio 2007, n. 11288.

[23] A. CICU, *Successioni per causa di morte. Parte generale: delazione e acquisto dell'eredità-Divisione ereditaria*, Milano, 1961, 244; F. MESSINEO, *Manuale di diritto civile e commerciale*, VI, cit., 531; L. BARASSI, *Le successioni per causa di morte*, Milano, 1962, 262; F. SANTORO PASSARELLI, *Dei legittimari*, in *Codice civile. Libro delle successioni per causa di morte e delle donazioni. Commentario*, cit., 302; G. CAPOZZI, *Successioni e donazioni*, I, cit., 502.

[24] G. CATTANEO, *La vocazione necessaria e la vocazione legittima*, cit., 408.

[25] Secondo L. FERRI, *Dei legittimari*, cit., 140, il diritto al supplemento deve ritenersi implicito nella stessa natura del legato in conto di legittima, senza la necessità di un espresso riconoscimento da parte del testatore. Mentre un'espressa disposizione del testatore occorrerebbe affinché il legittimario possa conseguire il legato e, in più, domandare la legittima. V. anche A. CICU, *Successione legittima e dei legittimari*, Giuffrè, 1943, 223.



Una terza tesi afferma, infine, che occorra distinguere caso per caso e verificare l'effettiva volontà del testatore: disporre di un legato in conto di legittima o di un legato in sostituzione di legittima con diritto al supplemento. Tale legato si configurerebbe, peraltro, come semplice legato in sostituzione preclusivo dell'azione di riduzione, cui si aggiunge un diritto di credito verso gli eredi da far valere con una semplice azione obbligatoria [26].

Potrebbe, infine, prospettarsi una lesione della legittima operata dal testatore in sede di divisione. Anche in questo caso il legittimario potrà esperire azione di riduzione *ex* art. 735, comma 2, cod. civ.

**2.** – Il nostro ordinamento non predispone specifici strumenti di tutela dei creditori del legittimario.

Dottrina e giurisprudenza si sono, pertanto, a lungo interrogate sui possibili rimedi a loro disposizione [27], soprattutto in considerazione delle varie situazioni prospettabili a detrimento della posizione dei creditori dei successori necessari. Come messo in luce da parte della dottrina, potrebbero delinearsi delle ipotesi di frode attuata in via testamentaria ai danni dei creditori personali del legittimario, attraverso, ad esempio, un accordo tra il testatore e suo figlio [28]. Più in particolare potrebbero delinearsi le seguenti situazioni in pregiudizio dei creditori del legittimario: il legittimario pretermesso o leso nella sua quota di legittima resta inerte e non esercita l'azione di riduzione o rinunzia all'azione; il legittimario cui è stato attribuito un legato in sostituzione di legittima in quota inferiore alla legittima non manifesta la preferenza o decide di conseguire il legato; il legittimario legatario *ex* art. 552 cod. civ. non propone l'azione di riduzione per reintegrare la quota.

La riflessione dottrinale e giurisprudenziale in argomento si incentra, in modo particolare, sulla possibilità per i creditori del legittimario di tutelare le proprie ragioni esperendo l'azione di riduzione che spetterebbe ai legittimari lesi o pretermessi [29].

---

[26] L. Mengoni, *Successioni per causa di morte. Parte speciale. Successione necessaria*, cit., 128 ss.

[27] Tra i contributi più recenti, A. Leuzzi, C. Cicero, *La rinuncia del legittimario pretermesso all'azione di riduzione e i mezzi di tutela dei creditori e del curatore fallimentare* in *Not.*, 2018, II, 664; S. Pagliantini, *Legittimario pretermesso e tutela dei creditori: un esempio di massima (dottrinale) mentitoria*, in *Dir. succ. fam.,* 2018, 495; C. Caccavale, *Le ragioni dei creditori del legittimario insolvente, leso, o pretermesso*, in *Rass. dir. civ.,* 2019, 1; E. Damiani, *La tutela del legittimario e il presunto principio di tutela dei suoi creditori*, in *Riv. dir. civ*., 2019, 847 ss.; Id., *Tutela della volontà del testatore, tutela del legittimario e il presunto principio di tutela dei suoi ceditori*, in *Profili problematici della successione dei legittimari*, a cura di E. Damiani, Eum, 2019, 11 ss.; P. Mazzamuto, *La tutela dei creditori del legittimario leso o pretermesso*, in *www.comparazionedirittocivile.it*, 2019, 25 ss.; Id., *Ancora sulla tutela dei creditori personali del legittimario leso o pretermesso*, in *juscivile.it*, 2020, 5, 1189 ss.; Id., *La tutela dei creditori personali del legittimario leso o pretermesso*, Esi, 2021, 81 ss.; M. Tatarano, *Il sistema delle tutele dei creditori particolari del legittimario leso*, in *Dir. succ. fam.,* 2019, 219; V. Barba, *La successione dei legittimari*, cit., 330; S. Brandani, *La tutela del creditore personale del legittimario leso nei suoi diritti di legittima: quando è l'inerzia a fare da sponda alla frode*, in *Dir. succ. fam*., 2020, 1 ss.; A.L. Coggi, *L'esercizio dell'azione di riduzione tra scelta discrezionale del legittimario pretermesso e ragioni di tutela dei suoi creditori personali*, in *Nuova giur. civ. comm*., 2020, 73; I.L. Nocera, *Esperibilità dell'azione di riduzione in via surrogatoria e acquisto della qualità di erede*, in *Corr. giur.,* 2020, 1353 ss.; Id., *La tutela dei creditori del legittimario*, Giappichelli, 2020, *passim*; A. Purpura, *La fisionomia del testamento tra volontà negativa e traduzione di regola successoria*, in *Persona e mercato*, 2020, 303; G.W. Romagno, *Legittimario pretermesso inerte ed esercizio dell'azione di riduzione in via surrogatoria*, in *Giur. it.,* 2020, 803; Id., *Volontà testamentaria e tutela del credito: le ragioni di una preferenza*, in *Riv. dir. civ.,* 2020, 335 ss.; Id., *Libertà testamentaria, successione necessaria e tutela del credito*, Esi, 2021; U. Perfetti, *Legittimari*, cit., 393 ss.

[28] L. Mengoni, *Successioni per causa di morte. Parte speciale. Successione necessaria*, cit., 123 ss.; S. Pagliantini, *La frode per testamento ai creditori del legittimario: sulla c.d. volontà testamentaria negativa e tecniche di tutela dei creditori*, in *Tradizione e modernità del diritto ereditario nella prassi notarile. Gli atti dei convegni, I quaderni della Fondazione Italiana del Notariato*, n. 1/2016, 204 ss.; N. Cipriani, *Poteri di disporre mortis causa e libertà personale, interesse della famiglia e del testatore*, in *Libertà di disporre e pianificazione ereditaria. Atti dell'11° Convegno Nazionale Sisdic*, Esi, 2017, 345 ss.

[29] Quanto alla legittimazione passiva all'azione di riduzione, si ritiene che legittimati passivi siano solo i beneficiari delle disposi-



L'orientamento più restrittivo si indirizza nel senso di considerare inammissibile la legittimazione dei creditori personali del legittimario, in quanto il diritto di proporre l'azione di riduzione rientra tra i diritti personali del legittimario, il quale potrebbe non voler avere nulla a che fare con l'eredità del *de cuius* [30].

Un altro orientamento afferma, invece, la possibilità per i creditori del legittimario di agire in riduzione, argomentando a partire dal contenuto patrimoniale di tale diritto [31] e dalla trasmissibilità e cedibilità del diritto medesimo ricavabile dalla lettura dell'art. 557 cod. civ.

Nell'ambito di tale ultima opzione interpretativa, sono state, poi, proposte diverse soluzioni secondo le quali il creditore personale del legittimario leso o pretermesso sarebbe legittimato ad agire in riduzione: *a)* con l'azione surrogatoria di cui all'art. 2900 cod. civ.; *b)* con l'azione revocatoria di cui all'art. 2901 cod. civ.; c*)* attraverso l'applicazione in via analogica dell'art. 524 cod. civ.

**3.** – Secondo l'opzione interpretativa prevalente in dottrina [32] e giurisprudenza [33] i creditori del legittimario possano esercitare l'azione di riduzione mediante il rimedio generale dell'azione surrogatoria di cui all'art. 2900 cod. civ., ove ne ricorrano le condizioni, sul presupposto che il diritto alla legittima sia un diritto di natura patrimoniale e non un diritto personale.

Una conferma dell'esperibilità in via surrogatoria dell'azione di riduzione da parte dei creditori del legittimario può trarsi, inoltre, dalla lettura *a contrario* del terzo comma dell'art. 557 cod. civ. il quale prevede che «donatari e i legatari non possono chiedere la riduzione, né approfittarne. Non possono chiederla né approfittarne nemmeno i creditori del defunto, se il legittimario avente diritto alla riduzione ha accettato con il

---

zioni lesive e i loro eredi. L'azione di riduzione non può, infatti, essere proposta contro gli aventi causa dei destinatari delle disposizioni lesive. Gli stessi possono, tuttavia, essere legittimati passivi dell'azione di restituzione. Cfr. Cass., ord. 25 luglio 2017, n. 18280. Sulla legittimazione passiva nell'azione di riduzione in tema di lesione di legittima e trust, v. G. MERCANTI, G. RIZZONELLI, *Il legittimato passivo nell'azione di riduzione*, in *Trusts*, 2017, 600.

[30] F. MESSINEO, *Manuale di diritto civile e commerciale*, cit., 331; V.E. CANTELMO, *I legittimari*, in *Trattato breve delle successioni e donazioni*, diretto da P. RESCIGNO, coordinato da M. IEVA, I, Cedam, 2010, 605. Più recentemente, G.W. ROMAGNO, *Volontà testamentaria e tutela del credito: le ragioni di una preferenza*, cit., 348 ss. In giur., Cass. 5 dicembre 1966, n. 2845, in *Foro it. Mass*., 1966; Cass. 26 gennaio 1970, n. 160, in *Giur. it.*, 1971, I, 1, 102.

[31] A. CICU, *Delle successioni*, cit., 216; A. PINO, *La tutela del legittimario*, Cedam, 1956, 69; F. SANTORO-PASSARELLI, *Dei legittimari*, in *Codice Civile. Libro delle successioni per causa di morte e delle donazioni. Commentario*, cit., 316: L. FERRI, *Dei legittimari*, cit., 199 s.; L. MENGONI, *Successioni per causa di morte. Parte speciale., Successione necessaria*, cit., 242; G. CAPOZZI, *Successioni e donazioni*, I, cit., 538. Sulla natura patrimoniale dell'azione di riduzione, v., *ex multis*, Cass. 30 ottobre 2008, n. 26254.

[32] E. BETTI, *Appunti di diritto civile*, (1929), rist. Esi, 2017, 516; F. SANTORO-PASSARELLI, *Dei legittimari*, cit., 316; A. PINO, *La tutela del legittimario*, cit., 69; R. NICOLÒ, *Surrogatoria. Revocatoria*, in *Commentario del codice civile*, diretto da A. SCIALOJA, G. BRANCA, Zanichelli, 1957, 142; G. TAMBURRINO, *Successione necessaria (dir. priv.)*, in *Enc. dir.*, XLIII, Giuffrè, 1990, 1369; F. REALMONTE, *La tutela dei creditori personali del legittimario*, in *Scritti in onore di Luigi Mengoni*, I, *Diritto civile*, Giuffrè, 1995, 631; C. GRASSI, *Rinuncia del legittimario pretermesso all'azione di riduzione e mezzi di tutela dei creditori: revoca della rinuncia ed esercizio in surroga dell'azione di riduzione*, in *Familia*, 2004, 1193; A.G. ANNUNZIATA, *Sull'ammissibilità della legittimazione dei creditori personali del legittimario ad esperire, in via surrogatoria, l'azione di riduzione*, in *Fam. pers. succ*., 2011, 218; ID., *Strumenti di tutela dei creditori del legittimario: azione surrogatoria, revocatoria e art. 524 cod. civ.*, in *La successione dei legittimari*, a cura di F. VOLPE, Giuffrè, 2017, 481 ss.; C.M. BIANCA, *Diritto civile, 2.2. le successioni,* Giuffrè, 2012, 209; G. CAPOZZI, *Successioni e donazioni*, I, cit., 538. *Contra*, F. MESSINEO, *Manuale di diritto civile e commerciale*, cit., 331; V.E. CANTELMO, *I legittimari*, *cit.*, 605 s.

[33] Trib. Roma 7 gennaio 1960, in *Foro pad.*, 1960, I, 1056; Trib. Parma 27 aprile 1974, in *Giur. it.*, 1975, I, 350; Trib. Cagliari 14 febbraio 2002, in *Riv. giur. sarda*, 2003, 321, con nota di M. PERRECA, *Considerazioni minime sugli strumenti di tutela dei creditori del legittimario verso la rinuncia tacita alla legittima*; Trib. Pesaro 11 agosto 2005, n. 604, in *Corti marchigiane*, 2007, 541; Trib. Lucca 2 luglio 2007, n. 864, in *Giur. merito*, 2008, 738.



beneficio d'inventario». Deve, dunque, dedursi che ove il legittimario non abbia accettato con beneficio di inventario, i creditori del defunto possano esperire l'azione di riduzione. La circostanza che la norma attribuisca la legittimazione attiva ai creditori dell'eredità, in caso di confusione del patrimonio ereditario con quello del legittimario, ha, pertanto, indotto parte della dottrina ad affermare l'irragionevolezza dell'esclusione dalla legittimazione attiva dei creditori personali del legittimario [34].

La possibilità per i creditori di agire in riduzione in via surrogatoria potrebbe tuttavia entrare in crisi sia nell'ipotesi in cui il legittimario sia stato totalmente pretermesso, in quanto l'azione di riduzione sarebbe l'unico modo per adire l'eredità e verrebbe in rilievo un diritto personalissimo [35] e non un diritto a contenuto patrimoniale, sia nel caso in cui il legittimario rinunci all'azione, mancando il presupposto dell'inerzia, sia in caso di mancata rinunzia al legato in sostituzione di legittima.

Con riferimento a tale ultimo profilo, una recente sentenza di legittimità [36] ha affermato l'impossibilità per i creditori del legittimario di agire in surrogatoria per il difetto del presupposto dell'inerzia del debitore, in quanto la mancata rinunzia non sarebbe qualificabile propriamente come inerzia, bensì come un atto di gestione del rapporto successorio. Infatti, secondo la Corte, «nel sistema delineato dall'art. 551 cod. civ., il silenzio osservato dal beneficiario del legato in sostituzione di legittima evidenzia comunque la sua volontà di conservare il lascito testamentario, ed ha, quindi, valore confermativo della già realizzata acquisizione patrimoniale, laddove solo se egli preferisca rinunciare al legato viene a trovarsi nella medesima situazione di quello pretermesso, con la conseguenza di dover esperire l'azione di riduzione per partecipare alla comunione ereditaria e conseguire altrimenti la legittima di sua spettanza».

Nella pronuncia si afferma, inoltre, che nell'ipotesi di legittimario pretermesso, l'assenza dell'iniziativa da parte del debitore-legittimario può assumere «rilievo di inerzia tale da fondare l'esperimento dell'azione surrogatoria».

Dunque, la Cassazione esclude la possibilità di agire *ex* art. 2900 cod. civ. in caso di mancata accettazione del legato in sostituzione di legittima, implicando la mancata rinuncia un comportamento positivo e non un contegno inerte da parte del legittimario.

Con riferimento al legato sostitutivo, la Corte non prospetta però una soluzione alternativa, lasciando intendere che in casi analoghi il creditore resti sfornito di tutela; una lacuna che si porrebbe, ragionando in quest'ottica, in tutti i casi in cui manchi l'inerzia del debitore e sia ravvisabile qualsiasi comportamento positivo, ancorché lesivo delle ragioni creditorie.

**4. –** Occorre, pertanto, chiedersi quale tutela l'ordinamento riconosca ai creditori del legittimario nel caso in cui quest'ultimo non sia rimasto inerte e abbia, ad esempio, rinunziato all'azione di riduzione.

Parte della dottrina [37] – seguita da alcune pronunce [38] – ritiene che il creditore personale del legittimario

---

[34] A. CICU, *Successione legittima e dei legittimari*, cit., 243; W. D'AVANZO, *Delle successioni*, II, Barbera, 1941, 499; L. MENGONI, *Successioni per causa di morte. Parte speciale., Successione necessaria*, cit., 243; A. TULLIO, *Azione di riduzione. L'imputazione* ex se, in *Trattato di diritto delle successioni e donazioni*, diretto da G. BONILINI, *La successione legittima*, III, Giuffrè, 2009, 549.

[35] L. MENGONI, *Successioni per causa di morte. Parte speciale., Successione necessaria*, cit., 244, il quale esclude la legittimazione ad agire in riduzione in via surrogatoria dei creditori del legittimario pretermesso. In tale ipotesi l'A. ritiene applicabile in via analogica gli artt. 481 e 524 cod. civ.

[36] Cass. 2 febbraio 2016, n. 1996, in *Foro it.*, 2016, I, 2879.

[37] L. FERRI, *Dei legittimari*, cit., 200; V.R. CASULLI, *Riduzione delle donazioni e delle disposizioni testamentarie lesive della le-*



che abbia rinunziato all'azione di riduzione possa agire con l'azione revocatoria [39].

Secondo questa impostazione, il creditore potrebbe impugnare *ex* art. 2901 cod. civ. la rinunzia, rendendola così inefficace nei suoi confronti e aprendosi la strada verso la possibilità di esperire in via surrogatoria l'azione di riduzione [40].

Tale azione sarebbe esperibile anche nel caso di legato in sostituzione di legittima. Infatti il silenzio del legatario, o anche l'espressa dichiarazione di voler conseguire il legato, potrebbero essere oggetto di azione revocatoria a tutela delle ragioni del creditore del legatario, in quanto atti con cui il legittimario-debitore si priva della possibilità di esperire l'azione di riduzione e che perciò rivelano una manifestazione di volontà negoziale del debitore avente portata peggiorativa della sua situazione patrimoniale.

La dottrina che ha criticato la tesi dell'esperibilità dell'azione revocatoria ha osservato che il riconoscimento di tale possibilità è ammissibile solo se si ritiene che il legittimario acquisti *ipso iure* al momento dell'apertura della successione la proprietà o il diritto di credito sui beni necessari per integrare la sua quota di legittima [41]. Ne conseguirebbe che il legittimario, rinunciando all'azione di riduzione, rinuncerebbe a un diritto già acquisito al proprio patrimonio, dando luogo così a un atto dispositivo in frode e in danno del creditore.

Tuttavia, seguendo l'impostazione prevalente [42], secondo la quale il legittimario acquista un diritto sui beni solo a seguito del vittorioso esperimento dell'azione di riduzione, la rinuncia all'azione si sostanzia in una mera *omissio adquirendi*, insuscettibile di revocatoria, non potendosi rinvenire il presupposto della sussistenza di un atto dismissivo tale da influire negativamente sul patrimonio del debitore [43]. In tale ottica, avendo il mancato acquisto connotazione neutra, i creditori non potrebbero agire né *ex* art. 2901, né *ex* art. 2900 cod. civ., restando così sforniti di tutela.

---

*gittima*, in *Noviss. dig. it.*, Utet, 1957, 1061; F.S. AZZARITI, G. MARTINEZ, G. AZZARITI, *Successioni per causa di morte e donazioni*, Cedam, 1969, 242; V.E. CANTELMO, *I legittimari*, in *Successioni e donazioni*, a cura di P. RESCIGNO, I, Cedam, 1994, 541; G. MARINARO, *La successione necessaria*, in *Trattato di diritto civile del Consiglio Nazionale del Notariato*, diretto da P. PERLINGIERI, VIII, 3, Esi, 2009, 290.

[38] Cass. 5 marzo 1970, n. 543, in *Giur. it.*, 1970, I, 1422; Trib. Gorizia 4 agosto 2003, in *Familia*, 2004, 1193, con nota di C. GRASSI, cit.; Trib. Novara 18 marzo 2013, in *Notariato*, 2013, 655, con nota di A. BIGONI, F. GIOVANZANA, *La tutela del creditore personale del legittimario tra azione surrogatoria, revocatoria ed art. 524 c.c.*

[39] Sull'azione revocatoria ordinaria, v. U. NATOLI, *Azione revocatoria*, in *Enc. dir.*, IV, Giuffrè, 1959, 888 ss.; L. BIGLIAZZI-GERI, *Revocatoria (azione)*, in *Enc. giur. Treccani*, XXVII, 1991, 1 ss.; C. COSSU, *Revocatoria*, in *Dig. disc. priv., sez. civ.*, XVII, Utet, 1999, 452 ss.; G. DI MARTINO, *Revocatoria (azione)*, in *Enc. giur. Treccani*, *Agg.*, 2011, 1 ss.

[40] C. GRASSI, *Rinuncia del legittimario pretermesso all'azione di riduzione e mezzi di tutela dei creditori: revoca della rinuncia ed esercizio in surroga dell'azione di riduzione*, in *Familia*, 2004, 1193; C.M. BIANCA, *Diritto civile*, 2.2, *Le successioni*, cit., 209.

[41] W. D'AVANZO, *Delle successioni*, cit., 500.

[42] In dottrina, v. L. FERRI, *Dei legittimari*, cit., 252; F. SANTORO-PASSARELLI, *Dei legittimari*, cit., 331; MENGONI, *Successioni per causa di morte*, Parte speciale: *Successione necessaria*, cit., 223 ss.; A. PINO, *La tutela del legittimario*, cit., 78 ss.; L. CARIOTA FERRARA, *Le successioni per causa di morte (parte generale)*, cit., 176 ss.; P. GROSSO, G. BURDESE, *Le successioni, Parte generale*, in *Trattato di diritto civile*, Utet, 1977, 86; F. MESSINEO, *Manuale di diritto civile e commerciale*, VI, cit., 363; G. CATTANEO, *La vocazione necessaria e la vocazione legittima*, cit., 411; G. CAPOZZI, *Successioni e donazioni*, cit., I, 541; ma, in passato, già A. ASCOLI, *Legato a tacitazione di legittima*, in *Riv. dir. civ.*, 1922, 604. In giur., Cass. 15 marzo 1958, n. 867, in *Foro it.*, I, 536; Cass. 18 giugno 1963, n. 1636, in *Foro pad.*, 1963, II, 46; Cass., 26 gennaio 1970, n. 160, in *Foro it.*, 1970, I, 1128; Cass. 12 marzo 1975, n. 926, in *Giur. it.*, 1976, I, 1, 1012; Cass. 15 novembre 1982, n. 6098, in *Giust. civ.*, 1983, I, 49; Cass. 22 ottobre 1988, n. 5731, in *Rep. Foro it.*, 1988, voce *Successione ereditaria*, n. 77; Cass. 5 aprile 1990, n. 2809, in *Mass. Foro it.*, 1990, 407; Cass., 27 giugno 2013, n. 16252, in *Riv. not.*, 2014, II, 769, con nota di R.M. PICCOLO, *Rinuncia al legato "tacitativo"*; Cass. 3 luglio 2013, n. 16635; Cass., 26 gennaio 2017, n. 25441.

[43] S. PAGLIANTINI, *La frode per testamento ai creditori del legittimario: sulla c.d. volontà testamentaria negativa e tecniche di tutela dei creditori*, cit., 99.



La giurisprudenza esclude, inoltre, la possibilità per i creditori del legittimario di agire *ex* art. 2901 cod. civ. nel caso in cui il legittimario abbia prestato acquiescenza al legato sostitutivo e rinunciato a promuovere l'azione di riduzione [44]. La Suprema Corte ha, infatti, osservato che il debitore, rinunciando espressamente ad esercitare l'azione di riduzione, e, quindi, manifestando la volontà di non rinunciare al legato e precludendosi l'azione di riduzione, ha reso definitivo ed irretrattabile l'acquisto del diritto di abitazione verificatosi per legge. Tale atto composito, oggetto di revocatoria, è definito dal Collegio come «un atto abdicativo della verifica della legittima e, contestualmente, abdicativo della possibilità di rinunciare al legato» e «della possibilità che il patrimonio del disponente eventualmente si incrementi in esito al vittorioso esperimento dell'azione di riduzione» [45]. Così individuato l'atto revocando, si afferma la necessità della verifica del primo presupposto dell'azione revocatoria: la natura ed il contenuto dell'atto di cui si chiede l'inefficacia, essendo soggetti all'azione pauliana soltanto quegli atti che importino una modificazione giuridico-economica della situazione patrimoniale del debitore. La Corte chiarisce, inoltre, che per gli atti abdicativi è necessario accertare se essi si ricolleghino ad una posizione giuridica già potenzialmente acquisita al patrimonio del rinunziante o se, invece, si sostanzino nella rinunzia ad una facoltà, per effetto della quale non resta, comunque, modificato il compendio patrimoniale *quo ante* del debitore. Nel primo caso l'azione revocatoria sarebbe ammissibile, mentre nel secondo caso, l'atto di rinunzia del debitore non consentirebbe l'esercizio dell'azione revocatoria.

La rinuncia non può, pertanto, assumere portata di atto dispositivo suscettibile di revocatoria, perché effetto di tale azione è la declaratoria di inefficacia nei confronti del creditore dell'atto revocato e l'assoggettamento all'azione esecutiva del bene oggetto della rinuncia. Secondo la Corte, inoltre, l'accoglimento della domanda di revocatoria non consentirebbe al creditore di aggredire la quota di proprietà dei beni ereditari, perché questi resterebbero nella titolarità degli eredi sino al positivo esperimento dell'azione di riduzione.

In conclusione, il Supremo Collegio afferma l'inammissibilità dell'azione *ex* art. 2901 cod. civ. «rispetto ad atti che si sostanziano nella rinunzia ad una facoltà, per effetto della quale non resta modificato, né attivamente né passivamente, il compendio patrimoniale *quo ante* del debitore, e che, pertanto, anche se dichiarati inefficaci nei confronti del creditore, in esito all'accoglimento dell'azione revocatoria, non consentirebbero il soddisfacimento del creditore e, quindi, il conseguimento dello scopo cui è preordinata l'azione revocatoria, secondo la *ratio* assegnatale dal legislatore».

**5. –** Il vuoto di tutela per i creditori del legittimario, prospettato nelle ipotesi esaminate, ha indotto parte della dottrina [46], seguita da parte della giurisprudenza [47], a riflettere sulla possibilità di applicare in via analo-

---

[44] Cass., 19 febbraio 2013, n. 4005, in *Foro it.*, 2013, I, 2243, in *Vita not.*, 2013, 715 e in *Nuova giur. civ. comm.*, 2013, 828, con nota di M.V. MACCARI, *Accettazione del legato in sostituzione di legittima e tutela dei creditori: è possibile esperire l'azione revocatoria?* In arg., v. A. BIGONI, F. GIOVANZANA, *La tutela del creditore personale del legittimario tra surrogatoria, revocatoria ed art. 524*, in *Not.*, 2013, 661 e U. STEFINI, *Atti dismissivi di diritti successori e tutela del credito*, in *Nuova giur. civ. comm.*, 2017, 1731; M. TATARANO, *Il sistema delle tutele dei creditori particolari del legittimario leso*, in *Dir. succ. fam.*, 2019, 218 ss.

[45] Cass. 19 febbraio 2013, n. 4005, cit.

[46] L. MENGONI, *Successioni per causa di morte. Parte speciale. Successione necessaria*, cit., 244; F. REALMONTE, *La tutela dei creditori personali del legittimario*, cit., 629 ss.; S. PAGLIANTINI, *La frode per testamento ai creditori del legittimario: sulla c.d. volontà testamentaria negativa e tecniche di tutela dei creditori*, cit., 99; ID., *Legittimario pretermesso e tutela dei creditori: un esempio di massima (dottrinale) mentitoria*, in *Dir. succ. fam.*, 2018, 495.; A. LEUZZI, C. CICERO, *La rinuncia del legittimario pretermesso all'azione di riduzione e i mezzi di tutela dei creditori e del curatore fallimentare,* in *Not.*, 2018, II, 664; M. PIRONE, *Rinunzia all'azione di riduzione ed art. 524 cod. civ.: la tutela del creditore del legittimario*, in *Not.*, 2018, 219 ss.; P. MAZZAMUTO, *La tutela*



gica l'art. 524 cod. civ., il quale prevede che il creditore di chi rinunzia, anche senza frode, all'eredità può farsi autorizzare dal giudice ad accettare l'eredità in nome e in luogo del rinunziante, al solo fine di soddisfarsi sui beni ereditari di sua spettanza, così ovviando al danno arrecatogli.

Secondo tale opzione interpretativa, l'applicazione dell'art. 524 potrebbe consentire il superamento delle problematiche relative all'azione surrogatoria e revocatoria: si supererebbero, ad esempio, i problemi legati all'applicabilità della surrogatoria al caso del legittimario pretermesso e alla necessità, per l'esperimento della revocatoria, della sussistenza dell'elemento della frode del debitore, in quanto unico presupposto dell'azione di cui all'art. 524 cod. civ. è che la rinunzia possa arrecare un danno alle ragioni creditorie.

Non si porrebbero problemi nemmeno in caso di rinunzia espressa all'azione di riduzione né in caso di legato in sostituzione di legittima. Infatti, in tale ipotesi, nel caso in cui il debitore non effettui la scelta, il creditore potrebbe far fissare un termine *ex* art. 481 cod. civ. al debitore entro cui dichiarare se rinuncia o meno all'azione di riduzione e, conseguentemente, agire *ex* art. 524 cod. civ. in caso di rinuncia.

Com'è noto, i presupposti per l'azione di cui all'art. 524 cod. civ. sono i seguenti: la rinuncia deve rappresentare un pregiudizio per i creditori [48], restando irrilevante l'intento fraudolento o l'eventuale accettazione dell'eredità da parte di altri chiamati, e il credito deve essere sorto anteriormente alla rinunzia.

Si discute, tuttavia, se il creditore possa proporre tale azione solo in caso di vera e propria rinuncia o se possa proporla anche nelle ipotesi in cui il debitore perda il diritto ad accettare per fatti diversi dalla rinuncia [49].

Quanto alla natura giuridica di tale azione, alcuni autori la riconducono all'azione surrogatoria [50], altri alla revocatoria [51], ma l'opinione prevalente la ritiene un'azione autonoma, qualificata come azione strumentale all'esecuzione forzata dei creditori del rinunziante sui beni che a questo sarebbero pervenuti se non avesse rinunciato all'eredità [52].

Infatti, a differenza dell'azione surrogatoria, l'opposizione alla rinunzia comporta la possibilità per i creditori di soddisfarsi *in executivis* sui beni ereditari e, a differenza della revocatoria, i creditori non devono né provare il danno, né la frode del debitore. Inoltre, l'azione *ex* art. 524 cod. civ. non è volta alla dichiarazione di inefficacia di un atto, ma al recupero dei beni.

---

*dei creditori del legittimario leso o pretermesso*, in *www.comparazionedirittocivile.it*, 2019, 25 ss.; A.L. Coggi, *L'esercizio dell'azione di riduzione tra scelta discrezionale del legittimario pretermesso e ragioni di tutela dei suoi creditori personali*, in *Nuova giur. civ. comm*., 2020, 73; I.L. Nocera, *La tutela dei creditori del legittimario*, cit., 264 ss.

[47] App. Napoli, 12 gennaio 2018, n. 118, in *Not.*, 2018, II, 649. con nota di A. Leuzzi, C. Cicero, *La rinuncia del legittimario pretermesso all'azione di riduzione e i mezzi di tutela dei creditori e del curatore fallimentare*. Nella pronuncia si afferma la possibilità di impugnare la rinuncia del legittimario pretermesso all'azione di riduzione mediante applicazione in via analogica dell'art. 524 cod. civ. da parte dei creditori personali del legittimario e anche del curatore fallimentare del legittimario, in base al combinato disposto degli art. 66, comma 1, l. fall. e 524 cod. civ.

[48] Non costituisce presupposto dell'azione *ex* art. 524 cod. civ. la preventiva negativa escussione del patrimonio del debitore, essendo sufficiente la prevedibilità del danno, v. V. Sciarrino e M. Ruvolo, *La rinunzia all'eredità*, in *Il Codice Civile Commentario*, fondato da P. Schlesinger, diretto da F.D. Busnelli, Giuffrè, 2008, 252.

[49] Negano tale possibilità, A. Palazzo, *Le successioni*, in *Trattato di diritto privato*, I, a cura di G. Iudica, P. Zatti, Giuffrè, 2000, 369; G. Sciancalepore, P. Stanzione, *Remissione e rinunzia*, Giuffrè, 2003, 389. Ammette, invece, la possibilità per i creditori di esperire l'azione *ex* art. 524 cod. civ. anche nel caso di inutile decorso del termine *ex* art. 481 cod. civ., P. De Marchi, *La c.d. impugnazione della rinunzia all'eredità e la perdita del diritto di accettare*, in *Riv. not.*, 1961, 337.

[50] C.M. Bianca, *Diritto civile*, 2.2, *le successioni*, cit., 477.

[51] A. Cicu, *Successioni per causa di morte*, cit., 164.

[52] G. Capozzi, *Successioni e donazioni*, cit., I, 222; G. Grosso, A. Burdese, *Le successioni*, cit., 346; A. Zanni, *Note minime in tema di impugnazione della rinunzia all'eredità*, in *Riv. Not.*, 2004, 1264; V. Sciarrino, M. Ruvolo, *La rinunzia all'eredità*, cit., 259 ss.



La dottrina che ritiene il rimedio dell'art. 524 cod. civ. applicabile in via analogica al caso del legittimario leso o pretermesso evidenzia, in prima battuta, la non eccezionalità di tale norma [53], affermando che norme eccezionali sono solo quelle che non appaiano riconducibili ad alcun principio generale, in quanto espressive di uno *ius singulare* che non ne legittima l'applicabilità a fattispecie diverse da quelle espressamente previste. Secondo questa tesi, l'azione *ex* art. 524 cod. civ. sarebbe riconducibile al principio generale della tutela conservativa del diritto del creditore, che si pone in termini simili sia nel caso in cui vi sia rinunzia all'eredità, sia nel caso in cui vi sia rinunzia all'azione di riduzione o ricorra l'infruttuoso decorso del termine eventualmente assegnato al debitore *ex* art. 481 cod. civ. Più in particolare, la specialità dell'art. 524 cod. civ. finirebbe laddove termina «il perimetro di quel principio base – la tutela del credito – del quale la stessa scopertamente offre una stringente epifania rimediale» [54]. Pertanto, l'art. 524 cod. civ. non sarebbe "a fattispecie esclusiva", ma una norma operante per analogia a presidio di quelle situazioni che resterebbero sfornite di tutela in caso di insussistenza dei requisiti di applicabilità degli artt. 2900 e 2901.

Invero, la giurisprudenza ha affermato che, al fine di poter esperire il rimedio in questione, il creditore del legittimario pretermesso debba prima impugnare la rinuncia all'azione di riduzione di quest'ultimo, in quanto «la rinuncia all'azione di riduzione da parte del legittimario totalmente pretermesso diverge, sul piano funzionale e strutturale, dalla rinuncia all'eredità, non potendo il riservatario essere qualificato chiamato all'eredità prima dell'accoglimento dell'azione di riduzione volta a rimuovere l'efficacia delle disposizioni testamentarie lesive dei suoi diritti» [55].

La Cassazione ha, peraltro, evidenziato la non applicabilità dell'art. 524 cod. civ. al caso in cui non ci sia una rinunzia e il legittimario sia stato pretermesso [56]. Come visto, infatti, la rinuncia all'eredità si pone come presupposto necessario per l'applicazione dell'art. 524 cod. civ., insieme al pregiudizio dei diritti dei creditori del rinunciante. Il legittimario pretermesso, inoltre, non potrebbe rinunciare all'eredità, in quanto la sua qualità di erede deriva solo dal vittorioso esperimento dell'azione di riduzione. Secondo la Corte, a ciò consegue che, in assenza del positivo esperimento dell'azione di riduzione, la rinuncia da parte del legittimario pretermesso sia priva di effetto «non essendovi alcuna quota ereditaria che resti non acquisita a seguito della rinuncia stessa, atteso che nell'ipotesi di legittimario pretermesso non sussiste delazione dell'eredità in suo favore» [57].

I sostenitori della tesi in esame giustificano, inoltre, l'applicabilità dell'art. 524 alla luce di un asserito principio generale di tutela del credito costituzionalmente garantito.

Si afferma, infatti, che «se la libertà testamentaria è provvista di una garanzia costituzionale (art. 42, comma 4, Cost.), pure il credito ne può esibire un'altra, per inciso di non minor spessore (art. 47, comma 1)» [58].

---

[53] S. PAGLIANTINI, *La frode per testamento*, cit., 213. *Contra*, L. FERRI, *Dei legittimari*, cit., 115, secondo cui l'art. 524 cod. civ. rientra tra quelle norme a fattispecie esclusiva, insuscettibili di applicazione analogica. Nello stesso senso, v. V. SCIARRINO e M. RUVOLO, *La rinunzia all'eredità*, cit., 275, i quali precisano che l'art. 524 cod. civ., in virtù del suo carattere eccezionale, non è applicabile alla rinunzia al legato.

[54] S. PAGLIANTINI, *op. cit.*, 91.

[55] Cass. 22 febbraio 2016, n. 3389, in *Rep. Foro it.,* 2016.

[56] Cass. 29 luglio 2008, n. 20562, in *Giur. it.*, 2009, 859 ss.

[57] A tal riguardo, la dottrina che propende per l'applicabilità dell'art. 524 afferma che il legittimario pretermesso è chiamato *ex lege* all'eredità e che non sarebbe corretto parlare di una "non vocazione". Considerando, infatti, la differenza tra vocazione e delazione ereditaria risulterebbe del tutto smentita l'assenza del presupposto della vocazione ereditaria, necessario per l'applicazione dell'art. 524. In tal senso, P. MAZZAMUTO, *La tutela dei creditori del legittimario leso o pretermesso*, cit., 12. L'A. propone, inoltre, di riformulare, in occasione del progetto di riforma del diritto delle successioni, di cui si dirà *infra*, lo stesso art. 524.

[58] S. PAGLIANTINI, *op. cit.*, 91; P. MAZZAMUTO, *Ancora sulla tutela dei creditori personali del legittimario leso o pretermesso*, cit., 1189.



Come osservato da attenta dottrina, tuttavia, il principio di tutela dei creditori non ha alcuna diretta e specifica copertura costituzionale, dovendosi piuttosto rinvenire il suo fondamento nell'art. 2740 cod. civ. [59]. Né la tutela dei creditori sembra avere una tutela indiretta, come invece affermato da altra dottrina, secondo la quale l'art. 47, che espressamente fa riferimento all'esercizio del credito come attività di prestito in forma organizzata, ben potrebbe essere esteso alla tutela «del credito individuale delle più svariate tipologie in un'ottica intersoggettiva» [60].

Sul filo dei ragionamenti appena evocati, si forzerebbero, infatti, le maglie dell'art. 47 Cost., tradizionalmente interpretato nel senso della necessità da parte dell'ordinamento di disciplinare e controllare l'esercizio del credito in forma organizzata [61].

Non può, quindi, rinvenirsi un principio generale di tutela del credito costituzionalmente garantito, né direttamente, né indirettamente [62].

Peraltro, ove anche si volesse interpretare l'art. 47 nel senso della necessità della tutela del diritto del creditore, non si vede perché questo dovrebbe prevalere rispetto alla tutela dell'autonomia testamentaria e della solidarietà familiare [63].

Se così non fosse si arriverebbe all'irragionevole ipotesi in cui una banca sia indotta a concedere credito sulla scorta dell'aspettativa del debitore di divenire futuro erede di qualcuno con un consistente patrimonio, così da poter rimborsare solo in un secondo tempo il prestito ricevuto; aspettativa, questa, non ipotizzabile nel nostro ordinamento, «a meno di non voler resuscitare la fattispecie medioevale del prestito da restituire "a babbo morto"» [64].

In tale ottica, vi sarebbe peraltro uno squilibrio eccessivo nei rapporti ordinari di credito-debito.

Si potrebbe, poi, porre un'ulteriore questione. Si pensi ad un soggetto che voglia legare, in sostituzione di legittima, al figlio, in condizioni economiche precarie, il diritto di abitazione di un immobile, al fine di garantirgli un alloggio [65]. Nell'ambito della ricostruzione che ritiene applicabile in via analogica l'art. 524 cod. civ., l'esigenza di garantire l'abitazione al figlio, dettata evidentemente dalla solidarietà familiare, dovrebbe arretrare di fronte al principio di tutela del creditore personale del legittimario. Conseguentemente potrebbero sorgere interrogativi sul comportamento da tenere da parte del notaio in casi del genere. In considerazione dei delicati interessi che vengono in rilievo in situazioni come quella appena descritta, sembra difficile affermare la necessità di dar prevalenza alla tutela del credito.

A tal riguardo, si è infatti osservato che l'applicabilità dell'art. 524 cod. civ., oltre a portare a risultati incongrui da un punto di vista tecnico e sistematico, si porrebbe in contrasto con la particolare funzione del te-

---

[59] E. DAMIANI, *La tutela del legittimario e il presunto principio di tutela dei suoi creditori*, in *Riv. dir. civ*., 2019, 859. A tale critica si è replicato che se la libertà testamentaria è provvista di una garanzia costituzionale, «l'autonomia negoziale a sua volta riceve una copertura solo indiretta nel suo rapporto strumentale con la libertà di iniziativa economica privata (art. 41, comma 1, Cost.),ed il credito può esibirne un'altra […] di cui all'art. 47, comma 1, Cost., il quale espressamente si riferisce all'esercizio del credito come attività di prestito in forma organizzata ma non si vede perché non si debba estendere la tutela del risparmio al credito individuale delle più svariate tipologie in un'ottica intersoggettiva», così P. MAZZAMUTO, *Ancora sulla tutela dei creditori personali del legittimario leso o pretermesso*, cit., 1189.

[60] P. MAZZAMUTO, *ult. op. cit.*, 1217.

[61] V. MERUSI, *art. 47*, in *Commentario della Costituzione*, a cura di G. BRANCA, Zanichelli, 1980, 153 ss.; S. BARONCELLI, *art. 47*, in *Commentario alla Costituzione*, a cura di R. BIFULCO, A. CELOTTO, M. OLIVETTI, Utet, 2006, 945 ss.

[62] E. DAMIANI, *La tutela del legittimario e il presunto principio di tutela dei suoi creditori*, cit., 859.

[63] E. DAMIANI, *Tutela della volontà del testatore, tutela del legittimario e il presunto principio di tutela dei suoi creditori*, in *Profili problematici della successione dei legittimari*, a cura di E. DAMIANI, cit., 27.

[64] E. DAMIANI, *ult. loc. cit.* V. anche ID., *Acquisto e rinunzia dell'eredità*, in E. DAMIANI, S. NARDI, *Diritto ereditario*, cit., 149 s.

[65] E. DAMIANI, *La tutela del legittimario e il presunto principio di tutela dei suoi creditori*, cit., 860.



stamento come mezzo di realizzazione ed esaltazione della dignità della persona; valore che si colloca in posizione apicale rispetto ai rapporti economici e che è comprimibile solo in virtù della solidarietà familiare [66].

**6. –** Un tentativo di delineare il sistema di tutele dei creditori del legittimario si riscontra in una recente pronuncia di legittimità [67], seguita da alcune pronunce di merito [68], ove viene proposta una lettura combinata degli artt. 557, 2900 e 524 cod. civ.

Individuato nell'art. 557 il perno attorno cui ruota la legittimazione all'azione dei creditori del legittimario, la Corte pone, innanzitutto, l'attenzione sull'art. 524, qualificato come «un rimedio ibrido e del tutto particolare» attraverso il quale il creditore può "vanificare" la rinunzia nei limiti dello stretto necessario a reintegrare le ragioni creditorie. Vanificata la rinunzia, al creditore del legittimario deve «riconoscersi la titolarità all'esercizio in via surrogatoria dell'azione di riduzione, che è l'unico modo per rendere inefficaci le disposizioni lesive e, dunque, per accettare in nome e in luogo del rinunciante, in senso figurato, la legittima».

Il Collegio statuisce, dunque, che «l'azione di riduzione è direttamente esperibile in via surrogatoria da parte del creditore del legittimario pretermesso nella specifica ipotesi di inerzia colpevole (non essendo necessario in tal caso il preliminare esperimento dell'*actio* interrogatoria e della conseguente domanda di autorizzazione, in caso di rinunzia, ai sensi dell'art. 524 cod. civ.), realizzandosi un'interferenza di natura eccezionale – ma legittima – nella sfera giuridica del debitore».

Incentrando la riflessione sull'interpretazione dell'art. 524, la Suprema Corte dà risposta a due quesiti: a) l'esperibilità della surrogatoria da parte dei creditori in caso di pretermissione del legittimario, affermando che l'esperimento dell'azione di riduzione in via surrogatoria non determina, in virtù del meccanismo di cui all'art. 524 cod. civ., l'acquisto della qualità d'erede in capo al legittimario pretermesso; b) la tutela del creditore in caso di rinunzia del legittimario all'azione di riduzione. *Obiter dictum*, infatti, la Corte evidenzia che in caso di rinunzia da parte del legittimario, in seguito all'*actio* interrogatoria *ex* art. 481 cod. civ., il creditore possa farsi autorizzare ad accettare l'eredità in nome e luogo del legittimario *ex* art. 524 e poi agire con l'azione surrogatoria.

Alla luce delle argomentazioni svolte dalla sentenza, l'apparato rimediale a tutela dei creditori del legittimario totalmente pretermesso o leso nella quota di legittima può così delinearsi:

– in caso di inerzia del legittimario pretermesso o leso i creditori possono agire in riduzione in via surrogatoria in quanto a ciò legittimati in forza di una lettura a contrario del comma 3 dell'art. 557 cod. civ. e in base al principio di tutela del credito espresso dall'art. 524;

– in caso di rinunzia all'azione di riduzione da parte del legittimario leso o pretermesso, in seguito all'*actio* interrogatoria *ex* art. 481, il creditore può farsi autorizzare ad accettare l'eredità in nome e luogo del legittimario *ex* art. 524 e poi agire in riduzione *ex* art. 2900.

La diversa questione della tutela del creditore del legittimario nel caso in cui quest'ultimo, beneficiario di

---

[66] In questo senso, G.W. ROMAGNO, *Volontà testamentaria e tutela del credito: le ragioni di una preferenza*, cit., 348 ss. L'A. esclude la possibilità per i creditori personali del legittimario di agire in riduzione, essendo l'attuazione dei diritti di legittima rimessa esclusivamente alla valutazione individuale del legittimario o, al limite, dei suoi successori universali. V. anche ID., *Libertà testamentaria, successione necessaria e tutela del credito*, Napoli, 2021. La tutela della volontà del disponente è messa in luce anche da C. CACCAVALE, *Le ragioni dei creditori del legittimario insolvente, leso, o pretermesso*, cit., 51.

[67] Cass. 20 giugno 2019, n. 16623, cit.

[68] Trib. Gorizia 4 marzo 2021; Trib. Genova 3 marzo 2021; Trib. Bari 10 febbraio, 2021; Trib. Teramo 3 aprile 2020.



un legato sostitutivo, resti inerte o presti acquiescenza al legato stesso non viene, invece, menzionata dalla sentenza citata. Applicando il ragionamento posto a fondamento della decisione anche a tale ultimo caso, si dovrebbe ritenere che, ove il legittimario non manifesti la preferenza per il conseguimento del legato sostitutivo, il creditore possa agire *ex* art. 481 e, in caso di rinunzia all'azione di riduzione, agire ai sensi degli artt. 524, 557 e 2900. Parimenti, nell'ipotesi in cui il legittimario intenda conseguire il legato, implicando tale scelta una rinunzia all'azione di riduzione, il creditore potrebbe impugnare la rinunzia *ex* art. 524 e agire in riduzione *ex* art. 2900.

Così ragionando, non vi sarebbero più ostacoli ad una tutela dei creditori del legittimario leso o pretermesso.

In senso critico alla soluzione offerta dalla Cassazione, si è osservato come sia inappropriato considerare alla stessa stregua le situazioni in cui esiste una c.d. preterizione amica e quelle in cui la preterizione è sostanziale – perché, ad esempio, padre e figlio non avevano alcun rapporto da anni –, risultando più ragionevole una soluzione incentrata sul principio dell'abuso del diritto che ammetta la tutela del creditore del legittimario solo ove la pretermissione o la lesione siano fatte al solo scopo di ledere la ragioni creditorie [69].

Secondo altri, inoltre, la sentenza sarebbe contraddittoria, in quanto, da un lato, ribadisce il principio secondo cui il legittimario acquista la qualità di erede solo dopo l'accoglimento dell'azione di riduzione e, dall'altro, afferma che il positivo esperimento dell'azione di riduzione non comporta necessariamente il conseguimento dell'eredità [70].

**7. –** Il sistema di tutele del legittimario è da tempo oggetto di riflessioni critiche, in particolare quale ostacolo alla circolazione dei beni di provenienza donativa e per la sua inadeguatezza rispetto alle esigenze avvertite dai "nuovi" modelli familiari [71]. Da più parti in dottrina si auspicava, infatti, una riforma della legittima [72].

Nel solco di queste considerazioni, con il disegno di legge presentato al Senato in data 29 marzo 2019 (d.d.l. A.S. n. 1151) in materia di delega al Governo per la revisione del codice civile, è stata proposta la modifica delle norme riguardanti i diritti dei legittimari e il divieto dei patti successori [73].

Più in particolare, l'art. 1 lett. *c*) del disegno di legge, il cui *iter* sembra essersi arrestato, prevede che il Governo è delegato ad adottare uno o più decreti legislativi al fine di «trasformare la quota riservata ai legittimari dagli articoli 536 e seguenti del codice civile in una quota del valore del patrimonio ereditario al tempo dell'apertura della successione, garantita da privilegio speciale sugli immobili che ne fanno parte o, in mancanza di immobili, da privilegio generale sui mobili costituenti l'asse ereditario».

---

[69] V. BARBA, *La successione dei legittimari*, cit., 337.

[70] I.L. NOCERA, *La tutela dei creditori del legittimario*, cit., 136.

[71] S. DELLE MONACHE, *Abolizione della successione necessaria?*, cit., 815, che evidenzia come la legittima, seppur vada mantenuta, necessiti di una riforma profonda. Nello stesso senso v. anche V. BARBA, *La successione dei legittimari,* cit., 36. Sulle diverse proposte per una riforma della legittima, v. E. DEL PRATO, *Sistemazioni contrattuali in funzione successoria*, in *Lo Spazio dei privati. Scritti*, Zanichelli, 2016, 609 ss.

[72] Sulle diverse proposte per una riforma della legittima, v. E. DEL PRATO, *Sistemazioni contrattuali in funzione successoria*, in *Lo Spazio dei privati. Scritti*, Zanichelli, 2016, 609 ss.

[73] L. BALESTRA, *Quota di riserva e patti successori*, in L. BALESTRA, V. CUFFARO, C. SCOGNAMIGLIO, G. VILLA, *Proposte di riforma del codice civile: prime riflessioni*, in *Corr. giur*., 2019, 589; S. DELLE MONACHE, *La legittima come diritto di credito nel recente disegno di legge delega per la revisione del codice civile*, in *Nuovo dir. civ*., 2019, 37 ss. e in *Materiali per una revisione del codice civile*, a cura di V. CUFFARO, A. GENTILI, Giuffrè, 2021, 457 ss.



All'evidenza, tuttavia, il criterio direttivo appena menzionato non appare del tutto chiaro nel suo tenore letterale. Plausibilmente, allora, per intendere il significato della delega occorre focalizzarsi sulle implicazioni sottese alla seconda parte della direttiva, ove si precisa che tale «quota» sarebbe «garantita da privilegio speciale sugli immobili che ne fanno parte o, in mancanza di immobili, da privilegio generale sui mobili costituenti l'asse ereditario» [74].

Dalla lettura di tale ultimo segmento può cogliersi come la proposta di riforma miri ad incidere sulle modalità tecnico-giuridiche di tutela del diritto alla quota, sicché, come evidenziato dai primi commentatori, al legittimario verrebbe tolta la possibilità di ottenere una tutela reale della propria posizione successoria mediante l'azione di restituzione, diretta, come visto, a recuperare in natura i beni oggetto delle disposizioni testamentarie o delle donazioni lesive della riserva [75].

Pertanto, in capo al legittimario sorgerebbe un diritto di credito pari al valore della quota spettantegli da far valere nelle forme ordinarie nei confronti dei beneficiari, prima in sede cognitiva e, poi, in sede esecutiva e, si direbbe, non necessariamente sui beni ereditari.

In occasione di tale prospettiva di riforma, alcuni autori hanno formulato proposte di modifica delle norme interessate [76]. Con particolare riferimento alla possibilità di tutela dei creditori del legittimario, al fine di superare i contrasti sopra illustrati in merito all'applicabilità in via analogica dell'art. 524 cod. civ., si è suggerita la riformulazione di tale articolo nei seguenti termini: «Se taluno, benché senza frode, rinunzia all'eredità o all'azione di riduzione [o alla quota a lui riservata del valore del patrimonio ereditario] ovvero accetta espressamente o tacitamente un legato in sostituzione di legittima con danno dei suoi creditori, questi possono farsi autorizzare ad accettare l'eredità ovvero agire in riduzione [o agire per il pagamento della quota riservata] in nome e luogo del rinunziante, al solo scopo di soddisfarsi sui beni ereditari [o sul loro controvalore] fino alla concorrenza dei loro crediti./Il diritto dei creditori si prescrive in cinque anni dalla rinunzia all'eredità o all'azione di riduzione [o all'azione per il pagamento della quota riservata] ovvero dall'accettazione espressa o tacita del legato in sostituzione di legittima» [77].

---

[74] In arg., S. DELLE MONACHE, *La legittima come diritto di credito nel recente disegno di legge delega per la revisione del codice civile*, in *Materiali per una revisione del codice civile*, cit., 465 s., il quale evidenzia che l'introduzione di un privilegio *omnibus* determinerebbe il vincolo a favore dei legittimari lesi o pretermessi dell'intero compendio immobiliare ereditario, con pregiudizio delle ragioni dei creditori del defunto, non solo se chirografari, ma anche se ipotecari.

[75] L. BALESTRA, *Quota di riserva e patti successori*, cit., 589.

[76] S. DELLE MONACHE, *La legittima come diritto di credito nel recente disegno di legge delega per la revisione del codice civile*, in *Nuovo dir. civ.*, 48 ss.

[77] P. MAZZAMUTO, *Ancora sulla tutela dei creditori personali del legittimario leso o pretermesso*, cit., 1219 s.

JUS CIVILE



*DOMENICO FAUCEGLIA*

*Assegnista di ricerca – Università degli Studi di Roma Tor Vergata*

# LE FONDAZIONI PARTECIPATE E I CONTRATTI PLURILATERALI

SOMMARIO*: 1. La fondazione: da istituto "clandestino" a istituto di successo. – 2. Principali distinzioni tra fondazioni e associazioni. – 3. Le limitazioni all'autonomia privata del fondatore e lo scopo di pubblica utilità. – 4. Le fondazioni e i fedecommessi. – 4.1. Il caso della c.d. "*fidecommisseria Giacomo Filippo Strizoli*". – 5. Lo scopo lecito delle fondazioni. – 6. Le Fondazioni e l'attività di impresa. La fondazione può produrre profitto? – 6.1. L'attività di impresa della fondazione e l'utilità sociale. Il caso della Fondazione Zeiss. – 7. Le fondazioni e la soggezione al fallimento. – 8. Le fondazioni possono distribuire il profitto generato? – 9. Dal* Grant-making Foundation *alla* Operating Foundation*. – 10. "C'era una volta la fondazione". L'erompere delle fondazioni partecipate. – 11. Forme di partecipazione e "patrimoni in cerca di uno scopo comune". – 12. Gli organi della fondazione di partecipazione. – 13. I contratti plurilaterali di fondazione. – 14. La comunione di scopo e la causa del contratto della fondazione di partecipazione. – 15. La sorte del contratto di fondazione e le vicende dell'ente. – 16. Riflessioni conclusive: l'autonomia privata ed elementi tipici delle fondazioni.*

**1.** – Il codice civile non offre una definizione precisa di fondazione [1] e, peraltro, si limita a dettare una di-

[1] La prima definizione di fondazione risale ad A. HEISE, *Grundriss eines Systems des gemeinen Civilrecht*, Heidelberg, 1907, 25, che la distingueva dalle associazioni. La distinzione in termini di contrapposizione tra la più antica figura dell'ente associativo, da un lato, e della fondazione, dall'altro, è il portato delle elaborazioni dottrinali della pandettistica tedesca. La prima teorizzazione in tali termini della distinzione tra enti associativi e fondazionali viene attribuita generalmente ad A. HEISE, *op. cit*., sebbene il ricorso al concetto di *universitas* e la sistematizzazione della distinzione tra *universitas bonorum* e *personarum*, si devono compiutamente a G.F. PUCHTA, *Corso delle Istituzioni*, Napoli, 1854, II, 8 ss. Ciononostante il nostro codice non offre una definizione di fondazione. R. SENIGAGLIA, voce *Fondazione* (I agg.), *Dig. disc. priv*., VII Aggiornamento, Torino, 2012, 514. Altrettanto accade per l'associazione. Non è priva di significato questa doppia assenza, specie per quanto interessa qui mettere in evidenza. Associazione e fondazione sono modelli legali che riproducono figure organizzative che hanno una tradizione plurisecolare. Anche per quanto subito si noterà a proposito dell'atteggiamento ideologico del legislatore del 1942 nei confronti di questi enti, è significativo che il legislatore non abbia sentito la necessità di fornirne una definizione normativa. La lacunosa disciplina delle fondazioni, frutto di una chiara avversione del legislatore verso tale tipo di ente, ha – da sempre – attratto la curiosità e l'attenzione degli studiosi. In argomento i contributi della dottrina sono molto numerosi. Oltre alle opere che verranno citate nel prosieguo, si vedano: A. ZOPPINI, M. MALTONI (a cura di), *La nuova disciplina delle associazioni e delle fondazioni*, in *Quad. riv. dir. civ.*, Padova, 2007; F. GALGANO, *Delle persone giuridiche*, in *Comm. Scialoja-Branca*, Bologna-Roma, II ed., 2006; C.M. BIANCA, *Diritto civile*, 1, *La norma giuridica. I soggetti*, II ed., Milano, 2002, 339 ss.; G. PONZANELLI, *Gli enti collettivi senza scopo di lucro*, Torino, II ed., 2000; ID., *Le "non profit organizations"*, Milano, 1985; P. RESCIGNO, *Persone e comunità, Saggi di diritto privato*, II, (1967-1987), Padova, 1988; ID., voce *Fondazione (diritto civile)*, in *Enc. dir*., XVII, Milano, 1968, 791 ss.; ID., *Fondazione e impresa*, in *Riv. soc*., 1967, 811 ss. G. ALPA, *Le Fondazioni. Tradizione e modernità. Materiali raccolti da Guido Alpa,* in *Quaderni di diritto comparato*, Padova, 1988; M.V. DE GIORGI, *Le persone giuridiche in generale. Le associazioni e le fondazioni*, in *Tratt. Rescigno*, II.1, Torino, 1982, 193 ss.; Id., *Scopo della fondazione e fondazione di famiglia*, in *Giur. it*., 1980, I; ID., *Fondazione di famiglia*, in *Riv. Dir. Civ*., 1972, II; D. VITTORIA, *Le fondazioni culturali ed il consiglio di amministrazione. Evoluzione della prassi statutaria e prospettive della tecnica fondazionale*, in *Studi in onore di Leonardo Coviello*, Napoli, 1978, 605 ss.; A. BARBA, *Associazione, fondazione e titolarità d'impresa*, Napoli, 1996; V.M. ROMANELLI, *Il negozio di fondazione nel diritto privato e nel diritto pubblico*, I, *Natura giuridica*, Napoli, 1935; N.



sciplina piuttosto incompleta e lacunosa, in parte comune all'associazione (artt. 14, comma 1; 16; 18; 19; 27; 29-32; 35 cod. civ.), in parte relativa alla sola fondazione (artt. 14, comma 2, 15, 25, 26, 28 cod. civ.) [2].

Invero, la scarna disciplina codicistica riservata alla fondazione si spiega alla luce di un atteggiamento ostile del legislatore del 1942 rispetto ai corpi intermedi tra individui e Stato alternativi al modello corporativo, dovuto ad un risalente discredito maturato, a partire dal XVIII secolo, in Francia.

Nello stato transalpino, come in Italia, le fondazioni apparivano un facile artificio giuridico per schermare il patrimonio del fondatore. Si riteneva che fosse ad esse immanente il pericolo di creare, attraverso la costituzione dell'ente, vincoli di destinazione patrimoniale di lunga durata se non, addirittura, perpetui, per il perseguimento di interessi egoistici, diretti a segregare il patrimonio, col rischio di frodare eredi e creditori e di sottrarre ingenti ricchezze alle dinamiche del mercato [3].

La fondazione si poneva, quindi, in netto contrasto con gli istituti di tutela del credito e con il più generale principio di favore per i meccanismi di circolazione e mobilità della ricchezza, diretti alla liberazione del soggetto di diritto e dei beni dai vincoli che ne avevano, sino alla codificazione borghese, impedito la partecipazione al traffico giuridico [4].

Tuttavia, anche alla luce dell'esperienza tedesca (nel libro I, titolo II, del BGB sono disciplinate in modo organico le fondazioni), il codice civile del '42 ha preferito prendere atto della secolare e radicata diffusione dell'istituto e lo ha regolato sottoponendolo al controllo pubblico.

La scelta di porre la fondazione sotto l'egida dell'autorità governativa si spiega proprio in ragione della

---

RONDINONE, *Il caso della fondazione «abusiva» d'impresa quale paradigma di applicazione della teoria dell'impresa agli enti del Libro I del codice civile*, in *Dir. fall.*, 2005, 6; A. ZOPPINI, *Le fondazioni. Dalla tipicità alle tipologie*, Napoli, 1995; V. SCALISI, *Le fondazioni: A) il negozio di fondazione. La distinzione tra associazioni e fondazioni e l'abuso della personalità giuridica*, in *Casi e Questioni di Diritto Privato*, diretto da M. BESSONE, I, 1993, 449.

[2] Anche l'attuale codice civile della Repubblica cinese, entrato in vigore il 1° gennaio 2021, offre una disciplina scarna dell'istituto (sul punto DIYU XI, *Codice civile della Repubblica Popolare Cinese*, trad. it. di M. Huang, Pisa 2021, VI e VII). Con riferimento alla fondazione, differentemente dal codice civile italiano, il codice civile cinese la definisce come «persona giuridica (…) costituita con una dotazione di beni allo scopo di perseguire il benessere pubblico» (art. 92, comma 1, cod. civ. cin.). Nemmeno il codice civile cinese si mostra generoso nel disciplinare la fondazione presentando poche norme sulle persone giuridiche e circa quattro articoli in tema di fondazione. Anche il legislatore cinese, come quello italiano, ha operato la scelta di sottoporre la fondazione sotto l'egida dell'autorità governativa. Tale scelta – che si concretizza nella possibilità di chiedere l'annullamento della delibera dell'organo esecutivo (94 cod. civ. cin.) o di devolvere il patrimonio residuo ad altre persone giuridiche con identica finalità (art. 95 cod. civ. cin.) – si spiega proprio in ragione della pericolosità dell'istituto in grado di realizzare fenomeni del tutto eccezionali (nonché privilegiati) di sottrazione di complessi patrimoniali individuali dall'applicazione di regole comuni. Sicché anche nel codice civile cinese, il controllo pubblico si esplica sin dal momento della sua costituzione (art. 58 cod. civ. cin.) e poi per tutta la durata della fondazione, fino alla fase di liquidazione e scioglimento dell'ente.

[3] Al momento della redazione del *code civil* il ripudio dell'istituto ha trovato giustificazione e fondamento nell'ostilità del pensiero illuminista, che aveva identificato lo spirito corporativo illiberale dell'*Ancien Régime* nei corpi sociali intermedi, considerati elemento disgregante dell'unità statale e ostacolo al rapporto diretto tra cittadino e Stato. L'atomismo sociale, fatto proprio dalla dottrina fisiocratica e poi dalla codificazione borghese, è strettamente connesso sul piano della riflessione teorica al contratto sociale, cui partecipano gli individui come singoli e non i gruppi sociali.

[4] L'idea di fondazione, inoltre, restituirebbe un fenomeno di moltiplicazioni dei diritti sulle cose, a danno della esclusività e unicità del diritto di proprietà, il che si manifesterebbe in modo del tutto incompatibile col programma politico diretto a favorire e agevolare la circolazione nonché lo sfruttamento delle ricchezze. Da tale impostazione si ricava un ulteriore elemento di diffidenza verso le fondazioni qual era la minaccia ad uno dei cardini della politica economica del Code: il vincolo di destinazione contrasterebbe il dogma dell'unità del patrimonio inscindibilmente legato alla persona (il concetto di patrimonio quale proiezione della personalità del soggetto è frutto dell'elaborazione teorica di G. AUBRY, G. RAU, *Cours de droit civil français, d'aprés l'ouvrage de M. C.S. Zachariе*, Paris, 1856-1858). Autori, come Aubry e Dana sostenevano che «il patrimonio è un diritto» che «trova il suo fondamento nella stessa personalità» del proprietario: in questa prospettiva, il soggetto non ha un diritto sul patrimonio, ma è un patrimonio, nel senso che esso stesso s'identifica con la vicenda patrimoniale che gli compete (*Cours de droit civil français*, cit., § 575).



pericolosità dell'istituto, in grado di realizzare fenomeni di sottrazione di complessi patrimoniali individuali al comune traffico giuridico. Tale timore ha, quindi, indotto il legislatore del 1942 ad assoggettare la fondazione ad un pervasivo controllo della Pubblica Amministrazione, che si esplica sin dal momento della sua costituzione e poi per tutta la durata dell'ente, fino alla fase di liquidazione e scioglimento.

Il legislatore, nel dettare la disciplina della fondazione, ha fatto propria la classificazione al tempo dominante della fondazione quale *universitas bonorum*, ossia personificazione di un patrimonio separato e destinato ad uno scopo, in contrapposizione con l'*universitas personarum* delle organizzazioni di tipo associativo.

La distinzione tra i due tipi di enti rileva anche in termini di controllo [5]. Nelle associazioni, infatti, è presente un organo assembleare, avente funzione decisionale e di controllo sull'operato degli amministratori.

Le ragioni del controllo pubblico delle fondazioni non si spiegano per la sola mancanza di un organo assembleare, ma anche per lo scopo di interesse generale che la fondazione è tenuta a perseguire. Ebbene, sotto questo aspetto, le funzioni del guardiano pubblico assumono il compito di prevenire quegli abusi della personalità giuridica di cui le fondazioni, durante il previgente codice civile, erano sospettate [6]. Non solo, l'autorità governativa sarebbe anche chiamata ad una valutazione della pubblica utilità dello scopo, sì da poter negare il riconoscimento della personalità giuridica a tutte quelle fondazioni costituite per il perseguimento di scopi egoistici e non di pubblica utilità. Soltanto la pubblica utilità avrebbe potuto concedere personalità giuridica all'ente.

In ragione dello scopo non egoistico e con l'autunno dello Stato sociale, determinato da una generale incapacità dello Stato a soddisfare determinati bisogni della società, si è assistito – dagli anni Novanta in poi – ad un rilevante sviluppo delle fondazioni dirette a soddisfare i più disparati interessi di pubblica utilità.

L'importanza delle fondazioni è stata avvertita anche all'interno dell'Unione Europea che, con l'*European Foundation Statute*, ha tentato di regolare le c.c.d.d. "Fondazioni Europee", ossia quelle persone giuridiche che avrebbero potuto operare in qualsiasi Stato Membro dell'Unione Europea [7].

Purtroppo la Commissione Europea ha successivamente ritirato la proposta di regolamento che avrebbe dato vita al regime della "Fondazione Europea", applicabile alle fondazioni attive in Europa, in seguito all'opposizione di alcuni Stati Membri, tra cui la Germania e il Portogallo. La proposta dell'*European Foundation Statute*, presentata nel 2012 e ritirata nel 2015, si è risolta in una ennesima occasione mancata diretta non solo a definire l'ente oggetto d'esame, ma anche a chiarirne gli scopi e le attività, soprattutto quelle economiche.

Sin dagli inizi del nuovo millennio si è assistito, però, allo sviluppo di un'area intermedia tra le due principali aree della vita sociale (da una parte, la pubblica amministrazione caratterizzata dal perseguimento di finalità non solo collettive ma anche pubbliche e, dall'altra parte, il mercato, caratterizzato dall'impiego di

---

[5] Sul sistema dei controlli è particolarmente interessante la lettura di G. ZANCHI, *Autorità e autonomia nelle fondazioni: i controlli gestori*, in *Riv. dir. priv*., 2020, n. 3, 449 s.

[6] Si parlerebbe di "abuso della forma giuridica" ogniqualvolta emerga che il fondatore tragga un vantaggio patrimoniale diretto dalla gestione della fondazione, realizzandosi la violazione dell'obbligo di non distribuire utili, così come abusive possono indubbiamente essere le ingerenze del fondatore nell'amministrazione, tanto da sollecitare – in una logica inaccessibile a chi non prenda atto dei mutamenti intervenuti – il problema della "tutela" della fondazione dal soverchiante influsso del fondatore vivente. Cfr. A. ZOPPINI, *Le fondazioni*, cit., 68-69.

[7] Il progetto è consultabile su *https://eur-lex.europa.eu/legal-content/IT/TXT/PDF/?uri=CELEX:52012PC0035&from=EN.* Proposta di Regolamento del Consiglio sullo statuto della fondazione europea (FE) /* COM/2012/035 final – 2012/0022 (APP) */. L'atto con cui il regolamento è stato ritirato risale al 07/03/2015: OJ C 80, 7.3.2015, 17-23. Tra gli studi che prepararono il terreno per la proposta: K. J. HOPT, W. R. WALZ, T. VON HIPPEL, V. THEN (eds.), *The European foundation: A new legal approach*, Cambridge, 2006.



un capitale di rischio e dal perseguimento di finalità lucrative), tale è il c.d. Terzo settore, recentemente disciplinato dal d.lgs. 3 luglio 2017, n. 117. In questo contesto, l'ente fondazionale non è rimasto immune da tali radicali cambiamenti.

Nell'epoca delle grandi riforme e nel contesto di un continuo e proficuo dialogo tra pubblico e privato, la fondazione non può più essere concepita solo ed esclusivamente, così come pensato dal codice civile del 1942, come il *patrimonio destinato dalla volontà del fondatore al perseguimento di uno scopo di pubblica utilità* [8], ma deve concepirsi come uno strumento molto più elastico e duttile col quale si sperimentano particolari forme di collaborazione tra enti pubblici e privati nei settori in cui l'intervento e la gestione del pubblico si è rilevata insufficiente [9].

Attualmente, la fondazione, lungi dal contrastare con i suddetti principi di politica economica, si pone come mezzo indispensabile per la crescita economica. Ad oggi, ancora, accanto alla fondazione "tradizionale" si conosce una varietà di figure, alcune delle quali presentano persino spiccati caratteri corporativi non dissimili da quelli delle associazioni, mentre altre superano quella convinzione secondo la quale agli enti del Libro I cod. civ. sarebbe precluso l'esercizio di un'attività di impresa [10].

Diversamente – oggi – le fondazioni hanno la possibilità di esercitare attività di impresa con l'unico limite del divieto di distribuzione degli utili conseguiti (c.d. lucro soggettivo) [11].

Il divieto di perseguire un lucro soggettivo da parte delle fondazioni è ribadito anche nel codice del "Terzo settore" (d.lgs. 3 luglio 2017, n. 117) che, nel disciplinare le attività di interesse generale degli enti (art. 5), consente a questi enti di esercitare anche attività diverse da quelle disciplinate all'art. 5, come l'attività di impresa, sempre che «l'atto costitutivo e lo statuto lo consentano e siano secondarie e strumentali rispetto alle attività di interesse generale» (art. 6). In particolare, all'art. 8, comma 2, viene ribadito il divieto della distribuzione, anche indiretta, di utili e avanzi di gestione, fondi e riserve comunque a fondatori (o associati), amministratori ed altri componenti degli organi sociali, anche nel caso di recesso o di ogni altra ipotesi di scioglimento individuale del rapporto associativo [12].

---

[8] F. FERRARA, *Le persone giuridiche*, in *Tratt. Vassalli*, Torino, II ed., 1956, con note di FERRARA jr., 66 e 67.

[9] Il modello fondazione è stato adottato sia per sperimentare forme di collaborazione pubblico-privato in settori di attività nei quali la gestione da parte dello Stato si era rivelata palesemente insufficiente, sia per esternalizzare e privatizzare ambiti di intervento, resisi necessari per far fronte alla contingente crisi economica. Come è avvenuto per le fondazioni bancarie di cui alla l. n. 218/90 ed al d.lgs. n. 153/1999; per le fondazioni di enti lirici di cui al d.lgs. n. 367/1996; per le fondazioni universitarie di cui alla l. n. 388/00 ed al d.P.R. n. 254/2001. In argomento: F. MERUSI, *La privatizzazione per fondazioni tra pubblico e privato*, in *Dir. amm*., 2004, 447. Cfr. anche: M. BUQUICCHIO, *Le fondazioni nell'attuale assetto economico e giuridico del "terzo settore"*, in *Riv. not*., 2013, 1031.

[10] La fondazione è, dai più, vista come modello neutro. Cfr. G. ZANCHI, *Interpretazione e ruolo della prassi nello statuto soggettivo della fondazione*, in questa *Rivista*, 2017/6, 518. Non sono mancate istanze, in dottrina, dirette a rappresentare l'esigenza di un nuovo diritto delle fondazioni, deputato a disciplinare le nuove figure. In tal senso, per tutti: G. PONZANELLI, *Gli enti collettivi senza scopo di lucro*, in *Giur. comm*., I, 1995, 575 ss.; ID., *Le fondazioni tra riforma del codice civile e legislazione speciale*, in *Riv. not*., 1998, 641 e 645; P. RESCIGNO, *Sulla riforma del diritto delle associazioni e delle fondazioni*, in *Vita not*., 2005, 61 ss.

[11] La possibilità di esercitare l'attività di impresa ha una chiara risposta positiva soprattutto alla luce dell'entrata in vigore del d.lgs. 24 marzo 2006 n. 155 sul riconoscimento dell'impresa sociale. Sicché, anche nel codice del terzo settore restano degli elementi che li distinguono nettamente dalle società: assenza di un lucro soggettivo e assenza di un'attività economica a condizione che lo statuto non preveda l'esercizio di tale attività come del tutto marginale e strumentale per il perseguimento di una finalità civica, solidaristica e di utilità sociale.

[12] Quest'ultima disposizione resta, peraltro, fedele al divieto già previsto dal codice civile all'art. 24: gli associati, che abbiano receduto o siano stati esclusi dall'associazione, non possono ripetere i contributi versati e non possono vantare, comunque, diritti sul patrimonio dell'associazione. La regola della irripetibilità si spiega non solo alla luce della natura non economica degli interessi perseguiti dal singolo attraverso la partecipazione all'associazione, ma anche in ragione del fatto che il singolo partecipante non certo è comproprietario dei beni costituenti il "fondo comune", che – invece – appartengono all'ente.



Ancora, da ultimo, con la presentazione di un disegno di legge delega (disegno di legge delega S. 1151 del 19 marzo 2019), avvenuta nel corso della XVIII legislatura, avente ad oggetto una parziale riforma del codice civile, vengono individuate alcune aree tematiche ritenute meritevoli di intervento; tra queste anche la disciplina degli enti contenuta nel Libro I del codice civile [13].

Il passaggio che riguarda la fondazione è così formulato: «Il Governo è delegato ad adottare […] uno o più decreti legislativi per la revisione e l'integrazione del codice civile […], nel rispetto dei seguenti principi e criteri direttivi: a) integrare la disciplina delle associazioni e fondazioni, ad esclusione delle fondazioni di origine bancaria con i necessari coordinamenti con la disciplina del Terzo settore e nel rispetto della libertà associativa, con particolare riferimento alle procedure per il riconoscimento, ai limiti dello svolgimento di attività lucrative, alle procedure di liquidazione degli enti».

In questi termini, in considerazione delle riforme legislative che hanno sostanzialmente ridisegnato le società di capitali (nel 2003) e gli enti del Terzo Settore (nel 2017), l'intenzione del legislatore risulta essere quella di adottare provvedimenti residuali, cioè di disciplinare tutto ciò che non è già stato regolato da altri interventi normativi, tra i quali vengono espressamente richiamati quelli in tema di fondazioni bancarie e di Terzo settore.

Si nota che il legislatore, nel delegare il Governo ad adottare provvedimenti per la revisione o l'integrazione del codice civile, abbia piena consapevolezza che il codice si pone come mero «contenitore» delle strutture fondamentali che reggono i rapporti privati, anche se buona parte della disciplina degli enti si trova oramai fuori dal codice [14].

La disciplina della fondazione è in continua evoluzione non solo in Italia ma anche in altri Stati. Tra le novità legislative straniere recenti, merita particolare menzione la legge di riforma del diritto delle fondazioni, varata dal Parlamento della Repubblica Federale Tedesca il 21 giugno 2021, destinata ad entrare in vigore nel 2023 [15]. La nuova legge introduce per la prima volta un quadro giuridico uniforme a livello federale per le fondazioni, prevedendo, tra l'altro, la definizione della fondazione come persona giuridica senza associati (nuovo testo del codice civile tedesco, par. 80: *mitgliederlose juristische Person*), nuove regole sulla loro amministrazione, e il loro scioglimento. Il codice civile tedesco accoglie dunque ai paragrafi parr. 80-87d una compiuta e ben più organica regolamentazione di queste istituzioni, di cui si è conservata la configurazione tradizionale, nel quadro di un regime ammodernato, con significative novità per far fronte a diverse esigenze della prassi.

Alla luce di tali premesse, il presente contributo è diretto a illustrare le linee evolutive della fondazione, nonché a indagare i confini oltre i quali non può spingersi l'autonomia privata. In altri termini, il lavoro intende chiarire il grado di elasticità della fondazione in presenza di nuovi interessi ed esigenze dei privati. La risposta a tale problematica, non può prescindere dalla descrizione degli elementi tipologici dell'ente e dei profili evolutivi che, nel tempo, ne hanno in parte mutato la fisionomia.

---

[13] Sul punto, si veda A. NERVI, *In margine all'ipotesi di riformare la disciplina del codice civile in tema di associazioni e fondazioni*, in *Annali Sisdic*, 5/2020, 127 ss.

[14] C. CASTRONOVO, *Il Codice civile italiano: significato storico e ideale*, in *Eur. dir. priv.*, 2019, 1183.

[15] Il progetto di legge è stato accompagnato da un vivace dibattito, alcune critiche sono state espresse già in sede di audizione parlamentare; si consultano sul sito del *Bundestag*: *https://www.bundestag.de/dokumente/textarchiv/2021/kw18-pa-recht-stiftungszivilrecht-835690*.



**2. –** La tradizione giuridica [16] distingue l'associazione, quale pluralità di persone unite per il perseguimento di uno scopo comune (*universitas personarum*), dalla fondazione, intesa come complesso di beni destinato al perseguimento di uno scopo (*universitas bonorum*) [17].

A ben vedere, però, stando alla concezione organica delle persone giuridiche [18], la fondazione non è, propriamente, il patrimonio destinato ad uno scopo, quanto l'organizzazione collettiva, formata da persone (gli amministratori della fondazione), che si avvale del patrimonio per realizzare lo scopo. In quest'ottica, le fondazioni vennero concepite come «organizzazioni di uomini», rispetto alle quali «il patrimonio è semplicemente un mezzo di attuazione dello scopo» [19].

La distinzione, dunque, tra associazioni e fondazioni cessò di risolversi in relazione alla prevalenza di elementi eterogenei (persone e patrimonio) per assumere una diversa configurazione all'interno della più ampia categoria delle organizzazioni collettive [20].

Ancora, sia l'associazione che la fondazione costituiscono espressione di autonomia negoziale: l'una e l'altra traggono vita da un negozio giuridico. Si tratterebbe, in particolare, di negozi giuridici di organizzazione che assumono la natura di contratto plurilaterale con comunione di scopo, nel caso delle associazioni, o la natura di negozi unilaterali, nel caso delle fondazioni.

L'attività diretta alla realizzazione dello scopo (ossia il comune scopo degli associati o lo scopo assegnato dal fondatore) costituisce un'attività esecutiva dei rispettivi negozi costitutivi.

Tali negozi costitutivi assumono la funzione di costituire e organizzare l'ente. Sono, pertanto, da considerarsi negozi di organizzazione, ossia negozi giuridici la cui esecuzione implica la costituzione di una struttura organizzativa [21].

---

[16] Aveva posto in luce, tra i primi, l'irriducibilità della fondazione allo schema della corporazione F. SAVIGNY, *Sistema del diritto romano attuale*, trad. it., III, Torino 1900, 247-275. Ad un allievo del Savigny, G.F. PUCHTA, *Corso di istituzioni*, trad. it., Napoli, 1854, 8, è dovuta la più compiuta elaborazione di un concetto unitario di persona giuridica, idoneo a comprendere le specie dell'*universitas personarum* e dell'*universitas rerum*. Tale distinzione è anche consolidata nella tradizione didattica universitaria, dove appare la distinzione tra "tipi" associativi e "tipi" istituzionali (o amministrativi), i primi connotati dalla pluralità di persone, i secondi dalla presenza di un patrimonio vincolato ad uno scopo di pubblica utilità.

[17] Nell'epoca intermedia mancava un'autonoma concezione delle fondazioni, esse venivano ricondotte al più ampio genere delle *universitas*, ma venivano concepite come associazioni formate dai destinatari della fondazione, ossia da coloro che beneficiano e traggono vantaggi dall'attività dell'ente: così si parlava degli ospedali come *collegia miserabilium personarum xenodochiis degentium* o dei monti di pietà come *universitas pauperum*, come riporta O. VON GIERKE, *Die Genossenschaftstheorie und die deutsche Rechtsprechung*, Weidmann, 1887, 22 ss.

[18] Si attribuisce alle riflessioni di O. VON GIERKE, *Die Genossenschaftstheorie*, cit., 22 ss. il merito di aver sottolineato l'essenzialità dell'elemento organizzativo nella fondazione, pur mantenendo ben chiara la distinzione rispetto all'associazione proprio e sempre sul piano organizzativo, ove quest'ultima presenta la peculiarità dell'organo assembleare, mancante invece nel modello (organizzativo) della fondazione. La dottrina italiana ha raccolto questa sollecitazione anche al di là della condivisione della concezione organica di Gierke, riconoscendo il patrimonio come mezzo per il raggiungimento dello scopo statutario anche nel caso delle fondazioni: F. FERRARA sr., *Teoria delle persone giuridiche*, Napoli, 1923, 375 ss.

[19] Così, ma indipendentemente ormai dall'accoglimento della concezione organica, F. FERRARA sr., *Le persone giuridiche*, cit.

[20] Per definire il comune genere, del quale associazioni e fondazioni sono specie, si suole impiegare il concetto di "istituzione", il quale designa ogni «ente o corpo sociale», ossia ogni rapporto fra più soggetti dal quale trae origine una «superstruttura sociale» (su questa terminologia si veda – con indifferenziato riferimento alle associazioni e alle fondazioni – SANTI ROMANO, *L'ordinamento giuridico*, Firenze 1945, 55 ss.). Si può anche impiegare il più recente concetto di "formazione sociale", cioè di gruppo sociale intermedio tra l'individuo e la società generale. Sull'appartenenza delle fondazioni alle "formazioni sociali" di cui all'art. 2 Cost., vd. P. RESCIGNO, voce *Fondazione*, cit., nt. 2 e 3.

[21] Col termine "negozi di organizzazione" si intende fare riferimento a tutti quei negozi diretti a costituire un'organizzazione che si renderebbe autonoma e distinta rispetto al negozio stesso, acquistando soggettività giuridica (cfr., sul punto, M. BASILE, A. FALZEA, voce «*Persona giuridica (dir. priv.)*», in *Enc. dir.*, Milano 1983, XXXIII, 234 ss., spec. 238; F. D'ALESSANDRO, *Persone giuridiche ed analisi del linguaggio*, Milano, 1963, 40 ss.). I negozi di organizzazione sono diretti alla costituzione di un ente, sottoposto ad un



Nonostante l'associazione e la fondazione siano accomunate dalla medesima genesi negoziale, sussistono tra i due enti differenze particolarmente evidenti. Esse attengono, anzitutto, alla diversa natura dei rispettivi negozi costitutivi e, in secondo luogo, ai diversi modi di esecuzione di tali negozi.

L'atto costitutivo dell'associazione è un contratto plurilaterale a comunione di scopo. L'atto costitutivo della fondazione ha sempre, di contro, natura di negozio unilaterale: unico negozio unilaterale, quando il fondatore sia una sola persona; pluralità di negozi unilaterali, quando si tratti di fondazione costituita da più persone [22].

In particolare, la fondazione trae origine dall'atto con il quale il fondatore destina in modo permanente taluni beni alla realizzazione di uno scopo di pubblica utilità, i quali, con l'acquisto della personalità giuridica, appartengono all'ente [23]. Peraltro, il fondatore non può riservarsi – con l'atto di fondazione– la facol-

---

processo di "soggettivazione", quale tecnica e modello per meglio organizzare l'imputazione (A. ZOPPINI, *Autonomia e separazione del patrimonio, nella prospettiva dei patrimoni separati della società per azioni*, in *Riv. dir. civ*., 2002, I, 558). Ebbene, in modo non dissimile a quel processo di "solidificazione" per cui l'acqua diventa ghiaccio, anche per i negozi di organizzazione, l'autonomia privata dà avvio ad un processo di "entificazione" in cui la regola negoziale rileva esclusivamente in una fase genetica, mentre le regole dell'organizzazione rilevano in una fase funzionale. Ciò spiega perché la disciplina dei negozi di organizzazione va spesso contemperata con la disciplina propria dell'ente. Con riferimento ai negozi costituitivi di enti che acquisteranno personalità giuridica, rientrano nella categoria dei negozi di organizzazione sia gli atti unilaterali (come i negozi di fondazione oppure gli atti costitutivi di società unipersonali) che i contratti associativi e i contratti di società. Costituiscono, poi, parte integrante dei negozi in esame gli statuti che esprimono tutte le regole, dirette a disciplinarne la struttura, l'attività, gli scopi e le vicende, senza le quali l'ente non potrebbe operare. A connotare imprescindibilmente tali negozi è il momento organizzativo: la creazione di un ente o, in altri termini, di una organizzazione. Risulta, invece, molto più complicato definire l'organizzazione. Quest'ultima, come avverte Santi Romano (in *L'ordinamento giuridico*, Roma 1946, 40), «non sarebbe un ente naturale, dotato di vita propria, ma un ente che servirebbe al raggiungimento di determinati scopi che verrebbe pensato o considerato come subbietto di diritto». Il raggiungimento di scopi e la relativa attività necessitano di regole negoziali. Le regole di fonte negoziale attribuiscono agli organi vitali dell'ente (es. assemblea e organo di gestione) funzioni sì differenti, ma complementari per la realizzazione di un medesimo risultato. Tale concetto di organizzazione, o meglio di "comunità organizzata", non sfuggiva nemmeno ad Hans Kelsen (*La dottrina pura del diritto*, III ed., Torino 2021, 206-207), il quale individuava le comunità "organizzate" come quelle dotate di "organi" funzionanti: la comunità è organizzata quando in essa operano organi, ossia gli individui particolarmente qualificati che assolvono la loro funzione secondo le regole della divisione del lavoro. Può, quindi, essere osservato che i contratti, oltre che regolare scambi, permettono di creare e regolare autonomi gruppi di beni e persone, attribuendo loro la qualità di atteggiarsi come autonomi centri di imputazione di situazioni giuridiche soggettive. L'organizzazione, avente soggettività giuridica, è ancor più evidente se si pensa che la stessa si sovrappone (e, per certi aspetti, addirittura si contrappone) a chi abbia concluso il negozio, a chi vi partecipa o a chi la amministra. Anzi, l'organizzazione, proprio perché dotata di soggettività giuridica, può esigere l'adempimento degli impegni assunti dai partecipanti con il negozio di organizzazione ed esercita tutte le attività per le quali è stato costituito l'ente. Tali attività, invero, pur essendo esercitate da chi partecipi o gestisca l'ente, sono direttamente imputate allo stesso ente e di queste direttamente ne risponde (H. KELSEN, *La dottrina pura del diritto*, cit., 236 s). Proprio in ragione del processo di entificazione provocato dai negozi in esame, la disciplina di questi ultimi spesso si confronta e si misura con la disciplina propria dell'ente.

[22] La fondazione può, a differenza dell'associazione, essere costituita da una sola persona; ma le differenze tra le due figure permangono anche nelle ipotesi in cui la fondazione sia costituita da più persone o, come accade allorché essa venga costituita, per pubblica sottoscrizione, da una moltitudine di persone. L'atto pubblico costitutivo di una fondazione, ai sensi dell'art. 14 cod. civ., avendo struttura di negozio unilaterale ed autonoma causa, consistente nella destinazione di beni per lo svolgimento in forma organizzata dello scopo statutario, non dà luogo ad un atto di donazione e non rientra, pertanto, fra gli atti per i quali è sempre necessaria la presenza di due testimoni, agli effetti dell'art. 48 della l. n. 89/1913, nella formulazione antecedente alla sostituzione operata dalla l. n. 246/2005 (Cass. civ., sez. II, 4 luglio 2017, n. 16409).

[23] Così Trib. Firenze, sez. spec. prop. industr. ed intell., ord. 16 giugno 2008. I beni, per effetto dell'atto di fondazione, non appartengono più alla persona del fondatore. I beni, come sottolineava efficacemente il Ferrara, sono «senza padrone (…) e la ragione sta nello scopo per cui il patrimonio sussiste» (F. FERRARA SR., *Teoria delle persone giuridiche*, cit., 153-154). Ordunque, per effetto dell'atto di fondazione, i beni, non appartenendo più alla persona del fondatore, sono affidati ai gestori. Gli amministratori non gestiscono il patrimonio né per sé stessi né amministrano per alcun proprietario, individuo o associazione, ma amministrano per il vantaggio della fondazione. I gestori «sono chiamati alla carica per titoli e qualità diversi, non hanno uno scopo proprio da raggiungere, ma uno estraneo alla loro cerchia di interessi, di cui è loro imposta l'attuazione» (F. FERRARA SR., *Teoria delle persone giuridiche*, cit.,



tà di modificare successivamente lo statuto della fondazione [24].

In ragione di ciò, si ritiene che la gamma di scopi perseguibili attraverso la fondazione sia più ristretta di quella dell'associazione, essendo tenuta la fondazione a perseguire scopi non lucrativi nei quali sia riconoscibile una pubblica utilità. Per le fondazioni assume rilevanza la pubblica utilità che qualifica lo scopo non lucrativo dell'ente (ossia lo scopo di assistenza, beneficenza o culturale a vantaggio di determinate categorie di persone).

Le ulteriori differenze si manifestano, in secondo luogo, nei modi di esecuzione dell'uno e dell'altro negozio: il fondatore non partecipa, in quanto tale, all'esecuzione dell'atto di fondazione; egli si spoglia, in modo definitivo, della disponibilità dei beni che destina allo scopo e non concorre, come invece concorrono le parti del contratto di associazione, nella loro amministrazione.

Mentre nell'esecuzione del contratto associativo concorrono gli associati, l'esecuzione dell'atto di fondazione è, all'opposto, affidata a persone diverse dal fondatore: gli amministratori, ossia coloro che compongono l'elemento personale della fondazione, che costituiscono, al pari dell'associazione, una «organizzazione di uomini».

La posizione degli amministratori della fondazione è profondamente diversa da quella di coloro che compongono l'elemento personale dell'associazione: diversa tanto dalla posizione degli associati, quanto da quella degli amministratori dell'associazione. Gli elementi che li differenziano dai primi vengono tradizionalmente riassunti nell'affermazione secondo la quale l'associazione ha «organi dominanti» e la fondazione, invece, «organi serventi» [25].

---

379). L'amministratore si considera rappresentante dell'ente e servente i suoi interessi. In definitiva, è stato osservato che, al cospetto di una fondazione, si è in presenza di un patrimonio rispetto al quale nessun individuo, o nessuna serie di individui, occupa una posizione giuridica corrispondente al diritto di proprietà (così R. COSTI, *Fondazione e impresa*, in *Riv. dir. civ*., 1968, 1, 8 ss., si veda anche S. RODOTÀ, *Note critiche in tema di proprietà*, in *Riv. trim.*, 1960, 1311). Gli amministratori sono chiamati all'adempimento di un ufficio: essi sono "serventi" alla volontà del fondatore, essi possono, infatti, disporre dei beni della fondazione per il perseguimento del solo scopo assegnato dal fondatore. La proprietà-funzione si risolve nel potere di godimento e di uso dei beni per la realizzazione di uno scopo determinato dal fondatore. Ordunque, la facoltà di godimento è attribuita in funzione della possibilità di ricavare un reddito dal bene: la proprietà, cioè, si atteggia a fonte di acquisto, a titolo originario, di nuovi beni, e quindi di nuovi diritti di proprietà. Se, poi, si nota che nella fondazione, l'originario proprietario si sia spogliato dei propri "beni economici" per assoggettarli ad un vincolo di destinazione immutabile e perpetuo per il solo perseguimento di finalità di pubblica utilità, si nota una situazione del tutto differente. Il diritto di proprietà sui beni, formalmente, è di titolarità della persona giuridica (fondazione), che agisce per mezzo di chi ne abbia il potere di gestione. Il godimento dei beni e l'esercizio dell'attività di gestione degli stessi è diretta, differentemente dalla produzione e dalla divisione degli utili nelle società commerciali, alla produzione ed erogazione delle rendite patrimoniali a soggetti terzi (beneficiari). In questi termini, la fondazione, servendosi dell'opera dei suoi gestori, produce rendite che eroga e destina a favore di terzi. Lo schema non è differente dal comune concetto di proprietà: la fondazione proprietaria dei beni, acquista anche la proprietà dei relativi frutti che, per conseguire gli scopi espressi nell'atto di fondazione, vengono successivamente erogati a soggetti terzi. L'interesse che si persegue è l'interesse del fondatore che trova, peraltro, espressione nello scopo e nelle attività stabilite nell'atto di fondazione, mentre le rendite – cioè i frutti dell'attività – sono diretti a soggetti terzi beneficiari. Nella fondazione i beneficiari della gestione dell'ente, siano essi i destinatari o coloro che in qualche modo troveranno vantaggio economico o morale dall'*opus* realizzato dalla fondazione, non hanno alcun potere di gestione. La titolarità della proprietà, spettante alla fondazione ed esercitata dai suoi organi, attribuisce agli amministratori il potere di gestione dei beni della fondazione, ma non concede agli stessi i vantaggi (e gli svantaggi) che a tale gestione conseguono.

[24] Cfr. Cons. Stato 1° giugno 1960. Difatti, nella fondazione, il vincolo di destinazione non può cessare né per volontà del fondatore, né per deliberazione degli amministratori né, fino a quando lo scopo sia attuabile, per provvedimento dell'autorità governativa, mentre il vincolo associativo è sempre modificabile su deliberazione degli associati. La fondazione, rispetto alla quale manca una definizione positiva nel codice civile, rimanda all'idea, mossa dall'immagine romanistica dell'«*universitas bonorum*», di un complesso di beni destinati ad uno scopo. Alla luce della centralità dell'elemento patrimoniale si spiega il distacco dell'ente dal fondatore che non assume un ruolo dominante come quello assunto dagli associati all'interno dell'associazione.

[25] Tale terminologia è adoperata da F. FERRARA, *Teoria delle persone giuridiche*, in *Il diritto civile italiano secondo la dottrina e*



Nell'associazione operano «organi dominanti», ai membri infatti è attribuito il potere, organizzato secondo la regola maggioritaria, di determinare e (eventualmente) modificare lo scopo dell'associazione. Nell'associazione, al contrario, la destinazione allo scopo costituisce oggetto di un impegno contrattuale; e i membri dell'associazione, che di questo rapporto contrattuale sono le parti, fruiscono in ordine alla destinazione del patrimonio della medesima autonomia che è propria delle parti di ogni contratto: essi possono, a proprio arbitrio, modificare il contenuto del contratto, possono deliberare lo scioglimento dell'associazione, possono, in sede di estinzione, deliberare sulla devoluzione dei beni residui [26].

Invece, l'esecuzione dell'atto di fondazione rappresenta, per gli amministratori di questa, l'adempimento di un ufficio: essi sono vincolati, nel disporre dei beni della fondazione, al perseguimento dello scopo assegnato dal fondatore; e solo l'autorità governativa, che sull'amministrazione esercita il più penetrante controllo (art. 25), può modificare la destinazione del patrimonio [27].

Gli amministratori della fondazione sono, tuttavia, i soli arbitri della gestione: essi determinano a proprio piacimento i criteri che ritengono più opportuni per l'amministrazione del patrimonio e per la sua destinazione allo scopo; ad essi, e ad essi soltanto, è affidata l'esecuzione del negozio di fondazione.

La carica degli amministratori può essere a vita; il fondatore non può, come non possono i suoi eredi, ingerirsi in alcun modo nell'amministrazione. Lo statuto deve garantire l'autonomia degli amministratori, i quali non rappresentano coloro che li hanno nominati né ad essi rispondono (art. 10 d.lgs. 26 giugno 1996, n. 367, che regola le fondazioni operanti nel settore musicale, c.d. enti lirici).

A differenza delle associazioni, nelle quali i poteri degli amministratori trovano il limite nell'assemblea degli associati, la quale è chiamata ad esprimere periodicamente il gradimento dell'operato dell'organo di gestione, nelle fondazioni è assente una forma di controllo interno degli amministratori analogo a quello esercitato nelle associazioni, sicché l'art. 25 cod. civ. assoggetta le fondazioni a forme di controllo pubblico dirette a tutelare l'ente.

Il controllo dell'autorità governativa, per quanto penetrante, è solo un controllo di legittimità: essa non può intervenire fino a quando gli amministratori non abbiano violato lo statuto o la legge o non abbiano agito in difformità dallo scopo della fondazione [28].

**3. –** Nel codice civile del 1865, le associazioni e le fondazioni venivano denominate "corpi morali". Ai

---

*la giurisprudenza*, a cura di P. FIORE e continuato da B. BRUGI, Napoli-Torino, 1915, 732 che afferma: «gli organi direttivi, nelle associazioni, sono dominanti, nelle fondazioni sono sottoposti alla volontà di chi ha costituito l'ente». Alla stregua di tale criterio distintivo è, persino, giustificata la necessità di una ingerenza dell'autorità governativa nell'attività della fondazione.

[26] Sulla "sovranità" dell'assemblea dei membri come connotato tipico dell'associazione vd. S. PUGLIATTI, *Gli istituti del diritto civile*, Milano 1943, 114 ss.

[27] Perciò, è associazione, e non fondazione «l'istituzione dotata di una assemblea dei soci, competente ad adottare i principali atti di indirizzo finanziario» (Cons. Stato 22 novembre 1995, in *Cons. Stato*, 1997, I, 1156). Diverso è il caso in cui lo statuto della fondazione preveda una assemblea, composta dai rappresentanti dei beneficiari della fondazione o di enti esponenziali della comunità locale o nazionale, dotata di poteri solo consultivi. Nel senso che «gli amministratori di una fondazione non possono devolvere le rendite a finalità diverse da quelle volute dal fondatore e consacrate nelle tavole di fondazione» (Cass. 19 ottobre 1964).

[28] La fondazione è espressione di autonomia privata e, per tale ragione, i poteri dell'autorità amministrativa, di cui all'art. 25 cod. civ., non possono spingersi fino al controllo del merito o al controllo sulla mera opportunità delle determinazioni o gestionale o di indirizzo. Il potere di vigilanza, consistendo in un controllo sulla legittimità dell'operato degli amministratori rispetto alla legge e all'atto di fondazione, deve essere funzionale alla salvaguardia dell'interesse interno e istituzionale dell'ente e cioè alla preservazione del vincolo di destinazione del patrimonio allo scopo voluto dal fondatore e a suo tempo considerato meritevole di separazione di responsabilità con l'atto di riconoscimento della fondazione.



corpi morali si affiancavano gli enti ecclesiastici e gli enti pubblici, questi ultimi comprensivi sia degli enti territoriali che di altre istituzioni.

Il *nomen* «corpi morali» voleva sottolineare che gli enti, segnatamente di diritto privato, trovavano, nel caso di fondazioni, fatta eccezione per quelle strettamente familiari, la loro giustificazione quali persone giuridiche nell'attività filantropica e nell'attenzione alle esigenze delle classi meno protette riposta dalle iniziative generose di persone e famiglie non irrilevanti nel tessuto sociale [29].

Ebbene, nell'attuale codice civile italiano, pur mancando il termine "corpo morale", sono però presenti riferimenti alla utilità pubblica dell'ente-fondazione, quale misura della sua stessa esistenza o estinzione (art. 28 cod. civ.).

A ben vedere, però, la pubblica utilità non è, invero, presupposto necessario per la valida sussistenza della fondazione che trova nel suo fine altruistico il suo connotato principale.

La qualificazione dello scopo in termini di "pubblica utilità" ha storicamente assunto un ruolo essenziale nell'elaborazione dell'istituto della fondazione: vincolare l'esistenza stessa della fondazione al perseguimento di uno scopo non semplicemente non lucrativo, ma specificamente pubblico, era la condizione necessaria per legittimare l'esistenza delle fondazioni in uno Stato che avocava a sé il controllo delle attività volte a soddisfare i bisogni della collettività [30].

Sicché, a differenza dell'associazione il cui ambito di scopi perseguibili è sensibilmente ampio, comprendendovi ogni possibile scopo di natura ideale o, comunque, non economica; tradizionalmente, la fondazione potrebbe essere costituita solo per scopi di pubblica utilità.

I beni e le ricchezze possono essere assoggettati ad un vincolo di destinazione immutabile e tendenzialmente perpetuo solo per il perseguimento di finalità di pubblica utilità [31].

È stato avvertito, a tal riguardo, dai giuristi d'oltralpe che, «per quanto si sia partigiani dell'iniziativa privata in questa materia, si deve riconoscere che ogni fondazione riguarda uno scopo e un interesse collettivo, ristretta o ampia che sia la collettività interessata» [32].

Lo svilimento dell'autonomia privata, come si è detto, trovava ragione in una generale intransigenza del legislatore a forme di assoggettamento di beni a vincoli di destinazione, immutabili e tendenzialmente perpetui, impressi dal fondatore che si ponevano in manifesto contrasto con quei principi di politica economica

---

[29] Medesima considerazione delle fondazioni andrebbe svolta anche per le fondazioni del *Common law*, laddove per fondazione (*charitable foundation*) si fa riferimento ad organizzazioni che non perseguono scopo di lucro oppure al già menzionato un *charitable trust*, ossia a un trust di beneficenza. Lo scopo di pubblica utilità caratterizza, ancora oggi, importanti fondazioni che operano nel tessuto economico e sociale del Nord Europa. Recentemente, per esempio, il *Financial Times* (si veda l'edizione del 21 giugno 2021) ha riportato che alcune fondazioni costituite dalle grandi imprese, dotate di ampissime disponibilità economiche (come Ikea e Rockeffeler), si sono impegnate per realizzare progetti di energia rinnovabile a beneficio di oltre un miliardo di persone residenti in India, Nigeria ed Etiopia.

[30] Così G. ZANCHI, *Interpretazione e ruolo*, cit., 507.

[31] In questo contesto, tradizionalmente, è sempre stato negato al fondatore la possibilità di perseguire un fine esclusivamente egoistico, nemmeno attraverso la costituzione di una fondazione di famiglia (art. 28 cod. civ.). Per il dibattito in dottrina sullo scopo, si rinvia a: A.A. CARRABBA, *Destinazione, scopo e autonomia privata nelle fondazioni*, in *Riv. dir. priv*., 2016, 35 ss.; ID., *Lo scopo delle associazioni e delle fondazioni (art. 1, co. 3, D.P.R. 10 febbraio 2000, n. 36)*, in *Riv. not*., 2001, 763 ss. La dottrina più risalente ha parlato di "entificazione" del vincolo di destinazione. In argomento, per tutti: F. FERRARA, *La teoria della persona giuridica*, in *Riv. dir. civ*., 1911, 659.

[32] R. SALEILLES, *Personnalité juridique. Histoire et theories*, Parigi, 1922, 276. Significativa, in sede storica, è la circostanza che la proclamazione della libertà di associazione, fatta dagli illuministi quale diritto inviolabile dell'uomo, si accompagnò con un severo giudizio di condanna della fondazione: le ragioni di questo discriminante atteggiamento – che si trovano in di A.R.J. TURGOT, *Fondation*, in *Encyclopédie*, VII, 235 ss. – si riportavano, appunto, alla considerazione che le forme giuridiche della fondazione comportano, a differenza di quelle dell'associazione, che un patrimonio venga in perpetuo sottratto alla circolazione.



(cui sono informate le codificazioni moderne) che danno stura alla libera circolazione dei beni e al libero sfruttamento delle risorse economiche.

Infatti, è stato già notato che il vincolo di destinazione non può cessare né per volontà del fondatore né, tantomeno, per deliberazione degli amministratori e né, fino a quando lo scopo possa essere attuato, per provvedimento dell'autorità governativa. Per tali ragioni, l'autonomia privata soffre, quanto all'utilizzabilità delle forme di fondazione, di limitazioni che non hanno, per contro, ragion d'essere in rapporto alle organizzazioni di tipo associativo, le quali invece sono caratterizzate dagli opposti principi della modificabilità, per deliberazione degli associati, dello scopo dell'ente nonché della risolubilità del rapporto associativo.

In ragione di ciò, anche per il nostro ordinamento il ricorso alle forme giuridiche della fondazione sarebbe stato ammissibile, con relativa accettazione degli inconvenienti economici che tale ente comporta, solo in presenza di uno scopo di pubblica utilità.

**4. –** Se le norme del titolo II, Libro I del codice civile, in tema di fondazioni, non pongono limiti espressi all'autonomia privata, restrizioni particolari sono, invece, formulate – in termini di perseguimento di «fini di pubblica utilità» – da una norma contenuta nel secondo libro del codice civile, in tema di sostituzioni fedecommissarie: l'art. 699 cod. civ., ai sensi del quale «è valida la disposizione testamentaria avente per oggetto l'erogazione periodica, in perpetuo o a tempo, di somme determinate per premi di nuzialità o di natalità, sussidi per l'avviamento ad una professione o ad un'arte, opere di assistenza, o per altri fini di pubblica utilità, a favore di persone da scegliersi entro una determinata categoria o fra i discendenti di determinate famiglie».

Il tema delle fondazioni, per diversi aspetti, si lega alla tematica dei fedecommessi, in quanto entrambi gli istituti producono il medesimo effetto: imporre su determinati beni un vincolo di destinazione tendenzialmente perpetuo [33].

I due istituti, non a caso, sono legati da una medesima sorte. Difatti, quando, nella prima metà del Settecento, i legislatori europei abolirono i fedecommessi perché in contrasto con le esigenze di libero e proficuo sfruttamento della ricchezza, essi estesero la propria opera di repressione, in nome dei medesimi principi economici, anche alle fondazioni: in Inghilterra furono vietate le fondazioni immobiliari, mentre in Francia le fondazioni testamentarie [34].

Il legislatore italiano, dopo l'unificazione, disciplinava le sole "fondazioni pubbliche", ossia le istituzioni pubbliche di assistenza e beneficenza regolate dalla l. 17 luglio 1890, n. 6972 che, all'art. 2, espressamente sottraeva alle norme sulle istituzioni pubbliche di assistenza e beneficenza le «fondazioni private destinate a pro di una o più famiglie, non soggette a devoluzione a favore della beneficenza pubblica»; e, in mancanza di una disciplina delle fondazioni private, non erano mancati autori che avevano dubitato della validità di tali fondazioni, siccome ricomprese nel divieto di sostituzione fidecommissaria [35].

Qualche dubbio fu, anche solo in parte, superato sulla base dell'art. 902 del codice civile del 1865, corri-

[33] La connessione tra fedecommessi e fondazioni era presente anche nelle valutazioni della dottrina italiana tra la fine dell'Ottocento ed i primi del Novecento del secolo scorso: la legge prevedeva espressamente le fondazioni pubbliche (IPAB), mentre non disciplinava le fondazioni private. Si dubitava, infatti, che queste ultime potessero essere ricomprese nel divieto di sostituzione fidecommissaria.

[34] Per ampi riferimenti storici, si veda R. SALEILLES, *Personnalité juridique,* cit., 259 ss.

[35] In altre parole, non si scioglieva il dubbio se, ferme restando le fondazioni di antica istituzione, fosse concesso crearne nuove. Lo avevano negato sul presupposto della nullità della fidecommissione: O. LUCHINI, C. ROSELLI, M. PEGNA, *Le istituzioni di beneficenza nella legislazione italiana*, Firenze, 1894, 16.



spondente all'attuale art. 699 cod. civ., che dopo aver vietato (con l'art. 899) le sostituzioni fidecommissarie e dopo aver esteso il divieto (con l'art. 901) all'usufrutto successivo e alle annualità successive, il codice civile previgente stabiliva, all'art. 902, che «non è vietato di stabilire annualità da convertirsi in perpetuo o a tempo in soccorsi all'indigenza, in premio alla virtù o al merito, od in altri oggetti di *pubblica utilità*, quantunque nella disposizione siano chiamate persone di una data qualità o di determinate famiglie». Sicché, veniva argomentato che, se da un lato le annualità successive sono comprese nel divieto di sostituzione fidecommissaria, dall'altro lato è vero pure che il divieto viene meno quando, come nel caso delle fondazioni, la disposizione presenti uno scopo di pubblica utilità [36].

Veniva, in tal modo così giustificata la validità del negozio di fondazione e, al tempo stesso, venivano imposti precisi limiti all'autonomia privata: «l'unica norma espressa che stabilisca e regoli l'istituzione di fondazioni private è sempre quella dell'art. 902 cod. civ. (…) Da essa si rileva una limitazione ai soli fini riflettenti il soccorso all'indigenza, il premio alla virtù od al merito, oppure ad altro scopo di pubblica utilità» [37].

Diverso è stato l'atteggiamento assunto dagli interpreti sotto la vigenza del codice civile del 1942. Essi hanno cessato di interpretare l'art. 699 come una norma attinente al negozio di fondazione: da un lato, si ammetteva che la disposizione testamentaria sia sottratta al divieto di annualità successive in ragione del fine di pubblica utilità che essa persegue; dall'altro lato, si negava che essa possa essere identificata nel negozio di fondazione, trattandosi di disposizione con effetti obbligatori a carico dell'erede, e non di un negozio che imprima sui beni un vincolo reale di destinazione [38].

La dottrina odierna [39] riconosce, infatti, che l'art. 699 cod. civ. (il quale riproduce l'art. 902 del codice previgente) prevede unicamente una disposizione a titolo particolare con effetti obbligatori a carico dell'erede; esso, quindi, non si applica all'atto di fondazione, il cui effetto è quello di imprimere sui beni un vincolo di destinazione.

Ciononostante, l'art. 699 cod. civ., per quanto non applicabile direttamente alle fondazioni, ha esercitato – anche nei primi anni di vigenza dell'attuale codice civile – una efficacia decisiva in sede di trattazione dei limiti all'autonomia del fondatore.

L'esempio che ben connetteva i due istituti era quello in cui una disposizione testamentaria trasferiva i beni ad una persona giuridica con l'onere di corrispondere, una generazione dopo l'altra, annualità ai discendenti del disponente [40]. Ebbene siffatta disposizione sarebbe stata valida solo se conforme ai limiti previsti dall'art. 698 cod. civ., rubricato usufrutto successivo («la disposizione con la quale è lasciato a più persone successivamente l'usufrutto, una rendita o un'annualità, ha valore soltanto a favore di quelli che alla morte del testatore si trovano chiamati per primi a goderne»).

Una diversa ipotesi [41] che connette comunque i due istituti è la seguente: il disponente, anziché lasciare i

---

[36] G. GIORGI, *Dottrina delle persone giuridiche esposta con speciale considerazione del diritto moderno italiano*, Firenze, 1913, vol. I, 477; S. D'AMELIO, *La beneficenza nel diritto italiano. Storia delle leggi. Testo delle leggi vigenti coordinate ed unificate. Glossa*, Padova, 1931, 408 s.; V.M. ROMANELLI, *Il negozio di fondazione nel diritto privato e nel diritto pubblico*, Napoli, 1935, 50 s.

[37] Così V.M. ROMANELLI, *Il negozio di fondazione*, cit., 58.

[38] Così M. TALAMANCA, *Delle successioni e delle donazioni, artt. 679-712*, in *Commentario cod. civ. Scialoja-Branca*, a cura di GALGANO, Roma-Bologna 1965, *sub* art. 699.

[39] Il riferimento è a F. GALGANO, *Le persone giuridiche*, cit., 230.

[40] Esempio ripreso da F. GALGANO, *Le persone giuridiche*, cit., 230.

[41] Sempre richiamata da F. GALGANO, *Le persone giuridiche*, cit., 230-231.



beni ad una preesistente persona giuridica, dà vita ad una fondazione [42] che abbia lo scopo di amministrare i medesimi beni ed erogarne le rendite, una generazione dopo l'altra, ai discendenti del fondatore. Per tale ultima ipotesi, occorrerebbe analizzare se si realizzino i medesimi risultati preclusi dal divieto posto all'art. 698 cod. civ.

Nella prima ipotesi, relativa al fenomeno della fondazione indiretta, la disposizione è, ai sensi dell'art. 699 cod. civ., valida senza limiti solo se diretta a «fini di pubblica utilità», quantunque fatta «a favore di persone da scegliersi entro una determinata categoria o fra i discendenti di determinate famiglie»: costoro ne saranno beneficiari non in quanto tali, ma in relazione all'appartenenza ad una determinata categoria (ad esempio, quella dei dipendenti dell'impresa del disponente) o ad una determinata famiglia si aggiunga un ulteriore estremo (della necessità di assistenza, della qualità di studente avviato ad una professione o ad un'arte) idoneo a far sì che la disposizione si rilevi diretta a realizzare, sia pure in un ambito ristretto, uno scopo di pubblica utilità.

Del pari il negozio di fondazione – che potrà essere anche istitutivo di una fondazione di famiglia, ossia «destinata a vantaggio soltanto di una o più famiglie determinate» (art. 28 ult. cpv.) – sarà valido solo se preordinato al perseguimento di uno scopo di pubblica utilità.

In questi termini, la cerchia dei beneficiari è sì circoscritta agli appartenenti alla famiglia del fondatore, ma proprio in virtù dello scopo di pubblica utilità perseguito dalla fondazione, i beneficiari dell'ente non potranno essere i discendenti del fondatore in quanto tali, ma solo i discendenti che versino in una particolare situazione soggettiva (di indigenza, meritevolezza in rapporto agli studi o al lavoro ecc.) che il negozio di fondazione abbia preso in considerazione; di modo che la conservazione del patrimonio all'interno di una data famiglia non sia, come è nel caso del fedecommesso, lo scopo della disposizione, ma sia lo strumento necessario per realizzare finalità di utilità sociale [43].

---

[42] In tal caso si tratterebbe di distinguere tra il fenomeno della fondazione autonoma (diretta) dalla fondazione indiretta (o fiduciaria). Diversamente dalla fondazione oggetto d'esame, la fondazione indiretta non implicherebbe (come, diversamente, per la fondazione autonoma) l'istituzione di una nuova persona giuridica, ma si risolverebbe in una disposizione modale mediante la quale il fondatore trasferisce beni ad un soggetto preesistente, di regola una persona giuridica, con l'onere di impiegarli per il perseguimento di un determinato scopo. Le ragioni di tale distinzione consistono nel fatto che la fondazione non autonoma non ha una propria organizzazione, ma si avvale dell'organizzazione di un ente preesistente; mentre la fondazione autonoma ha propri amministratori che compongono un organo avente la funzione esclusiva di perseguire lo scopo della fondazione. Una ipotesi di fondazione indiretta è stata ravvisata nell'art. 32 cod. civ., in cui il legislatore, pur usando imprecisi termini come "donazioni" o "lasciti", abbia voluto fare riferimento al vincolo reale che si costituisce sui beni donati o "lasciati". In altre parole, il legislatore ha voluto fare riferimento alla figura della fondazione fiduciaria (così F. GALGANO, *Persone giuridiche*, cit., 429). Il vincolo reale permane perfino nell'ipotesi di estinzione dell'ente posto che i beni sono devoluti, dall'autorità amministrativa e con il medesimo "onere", ad altri enti che abbiano finalità analoghe a quello estinto. Il vincolo reale si riduce ad una sottrazione dei beni "con destinazione particolare" alla generale applicazione delle norme statutarie circa la devoluzione del patrimonio residuo dell'ente. La dottrina, in sede di esame dell'art. 32 cod. civ, ritiene che si faccia riferimento alle fondazioni non riconosciute e, in particolare, alle fondazioni fiduciarie in forza delle quali il fondatore trasferisce ad altri, per atto tra vivi o *mortis causa*, i beni e le attività che intende destinare ad uno scopo di pubblica utilità. Come è stato chiaramente avvertito (F. GALGANO, *Persone giuridiche*, cit., 435), diventa quindi evidente come il "lascito" o la "donazione" sia in realtà un vero e proprio atto di fondazione. L'ente che riceve i beni amministra nient'altro che una fondazione che si distingue dalle altre fondazioni del codice per la particolarità che essa non è riconosciuta come persona giuridica, ma è amministrata da una persona giuridica. Alla sua qualificazione come fondazione conseguirà che il soggetto investito della proprietà (fiduciaria) del patrimonio non potrà disporne se non per realizzare lo scopo di fondazione e che su tale patrimonio non potranno soddisfarsi i suoi creditori personali; alla sua qualificazione come fondazione non riconosciuta si connetterà l'assenza del beneficio del-la responsabilità limitata: il gestore risponderà con tutto il suo patrimonio, e non solo con il patrimonio di fondazione, nei confronti di coloro che abbiano acquistato nei suoi confronti ragioni di credito in dipendenza dell'attività svolta per realizzare lo scopo della fondazione (F. GALGANO, *Persone giuridiche*, cit., 436).

[43] S. D'AMELIO, *La beneficenza nel diritto italiano*, cit., 414 ss.



**4.1. –** In questi termini, l'atto di fondazione che dà luogo ad una fondazione di famiglia dovrà considerarsi valido soltanto se diretto al perseguimento di uno scopo di pubblica utilità: i beneficiari dell'ente, infatti, potranno essere soltanto coloro che appartengono alla cerchia della famiglia, ma per poter usufruire dei benefici dell'ente dovranno trovarsi in una determinata situazione (indigenza, meritevolezza), che l'atto di fondazione avrà preso in considerazione. In tal modo la conservazione del patrimonio all'interno di una data famiglia non è, come nel fedecommesso, lo scopo della disposizione, ma il mezzo per realizzare un fine socialmente utile [44].

Tale tesi ha trovato conferma in alcune pronunce, rese nei diversi gradi di giudizio, relative ad una causa iniziata nel 1800 e terminata, davanti ai giudici legittimità, nel 1979.

Il riferimento è al caso della "*fidecommisseria Giacomo Filippo Strizoli"*. In particolare, il giorno 16 aprile del 1792 moriva a Genova, senza figli, Giacomo Filippo Strizoli.

Nel testamento veniva previsto, una volta adempiute le disposizioni pie e alcuni legali, la formazione di un «fedecommesso perpetuo da cantare sempre sotto il nome di Giacomo Filippo Strizoli». I redditi del fedecommesso sarebbero andati in perpetuo ai figli e ai discendenti dello Strizoli.

Il Tribunale di Genova, con sent. del 9 luglio 1971 [45], ha ravvisato nella disposizione testamentaria l'erezione di una fondazione di famiglia, sottoforma di fedecommesso "perpetuo".

Il fedecommesso perpetuo era diretto ad attribuire i frutti dei beni patrimoniali ai discendenti di sesso maschile del cugino dello Strizoli. Il Tribunale di Genova così disponeva: «le fondazioni di famiglia il cui fine esclusivo sia il lucro di una determinata discendenza, al di fuori dello scopo di pubblica utilità, sono in contrasto con l'ordinamento giuridico».

Pur accogliendo la disposizione enunciata dal Tribunale, la Corte d'Appello di Genova (sent. 10 aprile 1975, inedita) non ha condiviso le ulteriori conseguenze dello scioglimento della fondazione e della divisione dei beni fra i beneficiari delle rendite.

La Corte d'Appello precisava che il divieto posto dagli artt. 692 e 698 ed i limiti posti dall'art. 699 cod. civ. riguardano soltanto le disposizioni testamentarie adottate nell'ordinamento giuridico attuale e non quelle previste sotto la vigenza delle leggi anteriori.

All'esito di questa complessa vicenda, i giudici di legittimità hanno cassato la sentenza di secondo grado [46]. Il presupposto da cui muove la Suprema Corte è che nel vigente ordinamento lo scopo della disposizione testamentaria costituisce elemento essenziale ai fini della qualificazione della fondazione.

La necessità dello scopo di pubblica utilità si ricava dall'intera disciplina delle persone giuridiche di cui al Primo libro del codice civile e, in particolare, dagli artt. 16, 25 e 27 cod. civ., quest'ultimo eleva a causa di estinzione della persona giuridica il raggiungimento della finalità o il verificarsi della sua impossibilità. Lo scopo cui queste norme si riferiscono, aggiunge la Corte, «deve essere uno scopo esterno, per così dire, al patrimonio, perché solo uno scopo esterno può dar luogo a quel vincolo di destinazione che si assume come elemento unificante; ed è altrettanto chiaro che, sotto questo aspetto, lo scopo non può essere costituito dal puro e semplice godimento dei beni che compongono il patrimonio, giacché è connaturale ai beni la loro destinazione ad essere goduti».

---

[44] Non dissimile a tali prospettazioni è anche l'art. 335 del codice civile svizzero nella parte in cui dispone: «*Ein Vermögen kann mit einer Familie dadurch verbunden werden, dass zur Bestreitung der Kosten der Erziehung, Ausstattung oder Unterstützung von Familienangehörigen oder zu ähnlichen Zwecken eine Familienstiftung nach den Regeln des Personenrechts oder des Erbrechts errichtet wird* (1° co.). *Die Errichtung von Familienfideikommissen ist nicht mehr gestattet* (2° co)».

[45] In *Giur. it.,* 1972, 556 s.

[46] Cass. 10 luglio 1979, n. 3969, in *Giur. it*., 1980, I, 866.



Nel caso in esame, stando alla citata pronuncia della S.C. di Cassazione, mancherebbe del tutto uno scopo, se si prescinde dalla volontà del testatore di attribuire il suo patrimonio ereditario in perpetuo a tutti i discendenti del cugino. Queste considerazioni sono state ritenute sufficienti, a detta della S.C. di Cassazione, per escludere l'ammissibilità, nel nostro ordinamento, di un ente come "il fidecommesso Strizoli".

In questa prospettiva, andrebbe osservato che la fondazione che persegua uno scopo lecito e gestisca un'impresa al fine di devolvere gli utili al fondatore finché questi è in vita e, successivamente, ai suoi eredi altro non farebbe se non riprodurre, nella logica della moderna società industriale, un fenomeno che nella società dell'economia fondiaria assumerebbe gli aspetti del fedecommesso, perché, come quest'ultimo che aveva la funzione di perpetuare nel tempo il nome e lo splendore di determinati casati [47], anche la fondazione d'impresa avrebbe avuto l'analoga funzione di perpetuare la potenza industriale di determinate famiglie.

In Germania non è mancato chi ha avvertito come tali fondazioni (*Familienstiftung*) si prestino a dare vita, in forme nuove, a veri e propri fedecommessi e pongano, in sede legislativa, la necessità di un riesame delle scelte operate di fronte all'istituto storico delle sostituzioni fedecommissarie [48]. In Spagna, in cui vige una espressa norma che impone alla fondazione il perseguimento dello scopo di pubblica utilità (art. 35 cod. civ. spagnolo: *fundaciones de interés público reconocidas por la ley*), non si è mancato di precisare come tale requisito derivi dalla necessità di evitare che la fondazione venga utilizzata per eludere i limiti posti dalle sostituzioni fidecommissarie [49], lo stesso vale per l'ordinamento francese che fa riferimento al perseguimento di fini di interesse generale (art. 18, *loi* 87-571 del 23 luglio 1987).

Si aggiunga, inoltre, che il già citato progetto di "*Fondazione europea*", elaborato sulla base del *Feasibility Study on a European Foundation Statute* (si tratta di uno studio pubblicato nel 2008 dalla Commissione europea e condotto dal *Centre for social Investiment* dell'Università di Heidelberg, insieme al *Max Planck Institute for Comparative and International Private Law*), individua nel "*public benefit purpose*" la finalità caratteristica dell'istituto fondazionale.

Resta dunque la finalità di pubblica utilità a distinguere la fondazione dal fedecommesso e alla luce di tale distinzione, è stato avvertito [50] che fino a quando non venga modificata la disciplina dei fedecommessi, oppure la disciplina delle fondazioni, all'autonomia privata non si potrà riconoscere, in tema di fondazioni, la medesima estensione che le è concessa in fatto di costituzione dei rapporti associativi.

**5. –** Molto più liberali sono gli altri ordinamenti, peraltro non appartenenti – usando una espressione ricorrente in giurisprudenza – ad una "civiltà giuridica affine" alla nostra, dove le fondazioni possono esercitare attività di impresa e possono anche distribuire utili ai fondatori [51].

---

[47] Come ben sottolinea F. Ferrara, *Teoria delle persone giuridiche*, 670 il fidecommesso persegue «il movente aristocratico di continuare il lustro d'una famiglia mediante la conservazione d'un ricco patrimonio da godersi da uno dei membri», mentre la fondazione «si propone di prestare aiuto e soccorsi ai discendenti d'una data famiglia in caso di bisogno, per doti, per sussidio agli studiosi ecc.».

[48] LIERMANN, in *Verhandlungen des vierundvierzigsten deutschen Juristentages*, II, 60.

[49] LOPEZ JACOISTE, *La fundación y su estructura a la luz de sus nuevas funciones*, in *Rev. Der. Priv*., 1965, 580 s.

[50] P. RESCIGNO, *Fondazione e impresa*, in *Riv. soc*., 1967, 818.

[51] Tra gli ordinamenti non appartenenti ad una "civiltà giuridica affine" alla nostra, va annoverato quello del piccolo principato del Liechtenstein. Quest'ultimo possiede uno dei più monumentali codici (*Personen- und Gesellschaftsrecht*: PGR) dedicati alle persone giuridiche ed altre forme organizzative. Tale codice, che risale al 1926 (riformato poi nel 2009) prevalentemente opera di un avvocato locale (Wilhelm Bech), contempla una grandissima varietà di figure giuridiche, dotate o meno di personalità giuridica e destinate ad esercitare i più diversi tipi di attività. Tra i tanti enti, particolare importanza è assunta dall'*Anstalt* che, secondo il PGR, è



In Italia, la rigidità delle fondazioni e la necessità di perseguire esclusivamente uno scopo di pubblica utilità, si fondavano sul rilievo della immutabilità dello scopo del fondatore, che «spiega perché il ricorso alle forme giuridiche della fondazione sia ammissibile, e gli inconvenienti economici che esse comportano siano accettabili, solo in presenza di uno scopo di pubblica utilità» [52].

Peraltro, il vincolo di destinazione non può cessare né per volontà del fondatore né per deliberazione degli amministratori né, fino a quando lo scopo sia attuabile, per provvedimento dell'autorità governativa: il che spiega perché l'autonomia privata soffra, quanto all'utilizzabilità delle forme giuridiche della fondazione, di limitazioni che non avrebbero alcuna ragione di esistere per le organizzazioni di tipo associativo caratterizzate, invece, dagli opposti principi di modificabilità, per deliberazione degli associati, dello scopo originario e della risolubilità del vincolo contrattuale rimessa all'arbitrio degli stessi associati.

L'immutabilità del vincolo patrimoniale è, quindi, stata la ragione per cui si è ritenuto che il ricorso alla fondazione sia ammissibile solo in presenza di uno scopo di pubblica utilità.

La fondazione è caratterizzata dal rivolgersi dell'ente ad una comunità, per promuoverne il benessere nelle sue molteplici dimensioni, materiali e spirituali [53]. Notava, infatti, Giorgio Giorgi nella sua estesa opera di fine diciannovesimo secolo sulle persone giuridiche: «Adamo nel Paradiso terrestre, secondo la tradizione

---

una *Verbandsperson*, cioè una persona giuridica dotata di patrimonio autonomo. Quanto al substrato personale, l'*Anstalt* ha la possibilità di essere costituito da un solo fondatore, così come da una pluralità di soggetti (artt. 535-536). Corrispondentemente, vi può essere un organo assembleare, oppure l'organo supremo (*oberste Organ*) – così come avviene di solito – può identificarsi con il fondatore (*Gründer*), il quale assomma, allora, in sé tutti i poteri sull'*Anstalt*, ovvero può, ancora, assumere caratteri simili a quelli di una fondazione (ed in tal caso la modifica dello statuto spetta al giudice). Il capitale (*Grundkapital*) può essere fisso o variabile; indiviso, ovvero suddiviso in quote (*Anteile*) che possano eventualmente assumere anche la forma di titoli di credito (artt. 540-541). Di regola, delle obbligazioni dell'*Anstalt* risponde esclusivamente il patrimonio di questa: tuttavia ne possono rispondere (ma si tratta di responsabilità limitata), in quanto ciò sia previsto, anche i fondatori, i partecipanti, ed eventualmente anche terzi. Particolarità dell'*Anstalt* è lo scopo. L'art. 534 PGR dispone infatti che l'Anstalt può essere destinata «*dauernden wirtschaftlichen oder anderen Zwecken*»; c'è quindi spazio per l'esercizio di un'impresa commerciale, così come per scopi non economici. Tutti questi elementi possono risultare fra di loro variamente combinati, così che si può realizzare tutta una serie di ipotesi che, sotto un profilo tipologico, finiscono con l'apparire estremamente diverse l'una dall'altra. Si aggiunga che, se in certi casi si può avere un'autodestinazione degli utili e del patrimonio, in altri è possibile una loro eterodestinazione a favore di terzi beneficiari. Volendo, infine, comparare l'*Anstalt* con gli enti di diritto privato disciplinati dal codice civile italiano, si giungerebbe a pensare ad una fondazione per un'*Anstalt* unipersonale che persegue uno scopo ideale, o ad una società un'*Anstalt* a base pluripersonale, la quale svolge un'attività economica allo scopo di dividerne gli utili fra i partecipanti. Ancora, il Codice civile olandese ha elaborato una propria versione di fondazione, o *stichting*, sulla cui base si è sviluppata in Olanda ed in Belgio la pratica dello *stichiting administratiekantoor* (*Stak*), particolarmente utile nel caso di una fondazione che controlla una partecipazione societaria. Lo *Stak* detiene una partecipazione di controllo in una società ed emette "certificati", ossia titoli di credito ad essa legati, cosicché i pagamenti dei dividendi della società sono trasferiti direttamente ai detentori dei "certificati". Si realizza così una separazione tra la proprietà e l'esercizio del diritto di voto in assemblea, che restano in capo alla fondazione ed al suo consiglio di amministrazione, ed il godimento, ossia la percezione dei dividendi, che sono attribuiti ai beneficiari nella loro qualità di titolari dei "certificati". Ancora, differenti dal modello di fondazione come disciplinato dal codice civile italiano, sono le fondazioni dell'Europa settentrionale. Non va ignorato, infatti, che soprattutto nell'Europa settentrionale le partecipazioni delle più importanti società come Rolex, Victorinox, Sandoz, Ikea, Bosch, Lego e Carlsberg sono detenute da fondazioni. Si tratterebbe del fenomeno delle "*shareholder foundation*" e delle "*holding foundation*", ossia di fondazioni o di gruppi formati da fondazioni e società che avrebbero interessi persino commerciali (Cfr. D. BOTTGE, *Shareholder Foundations (Holding Foundations) in Switzerland. Overview from a legal perspective*, in *https://www.unige.ch/philanthropie/files/6215/5292/2768/Shareholder_Foundations_Holding_Foundations_in_Switzerland.pdf.).* Uno sguardo comparatistico tra le fondazioni in Europa è offerto da H.K. ANHEIER, *Foundations in Europe: a comparative perspective*, in A. SCHLÜTER, V. THEN, P. WALKENHORST, *Foundations in Europe*, London, 2001, 35 ss. Sulle fondazioni e la charitable trust, tra i contributi italiani, si veda V. BANCONE, *Le organizzazioni non profit*, Napoli, 2011, 181 e s.

[52] F. GALGANO, *Tratt. dir. civile*, Padova, 2010, I, 277, n. 27.

[53] Così M. GRAZIADEI, *Le fondazioni di partecipazione nel prisma della comparazione*, in *Giur. it*., 2021, 2502. Si tratta di un radicamento sociale della beneficenza che si inscriveva in un'idea di ordine universale, in cui lo Stato era inizialmente di là da venire. P. GROSSI, *L'ordine giuridico medievale*, III ed., Bari-Roma, 2017.



biblica, Robinson Crusoe' nell'isola deserta, secondo il romanziere, non avrebbero potuto fare una fondazione: perché non avrebbero trovato il popolo a cui dedicarla» [54].

Ciò nonostante, un'autorevole dottrina, però, valorizzando l'assenza di regole di funzionalizzazione delle fondazioni, ha sostenuto che le fondazioni possono essere dirette al perseguimento di interessi anche egoistici [55]: ad esempio interessi imprenditoriali, come accade nelle c.c.d.d. fondazioni di impresa [56].

Sul punto, infatti, occorre notare che – nell'analizzare il dato normativo – non vi è traccia del requisito di pubblica utilità. Il d.P.R. n. 361/2000, abrogato l'art. 12 cod. civ., disciplina all'art. 1, comma 3, il procedimento di riconoscimento delle fondazioni e, a tal proposito, prevede: «ai fini del riconoscimento è necessario che siano state soddisfatte le condizioni previste da norme di legge o di regolamento per la costituzione dell'ente, che lo scopo sia possibile e lecito e che il patrimonio risulti adeguato alla realizzazione dello scopo».

Ebbene, alla luce del dato normativo, non sembra che possa assumere carattere essenziale, ai fini della costituzione dell'ente fondazionale, il perseguimento di scopi di pubblica utilità. In particolare, il citato art. 1, comma 3, d.P.R. n. 361/2000 richiede esclusivamente la possibilità e la liceità in relazione allo scopo [57].

La legge esige, dunque, che le fondazioni perseguano uno scopo lecito e non menziona una utilità sociale.

Infatti, al silenzio del codice civile ha supplito poi, nella direzione opposta alla tesi dello scopo di pubblica utilità, la citata riforma del 2000 che, al fine di riconoscere la personalità giuridica alle fondazioni, con iscrizione nell'apposito registro, è richiesta solo «la soddisfazione delle condizioni previste dalle norme di legge o di regolamento per la costituzione dell'ente, che lo scopo sia possibile e lecito e che il patrimonio risulti adeguato alla realizzazione dello scopo» (art. 1, comma 3, d.P.R. n. 361/2000).

Scopo lecito e non, dunque, più di utilità sociale, tanto che si parla di neutralità del modello fondazionale, «adattabile ad ogni tipo di attività e di scopo, purché non di lucro» [58], senza alcun margine di discrezionalità in capo alle autorità cui è demandato il riconoscimento [59].

Con l'entrata in vigore del codice del terzo settore, rileva la necessità del perseguimento di una utilità sociale e il divieto di distribuzione di utili ai partecipanti [60].

---

[54] G. GIORGI, *La dottrina delle persone giuridiche o corpi morali*, I, II ed., Firenze, 1899, 58, in nota.

[55] A. ZOPPINI, *Le fondazioni*, 54 ss. e 75.

[56] Ciò è stato possibile grazie all'affermazione del principio della neutralità delle forme giuridiche rispetto ai contenuti sostenuta da: P. RESCIGNO, *Fondazione e impresa*, cit., 832 ss. Sulla possibilità per le fondazioni di esercitare un'attività d'impresa, in dottrina, per tutti: R. COSTI, *Fondazione e impresa*, in *Riv. dir. civ*., I, 1968, 11 ss.; G. MARICONDA, A.A. CARRABBA, *Su alcuni profili di documentazione delle associazioni e fondazioni svolgenti attività commerciale*, in AA.VV., *Impresa e tecniche di documentazione giuridica*, vol. I, 1990, Milano, 37 ss.; A. ZOPPINI, *Enti senza scopo di lucro e attività economiche*, in AA.VV., *Fondazioni e associazioni. Proposte per una riforma del libro primo del codice civile*, Rimini, 1995, 207 ss. Per la giurisprudenza: App. Venezia 20 luglio 2015, in *Giur. comm*., 2017, 140, con nota di CAVALLARO, *La fondazione come imprenditore commerciale e il fallimento*; Cass. 27 maggio 2011, n. 11777, in *Giur. it*., 2012, 4, 786.

[57] La legge richiedendo che lo scopo dell'ente debba essere possibile e lecito, non avrebbe altro significato se non quello di chiarire in senso negativo il dubbio sulla persistenza del requisito di pubblica utilità dello scopo.

[58] M.V. DE GIORGI, *La scelta degli enti: riconoscimento civilistico e/o registrazione speciale?*, ora in *Enti del primo settore e del terzo settore*, Pisa, 2021, 131.

[59] Non mancano autori indisponibili a questa apertura, giacché si evidenzia che il permanere intonso dell'art. 28 cod. civ., ove si prevede la trasformazione della fondazione in caso di sua "scarsa utilità", dimostrerebbe la sopravvivenza del requisito di una qualche utilità socialmente necessaria dello scopo. Tale disposizione va però interpretata alla luce dell'art. 1 del d.P.R. n. 361/2000. In tal senso, «l'utilità che deve sussistere per evitare la trasformazione della fondazione, andrà riferita allo scopo lecito previsto dal fondatore, che può dissolversi nel tempo, venendo così a mancare le ragioni per tenere in vita l'ente, anziché collegarla alla necessità che lo scopo sia di pubblica utilità, quando la legge non lo impone affatto», così G. SICCHIERO, *Lo scopo delle fondazioni*, in *Giur. it*., 2021, 11, 2517.

[60] Sullo scopo delle fondazioni e l'attività economica, si veda: A.A. CARRABBA, *Lo scopo delle associazioni e delle fondazioni (art. 1 co. 3 d.p.r. 10 febbraio 2000, n. 361)*, in *Riv. not.*, 2001, 4; ID., *Fondazione e impresa*, in *Fondazione e impresa, Atti del XXXV*



In questi termini, la libertà del fondatore di determinare scopo statutari a suo piacimento assume particolare rilievo: la fondazione ben può perseguire interessi anche egoistici ed economici accanto a quelli altruistici ed ideali [61].

Non può, infatti, ignorarsi che le distanze tra associazione e fondazione, in punto di scopi perseguibili, si riducono a vista d'occhio: anche per la fondazione va riconosciuta la possibilità di perseguire una gran varietà di scopi, pure di carattere personale, e non solo di pubblica utilità [62].

**6. –** I concetti di "rendita" e di "erogazione", richiamati dall'art. 16 cod. civ., illustrano il modello originario ed elementare della fondazione la cui attività si risolve nella gestione del patrimonio e nella mera erogazione di ricchezze a beneficio di soggetti terzi. Mentre la rendita, risolvendosi nell'acquisizione originaria di frutti naturali o derivativa di frutti civili, designa l'utile originato dall'amministrazione del patrimonio, l'erogazione indica il carattere necessitato della proiezione all'esterno del risultato.

Tale originario modello di fondazione, come disciplinato dal codice civile, è oramai diventato marginale rispetto alla gamma di fondazioni con organizzazioni particolarmente strutturate che esercitano attività d'impresa.

Sin dagli anni Settanta dello scorso secolo, infatti, diverse fondazioni hanno ottenuto personalità giuridica pur essendo molto distanti dal rigido modello tradizione del patrimonio vincolato ad uno scopo di pubblica utilità. Sicché, hanno ottenuto personalità giuridica anche le fondazioni che svolgono attività d'impresa e le fondazioni-*holding* [63].

Nonostante le anamorfosi che presenta la fondazione del nuovo millennio, va comunque tenuta distinta l'attività dell'ente dagli scopi perseguiti che debbono pur sempre soddisfare un'esigenza di pubblica utilità.

In mancanza di limiti statutari e sfruttando lo spazio esistente nello scarno impianto codicistico, occorre ammettere che le fondazioni possano considerarsi libere di esercitare qualsiasi attività idonea al conseguimento degli scopi loro consentiti: potrà trattarsi, come generalmente si tratta, di attività non economiche, ma potrà anche trattarsi di attività economiche, ossia organizzate per la produzione e lo scambio di beni o di servizi, sempre che preordinate, s'intende, al conseguimento degli scopi ideali che sono propri della fondazione.

Se da un lato, considerando l'identità sostanziale della disciplina della fondazione nel codice civile del

---

*Congresso nazionale del Notariato*, Stresa-Lago Maggiore 26-29 settembre 1996, Roma, 1996; G. CARRARO, *Questioni in tema di trasformazione eterogenea e pubblicità*, in *Giur. it*., 2008, 3; R. COSTI, *Fondazione e impresa*, in *Riv. dir. civ*., 1968, I.

[61] La dottrina, a tal proposito, parla di scopi "*ego-altruistici*" della fondazione, così D. VITTORIA, *Le fondazioni culturali ed il consiglio di amministrazione: evoluzione della prassi statutaria e prospettive della tecnica fondazionale*, in *Riv. dir. comm*., 1975, 301 ss., ma in precedenza era stata già utilizzata, sia pure in un diverso contesto, da W. BIGIAVI, *La professionalità dell'imprenditore*, Padova, 1948, 66. Nella stessa direzione G. MARICONDA, A.A. CARRABBA, *Su alcuni profili di documentazione delle associazioni e fondazioni svolgenti attività commerciale*, in AA.VV. *Impresa e tecniche di documentazione giuridica*, vol. I., Milano, 1990, 37 ss.; G. MARASÀ, *Le società senza scopo di lucro*, Milano, 1984, 178; A. ZOPPINI, *Le fondazioni*, cit., 55 ss.

[62] Peraltro, occorre notare che negli ultimi decenni si sono moltiplicate le ipotesi legislative di vincoli di destinazione patrimoniale (si pensi ai patrimoni destinati ad uno specifico affare *ex* art. 2447-*bis* cod. civ. e agli atti di destinazione per la realizzazione di interessi meritevoli di tutela *ex* art. 2645-*ter* cod. civ.), così come hanno passato il vaglio di compatibilità con l'ordinamento interno soluzioni negoziali provenienti da esperienze straniere (primo tra tutti il *trust*) o sulla cui ammissibilità erano state espresse perplessità (come nel caso delle intestazioni fiduciarie di beni o di quote sociali). Invero in alcuni di questi casi la destinazione patrimoniale è ammessa in funzione del raggiungimento di fini meritevoli di tutela, ma non in tutti i casi, come nel trust o nell'intestazione fiduciaria, e comunque i fini di tutela non sono qualificabili necessariamente a protezione di pubblici interessi.

[63] D. VITTORIA, *Le fondazioni*, cit., 316 ss.; M.V. DE GIORGI, *Le persone*, cit., 253 ss.; A. FUSARO, *Fondazione*, in *Dig. disc. priv*., VIII, Torino, 1992, 360.



1942 e il BGB [64], l'"impresa di fondazione" (*Stiftungsunternehmen*) era già conosciuto nella Germania del secondo dopoguerra anche con riguardo alla possibilità di usare lo strumento della fondazione per "socializzare" alcune industrie chiavi dell'economia [65]; dall'altro lato, è stato ritenuto che il codice civile nulla dispone sulle modalità di perseguimento dello scopo della fondazione, cioè nulla dispone sull'attività – o, secondo la terminologia usata dal codice per le società, sull'*oggetto* – esercitata dalle associazioni e fondazioni; né vi è traccia nell'art. 16 cod. civ. che elenca gli elementi essenziali dell'atto costitutivo e dello statuto delle fondazioni.

Può dunque essere notato che la nozione di *oggetto* non ha, per le associazioni e per le fondazioni, la medesima importanza che assume per le società: la determinazione di "oggetto" non rientra tra i requisiti dell'atto costitutivo e dello statuto di una fondazione, non è – come per le società (cfr. artt. 2295, n. 5; 2328, n.3; 2475, n. 3; 2518, n. 3, cod. civ.) – necessario elemento di identificazione del rapporto, destinato a segnare i limiti del vincolo sociale e, quindi, dei poteri degli organi della società [66].

Particolare rilievo per le fondazioni assumono, invece, lo scopo e il patrimonio. Per tali ragioni, la fondazione, in linea di principio, può intraprendere qualsiasi attività che appaia astrattamente idonea al raggiungimento, anche in via mediata, dello scopo enunciato nell'atto costitutivo. Le attività della fondazione, dunque, saranno tanto ampie ed eterogenee quanto più generico sia lo scopo illustrato nello statuto dell'ente [67].

Mentre alle società, in quanto imprese esercitate in forma collettiva, è imposto– quale oggetto – l'esercizio di una «attività economica» (art. 2247 cod. civ.); per le fondazioni (ma anche per le associazioni) manca, invece, ogni determinazione legislativa della specie di attività esercitabile. Sicché, le fondazioni sono libere di esercitare qualsiasi attività idonea al conseguimento degli scopi loro consentiti: potrà trattarsi, al pari che nelle società, di attività economiche, ossia organizzate per la produzione o lo scambio di beni o servizi, sempre che preordinate al conseguimento di quegli scopi ideali della fondazione [68].

---

[64] In Germania come in Italia, e a differenza di quel che rileva il modello della società pluralista americana, è stato a lungo dominante l'idea della istituzionale pertinenza allo Stato delle attività e dei compiti che la fondazione privata, tradizionalmente, cerca di avocare a sé e di esercitare in piena libertà ed autonomia. Per questo motivo si è predisposta, sulle fondazioni di diritto privato, una serie di controlli del potere pubblico, che vanno dal momento della costituzione a quello dello scioglimento e della devoluzione dei beni. Come si è detto, vi è sostanziale identità delle discipline contenute nei rispettivi codici civili, il BGB tedesco del 1900 e il codice civile italiano del 1942; a quest'ultimo sono rimaste estranee esperienze legislative posteriori al codice tedesco e di ispirazione chiaramente più liberale, come, per esempio, quella del codice svizzero. Quest'ultimo prevede per le persone giuridiche private un sistema di registrazioni, a richiesta di parte, ai soli fini di pubblicità, e non già per provocare, come avviene invece in Germania e in Italia, controlli di legalità e di merito sulla vita dell'ente da parte dell'autorità governativa.

[65] P. RESCIGNO, *Fondazione e impresa*, in *Società*, 1967, 813.

[66] Sul punto si veda F. GALGANO, *Persone giuridiche*, cit., 234.

[67] Così Cass. 11 settembre 1997 (in *Mass. Foro it*., 1997, n. 8963).

[68] L'art. 2082 cod. civ. nel definire l'imprenditore, descrive l'impresa come attività oggettivamente considerata. In punto di qualificazione si registrano tesi contrastanti in tema di impresa: la dottrina privatistica colloca l'impresa nell'area del diritto soggettivo volgendo l'attenzione al fenomeno di concreta utilizzazione dei beni ai fini della produzione; gran parte della dottrina commercialistica, al contrario, accogliendo la nozione economica di impresa, intesa come attività di intermediazione del mercato, inquadra la fattispecie nell'area dell'atto giuridico in senso stretto argomentando sulla base delle norme in materia di capacità. Ad ogni modo, la fattispecie delineata dall'art. 2082 cod. civ., definisce l'impresa come attività economica: complesso di atti unificati dalla comune destinazione ad un risultato. Con riferimento al carattere di economicità dell'attività economica costituisca sinonimo di attività di produzione e individua nello scopo di lucro oggettivo un ulteriore requisito idoneo ad identificare l'impresa. Si ritiene che l'attività di impresa debba essere svolta secondo modalità astrattamente lucrative, non rilevando che in concreto il profitto venga effettivamente conseguito. Secondo una concezione più attuale, l'economicità dell'attività non deve essere intesa come risultato, quanto con riferimento al metodo: per essere economica, l'attività deve svolgersi in modo che i costi siano coperti dai ricavi.



**6.1. –** La possibilità che una fondazione eserciti un'attività di impresa non deriva solo da una assenza di norme codicistiche che escludano espressamente l'esercizio di tali attività ad una fondazione, ma anche da ulteriori ragioni.

Non può certo escludersi che un'impresa, pur naturalmente diretta ad un lucro soggettivo, in quanto produttrice di beni e servizi in grado di soddisfare una domanda di mercato, non abbia la sua utilità sociale [69]. La questione fu sollevata, in particolare, con la nota Fondazione Zeiss, costituita in Germania per assicurare la continuità dell'impresa di lavorazione, ad alta definizione, di materiali di vetro. Attraverso la fondazione si ebbe modo di costituire uno scudo alla continuazione dell'attività di impresa che si sarebbe mostrata fragile alle tentazioni di dissoluzione degli eredi del fondatore dell'impresa [70].

L'esperienza della Fondazione Zeiss ha dimostrato come lo svolgimento dell'attività di impresa attraverso lo strumento della fondazione può assicurare, tra l'altro, una maggiore attenzione alle ragioni dei lavoratori, allorché esse siano consacrate attraverso espresse disposizioni statutarie, che gli organi della fondazione, nell'adempimento del loro ufficio, sono tenuti a rispettare.

Ancora, un certo grado di promiscuità tra enti *non profit* e attività di impresa è peraltro ben visibile in tema di trasformazione. In particolare, la trasformabilità di società di capitali, tra l'altro, in fondazioni è prevista dall'art. 2500-*septies* cod. civ. [71].

L'istituto della trasformazione eterogenea consente, attraverso il tipo della fondazione, di mantenere e tutelare un significativo grado di stabilità dell'impresa in un determinato territorio. In particolare, attraverso la trasformazione eterogenea da società di capitali in fondazioni, si avverte un mutamento del contenitore (da società a fondazione), ma non del contenuto che resta l'attività di impresa. Resta inalterato, quindi, l'oggetto dell'attività imprenditoriale con la differenza che – rispetto alla società di capitali – alla fondazione sarà inibita la realizzazione di un lucro soggettivo.

Al di là dell'inammissibilità di distribuire gli utili al fondatore, deve ritenersi che la trasformazione eterogenea di una società di capitali in fondazioni potrebbe considerarsi foriera di ulteriori conseguenze, da tenere in considerazione allorché ci si ponga la questione dell'opportunità o meno di attivare un processo di modifica organizzativa e strutturale attraverso il quale esercitare l'attività di impresa.

La società di capitali è inevitabilmente legata ad una logica di mercato che impone scelte persino drastiche (come lo scioglimento della società, la modifica dell'oggetto sociale o la fusione) quando alcuni indici rivelatori (primo tra tutti gli utili percepiti) non diano i risultati sperati. Il pericolo si pone allorquando una società di capitali, storicamente legata ad un territorio e che contribuisca allo sviluppo economico di una comunità (contribuendo alla ricchezza e all'occupazione), deliberi lo scioglimento dell'ente. In tali ipotesi, l'adozione della forma della fondazione potrebbe assicurare il mantenimento dell'attività di impresa in realtà locali in cui si intenda dare voce ad iniziative e istanze che non siano riconducibili alla logica del profitto: la fondazione potrebbe costituire uno strumento eccellente per la soddisfazione di determinate esigenze occupazionali nello stesso modo che ha riguardato la Fondazione Carl Zeiss [72].

---

[69] Non va infatti sottaciuto che l'accostamento del concetto di iniziativa economica a quello di "utilità sociale" e di "fine sociale" è peraltro contenuto, come è noto, nella Carta Costituzionale: per l'art. 41 Cost. «l'iniziativa economica privata è libera (1° co.). Non può svolgersi in contrasto con l'*utilità sociale* o in modo da recare danno alla sicurezza, alla libertà, alla dignità umana (2° co.). La legge determina i programmi e i controlli opportuni perché l'attività economica pubblica e privata possa essere indirizzata e coordinata a *fini sociali* (3° co.)».

[70] Si veda S. DE GOTZEN, G. IORIO, *sub* art. 28, in *Comm. Gabrielli al codice civile*, *Delle persone*, a cura di A. BARBA, PAGLIANTINI, Torino, 2014, 274 e s.

[71] Sul punto si vd. G. IORIO, *Le trasformazioni eterogenee e le fondazioni*, Milano, 2010, 89 ss.

[72] S. DE GOTZEN, G. IORIO, *sub* art. 28, cit., 27-278.



**7. –** Con riferimento alla fondazione, l'esercizio dell'impresa si pone, talvolta, in rapporto soltanto indiretto agli scopi dell'ente e presenta carattere di strumentalità rispetto allo svolgimento di attività ulteriori, non economiche, che sole realizzeranno gli scopi istituzionali della fondazione: l'impresa è, in questi casi, esercitata con il generico intento di procurare, mediante il corrispettivo dei beni o dei servizi prodotti, i mezzi patrimoniali necessari per il perseguimento degli specifici scopi statutari.

L'esercizio dell'impresa, inoltre, può porsi anche in rapporto diretto con gli scopi istituzionali dell'ente ed atteggiarsi quale mezzo idoneo alla sua immediata realizzazione: così l'impresa editoriale gestita da una fondazione culturale realizza direttamente lo scopo della fondazione.

Ancora, siccome il nostro ordinamento non include lo scopo di lucro fra i connotati della figura giuridica dell'imprenditore, le attività economiche – esercitate secondo il modello economico, ossia in modo che i costi siano coperti dai ricavi – ben possono essere svolte da una fondazione che opera con una propria organizzazione, intesa come utilizzo di fattori produttivi come capitale proprio o altrui e lavoro proprio o altrui [73].

La fondazione, in quest'ultima ipotesi, produce non più delle rendite, come avviene nel caso delle fondazioni di erogazione, bensì dei profitti.

Da ultimo, la fondazione che sia caratterizzata con gli stessi connotati di una impresa, provocherebbe finanche tutte quelle conseguenze che si ricollegano all'acquisto della qualità di imprenditore.

Sotto quest'ultimo aspetto, se l'impresa svolta dalla fondazione costituisce l'oggetto esclusivo o, comunque, principale dell'ente, si porrà il problema di applicare l'art. 2201 cod. civ., in modo non dissimile agli enti pubblici economici, e si porrà il problema di essere in presenza di un imprenditore commerciale, sottoposto alla disciplina speciale degli artt. 2188-2221, inclusa la soggezione al fallimento in caso di insolvenza.

Se da un lato, «può essere riconosciuto il carattere di fondazione ad un ente che abbia il compito di amministrare un patrimonio le cui rendite siano assegnate, da altre fondazioni, per compensare iniziative meritorie in campo umanitario, scientifico, artistico e sociale» [74]; dall'altro lato, diversa è l'ipotesi in cui, come si noterà nel prosieguo, la fondazione (*holding*) non si limita ad amministrare il patrimonio della fondazione, ma utilizzi lo stesso per l'esercizio di un'impresa commerciale: si sarà, allora, al cospetto di un ente che ha ad oggetto esclusivo l'esercizio di un'impresa e, perciò, sottoposto allo «statuto» dell'imprenditore commerciale, in analogia con quanto disposto per gli enti pubblici economici dall'art. 2201 cod. civ [75].

A corroborare la tesi della sottoposizione della fondazione che eserciti attività di impresa allo statuto dell'imprenditore commerciale è lo stesso art. 11 comma 2, del Codice del Terzo settore (d.lgs. 3 luglio 2017, n. 117), il quale chiarisce che «oltre che nel registro unico nazionale del Terzo settore, gli enti del terzo settore che esercitano la propria attività esclusivamente o principalmente in forma di impresa commerciale sono soggetti all'obbligo di iscrizione nel registro delle imprese».

---

[73] Sulla neutralità della fattispecie di impresa e gli enti del terzo settore, si vd. G. MARASÀ, *L'imprenditore. Artt. 2082-2083*, in *Comm. Schlesinger*, Milano, 2021, 20 ss.

[74] Cons. Stato 12 dicembre 1961, n. 2186, in *Cons. Stato*, 1963, 1, 656.

[75] Ricorre sovente in dottrina l'assimilazione della fondazione che eserciti un'impresa con gli enti pubblici economici. Autorevole dottrina (P. RESCIGNO, voce *Fondazione*, cit., 812), infatti, considera in maniera incidentale il tema della fondazione che eserciti un'impresa: di solito (e lo stesso accade per le associazioni) è il tema degli enti pubblici-imprenditori a sollecitare un accenno alle fondazioni, poiché gli uni, gli enti pubblici, e le altre le fondazioni, presenterebbero l'elemento comune, quando esercitano una impresa, di un'attività lucrativa per fini altruistici. Sulla via di tale assimilazione agli enti pubblici economici, la fondazione d'impresa (la fondazione che esaurisce nell'esercizio dell'impresa i suoi fini e le sue attività) è soggetta all'obbligo d'iscrizione nel registro delle imprese, al pari degli enti pubblici «che hanno per oggetto esclusivo o principale un'attività commerciale» (art. 2201 cod. civ.). La conseguenza pratica è l'integrale applicazione dello statuto dell'imprenditore commerciale, senza che possano valere per la fondazione le eccezioni testualmente previste (art. 2221 cod. civ.) per gli enti pubblici.



La suddetta disposizione si applica a tutti gli enti del terzo settore di cui all'art. 4 C.T.S. (dunque anche alle fondazioni), posto che l'esercizio "in forma di impresa", non va riferito alla veste adottata dall'ente ma all'esercizio dell'attività economica.

Diversamente, se si dovesse accedere alla tesi per cui la fondazione che eserciti attività economica non debba sottostare allo statuto dell'imprenditore commerciale, si dovrebbe concludere nel senso di una generale esenzione dagli obblighi per tutti quei soggetti che, pur non perseguendo uno scopo di lucro, opererebbero però secondo un metodo economico e, quindi, secondo un modello imprenditoriale. Senonché, quest'ultima tesi, presenterebbe talune fragilità in punto di diritto della concorrenza: se l'ente venisse esentato dagli obblighi derivanti dall'applicazione dello "statuto" dell'imprenditore, si consentirebbe un rapporto di concorrenza sleale nei confronti di chi opera sul mercato fornendo il medesimo prodotto o servizio.

Sul punto, anche la Suprema Corte [76] ha chiarito che non occorra affatto uno scopo di lucro soggettivo per assoggettare a fallimento un ente del primo libro del codice civile, essendo sufficiente il requisito dell'economicità dell'attività di impresa, ossia che le entrate coprano tendenzialmente le spese, venendone esentati dunque i soli enti che prestino la loro attività gratuitamente, ovvero escludendo fin dall'inizio che l'attività possa per tale ragione essere ritenuta d'impresa [77].

**8. –** Il discorso della fondazione che esercita attività di impresa, richiama ulteriori fenomeni. Sussistono, infatti, ipotesi in cui l'impresa costituisca l'attività prevalente della fondazione è il caso della fondazione *holding*. In tale ipotesi, è particolarmente avvertita l'esigenza di tenere distinta, sotto l'aspetto organizzativo, l'una e l'altra attività; e tale esigenza è ancora più acuta quando la fondazione tragga dall'esercizio di impresa i mezzi finanziari per svolgere la propria azione.

Può accadere che si dia vita, all'interno della medesima fondazione, a separati organi di gestione; ma può, altresì, accadere che si costituiscano diverse fondazioni: l'una ha per oggetto l'amministrazione del patrimonio o la gestione dell'impresa, con l'obbligo, impostole dallo statuto, di devolvere le rendite del patrimonio o gli utili dell'impresa all'altra fondazione, o eventualmente ad una pluralità di altre fondazioni, a loro volta distinte tra loro in ragione dei diversi settori di attività; queste ultime utilizzano le rendite o gli utili ricevuti per la diretta realizzazione degli scopi di fondazione.

---

[76] Cass. 21 ottobre 2020 n. 22955, in *Giur. it*., 2021, 888. Tale orientamento è criticato da BONFANTE, *Associazioni, nuove imprenditorialità e fallimento. Un nodo da sciogliere*, in *Giur. it*., 2021, 892.

[77] La questione, ordunque, avrebbe risvolti particolari anche in tema di fallimento. In particolare, con l'estinzione della fondazione si apre una fase di liquidazione (artt. 11 ss. disp. att. cod. civ.), in cui vengono nominati uno più commissari liquidatori (art. 11, comma 1, disp. att. cod. civ.), i quali, non appena investiti dell'incarico, devono valutare, attraverso la redazione di un apposito inventario (art. 13, comma 1, disp. att. cod. civ.), se l'attivo disponibile è sufficiente a pagare il passivo in essere (art. 14, comma 1, disp. att. cod. civ.). All'esito di questa valutazione, se emerge un'eccedenza delle attività rispetto alle passività, i liquidatori procederanno ad una liquidazione ordinaria, che si sostanzia in una trasformazione delle attività (beni e crediti) in denaro e nella conseguente definizione delle passività. Se, diversamente, emerge l'insufficienza delle risorse patrimoniali rispetto ad un regolare adempimento degli impegni assunti, si otterrà la certezza dello stato di insolvenza dell'ente. In tal caso, i liquidatori dovranno procedere con modalità differenti rispetto alla liquidazione ordinaria, ossia con modalità che assicurino il soddisfacimento delle obbligazioni pendenti nel pieno rispetto della *par condicio creditorum*. Al riguardo, il dato normativo prescrive ai liquidatori di sollecitare l'apertura della c.d. liquidazione generale (art. 14, comma 1, disp. att. cod. civ.), che si sostanzia nell'applicare alla liquidazione ordinaria alcune regole previste per la procedura concorsuale di liquidazione coatta amministrativa (art. 16 disp. att. cod. civ.): il divieto per i creditori di iniziare o proseguire azioni esecutive individuali (art. 201 l. fall., che rinvia agli artt. 55 ss. l. fall.), sostituendole con i precetti su cui riposa la giustizia distributiva in punto di modalità di realizzazione dell'attivo (art. 210 l. fall.) e la distribuzione delle somme realizzate secondo le priorità sancite dall'art. 111 l. fall. (richiamata dall'art. 212 l. fall.).



In questo ultimo caso, non può essere sollevata alcuna perplessità sulla fondazione *holding* che, in conformità al proprio statuto, devolva le rendite del proprio patrimonio o gli utili della propria attività di impresa ad altre fondazioni: lo scopo ideale e altruistico è qui perseguito in via mediata perché, benché sia enunciato nello stesso statuto della fondazione *holding*, la sua attuazione è rimessa ad altre fondazioni finanziate dalla *holding* [78].

In questo contesto, lo scopo di pubblica utilità non trova una collocazione funzionale dirimente [79]; semmai può essere riassuntivo, come sineddoche, di ciò che non può essere una fondazione, perché se ad es. la fondazione di impresa si proponesse di attribuire ogni utile al fondatore, allora non si dovrebbe discutere di fondazione.

Nel nostro ordinamento, non esiste un istituto assimilabile all'*Anstalt* [80], presente invece nell'ordinamento del Liechtenstein. La particolarità di questo istituto, assimilabile alla nostra fondazione, consiste nel fatto che il soggetto di diritto (anch'esso frutto di una entificazione del patrimonio) può svolgere qualsiasi tipo di attività, anche con scopo di lucro, quest'ultimo scopo, come si è detto, è invece precluso alle fondazioni nella generalità degli ordinamenti (lo stesso ordinamento del Liechtenstein prevede anche una forma di fondazione, lo *Stiftung*, senza scopo di lucro).

Qualora, invece, si volesse ammettere nel nostro ordinamento una fondazione con scopo di lucro, si dovrebbe procedere ad una riqualificazione dell'ente in una società unipersonale a responsabilità limitata. Non a caso, le società unipersonali sono state tradizionalmente, date le somiglianze (almeno in sede di costituzione) all'ente fondazionale, assimilate ad una sorta di "fondazioni lucrative" che consentirebbero «una forma di separazione patrimoniale personificata con scopo di lucro […] costituita da un singolo soggetto» [81].

---

[78] L'autonomia giuridica della fondazione *holding* rispetto alle fondazioni da essa finanziate fa sì che la prima si presenti come una fondazione priva, in sé considerata, di uno scopo rientrante fra quelli perseguibili nelle forme giuridiche della fondazione: essa agisce per ricavare rendite da un patrimonio o, addirittura, per ritrarre utili dall'esercizio di un'impresa; mentre le forme giuridiche della fondazione sono, nel nostro sistema, utilizzabili solo per il perseguimento di pubblica utilità.

[79] La tesi sembra oggi prevalere: v. ad es. la ricostruzione di G. DINACCI, *Lo scopo dell'associazione e della fondazione*, in *Comm. Gabrielli al codice civile*, *Delle persone*, a cura di BARBA, PAGLIANTINI, *sub* art. 16 cod. civ., Torino, 2014, 96 ss., 107 ss.

[80] Sull'*Anstalt*, si veda A. BORGIOLI, voce *Anstalt*, in *Digesto comm*., I, Torino, 1997. In particolare, il piccolo principato del Liechtenstein possiede uno dei più monumentali codici (*Personen-und Gesellschaftsrecht*: PGR) dedicati alle persone giuridiche ed altre forme organizzative. Tale codice, che risale al 1926 ed è prevalentemente opera di un avvocato locale (Wilhelm Bech), contempla una grandissima varietà di figure giuridiche, dotate o meno di personalità giuridica e destinate ad esercitare i più diversi tipi di attività. Tra i tanti enti, particolare importanza è assunta dall'*Anstalt* che, secondo il PGR, è una *Verbandsperson*, cioè una persona giuridica dotata di patrimonio autonomo. Quanto al substrato personale, l'*Anstalt* ha la possibilità di essere costituito da un solo fondatore, così come da una pluralità di soggetti (artt. 535-536). Corrispondentemente, vi può essere un organo assembleare, oppure l'organo supremo (*oberste Organ*) – così come avviene di solito – può identificarsi con il fondatore (*Gründer*), il quale assomma, allora, in sé tutti i poteri sull'Anstalt, ovvero può, ancora, assumere caratteri simili a quelli di una fondazione (ed in tal caso la modifica dello statuto spetta al giudice). Il capitale (*Grundkapital*) può essere fisso o variabile; indiviso, ovvero suddiviso in quote (*Anteile*) che possano eventualmente assumere anche la forma di titoli di credito (artt. 540-541). Di regola, delle obbligazioni dell'*Anstalt* risponde esclusivamente il patrimonio di questa: tuttavia ne possono rispondere (ma si tratta di responsabilità limitata), in quanto ciò sia previsto, anche i fondatori, i partecipanti, ed eventualmente anche terzi. Particolarità dell'*Anstalt* è lo scopo. L'art. 534 PGR dispone infatti che l'Anstalt può essere destinata «*dauernden wirtschaftlichen oder anderen Zwecken*»; c'è quindi spazio per l'esercizio di un'impresa commerciale, così come per scopi non economici. Tutti questi elementi possono risultare fra di loro variamente combinati, così che si può realizzare tutta una serie di ipotesi che, sotto un profilo tipologico, finiscono con l'apparire estremamente diverse l'una dall'altra. Si aggiunga che, se in certi casi si può avere un'autodestinazione degli utili e del patrimonio, in altri è possibile una loro eterodestinazione a favore di terzi beneficiari. Volendo, infine, comparare l'*Anstalt* con gli enti di diritto privato disciplinati dal codice civile, si giungerebbe a pensare ad una fondazione per un'*Anstalt* uni-personale che persegue uno scopo ideale, o ad una società un'*Anstalt* a base pluripersonale, la quale svolge un'attività economica allo scopo di dividerne gli utili fra i partecipanti.

[81] Così G. SCALFI, *I c.d. rapporti interni nelle società con un solo socio e la successione dell'unico azionista*, in *Riv. dir. comm*., 1950, II, 56. Non a caso, illustre dottrina ha suggestivamente parlato della società capitalistica unipersonale come di una "fondazione



**9. –** Può darsi come assunto che la fondazione, almeno nel nostro ordinamento giuridico, non può, come l'*Anstalt*, perseguire uno scopo di lucro. Non può – però– nemmeno essere ignorato l'evidente rapporto di complementarietà e strumentalità che lega la fondazione all'impresa, rapporto che è stato oggetto di studio da parte di autorevoli giuristi sin dagli anni Sessanta dello scorso secolo [82].

Tale era il periodo in cui l'istituto della fondazione viveva una nuova *epoque* che lo rinnovava e lo mutava a seconda delle emergenti esigenze dei privati [83].

La fondazione iniziò a mutare i connotati delineati dal codice civile e incominciò ad avvicinarsi ai modelli delle *foundations* statunitensi [84].

---

lucrativa": G. OPPO, *Le grandi opzioni della riforma e le società per azioni*, in *Riv. dir. civ*., 2003, I, 473, e già, in precedenza, ID., *Società, contratto, responsabilità (a proposito della nuova società a responsabilità limitata)*, *ivi*, 1993, II, 187.

[82] P. RESCIGNO, *Fondazione e impresa*, in *Società*, 1967, 813; R. COSTI, *Fondazione e impresa*, in *Riv. dir. civ*., I, 1968, 11 ss.

[83] D. VITTORIA, *Le fondazioni culturali ed il consiglio di amministrazione: evoluzione della prassi statutaria e prospettive della tecnica fondazionale*, in *Riv. dir. comm*., 1975, 301 ss.

[84] Invero la distinzione tra le due tipologie di fondazione ha avuto piede dall'esperienza delle *private foundations* americane. Tra le *private foundations* rientrano le fondazioni indipendenti, le fondazioni di impresa e le fondazioni operative, mentre nella categoria delle *public foundations* rientrano le *community fondation*. Di norma le fondazioni private sono costituite da fondatori individuali o famiglie oppure da imprese a scopo di lucro. Il fondatore nomina l'organo amministrativo che determina il modo in cui le risorse devono essere impiegate per il raggiungimento di attività istituzionali; peraltro al fondatore la legislazione statunitense riconosce (diversamente da quella italiana) ampi poteri di intervento sulla *private foundation* nonché di controllo nella selezione dei beneficiari delle erogazioni. Per *public foundation*, invece, s'intende un tipo di fondazione i cui patrimonio è creato da un numero molto elevato di individui e alla cui amministrazione partecipa un numero cospicuo di cittadini. Le *public foundations* sono caratterizzate da una rilevante partecipazione della cittadinanza (*community foundation*) sia ai fini delle dotazioni patrimoniali che ai fini dell'amministrazione. Generalmente nei paesi di *Common Law*, le finalità benefiche possono essere perseguite oltre che col *charitable trust*, anche con la *foundation* (uno sguardo comparatistico tra le fondazioni in Europa è offerto da H.K. ANHEIER, *Foundations in Europe: a comparative perspective*, in A. SCHLÜTER, V. THEN, P. WALKENHORST, *Foundations in Europe*, London, 2001, 35 ss. Sulle fondazioni e la *charitable trust*, tra i contributi italiani, si veda V. BANCONE, *Le organizzazioni non profit*, Napoli, 2011, 181 s.). Nel Regno Unito e in Irlanda il vocabolo "*foundation*", pur correntemente utilizzato, non ha infatti una precisa valenza giuridica. La disciplina predisposta per enti che corrispondono funzionalmente alle fondazioni orientate al perseguimento di finalità benefiche per il pubblico è di carattere trasversale, ed è riconducibile alla multiforme nozione di *charity*, la quale abbraccia istituti aventi struttura diversa: dal *trust*, all'associazione con o priva di personalità giuridica (*unincorporated association* e la *incorporated association*), alla *company limited by guarantee*, alla nuova figura giuridica munita di personalità giuridica, introdotta nel diritto inglese dal 2013, la *Charitable Incorporated Organisation*. Il discorso non muta nemmeno per le fondazioni nordamericane, le quali sono normalmente costituite nella forma del *trust*, ovvero come *corporations*; è in realtà il diritto fiscale ad utilizzare la nozione di *"foundation"*; nuovamente si tratta di un approccio funzionale, senza riferimento univoco ad una precisa forma organizzativa. In particolare, negli States, ai fini fiscali, si distinguono – tra le *private foundations* – le "*operating foundations*" dalle "*grant-making foundations*". Le fondazioni operative (*operating foundations*) utilizzano le loro dotazioni per raggiungere direttamente i propri obiettivi, mentre le *grant-making foundations*, utilizzano la loro dotazione per concedere sovvenzioni ad altre organizzazioni. Queste ultime sono sì finanziate dalla *grant-making foundation*, ma debbono effettuare le attività e raggiungere gli scopi predisposti dallo statuto della *grant-making foundation*. Sicché, negli States, per *grant-making foundation*, si fa riferimento a quel tipo di fondazione che, finanziando altri soggetti, persegue indirettamente gli scopi statutari. Tali fondazioni, come la *Ford Foundation* e la *Rockefeller Foundation*, non partecipano direttamente alle attività, ma si limitano a finanziare altri soggetti o enti. Le *Grant-Making foundation* americane presentavano caratteri differenti rispetto alla fondazione come disciplinata dal codice civile italiano. Le *indipendent foundation* statunitensi, infatti, potevano essere amministrate direttamente dal fondatore o dai membri della sua famiglia (*family foundation*). Le decisioni venivano assunte dall'organo amministrativo che in genere include i fondatori, o i membri delle famiglie dei fondatori, oppure gli "associati" del fondo che hanno contribuito alle attività della fondazione. Le *corporate foundations*, ossia le fondazioni create da società commerciali che svolgono la propria attività di utilità sociale e che hanno il fine di promuovere l'immagine e l'attività dell'impresa fondatrice. Si tratterebbe di un nuovo modo per le società di ottenere un ritorno di immagine anche al di fuori del settore di mercato in cui operano. Le *corporate foundation* sono amministrate dai medesimi gestori dell'impresa fondatrice. Per quanto attiene alle *operating foundations*, si tratta di fondazioni costituite con la finalità di svolgere una o più attività con scopo di utilità sociale, abbinando talvolta ai fondi ottenuti con l'investimento del patrimonio a disposizione, altri fondi raccolti da enti pubblici e privati. Tali organizzazioni, anziché finanziare soggetti diversi dalla fondazione, provvedono direttamente alla realizzazione di tutti gli scopi della fondazione. In ogni caso non è esclusa alle *operating foundations* la possibilità di erogare contributi a soggetti terzi.



In particolare, negli States, le più importanti *Grant-Making foundations* presentavano caratteri differenti rispetto alla fondazione come disciplinata dal codice civile italiano. Le *indipendent foundation* statunitensi, infatti, potevano essere amministrate direttamente dal fondatore o dai membri della sua famiglia (*family foundation*). Le decisioni venivano assunte dall'organo amministrativo che in genere include i fondatori, o i membri delle famiglie dei fondatori, oppure gli "associati" del fondo che hanno contribuito alle attività della fondazione.

Ebbene, nell'emulare le *family foundations*, a partire dagli anni Settanta del secolo scorso, le più importanti famiglie imprenditoriali della realtà economica italiana – come la famiglia Agnelli, Olivetti e Pirelli – conformavano gli statuti delle proprie fondazioni evitando il completo distacco dell'ente dal fondatore. La dottrina, attenta alla prassi statutaria del tempo, notava che il controllo del fondatore – o dei fondatori – avveniva con criteri differenti che prevedevano: a) la partecipazione diretta del fondatore o dei fondatori al consiglio di amministrazione; b) l'elezione di propri rappresentanti nel consiglio di amministrazione; c) la riserva del diritto di nomina in seno al consiglio di amministrazione, in virtù del maggior contributo versato all'atto della costituzione della fondazione.

La fondazione, sin dagli anni Cinquanta, non si è solo posta come risposta soddisfacente all'attuazione di particolari strategie manageriali di impresa, ma ha subito persino mutamenti che hanno posto in discussione la necessaria sussistenza dei dati fisionomici rispetto ai quali, sino ad allora, gli studiosi qualificavano l'ente in termini di fondazione. Più in particolare, già nello scorso secolo, gli studiosi notavano che le fondazioni non comportavano più quel distacco dell'ente dal fondatore.

Il fondatore o i fondatori tendevano invero, seppure con criteri diversi, ad assicurarsi un controllo costante sull'attività della persona giuridica: partecipando direttamente al consiglio di amministrazione, ovvero eleggendovi un proprio rappresentante, o ancora, in ragione del maggior contributo versato all'atto di costituzione della fondazione, riservandosi il diritto di nominare in seno all'organo di amministrazione un maggior numero di consiglieri.

Ancora, una ulteriore emulazione della fondazione americana è avvenuta con l'adozione di tutte le forme di *operating foundation*.

In particolare, negli States, ai fini fiscali, si distinguono – tra le *private foundations* – le "*operating foundations*" dalle "*grant-making foundations*".

Invero, la distinzione tra le fondazioni operative (*operating foundations*) e le fondazioni di erogazione (*grant-making foundations)*, era già chiara alla dottrina tedesca che operava la classificazione tra *Hauptgeldstiftung* (fondazione di erogazione) e *Anstaltstiftung* (fondazione operativa), intendendo col primo termine la fondazione che si limiti ad erogare le rendite di un patrimonio e con il secondo termine la fondazione che dia vita ad una istituzione (estranea alla sua struttura) mediante la quale assolve le proprie finalità [85].

Negli States, per *grant-making foundation*, si fa riferimento a quel tipo di fondazione che, finanziando altri soggetti, persegue indirettamente gli scopi statutari. Tali fondazioni, come la *Ford Foundation* e la *Rockefeller Foundation*, non partecipano direttamente alle attività, ma si limitano a finanziare altri soggetti o enti.

Per quanto attiene alle *operating foundations*, si tratta di fondazioni costituite con la finalità di svolgere una o più attività con scopo di utilità sociale, abbinando talvolta ai fondi ottenuti con l'investimento del patrimonio a disposizione, altri fondi raccolti da enti pubblici e privati.

Tali organizzazioni, anziché finanziare soggetti diversi dalla fondazione, provvedono direttamente alla

[85] P. RESCIGNO, voce *Fondazione*, cit., 809.



realizzazione di tutti gli scopi della fondazione. In ogni caso, non è esclusa alle *operating foundations* la possibilità di erogare contributi a soggetti terzi.

Alla luce delle particolari tipologie di fondazioni operative americane, le fondazioni più importanti costituite in Italia nell'arco della seconda metà del Novecento, traggono origine, prevalentemente, da un negozio di fondazione *inter vivos* posto in essere da una pluralità di fondatori [86] e, gran parte di queste fondazioni (soprattutto quelle culturali [87]), si sono costituite per iniziativa di un comitato promotore e, intorno al nucleo patrimoniale iniziale, si sono aggregati ulteriori sottoscrittori. I sottoscrittori si sono, poi, distinti in soci fondatori, soci ordinari, sostenitori o benemeriti, in ragione del contributo versato [88]; è stato previsto, in alcuni statuti, che tali soci si costituiscano in assemblea o vi nominino i loro rappresentanti.

Passaggio particolarmente significativo delle nuove fondazioni può collocarsi nel periodo storico in cui i relativi atti costitutivi prevedano, per la dotazione patrimoniale delle fondazioni, la sottoscrizione da parte dei fondatori di una quota di capitale, alla quale veniva commisurato il potere di gestione dell'ente [89]: la grande fondazione, non diversamente dalla grande impresa, avrebbe bisogno – per venire ad esistenza – di una raccolta di fondi ampia e costante.

In questo contesto, sin dai primi anni di debutto del codice civile del 1942, si avvertiva che le disposizioni sulle fondazioni offerte dal codice civile avevano ad oggetto un istituto vetusto e superato. Difatti, l'ipotesi dell'individuo che costituisce una fondazione, apparentemente, per fini di utilità generale, ma con il vero intento di essere ricordato anche dopo la morte – ipotesi che aveva appunto ispirato la disciplina normativa al legislatore del '42 – costituiva una rarità.

Il dato invece che affiorava, sin dai primi anni di vigenza del codice civile, con maggiore frequenza era quello della partecipazione di grossi enti alla costituzione di fondazioni, ove l'intreccio degli interessi *ego-altruistici* che sorreggono l'iniziativa dei fondatori palesa una connotazione del tutto diversa rispetto al passato.

Le società di grandi dimensioni, sin dagli anni Sessanta, hanno fatto sovente ricorso allo strumento delle fondazioni al fine di migliorare le proprie attività e la propria produzione. Non sono mancate ipotesi in cui le grandi casi farmaceutiche procedevano alla costituzione di fondazioni per la ricerca scientifica nel settore farmacologico (come il caso della *Fondazione Hoechst* costituita dalla Hoechst S.p.A.) nell'intento strategico di affidare alla fondazione la funzione di istruire professionalmente gli uomini destinati a comporre il quadro manageriale delle aziende nazionali.

Il fenomeno della strumentalità della fondazione rispetto alla grande impresa che l'ha costituita ha assun-

---

[86] Sin dagli anni Cinquanta vennero costituite diverse come la fondazione Della Rocca (istituita nel 1954 da un gruppo di amici dell'ingegnere Della Rocca per ricordarne la memoria: il movente individualistico dell'atto di costituzione consente di collocare fondazioni come queste nel tipico momento di trapasso dell'istituto dal passato al presente); la fondazione Giulio Pastore; la Olivetti; la Pirelli; le fondazioni Einaudi di Roma e di Torino, ecc.

[87] Ne dà ampia e completa disamina D. VITTORIA, *Le fondazioni culturali ed il consiglio di amministrazione*, cit.

[88] Significativo era l'art. 3 dello Statuto Rui: «Sono fondatori coloro che concorrono alla costituzione e coloro che cooperano allo sviluppo della Fondazione con la loro opera e con una elargizione di almeno due milioni di lire. Sono sostenitori coloro che contribuiscono con una elargizione non inferiore a centomila lire; analogamente v. anche art. 7 statuto Fondazione Einaudi di Roma ed altre.

[89] L'espressione capitale, il cui uso era limitato al solo diritto delle società e della impresa, ritornava con sempre maggiore insistenza nella prassi statutaria delle più importanti fondazioni "culturali" del Novecento, che preferivano usare il termine "capitale" in luogo di "patrimonio". L'art. 9 dello statuto della Fondazione Einaudi di Roma disponeva: tutti coloro che hanno diritto ad intervenire all'assemblea dispongono di un voto per ogni L. 100.000 di capitale versato. I quorum costitutivi e deliberativi dell'assemblea sono computati in base alla maggioranza *pro quota* e non *pro capite*.



to rilievo persino nel mondo dello sport anch'esse caratterizzate da intento ego-altruistici come il sostegno a giovani bisognosi, la diffusione del marchio dell'impresa sportiva e la ricerca di nuovi talenti [90].

Ancora, la sinergia derivante dalla strumentalità della fondazione rispetto alla attività di impresa può concretizzarsi in un'ampia gamma di servizi; per esempio, le ricerche e i sondaggi condotti dalla fondazione consentono all'impresa di conoscere i limiti di collocabilità di un certo prodotto e di orientare la propria attività e la propria produzione in un dato settore piuttosto che in un altro.

Non vi è dubbio alcuno che gli studi, le indagini, le statistiche compiute dalla fondazione forniscono ai *managers* della impresa un quadro completo dei dati relativi al contesto socioeconomico in cui deve inserirsi la loro politica imprenditoriale.

In un'epoca in cui l'imprenditore deve largamente programmare la propria attività economica, ispirandosi non più al criterio esclusivo della massimizzazione del profitto, ma valutando un complesso di fattori politici, sociali, ecologici, ed ora anche tecnologici (il riferimento è alla necessità di utilizzo degli strumenti della Intelligenza Artificiale all'interno delle realtà imprenditoriali), la fondazione, come strumento di ricerca e quindi di conoscenza, si colloca come fonte importantissima di suggerimento e di ispirazione per le scelte dei dirigenti dell'impresa; in questa prospettiva, l'iniziativa di creare delle fondazioni, costituisce oggi tipica manifestazione del *management style* da cui è improntata la gestione delle grandi imprese nazionali.

Sulla spinta di una prassi statutaria, oramai ultradecennale, sin dagli anni Novanta, il legislatore ha disciplinato diverse tipologie di fondazioni che non si limitano ad una mera erogazione di rendite, né comportavano un distacco della fondazione dai fondatori. Ebbene, le fondazioni degli anni Novanta non si riducevano solo ed esclusivamente ad una mera erogazione di rendite (*grantmaking foundation*) [91], ma svolgevano attività dirette a perseguire il loro scopo avvalendosi della propria organizzazione (*operating foundation*) [92].

In Italia, le prime forme di "fondazioni operative" disciplinate dal legislatore sono state le fondazioni bancarie, le fondazioni universitarie e le fondazioni lirico-sinfoniche.

Invero, tali tipi di fondazioni hanno decretato la crisi dell'unico modello di fondazione intesa come ente di mera erogazione di rendite.

Le fondazioni di fine secolo perseguivano sempre più interessi economici e sono sempre state strutturate in conformità ai modelli delle società di capitali con poteri di controllo dell'operato degli amministratori da parte dei fondatori che partecipavano economicamente all'ente. Sicché, nelle più grandi fondazioni italiane, la quota sottoscritta dal fondatore all'atto di costituzione della fondazione misura il potere di decidere della gestione dell'ente.

In questo contesto, in modo non affatto dissimile a quanto avviene nelle società, la partecipazione del fondatore si misura in relazione alla propria quota sottoscritta. Tale nuova *governance*, ha reso la fondazione uno strumento nelle mani dei fondatori i cui amministratori, quando i fondatori non rivestano anche l'ufficio gestorio, sono mandatari dei primi.

**10. –** Alla luce di quanto sino ad ora detto, è possibile iniziare il presente paragrafo affermando che «c'era

[90] Il riferimento, quanto meno in Italia, è alla Fondazione Milan costituita nel 2003.

[91] Le quali comunque risultano disciplinate anche nel codice del Terzo settore, in particolare all'art. 37 che, con riguardo agli enti filantropici, fa menzione delle fondazioni che abbiano la finalità di erogare denaro, beni o servizi, anche di investimento, a sostegno di categorie di persone svantaggiate o di attività di interesse generale.

[92] Riferimenti in P. MANES, *Le nuove prospettive in materia di fondazioni*, in *Cont. e Impr.*, 2004, 1, 265 s.



una volta» la fondazione [93]. L'istituto, infatti, sin dall'entrata in vigore del codice civile del 1942 ha subito notevoli mutamenti.

Se al tempo della codificazione civile le fondazioni erano caratterizzate dal "distacco" dell'ente dal fondatore e, dunque, dall'estraneità del fondatore dalla vita dell'ente, egli infatti non aveva alcun potere di sciogliere il consiglio di amministrazione della fondazione, né poteva riservarsi il potere di modificare l'atto costitutivo o lo statuto della fondazione [94], negli ultimi decenni si è assistito ad una metamorfosi dell'istituto che ha modificato i suoi tratti caratteristici disciplinati dal codice civile.

È venuto, infatti, sempre meno il distacco dell'ente dal fondatore; gli statuti sempre spesso riservano al fondatore (o ai fondatori) un potere di controllo sull'attività dell'ente. È divenuta una costante della prassi statutaria delle fondazioni la partecipazione diretta del fondatore o dei fondatori al consiglio di amministrazione, nonché il potere dei fondatori di eleggere in seno al consiglio di amministrazione i propri rappresentanti.

Si è assistito, quindi, a forme miste tra fondazioni e corporazioni (*Hybridstiftung*) che, invero, hanno avuto origine dalle fondazioni d'oltreoceano dove opera la c.d. *Private Operating Foundation* che si caratterizza per un rapporto diretto tra incidenza dell'apporto di capitale, quindi di controllo dell'ente, e rilevanza dell'apporto di lavoro. In tali tipi di fondazioni è presente, non solo un consiglio di amministrazione (o di gestione), ma anche un'assemblea di fondatori e soci sovventori.

Ancora, nel tempo, si è notato che la fondazione "tradizionale", cui fa riferimento il codice civile, intesa come un complesso di beni destinati durevolmente al perseguimento di uno scopo di pubblica utilità (nulla più di una *universitas bonorum*), presenta alcune criticità. La fondazione non solo realizzerebbe un distacco definitivo del fondatore dal patrimonio conferito senza alcuna possibilità intromettersi nel governo dell'ente, ma sussisterebbe finanche il pericolo di una sopravvenuta insufficienza dei mezzi disponibili che potrebbe decretare lo scioglimento dell'ente.

Per far fronte a tali inconvenienze, la prassi notarile ha dato vita, combinando gli elementi della fondazione di erogazione e le strutture di partecipazione attiva ed organizzativa delle corporazioni, ad una contaminazione strutturale consistente nella "fondazione partecipata" che, in virtù dei suoi marcati tratti associativi, mutua diversi istituti propri dell'associazione: assemblea, organo amministrativo (oltre che organo di controllo), nonché l'esclusione e il recesso dei diversi partecipanti.

Il rinnovato modello fondazionale non può non essere letto alla luce di un chiasmo che ha coinvolto non solo le fondazioni, ma anche le società a responsabilità limitata e, in un secondo momento, le società per azioni.

Da un lato, l'approdo all'unipersonalità genetica nelle s.r.l. è stato frutto dell'imposizione europea rivolta a consentire lo svolgimento dell'attività d'impresa in condizioni di rischio limitato, dall'altro, gli ampi margini di manovra – tacitamente concessi dal codice civile che offre alle fondazioni una scarna disciplina – hanno svelato la possibilità per più fondatori, anche in momenti successivi nel tempo, di dare vita ad un ente beneficiando dell'autonomia patrimoniale perfetta e della possibilità di alimentare il fondo patrimoniale affinché perseguisse un'attività.

In questo contesto, sotto il profilo genetico (o meglio, con riguardo ai negozi di organizzazione) si è avvertito che mentre le società, ossia le corporazioni lucrative, ben possono costituirsi – come le fondazioni regolate dal codice civile – con atto unilaterale, le fondazioni partecipate si costituiscono, come le associazioni

[93] Così come è stato detto a seguito della riforma del diritto societario, così può dirsi per le fondazioni. Il riferimento è a P. SPADA, *C'era una volta la società*, in *Riv. not.*, 2004, n. 1, 1 ss. Sui diversi modelli di fondazione, si veda il recentissimo A. FUSARO, *Le varianti al tipo fondazione,* in *Not.*, 2022, n.1, 57 s.

[94] Sul punto vd. Cons. Stato, 1° giugno 1960, n. 148, in *Cons. Stato*, 1961, 645.



e le società, con contratto plurilaterale [95]. Sul punto, autorevole dottrina sostiene che «sull'impossibilità di riconoscere un contratto nell'atto plurilaterale costitutivo della fondazione ha, probabilmente, pesato il pregiudizio dell'immedesimazione tra contratto e fenomeno associativo; ma, ammessa oggi la costituzione della società per atto unilaterale, non dovrebbero esserci resistenze a concludere nel senso della contrattualità dell'atto plurilaterale istitutivo della fondazione» [96].

Quanto alla *governance*, la fondazione di partecipazione si caratterizza per il particolare rapporto gestorio tra assemblea ed amministrazione, non dissimile al modello dualistico delle società commerciali (artt. 2409 *octies* e ss. cod. civ.), nonché per la costante stabilità patrimoniale che rende maggiormente attuabile lo scopo dell'ente e permette l'incremento delle garanzie patrimoniali dei terzi e dei creditori dell'ente. In quest'ottica, la fondazione di partecipazione si è rilevato un ottimo strumento per far fronte a situazioni di sottopatrimonializzazione dell'ente.

Ebbene, nel solco della diffusione di nuove fondazioni operative (*operating foundation*) [97], hanno fatto ingresso le fondazioni di partecipazione che, essendo caratterizzate da un'articolata organizzazione funzionale alla partecipazione attiva e alla gestione dell'ente da parte dei fondatori ed anche degli aderenti successivi, mettono in crisi gli indiscutibili elementi che distinguono le associazioni dalle fondazioni, due enti – questi – che oramai vedono sempre più ridotte le distanze.

Le fondazioni partecipate (o fondazioni di partecipazione [98]) sono enti fondazionali diversi da quelli regolati dal codice civile e non sono così distanti dalle associazioni [99]. Anzi, le fondazioni partecipate costituisco-

---

[95] Ebbene, come si noterà nel prosieguo, la particolarità delle fondazioni partecipate è che esse si costituiscono in virtù di un contratto aperto a successive adesioni. In particolare, il contratto di fondazione di partecipazione è caratterizzato, sotto il profilo causale, da uno scopo comune, definito al momento della sottoscrizione dell'atto costitutivo da parte dei soci fondatori e immodificabile nel tempo (neppure da parte degli stessi fondatori), e dalla possibilità di future adesioni da parte di soggetti terzi (i quali possono essere sia pubblici che privati) che, nel condividere le finalità della fondazione, vi partecipano apportando beni mobili, immobili, denaro, oppure servizi.

[96] A. ZOPPINI, *Note sulla costituzione della fondazione*, in *Riv. dir. comm*., 1997, 3-4, 300.

[97] Tali fondazioni perseguono i propri scopi in via diretta avvalendosi della propria organizzazione, nell'ultimo decennio, la prassi notarile ha conosciuto le fondazioni c.c.d.d. "aperte", in cui è possibile partecipare in momenti successivi rispetto a quello della costituzione dell'ente, caratterizzate quindi dalla presenza di aderenti successivi, anche enti pubblici, che decidono di condividere, mediante le loro contribuzioni, un progetto intrapreso in precedenza da altri. Esse sono diverse dalle *Grantmaking foundation*, ossia il modello regolato dal codice civile. Queste ultime si limitano solo ad un'attività di erogazione di rendite ad esse fa riferimento il codice civile che, all'art. 16, detta che «l'atto costitutivo e lo statuto devono contenere (…), quando trattasi di fondazioni, i criteri e le modalità di erogazione delle rendite».

[98] Così definite dal notaio Enrico Bellezza (vd. A. ZOPPINI, *Profili evolutivi della fondazione di partecipazione nella moderna prassi e nella legislazione speciale*, in A.A.V.V., *Fondazioni di partecipazione*, Milano 2007, 21). Sulle fondazioni di partecipazione si veda: G. SICCHIERO, *Le fondazioni di partecipazione*, in *Contr. impr.*, 1, 2020, 19 ss.; M. ROMANO, *I limiti all'autonomia statutaria nelle fondazioni di partecipazione alla luce della riforma del terzo settore*, in *Nuove leggi civ. comm*., 2019, 2, 345; F. SUCCI, *Profili operativi della fondazione di partecipazione quale istituto idoneo alla gestione di servizi culturali alla luce della vigente situazione socio-economica*, in *Not.*, 2014, 6, 627; M. D'AURIA, *Fondazione di partecipazione e recesso dell'ente pubblico: profili problematici*, in *Corr. giur*., 2019, 2, 215; P. MERLI, *Persone giuridiche – «il recesso dalla fondazione di partecipazione: una disciplina sfuggente»,* in *Nuova giur. civ.*, 2018, 7-8, 1039. Si veda, da ultimo, la sezione "Dottrina e Attualità giuridiche" della rivista *Giurisprudenza Italiana*, dedicata alla tematica delle "Fondazioni di partecipazione", nov. 2021, 2492 e s. La sezione raccoglie i contributi di:A. DI SAPIO, *Le parole delle fondazioni di partecipazione*, 2493 s.; M. GRAZIADEI, *Le fondazioni di partecipazione nel prisma della comparazione*, 2502 s.; G. POSIO, *Norme del CTS applicabili a tutte le fondazioni di partecipazione*, cit., 2507 s.; G. SICCHIERO, *Lo scopo delle fondazioni*, 2513 ss.; A. FUSARO, *Organi delle fondazioni di partecipazione*, 2521 ss.; L. TOSI, E.M. BAGAROTTO, *Il trattamento fiscale delle fondazioni di partecipazione*, 2525 ss.; A. LAUDONIO, *Fondazioni di partecipazione: fase estintiva ed operazioni straordinarie*, 2534 e s.

[99] A tal proposito, alcuni A. hanno parlato di fenomeno di "ibridazione" della fondazione con il modello associativo. Così A. ZOPPINI, *Le fondazioni. Dalla tipicità alle tipologie*, cit., 62 ss.



no un ibrido tra fondazione e associazione (*Hybridstiftung*) [100].

Lo schema di tale tipologia di fondazione involge forme partecipative e di controllo mutuate dalla disciplina delle associazioni che permettono una partecipazione attiva e diretta di soggetti pubblici e privati, volta al perseguimento di finalità statutarie non necessariamente limitate ad una mera erogazione di rendite [101].

Questa tipologia di fondazione, benché non sia stata nemmeno nominata dal legislatore, è contemplata dal codice del terzo settore (d.lgs. 3 luglio 2017, n. 117, da ora, più brevemente, CTS) che fa riferimento, soprattutto alla luce degli artt. 23-26, «alle fondazioni (…) il cui statuto preveda la costituzione di un organo assembleare o di indirizzo». Il nuovo codice ammette, dunque, un modello fondazionale con una pluralità di organi atti a consentire la partecipazione attiva di tutti gli aderenti alla fase gestionale [102].

La fondazione di partecipazione non è nemmeno sfuggita all'esame dei giudici. Dapprima, essa è stata qualificata, dal Giudice Amministrativo [103], come un modello atipico di persona giuridica privata che sintetizza l'elemento personale, tipico delle associazioni, e l'elemento patrimoniale, caratteristico delle fondazio-

---

[100] Rifiuta l'idea di forme miste tra associazione e fondazione, A. ZOPPINI, *Le fondazioni. Dalla tipicità alle tipologie*, Napoli 1995, 111. Per alcuni, M. TAMPONI, *Persone giuridiche*, in *Comm. Schlesinger-Busnelli*, Milano, 2018, 156, si tratterebbe di un ente fondazionale nato dall'interpretazione degli artt. 12 e 1332 cod. civ., combinati con l'art. 45 della Costituzione; mentre, tra i giuspubblicisti (P. FORTE, *Le fondazioni come autonomie amministrative sociale*, in *Fondazioni*, a cura di Palma, Forte, Torino 2008, 67 ss.), vi è la convinzione della fondazione come un'amministrazione di interessi non individuali, in quanto espressione di autonomia non tanto privata, quanto "collettiva o sociale".

[101] La fondazione di partecipazione è stato un fenomeno che si è affermato e diffuso nella pratica ed in esse, molto frequentemente, vi è stata la presenza di enti pubblici, spesso con ruoli rilevanti (sul punto si vedano: A. SAPORITO, *Le fondazioni tra pubblico e privato. Discipline applicabili e modelli evolutivi*, Napoli, 2020, in particolare 13 ss. in tema di sussidiarietà tra pubblico e privato; S. DE GÖTZEN, *Le "fondazioni legali" tra diritto amministrativo e diritto privato*, Milano, 2011, spec. 48). Il fenomeno della convergenza tra interessi pubblici e interessi privati è stato difatti spesso riassunto anche nella forma di fondazioni di partecipazione, sia come risultato della trasformazione per legge di enti pubblici, sia a seguito della decisione dell'ente pubblico di esternalizzare servizi ed attività in precedenza gestite direttamente. In tal senso: M.P. CHITI, *La presenza degli enti pubblici nelle fondazioni di partecipazione tra diritto nazionale e diritto comunitario*, in *Fondazione di partecipazione*, *I Quaderni della Fondazione Italiana per il Notariato*, 2/2007, 32 ss. È stato altresì segnalato che la forma di fondazione di partecipazione è stata particolarmente apprezzata dagli enti pubblici poiché questi sono tenuti più di ogni altro soggetto a garantire l'esito positivo dell'impiego di denaro pubblico che è stato destinato a quella specifica attività. Così: M. MALTONI, *La fondazione di partecipazione: natura giuridica e legittimità*, in *Fondazione di partecipazione*, cit., 29. In ordine alle finalità, la forma della fondazione di partecipazione si qualifica poi, in ragione delle sue peculiarità, quale soggetto particolarmente adatto alla gestione dei servizi sociali; in tal senso: B. DI GIACOMO RUSSO, *La fondazione di partecipazione per gestire il "sociale"*, in *Cooperative e Enti non profit*, 2/2015, 21 ss.

[102] Peraltro il Codice del Terzo Settore disciplina anche la Fondazione Italia Sociale, nominata dall'art. 9 CTS. Essa è una particolare fondazione di partecipazione tipizzata dal legislatore con d.P.R del 28 luglio 2017, pubblicato sulla G.U. del 9 settembre 2017, in attuazione dell'art. 10, comma 4, della legge delega n. 106/2016, con cui ha disposto lo statuto della Fondazione Italia Sociale, ente al quale, nel disegno della riforma, è stato attribuito il compito di promuovere la cultura del sociale.

[103] Così Cons. Stato, sent. 20 dicembre 2000, n. 288, Min. sanità, in *Repertorio Foro Italiano* 2001, *Persona giuridica*, n. 29, in *Cons. Stato*, 2001, I, 490, in *Ragiusan*, 2001, fasc. 202, 36. Per il Consiglio di Stato, l'istituto della fondazione di partecipazione rinviene la propria disciplina nel disposto dell'art. 12 cod. civ. (ora art. 1 d.P.R. 10 febbraio 2000, n. 361), nella parte in cui affianca alle associazioni e alle fondazioni le «altre persone giuridiche private», senza che sia quindi necessario definire una disciplina che contenga una commistione tra la normativa prescritta per le associazioni e quella prevista per le fondazioni, perché sarà quest'ultima a fornire le coordinate fondamentali ed uniche della fondazione di partecipazione. Ancora, si veda anche sentenza del TAR Piemonte, sez. I, 7 novembre 2012, n. 1159, in *Rep. Foro it.,* 2013, *Persona giuridica*, n. 10, in *Mass. red*., in *Giur. amm*., 2012, II, 1737. Per il TAR Piemonte, la fondazione di partecipazione, benché strutturalmente atipica, presenta di norma alcune caratteristiche proprie della fondazione in senso tradizionale (in particolare la dotazione di un elemento patrimoniale iniziale), combinate con alcune caratteristiche delle associazioni (in particolare la dinamicità dell'elemento personale, in quanto aperta all'adesione di nuovi soggetti pubblici o del c.d. «terzo settore», di tempo in tempo interessati a parteciparvi per contribuire allo sviluppo del fine attribuito statutariamente); ne discende che il perseguimento di finalità non industriali né commerciali, caratteristico dell'organismo di diritto pubblico, emerge dallo stesso d.n.a. della fondazione di partecipazione.



ni. Successivamente, la Corte dei Conti [104] ha sostenuto che la fondazione di partecipazione rappresenta lo strumento attraverso cui un ente pubblico persegue uno scopo di utilità generale, nel tentativo di creare un connubio pubblico-privato e consentire d'usufruire di maggiori disponibilità finanziarie e di attività di *management* nella gestione dei servizi sociali, venendosi così a ridurre il rischio associato all'attività di produzione di servizi.

Una più recente pronuncia [105] ha evidenziato la natura ibrida e complessa della fondazione di partecipazione qualificandola come un modello di organizzazione sociale atipico che racchiude caratteri propri della fondazione e dell'associazione.

In particolare, nelle suddette decisioni, si evidenzia la struttura aperta della fondazione di partecipazione alla quale i soggetti possono senz'altro aderire ai sensi e per gli effetti dell'art. 1332 cod. civ. e dalla quale possono recedere ai sensi dell'art. 24, comma 2, cod. civ., fermo l'obbligo di adempiere alle obbligazioni certe ed esigibili al tempo del recesso con esclusione della ripetizione dei versamenti effettuati.

**11. –** I soggetti delle fondazioni partecipate – persone fisiche o enti, pubblici o privati – sono riconducibili sostanzialmente a due categorie: i fondatori e i partecipanti.

Mentre i fondatori sono coloro che assumono l'iniziativa di costituire l'ente fondazionale, l'ammissione dei partecipanti sostenitori avviene solo a seguito di adesione ai sensi dell'art. 1332 cod. civ., quindi successivamente alla costituzione dell'ente [106].

L'atto costitutivo della fondazione di partecipazione, che assume la natura di contratto plurilaterale "aperto" – per la presenza di una clausola di adesione *ex* art. 1332 cod. civ. – è pur sempre accompagnato, oltre che dallo statuto (ai sensi e per gli effetti dell'art. 16 cod. civ.), anche da atti di dotazione, ossia da atti di disposizione patrimoniale accessori al contratto di fondazione con i quali i fondatori attribuiscono alla fondazione i mezzi necessari per il perseguimento dello scopo [107].

---

[104] Corte dei Conti Lombardia, Del. 19 settembre 2017, n. 250, in *studiolegale.leggiditalia.it.*

[105] Ord. Trib. Belluno 15 febbraio 2018, in *Rep. Foro it.,* 2018, *Persona giuridica*, n. 15, in *Nuova giur. civ*., 2018, 1039, in *Corr. giur*. 2019, 215. Per il Tribunale di Belluno, la fondazione di partecipazione è un modello di organizzazione sociale atipico che racchiude i caratteri propri della fondazione e dell'associazione; ad essa si applicano per analogia le norme in materia di fondazione e di associazione, purché compatibili, avendosi particolare riguardo alle clausole statutarie; la struttura aperta della fondazione di partecipazione legittima pertanto il fondatore a recedervi *ex* art. 24, comma 2, cod. civ., fermo l'obbligo di adempiere alle obbligazioni certe ed esigibili al tempo del recesso ed esclusa la ripetizione dei versamenti effettuati; non è abusivo il recesso dell'ente pubblico fondatore per ragioni di contenimento della spesa pubblica.

[106] Sul piano della sua costituzione, la fondazione, così come disciplinata dal codice civile, può essere disposta ai sensi dell'art. 14 cod. civ. solo con atto unilaterale avente forma di atto pubblico (*inter vivos*). Inoltre, l'atto costitutivo della fondazione – e solo esso – può essere revocato nelle more del procedimento di riconoscimento ovvero nell'ipotesi in cui l'attività non sia stata ancora esercitata (art. 15 cod. civ.). Nelle ipotesi di fondazioni partecipate, non vi è ragione per non ritenere che in tal caso si sia di fronte ad un contratto di fondazione, come nel caso dell'associazione. Sul punto, vd. G. ZANCHI, *Interpretazione e ruolo*, cit., 503-504. La gran parte degli statuti delle fondazioni di partecipazione prevedono, oltre ai fondatori (soggetti pubblici o privati che hanno avviato, partecipato o contribuito a realizzare il progetto della fondazione) i quali si impegnano a costituire un fondo di dotazione, anche i "partecipanti sostenitori" (persone fisiche, singole o associate, o giuridiche, pubbliche o private, e gli enti) che, condividendo le finalità della fondazione, contribuiscono alla sopravvivenza della medesima ed alla realizzazione dei suoi scopi mediante contributi in denaro, annuali o pluriennali, che confluiscono nel fondo di gestione con le modalità ed in misura non inferiore a quella stabilita. Si avrebbe pertanto una partecipazione attiva alla gestione dell'ente sia da parte dei fondatori, che dei partecipanti, e l'organizzazione risulterebbe strutturata proprio per consentire tale partecipazione, così: M. MALTONI, *La fondazione di partecipazione*, cit., 25 ss.

[107] In particolare gli atti di dotazione, ossia gli atti di destinazione di beni allo scopo della fondazione, sono diretti a costituire un patrimonio sufficiente alla realizzazione dello scopo. La sufficienza del patrimonio, da valutarsi in termini di adeguatezza dei beni



In particolare, il patrimonio delle fondazioni in esame si compone di una parte originaria, costituita per effetto degli atti di dotazione e in modo non dissimile alla costituzione del patrimonio della fondazione "tradizionale", e una parte successiva, costituita da veri e propri contributi di chi, avvalendosi della clausola di apertura del contratto di fondazione di partecipazione, aderisce alla fondazione impegnandosi a contributi di denaro, annuali o pluriennali, che confluiscono in un fondo di gestione.

I partecipanti sostenitori, contribuiscono periodicamente alla costituzione e al successivo accrescimento del fondo di gestione impiegato per il funzionamento dell'ente e per finanziare ogni iniziativa necessaria per la realizzazione dei suoi scopi.

Alla luce di quanto descritto, posto che l'adeguatezza e la sufficienza patrimoniale rileva come condizione ai fini dell'acquisto della personalità giuridica (ai sensi dell'art. 1, comma 3, d.P.R. n. 361/2000), occorre ritenere che, nell'ipotesi di fondazione partecipata, l'adeguatezza patrimoniale non viene solo valutata al momento della sua costituzione, ma anche tenendo conto delle successive partecipazioni, posto che la formazione del patrimonio è aperta ad incrementi per effetto di adesioni successive da parte di soggetti ulteriori rispetto ai fondatori [108].

**12.** – Al progressivo abbandono del concetto di fondazione quale ente di mera erogazione (*grantmaking foundation*), si è giunti, trent'anni fa, a disciplinare le fondazioni bancarie [109] e vent'anni fa a disciplinare le fondazioni universitarie [110] e le fondazioni lirico-sinfoniche [111].

Ebbene, in modo non dissimile dalle citate tipologie di fondazioni (caratterizzate dalla presenza di organi distinti: organi di amministrazione, di indirizzo e di controllo) [112], le fondazioni di partecipazione sono contraddistinte anch'esse da forme di partecipazione e controllo mutuate dalla disciplina delle associazioni, al fine di garantire una partecipazione attiva dei soggetti pubblici e privati, diretta al perseguimento di finalità statutarie non limitate alla sola erogazione di somme di denaro.

---

per la realizzazione dello scopo dell'ente, rileva ai fini del riconoscimento della persona giuridica. La fondazione, infatti, deve godere di "sufficienza" patrimoniale necessaria per il soddisfacimento dello scopo (tale è la condizione essenziale per l'acquisto della personalità giuridica *ex* art. 1, comma 3, d.P.R. n. 361/2000). In assenza di un patrimonio sufficiente, non potrà procedersi ad alcuna iscrizione e, dunque, alla costituzione della persona giuridica.

[108] Ebbene, proprio a fronte della necessità di un patrimonio sufficiente e adeguato, la fondazione partecipata costituisce uno strumento di "formazione progressiva del patrimonio". Il patrimonio, pur mantenendo la sua centralità nella caratterizzazione del tipo, può essere anche "a formazione progressiva" in modo tale che la dotazione iniziale possa aumentare per effetto di adesioni successive. La prassi ha proposto la distinzione tra fondo di dotazione, che sarebbe "non spendibile", che è costituito dai conferimenti in denaro o di beni mobili o immobili effettuati da fondatori promotori, e fondo di gestione, che sarebbe costituito dalle rendite e dai proventi dell'attività istituzionale e che è adoperato per il funzionamento dell'ente. In questi termini, si nota che l'apertura soggettiva di tali fondazioni ha anche un risvolto patrimoniale che permette non solo il perseguimento dello scopo dell'ente ma anche una maggiore garanzia patrimoniale per i terzi. La fondazione non potrebbe infatti perseguire lo scopo in mancanza dei mezzi necessari, né potrebbe sopravvivere astenendosi dal costituire rapporti giuridici, a fronte dei quali deve sussistere una garanzia patrimoniale, ancorché i singoli partecipanti alla fondazione non rispondano solidalmente e illimitatamente alle obbligazioni contratte dall'ente.

[109] Sul vd. F. GRANDE STEVENS, voce *Fondazioni bancarie*, in *Enc. dir.*, Annali I, Milano, 2007, p.608.

[110] La disciplina è contenuta nella l. 23 dicembre 2000, n. 388.

[111] Con il d.lgs. 29 giugno 1996 n. 367 è stato disposto l'avvio alla trasformazione degli Enti Lirici in Fondazioni di diritto privato, mentre l'art. 1 del d.l. 24 novembre 2000, n. 345 (convertito in l. 26 gennaio 2001, n.6) ne ha stabilito la trasformazione a decorrere dal 23 maggio 1998. Prosegue con il d.l. 30 aprile 2010, n. 64 coordinato con la l. di conversione 29 giugno 2010, n. 100 ed in vigore dal 1° luglio 2010 la rivisitazione dell'assetto delle Fondazioni.

[112] La fondazione bancaria – essendo una *operating foundation* – ha una *governance* piuttosto strutturata e simile al modello dualistico (artt. 2409-*octies* ss. cod. civ.) delle società commerciali dove è previsto un Consiglio di sorveglianza e un Consiglio di gestione.



Il recente Codice del Terzo settore (d.lgs. 3 luglio 2017, n. 117) ha disciplinato le competenze dell'assemblea e dell'organo di amministrazione nelle fondazioni.

Il nuovo codice, pur mostrando una certa timidezza nell'utilizzo del termine "fondazione di partecipazione", ha apertamente disciplinato il fenomeno delle fondazioni partecipate da più soggetti: fondatori, partecipanti e volontari. In presenza della molteplicità di partecipanti, lo statuto può prevedere e disciplinare le funzioni dell'organo assembleare il quale può esercitare gli specifici poteri attribuiti dallo statuto all'assemblea secondo le composizioni previste (a seconda che l'assemblea sia formata dai soli partecipanti sostenitori o dai fondatori) e secondo determinati *quorum*.

L'art. 24, comma 4, del codice del terzo settore, però, prevede che le disposizioni relative all'assemblea trovino applicazione nel solo caso in cui «lo statuto preveda la costituzione di un organo assembleare o di indirizzo, comunque denominato, in quanto compatibili ed ove non derogate dallo statuto». La norma chiarisce che l'organo assembleare, a differenza dell'organo amministrativo, è soltanto eventuale nelle fondazioni.

Ancora, l'art. 25 del Codice del Terzo settore disciplina le "competenze inderogabili dell'assemblea", attribuendo alla stessa i poteri di nomina e revoca degli organi sociali, di promuovere l'azione di responsabilità nei confronti degli organi sociali; approvazione del bilancio; delibera sull'esclusione degli associati (se l'atto costitutivo o lo statuto non attribuiscono la relativa competenza ad altri organi da essa nominati).

Si ritiene, inoltre, che se da un lato l'assemblea può deliberare lo scioglimento e la trasformazione della fondazione; dall'altro lato, è attribuito un limitato potere di modificazione dell'atto costitutivo o dello statuto.

Infatti, anche alla luce dell'ultimo comma dell'art. 25 del codice del Terzo Settore che dispone che all'organo assembleare delle fondazioni possono essere attribuiti i summenzionati poteri «nei limiti in cui ciò sia compatibile con la natura dell'ente quale fondazione e nel rispetto della volontà del fondatore». Sicché, deve ritenersi che all'assemblea non è attribuito il potere di modificare lo scopo dell'ente in quanto risulterebbe leso il principio di stabilità e definitività della destinazione patrimoniale dell'ente [113].

In particolare, il codice del terzo settore, facendo salva «la natura dell'ente quale fondazione», non sottrae la disciplina dell'ente dal disegno del legislatore del 1942 che lo concepiva come un patrimonio destinato dalla volontà del fondatore (o dei fondatori) al perseguimento di uno scopo di pubblica utilità.

In questi termini, va sostenuto che l'autonomia statutaria, anche nel suo massimo grado di elasticità, non potrebbe mai cozzare con la tipicità dell'ente fondazionale che non contempla la dominanza dei propri organi fino a renderli arbitri dello scopo dell'ente così come non sarebbe nemmeno ammissibile che i fondatori, o un determinato fondatore, si riservino il diritto di disporre del patrimonio o dei risultati [114].

In questi termini, nonostante per la fondazione di partecipazione sussistano elementi tipici delle associazioni (*mischformen*), la dottrina prevalente esclude che si possano travalicare quei limiti che definiscono la

---

[113] Vd. G. IORIO, *Le fondazioni*, in *Il diritto privato oggi*, a cura di P. CENDON, Milano, 1997, 212 ss., secondo cui, ricorrendo tale ipotesi si potrebbe, al più, propendere per la riqualificazione del fenomeno in chiave associativa.

[114] Per tali ragioni, A. ZOPPINI, *Le fondazioni Dalla tipicità alle tipologia*, Napoli, 1995, 111: «ritengo, dunque, di dover concludere per l'impossibilità d'identificare forme miste tra associazione e fondazione: *tertium non datur*, salvo attribuire al sintagma una valenza puramente sociologica e descrittiva, come tale giuridicamente irrilevante» (ribadendo quanto anticipato in *Quattro tesi per una rilettura delle norme sulle fondazioni*, in *Gli enti "non profit" in Italia*, a cura di PONZANELLI, Padova, 1994, 61 ss.); in epoca successiva tra gli autori contrari v. B.N. ROMANO, *Le fondazioni nell'evoluzione del diritto privato*, in *Fondazioni*, a cura di PALMA, FORTE, cit., 208-209. Nel passato Cons. Stato, 22 novembre 1995, n. 2898/95, in *Cons. Stato*, 1997, I, 1156 ha detto che «ha carattere di associazione, e non di fondazione, l'istituzione che, pur avendo un patrimonio sufficiente al perseguimento dei fini istituzionali, sia costituita da varie categorie di soci e da un'assemblea sociale competente ad adottare i principali atti di indirizzo finanziario, con scissione fra base sociale ed amministrazione e con funzione dominante dell'elemento personalistico».



natura dell'ente fondazionale [115]. Benché la fondazione di partecipazione si caratterizzi, come si è detto, per la struttura aperta del patrimonio di destinazione, potendo successivamente aderire, secondo regole fissate in sede di statuto, enti pubblici e soggetti privati apportando beni, denaro, servizi e lavoro, si ritiene che la disciplina applicabile sia comunque quella della fondazione e non quella dell'associazione. Con la conseguenza che lo scopo fissato al momento della costituzione dell'ente deve considerarsi immutabile.

Se, diversamente, l'ente prevede la presenza di organi collegiali (assemblee, consigli generali, comitati esecutivi, ecc.) dotati del potere di mutare anche soltanto in parte lo scopo della fondazione, si ricadrebbe inevitabilmente nell'ambito del fenomeno associativo.

Va, infatti, osservato che il modello dell'associazione è sufficientemente ampio da comprendere agevolmente ogni ipotesi in cui più persone gestiscono insieme un patrimonio per il perseguimento di un fine non lucrativo conservando la possibilità di modificare in tutto o in parte l'impegno originariamente assunto.

**13. –** In relazione all'esercizio dell'autonomia privata che si esplica tra gli argini segnati dallo *ius cogens* che caratterizza la disciplina delle fondazioni (c.d. *Idealtyplus* [116]), va osservato che sussiste una evidente particolarità delle fondazioni partecipate: esse si costituiscono in virtù di un contratto aperto a successive adesioni.

La presenza di una clausola che permetta l'adesione di soggetti terzi al contratto originariamente stipulato tra le parti (fondatori) induce a qualificare lo stesso come contratto plurilaterale. In dottrina è comune la convinzione che ad avere carattere aperto (come dice la Relazione Ministeriale al codice n. 611: "contratti aperti all'adesione di altri") è solo il contratto plurilaterale con comunione di scopo [117].

In particolare, il contratto di fondazione di partecipazione è caratterizzato, sotto il profilo causale, da uno scopo comune, definito al momento della sottoscrizione dell'atto costitutivo (negozio di organizzazione) da parte dei soci fondatori e immodificabile nel tempo (neppure da parte degli stessi fondatori), e dalla possibilità di future adesioni da parte di soggetti terzi (i quali possono essere sia soggetti pubblici che privati) che, nel condividere le finalità della fondazione, vi partecipano apportando beni mobili, immobili, denaro, oppure servizi. L'atto costitutivo di una fondazione di partecipazione si caratterizza per essere, a differenza dell'atto unilaterale della fondazione "tradizionale", un contratto aperto destinato a rimanere immutato nel contenuto nonostante le future adesioni [118].

Non sono peraltro mancate voci contrarie, secondo cui si tratterebbe di un atto unilaterale a parte soggettivamente complessa [119].

---

[115] Così M. MALTONI, *op. cit*., 25.

[116] Così A. ZOPPINI, *Le fondazioni*, cit., 105.

[117] E. CESÀRO, *Contratto aperto e adesione del terzo*, Napoli, 1979, 35. In questo senso era anche il suggerimento dei codificatori: nella relazione al codice (n. 611) si specifica che tra i contraenti originari e il terzo aderente vi è comunanza di interesse.

[118] La clausola di apertura, *ex* art. 1332 cod. civ., può presentare sia un contenuto sostanziale relativo al "se" dell'adesione, cioè i requisiti richiesti al terzo per entrare nel contratto. Ne fanno menzione le regole delle corporazioni agli artt. 16; 2521, comma 3, n. 6; 2603, comma 2, n. 5, cod. civ. parlando di "condizioni di ammissione". La clausola di apertura può avere solo tale contenuto. Ad esempio, la clausola di apertura inserita nell'atto costitutivo di società cooperativa può prevedere i requisiti soggettivi di ammissione e nulla dire sulle regole procedimentali, con conseguente applicabilità piena dell'art. 2598 cod. civ. Il contenuto procedimentale della clausola d'adesione riguarda invece il "come" dell'adesione, ossia le regole secondo cui s'articola il procedimento di adesione. Di ciò ne parla espressamente l'art. 1332 cod. civ., affermando che i contraenti possono "determinare le modalità dell'adesione".

[119] R. VIGLIONE, *Se siano ammissibili nel nostro ordinamento fondazioni a struttura associativa*, in *Studium iuris*, 2003, 1362; F.



Tale interpretazione, ad avviso di chi scrive, non poggerebbe su basi ben solide, perché sostenere che la fondazione di partecipazione possa essere costituita con atto unilaterale finirebbe per ammettere che la clausola di adesione *ex* art. 1332 cod. civ. possa essere inserita anche negli atti unilaterali.

Se è vero, infatti, che l'eventuale applicabilità della clausola *ex* art. 1332 cod. civ. possa essere mediata dall'art. 1324 cod. civ., è vero anche che non si rinvengono nel nostro ordinamento ipotesi di costituzione unilaterale di enti con successiva adesione di soggetti terzi. L'atto unilaterale non ammette, infatti, successive adesioni.

Tale ultimo assunto trova affermazione anche in tema di società che si costituiscono con atto unilaterale. Se da un lato, infatti, il rapporto contrattuale tra soci può instaurarsi nel corso della vita societaria; dall'altro lato, va osservato che la successiva costituzione della pluralità dei soci non può essere inquadrata nei termini dell'adesione del terzo *ex* art. 1332 cod. civ. e bisogna constatare che il rapporto contrattuale tra i soci scaturisce da un atto causalmente differente, come la vendita o la cessione ad altro titolo o l'aggiudicazione o assegnazione forzata o la divisione ereditaria di una partecipazione, o la sottoscrizione da parte di un terzo dell'aumento di capitale deliberato dall'unico socio [120].

In conclusione, uno degli aspetti principali del contratto di fondazione di partecipazione è proprio l'esistenza di una clausola di apertura a nuove adesioni (art. 1332 cod. civ.). L'apertura del contratto può permettere l'ingresso di partecipanti che conferiscono denaro, beni o servizi per l'esercizio di una comune attività di pubblica utilità.

Ebbene, non può essere discusso che un negozio contenente una clausola di apertura debba ritenersi un negozio plurilaterale, perché è solo il contratto plurilaterale che è funzionalmente esteso all'adesione altrui [121].

Peraltro, se da un lato alcuni autori ammettono l'applicabilità dell'art. 1332 cod. civ. ai contratti di scambio [122], dall'altro lato, sembra che nessuno mai abbia ammesso che un atto unilaterale possa contenere una clausola di apertura a successive adesioni [123].

In considerazione della natura aperta del negozio di fondazione di partecipazione, ovvero della possibilità di soggetti terzi "aventi uguale interesse" [124], deve ammettersi la sua natura di contratto plurilaterale, posto che tra i fondatori (contraenti originari) e terzi aderenti sussista una comunanza di interessi.

Come per i contratti associativi, si tratterebbe di un contratto aperto che resta immutato nel contenuto nonostante le future adesioni.

In quanto tale, il contratto è caratterizzato dalla variabilità delle parti sia in aumento, permettendo l'ingresso di nuovi partecipanti, che in diminuzione, ammettendo il recesso o l'esclusione dei partecipanti senza

---

SUCCI, *Profili operativi della fondazione di partecipazione quale istituto idoneo alla gestione di servizi culturali alla luce della vigente situazione socio– economica*, in *Not.*, 2014, 628.

[120] Va infatti respinta quella tesi che ammette l'apertura "in senso ampio", laddove intenderebbe le attività di aumento di capitale o cessione di partecipazioni come manifestazione di adesione del terzo, sul punto A. GNANI, *L'adesione del terzo al contratto*, in *Il codice civile. Commentario Schlesinger*, diretto da F.D. BUSNELLI, Milano, 2014, 55.

[121] E. CESÀRO, *Contratto aperto,* cit., 35-36.

[122] Cfr. F. GAZZONI, *Manuale di diritto privato*, Napoli, 2021, 857, per il quale l'art. 1332 cod. civ. si applica ai contratti di scambio. Anche rispetto ai contratti bilaterali si è posto il problema dell'apertura di terzi al contratto. L'attenzione ha riguardato la cessione dei beni ai creditori che può nascere da un contratto aperto, acconsentendo debitore e creditore a nuove adesioni, ma può nascere anche da un contratto chiuso, avendo pattuito creditori e debitori che altri creditori non debbono aggiungersi al contratto.

[123] R. SCOGNAMIGLIO, *Dei contratti in generale*, in *Comm. del cod. civ.*, diretto da SCIALOJA-BRANCA, Libro IV, *Delle obbligazioni* (artt. 1321-1352), Bologna-Roma, 1976, 159 sembra ammettere l'applicabilità dell'art. 1332 ai contratti con parte soggettivamente complessa, ma non agli atti unilaterali.

[124] Così la Relazione al codice civile (n. 611).



che il contratto costitutivo della fondazione subisca mutazioni contenutistiche. Sicché, dopo l'adesione di ulteriori partecipanti, il contratto rimarrà immutato dal punto di vista oggettivo e semplicemente variato in aumento da un punto di vista soggettivo [125].

Oltre che essere aperto, il contratto di fondazione di partecipazione è – per di più – un contratto a comunione di scopo, laddove i fondatori e i successivi partecipanti uniscono insieme le proprie ricchezze e associano le proprie prestazioni per il raggiungimento di un medesimo scopo non lucrativo. Ogni contraente troverà soddisfazione dal risultato utile ottenuto attraverso l'attività esercitata per mezzo delle ricchezze e prestazioni accomunate.

Così qualificando il contratto plurilaterale della fondazione di partecipazione, la sua funzione – diversamente dalle esaminate fondazioni di erogazione – non si esaurisce con l'esecuzione delle obbligazioni, dotazioni e contributi, dei fondatori, che costituiscono solo la premessa per un'attività ulteriore che si sostanzia nella finalità del contratto e nello scopo dell'ente.

È ovvio, come si è detto, che l'interesse dei partecipanti – differentemente dalle società (funzionali ad un lucro soggettivo dei soci) – non ha natura patrimoniale, ma solo ideale ed esso non si realizza per effetto della prestazione, ma presuppone un ulteriore elemento, e precisamente lo svolgimento di un'attività in comune che, attraverso la prestazione delle parti, viene ad essere consentita [126]. In questo tipo di contratto, la soddisfazione dell'interesse (non patrimoniale) dipende dallo svolgimento in comune di un'attività.

In quest'ottica, il contratto di fondazione di partecipazione assume la natura di negozio di organizzazione, la cui esecuzione implica lo svolgimento, in forma organizzata, di un'attività, le modalità della quale sono determinate dai fondatori.

Nelle fondazioni di partecipazione, infatti, il rapporto tra l'elemento patrimoniale e l'elemento organizzativo si atteggia in modo differente rispetto alle fondazioni tradizionali. In queste ultime, il patrimonio assume un rilievo preponderante rispetto alla organizzazione, soprattutto se la fondazione si riduca ad un'attività di mera erogazione – di premi, borse di studio o, comunque, rendite del patrimonio – a favore dei destinatari finali [127].

Diversamente, nelle fondazioni di partecipazione, l'elemento organizzativo resta centrale. In tale ipotesi, il patrimonio assolve la funzione strumentale di consentire il funzionamento di una complessa organizzazione, l'attività della quale realizzerà lo scopo perseguito dai fondatori. Infatti, come si è notato, gli atti di disposizione patrimoniale dei diversi fondatori sono solo mediatamente diretti a realizzare lo scopo, perseguito in via diretta dall'organizzazione.

Che il contratto plurilaterale della fondazione di partecipazione sia un contratto con comunione di scopo e, in particolare, un contratto di organizzazione trova conferma negli effetti dallo stesso prodotti: la realizzazione di una fondazione-organizzazione. In particolare, il contratto disciplina una stabile organizzazione di persone e di attività, unitariamente collegata all'organizzazione di beni, che resta comunque elemento indefettibile di ogni fondazione.

Questa organizzazione di persone e attività ne costituisce l'elemento caratterizzante sul piano fattuale. Il

---

[125] E. Cesàro, *op. cit.*, 35: «l'adesione del terzo nel contratto plurilaterale non incide minimamente "sul regolamento oggettivo" del contratto». Per quest'ultimo A., il contratto plurilaterale nasce funzionalmente per essere esteso ad altri: l'adesione successiva non incide sul regolamento oggettivo.

[126] Così G. Ferri, *Contratto plurilaterale*, in *Nov. dig. it.*, Torino, 1959, 680.

[127] La fondazione per l'assegnazione di premi o di borse di studio si suddivide in due sottotipi di fondazioni in cui è costituita nel negozio di fondazione, o altrimenti, una commissione che attribuisce i premi (c.d. fondazione per premi decidente), oppure fondazioni che attribuiscono ad altri enti criteri e poteri di assegnazione (c.d. fondazione per premi erogante).



patrimonio è reso dinamico da tale attività che è determinante sul piano della struttura e dell'operatività dell'ente e il cui statuto si preoccupa di disciplinarla.

**14. –** Come per tutti i contratti plurilaterali con comunione di scopo, anche il contratto della fondazione di partecipazione è sottoposto alla disciplina che il codice civile riserva ai contratti associativi [128].

Anche per le fondazioni di partecipazione, assume quindi rilevanza la particolare struttura contrattuale tipica dei contratti associativi, che renderebbe in astratto non essenziali le singole partecipazioni, atteso che, se nonostante il venir meno di una prestazione, le altre sono sufficienti a consentire lo svolgimento in comune dell'attività, la mancata prestazione non influisce sulla realizzabilità dell'interesse delle altre e quindi consente al contratto (e all'ente) di conservare la propria efficienza (a tale logica si ispirano le disposizioni di seguito citate).

Ebbene, anche il contratto di fondazione di partecipazione si sottopone alle medesime regole previste in tema di contratti plurilaterali.

In particolare, è noto che il codice civile, pur non offrendo una disciplina organica per i contratti plurilaterali, ha riservato ad essi la disciplina di alcuni profili patologici genetici o funzionali (in tema di nullità: art. 1420 cod. civ.; in tema di annullabilità: art. 1446 cod. civ.; in tema di risoluzione per inadempimento: art. 1459 cod. civ.; in tema di risoluzione per impossibilità sopravvenuta della prestazione: art. 1466 cod. civ.) in conformità del principio di «conservazione del contratto».

È vero anche che particolari problematiche sussistono in tema di fondazione che, essendo disciplinata come persona giuridica, pone problemi di invalidità o vizi negoziali che rileverebbero in epoca successiva al riconoscimento.

Se da un lato non può dubitarsi che l'invalidità o, comunque, le patologie del contratto di fondazione di

---

[128] Prima del codice civile del 1942, non si aveva una compiuta definizione di contratto plurilaterale, né tantomeno di "comunanza di scopo". Perlomeno in Italia, ad Ascarelli deve essere attribuito il merito di aver dimostrato la piena compatibilità della nozione di contratto alla struttura plurilaterale. Egli individuò nella comunione di scopo l'essenza del contratto plurilaterale, unitamente a quella della «possibile partecipazione di più parti». T. ASCARELLI, *Il contratto plurilaterale*, in *Saggi giudici*, Milano, 1949; ora *in Studi in tema di contratti*, Milano, 1952, 108. Sul tema dei contratti plurilaterali: T. ASCARELLI, *La liceità dei sindacati azionari*, in *Riv. dir. comm*., 1931, II, 258 ss.; ID., *Contratto plurilaterale e negozio plurilaterale*, in *F. lomb*., 1932, 439 ss.; ID., *Appunti di diritto commerciale*, Roma, 1933, spec. 145; ID., *Note preliminari sulle intese industriali*, in *R. it. sc. giur.*, 1933, 106 ss.; ID., *Le unioni di imprese*, in *Riv. dir. comm*., 1935, II, 152 ss., spec. 178 ss.; ID., *I consorzi volontari tra imprenditori*, Milano, 1937, spec. 37; ID., *Il contratto plurilaterale*, in Id., *Saggi giuridici*, Milano, 1949, 259 ss.; ora anche in ID., *Studi in tema di contratti*, Milano, 1952, 97 ss. (da cui le successive citazioni); ID., *Contratto plurilaterale e totalizzatore*, in *Riv. dir. comm*., 1949, I, 169 ss.; ora anche in ID., *Studi in tema di contratti*, cit., 169 ss.; ID., *Notarelle critiche in tema contratti plurilaterali*, in *Riv. dir. comm*., 1950, I, 265 ss.; ora anche in ID., *Studi in tema di contratti*, cit., 157 ss.; ID., *Occhio ai concetti*, in *Riv. dir. comm*., 1951, I, 71 ss.; ora anche in ID., *Studi in tema di contratti*, cit., 175 ss.; ID., *Contratto plurilaterale; comunione di interessi; società di due soci; morte di un socio in una società personale di due soci*, in *Riv. trim. dir. proc. civ*., 1953, 727 ss.; ID., *Teoria della concorrenza e dei beni materiali*, Milano 1960, spec. 86 ss.; V. SALANDRA, *Il contratto plurilaterale e la società di due soci*, in *R. trim. d. proc. civ*., 1949, 836 ss.; F. CARNELUTTI, *Occhio ai concetti!*, in *Riv. dir. comm*., 1950, I, 450 ss.; G. FERRI, *La società di due soci*, in *Riv. trim. dir. proc. civ.*, 1952, 609 ss.; ID., voce *Contratto plurilaterale*, in *Nov. dig. it.,* IV, Torino, 1959, 678 ss.; F. CARRESI, *Gli atti plurisoggettivi*, in *Riv. trim. dir. proc. civ*., 1957, 1241 ss.; F. MESSINEO, *Il negozio giuridico plurilaterale*, Milano 1927; ID., voce *Contratto plurilaterale*, in *Enc. dir.,* X, Milano, 1962, 140 ss.; ID., *Il contratto in genere*, 2, in *Tratt. Cicu-Messineo*, XXI, 1, Milano, 1973, 589 ss.; A. CARLO, *Il contratto plurilaterale associativo*, Napoli 1967; A. BELVEDERE, *La categoria contrattuale di cui agli artt. 1420, 1446, 1459, 1466 cod. civ.*, in *Riv. trim. dir. proc. civ*., 1971, 660 ss.; ID., voce *Contratto plurilaterale*, in *Dig. disc. priv. – sez. civ*., IV, Torino 1989, 270 ss.; B. INZITARI, *Riflessioni sul contratto plurilaterale*, in *Riv. trim. dir. proc. civ*., 1973, 476 ss.; F. GALGANO, *Il negozio giuridico*, in *Tratt. Cicu-Messineo-Mengoni*, III, 1, Milano, 1988, 169 ss. e 465 ss.; G. VILLA, *Inadempimento e contratto plurilaterale*, Milano, 1999; V. BARBA, *Appunti per uno studio sui contratti plurilaterali di scambio*, in *Riv. dir. civ*., 2010, 531 ss.



partecipazione possano comunque determinare anche la revoca del riconoscimento e, quindi, l'estinzione dell'ente; dall'altro lato, occorre tenere ben distinti i profili negoziali e le vicende dell'ente.

Difatti, l'atto costitutivo della fondazione di partecipazione, in quanto atto plurilaterale con comunione di scopo, ben può presentare cause di invalidità e profili patologici così come tutti i contratti.

La questione, soprattutto quella della risoluzione del contratto, induce a trarre qualche considerazione sulla causa dei contratti con comunione di scopo. Non vi è dubbio, infatti, che proprio al cospetto del rimedio risolutorio è possibile "misurare" la causa di tali contratti [129]. La disciplina della risoluzione del contratto plurilaterale permette di ricercare la specifica "giustificazione" causale che si vuol attribuire al contributo del partecipante.

Non può, sotto quest'ultimo aspetto, essere sottaciuto che la dottrina ravvisa nel contratto a comunione di scopo opera un particolare "*sinallagma*" in cui rileva una particolare interdipendenza di interessi, la realizzazione dei quali è mediata dall'attività di organizzazione comune [130]. Il che sposta il discorso su un piano deci-

---

[129] Sotto questo aspetto va rilevato che non è un caso che il Guardasigilli abbia trattato il sinallagma proprio in tema di risoluzione. Così si legge nella Relazione del Guardasigilli (n. 660): «la risoluzione può verificarsi esclusivamente rispetto ai contratti con prestazioni corrispettive, e cioè non soltanto rispetto ai contratti che implicano complicazioni per entrambe le parti, secondo la definizione dell'art. 1099 cod. civ. del 1865, ma rispetto ad ogni contratto che abbia per oggetto attribuzioni patrimoniali reciproche in situazione di sinallagma, ossia in ogni caso in cui l'attribuzione procurata o promessa da una parte è scopo dell'attribuzione procurata o promessa all'altra. Qualunque anomalia che alteri questo rapporto di interdipendenza, può ripecuotersi sulla vita del contratto, se impedisce che questo realizzi il bisogno per la cui soddisfazione era stato concluso. Anomalie influenti sul sinallagma sono l'inadempienza di una delle parti e l'impossibilità o l'eccessiva onerosità della prestazione dovuta da una di esse». Ebbene, la Relazione fa riferimento ai contratti sinallagmatici in cui si avverte l'esigenza di apprestare rimedio ogniqualvolta venga meno il rapporto funzionale tra le reciproche attribuzioni e, dunque, considerato il rimedio risolutorio (o manutentivo) come destinato a far fronte a disfunzioni dello scambio.

[130] Avvertono, nei contratti plurilaterali con comunione di scopo, un particolare "sinallagma": S. MAIORCA, voce «*Contratto plurilaterale*», cit., 20; A. BELVEDERE, *Contratto plurilaterale*, in *Digesto*, cit., 274. A tal riguardo, si sostiene che in tali contratti la prestazione di ciascuna parte non viene scambiata con quella delle altre, ma tutte insieme concorrono alla realizzazione dello scopo comune, cosicché l'interesse di ognuno si realizza attraverso l'attività o l'organizzazione che persegue lo scopo comune (Cfr. F. DI SABATO, *Le società in generale, società di persone*, Napoli, 2004 82-83). Che nella comunanza di scopo si ravvisi un sinallagma è un'osservazione costante della dottrina del diritto commerciale che non esclude che il contratto di società sia da considerarsi come contratto a prestazioni corrispettive (A. GRAZIANI, *Diritto delle Società*, Napoli, 1963, 35). È controverso però in che cosa sia ravvisabile la corrispettività. La dottrina prevalente nega che possa esistere un rapporto sinallagmatico tra le prestazioni dei singoli soci, che costituiscono semplicemente un mezzo per il conseguimento dello scopo comune. La corrispettività è stata invece individuata ora tra conferimento e conseguimento dello scopo comune (V. BUONOCORE, *Le situazioni giuridiche soggettive dell'azionista*, Napoli 1960, 38 ss.); ora tra conferimento ed acquisizione dello *status* di socio (F. DI SABATO, *op. cit*., 82 ss.) ora tra conferimento e partecipazione sociale; ora tra conferimento e partecipazione ai risultati dell'attività comune (G. AULETTA, *Il contratto di società commerciale*, cit., 53). A fronte delle diverse teorie, occorre fare proprio riferimento alla disciplina della risoluzione del contratto plurilaterale per ricercare la specifica "giustificazione" causale che si vuol attribuire al conferimento. Non può, sotto quest'ultimo aspetto, essere sottaciuto che nel contratto a comunione di scopo opera un particolare sinallagma in cui rileva una particolare interdipendenza di interessi, la realizzazione dei quali è mediata dall'attività di organizzazione comune. Il che sposta il discorso su un piano decisamente oggettivo: dire che il contratto non si scioglie se non quando la prestazione che viene a mancare è essenziale per il raggiungimento dello scopo comune, significa far dipendere lo scioglimento dal venir meno di un equilibrio contrattuale che è oggettivamente apprezzabile con riferimento primario allo scopo comune, mentre gli interessi delle parti sono relegati sullo sfondo. In particolare, per i contratti plurilaterali, rileva una subordinazione dell'interesse individuale al programmato equilibrio economico del contratto allo scopo comune. Proprio in tema di risoluzione dei contratti plurilaterali, la comunanza di scopo assume caratteri peculiari. La comunanza di scopo indica la modalità in virtù della quale l'interesse individuale di ciascun partecipante può essere soddisfatto all'interno di una struttura contrattuale comune. Diverso è quanto si ravvisa nei contratti di scambio: l'interesse è direttamente soddisfatto mediante il ricevimento della prestazione contrattualmente dedotta (G. AULETTA, *La comunanza di scopo e la causa nel contratto di società*, in *Riv. dir. civ.*, 1937, 1 ss.). In altri termini, quando sussiste una comunanza di scopo, il bisogno individuale di un contraente consegue indirettamente, ossia in virtù del fatto che quella prestazione contribuisce causalmente a perseguire lo scopo comune. Aver disciplinato che l'inadempimento o l'impossibilità sopravvenuta della prestazione di una delle parti non importa la risoluzione del



samente oggettivo: dire che il contratto non si scioglie se non quando la prestazione che viene a mancare è essenziale per il raggiungimento dello scopo comune, significa far dipendere lo scioglimento dal venir meno di un equilibrio contrattuale che è oggettivamente apprezzabile solo con riferimento primario allo scopo comune, mentre gli interessi delle parti sono relegati sullo sfondo.

In particolare, per i contratti plurilaterali, rileva una subordinazione dell'interesse individuale al programmato equilibrio economico del contratto allo scopo comune.

Proprio in tema di risoluzione dei contratti plurilaterali, la comunanza di scopo assume caratteri peculiari. La comunanza di scopo indica la modalità in virtù della quale l'interesse individuale di ciascun partecipante può essere soddisfatto all'interno di una struttura contrattuale comune.

In questi termini, va rilevato che la comunanza di scopo che colora la causa del contratto non è diretta solo a soddisfare interessi economici dei partecipanti, come nella società, ma anche interessi non economici e semplicemente ideali, come avviene per il contratto di fondazione di partecipazione e per il contratto associativo.

In altri termini, quando sussiste una comunanza di scopo, il bisogno individuale di un contraente consegue indirettamente, ossia in virtù del fatto che la propria opera o il proprio sacrificio patrimoniale contribuisce causalmente a perseguire lo scopo comune [131].

Aver disciplinato che l'inadempimento o l'impossibilità sopravvenuta della prestazione di una delle parti non importa la risoluzione del contratto rispetto alle altre, salvo che la prestazione mancata debba considerarsi essenziale, manifesta il peso che il legislatore ha voluto attribuire alla "comunione di scopo": l'interesse

---

contratto rispetto alle altre, salvo che la prestazione mancata debba considerarsi essenziale, manifesta che il legislatore ha attribuito alla "comunione di scopo", il significato che l'interesse di una parte non può realizzarsi senza che siano parimenti soddisfatti anche l'interesse degli altri partecipanti in quanto tutte le partecipazioni sono dirette ad un unico di scopo, nel senso che realizzano l'interesse comune programmato. In questa prospettiva, lo scopo comune si pone come strumento di misura, alternativo allo scambio sinallagmatico, della posizione delle parti rispetto all'interesse da ciascuna perseguito. Sotto questo aspetto, il sinallagma al quale il legislatore si riferisce con la disciplina dei rimedi risolutori del contratto a comunione di scopo, riguarda un rapporto di corrispettività non tra le singole prestazioni dei vari contraenti, ma tra la prestazione di ciascun contraente e la realizzazione dello scopo comune.

[131] Ancor prima che il codice del 1942 cod. civ. disciplinasse, all'art. 2247 cod. civ., il contratto di società, Giuseppe G. Auletta (G. AULETTA, *La comunanza di scopo e la causa nel contratto di società*, in *Riv. dir. civ.*, 1937, 1 ss.) distingueva gli interessi dei contraenti di un contratto di società dagli interessi dei contraenti di un contratto di scambio nel seguente modo: «i contraenti sono indotti alla conclusione del negozio di società da un identico scopo, onde ne scaturisce un'armonia di collaborazione, mentre nei contratti di scambio lo scopo d'una delle parti è diverso, anzi spesso antitetico a quello dell'altra». Alla luce di tale osservazione, guardando agli intenti empirici dei contraenti, occorre notare che perché sia possibile la conclusione di un contratto di scambio, è necessario che i contraenti muovano da una valutazione inversa delle utilità delle rispettive prestazioni. Ognuno ritiene, dal proprio punto di vista soggettivo, che la prestazione che riceve sia maggiormente utile rispetto alla prestazione che offre, sicché ognuno si sottopone allo scambio per il bisogno di ricevere la prestazione della controparte. Diversamente, nel contratto di società, in quanto contratto con comunione di scopo, ogni soggetto vuole raggiungere il medesimo scopo di produzione, che costituisce l'oggetto dell'attività sociale, e cerca, mediante la conclusione del negozio, la collaborazione di altre forze economiche che, in unione con le proprie, possano realizzare il medesimo scopo. In seguito alla conclusione di un contratto di scambio, avviene, nel patrimonio di ciascuna delle parti, la sostituzione di un'entità patrimoniale, che esce, con una entità patrimoniale che la sostituisce. Ogni parte è intenta ad attuare tale sostituzione per soddisfare il proprio interesse, tali sono le ragioni per cui si concepisce il contratto come una composizione di conflitti economici tra i soggetti. Tali conflitti non sono ravvisabili nei contratti a comunione di scopo, laddove l'intento di ogni parte consiste nel raggiungimento di quello scopo che, per essere comune a tutte, è altresì l'intento degli altri contraenti. Sicché, «nel contratto di società, le parti uniscono insieme e associano le loro prestazioni per il raggiungimento dello scopo sociale; ogni contraente (…) trova il proprio corrispettivo non nelle prestazioni degli altri, ma nella partecipazione al risultato utile ottenuto attraverso l'associazione di prestazioni» (G. AULETTA, *op. cit.*, 7). La nota contrapposizione tra i contratti di scambio e contratti a comunione di scopo è ancora più significativa se si pensa, nel comune modo di intendere il contratto, che quest'ultimo sia sinonimo di scambio. Costituirebbe, dunque, un'eccezione il contratto plurilaterale, posto che, sostanzialmente, i fenomeni associativi (a cui i contratti plurilaterali a comunione di scopo sono funzionali) sono regolati in libri diversi del codice.



di una parte non può realizzarsi senza che siano parimenti soddisfatti anche gli interessi degli altri partecipanti in quanto tutte le partecipazioni sono dirette ad un unico scopo, nel senso che realizzano l'interesse comune programmato [132]. In questa prospettiva, lo scopo comune si pone come strumento di misura, alternativo allo scambio sinallagmatico, della posizione delle parti rispetto all'interesse da ciascuna perseguito [133].

Non stonano, in questa sede, le osservazioni di un'autorevole dottrina che – sia pur attenzionando i contratti di società (d'altronde il contratto di società sembra essere la principale – ma non unica – nozione codicistica alla luce della quale si tenta di ricostruire la categoria dei contratti plurilaterali) – fa riferimento ad un particolare "sinallagma" [134] relativo ai contratti con comunione di scopo consistente in un rapporto, non tra le singole prestazioni dei vari contraenti, ma tra la prestazione di ciascun contraente e la realizzazione dello scopo comune: «contratto con comunione di scopo, o rapporto che ne discende, vengono meno, quando vengano meno il vincolo, o la prestazione, di una parte, che debba considerarsi (secondo le circostanze) essenziale per il conseguimento dello scopo comune. È il venir meno della realizzabilità dello scopo comune che fa venir meno il contratto o il rapporto, non – direttamente – il venir meno del vincolo o della prestazione della singola parte» [135].

Alla luce della "comunanza di scopo", intesa nei termini di rapporto tra sacrificio patrimoniale e realizzazione degli interessi comuni, va notato che le regole della risoluzione, riguardando l'intero rapporto derivante dal contratto, attengono all'intero contratto e non alla singola partecipazione; sicché, rileva un diverso "sinallagma" consistente generalmente nello scambio tra la prestazione di ciascun contraente e la realizzazione dello scopo comune [136].

In questi termini, proprio in ragione della subordinazione dell'interesse individuale allo scopo comune, il legislatore, in tema di inadempimento e impossibilità sopravvenuta di una singola prestazione, prevede lo scioglimento della singola partecipazione e, solo nel caso in cui quest'ultima risulti essere essenziale, lo scioglimento dell'intero contratto plurilaterale.

In questi termini, nell'ottica di una fondazione *operating*, come la fondazione di partecipazione, l'essenzialità di una prestazione va valutata non solo in relazione alle sue caratteristiche oggettive, ma anche in relazione alla natura del contratto e alle caratteristiche del singolo partecipante.

In particolare, va osservato che per valutare l'essenzialità della prestazione mancata o inadempiuta è necessario fare riferimento sia alla struttura contrattuale astratta, sia alla prestazione concretamente venuta a mancare [137].

Con riferimento alle fondazioni partecipate, va considerata essenziale la dotazione o la contribuzione che permette al patrimonio della fondazione di essere maggiore al limite legale (così come previsto dall'art. 21, co. IV, del Codice del terzo settore, che stabilisce che il patrimonio minimo, per le fondazioni, non sia infe-

---

[132] G. AULETTA, *La comunione di scopo e la causa del contratto di società*, in *Riv. dir. civ*., 1937, 1 ss.: nel concludere il contratto, le parti mirano ad un unico risultato, il raggiungimento del quale consente la soddisfazione degli interessi di ciascuna.

[133] V. BARBA, *Appunti per uno studio sui contratti plurilaterali di scambio*, in *Riv. dir. civ*., 2010, 531 ss., spec. 546.

[134] Sul particolare "sinallagma" dei contratti plurilaterali con comunione di scopo si è detto *sub* nt. 131.

[135] A. GRAZIANI, *Diritto delle Società*, Napoli 1963, 35-36.

[136] V. BUONOCORE, *Le situazioni giuridiche soggettive dell'azionista*, cit., 38 ss.

[137] G. FERRI, voce *Contratto plurilaterale*, in *Nov. dig. it.*, 680 ss.; S. MAIORCA, voce *Contratto plurilaterale*, in *Enc. giur*., 18 ss.; L. CABELLA PISU, *Dell'impossibilità sopravvenuta, Artt. 1463-1466*, in *Comm. Cod. Civ. Scialoja-Branca*, Bologna-Roma, 2002, 179. Di particolare rilevanza, sul punto, è il caso Mondadori, la Pret. Milano (15 gennaio 1990, in *Giur. it*., 1990, I, 2, 227) ritenne che la parziale sterilizzazione della maggioranza delle azioni sindacate non sciogliesse il sindacato di voto, perché nell'accordo era prevista l'eventualità che parte delle azioni fosse colpita da "sequestri, pignoramenti e/o altri vincoli", con la sola conseguenza che i partecipanti erano tenuti "a fare tutto ciò che sarà nelle loro possibilità per liberare le loro azioni".



riore a 30.000 euro) o che garantisca un patrimonio "adeguato" per lo scopo da realizzare (il che costituisce non solo condizione essenziale per l'acquisto della personalità giuridica *ex* art. 1, comma 3, d.P.R. n. 361/2000, ma eviterebbe che la fondazione possa essere dichiarata estinta o possa trasformarsi *ex* art. 28 cod. civ.), ma va anche considerata essenziale una particolare opera o servizio apportato da un partecipante "volontario" che si rilevi necessaria per il conseguimento dello scopo.

**15. –** Come si è detto, la particolarità dei negozi costitutivi delle fondazioni, è che essi costituiscono negozi di organizzazione.

Per tale tipologia di negozi, in modo non dissimile a quel processo di "solidificazione" per cui l'acqua diventa ghiaccio, l'autonomia privata dà avvio ad un processo di "entificazione" in cui la regola negoziale rileva esclusivamente in una fase genetica, mentre le regole dell'organizzazione rilevano in una fase funzionale [138]. Ciò spiega perché la disciplina dei negozi di organizzazione va spesso contemperata con la disciplina propria dell'ente. Per tali ragioni, anche nell'ipotesi di contratti plurilaterali delle fondazioni di partecipazione, le relative regole negoziali vanno contemperate con tutte quelle norme che – lungi dal disciplinare il vincolo contrattuale – disciplinano le vicende dell'ente e la partecipazione dei soggetti.

Sotto questo specifico aspetto, nell'ottica di una dialettica tra comunione di scopo e fenomeno organizzativo, si percepisce la funzionalizzazione dello strumento contrattuale alla «realizzazione di interessi comuni a più soggetti» [139] e, in particolare, con il fenomeno associativo che, come si è notato, rileva anche in tema di fondazione partecipata.

Anche il contratto posto a base della fondazione di partecipazione è diretto a dar forma ad un'organizzazione di persone, ossia ad un gruppo caratterizzato da un fondo comune dotato del carattere di patrimonio autonomo, da una unitaria organizzazione interna e da una unitaria rappresentanza del "gruppo" nei rapporti esterni [140].

Come per tanti altri contratti plurilaterali a comunione di scopo, anche il contratto di fondazione di partecipazione viene concluso in funzione della creazione di un ente e, par tali ragioni, nemmeno il contratto in esame si sottrae al problema del fenomeno dell'organizzazione.

Proprio in ragione della costituzione di un ente e, più in particolare, di una persona giuridica (fondazione) che si costituisce successivamente con l'iscrizione in pubblici registri, l'aspetto contrattuale – proprio dell'atto costitutivo della fondazione di partecipazione – assumerebbe rilevanza solo nel momento genetico della fondazione, ossia quando il contratto è stato concluso, ma la persona giuridica non si è ancora costituita.

---

[138] L'organizzazione, avente soggettività giuridica, è ancor più evidente se si pensa che la stessa si sovrappone (e, per certi aspetti, addirittura si contrappone) a chi abbia concluso il negozio, a chi vi partecipa o a chi la amministra. Anzi, l'organizzazione, proprio perché dotata di soggettività giuridica, può esigere l'adempimento degli impegni assunti dai partecipanti con il negozio di organizzazione ed esercita tutte le attività per le quali è stato costituito l'ente.

[139] F. GALGANO, *Delle associazioni non riconosciute e dei comitati*, in *Comm. Scialoja-Branca*, Bologna-Roma, 1976, 18; ID., *Il negozio giuridico*, in *Tratt. Cicu-Messineo*, III, t. 1, Milano, 1988, 175. In particolare, da un punto di vista normativo, l'A. osservava che la dottrina non è riuscita «ad enucleare una disciplina unitaria dei contratti con comunione di scopo, diversa dalla disciplina dei contratti di scambio ed applicabile ai primi in quanto caratterizzati dalla comunione di scopo. Si è scritto che la disciplina generale dei contratti, contenuta nel libro delle obbligazioni, è formulata con riguardo ai contratti di scambio: non si è, tuttavia, stati in grado di individuare, in questa disciplina, norme sicuramente inapplicabili ai contratti con comunione di scopo».

[140] Così F. GALGANO, *Delle associazioni non riconosciute e dei comitati*, cit., 12 ss.; ID., *Il negozio giuridico*, in *Tratt. Cicu-Messineo*, III, t. 1, Milano, 1988, 178-179.



Sicché, venuta la fondazione ad esistenza, anche in questo caso, il substrato contrattuale – *functus est munere suo* – ha assolto la sua funzione; dopo di che «gli originari contraenti assumono la posizione di membri della persona giuridica» [141].

In questa prospettiva, si vuole ammettere che in relazione al contratto di fondazione di partecipazione, così come i più diffusi contratti a comunione di scopo (*id est* contratto di associazione e contratto di società), non troverebbero applicazione le norme codicistiche riservate ai contratti plurilaterali (artt. 1420, 1446, 1459 e 1466 cod. civ.), ma – una volta costituitasi la persona giuridica – particolari istituti che, pur regolando a volte le medesime fattispecie previste nella disciplina generale dei contratti, prevedono rimedi diversi che rispondono a logiche organizzative dell'ente anziché contrattuali.

La legge, infatti, pone l'accento sulla funzione strumentale del contratto alla realizzazione di un vincolo (di durata) tra i partecipanti in funzione dell'attività da svolgere: si creano poteri, diritti, obblighi, si disciplina – quindi – un gruppo organizzato [142].

In questi termini, l'ente acquista una propria autonomia e vitalità e il contratto assumerebbe una particolare funzione nella sola fase genetica che si esaurirebbe col creare l'ente stesso. Sicché, l'organizzazione, una volta costituita, ha regole proprie che non si riconducono al contratto. Scriveva, infatti, Lorenzo Mossa: «il contratto genera la personalità, ma questa, una volta fatta viva, si regola con le sue proprie leggi» [143].

Sicché, una volta acquistata la personalità giuridica, successivamente al riconoscimento della fondazione di partecipazione, può accadere che venga accertata l'invalidità del contratto di fondazione di partecipazione.

L'autorità giudiziaria, una volta accertata la nullità del contratto, provvederà, analogamente a quanto previsto dall'art. 2332 cod. civ., alla nomina dei liquidatori ed alla successiva estinzione dell'ente.

---

[141] La questione è stata per lo più indagata in tema di società, sul punto: A. GRAZIANI, *Diritto delle Società*, Napoli, 1963, 86; come B. SCORZA, *Gli statuti degli enti di tipo associativo*, Roma, 1934, 143 ss.; A. GAMBINO, *Il principio di correttezza nell'ordinamento della società per azioni*, Milano, 1987, 109 ss. In tema di società, infatti, si è avvertito un contrasto contrasto tra tesi contrattualistica e tesi istituzionalistica della società che è emerso anche in relazione agli studi sull'interesse sociale (fondamentali sono le letture di A. ASQUINI, *I battelli del Reno*, in *Riv. soc*., 1959, 617 ss.; T. ASCARELLI, *L'interesse sociale dell'art. 2441 cod. civ.*, in *Riv. soc*., 1956, 93 ss.; P.G. JAEGER, *L'interesse sociale*, Milano, 1967) la cui teoria ha origine dagli studi, effettuati a cavallo tra XIX e XX secolo, di Rathenau, il quale fu tra i primi a teorizzare la supremazia dell'interesse dell'"impresa in sé" su ogni altro interesse satellitare ad essa (teoria dell'*Unternehmen an sich*), in specie su quello dei soci, sulla base di argomentazioni di matrice spiccatamente autoritaria e corporativa, ispirate ad un "oblio" del contratto sociale. Anche in Italia la nozione di interesse sociale ha animato il dibattito dottrinario sin dall'epoca del vigore del codice di commercio del 1882, in materia di società anonime, per accendersi poi maggiormente dopo l'unificazione dei codici operata col codice civile del 1942. Si rintracciavano due diverse teorie in relazione all'interesse sociale, la prima istituzionalista che – muovendo dalla notazione che il contratto di società si esaurisca con l'erezione dell'ente societario che diverrebbe così un'organizzazione capace di vita autonoma che inizia e continua ad operare nel rispetto di regole che son proprie – individua l'interesse sociale nell'interesse dell'organizzazione autonoma generata dal contratto sociale, dunque contrapposta e scissa dalle persone dei soci e dai rispettivi interessi individuali; a contrapporsi a questa teoria si poneva la tesi contrattualistica che individuava l'interesse sociale nell'interesse comune a tutti i soci alla migliore realizzazione dello scopo sociale comune, inteso come programma economico unitario, mediante lo strumento dell'organizzazione societaria. A ben vedere, il conflitto tra le due teorie affonda le proprie radici ben più profondamente, poiché rappresenta il portato logico della contrapposizione fra le diverse teorie dell'impresa e della persona giuridica. Secondo una più recente dottrina (vd. F. GALGANO, voce *Società*, in *Enc. dir*., Milano, 1990) l'interesse sociale indica lo scopo del contratto di società. In particolare, per quest'ultimo A., lo scopo della società è quello di trasformare la ricchezza conferita dai soci in efficiente organizzazione imprenditoriale: esso è tanto più intensamente realizzato quanto maggiore è l'efficienza produttiva o distributiva dell'impresa collettiva. È interesse sociale, l'interesse ad aumentare il volume della produzione o degli scambi, l'interesse alla conquista di nuovi mercati, l'interesse ad accrescere la potenza economica della società, nonché l'interesse alla massimizzazione del profitto e l'interesse alla massimizzazione del dividendo, come interesse a che i profitti realizzati vengano il più frequentemente e nella misura più alta possibile distribuiti ai soci.

[142] Il riferimento è ad A. ASQUINI, *I battelli del Reno*, in *Riv. soc*., 1959, 617 ss. (il quale riferisce una frase del Norddeutscher Lloyd: «scopo della società non è quello di distribuire gli utili agli azionisti, ma di far navigare i battelli sul Reno»).

[143] L. MOSSA, *Società commerciali personali*, in *Trattato del nuovo diritto commerciale*, 2, Padova, 1951, 185.



È noto, infatti, che l'art. 2332 cod. civ. prevede ipotesi tassative di nullità che opererebbero solo dopo che sia avvenuta l'iscrizione nel registro delle imprese della società di capitali [144], ma, come sostenuto da autorevolissima dottrina, la norma detta principi che assumerebbero valore per tutte le persone giuridiche [145].

In particolare, l'invalidità del negozio di fondazione di partecipazione è governata dai principi propri del contratto in genere. Ma esso, come si è detto, presenta la peculiarità di essere un contratto la cui esecuzione implica lo svolgimento di un'attività esterna diretta ad instaurare rapporti con i terzi (perciò è opportuno qualificarlo come "contratto di organizzazione"). Per tali ragioni, si avverte anche l'esigenza di salvaguardare e tutelare la posizione di chi, prima dell'accertamento dell'invalidità dell'atto costitutivo, abbia posto in essere rapporti con l'ente. Sicché anche al contratto di fondazione di partecipazione [146] deve ritenersi applicabile il principio ispiratore dell'art. 2332 cod. civ., per cui le cause di nullità negoziale, qualora travolgano totalmente il contratto (art. 1420 cod. civ.), si traducono, se accertate in epoca successiva al riconoscimento della fondazione, in cause di scioglimento del rapporto e di estinzione dell'ente [147].

Ancora, la specialità delle norme previste negli statuti delle fondazioni di partecipazione avrebbero rilievo anche in sede di risoluzione del contratto plurilaterale. In particolare, diversi statuti delle fondazioni di partecipazione attribuiscono al consiglio di amministrazione il potere di decidere, con voto favorevole dei membri della fondazione (quindi dei fondatori e di tutti i partecipanti), sulla esclusione di singoli fondatori e partecipanti. In ogni caso, si ritiene che l'esclusione, in modo non dissimile a quanto previsto dall'art. 24 cod. civ., non può avvenire che per "gravi motivi", salva la possibilità per il singolo partecipante di ricorrere all'autorità giudiziaria entro sei mesi dal giorno in cui gli è stata notificata la deliberazione (art. 24, comma 3, cod. civ.).

Occorre ora delineare i motivi gravi che possano giustificare l'esclusione del partecipante dall'ente di cui fa parte.

Chi scrive ritiene che per "gravi motivi" debba farsi riferimento agli stessi motivi che legittimano l'esclusione di un socio dalla società. Sicché, in modo non dissimile da quanto previsto dall'art. 2286 cod. civ. (richiamato, peraltro, anche dall'art. 2533 cod. civ. in tema di società cooperative), l'esclusione del partecipante può avere luogo per gravi inadempienze che derivano dalla legge o dal contratto.

Peraltro, l'istituto dell'esclusione, pur ricomprendendo anche le ipotesi di inadempimento contrattuale, si

---

[144] L'art. 2332 cod. civ. dispone che, intervenuta l'iscrizione nel Registro delle Imprese, la società per azioni, attualmente, può essere dichiarata nulla solo nei seguenti casi tassativamente elencati: mancata stipulazione dell'atto costitutivo nella forma dell'atto pubblico; illiceità dell'oggetto sociale; mancanza nell'atto costitutivo o nello statuto di ogni indicazione riguardante la denominazione della società, o i conferimenti, o l'ammontare del capitale sociale o l'oggetto sociale. Solo prima della registrazione vi è un contratto di società; un atto di autonomia privata che per il momento è destinato a produrre effetto solo tra le parti contraenti, e pertanto, tale contratto, può essere dichiarato nullo o annullato nei casi e con gli effetti previsti dalla disciplina dei contratti (artt. 1418 ss.) e salva l'applicazione delle norme specificatamente dettate per i contratti associativi (art. 1420 e art. 1446).

[145] In questo senso F. GALGANO, *Delle persone giuridiche. Artt. 11-35*, in *Comm. Cod. civ. Scialoja-Branca*, Bologna-Roma 2006, 188.

[146] Così come è stato sostenuto anche con riferimento all'atto unilaterale di fondazione. Nel senso che, analogamente a quanto accade per le associazioni ed in applicazione del principio ispiratore dell'art. 2332 cod. civ., «la dichiarazione di nullità e annullamento del negozio di fondazione avviene solo col rispetto dei diritti dei creditori dell'ente» così F. FERRARA sr., *Le persone giuridiche*, in *Tratt. Vassalli*, vol. II, t. 2, 252; P. RESCIGNO, voce *Fondazione*, in *Enc. dir.*, cit., nt. 8.

[147] Produrrà, del pari, l'estinzione dell'ente – e non l'originaria inefficacia dell'atto di fondazione – l'esperimento, successivo al riconoscimento della personalità giuridica, dell'azione revocatoria da parte dei creditori del fondatore o dell'azione di riduzione da parte dei legittimari lesi dal negozio di fondazione: la sentenza che accoglie l'una o l'altra azione dichiara estinta la fondazione, e creditori e legittimari eserciteranno le rispettive azioni esecutive e di restituzione sui beni che residuano dopo l'esaurimento della liquidazione. Corrispondente orientamento in F. FERRARA sr., *ult. op. cit*., 252.



presenta molto più vasto in quanto considera anche cause che non sono tutte riconducibili ad inadempienze imputabili al partecipante [148].

L'esclusione potrebbe assorbire anche le ipotesi di impossibilità sopravvenuta della prestazione che – mentre per i contratti plurilaterali darebbero luogo (ai sensi dell'art. 1466 cod. civ.) ad una risoluzione parziale mantenendo in vita il contratto depurato dalla partecipazione colpita da una sopraggiunta impossibilità materiale o giuridica – per l'ente fondazione permettono appunto di escluderlo [149].

La disciplina della risoluzione per inadempimento è pertanto inapplicabile in tema di fondazioni di partecipazione, alle quali andrebbero applicati taluni istituti previsti in tema di associazioni, tra cui appunto l'esclusione del partecipante.

Per la fondazione di partecipazione sussistono rimedi specifici previsti dalla legge contro l'inadempimento dei soci e l'impossibilità sopravvenuta di contribuire, che non lasciano spazio all'applicazione dei rimedi risolutivi previsti dagli artt. 1453 ss. [150].

Parimenti, si ritiene che possa essere applicata per analogia anche alle fondazioni di partecipazione, la disciplina del recesso che il codice civile – art. 24, comma 2 – riserva alle associazioni [151].

Infatti, ammessa la natura contrattuale (plurilaterale) dell'atto costitutivo delle fondazioni di partecipazione, le parti possono recedere nei soli casi previsti dalla legge o dal contratto (siano essi soggetti privati *ex* art. 1373 cod. civ. o enti pubblici *ex* art. 21-*sexies* l. 7 agosto 1990, n. 241).

In diversi statuti di fondazioni di partecipazione, è stata rilevata l'assenza di una disciplina sul recesso da parte del singolo partecipante [152]. Tuttavia, nonostante le lacune statutarie, deve ritenersi applicabile (analogicamente) l'art. 24 cod. civ. nella parte in cui viene disciplinato il recesso, ancorché la fondazione sia stata costituita a tempo indeterminato.

In ragione di una generale intolleranza del legislatore a veder vincolati i soggetti a rapporti (anche solo tendenzialmente) perpetui, si ritiene che ogni contraente, in tal caso il fondatore può esercitare il recesso ai sensi dell'art. 24, comma 2, cod. civ.

---

[148] Come osserva G. FERRI, *Delle società*, in *Comm. Scialoja-Branca*, *sub* artt. 2247-2324, Bologna-Roma, 1981, 324.

[149] Per esempio, l'esclusione potrebbe essere deliberata – con modalità non dissimili da quelle previste dall'art. 2286 cod. civ. per le società di persone – al partecipante volontario, che pur essendosi impegnato a contribuire all'attività della fondazione con una propria opera professionale, sarà impossibilitato ad eseguire la prestazione per sopraggiunta inidoneità fisica a svolgere l'opera oggetto di contribuzione. Tali ipotesi determinano – al pari della risoluzione per impossibilità sopravvenuta della prestazione – l'esclusione dall'ente (dunque lo scioglimento del vincolo contrattuale relativamente al singolo socio) per impossibilità sopravvenuta di adempiere gli impegni (Cass. 14 aprile 1958, n. 1204). Nonostante il rimedio sia finalizzato all'estromissione di un singolo socio dall'organizzazione, la giurisprudenza, fuoriuscendo dalla logica "istituzionalistica" delle società e analizzando i particolari istituti da un punto di vista negoziale, ha più volte ritenuto che nelle società di persone le norme sulla esclusione del socio «per gravi inadempienze» hanno carattere speciale e sostituiscono quelle generali sulla risoluzione per inadempimento dei contratti con prestazioni corrispettive, di cui agli artt. 1453 ss.(App. Genova 20 ottobre 2006).

[150] Trib. Milano 22 ottobre 1990.

[151] La dichiarazione di recesso è un negozio giuridico unilaterale recettizio. Deve essere fatta in forma scritta e deve essere comunicata agli amministratori. Il recesso non ha effetto immediato, esso «ha effetto con lo scadere dell'anno in corso, purché sia stato fatto almeno tre mesi prima» (art. 24, comma 2, cod. civ.); altrimenti, avrà effetto allo scadere dell'anno successivo. Una volta esercitato il recesso o avvenuta l'esclusione, il partecipante che abbia receduto o che sia stato escluso o che comunque abbia cessato di appartenere all'ente, non potrà ripetere i contributi versati, né potrà vantare alcun diritto sul patrimonio dell'ente (art. 24, ult. co., cod. civ.). La ragione dell'irripetibilità dei contributi versati e dell'esclusione di alcun diritto sul patrimonio dell'associazione in ogni caso di cessazione della partecipazione consegue alla natura non economica degli interessi perseguibili dal partecipante all'ente. Peraltro, va osservato che il partecipante non è comproprietario dei beni della fondazione, i quali appartengono alla persona giuridica.

[152] Sul punto Trib. Belluno, ord. 15 febbraio 2018, in *Nuova giur. civ. comm*., 2019, 7-8, con nota di P. MERLI, 1039.



Dovrebbe, quindi, ritenersi nullo ogni patto che imponga ai partecipanti dell'ente a rimanere nella fondazione a tempo indeterminato [153].

**16. –** All'esito di tale analisi, preme effettuare alcune può essere notato che la disciplina della fondazione è morfologicamente neutra e che, quindi, consente all'autonomia privata di esplicarsi nei limiti di elasticità tipologica concessi dalla legge, onde evitare che con lo sconfinamento associativo della Fondazione partecipata si possa incorrere in una ipotesi di abuso della forma giuridica [154].

La fondazione, benché partecipata da più soggetti e benché – sotto alcuni aspetti – sia molto meno distante dall'associazione, resta comunque un tipo normativo (*Typuszwang*) che, come tale, non ammette alcuna possibilità di alterazione di quei caratteri tipici che li distinguono dall'associazione [155].

Il "modello ideale" (*Idealtypus*) della fondazione è delineato da un contenuto precettivo minimo (*Rechtsform*) che si caratterizza per alcuni elementi base; anzitutto, quello patrimoniale al quale la volontà del fondatore imprime un vincolo di destinazione in funzione del perseguimento di uno scopo lecito e non lucrativo.

Ebbene, se è oramai ammesso che i fondatori amministrino direttamente l'ente e/o si riservino la facoltà di nominare gli amministratori, risultano essere incompatibile con il "tipo fondazione" qualsivoglia potere del fondatore di disporre del patrimonio e dei risultati da esso provenienti.

In particolare, il vincolo di destinazione è, poi, indisponibile: esso non può cessare né per volontà del fondatore, né per volontà dell'organo amministrativo e nemmeno per volontà dell'autorità (governativa) preposta al controllo finché è attuabile lo scopo. Tale caratteristica distingue l'associazione dalla fondazione.

Tali caratteristiche sono, peraltro, chiaramente riconosciuti dal codice del terzo settore che, facendo salva «la natura dell'ente quale fondazione» (art. 25 CTS), afferma l'immutabilità dello scopo: all'assemblea (o agli amministratori) non può attribuirsi il potere di disposizione dello scopo della fondazione. In questi termini, l'organo amministrativo della fondazione resta un organo "servente" posta la necessità del rispetto dello scopo al quale la fondazione è preordinata.

In conclusione, va affermato che il più importante elemento che distingue la fondazione e l'associazione è il potere riconosciuto ai soli membri dell'associazione, esercitato secondo la regola maggioritaria, di determinare e modificare lo scopo dell'ente (*Zweckorientierung*) [156].

Nella fondazione il vincolo di destinazione è indisponibile: esso non può cessare né per volontà del fondatore, né per volontà dell'organo amministrativo e nemmeno per volontà dell'autorità (governativa) preposta al controllo finché è attuabile lo scopo.

---

[153] Sarebbe parimenti nullo ogni patto col quale il partecipante rinunci preventivamente ad esercitare il recesso per un tempo che, benché determinato, sia talmente esteso da farlo ritenere una elusione del divieto di rinuncia del recesso a tempo indeterminato. La valutazione di validità della clausola che esclude l'esercizio del diritto di recesso da un'associazione per un tempo determinato è, in altri termini, subordinata alla verifica, da una parte, della sussistenza di un termine compatibile con la natura e la funzione del contratto associativo, e, dall'altra, alla insussistenza di lesione di diritti costituzionalmente garantiti (Cass. 4 giugno 1998, n. 5476, in *Giur. it*., 1999, 488, con nota di F. RICCIO).

[154] ZOPPINI, *Le fondazioni*, cit., 68. L'A. riferisce che il problema dell'abuso (*Formenmißbrauch*) è in particolare emerso quando il fondatore tragga un vantaggio patrimoniale diretto dalla gestione della fondazione, realizzandosi la violazione dell'obbligo di non distribuire utili, così come sarebbero abusive le ingerenze del fondatore nell'amministrazione, tanto da sollecitare il problema della "tutela" della fondazione dal soverchiante influsso del fondatore "vivente".

[155] Si parla, soprattutto nel diritto commerciale, di «teoria imperativistica del tipo» quando si vuole rendere il contenuto della fattispecie omogeneo al tipo normativo, che assurge così a limite dell'autonomia privata.

[156] ZOPPINI, *Le fondazioni*, cit., 103 s.



Se, diversamente, la fondazione di partecipazione prevede la presenza di organi collegiali (assemblee, consigli generali, comitati esecutivi, ecc.) dotati del potere di mutare anche soltanto in parte lo scopo della fondazione, si ricadrebbe inevitabilmente nell'ambito del fenomeno associativo [157].

[157] Così ZOPPINI, *Le fondazioni*, cit., 105.

JUS CIVILE



*GIACOMO BUSET*

*Assegnista di ricerca in Diritto privato – Università degli Studi di Trieste*

# BREVI NOTE SULL'ATTRIBUZIONE DEL GODIMENTO NEL PRISMA DELLA EVOLUZIONE TECNOLOGICA

SOMMARIO: *1. Premessa: la problematica formalizzazione giuridica delle operazioni economiche caratterizzate dalla* fornitura *di contenuti o servizi digitali, da parte di un professionista, a fronte della* fornitura *di dati personali da parte di un consumatore (art. 3, comma 1, secondo periodo, Dir. UE n. 770 del 2019). Il ruolo del consenso al trattamento dei dati personali. – 2. L'attribuzione del godimento fra negozio e permesso. Diritti personali di godimento e diritti personali di* utilizzazione*. – 3. L'attribuzione del godimento ed il consenso al trattamento di dati personali: inammissibilità di una qualificazione in termini di permesso; la prospettiva del contratto di scambio tra* fornitura *di contenuti o servizi digitali e fornitura di* dati personali *come messa a disposizione dei dati, abbinata alla costituzione di un (relativo) diritto personale di* utilizzazione*. – 4.* Segue*. La prospettiva del collegamento fra un contratto gratuito (di* fornitura *di contenuti o servizi digitali) ed un consenso al trattamento di dati personali concepito come negozio unilaterale. Conseguenze disciplinari e necessario recupero della corrispettività in seno al collegamento funzionale.*

**1. –** Le brevi pagine che seguono mirano a saggiare la idoneità del modulo dell'attribuzione del godimento, in quanto programmata in un negozio e correttamente riguardata sotto il profilo dogmatico, ad inquadrare atti (e, di conserva, effetti) giuridici d'incerta collocazione, i quali risultano affatto rilevanti nell'ambito della (odierna) contrattazione *digitale*.

Intendo riferirmi, in particolare [1], alle ipotesi, recentemente oggetto di copiosa attenzione scientifica [2], in

---

[*] Il contributo riprende, con integrazioni e modifiche, la relazione al Convegno «*Diritto privato e tecnologia. Colloquio scientifico internazionale – Croazia – Italia – Argentina*», organizzato dalla *Pravni fakultet* della *Sveučilište u Rijeci* e dal Dipartimento di Scienze giuridiche della Università di Verona, svoltosi il giorno 11 giugno 2021 in modalità *Webinar*. La relazione è destinata agli atti del Convegno.

[1] Restano estranee all'indagine, condotta in questa sede, ipotesi (di attribuzione) che pure meriterebbero, beninteso, di esservi ricomprese: da quella relativa alla (attribuzione del concedente nella) c.d. *concessione di spazio digitale*, a quelle riscontrantesi in alcune figure di contratti di *cloud computing*.

[2] Fra i molti, e senza alcuna pretesa di completezza, cfr. C. PERLINGIERI, *Profili civilistici dei* social networks, Esi, 2014, spec. 92 ss.; A. DE FRANCESCHI, *La circolazione dei dati personali tra* privacy *e contratto*, Esi, 2017, spec. 67 ss.; M. SCHMIDT-KESSEL, T. PERTOT, *«Donazione» di dati personali e risvolti successori*, in S. SCOLA e M. TESCARO (a cura di), *Casi controversi in materia di diritto delle successioni*, II, Esi, 2017, 909 ss.; G. RESTA, V. ZENO-ZENCOVICH, *Volontà e consenso nella fruizione dei servizi in rete*, in *Riv. trim. dir. proc. civ.*, 2018, 411 ss.; S. THOBANI, *Diritti della personalità e contratto: dalle fattispecie più tradizionali al trattamento in massa dei dati personali*, Ledizioni, 2018, 49 ss., 158 ss.; F. BRAVO, *Il "diritto" a trattare dati personali nello svolgimento dell'attività economica*, Cedam, 2018, spec. 107 ss.; M. SCHMIDT-KESSEL, *Consent for the Processing of Personal Data and its Relationship to Contract*, in A. DE FRANCESCHI, R. SCHULZE (a cura di), *Digital revolution – New Challenges for Law. Data protection, Artificial Intelligence, Smart products, Blockchain Technology and Virtual Currencies*, Beck-Nomos, 2019, 75 ss.; G. RESTA, *I dati personali oggetto del contratto. Riflessioni sul coordinamento tra la Direttiva (UE) 2019/770 e il Regolamento (UE) 2016/679*,



cui un consumatore, al fine di conseguire da un professionista la *fornitura* di un contenuto od un servizio digitale, *fornisce* (*propri*) dati personali [3], con attribuzione di un (relativo) *potere* c.d. di *trattamento*: nel contesto di operazioni economiche che, quantunque sotto il velo di un'apparente gratuità della (prestazione contrattuale-)*fornitura* di contenuti o servizi digitali, delineano uno *scambio* [4] fra il contenuto o servizio e (la *fornitura* del)le predette informazioni, surrogando queste ultime giusto (il pagamento di) un corrispettivo pecuniario (art. 3, comma 1, secondo periodo, Dir. UE n. 770 del 2019) [5]. Centrale, per la compiuta realizza-

---

in *Annuario del contratto 2018*, Giappichelli, 2019, 125 ss.; (G. ALPA) G. RESTA, *Le persone fisiche e i diritti della personalità*, 2ª ed., in *Tratt. dir. civ.*, diretto da R. SACCO, Utet, 2019, 547 ss.; A. VIVARELLI, *Il consenso al trattamento dei dati personali nell'era digitale. Sfide tecnologiche e soluzioni giuridiche*, Esi, 2019, spec. 40 ss.; V. RICCIUTO, *Il contratto ed i nuovi fenomeni patrimoniali: il caso della circolazione dei dati personali*, in *Riv. dir. civ.*, 2020, 642 ss.; R. SENIGAGLIA, *La dimensione patrimoniale del diritto alla protezione dei dati personali*, in *Contr. impr.*, 2020, 760 ss.; G. VERSACI, *La contrattualizzazione dei dati personali dei consumatori*, Esi, 2020, spec. 78 ss., 137 ss.; C. ANGIOLINI, *Lo statuto dei dati personali. Uno studio a partire dalla nozione di bene*, Giappichelli, 2020, spec. 187 ss.; da ultimo, C. IRTI, *Consenso "negoziato" e circolazione dei dati personali*, Giappichelli, 2021, spec. 79 ss.; si v.no, inoltre, (i contributi confluiti in) T. PERTOT, M. SCHMIDT-KESSEL, F. PADOVINI (a cura di), *Rechte an Daten*, Mohr Siebeck, 2020, e S. LOHSSE, R. SCHULZE, D. STAUDENMAYER (a cura di), *Data as Counter-Performance – Contract Law 2.0?*, Baden-Baden, 2020. Per la intelligenza del retroterra (sociologico ed) economico del problema che ci si appresta ad affrontare, fondamentale è il lavoro di S. ZUBOFF, *Il capitalismo della sorveglianza. Il futuro dell'umanità nell'era dei nuovi poteri*, trad. it. di P. Bassotti, Luiss University Press, 2019.

[3] Giusta la definizione di cui all'art. 4, n. 1, Reg. UE n. 679 del 2016 (*General Data Protection Regulation*), il sintagma *dato personale* definisce «qualsiasi informazione riguardante una persona fisica identificata o identificabile» (*i.e.* il c.d. *interessato*).

[4] Può subito anticiparsi che la considerazione positiva (nell'ambito della normativa consumeristica) di tali operazioni finanche come (veri e propri) contratti di *scambio* appare, invero, già ricavabile dal combinato disposto dei periodi primo e secondo dell'art. 3, comma 1, Dir. UE n. 770 del 2019 (v. anche i cons. nn. 24 s., 32, 67, e la lett. f dell'art. 3, comma 5), ancorché, rispetto al testo originario – rimontante al 2015 – della *Proposta di Direttiva* (ove, con riguardo alla *fornitura* dei dati personali, veniva operato un riferimento esplicito ad una *controprestazione*), in modo meno puntuale, stante la modifica apportata a seguito del rilascio del parere n. 4 del 2017 del *Garante europeo per la protezione dei dati personali*, orientato a censurare qualsivoglia contemplazione dei dati personali alla stregua di *merci*. Per una formalizzazione giuridica delle operazioni economiche in discorso come (veri e propri) contratti di *scambio*, da ultimo, v., V. RICCIUTO, *Il contratto ed i nuovi fenomeni patrimoniali: il caso della circolazione dei dati personali*, cit., 652 s.; in giurisprudenza, v. TAR Lazio, sez. I, 10 gennaio 2020, nn. 260 s., rispettivamente in *juscivile.it* ed in *giustizia-ammi nistrativa.it*, per una considerazione della *fornitura* di dati personali come «"controprestazione" in senso tecnico».

[5] V. anche, da ultimo, l'art. 135-*octies*, comma 4, c. cons., introdotto – in attuazione della Dir. UE n. 770 del 2019 – dal d.lgs. 4 novembre 2021, n. 173. Nel presente contributo non è possibile affrontare *funditus* il problema della qualificazione della informazione-dato personale come bene in senso giuridico. Può comunque adottarsi, (almeno) quale ipotesi di lavoro, la idoneità di essa ad essere (o, se si preferisce, *divenire*) punto di riferimento obiettivo di situazioni giuridiche soggettive, in quanto entità (considerabile *separatamente* rispetto al *soggetto*, cui la informazione si riferisce) apprestante *utilità* sulle quali si appuntano *interessi* meritevoli di tutela (secondo l'ordinamento giuridico, nel prisma delle discipline del *GDPR*, del *Codice della privacy*, della Dir. UE n. 770 del 2019 e della sua attuazione interna): per un approccio moderno alla teoria del bene in senso giuridico, v. M. COSTANTINO (e R. PARDOLESI, D. BELLANTUONO), *I beni in generale*, in *Tratt. dir. priv.*, diretto da P. RESCIGNO, 7, 1, 2ª ed., Utet, 2005, 12 ss.; da ultimo, per la rilevanza dei momenti dell'*interesse* e della *utilità* al fine della costruzione del concetto, E. FAZIO, *L'oggettività giuridica nel diritto interno ed europeo*, Giuffrè, 2016, spec. 13 s., 45 s. In generale, per la (possibile) considerazione della informazione (in generale) quale bene giuridico, v. spec. P. PERLINGIERI, *L'informazione come bene giuridico*, in *Rass. dir. civ.*, 1990, 326 ss., il quale, assunto che «l'informazione in generale è suscettibile di possedere il requisito obiettivo del bene in senso economico consistente nell'attitudine a soddisfare il bisogno umano della conoscenza ed è astrattamente idonea a soddisfare diversi interessi in relazione a determinate e specifiche circostanze», osserva che «la informazione-notizia ha rilevanza giuridica per la (o le) utilità che, di volta in volta (…), è idonea a produrre, quale possibile vantaggio, patrimoniale o no, per chi la possiede. La particolarità sta nella non necessaria sua esclusività e nell'attitudine a soddisfare anche integralmente l'interesse di più soggetti»; inoltre, l'illustre Autore afferma che «l'informazione non creativa (…) si può configurare come bene giuridico se ed in quanto idonea ad oggettivarsi in situazioni aventi una utilità giuridicamente rilevante in riferimento a questa o a quella attività umana e in particolare a iniziative suscettibili di valutazione patrimoniale (…). Nel momento in cui l'informazione diventa punto di riferimento oggettivo di negoziazioni (…) stabilendo anche statuti incidenti sulla sua circolazione e sul regime di utilizzazione, l'informazione (…) assume il ruolo di oggetto del rapporto negoziale e di bene dedotto nel rapporto negoziale». Di recente, cfr. H. ZECH, *Information as Property*, in *JIPITEC*, 192 par. 1, 6 (2015), 194 ss., il quale, ammesso che laddove l'informazione «*serves a certain use and can be transferred, it can also be addressed*



zione dell'assetto d'interessi divisato, è, in relazione a tali operazioni, il momento del(la manifestazione del) consenso al trattamento dei dati personali da parte dell'*interessato*, *controparte* del *fornitore* del contenuto o servizio digitale [6]: proprio in grazia di tale consenso, infatti, quest'ultimo viene titolato – ogniqualvolta, s'intende, facesse difetto un'alternativa *base giuridica*, *ex* art. 6 *GDPR* (e giusta il medesimo art. 3, comma 1, secondo periodo, ult. parte, Dir. UE n. 770 del 2019) – a (trattare, anche per fini commerciali; dunque, a) *sfruttare economicamente* i dati personali, dei quali abbia conseguito, ovvero – a fronte dello svolgimento del rapporto – si appresti a conseguire, la *disponibilità* (*rectius*, innanzitutto, la *conoscenza*) [7].

Perplessa è, tuttavia, la *natura* del consenso al trattamento: oscillante, presso gli interpreti, fra i poli del negozio – di regola, opinato unilaterale – e dell'atto (non negoziale) autorizzativo (in senso ampio), *sub specie* di permesso [8]; perplessa è, di riflesso, la relazione di esso col contratto, che formalizza giuridicamente la predetta operazione economica programmando, a tutto concedere, (almeno) la *fornitura* di contenuti o servizi digitali [9].

**2. –** La dogmatica dell'attribuzione del godimento ha fatto registrare, nell'ultimo secolo, sviluppi assai significativi.

Secondo una impostazione tralatizia, l'attribuzione del godimento, contemplata in un programma negoziale, si tradurrebbe, sul piano effettuale, in un effetto costitutivo di obbligazioni [10]. Tali obbligazioni, al cui

---

*as a good*», aggiunge che, sebbene la tutela della personalità si radichi nella protezione di un soggetto giuridico non suscettibile di *commodification*, «*information about a person can be separated from the person and therefore be treated as an object*»; con specifico riferimento ai dati personali, v. le varie intonazioni di L. MORMILE, *Lo statuto giuridico dei dati personali*, in R. PANETTA (a cura di), *Libera circolazione e protezione dei dati personali*, I, Giuffrè, 2006, p. 553 ss.; F. PIRAINO, *Sulla nozione di bene giuridico in diritto privato*, in *Riv. crit. dir. priv.*., 2012, p. 464 s.; C. ANGIOLINI, *Lo statuto dei dati personali*, cit., 98 ss.

[6] Cfr., fra gli altri, A. DE FRANCESCHI, *La circolazione dei dati personali tra* privacy *e contratto*, cit., 75 e 84, sia laddove osserva che il consenso al trattamento dell'*interessato* costituisce «la base giuridica del rapporto obbligatorio "dati personali verso controprestazione" ed è pertanto il fulcro dell'obbligo sottostante», sia per ciò che afferma, rispetto alla *base giuridica* di cui all'art. 6, comma 1°, lett. *b*, *GDPR*, la opportunità di una interpretazione *restrittiva*; v. anche G. VERSACI, *La contrattualizzazione dei dati personali dei consumatori*, cit., 78 s., ove si legge che «base giuridica più plausibile per legittimare lo sfruttamento economico dei dati personali, quanto meno nelle forme più invasive (e anche più redditizie)» è, appunto, il consenso dell'*interessato*.

[7] Anche il momento della (mera) c.d. *raccolta* del dato personale rientra, per vero, nella nozione di *trattamento*, tratteggiata dall'art. 4, n. 2, *GDPR*. Gli è, d'altra parte, che la (mera) *raccolta*, lungi dall'appagare, tipicamente, l'interesse (negoziale) del *fornitore* del contenuto o servizio digitale, riesce del tutto strumentale a consentirne lo *sfruttamento economico* (vero e proprio: specialmente, nella forma della *elaborazione* ed ulteriore *comunicazione* a terzi, per finalità pubblicitarie); per una distinzione tra «semplice raccolta dei dati» e «circolazione effettiva [dei dati] nella forma della notizia o anche della semplice destinazione ad essa», abbinata ad una differente considerazione della *identità personale* nelle due ipotesi, v. D. MESSINETTI, *Circolazione dei dati personali e dispositivi di regolazione dei poteri individuali*, in *Riv. crit. dir. priv.*, 1998, 348 s. Naturalmente, facendo riferimento alla *conoscenza* (della informazione-dato personale) si riguarda l'informazione sotto il profilo *semantico*, laddove di *disponibilità* potrebbe, più propriamente, discorrersi, con riguardo alla informazione sotto i profili *sintattico* e/o *fisico*: circa la distinzione, cfr. H. ZECH, *Information as Property*, cit., 194 ss.; da una diversa prospettiva, per una considerazione di *numeri*, *simboli* e *parole* come *entità immateriali elementari*, incorporanti «informazioni elementari» («mezzi di informazioni», funzionali alla di loro comprensione), e degli *oggetti naturali* – appartenenti al mondo *reale fisico* – come *entità immateriali semplici*, incorporanti «informazioni semplici» («veicoli di informazioni», funzionali alla di loro percezione), cfr., inoltre, F. VOLTAGGIO LUCCHESI, *I beni immateriali*, Giuffrè, 1962, 74 ss., il quale trae spunto, per la sua ricostruzione, dalla fenomenologia husserliana, definendo le entità immateriali (*creative*) come «informazioni sintetiche complesse».

[8] Una schematica ricostruzione del dibattito è offerta, di recente, da A. VIVARELLI, *Il consenso al trattamento dei dati personali nell'era digitale*, cit., 40 ss.

[9] In punto, ampiamente e per tutti, cfr. G. VERSACI, *La contrattualizzazione dei dati personali dei consumatori*, cit., 149 ss.

[10] Sulla distinzione tra momento della *programmazione del risultato*, nonché del *mezzo* per conseguirlo (evidenziazione dell'in-



lato attivo si collocherebbero diritti personali di godimento declinati come (puri) diritti di credito, avrebbero, in conformità dell'indirizzo più risalente, financo un contenuto positivo, di *far godere* (arg. *ex* art. 1571 cod. civ.) la entità oggetto dell'attribuzione (*quotidie et singulis momentis*, *täglich und stündlich*); in conformità di un orientamento più moderno, un contenuto negativo, di *lasciar godere*, di *non facere* o di tollerare (*pati*) la esplicazione del godimento(-atto) ad opera del beneficiario [11].

Il modesto appagamento ricavabile da siffatte ricostruzioni fu posto in luce, già nei primi decenni del '900, da Michele Giorgianni [12], laddove additava la forzatura concettuale insita nell'immaginare che, per la realizzazione dell'interesse del beneficiario al godimento, questi abbisognasse di – e, in effetti, transitasse per – un qualsivoglia contegno (continuativo) del concedente, ulteriore rispetto alla consegna (della entità materiale). Di qui, la epifania di un interesse al godimento tutelato giuridicamente mediante l'assegnazione non già di una *facultas exigendi* (diritto di credito), sibbene di una *facultas agendi* (diritto di godimento), cioè a dire del *potere* di ritrarre immediatamente dalla entità, senza la mediazione di prestazioni – anche negative: essendo la ingerenza nel godimento *vietata* bensì, ma quale riflesso (mero) della costituzione (negoziale) della situazione soggettiva – del concedente, le utilità suscettibili di esserlo (*uti* e, nel caso, *frui*), nei limiti fissati dal negozio.

Alle riflessioni di Giorgianni hanno manifestato (almeno) sostanziale adesione, negli anni successivi, dottrine autorevoli [13], quand'anche, in un primo momento, inclini a riportare l'attribuzione del godimento nell'area degli effetti obbligatori [14]; e se, al principio, tali riflessioni risultavano confinate all'attribuzione

---

teresse, in virtù di un fatto negoziale), e momento di *produzione dell'effetto*, cfr. A. FALZEA, *Atto reale e negozio giuridico*, oggi in ID., *Ricerche di teoria generale del diritto e di dogmatica giuridica*, II, Giuffrè, 1997, 800 ss.

[11] Possono richiamarsi, qui, le opinioni, variamente intonate, di L. MENGONI, *Conflitto tra locatari possessori successivi (art. 1380, comma 1, c.c.)*, oggi in ID., *Scritti*, a cura di C. CASTRONOVO, A. ALBANESE, A. NICOLUSSI, II, Giuffrè, 2011, 505 ss.; A. TABET, *La locazione-conduzione*, in *Tratt. dir. civ. comm.*, diretto da CICU, MESSINEO, XXV, Giuffrè, 1972, 358 ss.; G. PROVERA, *La locazione. Disposizioni generali (Art. 1571-1606)*, in *Comm. cod. civ.*, diretto da SCIALOJA, BRANCA, Zanichelli-Soc. ed. Foro it., 1980, 45 ss., 183 ss. Un tentativo di distinzione, in punto di oggetto della prestazione, tra *non facere* e *pati*, sovente opinati *in toto* sovrapponibili, è in E. BASSANELLI, *Note introduttive allo studio della locazione dei fondi rustici*, in AA.VV., *Scritti giuridici in memoria di A. Arcangeli*, II, Cedam, 1939, 634 ss., il quale, opinando il ricorrere di un *pati* nella *prestazione* del locatore, assume che l'adempimento della prestazione di *non facere* sia idoneo a realizzare immediatamente l'interesse del creditore, laddove l'adempimento della prestazione di *pati* «tende ad un resultato più limitato, a consentire al creditore la possibilità di attuare il contenuto del proprio diritto»; inoltre, mentre la prestazione di *non facere* si sostanzierebbe nel non porre in essere un «atto materiale», quella di *pati* si sostanzierebbe nel mancato esercizio di una «facoltà giuridica». Merita osservare, tuttavia, che, a tacer d'altro, l'esercizio di una facoltà (*rectius*, potere giuridico) può opinarsi suscettivo o non suscettivo di produrre effetti giuridici; postulando la configurazione di un *obbligo* di non esercizio, si finisce, a rigore, per ammettere la produzione dell'effetto (pur conseguente alla, possibile, *violazione* dell'obbligo), salvo il potere del creditore di reagire (per eliminarlo, o per essere ristorato del pregiudizio eventualmente subito) *a posteriori*. Se, invece, la formula del *pati* volesse significare, più opportunamente, una *impossibilità giuridica* dell'esercizio del *potere* (e dei suoi effetti), cioè a dire una impossibilità giuridica d'impedire l'altrui esercizio del *potere* (in relazione alla cosa), non già di una situazione passiva di *obbligo*, sibbene di *soggezione* sembrerebbe d'uopo discorrere (v. anche *infra*, nt. 22).

[12] Cfr. M. GIORGIANNI, *Contributo alla teoria dei diritti di godimento su cosa altrui*, I, Giuffrè, 1940, *passim*, spec. 69 ss. Per vero, spunti erano già stati apprestati, in tal senso, anche dalla dottrina precedente: cfr., per tutti, U. RATTI, *Sul diritto di godimento del locatario*, in AA.VV., *Studi di diritto commerciale in onore di C. Vivante*, II, Soc. ed. Foro it., 1931, 491 ss.; la elaborazione più puntuale e compiuta di essi si deve, del resto, alla citata opera di Giorgianni.

[13] Cfr. spec., pur con varietà di accenti, U. NATOLI, *Il conflitto dei diritti e l'art. 1380 del codice civile*, Giuffrè, 1950, spec. 63, 86 ss.; L. MOSCO, *I frutti nel diritto positivo*, Giuffrè, 1947, spec. 330 ss., 407 ss.; R. MOSCHELLA, *I diritti personali di appartenenza*, in *Annali fac. giur. dell'Università di Macerata (nuova serie)*, III, Giuffrè, 1976, 388 ss.; A. LUMINOSO, *La tutela aquiliana dei diritti personali di godimento*, Giuffrè, 1972, *passim*. V. anche R. NICOLÒ, *Istituzioni di diritto privato*, I, Giuffrè, 1962, 37 ss.; S. PUGLIATTI, *Il trasferimento delle situazioni soggettive*, oggi in ID., *Scritti giuridici*, IV, Giuffrè, 2011, 911.

[14] V., infatti, la rimeditazione di L. MENGONI, *L'oggetto dell'obbligazione*, oggi in ID., *Scritti*, cit., II, 60 s., nt. 21, rispetto al contributo citato *supra*, nt. 11.



del godimento di *cose corporali*, la seconda metà del secolo XX ne ha segnato la estensione – va da sé, con gli opportuni adattamenti, *in primis* quanto al profilo delle *modalità* del godimento (dunque, del *contenuto* della situazione di godimento) [15] – all'attribuzione del godimento, altresì, di *entità immateriali*: affiancandosi alla categoria dei diritti personali di godimento (relativi a cose corporali) quella, omologa, dei diritti personali di *utilizzazione* (relativi ad entità immateriali), elettivamente costituiti dalla fattispecie negoziale della *licenza* [16].

Il distacco dell'attribuzione del godimento dallo schema dell'obbligazione e, in una dimensione *statica* dell'effetto, del diritto personale di godimento dallo schema del credito, in quanto integrato da un *potere* di godimento, importa, d'altronde, la esigenza di un regolamento di confini con situazioni soggettive analogamente caratterizzate sul piano del contenuto, nonché con gli effetti che costituiscono tali situazioni. La questione concerne, segnatamente, la linea di demarcazione tra diritti personali e diritti reali di godimento (su cosa altrui), nonché, dal lato effettuale, tra l'effetto costitutivo di diritti personali di godimento e l'effetto mediante il quale un negozio giuridico costituisce diritti reali di godimento (su cosa altrui).

Al proposito, la dottrina più attenta, muovendo dal dato normativo, ha appalesato il differente regime delle vicende (meglio, anzitutto, dei fatti determinativi delle vicende) giuridiche – costitutive, modificativo-soggettive e, in ispecie, estintive – della situazione soggettiva [17], le cui caratteristiche possono riassumersi, in ultima analisi, negli attributi della *dipendenza* dei diritti personali di godimento da un diritto-madre (dunque, dalle relative vicende) e della *indipendenza* dei diritti reali di godimento da un diritto-madre (dunque, dalle relative vicende) [18]. A tali, precipui momenti di distinzione una maggiore analitica ha consentito, poi, di aggiungerne altri, concernenti aspetti della *modalità* della tutela giuridica dell'interesse al godimento nella fase di realizzazione, ovvero della reazione (o no) delle vicende dell'*oggetto* sulle vicende della *situazione soggettiva* [19]. Ritengo che la dogmatizzazione di questi attributi possa condurre a ravvisare, nei diritti personali

[15] Si vuol intendere che, laddove il godimento di una cosa implica, precipuamente, una relazione di fatto dell'interessato con la cosa, di carattere *esclusivo*, il godimento di una entità immateriale implica la *diffusione* della entità (a beneficio di *altri*), ed ammette (almeno in astratto) un suo esserci *contemporaneo* a vantaggio di una *pluralità* di soggetti: cfr., in punto, S. PUGLIATTI, *La proprietà nel nuovo diritto*, oggi in ID., *Scritti giuridici*, III, Giuffrè, 2011, 1098 ss.; F. VOLTAGGIO LUCCHESI, *I beni immateriali*, cit., 382 ss., spec. 388 ss.; D. MESSINETTI, voce *Beni immateriali – I) Diritto privato*, in *Enc. giur.*, V, Treccani, 1988, 5.

[16] La riferibilità oggettiva di un'attribuzione del godimento, riguardata come effetto costitutivo di situazioni di godimento non riconducibili allo schema del diritto reale e diverse dai crediti, non già solo a cose corporali, sibbene pure, *mutatis mutandis*, ad entità immateriali (quali, in ispecie, le creazioni intellettuali), si rinviene affermata, fra gli altri, in F. VOLTAGGIO LUCCHESI, *I beni immateriali*, cit., 382 ss., 407 s., con la ispirazione di R. NICOLÒ, *Riflessioni sul tema dell'impresa e su talune esigenze di una moderna dottrina del diritto civile*, oggi in *Riv. it. sc. giur.*, 2016, 7, 30 ss.; G. MIRABELLI, *La locazione*, in *Tratt. dir. civ.*, diretto da Vassalli, VII, IV, Utet, 1972, 173 ss.; A. LUMINOSO, *La tutela aquiliana dei diritti personali di godimento*, cit., 353 ss., il quale assume l'analogo esserci (nei diritti personali di godimento, relativi ad entità materiali, e negli omologhi diritti personali di *utilizzazione*, relativi ad entità immateriali) di una «esclusività», a caratterizzare la «posizione» del beneficiario dell'attribuzione (ciò, si badi, anche nelle ipotesi di licenza c.d. *non esclusiva*, laddove la *esclusività* dovrebbe apprezzarsi, comunque, in confronto di tutti i *non* licenziatari). Di recente, in tal senso, v. P. AUTERI, *I contratti sui diritti d'autore: profili generali*, in *Tratt. dei contratti*, diretto da ROPPO, II, Giuffrè, 2014, spec. 550 ss., il quale considera i contratti di licenza, in materia di diritti d'autore, come «atti costitutivi di diritti personali di godimento anche non esclusivi»; con riguardo ai contratti su programmi per elaboratori, sul punto, cfr. M. CARTELLA, *La licenza d'uso*, *ivi*, 811 ss.

[17] Cfr. spec. A. LUMINOSO, voce *Diritti personali di godimento*, in *Enc. giur.*, XI, Treccani, 1989, 3 ss.

[18] Quanto, nello specifico, alle vicende costitutive (meglio, ai relativi fatti determinativi), all'attitudine dei diritti reali ad essere costituiti in forza di una pluralità di fatti, e di essere acquistati a titolo derivativo od originario, fa da contrappunto la fonte – essenzialmente: v., invero, i rilievi di F. GIGLIOTTI, *Diritti personali di godimento*, in *Tratt. dir. civ. del Consiglio Nazionale del Notariato*, diretto da P. PERLINGIERI, Esi, 2018, 256 ss. – negoziale (*rectius*, contrattuale), e la impossibilità di acquisto a titolo originario, dei diritti personali di godimento.

[19] Cfr. M. COMPORTI, *Diritti reali in generale*, 2ª ed., in *Tratt. dir. civ. comm.*, diretto da CICU, MESSINEO, Giuffrè, 2011, 69 ss., 102 ss.



di godimento, bensì un *contenuto* sovrapponibile a quello proprio dei diritti reali di godimento (su cosa altrui); e però, d'altro canto, una diversa *struttura* [20]: così, mentre i diritti reali di godimento (su cosa altrui) sono, senz'altro, diritti *su cose*, cioè a dire inerenti (o *incorporati*) alle cose, i diritti personali di godimento devono essere configurati come diritti inerenti alla persona (del titolare, in relazione alla persona) del costituente (più in generale, del titolare del diritto-madre, in quanto titolare del diritto-madre) [21].

Simili rilievi appaiono d'ausilio anche nella disamina circa la conformazione dell'effetto costitutivo, in cui l'attribuzione del godimento si risolve. Se il diritto personale di godimento non è un diritto *sulla* entità, il costituente-titolare del diritto *sulla* entità, mediante l'attribuzione, non *dismette* alcuna prerogativa che integra il contenuto del proprio diritto; e se – in un parallelismo con quanto suole asserirsi a proposito della costituzione di diritti reali di godimento (su cosa altrui) – di *compressione* (della possibilità giuridica di esercizio) del diritto-madre potrebbe, comunque, discorrersi, in un'ottica sostanziale (se si preferisce, quale *compressione relativa*), la situazione in cui versa il costituente (o titolare del diritto-madre) sembra suscettibile di essere formalmente declinata, altresì, alla stregua di una *soggezione* (alla esplicazione del godimento-atto da parte del beneficiario, quale esercizio del di lui *potere*, sulla *propria* entità) [22]. Il negozio con cui si attribuisce il godimento, pertanto, non è – beninteso, con riferimento a codesta porzione del programma – un negozio produttivo di obbligazioni, ma neppure un negozio *dispositivo* (in senso stretto) [23]. Del resto, che l'effetto costitutivo di diritti personali di godimento non risulti assimilabile ad un effetto *reale* può apprezzarsi, anche sul piano formale, in virtù di una piana lettura dell'art. 1376 cod. civ., il quale contempla bensì, come propria modalità, il *trasferimento* di proprietà, diritti reali diversi dalla proprietà ed altri diritti, ma limita la *costituzione* ai soli diritti *reali*.

Insomma, l'attribuzione del godimento, sul piano effettuale, non s'identifica né con un effetto costitutivo di obbligazioni, né con un effetto reale; le situazioni soggettive costituite dall'effetto sono situazioni non creditorie, nel cui contenuto si rinviene un *potere* di godimento, ma le quali, altrimenti dalle situazioni reali, non insistono *sulla* entità, al cui godimento il titolare è interessato.

Orbene, la peculiarità dell'effetto costitutivo, e della situazione costituita, ha indotto parte degli interpreti a fare ricorso, al fine della sistemazione, alle categorie dell'autorizzazione (in senso ampio) e, specificamen-

---

[20] Raccogliendo lo spunto offerto da M. COMPORTI, *Diritti reali in generale*, cit., 66 ss., 108 ss.

[21] In questa prospettiva potrebbe discorrersi, dunque, di diritti che, in quanto riferiti a cose corporali, hanno un *contenuto* analogo a quello delle situazioni reali (di godimento su cosa altrui), ed una *struttura* analoga a quella dei diritti di credito.

[22] Una concezione dei diritti personali di godimento come situazioni soggettive attive, al cui lato passivo si colloca una soggezione, sembra rinvenirsi, invero, nella pagina di U. NATOLI, *Il conflitto dei diritti e l'art. 1380 c.c.*, cit., *passim*, 103 ss.; v. anche R. MOSCHELLA, *I diritti personali di appartenenza*, cit., 388 ss. Va da sé che, nella specie, ad essere evocata è una soggezione intesa in senso ampio, come *impossibilità giuridica di esercizio di poteri* (produttivo dei relativi effetti) che formano il contenuto di diritti dei quali si è titolari: dal momento che, in quanto concepita (*stricto sensu*, e calibrata sulle situazioni attive del diritto potestativo o della potestà) come situazione di quanti non può *impedire la produzione di un effetto giuridico*, la soggezione, rispetto ai diritti personali di godimento, potrebbe (ordinariamente) involgere, tutt'al più, l'atto di godimento consistente nella separazione (dunque, nell'acquisto della proprietà) dei frutti, eventualmente prodotti dalla cosa, da parte del titolare. Resta fermo, però, che una siffatta situazione, propria del costituente, non dovrebbe essere confusa, in ogni caso, con quella di qualsivoglia *terzo*: *tutti* gli atti di godimento involgendo, s'intende, la sfera giuridica *del costituente* (titolare del diritto *sulla* cosa); né con un obbligo negativo, poiché il costituente *non può giuridicamente* (impedire l'esercizio del *potere* di godimento), e non già appena *non deve* ciò che, pur sempre, *giuridicamente può*.

[23] Analogamente, A. LUMINOSO, *La tutela aquiliana dei diritti personali di godimento*, cit., 203 ss. La peculiarità dell'effetto-attribuzione del godimento è affermata (ed argomentata), di recente, da N. CIPRIANI, *Il comodato*, in *Tratt. dir. civ. del Consiglio Nazionale del Notariato*, diretto da P. PERLINGIERI, Esi, 2005, 294 ss., laddove considera tale effetto come non obbligatorio, e però «continuativo, perché lo spostamento (per definizione temporaneo) della titolarità del potere di godimento trova una sua giustificazione di momento in momento nel contratto».



te, del permesso. Si segnala, così, il tentativo di concepire la consegna come atto autorizzativo (*i.e.* permissivo in ordine al compimento di atti di godimento), innestantesi su un contratto (di godimento) puramente produttivo di effetti obbligatori; si segnala, altresì, la prospettazione dell'esserci di un permesso (a compiere atti di godimento), adietto al medesimo contratto (di godimento) puramente produttivo di effetti obbligatori [24]. In altre parole, secondando siffatte ricostruzioni, il godimento(-atto) del beneficiario dell'attribuzione si atteggerebbe a guisa di un atto d'ingerenza nella sfera giuridica del costituente – con particolare riguardo al diritto da quest'ultimo vantato sulla entità, sostrato materiale del comportamento d'ingerenza –, reso *lecito* (*i.e.* non *antigiuridico*) dal di lui consenso. Tale consenso, caratterizzato da una *irrevocabilità* che ripete dal contratto (di godimento) e costitutivo di una *facultas agendi* (quale postulato logico-giuridico, se non altro, della non *antigiuridicità* della ingerenza permessa) [25], sarebbe, ora, un atto unilaterale [26], strutturalmente separato dal contratto (di godimento); ora, risulterebbe (per dir così) *incluso* strutturalmente in un consenso *contrattuale*, e però non sarebbe ad esso omogeneo, di necessità, quanto a natura, essendo classificabile come (manifestazione di volontà) non negoziale [27].

Proprio in queste ultime notazioni si annida, tuttavia, il principale motivo di insoddisfazione, rispetto alla qualificazione dell'(atto di) attribuzione del godimento in termini di permesso. Invero, di là della indebita scissione (teoretica) di ciò che è (praticamente) concepito come unitario (permesso-contratto di godimento), il permesso produce, di principio, un effetto eliminabile dal *permittente*, mediante revoca del permesso: assunto aggirato, nella specie, appena mediante la forzatura concettuale di un permesso *necessariamente irrevocabile*, che mutua la propria *necessaria irrevocabilità* giusto dal *contratto* (di godimento) cui si abbina; e, ad ogni modo, un effetto che potrebbe considerarsi costitutivo bensì di *facoltà*, ma non già di (veri e propri) *diritti soggettivi*. Ciò mal si attaglia ad una fattispecie imperniata su un negozio giuridico [28] e, soprattutto,

---

[24] Cfr., in particolare e pur con varie intonazioni, U. RATTI, *Sul diritto di godimento del locatario*, cit., 497 ss., il quale pure definisce tale atto come «permesso a godere»; E. BASSANELLI, *Note introduttive allo studio della locazione dei fondi rustici*, cit., 637 ss., benché reputando il *permesso* «collegato» a (nonché «implicito nell'assunzione» di) un obbligo di *pati*; G. DEIANA, *Considerazioni sul diritto di godimento del conduttore*, in AA.VV., *Studi in onore di A. Cicu*, I, Giuffrè, 1951, spec. 240 ss., che discorre di «assenso irrevocabile» del costituente. Similmente intonata appare, inoltre, la posizione di V. PANUCCIO, *Le dichiarazioni non negoziali di volontà*, Giuffrè, 1966, 53 ss., spec. 79 s., nel testo e nt. 66, il quale, a proposito del comodato, discorre di negozio «alla base» del quale «c'è un permesso».

[25] In tal senso, specialmente, V. PANUCCIO, *Le dichiarazioni non negoziali di volontà*, cit., 61. Con formale riferimento al consenso dell'avente diritto, C. PEDRAZZI, voce *Consenso dell'avente diritto*, in *Enc. dir.*, IX, Giuffrè, 1961, 145, afferma che quella della costituzione di una *facoltà* è «una formula più espressiva che sostanziosa», dacché, «se il consenso viene tempestivamente revocato, sul piano giuridico nulla si è mosso, senza bisogno di ipotizzare un'ingombrante vicenda estintiva». Gli è, peraltro, che la situazione in cui viene a trovarsi il soggetto il quale, in grazia del permesso, *può lecitamente* – già *prima* (anzitutto, sul piano logico), s'intende, dell'*effettivo compimento* – tenere un determinato comportamento (materiale), altrimenti *antigiuridico*, potrebbe bensì qualificarsi, in ossequio ad una dicitura tradizionale ed ancora diffusa, come (mera) *facoltà*, costituita dal permesso: con la precisazione, scontata, che si tratterebbe di una facoltà non assistita da garanzie giuridiche di conservazione, né di realizzazione, in quanto non integrante il contenuto di un (vero e proprio) *diritto soggettivo*. Se così non fosse, del resto, occorrerebbe, in alternativa, teorizzare un consenso (*i.e.* un atto di autonomia privata) che intervenisse immediatamente sulla qualificazione giuridica di un fatto (come *non antigiuridico*, in luogo di *antigiuridico*).

[26] Nella costruzione di U. RATTI, *Sul diritto di godimento del locatario*, cit., 497, tale atto assume, invero, natura *negoziale*, atteggiandosi, dunque, come atto autorizzativo in senso stretto; ma, sul punto, v. E. BASSANELLI, *Note introduttive allo studio della locazione dei fondi rustici*, cit., 644 ss.

[27] Un'analitica disamina, in punto, si riscontra in V. PANUCCIO, *Le dichiarazioni non negoziali di volontà*, cit., 78 ss., ove il permesso viene qualificato come manifestazione non negoziale di volontà.

[28] V. sempre V. PANUCCIO, *Le dichiarazioni non negoziali di volontà*, cit., 305 ss., la cui sistemazione individua il momento di distinzione tra *atto negoziale* e *non negoziale di volontà* nella (differente) efficacia, nelle (differenti) «trasformazioni giuridiche» innescate dal fatto: «il negozio giuridico (…) opera un mutamento sostanziale dello stato giuridico preesistente; la situazione giuridica sulla base della quale muovono le dichiarazioni non negoziali di volontà sembra invece restare sostanzialmente immutata».



all'interesse (del beneficiario) sottostante ad un'attribuzione del godimento che si aggancia ad un (complessivo) programma negoziale, infirmando il principio di *convenienza dell'effetto al fatto* (ed all'interesse, evidenziato dal fatto)[29]. Inoltre, un tanto sarebbe difficilmente accettabile, alla luce dell'asimmetria disciplinare che finirebbe per connotare le reciproche attribuzioni sinallagmatiche, allorquando l'attribuzione del godimento rappresentasse il termine di uno *scambio*.

Il vero è che il godimento, in relazione ad un contratto (di godimento), può assumersi, semmai, *promesso* (in senso ampio)[30], piuttosto che *permesso*; simmetricamente, l'interesse al godimento del beneficiario dell'attribuzione deve considerarsi assistito da garanzie giuridiche di conservazione e realizzazione irriducibili alla costituzione di una (mera) *facoltà*, in funzione appena di esclusione dell'*antigiuridicità* del comportamento consentito[31]. Nemmeno vi è ragione di negare che l'effetto si radichi nella medesima dichiarazione negoziale (*rectius*, contrattuale) costitutiva del contratto (di godimento)[32]: *di per sé* irrevocabile ed impegnativa, quantunque non importante la costituzione di obbligazioni in testa al dichiarante, ed idonea alla scaturigine di diritti personali di godimento declinati come (veri e propri) diritti soggettivi, il cui esercizio sorreggerebbe bensì, in ogni caso, la *liceità* del comportamento del titolare. Un tanto sembra, di nuovo, pacifico con riferimento ai contratti di *scambio*; ma non diversamente è a dirsi con riferimento ai contratti *gratuiti*: laddove la prospettazione di un permesso (a compiere atti di godimento) adietto al contratto (di godimento), in luogo di un contratto (costitutivo di un *diritto* di godimento) punto, non appare affatto giustificata dal diritto positivo, che appena in ragione della gratuità (art. 1809, comma 2, cod. civ.) o della indeterminatezza della durata del vincolo (art. 1810 cod. civ.) assegna al concedente un potere – non già di revocare un permesso, bensì – di *recedere* dal rapporto contrattuale[33].

In definitiva, sul piano della fattispecie, l'attribuzione del godimento si sostanzia, sempre, in una manifestazione di volontà negoziale; la peculiarità dell'effetto costitutivo, sì come della situazione soggettiva costituita, nonché compatibile con tale inquadramento, risulta, di massima, finanche reclamarlo.

**3. –** Alla luce della digressione condotta nel precedente paragrafo può, ora, approcciarsi il problema qualificatorio del consenso al trattamento dell'*interessato*, in relazione alle operazioni economiche di *scambio* tra *fornitura* di dati personali del contraente, con attribuzione del (relativo) *potere*, e *fornitura* di contenuti o servizi digitali.

Invero, riprendendo quanto accennato in esordio, interesse del *fornitore* del contenuto o servizio digitale nell'ambito delle predette operazioni è, tipicamente, quello di conseguire la *disponibilità* (*rectius*, innanzitutto, la *conoscenza*) della informazione, sì da poterla, dipoi, (trattare per fini commerciali, *i.e.*) *sfrut-*

[29] Cfr. A. FALZEA, *Efficacia giuridica*, oggi in ID., *Ricerche di teoria generale del diritto e di dogmatica giuridica*, cit., 63 s.

[30] Cioè a dire, oggetto di una promessa negoziale di attribuzione, che non implica, di necessità, la scaturigine di effetti obbligatori.

[31] La variabile considerazione giuridica dell'interesse al compimento di atti su cose corporali altrui, al fine di ritrarne utilità, è oggetto di approfondimento in F. GIGLIOTTI, *Diritti personali di godimento*, cit., 66 ss., spec. 71 ss., ove l'Autore distingue tra godimento *tollerato*, *permesso* e *giuridicamente protetto*. Non è dubbio che solo in quest'ultimo caso possa discorrersi di *diritti* di godimento, costituiti in capo al soggetto latore dell'interesse al godimento; solo in quest'ultimo caso conviene, pertanto, discorrere di (vera e propria) attribuzione del godimento.

[32] Per tutti, puntualmente, v. già L. MOSCO, *I frutti nel diritto positivo*, cit., 414.

[33] Per la qualificazione del potere del comodante, configurato dagli artt. 1809 s. cod. civ., in termini di (potere di) recesso, v. G. GABRIELLI, *Vincolo contrattuale e recesso unilaterale*, Giuffrè, 1985, 18; di recente, cfr. anche M. FRANZONI, *Degli effetti del contratto. I. Artt. 1372-1373*, 2ª ed., in *Commentario cod. civ.*, diretto da SCHLESINGER, Giuffrè, 2013, 351 s., 382 s., 403.



*tare economicamente*. Orbene, il primo, strumentale [34] aspetto dell'interesse del *fornitore* del contenuto o servizio digitale, come interesse alla (conoscenza dell')informazione-*contenuto* in virtù (della disponibilità) di un *mezzo di informazione*, adeguatamente *veicolato*, appare assimilabile, in una prospettiva funzionale, a quello che, con riguardo all'attribuzione del godimento di cose corporali, connota la *consegna* delle cose; e, nell'attribuzione del godimento di entità immateriali, caratterizza la *messa a disposizione* delle entità (nonché, s'intende, di un mezzo materiale di *esteriorizzazione*) [35]. La consegna-messa a disposizione è, si vuol intendere, atto necessario a consentire una (compiuta) esplicazione del *potere* di godimento od *utilizzazione* della entità, che l'attribuzione costituisce, allo stesso modo in cui l'ingresso della informazione nella sfera di cognizione (e disponibilità), di quanti intende (trattarla, sì da) *sfruttarla economicamente*, è atto necessario al suo *sfruttamento economico*. Nella medesima prospettiva, l'aspetto preminente dell'interesse del *fornitore* del contenuto o servizio digitale, imperniato sullo *sfruttamento economico* del dato personale, altro non è se non un interesse al *godimento* della informazione (concernente la persona altrui), ragguagliabile funzionalmente all'interesse al godimento di cose corporali, od alla *utilizzazione* di entità immateriali (in genere) [36].

Dal lato dell'*interessato*, del resto, il consenso al trattamento, in quanto pertinente ad un assetto d'interessi caratterizzante una operazione economica di *scambio*, pure è suscettibile d'implicare una forma di godimento dei dati personali, in ciò che ad altri se ne consente lo *sfruttamento economico* giusto nella prospettiva del conseguimento, per tal via, di una *corrispettiva* utilità economica (*i.e.* la *fornitura* di contenuti o servizi digitali).

Un tanto stabilito, occorre verificare quali siano i *mezzi* che, tipicamente, *fornitore* del contenuto o servizio digitale ed *interessato* contemplano, al momento della formalizzazione giuridica della operazione economica, sì da realizzare gli interessi di cui sono latori; beninteso, avendo riguardo – nella prospettiva di una immediata integrazione di *problema* e *sistema* [37] – alla cornice del diritto positivo vigente.

L'interesse allo *sfruttamento economico* del dato personale, in astratto, potrebbe essere appagato, difatti, financo dal *trasferimento* di un diritto di stampo *proprietario* – cioè a dire, (almeno) modellato sul paradigma di un diritto (assolutamente) *esclusivo*, caratterizzato da *perpetuità* o, tutt'al più, da *lunga durata* ed a contenuto (massimamente) *generale* – sul dato, dall'*interessato* al *fornitore* del contenuto o servizio digitale; ovvero, dalla *costituzione* di un diritto, corrispondente al paradigma dei diritti reali di godimento (diversi dalla proprietà), sul medesimo dato; oppure ancora, dall'attribuzione del godimento del dato, *sub specie* di costituzione di un diritto di (godimento; meglio, di) *utilizzazione* di carattere personale; infine, da un'auto-

[34] La *sussidiarietà* della *trasmissione-messa a disposizione* dei dati personali, rispetto al consenso al trattamento (che ne consente, s'intende, lo *sfruttamento economico*), è fotografata, fra gli altri, da A. DE FRANCESCHI, *La circolazione dei dati personali tra* privacy *e contratto*, cit., 70 ss. Gli è, d'altro canto, che «la raccolta è *condicio sine qua non* per il successivo trattamento dei dati personali»: v. C. ANGIOLINI, *Lo statuto dei dati personali*, cit., 16.

[35] L'assimilazione appare immediata, allorquando l'*interessato* debba *trasmettere attivamente* (*i.e.* comunicare) le informazioni; ma non altrimenti è a dirsi per la ipotesi in cui sia bastevole un di lui contegno *inattivo*, corrispondente ad una (ideale) *messa a disposizione* delle informazioni, apprese (per dir così) *direttamente* dalla controparte (meglio, apprese dalla controparte mediante osservazione del comportamento bensì positivo dell'*interessato*, ma sostanziantesi in altro dalla comunicazione dei dati, in un determinato *contesto di raccolta*). Per la qualificazione dei dati personali come «oggetto della prestazione», a prescindere dal tipo di comportamento atteso dall'*interessato*, v., ancora, A. DE FRANCESCHI, *La circolazione dei dati personali tra* privacy *e contratto*, cit., 68 ss.

[36] Già con riguardo al godimento di creazioni intellettuali la dottrina discorre, da tempo, di un «godimento economico», che «si manifesta e si attua secondo forme e mezzi differenti da quelli che contraddistinguono il godimento delle cose corporali», in quanto avente carattere «dinamico o indiretto»: cfr., per tutti, A. LUMINOSO, *La tutela aquiliana dei diritti personali di godimento*, cit., 350.

[37] D'obbligo, in punto, il rinvio a L. MENGONI, *Dogmatica giuridica*, oggi (con questo titolo) in L. MENGONI, F. MODUGNO, F. RIMOLI, *Sistema e problema. Saggi di teoria dei sistemi giuridici*, 2ª ed., Giappichelli, 2017, p. 107 ss.



rizzazione (in senso ampio), da un permesso, legittimante il godimento del dato appena nella guisa della costituzione di una (mera) facoltà.

Ebbene, sembra doversi escludere, di principio, che – di là della varietà dei regolamenti potenzialmente rinvenibili nella prassi negoziale, e del rilievo della consueta esorbitanza rispetto ai fini pratici – possa configurarsi una vicenda traslativa di un diritto *proprietario* sul dato personale [38]. La conclusione appare d'obbligo, per quanti assumono che un *potere* di *sfruttare economicamente* i dati personali integri già il contenuto (pure *patrimoniale*) di un *unico* diritto *della personalità* [39]; ma, quand'anche si adottasse una impostazione *dualistica* [40], assumendo la formalizzazione giuridica dell'interesse a *non far conoscere* l'informazione come diritto (personale-morale) alla protezione dei dati personali (ancillare, per vero, ad interessi sostanziali fondamentali della persona: dalla riservatezza alla identità personale) [41], e quella dell'interesse *a far conoscere* (per *sfruttare economicamente*) l'informazione – sotteso alla manifestazione del consenso al trattamento da parte dell'*interessato* – come diritto (patrimoniale) di *utilizzazione*, l'esito non cambierebbe. Non tanto, per vero, in ragione della peculiare *natura* (in sé) del dato personale, la quale – come già, per vero, può asserirsi in relazione a *qualsiasi* entità immateriale – rende problematico prospettare, pure in relazione all'*interessato*, gli estremi di una situazione soggettiva *sinceramente* proprietaria [42]; e nemmeno allorché si volesse qualificare il dato personale come bene giuridico (dunque, *oggetto* di un diritto patrimoniale di *utilizzazione*) appena nel momento in cui l'informazione fosse ammessa alla cognizione(-disponibilità) di *altri* dall'*inte-*

[38] In tal senso, già A. ORESTANO, *La circolazione dei dati personali*, in R. PARDOLESI (a cura di), *Diritto alla riservatezza e circolazione dei dati personali*, II, Giuffrè, 2003, 142 ss., nel vigore del d.lgs. n. 196 del 2003.

[39] In generale, per una impostazione *monistica* in materia di diritti della personalità, v., fra gli altri, A. ZOPPINI, *Le «nuove proprietà» nella trasmissione ereditaria della ricchezza (note a margine della teoria dei beni)*, in *Riv. dir. civ.*, 2000, I, 235 ss.; G. RESTA, *Autonomia privata e diritti della personalità. Il problema dello sfruttamento economico degli attributi della persona in prospettiva comparatistica*, Jovene, 2005, 238 ss., il quale, a proposito dei diritti della personalità, discorre di situazioni «a struttura duplice e contenuto complesso»; v. anche, più di recente, ID., *Nuovi beni immateriali e* numerus clausus *dei diritti esclusivi*, in ID. (a cura di), *Diritti esclusivi e nuovi beni immateriali*, in *Nuova giur. dir. civ. comm.*, Bigiavi, Utet, 2010, spec. 36 ss.

[40] In questa direzione, se ben s'intende, v. L.C. UBERTAZZI, *Proprietà intellettuale e* privacy, in ID. (a cura di), *Il regolamento Agcom sul diritto d'autore*, Giappichelli, 2014, 45 ss. Con riguardo agli attributi immateriali della persona, costituiti dal nome e dall'immagine, v., per una costruzione consimile, C. SCOGNAMIGLIO, *Il diritto di utilizzazione economica del nome e dell'immagine delle persone celebri*, in *Dir. inf.*, 1988, 1 ss., spec. p. 26 ss.

[41] La rilevanza del collegamento fra protezione dei dati personali e diritto all'identità personale – in dottrina, fra i molti, cfr. A. FICI, E. PELLECCHIA, *Il consenso al trattamento*, in R. PARDOLESI (a cura di), *Diritto alla riservatezza e circolazione dei dati personali*, I, Giuffrè, 2003, 499 ss. – si apprezza, per vero, anche sul piano dell'interesse a *far conoscere* bensì, informazioni personali (si badi) *corrette*: tutelato, segnatamente, dagli artt. 16 e 18 s. *GDPR* (*i.e.* disciplina del diritto c.d. di *rettifica* dell'*interessato*).

[42] G. RESTA, *I dati personali oggetto del contratto*, cit., 127, esclude che possano configurarsi «diritti esclusivi aventi contenuto patrimoniale sui dati personali», sebbene avendo essenziale riguardo alla prospettiva della *circolazione* di essi (non già, s'intende, nella prospettiva *statica* di un eventuale diritto patrimoniale di *utilizzazione* dell'*interessato*); v. anche ID., *Towards a unified regime of data-rights? Rapport de synthèse*, in T. PERTOT, M. SCHMIDT-KESSEL, F. PADOVINI (a cura di), *Rechte an Daten*, cit., 239 s, ove l'Autore fa leva, fra l'altro, sulla natura fondamentale del diritto alla protezione dei dati personali (art. 8 *Carta dei diritti dell'Unione Europea*) e (proprio) sulla *inalienabilità* dei dati, in virtù dell'art. 7, comma 3, *GDPR*; in tema, da ultimo, cfr. anche G. VERSACI, *La contrattualizzazione dei dati personali dei consumatori*, cit., 87 ss. Può rimandarsi, comunque, a quanto riferito nel paragrafo precedente, nel testo e nella nt. 15, a proposito delle situazioni concernenti entità immateriali (in genere); queste ultime, invero, sono suscettive di un godimento *peculiare*, e non conoscono (giammai) una *esclusività* «sul piano fenomenico ed empirico» (*i.e.* le entità immateriali sono bensì suscettive, sul piano fenomenologico, di godimento *contemporaneo* da parte di una *pluralità* di soggetti), sicché, laddove ricorre, essa è (sempre) «creata esclusivamente dalla legge», a tutela (*in primis*) di chi le entità *crea* – ma non altrimenti è a dirsi, a ben osservare, per lo sfruttamento economico di attributi immateriali della persona, quale l'immagine (*rectius*, il ritratto), laddove *dominus* (*esclusivo*) circa la decisione in ordine allo sfruttamento, ed alle sue modalità, è, di principio, la persona cui gli attributi si riferiscono (art. 96 l.d.a.) –: v., per tutti, M. COMPORTI, *Diritti reali in generale*, cit., 120, nt. 161. Insomma, il problema appare, anche nel caso dei dati personali, di diritto positivo (a monte, di politica del diritto), e della sua esatta intelligenza.



*ressato* (dunque, in ipotesi, della sua controparte contrattuale)[43], (ancora) in linea di sostanziale continuità con la esigenza di *esteriorizzazione* di entità immateriali (perlomeno, *creative*) che ambiscono ad assurgere al medesimo rango[44]. Gli è, soprattutto, che la vicenda traslativa consta di due momenti costitutivi, aventi carattere di *definitività*: la *perdita* del diritto per il disponente-già titolare e l'*acquisto* (in senso stretto) per l'acquirente-nuovo titolare. E però, nella ipotesi in esame, da un canto, non è dubbio che l'*interessato* non *dismetta* (in modo *definitivo*), col consenso al trattamento, *ogni* prerogativa sui dati personali – ivi compreso, si badi, il potere di far pervenire i dati nella cognizione(-disponibilità) di *terzi* –, né tampoco *ogni* prerogativa può, *sinteticamente*, essere *acquistata* dal titolare del trattamento (arg. *ex* artt. 5 s., 18 ss. *GDPR*)[45]; dall'altro, il consenso al trattamento risulta, comunque, *liberamente revocabile* (con effetti, del resto, *ex nunc*) *in qualunque momento* (art. 7, comma 3, *GDPR*)[46]. La vigenza di norme inderogabili, che attribuiscono preminente (arg. anche *ex* artt. 3, comma 8, e 16, comma 2, Dir. UE n. 770 del 2019)[47] rilevanza all'interesse (personale-morale) alla protezione dei dati[48] – ovvero, in alcune ipotesi, sono funzionali a pro-

[43] Di recente, in questo senso, v. C. ANGIOLINI, *Lo statuto dei dati personali*, cit., 98 ss., laddove prospetta una «oggettivazione» dei dati personali, con la «separazione (…) dalla persona», in occasione della *raccolta*, ed in ragione della disciplina positiva della *raccolta* e della *conservazione*. Sul piano *logico*, ad ogni modo, potrebbe ancora astrattamente immaginarsi la costituzione – preceduta, semmai, da un'aspettativa (in senso ampio) – di un diritto (patrimoniale) di *utilizzazione*, diverso dal diritto (personale-morale) alla protezione dei dati personali (alla riservatezza, all'identità personale) ed affine – (almeno) quanto all'attributo della *esclusività* – ad un diritto *proprietario*, *antecedente* (quantunque, *cronologicamente*, contestuale) ad un suo *trasferimento*. Il problema, come già accennato nella nt. precedente e come pure si ribadirà a breve, è che un tale *trasferimento* non appare davvero configurabile, nel prisma del diritto positivo.

[44] Al riguardo, cfr., ampiamente, F. VOLTAGGIO LUCCHESI, *I beni immateriali*, cit., *passim*, spec. 222 ss., quantunque nel contesto di una ricostruzione che sembra assimilare (sempre) *esteriorizzazione* e *pubblicazione*. Invero, che l'entità immateriale sia qualificabile come bene giuridico, perlomeno con riguardo alle opere dell'ingegno che formano oggetto di diritti (patrimoniali) d'autore, già al tempo della *creazione* (*i.e.* della oggettivazione di un'idea la quale, non più *in mente retenta*, siasi bensì tradotta in un *quid esterno della sfera dell'ideatore*: ed in tal senso, dunque, possa considerarsi *esteriorizzata*), appare sancito dal diritto positivo: in particolare, laddove delinea un acquisto a titolo originario a vantaggio del creatore, in conseguenza (appunto) della (mera) *creazione*, dei diritti esclusivi di pubblicazione ed utilizzazione economica (artt. 2576 ss. cod. civ. e artt. 6 ss. l.d.a.; e, si badi, *ex* art. 12, comma 3, l.d.a. l'utilizzazione economica potrebbe pure precedere la pubblicazione, appena *venendo* quella *considerata*, nel caso, *come prima pubblicazione*). Voltaggio Lucchesi, invece, finisce per ricollegare alla creazione la costituzione di un diritto «preliminare», che diventerebbe (vero e proprio) diritto su un bene immateriale soltanto con la (prima) esteriorizzazione-pubblicazione. Con riguardo, altresì, allo *sfruttamento economico* degli attributi immateriali della persona, v. la costruzione di D. MESSINETTI, voce *Personalità (diritti della)*, in *Enc. dir.*, XXXIII, Giuffrè, 1983, 404, laddove assume che un bene giuridico (rappresentato, peraltro, da un «risultato economico», conseguibile, nell'esempio rappresentato dall'illustre Autore, a fronte della *esteriorizzazione* dell'immagine) si configuri appena a fronte della manifestazione di un consenso *autorizzativo-permissivo* del soggetto, cui gli attributi si riferiscono; anche tale costruzione, peraltro, appare – analogamente alla premessa del predetto assunto, che ravvisa nella tutela giuridica della persona (in quanto tale) il modulo di un obbligo generale di astensione, radicato direttamente nelle relative norme (attributive di rilevanza positiva agli interessi della persona) – meritevole di una disamina critica, impossibile, e però, da realizzare nel presente contributo.

[45] Un tanto implicherebbe, per un verso, il ricorrere di un contenuto *non* generale – in ossequio, beninteso, al requisito della *specificità* del consenso – dell'eventuale diritto *trasferito* al titolare del trattamento; per altro verso, la configurazione di un suo (immanente) carattere *non* esclusivo.

[46] Con ciò imprimendo al diritto una (immanente) connotazione *precaria*; in termini consimili, v. A. NICOLUSSI, voce *Autonomia privata e diritti della persona*, in *Enc. dir. Annali*, IV, Giuffrè, 2011, 137. In ipotesi, si potrebbe bensì immaginare che la revoca del consenso implichi (o inneschi) una vicenda risolutiva di un effetto traslativo (prodotto dal preteso negozio di *trasferimento* di un *diritto sui dati personali*), *sub specie* di (avveramento di una) condizione (legale) risolutiva (meramente) potestativa. In senso contrario, peraltro, sembrano militare *e* la positiva irretroattività degli effetti della revoca (nel prisma sistematico, per quanto rilevante, dell'art. 1360 cod. civ.), *e*, in ispecie, la circostanza che i *poteri* dell'interessato in relazione ai dati personali, una volta manifestato il consenso, non riescono punto riducibili al compimento di (meri) atti conservativi (art. 1356, comma 2, cod. civ.).

[47] V. anche il contenuto dei cons. nn. 37 ss., 48, 69 ss. della medesima Direttiva.

[48] Ossia, si ripete, all'interesse sostanziale *a non far conoscere* i *propri* dati personali (od a far conoscere dati *corretti*). Un tanto,



muoverne la circolazione (in senso ampio) –, interferisce, così, con gli interessi (patrimoniali), la cui realizzazione è divisata nella operazione economica di *scambio* tra *fornitura* di dati personali, con attribuzione di un (relativo) *potere* di trattamento, e *fornitura* di contenuti o servizi digitali; il mezzo formale di realizzazione di questi ultimi interessi non può non assumere, pertanto, una conformazione distintiva, irriducibile allo schema del *trasferimento* di una situazione conforme al modello *proprietario*.

Osservazioni non distanti dovrebbero escludere, inoltre, la tesi della vicenda costitutiva di situazioni soggettive assimilabili ai diritti reali di godimento (diversi dalla proprietà). Gli aspetti della (immanente) *indipendenza*, della *perpetuità* o, tutt'al più, *lunga durata* e della (tendenziale) *generalità* (del contenuto) di tali diritti sarebbero poco congeniali, di nuovo, allo statuto positivo dei dati personali; e l'effetto relativo alla predetta vicenda non importerebbe la genesi di un *rapporto* (*negoziale*), proiettato nel futuro rispetto al perfezionamento dell'atto, fra i soggetti coinvolti, realizzandosi il programma negoziale *istantaneamente*. Il contrario, purtuttavia, sembra suggerito proprio dalla summenzionata disciplina positiva.

Più plausibile riesce immaginare che, in forza del contratto, l'*interessato* attribuisca il godimento dei dati personali, immessi nella sfera di cognizione (e disponibilità) del *fornitore* del contenuto o servizio digitale: costituendosi a vantaggio di quest'ultimo, semmai al tempo della *messa a disposizione-raccolta*, un diritto personale di (godimento; *rectius*, di) *utilizzazione*, avvicinabile a quello del licenziatario in forza di una licenza, segnatamente *non esclusiva* [49]. Gli attributi (immanenti) della *dipendenza*, della *temporaneità* e della *specialità* contenutistica dei diritti personali di godimento (od *utilizzazione*) appaiono coerenti con un *potere* di trattamento caratterizzato da *precarietà*, dal necessitato aggancio con modalità di *sfruttamento economico specifiche* – compendiante il necessitato, *specifico* consenso dell'*interessato* al fine della circolazione (in senso ampio) – e, di massima, da limiti cronologici collegati alla realizzazione delle *finalità* di *sfruttamento economico* (arg. *ex* artt. 1587, n. 1, 1809, comma 1, 1962, comma 1, cod. civ.; art. 23, commi 2 s., cod. p.i.) [50]. La dimensione del *rapporto* (*negoziale*), che il diritto personale di godimento (od *utilizzazione*) reca seco [51], ben si confà alla disciplina della *revoca* del consenso al trattamento. La collocazione dell'effetto costitutivo della situazione su un terreno diverso, nonché dall'effetto reale, dall'effetto obbligatorio, consente, infine, di superare potenziali ostacoli allo sdoganamento della ricostruzione: sia di ordine dogmatico, per ciò che il trattamento dei dati personali da parte del *fornitore* del contenuto o del servizio digitale non esige alcuna cooperazione da parte dell'*interessato*; sia di diritto positivo, per ciò che

anche ad immaginare l'esserci di un diritto (patrimoniale) di *utilizzazione*, *simil-proprietario*, in capo all'*interessato*, e però non *trasferibile*.

[49] A proposito delle licenze in relazione ad opere dell'ingegno, rileva P. AUTERI, *I contratti sui diritti d'autore: profili generali*, cit., 554, che «i diritti che con i contratti di licenza vengono attribuiti ai licenziatari, quale che ne sia la portata, consistono nel potere di usufruire di prerogative spettanti al titolare, utilizzando l'opera mediante attività economiche nei rapporti con terzi»; allorquando si tratti, in particolare, di licenza *senza esclusiva*, il licenziante si riserva la «facoltà di concedere altre licenze». Merita ricordare che, giusta una impostazione risalente ma autorevole, l'attribuzione del godimento (*sub specie* di costituzione di diritti personali di godimento) sarebbe riguardabile come una *cessione dell'esercizio* del diritto del costituente, cioè a dire, precisamente, quale costituzione di un *potere* di esercitare le prerogative di cui il costituente è (e permane) titolare: cfr. spec. L. MOSCO, *I frutti nel diritto positivo*, cit., 332, 340; L. MENGONI, *Conflitto tra locatari possessori successivi (art. 1380, comma 1, c.c.)*, cit., 505 ss.

[50] Merita segnalare che, con riferimento ai contratti in materia di proprietà industriale, qualora fosse dubbia la qualificazione di un determinato contratto come licenza o cessione, in accordo alla dottrina specialistica dovrebbe «prevalere la qualificazione di licenza», perché «il titolare della privativa sarà tipicamente disposto a spogliarsi delle sue prerogative, solo nella misura strettamente necessaria al raggiungimento dello scopo pratico perseguito con quell'atto, tenuto conto di tutte le circostanze rilevanti»: così, P. FABBIO, *Contratti sulla proprietà industriale: fonti, funzioni e principi*, in *Tratt. dei contratti*, diretto da ROPPO, II, cit., 738.

[51] Osserva P. AUTERI, *I contratti sui diritti d'autore: profili generali*, cit., 555, che, ad assegnare al diritto «anche esclusivo del licenziatario e dell'editore carattere personale (…) è la considerazione che tali diritti derivano da contratti a prestazioni corrispettive di durata e che il diritto dipende da tale rapporto, è strettamente intrecciato con lo stesso e ne segue le sorti».



l'attribuzione del godimento non si risolve in alcun *obbligo di consentire il trattamento*, e non può impingere, *in assoluto*, contro le previsioni positive circa la *libertà* del consenso al trattamento (artt. 4, n. 11, 7, comma 4, *GDPR*) [52]. In questa direzione appare, invero, orientarsi, in modo più o meno esplicito, una parte degli interpreti [53].

Se così è, dovrebbe discenderne che il consenso al trattamento, laddove manifestato in relazione ad un programma negoziale e, specificamente, ad una operazione economica di *scambio*, assuma natura di (elemento del) consenso *contrattuale*, cioè a dire di (parte della) dichiarazione del contraente, e di (parte del) contenuto di un contratto (di *fornitura* di contenuti o servizi digitali, verso il corrispettivo della *fornitura* di dati personali) sinallagmatico; tanto più, risultando esso attratto nella dimensione (appunto) del sinallagma, in quanto fonte dell'effetto costitutivo del *potere* di trattamento del dato personale-attribuzione *corrispettiva* della *fornitura* di contenuti o servizi digitali [54].

Per ciò stesso, in coerenza con le osservazioni già spese nel precedente paragrafo, arduo appare un suo inquadramento nell'area delle autorizzazioni (in senso ampio), *sub specie* di permesso [55], innestantesi su un

---

[52] Cfr., fra i molti, G. RESTA, *I dati personali oggetto del contratto*, cit., 145, laddove non ammette un contratto che obblighi l'*interessato* a prestare il consenso al trattamento, in quanto contrastante col «prototipo normativo del "consenso libero"». A tale censura sarebbe ancora obiettabile, in astratto, che *libero* potrebbe opinarsi bensì il consenso, al momento della (e in quanto riferito alla) ipotetica assunzione (volontaria) dell'obbligo; e, qualora in quel momento risultassero integrati (pure) i requisiti di cui alla disciplina positiva del *GDPR*, formalistica potrebbe apparire una posizione di chiusura in confronto della figura. La non necessaria cooperazione dell'interessato per il trattamento dei dati personali, (quantomeno) una volta *raccolti*, è ben sottolineata da C. ANGIOLINI, *Lo statuto dei dati personali*, cit., 2, 18, 27, 105.

[53] Cfr., fra gli altri, C. PERLINGIERI, *Profili civilistici dei* social networks, cit., spec. 88 ss., la quale, in materia di contratti fra *social networks* ed utenti, inquadra la esaminanda porzione del programma negoziale nello schema della licenza (e, più in generale, il contratto come «contratto di scambio di godimento di beni immateriali»); M. SCHMIDT-KESSEL, T. PERTOT, *«Donazione» di dati personali e risvolti successori*, cit., 909 ss., ove si accenna – citando a supporto (p. 910, nt. 34) la pronuncia *LG Berlin*, 17 dicembre 2015 – 20 O 172/15, disponibile in *dejure.org* – all'affinità della posizione dell'*interessato* a quella del locatore (*Vermieter*), in quanto soggetto che «concederebbe o si impegnerebbe a concedere (…) il diritto ad utilizzare e sfruttare le informazioni che lo riguardano»; V. RICCIUTO, *Il contratto ed i nuovi fenomeni patrimoniali: il caso della circolazione dei dati personali*, cit., 657, il quale discorre di un «diritto di godimento» relativo al dato che, non potendo «essere pienamente parificato a quello del conduttore che gode del bene in via esclusiva», induce ad interrogarsi circa la configurabilità di «una peculiare categoria di diritti di godimento privo dell'elemento dell'esclusività». Per la rilevanza del modello della licenza d'uso nel contesto delle transazioni del mercato digitale, cfr., inoltre, A. QUARTA, *Mercati senza scambi. La metamorfosi del contratto nel capitalismo della sorveglianza*, Esi, 2020, spec. 99 ss.

[54] In termini che non appaiono distonici, v. C. PERLINGIERI, *Data as the object of a contract and contract epistemology*, in T. PERTOT, M. SCHMIDT-KESSEL, F. PADOVINI (a cura di), *Rechte an Daten*, cit., 219 s., ove si legge che, se il consenso al trattamento può considerarsi un'autorizzazione (in senso ampio) «*for those contracts where personal data is exclusively instrumental to a particular purpose*», d'altro canto «*it is not a simple authorization, but a consent with contractual value if that consent is directed at the circulation of personal data*»; invero, «*the contractual clause allows to consider personal data as part of an exchange, in other words, as remuneration for services like e.g. access to online platforms*». Una tale conclusione sembra implicata anche dalle osservazioni funzionali di V. RICCIUTO, *Il contratto ed i nuovi fenomeni patrimoniali: il caso della circolazione dei dati personali*, cit., 657 s., secondo cui «la prestazione di un bene o di un servizio all'interessato non è semplicemente l'occasione fattuale o una mera circostanza nella quale quello stesso interessato presta il proprio consenso al trattamento dei dati personali, ma rappresenta la ragione economica concreta dell'operazione: l'interessato presta il proprio consenso al trattamento dei dati al fine di ottenere un servizio digitale da parte dell'operatore economico o un corrispettivo, mentre l'operatore economico fornisce un bene/servizio digitale oppure paga il corrispettivo al fine di poter sfruttare quella specifica ricchezza patrimonialmente valutabile che sono i dati personali dell'interessato. È questa, allora, la ragione pratica del contratto (…) l'accesso fornito ai dati personali dell'interessato indica "l'interesse che l'operazione contrattuale è diretta a soddisfare"».

[55] Giusta una tesi affacciata, recentemente, da F. BRAVO, *Il "diritto" a trattare dati personali nello svolgimento dell'attività economica*, cit., spec. 123 s., sulla scia di D. MESSINETTI, *Circolazione dei dati personali e dispositivi di regolazione dei poteri individuali*, cit., 350 ss. Quest'ultimo Autore, invero, affianca al consenso al trattamento «come condizione di accesso alla sfera di intimità personale», avente natura di permesso, un consenso (per dir così, *a valle*) rappresentante «la fonte della regola che conforma la fatti-



contratto (di *fornitura* di contenuti o servizi digitali) gratuito non contemplante, in ipotesi, il profilo del trattamento dei dati personali. Presa sul serio, una siffatta qualificazione, limitando le conseguenze sostanziali del consenso ad un'assegnazione di *liceità*, al trattamento operato dal *fornitore* del contenuto o servizio digitale, priverebbe quest'ultimo di *qualsivoglia* protezione giuridica, in punto *e* di *realizzazione*, *e* di *conservazione* dell'interesse allo *sfruttamento economico* dei dati personali: nei confronti, si presti attenzione, *sia* dell'*interessato*, *sia* di *terzi*; complesso sarebbe, allora, prospettare che, per converso, l'*interessato*, rispetto all'interesse alla *fornitura* di contenuti o servizi digitali, fosse tutelato alla stregua di un comune contraente, nell'ambito di un comune contratto di *scambio* [56]. La circostanza della *revocabilità* del consenso al trattamento non è bastevole a modificare l'assunto (s'intende, di un godimento *giuridicamente protetto*, e non solo *permesso*, dei dati personali), da parte del contraente-*titolare del trattamento* [57]: allorquando il consenso al trattamento si declinasse come (elemento di un) consenso *contrattuale*, il potere di *revoca* potrebbe ancora operare, sostanzialmente, nella veste formale di un potere (legale) di recesso unilaterale (*ad nutum*) dal contratto, similmente a quanto accade – sulla base, va da sé, di differenti *rationes* – nel comodato *precario* (art. 1810 cod. civ.) [58].

**4. –** Astrattamente concepibile sarebbe, piuttosto, l'esserci di un collegamento negoziale, fra un contratto *gratuito* di *fornitura* di contenuti o servizi digitali – non compendiante, cioè a dire, il consenso al trattamento dei dati personali del consumatore – ed un consenso al trattamento-*negozio* unilaterale [59]. La prospettazione,

---

specie circolatoria, determinandone i circuiti concreti», che andrebbe «analizzato come dispositivo negoziale»; in particolare, laddove «il dato personale viene trattato non come elemento costitutivo della persona, bensì piuttosto come oggetto di una notizia (…) i dispositivi di alleanza possono avere una veste contrattuale, con tutte le conseguenze che ne derivano».

[56] Con detrimento del medesimo *interessato*: v. V. RICCIUTO, *Il contratto ed i nuovi fenomeni patrimoniali: il caso della circolazione dei dati personali*, cit., 659, laddove osserva che «la prospettiva (…) "patrimoniale" si aggiunge ma non elide né nega la considerazione della persona nell'ambito del fenomeno disciplinato. Semplicemente arricchisce la sfera delle tutele azionabili», con «l'azione di esatto adempimento; la tutela contrattuale; la disciplina sulle pratiche commerciali scorrette ed in genere la tutela del consumatore». Può aggiungersi, in dettaglio, che una siffatta lettura, riportando tutti i contratti in esame nell'area della *gratuità* (quantunque *interessata*), rischierebbe di comportare, a stretto rigore, la esclusione dell'applicazione della Dir. UE n. 770 del 2019, relativamente a tutte le disposizioni che fanno riferimento ad un *corrispettivo* (in particolare, in seno alla disciplina della conformità del contenuto o servizio digitale al contratto, e dei relativi rimedi accordati al consumatore in caso di difetto: giustificati bensì nella prospettiva di un contratto di *scambio*; assai meno giustificabili nella prospettiva di un contratto *gratuito*).

[57] Del resto, il consenso dell'autore, nell'ambito di un contratto relativo alla *utilizzazione* della propria opera dell'ingegno, non cessa di essere contrattuale, nonostante a vantaggio di esso si riscontrino – in conformità delle relative disposizioni contenute nel cod. civ. e nella l.d.a. – diritti cc.dd. di *inedito*, di *pentimento*, alle *modifiche* ecc.

[58] In senso diverso, v. S. THOBANI, *Diritti della personalità e contratto: dalle fattispecie più tradizionali al trattamento in massa dei dati personali*, cit., 187, secondo la quale la (vera e propria) revoca del consenso potrebbe reagire sul rapporto contrattuale, semmai, *ex* art. 1463 cod. civ. Sembra, d'altronde, che scopo del legislatore europeo del *GDPR* non possa reputarsi quello di qualificare formalmente un atto dell'*interessato* (s'intende, come revoca in senso tecnico), sibbene quello di assicurare sostanzialmente – mediante una norma *materiale* – all'*interessato*, qualora intenda conseguirlo, il risultato della estinzione degli effetti del (manifestato) consenso al trattamento: che ciò avvenga mediante la (vera e propria) revoca di un consenso al trattamento (per dir così) *isolato*, ovvero mediante il recesso da un contratto che (per dir così) *incorpora* il consenso al trattamento.

[59] In questa direzione, v. C. CAMARDI, *Prime osservazioni sulla Direttiva (UE) 2019/770 sui contratti per la fornitura di contenuti e servizi digitali. Operazioni di consumo e circolazione di dati personali*, in *Giust. civ.*, 2019, 501 ss.; già, per la distinzione tra due atti negoziali, pur nel contesto di una operazione unitaria e, finanche, di una unica dichiarazione, G. DE CRISTOFARO, *Die datenschutzrechtliche Einwilligung als Gegenstand des Leistungsversprechens*, in T. PERTOT, M. SCHMIDT-KESSEL, F. PADOVINI (a cura di), *Rechte an Daten*, cit., 169 ss., il quale si riferisce ad un «*Einwilligungsgeschäft*» collegato ad un «*Vertrag zur Lieferung von Dienstleistungen*»; G. RESTA, *I dati personali oggetto del contratto*, cit., 144; (G. ALPA) G. RESTA, *Le persone fisiche e i diritti della personalità*, cit., 561 ss., ove l'Autore, in ciò che sostiene, precisamente, la *priorità logica* del consenso al trattamento (quale atto unilate-



tuttavia, abbisogna di essere puntualizzata; e rischia, ad ogni modo, di rappresentare una superfetazione, non davvero forzata dal diritto positivo.

In primo luogo, la disciplina del consenso al trattamento finanche postula, in modo esplicito, il ricorrere di una sua manifestazione compendiata in una dichiarazione *di più ampio contenuto* (arg. *ex* art. 7, comma 2, *GDPR*) [60]: quale sarebbe, va da sé, una dichiarazione *contrattuale*. In secondo luogo, di là del rilievo, formale, che appena un «contratto» – non, cioè a dire, (anche) un negozio unilaterale perfezionato dal consumatore; né tantomeno un collegamento fra un contratto ed un negozio unilaterale – è contemplato nella (sola, positiva) disciplina giuridica delle operazioni economiche nell'ambito delle quali un professionista *fornisce* contenuti o servizi digitali (art. 3, comma 1, Dir. UE n. 770 del 2019), gli è che la ricostruzione della operazione in termini di contratto di *scambio*, altresì nella ipotesi in cui il consumatore *fornisse* (*propri*) dati personali in luogo di pagare un corrispettivo pecuniario, appare reclamata dal sistema: *sia* nel prisma *specifico* della medesima disciplina positiva (*i.e.* dovendo il secondo periodo dell'art. 3, comma 1, Dir. UE n. 770 del 2019, nel frammento relativo al «caso», essere riguardato, si crede, alla luce del primo periodo della medesima disposizione) [61], *sia* avendo *generale* riguardo alla diversa declinazione della disciplina dei contratti di *scambio* rispetto a contratti *gratuiti* (parzialmente) omologhi per contenuto ed effetti (artt. 1470 ss. cod. civ. e 128 ss. cod. cons., in relazione agli artt. 769 ss. cod. civ.; artt. 1571 ss. cod. civ., l. n. 392/1978, l. n. 431/1998, in relazione agli artt. 1803 ss. cod. civ., e via elencando), al cospetto di un *identico* regime di disciplina disegnato dal diritto positivo (art. 3, comma 1, secondo periodo, prima parte, Dir. UE n. 770 del 2019) per (tutti) i contratti di *fornitura* di contenuti o servizi digitali (verso un *corrispettivo* pecuniario, sì come a fronte della *fornitura* di dati personali). La configurazione del collegamento negoziale, allora, potrebbe essere ammessa, a tutto concedere, appena

---

rale) rispetto al contratto di *fornitura* di contenuti o servizi digitali, echeggia la già rammentata costruzione (v. *supra*, nt. 44) di D. MESSINETTI, voce *Personalità (diritti della)*, cit., 404 s., in ordine ad uno sfruttamento economico degli attributi immateriali della persona (segnatamente, dell'immagine) da parte di altri transitante, *di necessità*, per un consenso (si badi, di carattere *autorizzativo-permissivo*) del soggetto, cui tali attributi si riferiscono.

[60] È d'uopo menzionare, al proposito, la posizione, similmente intonata a quella di cui alla nt. precedente, ma più prossima alla impostazione unitaria, di R. SENIGAGLIA, *La dimensione patrimoniale del diritto alla protezione dei dati personali*, cit., 760 ss., che discorre – argomentando dall'art. 4, n. 11, *GDPR* – di un consenso al trattamento avente una «funzione conformativa dell'oggetto del contratto», ed il quale – argomentando dall'art. 7, commi 1 s., *GDPR* – concorrerebbe col consenso *contrattuale* a configurare un (unico) «atto oggettivamente complesso». La tesi è brillante; si deve osservare, peraltro, che se la teoretica dell'atto oggettivamente complesso potrebbe ancora giudicarsi idonea a sistemare ipotesi – come, esemplificando, quella relativa al contratto, cui acceda una clausola compromissoria (art. 808 cod. proc. civ.) – di dichiarazioni complesse, in seno alle quali la composizione di interessi *confliggenti* si affiancasse al perseguimento di interessi *paralleli* (per quest'ultima suggestione, v. F. CARNELUTTI, *Studi di diritto processuale*, I, Cedam, 1925, 99) dei dichiaranti, e(/o) caratterizzate dall'autonomia (almeno) *funzionale* di una parte della dichiarazione rispetto ad altra, nel caso di specie la (clausola veicolante la) manifestazione del consenso al trattamento, in quanto costitutiva del *potere* di (trattamento; dunque di) *sfruttamento economico* dei dati personali, pertiene proprio alla dimensione (essenziale, *i.e.* al nucleo centrale) del conflitto d'interessi tra professionista e consumatore, fondando giusto l'attribuzione (del godimento, funzionalmente) *corrispettiva* della *fornitura* di contenuti o servizi digitali.

[61] La genericità del riferimento al «caso», contenuto nel secondo periodo dell'art. 3, comma 1, Dir. UE n. 770 del 2019, è sottolineata da C. CAMARDI, *Prime osservazioni sulla Direttiva (UE) 2019/770 sui contratti per la fornitura di contenuti e servizi digitali*, cit., 505 s., al fine di marcarne la distanza dal primo periodo – ove s'incontrano, cioè a dire, i lemmi «contratto» e «prezzo» – e giustificare, in tal guisa, la previsione (*i.e.* come estensiva, ad una fattispecie affatto *diversa* da quella delineata nel primo periodo, ed altrimenti esclusa dal raggio operativo della Direttiva, della medesima disciplina). Tuttavia, una piana lettura logico-sistematica del secondo periodo dovrebbe indurre a riportare il «caso», ivi menzionato, proprio al «contratto» (di *scambio*) di cui al primo periodo, che programmi – quale *corrispettivo* della *fornitura* di contenuti o servizi digitali – la *fornitura* di dati personali, in luogo del pagamento di un «prezzo»; allo stesso modo in cui, sotto il profilo logico-teleologico, la predisposta convergenza disciplinare dovrebbe segnalare la contiguità degli interessi evidenziati dalle due fattispecie, e non già una loro alterità.



collocandola, pur sempre, nella logica di una *corrispettività*, (almeno) fra attribuzioni relative a negozi collegati: cioè a dire, sul terreno non già di un (generico) collegamento negoziale, sibbene di un collegamento *in funzione di scambio*, importante – per volontà delle parti – la genesi di un nesso (di interdipendenza) fra negozi (e relative attribuzioni) tanto stretto da imprimere, pur sempre, una conformazione *sostanzialmente unitaria* al rapporto [62].

Del resto, la disciplina di protezione dei dati personali non si pone senz'altro in antitesi con quella contrattuale, ma può ritenersi, semmai, integrarla e conformarla – con strumenti, in essenza, *ordinativi* – allorché il consenso al trattamento venga reso nell'ambito (della formazione) di un contratto, in funzione della tutela di preminenti interessi relativi alla persona (in quanto tale) del contraente-*interessato* [63]. Se, pertanto, la distinzione strutturale di contratto (di *fornitura* di contenuti o servizi digitali) e (negozio unilaterale di) consenso al trattamento dei dati personali si radica appena nella preoccupazione di conservare al secondo la propria specialità disciplinare (rispetto ad un consenso *contrattuale*, in ipotesi, separato), essa appare comprensibile, ma non davvero necessaria: indubbia essendo, in ogni caso, la prevalenza della disciplina *speciale* su quella (antinomica) *di diritto comune*. Inoltre, sul versante delle *conseguenze*, una siffatta separazione non risulta in grado di modificare la sostanza del regime di disciplina, rispetto a quello che discenderebbe da una contemplazione *unitaria* della complessiva attività negoziale.

Così, come già riferito, al potere di revoca del consenso al trattamento, anche ad accettarne la configurabilità (quale potere di revoca *in senso proprio*) nella ipotesi dell'*alterità* di questo rispetto al consenso contrattuale (in quanto atto unilaterale), corrisponderebbe funzionalmente, nella ricostruzione *unitaria*, un potere di recesso unilaterale (*ad nutum*) dal rapporto contrattuale. Sul piano delle *ricadute* dell'esercizio del potere, la caducazione *integrale* degli effetti dell'*unico* contratto, innescata dal recesso unilaterale (*ad nutum*) da parte dell'*interessato*, sarebbe replicata, alfine, nella ipotesi della revoca del (negozio unilaterale-)consenso al trattamento: laddove, alla caducazione degli effetti del (negozio unilaterale-)consenso al trattamento revo-

---

[62] Cfr., fra gli altri, G. CASTIGLIA, *Negozi collegati in funzione di scambio (su alcuni problemi del collegamento negoziale e della forma giuridica delle operazioni economiche di scambio)*, in *Riv. dir. civ*., 1979, 397 ss.; G.P. CIRILLO, *Negozi collegati ed eccezione di inadempimento*, in *Giur. it.*, 1982, I, 1, c. 380 ss.; da ultimo, al riguardo, G. AMADIO, *La fattispecie risolutoria*, in ID., *Lezioni di diritto civile*, 2ª ed., Torino, 2016, 27 ss., spec. 29 s., nella prospettiva della disciplina della risoluzione per inadempimento. Per la considerazione di un «nesso di interdipendenza» tanto rilevante da rendere «sostanzialmente unico il rapporto obbligatorio», v. Cass. 19 dicembre 2003, n. 19556, in *CED Cassazione*, 2004, che ammette, su tale base, una eccezione *ex* art. 1460 cod. civ. sollevata da una parte in relazione all'inadempimento di una prestazione radicata in un negozio collegato (*in funzione di scambio*).

[63] Tale modulo di regolamentazione non è, invero, neppure affatto distante da quello che connota la (complessiva) contrattazione *consumeristica*, laddove il consenso del contraente-*consumatore*, in funzione della sua protezione, pure ha da essere *informato* e, sovente, manifestato con *specifiche modalità*, talvolta inerenti appena a *specifiche clausole* (o *porzioni* del regolamento contrattuale): v., ad es., gli artt. 34 s., 48 ss., 71 c. cons., gli artt. 34 ss. c. tur., e via elencando. Inoltre, non sempre la manifestazione del consenso contrattuale (meglio, della volontà contrattuale di una parte) viene regolata appena dal (od in piana conformità del) diritto comune dei contratti: così, analogamente ad un consenso al trattamento che ha da essere *libero*, il consenso (senz'altro *contrattuale*) del *donante*, secondo un insegnamento tradizionale (arg. *ex* art. 769 cod. civ.), ha da essere *spontaneo*, non tollerando – altrimenti da ciò che, di regola, si ammette con riguardo al consenso relativo ad altri tipi contrattuali – il ricorrere di una situazione giuridica anteriore di *obbligo* (di manifestarlo): cfr., per tutti, G. BONILINI, *I vincoli preliminari alla donazione*, in *Tratt. dir. succ. don.*, diretto a Bonilini, VI, Giuffrè, 2009, 637 ss. Ancora, come già riferito, il consenso *contrattuale*, nell'ambito della (formazione di un contratto di) locazione, deve appuntarsi – trattandosi di pattuizione che, alla stregua della (programmata) durata del rapporto, conforma la estensione oggettiva dell'attribuzione del locatore: cfr., in punto, F. PADOVINI, *Contenuto del diritto del conduttore*, in *Tratt. dei contratti*, diretto da Roppo, II, Giuffrè, 2014, 907 ss.; ID., *Obbligazioni del conduttore*, *ivi*, 957 ss. – su un «uso determinato» che, della cosa, il conduttore potrà fare pendente il rapporto (art. 1587, n. 1, cod. civ.), echeggiando un consenso dell'*interessato* il quale deve appuntarsi su *specifiche modalità di trattamento*.



cato, dovrebbe conseguire, coerentemente, la caducazione degli effetti del collegato contratto di *fornitura* di contenuto o servizio digitale (*simul stabunt, simul cadent*) [64].

Il regime speciale delle invalidità del consenso al trattamento, rispetto al diritto comune delle invalidità negoziali, continuerebbe ad applicarsi pure a teorizzare l'esserci di un *unico* contratto: con (immediato) riferimento, naturalmente, alla porzione del contenuto contrattuale corrispondente al consenso al trattamento. Nulla cambierebbe, nemmeno sotto questo profilo, in ordine alle *ricadute* della invalidità (del consenso al trattamento): nella prospettiva del collegamento funzionale, una invalidità del (negozio unilaterale di) consenso al trattamento sarebbe, infatti, ancora in predicato di travolgere, presto o tardi, anche gli effetti del contratto di *fornitura* del contenuto o servizio digitale, allo stesso modo in cui la invalidità della clausola contrattuale veicolante il consenso al trattamento finirebbe per recare seco la invalidità dell'intero (contenuto, residuo, del) contratto (art. 1419, comma 1, ult. parte, cod. civ.).

Prospettare, in senso contrario, la eventualità di un collegamento *unilaterale* – in grado, dovrebbe immaginarsi, di sottrarre (almeno) il contratto di *fornitura* del contenuto o servizio digitale alla scure della inefficacia, nella ipotesi in cui inefficace fosse (geneticamente, o divenuto) il consenso al trattamento, a tutto vantaggio del consumatore-*interessato* – equivarrebbe, a ben meditare, ad una valutazione di *non essenzialità*, per il complessivo assetto d'interessi divisato dalle parti, (degli effetti) del consenso al trattamento, obliterante la (necessaria) *funzione di scambio* dell'assunto collegamento: ciò che, quand'anche fosse ammissibile [65], in una prospettiva *unitaria* legittimerebbe, allora, un'applicazione del modulo della invalidità *parziale*, la quale riuscirebbe confinata soltanto alla clausola di consenso al trattamento (art. 1419, comma 1, prima parte, cod. civ.) [66]. Una consimile raffigurazione, d'altronde, sembrerebbe attagliarsi, semmai, ad operazioni in relazione alle quali la *fornitura* di dati personali non rappresentasse davvero la *causa* della *fornitura* del contenuto o servizio digitale: operazioni, quindi, non già di scambio, giacché caratterizzate da una *fornitura* di contenuto o servizi digitali sorretta, tutt'al più, (solo) da un'aspettativa (non giuridicamente protetta), del professionista, di attingere – in grazia della *fornitura* del contenuto o servizio digitale – la *disponibilità* (*rectius*, innanzitutto, la *conoscenza*) dei dati personali del destinatario della prestazione, con attribuzione di un (relativo) *potere* di (trattamento; dunque, di) *sfruttamento economico*; ma, s'intende, egualmente realizzabili pure in caso di rifiuto, da parte del consumatore, della manifestazione del consenso al trattamento.

Potrebbe trattarsi bensì, in queste ultime ipotesi, di (operazioni economiche formalizzabili come) contratti (di *fornitura* di contenuti o servizi digitali) gratuiti (*interessati*) [67], eventualmente collegati (in senso generi-

---

[64] Da ultimo, v., per tutti, R. SACCO, in R. SACCO, G. DE NOVA, *Il contratto*, 4ª ed., Utet, 2016, 79 ss.

[65] Ma, s'intende, così non è davvero: non lo è nella prospettiva *unitaria*, perché l'unico contratto, da contratto *di scambio*, diventerebbe un contratto *gratuito*; non lo è, si ripete, nemmeno nella prospettiva del *collegamento*, che pure dovrebbe realizzare un'operazione economica *di scambio*, caratterizzata dalla *corrispettività* delle attribuzioni radicate nei negozi collegati.

[66] La previsione pertiene, direttamente, alla (sola) nullità; ma non sembra dubbio, in conformità del principio c.d. *di conservazione del contratto* – il quale, beninteso, informa (anche) l'art. 1419, comma 1, prima parte, cod. civ. –, che lo stesso modulo di regolamentazione possa essere esteso alla (disciplina della) annullabilità: in questo senso, *ex multis*, v. G. CRISCUOLI, *Precisazioni in tema di annullabilità parziale del negozio giuridico in rapporto ai vizi della volontà*, in *Riv. dir. civ.*, 1964, 364 ss.; di recente, R. TOMMASINI, in R. TOMMASINI, E. LA ROSA, *Dell'azione di annullamento. Artt. 1441-1446*, nel *Commentario cod. civ.*, diretto da Schlesinger, Giuffrè, 2009, 95; per un'ampia estensione – finanche oltre, s'intende, i confini della nullità e dell'annullabilità – del modulo disciplinare in parola, v. pure A. NATUCCI, *L'annullabilità parziale del contratto*, in AA.VV., *Studi in onore di N. Lipari*, I, Giuffrè, 2008, 1891 ss.

[67] Per una disamina analitica delle possibili fattispecie riscontrabili in materia, laddove a contratti di *scambio* si affiancano, invero, contratti *gratuiti* (interessati), cfr. S. THOBANI, *Diritti della personalità e contratto: dalle fattispecie più tradizionali al trattamento in massa dei dati personali*, cit., 171 ss., spec. 174 ss.



co), *sub specie* di collegamento *unilaterale*, al (*funzionalmente* autonomo, atto unilaterale di) consenso al trattamento perfezionato, in ipotesi, dall'*interessato* [68]. Ma, per ciò stesso, si tratterebbe di fattispecie non sovrapponibili a quelle poc'anzi raffigurate; di talché, si badi, non assoggettabili, ragionevolmente, alla medesima disciplina (di cui all'art. 3, comma 1, secondo periodo, Dir. UE n. 770 del 2019).

[68] Ovvero, nella prospettiva di R. SENIGAGLIA, *La dimensione patrimoniale del diritto alla protezione dei dati personali*, cit., 760 ss., di atti oggettivamente complessi.

JUS CIVILE



APP. TORINO, SENT. 6 MAGGIO 2021

**L'obbligo di ritrasferire un immobile assunto dal mandatario nei confronti del mandante è eseguibile in forma specifica, *ex* art. 2932 cod. civ. anche qualora il contratto di mandato senza rappresentanza sia stato stipulato verbalmente. Il riconoscimento da parte del mandatario della veste di effettivo proprietario in capo al mandante, contenuto in un successivo atto scritto, conferma l'assunzione di tale impegno, e non produce alcun effetto giuridico il contestuale accordo, concluso tra le stesse parti in relazione al medesimo bene, che obbliga il mandante, a fronte del pagamento di un corrispettivo, a vendere al mandatario l'immobile di cui risulta intestatario, non essendo possibile alienare un bene a chi ne sia già proprietario.**

*MARIA GIULIA SALVADORI*

*Ricercatrice – Università degli Studi di Torino*

# *SE POSSIBILE E NON ESCLUSO DAL TITOLO.* BREVI RIFLESSIONI A MARGINE DELL'ART. 2932 COD. CIV.

SOMMARIO: *1. Premessa. – 2. Il caso. – 3. Il requisito della "possibilità". – 4. Il requisito della "non esclusione dal titolo". – 5.* Segue. *Una (ulteriore) ipotesi di "esclusione" dal titolo.*

**1. –** L'art. 2932 cod. civ. è indubbiamente norma assai indagata sotto più profili, sia sul versante sostanziale che su quello processuale. E ciò si spiega per l'ampio raggio della sua tutela, invocabile ogni qual volta risulti violato un obbligo di contrarre, indipendentemente dal titolo in cui trovi fonte. Generalmente ad essa si fa ricorso per dar coattiva esecuzione all'impegno traslativo (rimasto inadempiuto) di un contratto preliminare di vendita: strumento negoziale tanto utilizzato nella pratica degli affari quanto scandagliato dagli interpreti, a cui il legislatore ha dedicato particolare attenzione, a partire dagli ultimi anni del secolo scorso, in numerosi interventi che ne hanno sensibilmente integrato la disciplina: incidendo sulla sua fisionomia, confermandone la duttilità, e dunque ampliandone la diffusione nei traffici commerciali [1]. Non sorprende, quin-

[1] La trascrizione del contratto preliminare introdotta con l. 28 febbraio 1997, n. 30 di conversione del d.lgs. n. 669/1996 ha proceduto con il sistema della novella ad introdurre nel codice civile gli artt. 2645-*bis*, 2775-*bis*, 2825-*bis*, aggiungendo nuovi commi agli artt. 2659, 2668, 1780 cod. civ.; nella legge fallimentare ha inserito il comma 5 all'art. 72, oggetto di successive modifiche. Il d.lgs. 20 giugno 2005, n. 122 – emanato in attuazione della legge delega 2 agosto 2004, n. 2010 – ha arricchito tale disciplina con nuove norme poste a tutela degli acquirenti di immobili da costruire. Il tema occupa oggi un intero settore del Codice della Crisi d'impresa e dell'insolvenza – d.lgs. 12 gennaio 2019, n. 14 in attuazione alla legge delega del 19 ottobre 2017, n. 155 – che ha novel-



di, se proprio a margine delle intese preliminari prodromiche alla vendita, che pur non esauriscono l'ambito di applicazione della norma, si siano cristallizzati i principali principi ermeneutici intorno, e non solo, ai presupposti indicati espressamente dall'art. 2932 cod. civ.

Va segnalato che a differenza del requisito della "possibilità" in merito al quale esiste una ricca letteratura e una immensa casistica giurisprudenziale [2], quello della "non esclusione dal titolo" non ha ricevuto analoga considerazione da parte degli interpreti avendo creato problemi applicativi meno variegati e dalle soluzioni indubbiamente meno discusse [3].

Nonostante i consolidati *dicta* abbiano dato risposta alle questioni più controverse, non è venuto meno l'interesse ad un ulteriore vaglio delle fattispecie concrete in relazioni alle quali potrebbe non risultare di immediata evidenza l'individuazione del titolo fondante il rimedio dell'esecuzione in forma specifica, e soprattutto dei limiti, diversi dalla "impossibilità", ostativi alla sua esperibilità. Una decisione piuttosto recente della Corte d'Appello di Torino [4], resa a margine di una vicenda molto complessa anche sul piano processuale, di seguito riassunta limitatamente agli aspetti attinenti al tema oggetto della presente indagine, offre lo spunto per alcune brevi riflessioni.

**2. –** Caio, cittadino italiano, emigrato in Australia, decide nel 1973 di acquistare un immobile in una piccola città del Piemonte, dove vivono amici e parenti. Le trattative con il venditore vanno a buon fine e raggiunto l'accordo sul prezzo, poco meno di trenta milioni di lire, consegna una caparra per garantire la serietà del proprio impegno. Venuto a conoscenza delle onerose imposte che avrebbe dovuto pagare volendo conservare all'estero la propria residenza, Caio chiede a Tizio, marito della sorella, di fungere da "prestanome" nella stipulazione della compravendita. Fornisce la provvista, l'affine conclude il contratto in nome proprio, e si trasferisce con tutti i famigliari nel nuovo appartamento versando mensilmente al cognato una somma di denaro come corrispettivo per il godimento. Tempo dopo, Tizio dichiara per iscritto di non essere il vero proprietario dell'immobile nonostante deponga in tal senso la trascrizione in suo favore nei registri immobiliari, riconoscendo esplicitamente tale veste a Caio.

Passano gli anni, Caio, tornato in Italia e fissata la sua definitiva residenza nel torinese, si rende conto di non aver alcun interesse a traferirsi nell'appartamento ormai stabilmente adibito a casa familiare da Tizio, che manifesta invece il desiderio di continuare ad occuparlo. Nel 1992 i due cognati, con l'intento di definire i rapporti pendenti, sottoscrivono un documento in cui, dopo aver (ancora una volta) riconosciuto Caio *effettivo proprietario,* si impegnano a compravendere l'immobile – Tizio in qualità di promissario acquirente e Caio in qualità di promittente venditore – al prezzo di Lire 250.000.000, da cui sottraggono Lire 125.000.000, corrispondenti a quanto già versato negli anni per il godimento del medesimo.

Tizio muore, l'appartamento, nel frattempo adeguato con consistenti modifiche strutturali ai bisogni della propria famiglia, cade in successione ed entra a far parte del compendio ereditario, restando nella disponibilità anche formale della moglie (e della figlia), che continua a corrispondere periodicamente al fratello le somme di denaro all'epoca pattuite con l'ormai defunto congiunto.

---

lato, tra l'altro, alcune delle disposizioni del d.lgs. n. 122/2005, nella prospettiva di una maggior protezione degli acquirenti, anche prima della stipula dell'atto definitivo, particolarmente colpiti soprattutto nel caso di fallimento delle imprese costruttrici.

[2] V. *infra*, n. 3.

[3] V. *infra*, n. 4.

[4] App. Torino, sez. III, pronunciata il 27 aprile 2021, inedita.



Negli anni duemila, nonostante la puntualità nell'esecuzione della prestazione pecuniaria, Caio, con il sostegno del figlio, comunica alle parenti di voler rientrare nel pieno possesso dell'immobile, invitandole al ritrasferimento e a trovare altra sistemazione abitativa.

Nel 2008, a fronte del persistente rifiuto della sorella, ultraottantenne, di abbandonare la casa, sul presupposto di aver versato nel tempo somme addirittura superiori a quelle risultanti dalla scrittura del 1992 – imputate dal fratello al pagamento di canoni di locazione anziché al corrispettivo convenuto con il cognato: rateizzato, secondo la versione delle parenti, in ragione delle condizioni economiche non agiate della propria famiglia – Caio agisce in giudizio chiedendo il trasferimento coattivo della proprietà dell'immobile, ai sensi dell'art. 2932 cod. civ.

La Corte riporta le intese che avevano condotto all'acquisto del 1973, in nome di Tizio e per conto di Caio, nell'alveo dell'interposizione reale di persona ed in particolare ravvisa la stipulazione verbale di un mandato senza rappresentanza: assolto l'accordo da censure di nullità per mancanza della forma scritta e superate anche le eccezioni in punto prescrizione, accorda, sulla base di tale titolo, la tutela richiesta da Caio ai sensi dell'art. 2932 cod. civ. Una pronuncia non impedita, secondo i giudici, dalla successiva scrittura del 1992, definita un obbrobrio essendo privo di senso, sul piano logico prima ancora che giuridico, vendere un immobile a chi risulta già (formale) proprietario.

**3. –** L'art. 2932 cod. civ. ammette l'esecuzione specifica dell'obbligo di concludere un contratto purché risulti soddisfatto il requisito della "possibilità", da valutare sotto il profilo sia materiale che giuridico. L'emanazione della sentenza sarà "possibile" allorché vi sia corrispondenza tra l'assetto di interessi originariamente programmato e quello che il giudice è chiamato a realizzare coattivamente, in assenza della dovuta attività negoziale. La dottrina teorica e pratica ci consegna ipotesi eterogenee di mancata corrispondenza, con riguardo ai soggetti e/o all'oggetto [5], di cui qui si darà conto nella misura in cui sarà utile per comprendere la decisione della Corte.

L'attenzione del Collegio si appunta sulle difformità oggettive dell'immobile che, come accennato, era stato adeguato, con modifiche strutturali, alle necessità della famiglia del mandatario, il quale ne aveva ampliato la superficie attraverso opere interne ed esterne solo in parte condonate. Le residue irregolarità derivavano dalla presenza di un *termosifone nel locale disimpegno, ricavato sottraendo spazio all'autorimessa, che risultando riscaldato veniva a costituire una nuova superficie abitabile non autorizzata, con accatastamento difforme*. Trattandosi di anomalie agevolmente sanabili a costi contenuti, i giudici non esitano a ritenere "possibile" la pronuncia costitutiva osservando come negarla, sol perché a rendere l'immobile conforme alla legge non avesse provveduto l'autore, avrebbe attribuito un ingiusto vantaggio a chi ne aveva dato causa.

La decisione si allinea ad una giurisprudenza costante che riscontra l'assenza della condizione della "pos-

[5] In relazione ai soggetti le asimmetrie riguardano, ad esempio, preliminari di vendita di beni in comunione considerati come un *unicum* inscindibile e stipulati da uno solo dei partecipanti privo di poteri rappresentativi: le singole manifestazioni di volontà, prive di specifica autonomia, sono destinate a fondersi in un'unica dichiarazione negoziale, in quanto i promittenti venditori si pongono congiuntamente come un'unica parte contrattuale complessa. Mancando la manifestazione di volontà di tutti i partecipanti, sarà impossibile la pronuncia della sentenza costitutiva: Cass. civ., sez. un., n. 239/1999. in *Fall.*, 1999, 11, 1247 nota di PATTI. Una ipotesi di impossibilità oggettiva, è invece data da un preliminari di vendita in cui sia promesso il trasferimento del bene con riserva di usufrutto o di abitazione (quindi sostanzialmente la nuda proprietà) e prima del definitivo (o della pronuncia *ex* art. 2932 cod. civ.) muoia il promittente alienante: Cass. 29 luglio 2016 n. 15906 (in tema di usufrutto), Cass. 28 marzo 2022, n. 9978 (in relazione al diritto di abitazione), entrambe in *www.cortedicassazione.it.*



sibilità" soltanto in presenza di irregolarità urbanistiche maggiori, che potrebbero ad esempio condurre al mancato rilascio della agibilità o alla demolizione dell'immobile attraverso un provvedimento della Pubblica Amministrazione [6]. Per completezza, ci si limiterà qui ad osservare che la "possibilità" sussiste anche in presenza di vizi materiali (come un difetto di costruzione) o giuridici (come l'esistenza di un'ipoteca o di cause idonee a dar luogo ad evizione) potendo il giudice, contestualmente alla sentenza *ex* art. 2932 cod. civ., adottare provvedimenti correttivi, come la rimozione dei difetti, la cancellazione dell'ipoteca, la riduzione del prezzo concordato. Tale intervento non altera il principio di corrispondenza tra quanto negoziato e quanto trasferito in quanto permette di conservare l'originario equilibrio sinallagmatico [7].

**4. –** L'art. 2932 cod. civ. ammette l'esecuzione specifica dell'obbligo di concludere un contratto purché, come si è detto, l'eperibilità di tale rimedio, oltre che possibile, non sia esclusa dal titolo. Risalenti enunciati avvertono che tale impedimento debba risultare espresso nel titolo in modo univoco [8]. L'esclusione, se non convenzionalmente stabilita [9], non sarebbe ricavabile implicitamente dalla pattuizione di una caparra confirmatoria [10] o di una clausola penale [11], o se venisse espressamente previsto, in caso di inadempimento, il ricorso alla tutela del risarcimento del danno, stante la compatibilità di tali rimedi con il trasferimento coattivo [12]. Si dovrebbe invece diversamente concludere qualora risultasse convenuta una caparra penitenziale [13]. Di recente la giurisprudenza non pare aver avuto più occasioni di pronunciarsi in argomento.

Il caso proposto, affatto peculiare, esaminato dalla Corte, consente dunque di ampliare un dibattito orfano di diffusi contributi anche in dottrina [14] e verosimilmente di aggiungere un tassello in più alla scarna casistica. Va premesso che, risolta positivamente l'indagine sulla "possibilità" del trasferimento, i giudici non si interrogano sulla eventualità che la sentenza costitutiva possa risultare esclusa dal titolo in quanto l'attenzione si polarizza esclusivamente sulla vicenda che aveva dato origine all'acquisto, ossia sul quel mandato senza rappresentanza stipulato verbalmente e sull'obbligo assunto dal mandatario a trasferire la proprietà dell'immobile conteso, verso cui convergono le risultanze probatorie.

---

[6] Impediscono, ad esempio, il trasferimento coattivo di un terreno la mancanza del certificato di destinazione urbanistica e per gli edifici la mancanza del permesso di costruire: Cass. 2 settembre 2020, n. 18195 in *Riv. not*., 2021, 1, II, 115; Cass. 27 agosto, 2019, n. 21721, in *Ced Cassazione*.

[7] L'orientamento giurisprudenziale è consolidato a partire da Cass., Sez. Un., 27 febbraio 1985, n. 1172 pubblicata, tra le tante riviste, in *Foro it.,* 1985, 1, 1697, ss. con nota di F. MACARIO, *Garanzia per i vizi ed esecuzione coattiva del preliminare.* Per ulteriori e più recenti contributi sul tema, cfr. R. CALVO, *Il contratto preliminare*, in *Comm. Schlesinger*, *sub* art. 1351 cod. civ., Milano, 2016, spec., 167 ss.

[8] Cass. 23 ottobre 1958, n. 3422, in *Rep.Foro it*., 1958, voce *Obbligazioni e contratti*, 360; Cass. 28 maggio 1965, n. 1089, in *Rep. Foro it.,* 1965, voce cit., 464; Cass., 26 novembre 1971, n. 3445, in *Giust.civ.,* 1972, I, 899; Cass. 13 dicembre 1980, n. 6482, in *Rep.giur.it*., 1980, voce *Obbligazioni e contratti*, 237; Cass. 16 novembre 1984, n. 5827, in *Rep. giur. it*., 1984, voce cit., 283.

[9] Ipotesi rara ma ammissibile: F. GAZZONI, *Il contratto preliminare*, Torino, 1998, 157. In caso di inadempimento, il danneggiato potrà comunque (e unicamente) optare per il ristoro del pregiudizio patrimoniale: R. CALVO, *op. cit.,* 58. Si pone il problema della vessatorietà di una clausola di esclusione qualora anziché essere pattuita dalle parti, sia stata predisposta unilateralmente nelle condizioni generali di contratto: M. PALADINI, in A. GIUSTI, M. PALADINI, *Il contratto preliminare*, Milano, 1992, 286.

[10] Cfr., R. CALVO, *op. cit.*, 57; L. MONTESANO, *Contratto preliminare e sentenza costitutiva*, Napoli, 1953, 139.

[11] La presenza di una clausola penale non esclude l'esecuzione coattiva – di per sé sola – salvo concorra con altre circostanze che depongano in tal senso: G. GABRIELLI, *Il contratto preliminare*, Milano, 1970, 50.

[12] Cass. 16 novembre 1984, n. 5827, cit.

[13] In questo senso anche, M. PALADINI, *op. loc. cit*; F. GAZZONI, *op. loc. cit.*

[14] Le ipotesi considerate dagli interpreti non vanno oltre quelle consegnate dalla risalente casistica giurisprudenziale in precedenza menzionate.



In ossequio al recente *revirement* del Supremo Collegio, si afferma che l'interposizione reale in materia immobiliare non debba necessariamente risultare consacrata in un atto scritto a pena di nullità, riconoscendo, quale corollario di tale impostazione, che una sentenza costitutiva-traslativa del diritto di proprietà possa essere efficacemente pronunciata di fronte all'inadempimento di un obbligo di trasferire che trovi riscontro nella rigorosa ricostruzione della volontà delle parti, anche se non formalmente espressa [15]. Presupposto che i giudici ravvisano nel caso concreto, accogliendo la domanda del mandante proposta ai sensi dell'art. 2932 cod. civ.

**5. –** Guardando soltanto all'iniziale accordo, che nella prospettiva della Corte rappresenta il titolo che "non esclude" il trasferimento coattivo, il procedimento ermeneutico appare ineccepibile, e coerente la soluzione. Ma l'indagine è monca perché trascura quel patto – stretto tra le stesse parti molto tempo dopo la stipulazione del contratto di mandato – che della (insolita) vicenda rappresenta lo sviluppo. Giova ricordare che in quest'ultima scrittura mandante e mandatario, dopo aver riconosciute nel primo l'*effettivo proprietario*, si impegnavano rispettivamente a vendere e a comprare, per un determinato prezzo, lo stesso immobile che il secondo (mandatario – attuale promissario compratore) aveva acquistato trent'anni prima a proprio nome ma con provvista e per conto altrui, divenendone formale proprietario, e in relazione al quale il primo (mandante – attuale promittente alienante) poteva legittimamente vantare un diritto al trasferimento.

Forse troppo frettolosamente i giudici degradano al rango di *monstrum* giuridico quel che semmai, sulla scorta della corretta osservazione "che non si può vendere un bene a chi ne è già proprietario", avrebbe almeno meritato la qualifica di contratto nullo per impossibilità dell'oggetto ai sensi del combinato disposto dell'art. 1346 e 1418 cod. civ. E non andando oltre il tenore strettamente letterale delle espressioni utilizzate dalle parti – prometto di vendere e prometto di comprare – trascurano di sondare con più appropriati criteri

---

[15] Stigmatizza tali principi, Cass., sez. un., 6 marzo 2020, n. 6459, in *Banca borsa*, 2020, 4, II, 491, annotata da B. BONFANTI, *La forma del patto fiduciario immobiliare.* Note critiche a margine di Cass., sez. un., n. 6459/2020 ed ivi ampiamente commentata, da V. DELORENZI, *Validità del patto fiduciario immobiliare con forma verbale: la sentenza delle Sezioni Unite, 6 marzo 2020, n. 6459. Note critiche,* I, 484 ss. a cui si rinvia per ulteriori approfondimenti.

In sintesi: chiamate a dirimere un contrasto giurisprudenziale sulla forma del patto fiduciario immobiliare, le Sezioni Unite abbandonano il rigido formalismo che aveva fino ad allora connotato il tradizionale e consolidato orientamento del Supremo Collegio, e aderendo ad un indirizzo minoritario, affermano la piena validità di un patto fiduciario verbale immobiliare. Riconoscono che patto fiduciario e mandato senza rappresentanza sono entrambi ipotesi di interposizione reale, e che in quest'ultima figura debba essere ricondotto il patto che prevede il ritrasferimento del diritto di proprietà immobiliare dal fiduciario al fiduciante. Sottolineano che in caso di inadempimento, è possibile agire ai sensi dell'art. 2932 cod. civ. senza che occorra un contratto scritto, in quanto la sentenza costitutiva, esperibile anche per ottenere il trasferimento coattivo della proprietà di beni mobili, non lo richiede. Pertanto, ai fini dell'esecuzione in forma specifica dell'obbligo di trasferire, non sarà necessario che il patto fiduciario immobiliare risulti da atto scritto, essendo sufficiente la forma verbale, e lo stesso dicasi per il mandato senza rappresentanza ad acquistare. Si tratterà soltanto di un problema di prova.

Il Supremo consesso – al fine di evidenziare l'inappropriato richiamo alle prescrizioni formali dell'art. 1351 cod. civ. da parte dell'orientamento maggioritario abbandonato – mette ben in luce la differenza tra contratto preliminare e contratto fiduciario immobiliare: nel primo, a differenza del secondo, l'effetto obbligatorio precede l'effetto reale; il preliminare di vendita immobiliare è prodromico ad un contratto commutativo, mentre nel patto fiduciario immobiliare il contratto successivo è volto a neutralizzare un consolidamento patrimoniale vantaggioso per il fiduciario; inoltre, dal preliminare sorge l'obbligo di concludere una vendita, mentre il contratto successivo al patto fiduciario è un negozio di pagamento traslativo, che trova fondamento nell'accordo di dare che da esso sorge.

Per la opposta tesi, favorevole al formalismo, si veda in dottrina per tutti: A. LUMINOSO, *Il mandato*, in *Tratt. dir. priv.*, diretto da P. RESCIGNO, vol. 12.2, Torino, 2007, 60.



interpretativi un patto che parrebbe consegnare altra volontà rispetto a quella messa in luce dalla Corte e condurre ad altro, meno scontato, esito.

La pratica degli affari conosce operazioni negoziali comunemente definite preliminari a catena, in cui promittente venditore e proprietario sono coinvolti in un preesistente preliminare di vendita. Il meccanismo, agevolato dalle regole sulla vendita di cosa altrui, è noto. Un soggetto, resosi promissario acquirente di un certo immobile per un dato prezzo, si impegna a sua volta a vendere lo stesso bene, chiaramente altrui, ad altro soggetto – per una somma di regola superiore a quella che egli ha precedentemente promesso – facendo affidamento sull'obbligo di trasferire assunto nei suoi confronti dal proprietario, eseguibile in forma specifica. In virtù della clausola "per sé o per persona da nominare" inserita nei preliminari, l'effetto traslativo potrà prodursi direttamente in capo al promissario acquirente (di cosa altrui) per via della partecipazione in sede di compravendita del terzo titolare del bene, che prestando il consenso al trasferimento risulterà adempiente al proprio obbligo [16].

Lo schema operativo dei cc.dd. preliminari a catena non può certo rappresentare un modello applicabile *de plano* al caso concreto, ma dimostra come chi sia titolare di un diritto all'acquisto di un immobile, assistito dalla tutela dell'art. 2932 cod. civ., non solo possa validamente ripromettere in vendita tale bene, ma confidi proprio nell'obbligo al trasferimento assunto nei suoi confronti per sentirsi legittimato a disporne.

Ragionando in questi termini, pare evidente come nel caso in esame la medesima consapevolezza possa a maggior ragione animare il mandante, che avendo reperito il denaro per l'acquisto, e in virtù di un formale riconoscimento della sua veste di *effettivo proprietario*, sia pienamente conscio del proprio diritto, che trova corrispondenza in un obbligo coercibile *ex* art. 2932 cod. civ., al (ri)trasferimento dell'immobile.

Interpretando alla luce di tali rilievi il progetto negoziale espresso con ingenuo, ma comprensibile, atecnicismo nella scrittura del 1992, non pare illogico sostenere come, in una prospettiva coerente con il disposto degli artt. 1362 e 1363 cod. civ., le parti avessero voluto riprogrammare la sorte di quel bene prevedendo che dovesse rimanere definitivamente nella (formale e sostanziale) disponibilità dell'intestatario: per via della rinuncia al trasferimento da parte del mandante a fronte dell'obbligo assunto dal mandatario di pagarne il prezzo, convenuto in misura ben superiore alla provvista originariamente fornita.

L'uso di espressioni che richiamano la (impropria) stipulazione di un preliminare di vendita pare confermare questo intento, poiché nella prospettiva delle parti tale contratto non viene in considerazione come strumento che permette loro di finalizzare lo scambio, bensì per l'assetto di interessi verso cui esso è fisiologicamente proiettato: assicurare la definitiva titolarità del bene (anche attraverso la tutela dell'art. 2932 cod. civ.) a chi si impegni a pagarne il prezzo.

Si dovrebbe dunque affermare, osservando in quest'ottica l'attività negoziale in esame, che mandante e mandatario abbiano voluto estinguere, attraverso un (successivo) accordo novativo, l'obbligo di ritrasferire sostituendolo con l'obbligo di pagare un corrispettivo: sacrificio patrimoniale richiesto al mandatario per conservare, incontrovertibilmente, la proprietà dell'immobile di cui già risultava intestatario.

In conclusione: se è vero che la "restituzione" del bene nel mandato immobiliare risponde alla necessità di sanare uno squilibrio patrimoniale tra la sfera economica del mandante e quella del mandatario, al fine di evitare ingiustificati arricchimenti, è altrettanto certo che le parti, nell'ambito della propria autonomia negoziale, possano regolare diversamente i loro rapporti trovando in altre più convenienti pattuizioni una migliore

[16] I cc.dd. preliminari a catena sono indagati anche dalla giurisprudenza, v., ad esempio, Cass. 14 ottobre 2008, n.25136, in *Vita not*., 2009, 1, 343, che ammette l'esercizio in via surrogatoria dell'azione di cui all'art. 2932 cod. civ. da parte dell'ultimo promissario acquirente direttamente nei confronti del dante causa del suo promittente alienante.



definizione dei loro interessi. Ne segue che, la inscindibile sequenza negoziale composta da un primo contratto di mandato senza rappresentanza e da un secondo accordo, in cui il mandante rinuncia al ritrasferimento a fronte dell'impegno del mandatario di pagare una somma di denaro, renderebbe inoperante la tutela di cui all'art. 2932 cod. civ. azionata dal mandante, in quanto risulterebbe fondata su un (nuovo) titolo che inequivocabilmente non la consente.

Condividendo questo procedimento ermeneutico andrebbe respinta la domanda di esecuzione in forma specifica dell'obbligo di ritrasferire – contrariamente a quanto deciso dalla Corte – poiché "esclusa" dal titolo; e semmai accolta quella di condanna al pagamento (delle somme ancora dovute) del pattuito corrispettivo – nel caso concreto non proposta – qualora non risultasse già interamente versato.



**CIPRIANO COSSU, *LÈGGERE IL DANNO. GRAMMATICA DI UN CONCETTO PLURALE*, PISA, PACINI GIURIDICA, 2022, PP. IX-348**

La materia della responsabilità civile è vastissima e mobilissima (e forse, ma non per tutti, nobilissima). Lo sappiamo. Ovvio, dunque, che i manuali, ma anche i *case-book*, o, ben più spesso, e senza dubbio negli ultimi anni (del resto, tolto l'aureo secondo tomo del 'Contratto' di Gorla e qualche volume della famosa 'collana azzurra' di Galgano, di *case-book* intesi, in senso proprio, quali autentiche raccolte di 'casi e materiali'– dunque commentati, collegati e letti criticamente –, il mercato giuridico italiano non è mai stato ricco), le compilazioni di giurisprudenza (più o meno ragionate) abbondino (detto poi tra parentesi – ma questo discorso sarà subito ripreso –, che i manuali, in materia di diritto civile, abbondino, e i *case-book* scarseggino, più che essere segno dei tempi, o delle varie riforme, è segno che la didattica del diritto civile risulta un po' pigramente ripiegata su sé stessa, all'insegna di una eccessiva continuità con il passato che spesso non è giustificata, tanto più se, poi, l'approccio continuista si richiama a una vera o presunta tradizione, che però, sovente, è un cattivo ricordo di un desiderio irrealizzato).

Questo volume di Cipriano Cossu (allievo di Mario Bessone e da molti anni – per la precisione, dal 1995 – docente di 'Diritto Civile II', ovvero, il diritto della responsabilità civile, presso il Campus universitario di Imperia) merita di essere segnalato per più ragioni.

Intanto, perché offre l'occasione (volendosi dunque impiegare il libro qui recensito quale *tertium comparationis* sotto più fronti) di svolgere qualche breve considerazione sulla didattica del diritto civile, e, più in generale, sulla didattica del diritto – tema, in Italia, abbastanza negletto, anche per un certo conservatorismo, espressione di quel provincialismo che affligge la cultura italiana, che ha negativamente contributo all'individuazione dell'archetipo dell'italianità (quanto alla didattica, v. però ora – senza che occorra condividerlo tutto quanto, dall'impostazione generale ai contenuti – V. Marzocco, S. Zullo, Th. Casadei, *La didattica del diritto. Metodi, strumenti e prospettive*, 2ª ed., Pisa, Pacini, 2021).

Ora, il libro di Cossu è stato pensato e scritto, come si diceva una volta, 'per la scuola', cioè per ragazzi e ragazze del 5° anno del Corso di Laurea Magistrale in Giurisprudenza. Persone che hanno una qualche base giuridica, ma che (come l'esperienza di ognuno di noi ben potrà confermare, almeno tendenzialmente) hanno anche una certa refrattarietà a fare direttamente i conti con i testi delle sentenze (soprattutto) della Corte di cassazione, o con articoli in senso proprio 'scientifici' (di ieri e di oggi). Serve allora uno strumento, per dir così, di intermediazione didattica (e del resto la didattica è come tale intermediazione) tra la realtà giuridica (volendosi intendere con questo termine l'insieme dei materiali di lavoro tipici del giurista, anche di quello in formazione: dal testo di una legge alla nota a sentenza) e la realtà sociale, che non necessita di ulteriori esplicitazioni.

Come ognun sa (e per riprendere il discorso di cui sopra), almeno in Italia, gli anni a noi più vicini hanno testimoniato il declino del *case-book* (pur con il *cave* già espresso), e il successo di compendi giurisprudenziali, da utilizzarsi, si immagina, quale base del lavoro collettivo da svolgersi in aula. Chi scrive non dispone di dati (ma direi che i dati mancano del tutto, o meglio: mancano i dati aggregati e, soprattutto, manca la loro libera, e agevole, fruibilità; l'approccio italiano ai problemi, come noto, è tendenzialmente refrattario, se non ostile, alla via empirico-statistica, o meglio: è refrattario a mettere a frutto gli elementi e gli aspetti quantitativi, anche quando conosciuti o conoscibili, dei problemi; se ciò sia un residuo del cosiddetto neoidealismo antiscientifico – come molti affermano, a mio avviso con qualche eccesso, e anche imprudenza –, oppure, e



meno nobilmente, il non rimosso di una cultura inconscia, che è poi spesso nient'altro che una sintesi dell'assai precario 'sentito dire', non saprei; in controtendenza, può però essere richiamata la ricerca empirica condotta da una dottoranda dell'Università di Trento, Olga Gorodetskaya – https://srssurvey2.unitn.it/ls6/limesurvey/index.php/723982?lang=it –, che si spera abbia successo; la tematica, di primario interesse accademico, e la sede telematica che mi ospita inducono alla condivisione) – ma dicevo: non ho dati circa la percezione, da parte degli studenti, delle singole materie. Materie e non insegnamenti, dunque ciò che è oggetto di studio e poi di esame, nella prospettiva, auspicabilmente, di una persona che dovrebbe essere spinta da qualche ambizione intellettuale, magari progressivamente sviluppata, grazie anche (o soprattutto) al lavoro comune che si fa (e si deve fare) in aula, e che non può mai sostituire la geometrica linearità (che è anche una tendenziale freddezza) di un manuale, pur se contenutisticamente eccellente.

Lo spettro di giudizio (dello studente) è molto ampio, andando esso dall'utilità soggettiva (magari fallace) all'interesse professionale, alla difficoltà logico-sistematica, e magari anche linguistica. Ma non bisogna avere paura di quel soggettivismo consustanziale a ogni giudizio; l'oggettività del giudizio – una oggettività storicamente connotata, ma che rimane oggettività –, nell'ambito delle scienze umane e sociali, si raggiunge, tendenzialmente, solo quale progressiva convergenza dei molteplici giudizi soggettivi. Una convergenza che diventa fonte di affidamento e dunque fondamento stesso e ragione del giudizio, che in tal modo acquisisce una portata oggettiva.

Un giudizio sulle materie, dunque, ma anche sulle specifiche modalità didattiche, anche quelle sperate. Peraltro, i 'questionari della didattica' non coprono tutto lo spettro di questioni che sarebbe invece interessante conoscere; e, forse, sarebbe anche opportuno intervenire, in senso naturalmente restrittivo, sul piano della cosiddetta libertà accademica e, qui in particolare, di insegnamento: una certa uniformità didattica, oggi più che mai, è necessaria; e per molte buone ragioni: intanto, non esiste il giurista italiano; esiste il giurista; da questo punto di vista, una certa standardizzazione delle modalità comunicative e didattiche faciliterebbe non solo l'apprendimento (tenuto conto che il numero delle matricole provenienti dal cosiddetto liceo classico è tendenzialmente decrescente), ma anche la varietà e la diversificazione dei contenuti (però, allora, dovendosi distinguere molto bene, tra formazione 'undergraduate' e 'postgraduate': soprattutto quest'ultima è oggi, non raramente, un guazzabuglio – alludo evidentemente alle scuole di specializzazione – assai poco formativo, cioè critico, dove si ripetono nozioni, spesso tediose, già insegnate nel quinquennio; donde le consuete lamentele degli iscritti); poi, una certa uniformità (quantomeno nel quinquennio magistrale) di impostazione e di approccio didattico (e quindi anche valutativa) consentirebbe, da un lato, di disporre di parametri, se non altro, maggiormente omogenei (e forse anche maggiormente trasparenti), onde accertare la preparazione degli studenti e, dall'altro lato, legittimerebbe la decisione (apparentemente elitista e dunque discriminatoria, quando è soltanto ragionevole) di permettere l'iscrizione agli anni successivi al primo soltanto a chi abbia sostenuto tutti gli esami di entrambi i semestri del relativo anno di corso.

Ovvio che nel libro di Cipriano Cossu non si possa trovare una soluzione a questi (gravi) problemi, non solo didattici, ma culturali, e tuttavia, a partire dallo stile con cui è scritto, ha sicuramente il merito di avvicinare il lettore (che, appunto, si immagina e deve immaginarsi giovane) alla materia, e soprattutto ai problemi che in essa si sviluppano e che essa è chiamata a risolvere. Il che, proprio rispetto al discorso di taglio più generale che qui si è – al più – impostato, non è certo poco.

Il periodare della pagina scritta ha un andamento che, se non è la mera trasposizione di ciò che è stato detto a lezione (e questo non solo è ovvio, ma anche opportuno: nessuno, del resto, ha mai creduto a quei corsi di lezioni 'raccolte', ovvero 'trascritte', dagli studenti. O meglio, raccolte, sì; trascritte, certamente



no, richiedendo esse una rielaborazione effettuata necessariamente dal docente), è però molto piano. Frasi brevi; ragionamenti semplici e sequenziali (che sono poi vieppù sviluppati nei capitoli successivi, ma senza mai abbandonare l'immediatezza del porgere, che è anche efficacia didattica); qua e là, qualche lieve tono ironico, che non guasta; sicurezza della linea espositiva, nel senso che l'autore sa quel che vuole: essere chiaro; non risultare inutilmente pesante (il che è tipico, a volte, di un certo compiacimento, non solo intellettuale ma anche stilistico); interessare il lettore; mostrare allo studente che la bellezza della responsabilità civile sta nel suo essere (direi in misura paritaria al contratto, nonostante i numerosi, ma ormai superati, snobismi 'antiresponsabilisti') una seconda pelle della società, e dunque del vivere aggregato. Così come il contratto, infatti, è la seconda pelle dell'azione sociale, la responsabilità civile è la seconda pelle della reazione sociale.

Ho fatto prima cenno all'attuale eclissi dei *case-book*. La risposta (ma è una risposta in certa misura affrettata, si limita al 'quia', senza aver alcunché di poetico) secondo la quale le banche dati sono sostitutive, ad esempio, delle rassegne di giurisprudenza, delle raccolte dei 'grandi orientamenti' della giurisprudenza, è errata nel senso che è semplicistica. Le banche dati sono un eccellente (e oggi senza dubbio irrinunciabile) strumento di ricerca, ma hanno bisogno (prima e dopo) di un lavoro che sarebbe riduttivo definire di 'affinamento'. Chi utilizza le banche dati, nel momento della ricerca (ecco il 'prima') e nel momento dell'impiego dei risultati della ricerca (ecco il 'dopo') deve essere già in possesso di quella capacità di giudizio e di elaborazione individuale affinché il lavoro di ricerca sia efficiente, utile e, diciamo pure, consapevole.

Il che porta, nuovamente, a espandere lo sguardo, così allora imbattendosi nel variegato mondo (e soprattutto nella varia umanità che lo frequenta) di Google. Non pochi sono usi a pensare che Google sia, in sé, uno strumento di autoeducazione, addirittura la consacrazione dell'autodidattismo. È una convinzione del tutto errata, spesso tinta di pregiudizio pseudoscientifico, ma in realtà ottusamente scientista. È sufficiente richiamare l'autorità di Carlo Ginzburg, il quale non perde occasione per dire e per scrivere, che, in senso lato, la rete è la realizzazione del motto, politicamente scorretto, di Gesù Cristo: 'a chi ha, sarà dato'; nel senso che è indispensabile la mediazione culturale, dunque la scuola, in tutte le sue espressioni e forme. Si impara anche da sé stessi, certo, ma soprattutto si impara dagli altri; e non è affatto detto che la capacità di apprendere sia innata; certamente, può essere trasmessa e dunque insegnata, a partire da una educazione, anche fisica (gramscianamente), al lavoro intellettuale, che richiede una certa dose di fatica.

Questo dico perché il libro di Cossu, facile nello stile e, per dir così, nella simpatia che guadagna al lettore l'immediatezza della parola scritta, è poi concettualmente impegnativo (del resto, la facilità dell'apprendere è altamente apprezzabile quando sia una dote della persona, non già quando sia una degradazione del sapere, cioè una banalizzazione del sapere; il conoscere è come tale un impegno non solo intellettuale ma anche etico, in certa misura; un impegno se non, almeno per tutti, 'di vita', quantomeno *pro tempore*, come appunto dovrebbe accadere nell'attuale quinquennio del corso di laurea magistrale), dato che lo studente si imbatte non solo in una grande varietà di fattispecie riconducibili alla dimensione dell'illecito, ma anche in un numero elevato di pronunce, di questioni e di problemi.

Ora, sotto il profilo dell'analisi giurisprudenziale, è bene essere chiari: siamo ormai tutti d'accordo, dopo decenni di discussioni, che la distinzione tra *obiter dictum* e *ratio decidendi* è, da un lato, essenziale, ma, dall'altro lato, elementare. Non occorre essere raffinati teorici o coltissimi pratici per comprenderla (cito sempre con piacere, perché bello da leggere e perché da esso molto si può apprendere, il seguente scritto di M. Lupoi, *L'interesse per la giurisprudenza: è tutto oro?*, in *Contr. impr.*, 1999, p. 234 ss.: scritto che, al di là degli intrinseci meriti teorici e scientifici, è altamente formativo, ed è un 'materiale' ideale da suggerire in un corso di scrittura giuridica, su cui qualcosa dirò velocemente tra poco). Dunque, uno studente del 5° anno,



che, si confida, nel corso dei quattro anni alle spalle, avrà già avuto modo di leggere non poche sentenze, è ormai provvisto di quell'occhio clinico idoneo a fargli individuare il cuore del fatto e il cuore dell'argomentazione.

Fa bene, allora, Cossu, a lasciare da parte un'analisi teoricamente sofisticata delle sentenze, e dunque della loro motivazione. Altre dovrebbero essere le occasioni per analizzare e smembrare le motivazioni: soprattutto, insegnamenti di teoria e tecnica dell'argomentazione e seminari di scrittura giuridica, i quali ultimi – e questo è sicuramente un dato positivo – stanno aumentando in numero e in qualità. Del resto, il tempo presente, in cui la scrittura a penna sa quasi di provocazione snobistica (ma anche qui, come sempre accade, si stanno registrando segnali in controtendenza, soprattutto nella psicologia dell'apprendimento e nella conseguente didattica), in cui la comunicazione linguisticamente frammentaria e sincopata vince largamente sull'approccio, per dir così, filologico, consistente nel leggere lentamente e nel voler capire tutto (il che, ovviamente, non esime il lettore dallo sforzo; troppo facile pretendere dall'autore, o dall'autrice, quella cristallinità contenutistica che, spesso, fa il paio con la banalità, tanto del pensiero quanto dell'espressione).

Fa bene, poi, Cossu, ad accompagnare il lettore, guidandolo, a volte, all'interno di un passaggio motivazionale (e non si tratta, quasi mai, di passaggi eccessivamente lunghi); altre volte, in un percorso, che può anche essere un po' tortuoso, tra numerose pronunce giurisprudenziali sintetizzate dall'autore. Dunque, il rapporto con la giurisprudenza e con la modalità didattica dell'impiego della giurisprudenza varia (e giustamente), a seconda del problema e della rilevanza delle questioni, tenuto fermo, quale orizzonte di riferimento, il tema della responsabilità e, in senso ancora più ampio, quello del danno.

È opportuno che, a questo punto, il lettore abbia di fronte a sé l'oggetto della materia trattata nel volume; non serve dar conto del contenuto di tutti i ventitré capitoli; ma, ad esempio, si va dal classico della lesione del diritto di credito alla responsabilità per lite temeraria (questione, oggi, di particolare significato, anche prospettico), passando per il diritto (e per il conseguente) danno all'immagine, nonché per l'imputabilità del danneggiante.

Il volume di Cossu non sostituisce (ed è bene che sia così) la lezione svolta dal docente, che, nelle pagine dell'opera, potrà al limite anche reperire frammenti di sentenze che poi, in aula, potranno essere invece lette nella loro integralità, a mo' di seminario, adattabile alle esigenze e alla sensibilità della classe (sempre variabile). Potrei anche dire che il volume di Cossu è un *case-book* assai ben ritagliato sulle esigenze della stragrande maggioranza degli studenti di giurisprudenza. Altra cosa, è ovvio ed è ben noto, sono i *case-book* statunitensi, ma lì gli studenti sono destinatari di letture obbligatorie da discutere in classe; prospettiva destinata, almeno al momento, a rivelarsi fallimentare, da noi, anche per la diffusa convinzione che il diritto all'educazione e allo studio debba essere poi tradotto nel senso che tutti hanno il diritto di completare con successo qualunque ciclo universitario di studi intrapreso e, soprattutto, che l'istruzione (in specie quella universitaria), sia un bene *extra commercium*, e dunque debba costare poco, per chi la produce e per chi ne usufruisce.

Il libro di Cipriano Cossu, mi pare, raggiunge un ottimo equilibrio tra lo stile italiano (anche di insegnamento; nonché sotto il profilo quantitativo, che ha la sua importanza, non foss'altro per la spinosa questione dei crediti formativi) e quello statunitense: credo perché è il genuino frutto di un venticinquennio di lezioni. Non è, dunque, né un manuale improvvisato, né la mera trasposizione sulla pagina scritta della parola detta a lezione. È un autentico strumento didattico, e cioè, da un lato, contiene numerosi 'casi' (in senso lato: a volte, quando è necessario, l'autore si diffonde nel descrivere la fattispecie concreta; altre volte, si limita a riferire il principio di diritto, certo non lasciato isolato: la funzione didattica del volume resta sempre in primo



piano, ed è indubitabilmente il suo maggior pregio), anche tratti da esperienze giuridiche diverse da quella italiana; dall'altro, ha la capacità di trasmettere allo studente, al di là di alcune indispensabili nozioni (ma a questo scopo la lezione resta imprescindibile), prospettive, traiettorie, intersezioni, che hanno uno spiccato valore formativo, disegnando così il giurista quale solutore di problemi; e, sperabilmente, anche persuadendo il lettore del carattere creativo del lavoro del giurista.

[MAURO GRONDONA]



**TOMMASO DALLA MASSARA, *IL CONSENSO ANNICHILITO. LA CRITICA RADICALE DEL CONTRATTO IN SIEGMUND SCHLOSSMANN* (COLLANA *ATLANTE DELLA CULTURA GIURIDICA EUROPEA*), BOLOGNA, IL MULINO, 2021, PP. 159**

Questo è un libro colto, ambizioso, difficile.

È un libro colto, perché il lettore (cui si richiede un certo impegno intellettuale), dalla prima all'ultima pagina viene condotto (ma non direi preso per mano, perché Tommaso dalla Massara, come autore, non sembra affetto da alcuna pulsione paternalistica, spiegando al lettore quello che già dovrebbe sapere o che comunque dovrebbe, o potrebbe, capire da solo) lungo un sentiero culturalmente affollatissimo. Può anche darsi che non tutto si tenga (ma qui avranno voce in capitolo i singoli specialisti chiamati in causa: romanisti, civilisti, comparatisti, politologi, antropologi, e l'elenco potrebbe continuare – l'autore, a p. 16, precisa, ma in realtà non è così, che ragionerà «in termini rigorosamente giusprivatistici»; al contrario, il volume di dalla Massara è il tentativo riuscito di un metodo interdisciplinare, che attinge, con beneficio, da molti e diversificati ambiti del sapere), ma, se è indubbio che (come una volta scrisse Arnaldo Momigliano) la più grande qualità di un libro (e quindi di un autore) è 'the courage to be wrong, which, sometimes, turns out to be the courage to be right'(che vuole dire, anche, avere il coraggio di rischiare: e la ricerca è, prima di tutto, rischio intellettuale; e rischiando, appunto, si può, alla fine, aver ragione), le pagine di questo volume sono soprattutto coraggiose nella loro, per dir così, forza e compattezza (una forza compatta, direi) connettiva. Dunque, pagine estremamente ricche di connessioni (tutte all'insegna del rapporto tra attuale e inattuale, cercando l'attuale nell'inattuale, e viceversa: ma in effetti è proprio questo uno degli obiettivi della nuova, e bella – anche esteticamente – collana del Mulino), e quindi di esiti inaspettati. Leggere questo libro è perciò un'avventura intellettuale: occorre affidarsi all'autore, ma occorre anche avere fiducia in sé stessi (perché l'autore sfida il lettore, come vedremo).

È un libro ambizioso, perché dalla Massara, ben consapevolmente (e, appunto, anche coraggiosamente), compie un percorso che, molto in sintesi, si snoda lungo i seguenti tornanti (enumero i principali, ma i 39 paragrafi lungo i quali si articola il discorso sono fedeli testimoni del molto che qui ometto): il senso del vincolo contrattuale; il rapporto tra libertà individuale e volontà individuale; la legittimità del potere, individuale e statale; il rapporto tra diritto civile romano e diritto civile moderno e contemporaneo; il rapporto tra diritto (e in particolare il contratto) ed economia (e in particolare, lo scambio, il mercato: «L'intento di Schlossmann era dunque quello di colpire il contratto per attaccare la libertà economica?», si chiede dalla Massara, a p. 52); il passaggio dal dono al contratto; il ruolo del nichilismo quale presenza, disturbante, (anche) nel 'giuridico' (dalla Massara parla di «dirompente nichilismo» di Schlossmann, p. 95).

È perfettamente chiaro come tutti questi temi e questi rapporti ben potrebbero meritare svolgimenti autonomi; ma l'ambizione (che non è però compiacimento; e faccio di proposito questa notazione, apparentemente superflua, perché, in un lavoro del genere, il rischio di non resistere alla tentazione dello snobismo intellettuale è ovviamente forte: ma a me pare che non vi sia una riga del lavoro in cui il lettore – anche il più smaliziato, e magari pure non benevolo – avverta il suono falso della posa) di Tommaso dalla Massara si rivela, a mio giudizio, soprattutto in ciò: egli si prefigge di mostrare che la radicale critica di Siegmund Schlossmann al contratto, e in particolare all'idea contrattuale base (tuttora vittoriosa, e forse è bene così, anche per evidenti ragioni pratiche), cioè che il contratto è un accordo tra volontà che si incontrano, ha una funzione benefica (senza dubbio, culturalmente, ma forse anche antropologicamente), nonché liberatoria (anche in chiave



psicoanalitica: pp. 35-37). Il contratto è un qualcosa che ha la sua propria materialità (anche concettuale: pure il non giurista, quando parla di contratto, sa esattamente cosa voglia intendere, impiegando questa parola; o meglio, sa per certo, in negativo, cosa 'contratto' non è); ma la materialità del contratto (dunque, il contratto come oggetto sociale, come pilastro dell'economia, come strumento, anche, di realizzazione della persona) è la dimensione visibile di un vuoto: è ciò che si vede di un qualcosa che non c'è.

La volontà, apparentemente saldissima alla base del contratto, e dunque il contratto come entità giuridica, «è una falsificazione distillata dal diritto, una bugia utile soltanto a tenere in equilibrio l'intero sistema» (p. 134). Ma – in questa logica –, se è falso che il contratto sia un accordo, è vero che – volendo leggere il contratto attraverso il criterio dell'interpretazione figurale – il contratto è 'figura di' qualcos'altro. Di cosa, esattamente?

Mi pare che le risposte che emergono dal volume siano volutamente molteplici (grazie a quel gioco di risposta stratigrafica a cui dalla Massara invita, con fiducia, il lettore): una – io direi – è che il contratto è 'figura del diritto' come potere stabilizzatore dei rapporti sociali; dunque, un diritto inteso non solo come forza che è legittima, ma come forza che legittima ciò che esso giuridicamente crea. Se il rapporto contrattuale è allora un vuoto, è però anche un pieno. E la pienezza del contratto sta nella pienezza del potere giuridicamente rilevante. Qualunque sia la forza di tale potere (e qualunque ne sia il contenuto), non è dubbio che è la misura (l'unica) dei rapporti umani (che poi, dall'esistenza di un potere che sta oltre l'individuo, appunto perché è un potere sociale, si possa trarre la conseguenza che il potere è violenza, e che «anche il contratto appare uno straordinario portatore di quella violenza», p. 45 – ciò, detto sulle orme di Derrida, ma, mi pare, con giusta cautela, e comunque senza piena adesione –, è altro discorso, che apre altresì il tema della legittimazione non già del potere sociale come connettivo antropologico, ma dei poteri individuali quali, per usare un linguaggio più caro a dalla Massara che non a me, 'dispositivi' della soggettività, con evidenti ricadute anche sul piano contrattuale).

Da questo punto di osservazione, direi anche, è vero che ci può essere un attuale inattuale e un inattuale attuale, ma i rapporti tra attualità e non attualità (e dunque, in certa misura – anche se tra i due termini non vi può essere una perfetta simmetria –, tra continuità e discontinuità) forse sono meno ambigui di quanto, a prima vista, possano apparire: da questo libro ricaviamo una grande lezione di 'montaggio culturale', che ci convince ulteriormente che la comprensione storica è ricostruzione storiografica; non già per avvicinare istintivamente (e facendo in primo luogo torto alla filologia) attuale e inattuale, ma per spiegare razionalmente perché un certo fenomeno appaia, oggi, inattuale, quando invece, al momento in cui sorse, fu avvertito come necessario.

È un libro difficile, infine, perché, in qualche misura, l'autore sfida il lettore. O meglio, direi che i soggetti che Tommaso dalla Massara intende sfidare sono due: certamente Schlossmann. E poi il lettore, dunque noi tutti.

Schlossmann è sfidato a partire dalla dimensione stilistico-espressiva. Sono diversi i punti del volume in cui l'autore sottolinea (a volte, mi pare, anche con un certo compiacimento) il cattivo stile del giurista ('torrentizio', 'ridondante', 'quasi pacchiano', p. 138; a p. 100 si parla di 'rudezza' della critica; a p. 103 leggiamo di 'provocazioni schlossmanniane'; a p. 10 si qualifica la scrittura di Schlossmann come 'ostica', 'discontinua', e 'a tratti perfino indecifrabile'; ed esemplificazioni ulteriori non mancherebbero).

Sotto questo aspetto, dalla Massara vince a man bassa: tanto è denso concettualmente il volume, tanto è piana la forma espressiva. Non c'è passaggio che, ribadisco, nella sua (spesso elevata) densità concettuale, non sia formulato con una lingua che non solo non è ostica, ma che è spesso seducente (e il lettore, anche per



questa ragione, può cadere nell'inganno di capire, o di sapere; dove invece non capisce o non sa), a volte anche ammiccante, o allusiva.

Ma appunto qui entra in gioco la seconda sfida, che è poi quella attuale, con il lettore. E la sfida, a mio modo di vedere, potrebbe caratterizzarsi (anche) come segue: se l'inattuale Schlossmann è in realtà attuale, in che cosa consiste questa attualità? La risposta che dalla Massara sembra fornire, si legge a p. 137: «Fin da subito è apparso chiaro che l'attacco sferrato nei confronti della costruzione teorica del contratto va inteso come un gesto provocatorio». Una prospettiva, che non dico non sia corretta (tanto è vero che, come leggiamo poco oltre, a p. 139 – ma, invero, non è una sorpresa –, le tesi di Schlossmann «non ebbero largo seguito»), ma che mi sentirei di definire riduttiva: o meglio, una prospettiva che è così presentata al lettore, per sfidarlo sullo stesso terreno della provocazione e sul terreno «della bellezza di questa stupefacente biunivocità, quella che tiene assieme l'attualità dell'inattuale e l'inattualità dell'attuale» (p. 140).

Siamo anche qui, direi, di fronte a una presenza che è, al contempo, una mancanza, un'assenza; di fronte a una affermazione coraggiosa, che, però, così non vuole apparire, fino in fondo, e si ritrae. Questa, forse, è l'ambiguità (e al limite anche la contraddizione) del giurista: vedere, sì, che le costruzioni giuridiche sono fondate sul nulla; che il diritto è un vuoto; che la politica e l'ideologia sono invece un pieno. E tuttavia resistere alla pulsione socialmente nichilistica e individualmente autodistruttiva. E tuttavia rimanere giuristi, rinunciando alla politicità e all'ideologia come strumenti di lavoro. Come? Forse, la risposta che ci offre Tommaso dalla Massara si legge a p. 137, dopo, non a caso, la citazione di un corposo passo di Nietzsche: «Sebbene manchi di "verità", il diritto è un male necessario; per quanto esso sia arbitrario, resta irrinunciabile».

L'irrinunciabilità del diritto legittima l'irrinunciabilità del giurista, al di là del mito e del tabù.

[MAURO GRONDONA]



**M. ORLANDI, *INTRODUZIONE ALLA LOGICA GIURIDICA. UNO STUDIO DI DIRITTO PRIVATO*, BOLOGNA, IL MULINO, 2021, PP. 272**

**1. –** 'Logica' è parola impegnativa.

Se si pensa all'uso più colloquiale del termine, l'espressione «è logico» indica qualcosa di coerente, lineare, razionale. Ma – come ha di recente insegnato Natalino Irti [1] – gli anni della pandemia hanno mostrato come il susseguirsi impetuoso di provvedimenti normativi, «arbitrari nel contenuto, oscuri nel linguaggio, tremolanti nella durata», genera il fenomeno della *anomia*, che è in realtà la negazione della razionalità. Negli ultimi mesi l'eccesso di regole ha rischiato più volte di rovesciarsi in assenza di norme. Sicché già tornare a pensare il diritto come un sistema 'logico' e coerente ha un che di tranquillizzante.

Ma è evidente che, nel titolo del volume di Mauro Orlandi, il riferimento alla 'logica' è a una scienza che studi le condizioni per le quali un ragionamento risulta corretto; all'insieme di principî che stanno alla base di un sistema razionale; e a «tutti quei problemi riflessi e generali che sorgono nel campo dell'umano conoscere: quali sono gli oggetti del mio conoscere, con quali mezzi e entro quali limiti di validità li posso conoscere, e con quale criterio quindi distinguo la verità dall'errore, ecc.?» [2].

**2. –** Il libro si colloca nella nobile tradizione delle 'Introduzioni': che rappresentano un genere a sé della letteratura scientifica e giuridica. Penso alla '*Introduzione alle scienze giuridiche*' di Angelo Falzea [3], o alla '*Introduzione allo studio del diritto privato*' dello stesso Irti [4]: testi che hanno segnato intere epoche dei nostri studî.

Nelle 'Introduzioni', l'autore racchiude, soltanto apparentemente a beneficio di chi vi si avvicini per la prima volta, concetti e nozioni essenziali di una materia. In uno sforzo estremo di sintesi e chiarezza, in modo da dare un quadro che, sebbene iniziale, aspira a una qualche completezza.

E innanzitutto la completezza, pur nella concisione, distingue le 'Introduzioni' da un altro genere, quello delle 'Prime lezioni': nelle quali l'autore disegna, quasi tratteggia con fare espressionista, il primo abbozzo di un talvolta soltanto ipotetico corso.

Di qui una prima domanda: a chi è rivolto il saggio di M.O.?

Come tutti i libri importanti e serî, esso si presta a più letture, a più livelli di lettura. Riprendendo una felice espressione di Antonio Punzi [5], anche di questa '*Introduzione alla logica giuridica*' va detto che «si può percorrere a diverse "altezze"». Ma qui la sensazione è che l'A. voglia prendere per mano il lettore, esperto o inesperto che sia; guidandolo gradualmente ai temi e ai problemi, tanto che lo scritto pare sì pensato per gli studenti; ma poi la profondità del ragionamento induce il convincimento che di certo non può essere ad essi

[1] N. IRTI, *Viaggio tra gli obbedienti*, Milano, 2021.

[2] N. BOBBIO, *Teoria della scienza giuridica*, Torino, prima edizione del 'corso universitario' dattiloscritto, Torino, 1950, 5, ove la 'logica' è anche considerata quella «parte della filosofia» intrinsecamente legata al «saper di sapere» dell'uomo.

[3] A. FALZEA, *Introduzione alle scienze giuridiche. Il concetto di diritto*, nuova ed. ampliata, Milano, 2008; ma v. anche M. NUZZO, *Introduzione alle scienze giuridiche. Norme – Soggetti – Attività*, III ed., Torino, 2009.

[4] N. IRTI, *Introduzione allo studio del diritto privato*, Padova, 1990. E poi R. CLARIZIA, *Introduzione allo studio del diritto privato*, Torino, 2017.

[5] A. PUNZI, *Prefazione* a G. BENEDETTI, *Oggettività esistenziale dell'interpretazione. Studi su ermeneutica e diritto*, Torino, 2014, XV.



riservato in via esclusiva. Sicché si può forse dire che – come chiariscono certe zelanti presentazioni di film o serie televisive – è opportuno che lo spettatore più giovane vi assista 'accompagnato'.

**3. –** L''*Introduzione alla logica giuridica*' muove da un patrimonio di conoscenze diffuso e comune, almeno in una certa cerchia di studiosi; per poi proporre riflessioni e soluzioni che, rispetto a quel patrimonio, non sono eccentriche né incoerenti, ma presentano innegabili tratti di novità, e finiscono per legarsi fortemente alla personalità dell'A. che le propone.

Per poco che si rifletta sulla struttura del volume, del resto, lo studio si presenta al lettore come *un cammino di ricerca*.

E i primi due capitoli sono intitolati e dedicati proprio «alla ricerca»: «della norma», cioè di quella indispensabile unità di misura del ragionamento giuridico, il primo; «del significato», il secondo.

Andando 'alla ricerca della norma' (cap. 1, pp. 13-61) M.O. inevitabilmente si confronta con istituti e concetti che fanno da sempre parte dello strumentario del giurista (fatto, fattispecie ed effetto; obbligo e fonte; situazione giuridica; rilevanza).

Virando 'alla ricerca del significato' (cap. 2, pp. 63-104), la prospettiva cambia. Il cammino procede e muta il panorama: si entra nel 'regno' dell'ermeneutica. Ragionando di altre nozioni fondamentali per il giurista (di nuovo i fatti, e il nesso di causalità tra di essi), l'A. segue sempre più *un proprio percorso*, che lo porta a rivisitare nell'attualità taluni concetti tralatizi; ed il respiro si fa via via più originale.

In tal modo, fermando, in apertura del capitolo, due linee ricostruttive che caratterizzano la letteratura degli ultimi anni, M.O. registra quella che definisce una «divaricazione»: tra «ermeneutica dei fatti» e «semantica dei testi», in una riflessione che davvero impone l'accompagnamento del lettore meno esperto.

Per Orlandi, l'ermeneutica dei fatti è – in parte riprendendo Emilio Betti [6] – la comprensione causale di essi. Ma poiché la «diagnosi causale dei fenomeni naturali» prescinde dal linguaggio, è soltanto in una fase successiva che la semantica dei testi consente di studiare «la formalizzazione simbolica dei concetti in un ordine linguistico di corrispondenza»: così consentendo di comprendere in che modo il testo è vòlto in un ordine linguistico.

Di qui il problema dell'interpretazione (nella prospettiva «eziologica», più che «ontologica»: pp. 72-77); affrontato attraverso l'analisi di altri concetti decisivi per il metodo del giurista (concludenza, causalità), e soprattutto ponendo al centro quello che è «il problema essenziale del diritto»: la lingua. «L'ermeneutica è il prodromo della semantica», si conclude in un paragrafo intitolato, in modo assai significativo, alla «prigione semantica» (pp. 84-86).

In questo tratto è, ancóra, l'incontro – un incontro sempre nuovo – con Betti e con la sua metodologia dell'interpretazione, piegata all'attualità in modo da garantire la oggettiva verificabilità del relativo esito. E qui sono, altresì, le belle e dense pagine sulla polemica tra lo stesso Betti e H.G. Gadamer, e sul confronto tra l'ermeneutica metodologica del primo e l'ermeneutica ontologica dell'altro, che studiano il medesimo fenomeno «da due angoli; e non si rinnegano reciprocamente» (p. 92). Qui vi è la riscoperta, anche nel dialogo con G. Benedetti [7], di pagine per certi versi sorprendenti di '*Verità e metodo*' [8], sull'ordine giuridico e sulle caratteristiche proprie dell'ermeneutica giuridica. La conclusione è la verificabilità o la falsificabilità del si-

[6] E. BETTI, *Le categorie civilistiche dell'interpretazione* (1948), da ultimo in *Riv. it. sc. giur.*, 2014, 5, 11 ss.
[7] G. BENEDETTI, *Oggettività esistenziale dell'interpretazione*, cit., 121 ss.
[8] H.G. GADAMER, *Verità e metodo*, trad. e cura di G. VATTIMO, Milano, 1994, 380 ss.



gnificare, anche del significare del giudice: sicché il discorso si ricongiunge con la riflessione sulla prevedibilità e sulla verificabilità dell'applicazione della legge [9].

**4. –** Si giunge, per tale via, all'intimo rapporto esistente tra diritto e linguaggio, e tra «legge linguistica» e «legge giuridica» (pp. 102-104).

Ruolo centrale assume, nell'àmbito di questo rapporto, la scrittura, cui il saggio riserva prolungata e ponderata attenzione.

Anche nel capitolo 3, sulla «semantica della scrittura» (pp. 105-144), l'A. arricchisce ulteriormente il vocabolario del giurista: soffermandosi sulla forma scritta; sul sempre affascinante rapporto tra testo e contesto (ed il dialogo con Irti si fa più serrato, l'Irti di '*Testo e contesto*' [10] e del più recente '*Riconoscersi nella parola*' [11]); sul concetto di «significazione», sui «codici di senso». Neppure qui mancano intuizioni personali e sviluppi innovativi dei risultati della migliore dottrina: che sono da O. fatti proprî, studiati e rivisitati, in una feconda rilettura che è il frutto di una ricca fantasia ricostruttiva.

In questo senso la distinzione tra «interpretazione forte» e «interpretazione debole» (pp. 114-119), a seconda del contesto – pubblico o privato – giuridicamente rilevante, e cioè in funzione dell'insieme di circostanze linguistiche opponibili e utilizzabili. Ed inevitabile, in tale prospettiva, è la riflessione intorno all'art. 12 delle disposizioni sulla legge in generale: e da lì il passaggio dall'esegesi, dal senso primario e dagli «strati di senso» (con la distinzione tra testo, co-testo e con-testo) alla sistematica; e interessanti spunti l'A. offre sul silenzio del legislatore e sul suo specifico linguaggio.

**5. –** Ma è nel capitolo 4, dedicato alla «Analitica del giudizio» (pp. 145-227), che il cammino raggiunge la meta: intesa come formulazione di una compiuta «teoria delle fasi», attraverso le quali l'interprete «consegue la conoscenza giuridica del mondo».

Muovendo dalla distinzione tra «forma esterna o semiotica» e «forma interna o teoretica»; e riconoscendo alla fattispecie il persistente ruolo di «forma del conoscere giuridico», sebbene ammetta che essa non esaurisce la complessità del ragionamento del giurista; O. giunge a distinguere «quattro fasi» – non cronologiche, ma logiche – del giudizio giuridico (pp. 153-167): la «nomologica», che riguarda la «posizione del congegno normativo»; la «ontologica», volta all'accertamento giuridico dell'esistente; la fase «del giudizio tautologico o tassonomico», indispensabile per «classificare il fatto», nei due momenti, della prova e della sussunzione; infine, la fase del «giudizio eziologico o normativo», necessaria per «dimostr[are] l'intero circuito della rilevanza», e quindi la «combinazione» di fattispecie ed effetti posti dalla norma.

Digressioni e corollari si susseguono in un ritmo serrato, sintomo di un'ansia ricostruttiva che non vuole tralasciare alcun esito della teoria formulata. L'A. propone un «concetto di statuto», da intendere come «nucleo» o «plesso» di «effetti strutturali o essenziali» richiamati ellitticamente (pp. 167-169). Si sofferma a lungo, e densamente, sull'analogia, «interna» ed «esterna», e di nuovo sui concetti di silenzio, lacuna ed eccezione; per poi chiudere il cerchio, in modo che il lettore – a questo punto dotato di un apparato concettuale adeguato – possa cogliere fino in fondo le approfondite riflessioni sulla interpretazione costituzionalmente

[9] Cfr. N. Irti, *Un diritto incalcolabile*, Torino, 2016.
[10] N. Irti, *Testo e contesto. Una lettura dell'articolo 1362 codice civile*, Padova, 1996.
[11] Cfr. N. Irti, *Riconoscersi nella parola. Saggio giuridico*, Bologna-Napoli, 2020.



orientata, nonché su valori e principî: cioè su alcuni tra i temi che la civilistica ha studiato di più negli ultimi anni.

D'accordo o in disaccordo che si sia con le tesi proposte, il ragionare dell'A. si svolge, nel capitolo 4, con respiro assai ampio, mai banale, fortemente coerente con la impostazione metodologica dichiarata all'inizio del volume, e poi seguìta fino alla fine.

Esemplare la riflessione sul fenomeno che viene descritto come «crisi dell'effetto» (p. 210 s.). Perché se la dottrina ha conosciuto, negli ultimi anni, un profondo ragionare sulla 'crisi della fattispecie' [12], M.O. ribalta, con motto arguto e fare quasi provocatorio, la prospettiva. *Crisi dell'effetto* si dà quando il giudice interprete, non arrestandosi ai confini segnati dalla fattispecie e dalla norma, sfocia nell'arbitrio, rompe il legame di causalità giuridica che la norma crea tra fatto ed effetto e pone, egli, una conseguenza non prevista.

Ma qui siamo *fuori dal diritto*. O almeno dal diritto, se inteso come rigorosa applicazione di conseguenze giuridiche al verificarsi di dati fatti: descritti, le une e gli altri, e "imprigionati" in enunciati, in parole e nei relativi significati (donde, di nuovo, l'idea di «prigione», «semiotica» e «semantica»).

Fino a quando ci si collochi all'interno del sistema della logica giuridica, possono ordinarsi le «quattro leggi» della conoscenza che riepilogano il percorso: legge «della conformità»; «della prossimità»; «del limite»; e «della lingua». E in queste asserzioni, utili per fermare, in fine, la «essenza della legge», anche il lettore più giovane potrà agevolmente individuare le tappe nodali del cammino.

**6. –** I «casi perplessi» affrontati nel capitolo 5 (pp. 229-255) fanno stringente applicazione della logica del saggio ad alcune tra le vicende giurisprudenziali più dibattute negli ultimi anni: in materia di prevedibilità del danno di cui all'art. 1225 c.c., di autoresponsabilità imposta dall'art. 1227 c.c., di riducibilità della caparra *ex* artt. 1384 e 1385 c.c. e di abuso del diritto.

Verrebbe da pensare che, con questa più che coerente analisi sul campo, il percorso giunga a conclusione: perché M.O. ha fissato e dichiarato, in apertura, l'adesione ad un metodo; sulla base di esso ha (ri)costruito concetti e categorie; grazie ai quali ha educato il lettore – specie il più giovane – ad una sobria e assai definita sensibilità critica, e con ciò ad una attitudine a ragionare con un ben preciso strumentario; del quale, infine, ha mostrato la utilizzazione, per così dire, pratica.

Ma in realtà, al di là della esemplificatrice analisi di casi giurisprudenziali, l'approdo finale del cammino è affidato ad un più che appassionato paragrafo, il settantacinquesimo (ed ultimo: pp. 255-260). Dove ad essere indagato è il problema di sempre del giurista, la domanda di senso di chiunque operi nel e col diritto: il rapporto tra legge e giustizia.

Il «viaggio nelle categorie della ragione», svelandosi progressivamente come «cammino di spoliazione e denudamento», conduce *più in là* del diritto: «oltre il diritto», secondo quel che suggerisce appunto il titolo del paragrafo 75.

Ma giunto a questa altitudine, il giurista ripiega su sé stesso. E si rende conto che «[l]a povertà del diritto» si rivela proprio nel «"cercare giustizia" nella logica giuridica»; sennonché – questa è la più profonda con-

[12] Cfr. N. IRTI, *La crisi della fattispecie*, in *Riv. dir. proc.*, 2014, 42 ss.; ora in ID., *Un diritto incalcolabile*, cit., 19 ss., ove anche ID., *'Calcolabilità' weberiana e crisi della fattispecie*, 33 s. Dell'ampio dibattito che ne è seguìto, emergono le voci dissonanti di N. LIPARI, *I civilisti e la certezza del diritto*, in *Riv. trim. dir. proc. civ.*, 2015, 1115 ss., ora in ID., *Il diritto civile tra legge e giudizio*, Milano, 2017, 155 ss.; C. CASTRONOVO, *Eclissi del diritto civile*, Milano, 2015, 29, nota 34; P. GROSSI, *Ritorno al diritto*, Roma-Bari, 2015; ID., *L'*invenzione *del diritto*, Roma-Bari, 2017.



clusione di O. – la «vera Giustizia» appare «troppo grande per essere custodita dalla logica giuridica», e si «trasfigura in misericordia».

La conclusione, estremamente personale, arresta e chiude il percorso: il cammino razionale finisce perché ha toccato *l'estremo confine*, oltre il quale la logica giuridica non può spingersi.

Un'immagine cinematografica soccorre a descrivere la sensazione suscitata da questa pagina finale. Quella sensazione è legata a *The Truman Show* [13], noto film del 1998, il cui personaggio principale è l'inconsapevole protagonista di un programma televisivo che consente agli spettatori di seguirlo minuto per minuto, dalla sua nascita in poi, 24 ore su 24 per 365 giorni l'anno.

Nella indimenticabile scena finale, Truman ha compreso che qualcosa non torna, nella sua diuturna esistenza. E allora fugge dalla cittadina artificiale in cui vive, ed in cui tutto si ripete incessantemente; sale su una piccola barca a vela e salpa su un mare che, in realtà, è un immenso bacino artificiale costruito appositamente per lo *show*, all'interno degli studi televisivi. Truman si mette alla ricerca di qualcosa che avverte, ma che non conosce; Truman vuole vedere fin dove riesce ad arrivare. Ed è in quel momento che la perfida regia del programma gli scatena addosso una tempesta per farlo tornare indietro, alla sua quotidianità programmata per essere seguìta in diretta; ma Truman mette a rischio la vita, pur di andare avanti. Fino a che, placata la tempesta, la sua barchetta urta qualcosa, che non è altro che la parete del bacino artificiale. Truman, novello Ulisse, ha toccato il limite del suo mondo.

A me sembra che, in questo encomiabile sforzo di sintesi e rigore, il volume di M.O. conduca la logica giuridica al confine dei propri limiti. Ma ciò «non significa rifiuto del diritto», cioè negazione di esso o ammissione di una sua qualche insufficienza; significa, al contrario, *piena consapevolezza*, da parte del giurista, *del proprio limite*.

Il saggio educa, dunque, alla consapevolezza del metodo, degli strumenti, degli obiettivi e, appunto, anche dei limiti del giurista. Ciò che – in un momento storico come l'attuale, in cui non soltanto i civilisti si interrogano sulle cause dell'incertezza del diritto e sul modo di superarla, ritrovando un nuovo e diverso fondamento, anche metodologico [14] – non è poco. Anzi.

[VALERIO PESCATORE]

[13] *The Truman Show* (1998), diretto da Peter Weir su un soggetto di Andrew Niccol, con Jim Carrey nel ruolo del protagonista Truman Burbank.

[14] Cfr. C. CASTRONOVO, *op. cit.*, *passim*; C. CAMARDI, *Certezza e incertezza nel diritto privato contemporaneo*, Torino, 2017; G. BENEDETTI, *Sull'in-certezza del diritto. Dal dogma della certezza a un'ermeneutica critica*, in ID., *Oltre l'incertezza. Un cammino di ermeneutica giuridica*, Bologna, 2020, 137 ss.



**M. STÜRNER, *EUROPÄISCHES VERTRAGSRECHT. INSTITUTIONELLE UND METHODISCHE GRUNDLAGEN, MATERIELLES RECHT, KOLLISIONSRECHT*, BERLIN/BOSTON, 2021, PP. 821***

Il diritto privato europeo, specialmente in materia contrattuale, è assai difficile da dominare soprattutto per le continue ma non sempre lineari innovazioni che lo caratterizzano, oltre che per la sua spiccata interdisciplinarità.

La difficoltà in parola è acuita dal fatto che negli ultimi anni il processo di armonizzazione ha perso molto del dinamismo che lo aveva caratterizzato in precedenza, come dimostrato tra l'altro dalla mancata adozione della proposta – COM(2011) 635 – di regolamento relativo a un diritto comune europeo della vendita, essendo pertanto oggi più arduo che in passato individuare chiare tendenze evolutive.

Ne deriva un mosaico o se si preferisce essere più ottimisti un dipinto puntinistico per la lettura del quale è fondamentale l'apporto della dottrina, chiamata però a superare i tradizionali approcci dogmatici nazionali e ad aprirsi alla prospettiva comparatistica ovverosia alla considerazione delle regole e più in generale delle culture giuridiche di numerosi Paesi.

Proprio in questa direzione si muove il volume in esame: esso intende indagare il diritto privato dell'Unione europea in materia (in senso ampio) contrattuale al fine di ordinarlo e ricostruirlo per quanto possibile sistematicamente, sia pure senza nasconderne contraddizioni e mancanze, tenendo conto pure delle normative interne soprattutto della Germania ma non di rado anche di Francia, Regno Unito e Italia (nonché talvolta di altri Paesi membri), specialmente ove sia possibile scorgere nelle stesse tradizioni o anche solo tendenze recenti comuni.

L'opera è divisa in quattro parti concernenti rispettivamente (i) i fondamenti istituzionali e metodologici, (ii) il diritto contrattuale sostanziale, (iii) il diritto internazionale privato e, infine, (iv) il diritto contrattuale nel contesto generale.

La prima parte del volume (i) introduce alla materia, innanzi tutto rammentando come gli obiettivi essenziali dell'armonizzazione del diritto privato europeo consistano nella uniformazione degli standard di protezione dal lato della domanda di beni e servizi, così da rafforzare la fiducia nel mercato unico, e al tempo stesso nella uniformazione pure delle condizioni di concorrenza per gli imprenditori. In un simile contesto, il diritto contrattuale è di centrale importanza in quanto può fungere da fondamento normativo per l'attività economica degli operatori del mercato comune ma anche ostacolarne lo sviluppo, ove consista in norme imperative notevolmente differenziate nei vari Stati membri.

Per quanto concerne le nozioni di base, si sostiene come, anche dopo l'entrata in vigore (il 1° dicembre 2009) del Trattato di Lisbona, ben si possa continuare a parlare di diritto privato comunitario (*Gemeinschaftsprivatrecht*), sebbene tale espressione sia sempre più di frequente sostituita da diritto privato dell'Unione europea (*Unionsprivatrecht*), che quantomeno dal punto di vista formale può apparire preferibile. In merito invece alla nozione di diritto contrattuale europeo (*Europäisches Vertragsrecht*), per quanto essa restrittivamente intesa riguarderebbe solo fonti del diritto dell'Unione europea, si ritiene indispensabile concepirla più ampiamente comprendendo al suo interno pure le normative nazionali degli Stati membri attuative di tale diritto o anche solo in qualche misura collegate a esso. Dal punto di vista contenutistico, peraltro, è arduo trac-

* La recensione rientra nell'attività di ricerca del gruppo «Laboratorio di tecnica di redazione dei contratti» nell'ambito del Progetto di Eccellenza del Dipartimento di Scienze Giuridiche dell'Università degli Studi di Verona «Diritto, Cambiamenti e Tecnologie».



ciare confini precisi continuando a mancare già solo la formalizzazione di una definizione generale di contratto valevole a livello europeo.

Sempre nella parte introduttiva, sono approfondite pure le nozioni più rilevanti in tema di armonizzazione e unificazione del diritto dell'Unione europea, a seconda dei casi sostanziale o internazionale privato, distinguendosi varie forme di armonizzazione come quella – per lungo tempo dominante – minima, quella – negli ultimi anni sempre più perseguita – massima e la figura per così dire intermedia della piena armonizzazione mirata (*targeted full harmonisation*).

Poste simili basi concettuali, è dedicato ampio spazio all'evoluzione del diritto contrattuale europeo, opportunamente premettendosi l'importanza per comprenderne gli sviluppi attuali della prospettiva storica e così anche della tradizione romanistica. Si sottolinea quindi come un cambiamento epocale sarebbe stato segnato dall'adozione di un vero e proprio Codice civile dell'Unione europea, obiettivo questo che – pur essendo sempre stato controverso – era sembrato in anni passati non impossibile da raggiungere, ma che risulta oggi abbandonato. Lo dimostra la rilevanza ormai solo dottrinale del *Draft Common Frame of Reference* (*DCFR*) – che come noto intendeva invece anche fungere da modello per la codificazione del diritto patrimoniale a livello europeo – cui si aggiunge il già rammentato insuccesso persino della meno ambiziosa proposta di regolamento relativo a un diritto comune europeo della vendita.

Ciò considerato, le più importanti sfide future che l'Unione europea ha di fronte nella nostra materia sono rappresentate da un lato dal miglioramento della disciplina del mercato unico digitale, come testimoniato tra l'altro dalla direttiva (UE) 2019/770 su determinati aspetti dei contratti di fornitura di contenuto digitale e di servizi digitali, cui si collega la direttiva (UE) 2019/771 su determinati aspetti dei contratti di vendita di beni, e dall'altro dalle conseguenze della Brexit, che potrebbero a lungo andare anche rivelarsi positive, se in assenza della fiera impostazione di *common law* incarnata dal Regno Unito risulterà più semplice armonizzare o persino uniformare le normative degli Stati membri. Ciò nonostante è secondo il nostro Autore necessario che l'Unione europea rimanga anche in futuro aperta alla cultura giuridica di *common law*, non solo perché quest'ultima – piaccia o no – è quella dominante nel commercio mondiale ma anche perché il reciproco avvicinamento tra tale cultura giuridica e quella di *civil law* è un processo sviluppatosi ampiamente da vari decenni anche oltre il livello dell'Unione europea e che non sarebbe comunque possibile arrestare.

Quanto all'apporto dei vari progetti dottrinali in materia di diritto privato europeo, il volume in esame ne pone in rilievo, nel complesso, il fondamentale ruolo propulsivo, approfondendo i rispettivi pregi e difetti. In quest'ambito è dedicato adeguato spazio anche a due iniziative provenienti dall'Italia, innanzi tutto quella dell'Accademia dei giusprivatisti europei di Pavia, verso almeno alcuni aspetti della quale (per esempio la tendenziale svalutazione delle norme imperative, in contrasto con l'evoluzione normativa europea non solo in materia di tutela del consumatore, e l'impiego probabilmente eccessivo di clausole generali, che può complicare piuttosto che favorire l'avvicinamento dei diversi ordinamenti giuridici) si segnalano crescenti perplessità tra gli studiosi; ma non se ne disconosce la perdurante utilità anche pratica dimostrata dai riferimenti sovente compiuti a essa pure dagli avvocati generali della Corte di Giustizia dell'Unione europea nelle loro conclusioni. Il secondo progetto dottrinale italiano preso in considerazione è il *Common Core of European Private Law* di Trento, di cui si apprezza l'impostazione spiccatamente comparatistica e al tempo stesso casistica, ma il giudizio sul quale si ritiene che possa variare notevolmente a seconda dei contenuti di ciascuna delle numerose opere pubblicate nella omonima serie.

Tra le iniziative dottrinali più recenti, è poi presentata quella, prevalentemente franco-tedesca, diretta a elaborare un *Code européen des affaires*, il cui futuro è peraltro attualmente assai difficile da prevedere. L'opera qui recensita si sofferma quindi sull'ulteriore progetto scientifico, realizzato per lo più presso o in



collegamento con il *Max-Planck-Institut* di Amburgo, dei *Commentaries on European Contract Laws* a cura di Nils Jansen e Reinhard Zimmermann, che con il loro tentativo di un esame ordinato dei variegati testi reperibili in materia di diritto contrattuale europeo risultano particolarmente utili in una fase storica come quella attuale, nella quale non è ragionevolmente immaginabile che possa giungersi a un atto normativo unitario dell'Unione europea che copra tutta la citata materia.

A proposito delle fonti del diritto, è ripetutamente sottolineata la centralità del principio di attribuzione (e dei collegati principi di sussidiarietà e proporzionalità) previsto dall'art. 5 del TUE, da cui deriva che l'Unione europea può emettere atti normativi solo nella misura in cui nelle fonti primarie le sia assegnata la relativa competenza (si pensi per esempio alla protezione dei consumatori di cui all'art. 169 del TFUE), ciò che non avviene mai esplicitamente con riguardo al diritto privato in genere. Nondimeno sono numerosi e importanti i provvedimenti normativi già emessi dall'Unione in tema di diritto contrattuale, ripartiti dall'opera in esame nelle due categorie del *Kernzivilrecht* e del *weiteres Zivilrecht*, alla prima delle quali afferiscono le tre fondamentali direttive 2011/83/UE sui diritti dei consumatori, 1999/44/CE sulla vendita di beni di consumo e 93/13/CEE sulle clausole vessatorie, cui si sono aggiunte in tempi più recenti le direttive (UE) 2019/770 sui contenuti e sui servizi digitali nonché (UE) 2019/771 sulla riformata vendita di beni. Alla seconda categoria sono invece ricondotti ulteriori provvedimenti concernenti specifici tipi contrattuali, per esempio la direttiva 2008/122/CE sui contratti di multiproprietà nonché la direttiva (UE) 2015/2302 sui pacchetti turistici.

Nel complesso, prendendosi le mosse dall'idea che le norme costituzionali di ogni ordinamento giuridico nazionale debbano considerarsi, alla luce della loro sovraordinazione gerarchica e delle conseguenze dalla stessa derivanti, una *Metaordnung* per il diritto privato, analogamente si ragiona del diritto dell'Unione come di una *zweite Metaordnung für das nationale Vertragsrecht*, sia pure evidenziandosi come il primato del diritto europeo sul diritto domestico si trovi non di rado diversamente concepito nelle prospettive della Corte di Giustizia da un lato e delle corti costituzionali dei singoli Stati membri dall'altro.

Non vi è dubbio, comunque, che tradizionalmente e ancora oggi l'atto normativo più rilevante per l'avvicinamento del diritto privato in Europa sia la direttiva, in relazione alla quale si pongono numerose questioni complesse, come quella del rapporto tra la semplice armonizzazione e la vera e propria unificazione giuridica, per la quale ultima lo strumento più adeguato è a rigore il regolamento, anche se non mancano direttive di armonizzazione massima (o completa) che a quello strumento almeno per certi versi finiscono per assomigliare, rendendo le categorie in discorso mutevoli e difficili da definire con precisione. Si pensi, ancora, alle diverse modalità di fondo con cui le varie direttive europee possono essere recepite in ogni Stato membro, che consistono in leggi speciali sempre diverse, in un apposito Codice del consumo secondo la via italiana e prima ancora francese o persino in una modifica della codificazione civile generale nel caso della *Schuldrechtsmodernisierung* tedesca del 2001, strada quest'ultima che l'opera in esame lascia intendere di apprezzare soprattutto per il suo obiettivo di riduzione del divario tra diritto del consumo di provenienza europea e diritto privato comune, nel segno della valorizzazione del primo. Altra questione delicata è quella dell'interpretazione delle direttive europee, così come delle normative emanate a livello nazionale per la loro attuazione, per la quale occorre rammentare che – come il nostro Autore auspica in modo pienamente condivisibile – il diritto dell'Unione europea dovrebbe essere in linea di massima interpretato autonomamente, cioè prescindendo dai principi interni al singolo Stato membro in cui si tratti di volta in volta di applicarlo, conseguentemente tenendo conto delle formulazioni dei testi europei in varie lingue ufficiali e ricorrendo all'interpretazione sistematica e a quella teleologica con cautela maggiore di quanto può farsi in ambito puramente nazionale, considerata la perdurante frammentarietà del diritto privato europeo.



La parte più estesa dell'opera è poi quella sul diritto contrattuale sostanziale (ii), la quale inizia con l'illustrazione dei due principi generali dell'autonomia contrattuale, da intendersi come implicito presupposto fondamentale per il mercato interno, che ai sensi dell'art. 3 TUE deve basarsi su una economia (sociale) di mercato, e della vincolatività contrattuale (*pacta sunt servanda*), anche quest'ultimo alla pari del primo ricollegabile niente meno che alla dignità umana e più precisamente all'autodeterminazione dell'individuo, che include pure la libertà di impegnarsi (nonostante che storicamente e anche oggi a livello comparatistico essa si atteggi in modi talvolta assai diversi, come dimostrato per esempio dalla *consideration* inglese). È quindi affrontato pure il controverso tema della giustizia contrattuale, in relazione al quale la tradizionale prospettiva puramente formale espressa dalla massima *stat pro ratione voluntas* è posta in discussione alla luce di un processo evolutivo di *Materialisierung der Vertragsgerechtigkeit* nel cui ambito trovano crescente spazio meccanismi diretti in vario modo a sindacare il contenuto delle intese contrattuali.

Segue l'illustrazione delle principali categorie emerse nell'ambito del citato processo evolutivo con particolare riferimento al diritto contrattuale europeo.

Viene a questo proposito in rilievo, innanzi tutto, la parità di trattamento, approfondita anche dal punto di vista storico evocando la distinzione aristotelica tra *iustitia distributiva*, la quale in ambito contrattuale può rilevare solo eccezionalmente, e *iustitia commutativa*, la quale è invece centrale per i rapporti giuridici tra soggetti in posizione paritaria e così anche per i contratti traducendosi peraltro in relazione a questi ultimi in una equivalenza puramente formale o soggettiva, non in una oggettiva parità di prestazione e controprestazione né nell'idea del giusto prezzo.

Si considera inoltre la protezione dei più deboli, che per quanto sia piuttosto intensa per esempio e in particolare in favore del consumatore non può reputarsi oggetto di un principio giuridico di portata generale, proprio alla luce del suo carattere derogatorio rispetto alla summenzionata impostazione di *iustitia commutativa* che continua a dominare la materia contrattuale.

Si esamina quindi la buona fede, che il diritto secondario dell'Unione europea menziona per il momento solo sporadicamente, come nel caso dell'art. 3 della direttiva 93/13/CEE sulle clausole vessatorie, ma che anche alla luce di spinte dottrinali del tipo di quella che si è tradotta nel *DCFR* potrebbe divenire un concetto centrale negli sviluppi futuri, a maggior ragione in seguito alla Brexit, per quanto l'opera in esame opportunamente avverta come il crescente impiego di un simile concetto sia da valutare con notevole cautela, rischiando di comportare l'attribuzione ai giudici dei singoli Stati membri – non sempre a ciò abituati – del potere su decisioni valoriali che dal punto di vista della certezza del diritto sarebbe preferibile fossero lasciate al legislatore.

È poi preso in considerazione il divieto dell'abuso del diritto, strettamente collegato alla buona fede e da tempo valorizzato dalla giurisprudenza della Corte di Giustizia, nonostante la scarsità di riferimenti espliciti a esso nel diritto dell'Unione europea.

Viene inoltre in rilievo la proporzionalità (tema su cui il nostro Autore ha compiuto fondamentali studi – il riferimento è soprattutto a *Der Grundsatz der Verhältnismäßigkeit im Schuldvertragsrecht*, Tubinga, 2010 – con i quali la dottrina anche italiana varrebbe la pena che si confrontasse maggiormente in futuro), oggetto di un importante principio generale (oltre che del diritto pubblico, anche) del diritto privato non solo europeo complementare a quello già citato della equivalenza soggettiva delle prestazioni e che, per quanto possa dirsi perseguire lo scopo ultimo di una giustizia del caso concreto, assume in questa sua veste di principio generale, a rigore, il carattere eminentemente formale di uno strumento di semplice giustizia procedurale, nella misura in cui offre appunto solo una procedura per il contemperamento di interessi in conflitto, non anche valori sostanziali destinati senz'altro a prevalere e con essi soluzioni precostituite.



Tutto ciò chiarito, la parte dell'opera dedicata al diritto contrattuale sostanziale prosegue affrontando, nell'ordine, la conclusione del contratto, il suo contenuto, la sua esecuzione, il diritto antidiscriminatorio e infine i singoli tipi contrattuali del diritto privato europeo.

In merito alla conclusione del contratto, sono trattati innanzi tutto i doveri di informazione previsti a tutela del consumatore, considerato contraente debole soprattutto in quanto è d'ordinario meno informato rispetto alla sua controparte professionale, nell'art. 5 della direttiva 2011/83/UE in generale e in ulteriori previsioni concernenti specifiche tipologie contrattuali, approfondendo altresì i rimedi particolari (si pensi alla possibile incidenza sul termine per l'esercizio del diritto di recesso dettagliatamente prevista dalla normativa europea) e generali (si pensi alla eventualità di un risarcimento del danno secondo la disciplina nazionale di volta in volta applicabile) esperibili a tutela di tale soggetto in caso di violazione dei citati doveri.

L'opera in esame si occupa quindi del necessario incontro di (almeno) due diverse volontà affinché possa dirsi formato l'accordo e così concluso il contratto, ovverosia del *Konsensprinzip* che il diritto dell'Unione europea attualmente vigente non disciplina con proprie previsioni generali, dandolo peraltro per scontato. Tale incontro di volontà dovrebbe in linea di massima poter essere vestito in qualsiasi modo, in ossequio al principio di libertà della forma che è parte del più ampio principio dell'autonomia privata, alla base come abbiamo veduto anche del diritto privato europeo, nell'ambito del quale non mancano peraltro numerosi requisiti formali (che dovrebbero dunque considerarsi eccezionali) nonché alcuni testi normativi che mirano per converso a semplificare forme e procedure, come dimostrato per esempio dal regolamento (UE) n. 910/2014 – eIDAS.

Sempre in tema di conclusione del contratto, vi è infine un ampio approfondimento sul diritto di recesso o meglio sui diritti di recesso del diritto privato europeo e sulle relative conseguenze. Siffatto approfondimento non poteva mancare, trattandosi come l'opera in esame ha cura di sottolineare di uno dei più importanti strumenti a tutela del consumatore inteso come contraente debole soprattutto sotto il già segnalato profilo informativo. L'indagine della disciplina di dettaglio dell'Unione europea e di quella interna specialmente ma non solo tedesca non è disgiunta da dotte riflessioni dogmatiche, come quella concernente il controverso rapporto tra il recesso consumeristico e il principio della vincolatività contrattuale che si conclude con la classificazione del primo come «*eine der Vertragsbindung inhärente Beschränkung* […], *die den Grundsatz* pacta sunt servanda *nicht grundsätzlich in Frage stellt*».

Venendo al contenuto del contratto, l'opera qui recensita rammenta come l'autonomia privata si estenda ampiamente anche a tale profilo e pertanto significhi libertà di stipulare in linea di massima pure contratti svantaggiosi, non potendo ammettersi, nemmeno sulla base del sia pure importante principio di buona fede, un generale controllo equitativo sulle pattuizioni (essendo tradizionalmente un controllo di tal fatta, in un sistema liberale, un *Fremdkörper*), per quanto con particolare riferimento al diritto nazionale tedesco già a partire dalla seconda metà del secolo scorso le divaricazioni rispetto a questa impostazione si siano fatte via via più significative. Affinché possa darsi qualsivoglia controllo contenutistico sul contratto, occorre in ogni caso che l'accordo sia già stato fissato attraverso l'interpretazione, tema quest'ultimo di cui peraltro il diritto dell'Unione europea attualmente vigente non si occupa (a differenza del *DCFR* e nella sua scia della sia pure sfortunata proposta di regolamento relativo a un diritto comune europeo della vendita), dovendosi pertanto ricorrere alle discipline nazionali di volta in volta applicabili, in alcune delle quali non mancano significative differenze (basti pensare al diritto inglese, che risulta incentrato sul significato letterale delle parole, per esempio, assai più di quello tedesco, ove è invece maggiormente rilevante a fini interpretativi lo scopo economico dell'accordo).



Sempre con riguardo al contenuto del contratto, le discipline più rilevanti dal punto di vista del diritto dell'Unione europea sono indubbiamente la direttiva 93/13/CEE sulle clausole vessatorie e le varie normative interne che la hanno attuata nei Paesi membri. La citata direttiva, comunque, derogandola solo in modo limitato conferma nel complesso la già menzionata tradizionale e ancora oggi perdurante assenza di un generale controllo equitativo sul contenuto dei contratti. In relazione alla medesima direttiva, si attribuisce inoltre un ruolo fondamentale alla proporzionalità (la cui più generale rilevanza nel diritto privato europeo abbiamo già avuto modo di evocare), descritta come un *Leitbild der Missbrauchskontrolle*. Quanto poi alle diverse soluzioni nazionali di recepimento, l'opera in esame comprensibilmente giudica particolarmente interessante – soprattutto per la sua già accennata finalità di estensione dell'ambito di applicazione della normativa europea – quella tedesca, che in seguito alla *Schuldrechtsmodernisierung* del 2001 si trova contenuta direttamente nei §§ 305 ss. *BGB*.

Passando all'esecuzione del contratto, l'approfondimento più significativo è dedicato alla *Vertragsverletzung*. A tale riguardo, si segnala come il primo problema con cui ogni tentativo di armonizzazione a livello europeo dovrebbe fare i conti sia la circostanza che, sebbene tutti gli ordinamenti giuridici nazionali contemplino sanzioni per la violazione del programma contrattuale, vi possano essere notevoli differenze. Tra queste, spicca quella di fondo tra il *civil law* continentale, ove può in linea di principio pretendersi l'adempimento di ogni obbligazione come originariamente convenuta (*Naturalerfüllung*), e il *common law*, ove un simile esito (*specific performance*) è solo eccezionalmente garantito, prospettiva questa prendendo le mosse dalla quale risulta particolarmente interessante il *DCFR*, che esprime un tentativo di compromesso tra le due diverse impostazioni in discorso.

Per quanto concerne il diritto dell'Unione europea attualmente vigente, l'argomento della *Vertragsverletzung* risulta peraltro ancora privo di una disciplina generale e affrontato, oltre che settorialmente in materia di vendita e di alcune altre tipologie contrattuali che menzioneremo tra breve, soprattutto in tema di lotta contro i ritardi di pagamento nelle transazioni commerciali attraverso la direttiva 2000/35/CE, poi sostituita dalla direttiva 2011/7/UE.

Quanto al diritto antidiscriminatorio, si segnala come negli ultimi anni proprio su impulso dell'Unione europea sia significativamente mutata la tradizionale impostazione, risalente al tempo dell'Illuminismo, secondo la quale arbitrio e discriminazione erano nel diritto privato senz'altro permessi, stante la generale libertà (salve limitatissime eccezioni) di cercarsi la controparte preferita e di determinare autonomamente il contenuto del contratto. Sono infatti numerose le direttive dell'Unione emanate con l'obiettivo di affermare sotto vari profili, anche (sebbene non solo) in ambiti di rilevanza per il diritto privato, il principio della parità di trattamento (*Gleichbehandlung*). L'opera in esame, oltre a elencare tali direttive illustrando le loro principali caratteristiche e quelle della normativa di recepimento quantomeno tedesca, sottolinea peraltro come la crescente affermazione di tale principio inevitabilmente avvenga a discapito della libertà o per meglio dire autonomia contrattuale, essendo dunque necessario risolvere il conflitto di interessi in parola alla luce del principio di proporzionalità, e come possa paradossalmente persino accadere che discriminazioni siano poste in essere attraverso direttive antidiscriminatorie (*Diskriminierung durch Antidiskriminierungsrichtlinien*).

L'indagine sui tipi contrattuali del diritto privato europeo è aperta da una riflessione generale sulla *Vertragstypenlehre*, cioè l'impostazione di fondo che porta molti Paesi nei quali pure ha ampio riconoscimento l'autonomia privata ad adottare regole nazionali non solo sul contratto e/o sull'obbligazione in generale ma anche su un gran numero di specifiche figure contrattuali. La conoscenza di tale impostazione di fondo, condivisa anche nel *DCFR*, risulta utile pure per rapportarsi al diritto privato europeo, le categorie impiegate dal quale sono peraltro da interpretare autonomamente ed è dunque assai difficile che coincidano con precisi



concetti nazionali (si pensi per esempio alla nozione di «contratto di prestazione di servizi» di cui all'art. 4, par. 1, lett. b del regolamento Roma I, che nonostante la notevole somiglianza testuale deve considerarsi assai diversa e più ampia della nozione tedesca di *Dienstleistungsvertrag* di cui al § 611 *BGB*), senza contare le ipotesi (come i contratti di multiproprietà o quelli concernenti pacchetti turistici) in cui il diritto privato europeo ha introdotto tipologie senz'altro nuove. La sfida futura più rimarchevole in quest'ambito è, in ogni caso, posta dalla digitalizzazione, le regole adottate dall'Unione europea per governare la quale, con riguardo alla materia contrattuale, più che introdurre nuovi tipi, sembrano destinate a incidere trasversalmente su numerose figure già esistenti, come nel caso della direttiva (UE) 2019/770 su determinati aspetti dei contratti di fornitura di contenuto digitale e di servizi digitali.

L'opera qui recensita dedica quindi specifici approfondimenti alla compravendita, con particolare attenzione da un lato alla genesi e ai vari contenuti della direttiva (UE) 2019/771 nonché dall'altro alla sia pure per il momento sfortunata proposta del 2011 di regolamento relativo a un diritto comune europeo della vendita, e poi proprio al diritto contrattuale nell'età digitale, nel cui ambito sono trattati non solo la già citata direttiva (UE) 2019/770 ma anche il regolamento (UE) 2019/1150 che promuove equità e trasparenza per gli utenti commerciali dei servizi di intermediazione online e pure lo scivoloso e ancora privo di disciplina organica argomento degli algoritmi e dei c.d. *smart contracts*, che in quanto forme espressive dell'autonomia privata debbono comunque reputarsi in linea di principio non in contrasto con il diritto dell'Unione europea.

Seguono ulteriori approfondimenti sulle normative in tema, rispettivamente, di credito al consumo, pacchetti turistici, multiproprietà, agenzia e contratti di trasposto, soprattutto aereo, con particolare riguardo al regolamento (CE) 261/2004 che istituisce regole comuni in materia di compensazione e assistenza ai passeggeri in caso di negato imbarco, di cancellazione del volo o di ritardo prolungato.

La terza parte del volume (iii) è poi dedicata interamente al diritto internazionale privato, la cui centralità per il diritto privato e specialmente contrattuale europeo è già solo tramite questa – dal punto di vista italiano non scontata – scelta espositiva opportunamente resa evidente.

In quest'ottica sono innanzi tutto chiariti il ruolo, la funzione e la particolare metodologia del diritto internazionale privato in genere, così come la sua rilevanza anche dai vari punti di vista della formazione giuridica, della prassi e della tecnica di formulazione delle leggi. Segue una illustrazione dei più importanti principi del diritto internazionale privato in materia contrattuale, primo fra tutti quello – sia pure non privo di limiti – dell'autonomia privata, la quale si conclude con una critica a quella che sembra essere una tendenza degli ultimi tempi se non senz'altro a politicizzare quantomeno a strumentalizzare la materia così da favorire l'applicazione del proprio diritto nazionale, in contrasto con l'approccio classico di tipo più spiccatamente multilateralistico.

Con specifico riguardo al diritto internazionale privato dell'Unione europea, in seguito a una sintesi del processo evolutivo vissuto dallo stesso, delle principali questioni generali che esso pone e delle prospettive future (comprese le ipotesi, per la realizzazione delle quali non è peraltro riscontrabile, allo stato, la necessaria volontà politica, di un *European Code on Private International Law* oppure di un regolamento «Roma 0» contenente una sorta di parte generale), l'opera in esame inevitabilmente dedica notevole spazio al regolamento (CE) n. 593/2008 sulla legge applicabile alle obbligazioni contrattuali (Roma I).

Nella quarta e ultima parte (iv) sono quindi contenute riflessioni conclusive di taglio generale nonché attuativo-processuale.

Ci si chiede tra l'altro se il diritto privato dell'Unione europea possa essere trattato come un vero e proprio sistema, ciò che è dubbio alla luce della sua più volte segnalata frammentarietà. Tale dubbio è rafforzato dall'insuccesso di alcune ambiziose iniziative degli ultimi, quali il *Draft Common Frame of Reference* e la



proposta di regolamento relativo a un diritto comune europeo della vendita, che avrebbero potuto portare maggiore sistematicità e che l'opera in esame però considera ancora meritevoli di grande attenzione, anche in prospettiva futura. D'altra parte è assai valorizzato il ruolo svolto, nel tentativo di dare maggiore coerenza alla nostra materia, dalla prassi e specialmente dalla giurisprudenza della Corte di Giustizia dell'Unione europea, per quanto non possa disconoscersi come i giudici dei singoli Paesi membri continuino non di rado a rimanere fortemente legati alle loro tradizioni giuridiche nazionali.

Nemmeno la domanda sulla presenza oppure non di una *Methodenlehre* comune a livello europeo può ricevere risposte senz'altro affermative, rimanendo anzi in linea di principio ferma la competenza dei singoli Stati membri al riguardo, per quanto sia già da molto tempo riscontrabile una convergenza spontanea a livello metodologico che coinvolge sotto vari profili non solo Paesi tradizionalmente caratterizzati da impostazioni simili ma anche il *common law* inglese (nonostante che a esso sia tradizionalmente estranea l'idea continentale dell'ordinamento giuridico come un coerente e sistematico tutto) da un lato e il *civil law* europeo dall'altro.

In conclusione, l'opera in esame è a parere dello scrivente meritevole di incondizionato apprezzamento, oltre che per i profili più specifici già segnalati, per le sue spiccate e non comuni caratteristiche di interdisciplinarità, essendo i suoi contenuti al tempo stesso civilistici, comparatistici, processualistici, internazionalprivatistici nonché di diritto dell'Unione europea, senza contare i riferimenti talvolta pure al diritto del lavoro, al diritto commerciale, etc.

Come si è già lasciato intendere, ulteriore filo rosso dell'opera è il continuo confronto anche tra *civil law* e *common law*, che potrebbe a prima vista sembrare di minore importanza rispetto al passato a causa della recente Brexit ma che rimane invece fondamentale per il diritto contrattuale europeo, tra gli altri motivi per la innegabile centralità della Corte di Giustizia, il cui ruolo risulta almeno sotto alcuni profili paragonabile a quello della giurisprudenza di ultima istanza di *common law*.

Sempre tra le caratteristiche generali maggiormente degne di menzione e di lode, vi è pure la circostanza che una pubblicazione di tali estensione e complessità è stata realizzata da un unico Autore. Per quanto nelle numerose opere collettane sul diritto privato europeo possa esservi una talvolta anche notevole affinità metodologica tra i vari studiosi coinvolti, magari accompagnata da una intensa attività di coordinamento dei rispettivi lavori, solo una singola penna garantisce infatti fino in fondo quel respiro unitario che può sempre arricchire una ricerca giuridica ma che diviene particolarmente prezioso ove si tratti di confrontarsi con una materia così frastagliata e complessa come quella del diritto contrattuale europeo.

Il nostro Autore, insomma, ha profuso uno sforzo straordinario, indubbiamente protrattosi per molti anni di lavoro, dei cui eccellenti risultati raccolti nel volume che qui si presenta anche la dottrina italiana dovrebbe essergli grata. L'auspicio finale di chi scrive è che questo sforzo non si esaurisca bensì si traduca in successive edizioni quando l'incessante evoluzione del diritto contrattuale europeo le renderà necessarie. Se questo auspicio sarà soddisfatto, i giuristi europei continueranno a ricevere un fondamentale ausilio nell'arduo ma ineludibile tentativo di costruire un vero e proprio sistema del diritto contrattuale dell'Unione e al tempo stesso di superare lo scetticismo che, non senza alcune ragioni, ripetutamente si manifesta al riguardo, in vari Paesi membri così come in Italia.

[MAURO TESCARO]