

JUS CIVILE

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



2/2026

marzo-aprile



G. Giappichelli Editore

ISSN 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.



INDICE

	<i>pag.</i>
Convegno in onore di Rosalba Alessi Risoluzione per inadempimento e tecniche di conservazione del contratto Palermo, 3 ottobre 2025	
<i>Giuseppe Vettori</i> , La contaminazione delle Fonti. Introduzione al convegno in onore di Rosalba Alessi	136
<i>Carmelita Camardi</i> , Pratiche commerciali scorrette e rimedi contrattuali. Note critiche	142
<i>Giovanni De Cristofaro</i> , La risoluzione della (<i>rectius</i> : il recesso dalla) vendita mobiliare <i>b-to-c</i> per “difetto di conformità al contratto” dopo il recepimento della direttiva 2019/771/UE: il tramonto della “gerarchizzazione” dei rimedi e ritorno al diritto generale della risoluzione per inadempimento?	162
<i>Salvatore Monticelli</i> , Conservazione del contratto e cooperazione del creditore: dal canone di buona fede alle ‘misure di tolleranza’	177
<i>Fabio Addis</i> , Misure dilatorie, «preparazione» della risoluzione e «recupero» del rapporto sinallagmatico nel canone di Rosalba Alessi	188
<i>Mario Trimarchi</i> , Adempimento parziale e mantenimento del contratto	200
<i>Giovanni Di Rosa</i> , Autonomia privata e rimedio risolutivo	207
<i>Maria Astone</i> , Inadempimento, conservazione del contratto e ruolo della buona fede	217
<i>Marcello Maggiolo</i> , Risoluzione per inadempimento e crisi d’impresa	227
Articoli e Saggi	
<i>Federica Falconi</i> , La scelta del diritto applicabile ai regimi patrimoniali tra coniugi nella disciplina di diritto internazionale privato uniforme di cui al regolamento (UE) 2016/1103	237
<i>Eugenio Fazio</i> , Proprietà intellettuale claudicante, <i>Artificial Intelligence</i> e creazione artistica	272
<i>Andrea Gorini</i> , Eccezione di eccessiva onerosità e mancato adempimento: una lettura <i>ex fide bona</i>	283



pag.

Francesco Maria Moglia, La rinunzia al diritto di superficie 317

Giurisprudenza europea

CGUE, 20 ottobre 2025, c. 143-23, KI, FA c. Mercedes-Benz Bank AG, Volkswagen Bank GmbH 336

Carolina Rendina, Il recesso-rimedio contro la violazione di obblighi informativi tipici: appunti a margine di una recente pronuncia della Corte di Giustizia 336

Recensioni

Gianfranco Liace e Fabio Fiorucci, Conto corrente. Contratti bancari, in Comm. Scialoja-Branca-Galgano, Zanichelli editore, Bologna, 2025, pp. 504, Paolo Gallo 350

**CONVEGNO IN ONORE DI ROSALBA ALESSI
RISOLUZIONE PER INADEMPIMENTO E TECNICHE DI
CONSERVAZIONE DEL CONTRATTO
PALERMO, 3 OTTOBRE 2025**



GIUSEPPE VETTORI*

**LA CONTAMINAZIONE DELLE FONTI.
INTRODUZIONE AL CONVEGNO IN ONORE DI ROSALBA ALESSI****

**CONTAMINATION OF SOURCES. INTRODUCTION TO THE CONFERENCE
IN HONOR OF ROSALBA ALESSI**

ABSTRACT: Il testo composto come introduzione al convegno in onore di Rosalba Alessi affronta nell'ambito del diritto dei consumatori, il confronto fra regole e principi con rilievo particolare alla contaminazione delle varie fonti del diritto in ambiti nuovi e complessi.

ABSTRACT: The paper, written as an introduction to the conference honoring Rosalba Alessi, examines—within the context of consumer law—the relationship between rules and principles, with particular emphasis on the interplay of various sources of law in new and complex areas.

SOMMARIO: 1. *Rosalba Alessi.* – 2. *Il consenso e il diritto euro-unitario.* – 3. *Il diritto del consumo fra regole e principi.* – 4. *Il metodo e la contaminazione delle fonti.*

1. Rosalba Alessi

Rosalba Alessi ha ricoperto incarichi istituzionali di grande rilievo nella sua Sicilia, segno di una pienezza umana e civile rara. È stata ed è protagonista nel dialogo accademico ed istituzionale della scienza giuridica civilistica. Ha segnato con i suoi studi la riflessione in una pluralità di discipline dal diritto agrario, al settore bancario, finanziario e dei consumi. Il suo volume sulla disciplina generale del contratto è oramai un classico anche per la sua capacità di armonizzare la disciplina del codice civile, con l'ordinamento comunitario e le pronunzie delle Corti nazionali ed europee, con particolare attenzione alla 'contaminazione' di queste fonti diverse ed essenziali per comprendere il presente.

Il numero vastissimo e la qualità degli scritti in suo onore sono il segno forte di una Scuola e di un Ambiente giuridico, la Sicilia, ispirato da un *genius loci* animato da grandi personaggi a cavallo di due secoli. Il mio ricordo va a Giuseppe Benedetti, siciliano verace e grande amico di Alba, che ha ripensato la dogmatica e fondato un uso consapevole e aperto dell'ermeneutica, a Salvatore Mazzamuto che ha avviato tutti allo studio dei rimedi e del diritto europeo, a Pietro Barcellona che ci ha insegnato a riflettere

* Professore emerito di Diritto civile – Università degli Studi di Firenze.

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



sul primato del rapporto fra politica e diritto. Sino alla grande Scuola di Messina, da Salvatore Pugliatti ad Angelo Falzea a Vincenzo Scalisi, che hanno scritto pagine bellissime.

Vorrei iniziare da qui dalle sollecitazioni di Alba Alessi per un breve cenno ai rimedi in un sistema delle fonti del tutto inedito.

2. Il consenso e il diritto euro-unitario

Un libro importante descrive bene gli attuali malintesi e i molti inganni che circondano l'identificazione della libertà con la volontà¹. Se consideriamo il consenso l'unico criterio di legittimità degli atti, la libertà viene stravolta. Se chiamiamo libertà il diritto di acconsentire alla perdita della propria libertà allora tutto è potenzialmente capovolto. La verità è che il consenso e il contratto non sono sufficienti a garantire la libertà, ma sono spesso la sua rovina. E ciò richiede un nuovo fondamento e azioni da individuare nel contesto delle fonti e di un'oggettiva attuazione dei principi dello Stato di diritto. Non fosse altro perché la pienezza dei diritti civili e sociali dipendono dal tipo di società in cui si vive. Sicché occorre porre limiti ai poteri e rendere effettivi i rimedi privati e pubblici in connessione fra di loro, per garantire l'assetto democratico e plurale della società in cui viviamo.

Sia il contratto che la soggettività vanno storicizzati e decostruiti, per esaltare l'autonomia dei privati sorretta nelle forme di protezione, controllata nei fini, nei contegni e nel rispetto dei diritti e delle libertà altrui e conformata dalla disciplina del mercato in cui operano². Ciò non significa inseguire le singole norme isolate ma operare con un metodo tagliato sul presente che richiede il rispetto e l'attuazione di una pluralità di fonti nazionali e comunitarie da intrecciare fra di loro.

Solo qualche esempio.

L'accesso ai servizi offerti da una piattaforma è un atto unilaterale patrimoniale disciplinato nel nostro codice come una forma negoziale³. (1324 c.c.) Ad esso si applicano il Regolamento europeo sui dati personali (GDPR), le norme sulle pratiche commerciali scorrette (2005/19/UE), i regolamenti europei sulla IA e tutta la disciplina del rapporto di consumo sulla base di un sistema multilivello utilizzato dall'Autorità Garante delle telecomunicazioni e confermata dal Consiglio di Stato, sulla base di un metodo chiaro. La contaminazione fra pubblico e privato e il coordinamento fra diverse fonti, Autorità, rimedi esperibili. Non solo.

Il modello classico dei rapporti fra imprese è messo in discussione dall'emergere di nuove figure, come i *presumer*, consumatori che offrono prodotti o servizi per l'acquisto su piattaforme on-line per le quali le normative sul lavoro o sul consumo non funzionano del tutto in presenza nella stessa persona della qualità di lavoratore e consumatore. Lo stesso si può dire per i casi di Uber e di Globo, ove i soggetti coinvolti svolgono attività al confine fra lavoro autonomo e lavoro dipendente. In entrambi i casi la disciplina generale del contratto e il diritto sul consumo non offrono sufficienti tutele, mentre la legge interviene con soluzioni diverse nei singoli paesi europei⁴.

¹ M. Fabre Magnan, *L'istitution de la liberté*, 2 ed., Paris, 2023 e ora la trad. Italiana, Istituire la libertà, Lefevre Giuffrè, Milano, 2025, p. 28 ss.

² G. De Cristofaro, *Diritto italiano ed europeo dei consumatori*, Milano, Wolter Kluwer, 2024, p. 2 ss.

³ V. Rizzuto,

⁴ V. Mak, *The Contractualisation of the Consumer Worker*, in M-W Micklitz e G. Vettori, *The futur of Person*, Hart, 2025, p. 275 ss.



Da qui la ricerca di nuovi equilibri e rimedi in un contesto plurale e complesso.

Quanto all'adempimento degli obblighi nelle catene di valore ciò che sta accadendo è singolare. L'attuazione della Direttiva vigente è stata rinviata nel tempo ed è in fase di applicazione una disciplina 'omnibus' che riduce e sfuma e riduce i doveri delle imprese. Per un fatto evidente. I poteri privati globali non tollerano limiti e la politica ne prende atto. Tanto da far pensare che sia più utile l'assenza di una normativa. Ancora. La regolazione europea si avvia sempre con la proposta di una Direttiva *omnibus* ad una semplificazione che sfocia in molti casi in una vera riduzione dei controlli e dei divieti. Sino alla Dir. (UE) 2024/825 del 28 febbraio 2024 che modifica le direttive 2005/29/CE e 2011/83/UE per quanto riguarda la responsabilizzazione dei consumatori per la transizione verde mediante il miglioramento della tutela dalle pratiche sleali e dell'informazione.

3. Il diritto del consumo fra regole e principi

L'inadempimento e le tecniche di conservazione del contratto devono tener conto dell'art. 11 bis della Direttiva 2005/29 che lascia ai singoli Stati di predisporre rimedi proporzionati ed effettivi, nonché del comma 15 bis dell'art. 27 del Codice di consumo che parla di rimedi risarcitori e della riduzione del prezzo ove applicabile, da intendere come rimedi di esercizio "non necessariamente giudiziale", con riferimento anche ad altre tutele a disposizione del consumatore o norme del diritto dell'Unione europea o del diritto nazionale.

Tale contesto esige un'attività dell'interprete guidata dai principi di proporzionalità e di effettività che non dettano criteri etici ma precise modalità di condotta delle parti su cui esiste una puntuale intervento delle Corti italiane ed europee.

Sulla proporzionalità ci dicono qualcosa alcune sentenze italiane. Sul tema del contratto mono-firma si afferma che "la nullità si muoverebbe in un'ottica esageratamente sanzionatoria con un risultato sproporzionato rispetto alla funzione della forma".⁵ Nell'interpretazione dell'interesse indicato nell'art. 1455 c.c. si oppone che tale situazione concerne l'interesse alla regolare esecuzione del contratto e non alla risoluzione e dunque si deve presumere violato quando l'inadempimento sia stato di rilevante entità e cioè abbia riguardato le obbligazioni principali e non quelle secondarie⁶.

Sui danni punitivi si parla di polifunzionalità della responsabilità civile la quale risponde ad un'esigenza di effettività.⁷ Sicché i giudici che si pronunciano sul danno contrattuale ed extracontrattuale possono imprimere accentuazioni ai risarcimenti sulla base di una interazione legislativa: "un distillato del sistema di tutele nazionali e sovranazionali TUE ex art. 6 TUE"⁸ e di alcune costanti teoriche come la tipicità dei danni punitivi, i principi di legalità e proporzionalità dei reati e delle pene, il controllo per verificare la proporzionalità tra risarcimento regolatorio-compensativo e risarcimento punitivo e tra quest'ultimo e la condotta censurata.

Tutto ciò perché, si dice, la proporzionalità del risarcimento è uno dei cardini della responsabilità civile. Le Corti europee consolidano questo principio come una necessità in una società democratica perché espressione di due esigenze: il rispetto del giusto equilibrio da ricavare da una serie di fattori e

⁵ Cass. n. 898 del 2018.

⁶ Cass. n. 4022 del 2018.

⁷ Cass. n. 238 del 2014, n. 21255 del 2013, n. 16601 del 2017.

⁸ Cass. n. 1302 del 2013.



circostanze rilevanti per il bilanciamento, il superamento di un *test* circa “l’onere individuale eccessivo” per esaminare l’impatto di una decisione o di una normativa sulle circostanze particolari del caso (ad esempio l’esistenza di conseguenze gravose eccessive).

Sull’effettività le Corti italiane e europee insistono sul contenuto valutativo, integrativo e correttivo del principio per quanto attiene la eliminazione di restrizioni nella protezione dei diritti, il potenziamento della funzione ermeneutica, la individuazione dei rimedi più adeguati.

Dunque alle regole e alla fattispecie si affiancano i principi con una serie di cautele e di aperture espresse dai più autorevoli autori degli ultimi decenni. Oltre ad Esser⁹ e Dworkin¹⁰, Tridimas¹¹ per il diritto pubblico e N. Reich¹² per il diritto privato. I quali hanno dato una sistemazione efficace a strumenti fondamentali non solo per porre le basi etiche e politiche ma per dare concreta risposta alle domande di senso su ogni problema di vita.

Nei sistemi digitali la dinamica è sempre più complessa. Solo alcuni esempi.

Il comitato europeo per la protezione dei dati DDPB ha pubblicato le linee guida relative alla interrelazione fra il DSA e il GDPR. Si individuano diverse tecniche per disabilitare contenuti illegali, si precisano le modalità di gestione dei reclami (artt. 16, 17, 20, 23 DSA), si precisa il contenuto dei divieti generali (DSA art. 26).

L’Agcom è stata individuata come coordinatrice nazionale dei servizi digitali e ha pubblicato la prima relazione annuale ove si tratta di diritto al reclamo, ordini di contrasto e richieste di informazione ed altro per diffondere maggiore consapevolezza dei diritti dei destinatari del servizio e degli obblighi che scaturiscono dal DSA. Il 29.7.2025 è stato siglato un protocollo d’intesa fra il Garante privacy e l’Agcom.

Da tutto ciò emerge un compito preciso per il diritto privato oggi. Ripensare i rimedi in autotutela, tenendo conto di una pluralità di soggetti che producono diritto in base ad una pluralità di fonti e il compito della scienza giuridica è molto diversa dal passato.

4. Il metodo e la contaminazione delle fonti

Nell’800 il codice civile è il vero riferimento costituzionale dei rapporti sociali e il problema del potere privato non può porsi neppure concettualmente. Qualcosa cambia dopo la prima guerra mondiale con l’avvento dei nuovi diritti nel lavoro e nei rapporti agrari ma solo con la Repubblica di Weimar in Germania, il diritto privato inizia a entrare nella Costituzione. Lo Stato costituzionale si distingue dallo Stato liberale di diritto ma fatica a trovare tutele contro il potere privato che è controllato per lo più dalle fomme che lo pubblicizzano. Se ne parla nel Trattato di Roma e poi di Maastricht grazie in particolare al disegno ordoliberal che pone qualche limite dando avvio ad un diritto privato regolatorio. La CDFUE non aggiunge grandi novità mentre si rafforza lo strapotere delle piattaforme digitali. È facile immaginare che senza una rivitalizzazione delle Costituzioni del 900, una nuova sovranità dell’UE e una più efficiente governance globale che colmi il vuoto attuale il confronto con questi smisurati poteri economici non potrà mai avere possibilità di sviluppo. La verità è che “la civiltà giuridica e politica non è al riparo dall’azione del tempo”. Non esiste un processo lineare. Solo alcuni esempi.

⁹ Esser, *Grundsatz un Norm in der richterlichen Fortbildung des Privatrechts*, 1956.

¹⁰ R. Dworkin, *Taking Rights Seriously*, 1977.

¹¹ TRIDIMAS, *The General Principles of EU law*, 2006.

¹² N. Reich, *General Pinciples of EU Civil law*, p. 3.



È noto che la cultura giuridica tedesca influenza molto la nostra dottrina nel primo novecento. I concetti giuridici sono elaborati con una tensione all'autosufficienza e un formalismo dominato dal positivismo e da un metodo mutuato dalle scienze naturali. Il sistema è costruito con metafore tratte dalla chimica (Jhering) e concetti intesi come fattori di un computo, pensando al diritto come un sapere costruito su teoremi razionali. Da qui la critica di allontanarsi dalla realtà e da fatti sperimentati e l'abbandono progressivo di *a priori* tratti dal diritto naturale a cui si sostituisce il diritto positivo con un processo articolato. Prima la rilettura del diritto romano e consuetudinario, poi la elaborazione dei principi comuni del diritto privato tramite la dogmatica che recepisce e stabilizza gli interessi della classe egemone. Sino alla Pandettistica che promuove l'idea di un sistema deduttivo basato su operazioni logiche. D'altra parte in Francia l'*Ecole de l'Exégés* ha tratti comuni in un disegno conservatore ove prevale la conoscenza della legge, un'interpretazione testuale e una norma che può avere qualsiasi contenuto¹³.

Fra le due guerre mondiali questo metodo penetra in Italia ma stenta a prender vita un modello italiano. Solo le Costituzioni e il diritto comunitario hanno riscritto il sistema delle fonti anche se oggetto di diverse posizioni sul ruolo dei principi e dell'interpretazione. I primi considerati come orientamenti o al contrario come norme che possono aprire un decorso giuridico. La seconda legata da un lato ad una visione puramente semantica e dall'altro aperta ad una visione ermeneutica sulla scia di grandi maestri, basata su una corretta argomentazione o su una tensione veritativa¹⁴ o con attenzione alla comparazione, la decostruzione e il pluralismo¹⁵.

La globalizzazione ha svuotato le democrazie nazionali di fronte a problemi epocali come le disuguaglianze, la Pandemia, il clima, il ritorno della guerra. Da qui un'utopia realistica di cui l'Europa dovrebbe essere il fulcro sulla base di una Costituzione della terra che separi una funzione di governo e di innovazione affidata alla Politica e alla Pubblica amministrazione e una funzione giurisdizionale di garanzia a livello globale su ciò che non è decidibile perché attinenti a temi come la pace, la libertà e i diritti civili e sociali¹⁶.

Qualcuno osserva che le Costituzioni non nascono se difettano i soggetti sociali politici ed economici che le vogliono, le impongono, le sorreggono e ci si chiede come possa nascere un modello globale, ma si risponde evocando il mestiere del giurista chiamato a prendere sul serio le norme costituzionali internazionali, elaborando e proponendo tecniche di garanzia efficaci e effettivamente vincolanti valorizzando organismi di mediazione e di soluzione dei conflitti, distinguendo fra atti criminali e atti di guerra.

Certo è che una funzione importante spetta al diritto privato.

Se il problema dello Stato di diritto è stato concepito con riguardo ai rapporti verticale Stato-cittadino, autorità-libertà, poteri pubblici-poteri privati, occorre costruire una garanzia contro i poteri del mercato, affidandosi anche a strumenti privatistici per porre fine ad un vero assolutismo, quello dei poteri economici e finanziari globali che distorcono a loro favore le politiche sociali, ambientali e fiscali. A tal fine è necessario un nuovo regime dei beni perché i beni più che i diritti hanno bisogno di un ruolo centrale diverso dal passato che sappia distinguere beni fondamentali

¹³ G. Zaccaria, *Da Savigny a oggi: la vicenda della metodologia giuridica*, In Riv. trim. dir. proc. civ., 2025.

¹⁴ G. Benedetti, *Oltre l'incertezza. Un cammino di ermeneutica giuridica*, Il Mulino, Bologna, p. 109 ss.

¹⁵ V. ora F. Astone, *Interpretazione della legge e attuazione della Costituzione*, in Riv. trim. dir. proc. civ. 2025, 2, p. 581 ss.

¹⁶ L. Ferrajoli, *La costituzione della terra*,



come l'ambiente, la salute, l'alimentazione, l'informazione corretta e i beni illeciti come le emissioni dannose e gli atti e i contratti non meritevoli perché contrari a nuovi principi di ordine pubblico¹⁷.

¹⁷ A, Dadda, *Diritto del contratto e sostenibilità: per una conformazione ragionevole (e realistica) del regolamento negoziale*, in Riv. trim. dir. proc. civ., 2025, 4, pp. 841 ss.



CARMELITA CAMARDI*

PRATICHE COMMERCIALI SCORRETTE E RIMEDI CONTRATTUALI. NOTE CRITICHE****UNFAIR COMMERCIAL PRACTICES AND REMEDIES. CRITICAL REMARKS**

ABSTRACT: Il saggio intende offrire un'interpretazione delle recenti riforme con le quali l'UE ha introdotto dispositivi di private enforcement dei consumatori anche per i pregiudizi causati da pratiche commerciali scorrette. L'A. si sofferma in particolare sui rimedi della risoluzione del contratto e della riduzione del prezzo, e sulla disciplina del Codice del consumo introdotta nel 2023.

ABSTRACT: The essay aims to offer some critical notes about the DIRECTIVE (EU) 2019/2161, as regards the better enforcement and modernisation of Union consumer protection rules, focusing new private remedies against unfair commercial practices. The Autor analyzes particularly the application of price reduction or contract termination remedies, as provided for in the UE Directive and in the Italian Consumer Code.

SOMMARIO: 1. Posizione del problema e regime originario del Codice del consumo. – 2. La Direttiva omnibus e la novella del 2023 in chiave di enforcement dei rimedi individuali. Crisi del modello del “doppio binario”. – 3. La de-tipizzazione dei rimedi civilistici e consumeristici contrattuali e la loro estensione ai pregiudizi causati dalle scorrettezze comportamentali dei professionisti. – 4. I presupposti sostanziali di applicazione dei rimedi contrattuali. – 5. Detipizzazione e rimedi. Uno sguardo più generale. – 6. Recenti sviluppi e chiusura.

1. Posizione del problema e regime originario del Codice del consumo

Se non ho inteso male il nesso tra il tema generale del Convegno e quello particolare a me affidato, dovrei occuparmi delle patologie che una pratica commerciale scorretta può generare nel contesto del rapporto contrattuale che il professionista che ne è autore ha concluso con il consumatore che l'ha subita, ovvero sia con il consumatore che è stato indotto da quella pratica “ad assumere una decisione di natura commerciale che non avrebbe altrimenti preso”. Tenendo peraltro a mente che, nel contesto del codice del consumo per “decisione di natura commerciale” si intende quell'insieme di comportamenti negoziali di cui alla lett. m del co. 1 dell'art. 18, e non solo la decisione di concludere il contratto¹.

* Professoressa emerita – Università Ca' Foscari Venezia.

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

Il saggio rielabora il testo della relazione pronunciata al Convegno, svoltosi presso l'Università di Palermo il 3 Ottobre 2025 sul tema “Risoluzione per inadempimento e tecniche di conservazione del contratto”, in occasione della Cerimonia di consegna del *Liber Amicorum* per Rosalba Alessi.

¹ Più esattamente: “la decisione presa da un consumatore relativa a se acquistare o meno un prodotto, in che modo farlo e a quali condizioni, se pagare integralmente o parzialmente, se tenere un prodotto o disfarsene o se esercitare un diritto contrattuale in relazione al prodotto; tale decisione può portare il consumatore a compiere un'azione o all'astenersi dal compierla”.



Credo però che, atteso che le pratiche commerciali scorrette assumono rilevanza in quanto poste in essere “prima, durante e dopo un’operazione commerciale relativa a un prodotto” (art. 18, co. 1), il convegno mi faccia grazia di ragionare dei rimedi civilistici contro le stesse in forma più generale, atteso che il titolo della mia relazione fa uso del termine “rimedi”, credo non casualmente, e ciò mi autorizza dunque a focalizzare la riflessione su quella nuova norma che nel codice del consumo fa riferimento esplicito ai “rimedi”, il co. 15 *bis* dell’art. 27, e prima ancora sull’art. 11 *bis* della DIRETTIVA 2005/29/CE, come modificata dalla Direttiva Omnibus, il quale ne è la matrice eurounitaria e che è rubricato esattamente in termini di “rimedi”.

Così perimetrato il mio contributo, inizio il ragionamento, ricollegandomi idealmente al seminario palermitano del 2009, al quale Armando Plaia mi invitò a parlare di *Pratiche commerciali scorrette e invalidità*².

In quella occasione e alla luce di quel contesto normativo, con il supporto della dottrina maggioritaria assai sensibile al tema della regolazione dei mercati attraverso la regolazione di tutti i comportamenti degli operatori professionali, anche nei confronti dei consumatori, avevo sostenuto l’idea del *cd doppio binario*, ovvero l’idea per la quale la disciplina delle pratiche scorrette fosse organizzata sulla base di due presupposti. L’uno, la sua destinazione alla tutela dei consumatori intesi come categoria, attraverso la formula del *consumatore medio*, imposta dall’art. 20 co. 2, come parametro di valutazione della decessività della pratica, ad uso e consumo dell’Autorità di controllo. L’altro, la sua autonomia dalla disciplina di diritto civile, stigmatizzata attraverso la formula del *non pregiudica*, ampiamente utilizzata dall’art. 19, co. 2, per separare il campo di incidenza della disciplina regolatoria da quelli della disciplina sulla formazione, validità od efficacia del contratto e dagli altri ivi citati. Queste formule impedivano il rischio del travaso delle discipline dal proprio campo a quello dell’altra, e in tal modo la frustrazione delle reciproche *rationes*, a dispetto della apparente analogia delle circostanze di fatto poste a base di entrambe (i comportamenti scorretti di uno dei contraenti). Sicché l’applicazione giurisdizionale dei rimedi civilistici al contratto che il consumatore avesse stipulato o eseguito all’esito di una pratica scorretta risultava subordinata alla ricorrenza dei presupposti di diritto civile previsti dal codice ordinario, atteggiandosi la pratica scorretta come mera occasione della patologia contrattuale volta per volta ricorrente e non come automatica ragione giustificativa in quanto tale del rimedio invocato³.

² Gli Atti di quel seminario e di altri sono raccolti nel volume *Le invalidità nel diritto privato*, a cura di A. Bellavista e A. Plaia, Milano, 2011, ed il saggio di chi scrive, *Pratiche commerciali scorrette e invalidità*, si trova alla p. 143.

³ C. Camardi, *Pratiche commerciali scorrette*, cit., 156 ss., sulla scia di C. Granelli, *Le pratiche commerciali scorrette tra imprese e consumatori: l’attuazione della Direttiva 2007/29/CE modifica il Codice del consumo*, in *Obbligazioni e contratti*, 2007, 776 ss. L’argomento fondamentale posto a base di questa lettura stava nell’esplicito riferimento della scorrettezza della pratica al parametro del consumatore “medio”, una *metafora* intesa a vincolare il giudizio affidato all’Autorità alla verifica di una lesività astrattamente possibile della capacità del destinatario della pratica di assumere una decisione libera e non condizionata, e non alla verifica – tipica del giudice ordinario – della concreta lesione della volontà del contraente (C. Camardi, *op. cit.*, 150ss.). Insomma, una valutazione oggettiva dal punto di vista del mercato e non del singolo consumatore, i cui diritti ovviamente restavano non “pregiudicati” da tale disciplina, ma condizionati alla prova che la pratica scorretta avesse effettivamente leso la sua libertà negoziale secondo i parametri del codice civile. Ulteriore conseguenza di tale impostazione, era quella della non automatica ricaduta del provvedimento dell’Autorità sulla validità dei contratti a valle, effetto indesiderabile e perverso, per la capacità del provvedimento dichiaratorio della scorrettezza di travolgere tutti i contratti, inclusi quelli perfettamente validi dei consumatori che avevano liberamente concluso nonostante la scorrettezza; e di quello negativo di salvare anche i contratti invalidi dei consumatori effettivamente ingannati o aggrediti (*op. ult. cit.*, 170 ss.). Su questi temi, si veda G. De Cristofaro, *Il divieto di pratiche commerciali sleali, La nozione generale di pratica commerciale “sleale” e i parametri di valutazione della slealtà*, in *Le pratiche commerciali sleali tra imprese e consumatori*, a cura di G. De Cristofaro, Torino, 2007, 109, in particolare 135 ss.; L. Guffanti Pesenti, *Scorrettezza delle pratiche commerciali e rapporto di consumo*, Napoli 2020,



Questo assetto dei rapporti tra disciplina consumeristica e disciplina civilistica merita ad oggi, a disciplina mutata nel senso che ora vedremo, qualche parola di commento.

Ed infatti, dal punto di vista del ruolo che il diritto civile svolge – o che sarebbe desiderabile che svolgesse – nella regolamentazione dei rapporti contrattuali, l'assetto descritto nei termini del doppio binario adempie ad una significativa funzione di semplificazione e di ordine, oltre che di deflazione del contenzioso, e ad una pure apprezzabile funzione di chiarezza concettuale. In particolare, l'esclusione dell'automatica sottoposizione della pratica scorretta alla disciplina dei rimedi contrattuali – si pensi non solo all'invalidità ma anche alla risoluzione del contratto – trova origine nella eterogenea definizione delle fattispecie di pratiche scorrette (peraltro corredata dalla clausola generale della violazione della diligenza professionale), molte delle quali a ben riflettere non si adattano alla visione per così dire sinallagmatica del rapporto contrattuale che presiede alla disciplina della risoluzione; e nemmeno alla visione oggettivamente funzionale del regolamento contrattuale a contenuto patrimoniale che è presupposta dalla disciplina dell'invalidità, almeno nella forma della nullità comminata per mancanza di elementi essenziali o illiceità della causa. Si pensi ad esempio alla pratica commerciale consistente nell'affermazione falsa di essere firmatario di un codice di condotta, ovvero alla pratica dell'effettuare visite continue nell'abitazione del consumatore, ovvero ancora alla pratica consistente nell'affermare, contrariamente al vero, che il professionista è in procinto di cessare l'attività o traslocare; o infine nel dichiarare, contrariamente al vero, che il prodotto sarà disponibile solo per un periodo molto limitato o che sarà disponibile solo a condizioni particolari per un periodo di tempo molto limitato. Ebbene, se si volessero tradurre questi comportamenti del professionista scorretto e il relativo impatto sul consumatore in elementi di una fattispecie di invalidità o di risoluzione, non credo si andrebbe molto avanti ...

In altre parole, il modello del doppio binario, nel conservare al diritto civile il suo compito classico inteso a governare le relazioni contrattuali secondo il paradigma dell'accordo patrimoniale causale corredato da obblighi e diritti coerenti con la funzione economica che le parti hanno concordato di imprimere al contratto, ne ha anche preservato l'autonomia da possibili ingerenze esterne fondate su comportamenti o circostanze che non sono collegati al regolamento contrattuale, così preservando anche il mercato dal rischio del proliferare di costi transattivi dovuti a loro volta alla moltiplicazione di controversie non legate alla struttura o al funzionamento dell'operazione economica in senso stretto.

Che poi queste circostanze e questi comportamenti siano invece rilevanti sul piano del diritto regolatorio, è – per così dire – cosa buona e giusta, perché la disciplina regolatoria somministrata da un'Autorità indipendente istituisce una cornice di garanzie e sicurezza per il mercato con un effetto sistemico positivo che invece le decisioni del giudice ordinario non possono per definizione elargire⁴.

211 ss. Sulle evoluzioni della nozione di consumatore medio, vedi ora Corte Europea di Giustizia, 14 novembre 2024, Causa C-646/22, in *Banca borsa tit. cred.*, 2025, 243, con commento di M. Lamicela, *Razionalità limitata del consumatore medio e indebito condizionamento. Le mobili frontiere del divieto ex art-20 cod. cons.*, 254; e altro commento di F. Mezzanotte, *Né Homo Oeconomicus né Homer Simpson: il «consumatore medio» nella direttiva sulle pratiche commerciali sleali*, in *Nuove leggi civ. comm.*, 2025, 374, sul noto caso Compass (pratica delle vendite abbinata o framing), e sull'adottabilità dei canoni dell'economia comportamentale nella ricostruzione del consumatore medio e delle sue distorsioni cognitive.

⁴Le riflessioni svolte nel testo suppongono, su un piano più marcatamente teorico, la distinzione concettuale tra diritto privato ordinario e diritto privato regolatorio, intendendosi con quest'ultima formula l'insieme delle norme che fanno capo all'attività di vigilanza dei mercati da parte delle Autorità indipendenti, i cui poteri si esprimono attraverso la definizione delle condizioni di esercizio delle attività economiche, ed entro questi limiti anche attraverso l'intervento sui rapporti contrattuali tra gli operatori del settore regolato e i relativi utenti e interlocutori. L'interesse protetto da queste norme non coincide con quello dei singoli contraenti, ma si rivolge alle categorie e ai gruppi coinvolti in quel settore di attività. Sul diritto privato regolatorio rinviamo alle considerazioni di R. Natoli, *Il diritto privato regolatorio*, in *Riv. reg. mercati*, 2020, 134; A. Zoppini, *Diritto*



Questo assetto, volendo aggiungere un ulteriore argomento elucidativo della strategia normativa adottata nella materia delle pratiche scorrette, si evince anche dalla sistemazione che il codice del consumo conferisce all'elencazione delle pratiche, ordinandole secondo la tipologia di scorrettezza realizzata e non secondo l'eventuale incidenza nella fase contrattuale che lega il professionista e il consumatore; senza contare che tali fattispecie sono costruite come illecito di pericolo, dovendosene valutare la "potenzialità lesiva ... Indipendentemente dal pregiudizio causato in concreto al comportamento dei destinatari"⁵.

Alla luce di questo assetto, dunque, il titolo della mia relazione potrebbe acquisire *almeno in parte* il senso del riferimento ad un possibile momento di tutela (giurisdizionale ma non solo) di un consumatore che lamenti l'effetto negativo di una pratica scorretta su di uno specifico contratto concluso con il professionista, allo scopo di ottenere la ridefinizione del corrispettivo o addirittura l'eliminazione del contratto.

2. La Direttiva omnibus e la novella del 2023 in chiave di *enforcement* dei rimedi individuali. Crisi del modello del "doppio binario"

Ma l'assetto normativo è adesso cambiato, e volendo mantenere la stessa cifra di ragionamento intesa a proporre una visione d'insieme sulla strategia normativa seguita dalla Direttiva omnibus e poi dal legislatore domestico, e sui conseguenti dispositivi adottati, propongo adesso qualche riflessione sul nuovo assetto rimediario introdotto di recente e sull'impatto prodotto rispetto al modello del doppio binario fin qui praticato.

Le circostanze del presente lavoro mi suggeriscono di formulare semplicemente un'ipotesi interpretativa da ascrivere al piano della politica e della teoria del diritto, senza scendere nei numerosi dettagli problematici e soprattutto disciplinari generati da una riforma domestica del tutto approssimativa; e senza soffermarsi sul rimedio del risarcimento del danno, per dare risalto invece agli due nuovi rimedi introdotti.

Ebbene, a seguito della modifica che la Direttiva (UE) 2019/2161⁶ ha introdotto nella Direttiva 2005/29 sulle pratiche commerciali scorrette, l'art. 11 bis di quest'ultima prevede adesso che "1. I

privato generale, diritto speciale, diritto regolatorio, in *Ars Interpretandi*, 2021, 37; ID., *Il diritto privato e i suoi confini*, Bologna 2020, in particolare 201, 239 ss.; e da ultimo, F. Denozza, *Il mercato, e la sua tutela, tra diritto privato "relazionale" e diritto privato "regolatorio"*, in *Accademia*, 202, 127 ss. il quale flexibilizza la distinzione in oggetto, che egli riporta con la nomenclatura di Dworkin in termini di *policy* (guardando al diritto regolatorio) e *principle* (guardando invece al diritto privato ordinario), come distinzione tra prospettive o punti di vista che i legislatori possono scegliere in relazione agli obiettivi che si propongono.

⁵ In questi termini, Cons. Stato 7 ottobre 2022, n. 8614, ove si legge che "Le pratiche commerciali ingannevoli o aggressive costituiscono, un 'illecito di pericolo', con la conseguenza che deve essere effettuato un giudizio prognostico *ex ante*, avendo riguardo alla potenzialità lesiva del comportamento posto in essere dal professionista, indipendentemente dal pregiudizio causato in concreto al comportamento dei destinatari...."

⁶ Si tratta della Dir. 2019/2161/UE del Parlamento europeo e del Consiglio del 27 novembre 2019, che modifica la dir. 93/13/CEE del Consiglio e le dir. 98/6/CE, 2005/29/CE e 2011/83/UE del Parlamento europeo e del Consiglio «per una migliore applicazione e una modernizzazione delle norme dell'Unione relative alla protezione dei consumatori», sui cui contenuti, in generale, vedi intanto G. De Cristofaro, "Rimedi" privatistici individuali e pratiche commerciali scorrette. *Il recepimento nel diritto italiano dell'art. 11-bis della Direttiva 2005/29/CE (Comma 15-bis, art. 27 C. Cons.)*, in *Nuove leggi civ. comm.*, 2023, 441; e soprattutto il recente volume *Pratiche commerciali, diritti dei consumatori e contratti conclusi a distanza e fuori dei locali commerciali*, Pisa, 2025, che attentamente riordina le recenti innovazioni del diritto eurounitario in materia consumeristica.



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”.

Mentre il co. 15 bis dell'art. 27 del Codice di consumo ha replicato quasi integralmente la previsione, statuendo che *“I consumatori lesi da pratiche commerciali sleali possono altresì adire il giudice ordinario al fine di ottenere rimedi proporzionali ed effettivi compresi il risarcimento del danno subito e, ove applicabili, la riduzione del prezzo o la risoluzione del contratto, tenuto conto, se del caso, della gravità e della natura della pratica commerciale sleale, del danno subito e di altre circostanze pertinenti. Sono fatti salvi ulteriori rimedi a disposizione dei consumatori”*. Non sono stati previsti altri nuovi rimedi, seppur la norma europea ne abbia dato facoltà agli Stati nazionali⁷.

Ex abrupto, la prima sensazione che si ha è che quell'equilibrio di ruoli tra diritto regolatorio e diritto civile in questa materia si sia alterato e che il legislatore eurounitario e poi quello nazionale abbiano rimescolato le carte, potenziando la tutela individuale del singolo consumatore leso da una pratica scorretta in maniera significativamente efficace, senza tuttavia modificare le competenze dell'Antitrust in materia consumeristica. Una strategia integrata di protezione, dunque, all'insegna della stratificazione dei rimedi da ogni punto di vista: civilistico, consumeristico, amministrativo, individuale o collettivo, per non dire del contenuto specifico dei rimedi sotto il profilo del vantaggio attribuito al consumatore. Ed infatti, per un verso si può invocare l'applicazione del risarcimento del danno, che è rimedio “omnibus” tendenzialmente riparatorio e compensativo basato sul verificarsi di un concreto pregiudizio; per altro verso, si consente anche l'applicazione di rimedi tipicamente contrattuali, e tipicamente previsti, esattamente in coppia alternativa, nell'ordinamento del codice civile ed in quello consumeristico per riparare patologie della vendita, seppur con non banali varianti nella vendita di consumo. Detto altrimenti, riduzione del prezzo e risoluzione del contratto sono rimedi ben noti alla tradizione civilistica, previsti dal codice civile per i vizi della cosa venduta (artt. 1490 ss.); poi estesi alla vendita di consumo per difetti di conformità (in posizione sottordinata ai rimedi ripristinatori) (artt. 135-bis, 135-quater); e adesso nuovamente estesi ai contratti conclusi all'esito di una pratica commerciale scorretta, senza specificazione alcuna né della tipologia di pratica da ricondurre a base del rimedio, né della tipologia di contratti interessati dalla scorrettezza, e nemmeno della disciplina applicabile.

Guardando poi all'insieme complessivo degli altri tradizionali rimedi non coinvolti dalla riforma, dalla nullità delle clausole vessatorie al recesso di pentimento, ai rimedi per difetti di conformità, e così via, il sistema delle tutele civili consumeristiche rivela una sua peculiare complessità⁸.

⁷ Sulla discrezionalità e sui limiti del recepimento della Direttiva da parte del legislatore interno quanto agli strumenti rimediali, vedi G. De Cristofaro, *“Rimedi” privatistici individuali e pratiche commerciali scorrette*, cit., 453 ss. Uno di questi limiti sarebbe quello per cui il legislatore interno non potrebbe vincolare l'esercizio dei diritti di riduzione e risoluzione alla proposizione di una domanda giudiziale (459).

⁸ Per una interpretazione ragionata e sistematica della novella, rinviamo subito alla monografia di M. Lamicela, *Pratiche commerciali scorrette e rimedi. Nuove strategie di private enforcement tra restituzioni e risarcimento*, Torino, 2024. Nell'impostare la ricerca, giustamente l'A. enuncia alcune premesse di metodo. La prima concerne l'individuazione dell'obiettivo perseguito dal legislatore europeo attraverso l'enforcement privatistico all'insegna della proporzionalità e dell'effettività: se sia quello di dare ingresso alla tutela di interessi del consumatore fin qui sprovvisti di rimedi; oppure sia quello di assicurare



Ebbene, con questa scelta il diritto civile viene investito del compito di rimediare ai pregiudizi indotti da una pratica scorretta sul *singolo (contratto del) consumatore* non più in via eventuale e per così dire alla stregua di un *second best*, semplicemente in ragione della necessaria salvezza dei rimedi civilistici tradizionali da parte del diritto regolatorio, ma *in via "principale"*. Il giudice ordinario è potenzialmente deputato a conoscere delle fattispecie e delle conseguenze in senso ampio pregiudizievoli di comportamenti prima affidati alla competenza piena dell'Autorità indipendente. Dall'altra parte, il consumatore, prima munito di una semplice alternativa tra il reclamo all'Autorità, la partecipazione ad un'azione collettiva, ovvero – nei casi in cui la pratica fosse direttamente entrata nella dinamica del contratto con il professionista – l'impugnazione di quest'ultimo con uno degli strumenti civilistici tradizionali; si trova adesso in ben altra posizione, giacché si vede riconosciuti rimedi "altri" rispetto a quelli già previsti nel Codice del consumo⁹; mentre la disciplina delle pratiche scorrette non solo "non pregiudica" in generale l'applicazione delle disposizioni normative in materia contrattuale (in particolare delle norme sulla formazione, validità od efficacia del contratto, come l'art. 19 del codice del consumo ancora conferma¹⁰), ma lo stesso comma 15-bis, nel prevedere i rimedi nuovi prima indicati, precisa infine che "sono fatti salvi ulteriori rimedi a disposizione del consumatore"¹¹.

Nel nome e con il vincolo della *effettività* della tutela e con l'obiettivo dichiarato di *eliminare ogni conseguenza pregiudizievole* delle PCS¹², sia sul piano del mercato, che su quello della sfera individuale del singolo consumatore, il legislatore ha dato vita ad un modello di disciplina singolare, non isolato nel panorama della recente legislazione, e certamente indicativo di un indirizzo regolatorio meno attento al rigore delle fattispecie e pragmaticamente più sensibile all'efficacia della tutela dei soggetti che ritiene

comunque l'autodeterminazione ponderata e consapevole. In tal senso l'A. precisa anche di ritenere che la nuova disciplina non sia intesa a richiamare meccanismi di tutela già esistenti (12, 13). La seconda premessa concerne la priorità della definizione dell'interesse soggettivo che il legislatore ha preso in considerazione nel disporre dei nuovi rimedi, allorché la pratica scorretta produca effetti non assimilabili "alle ipotesi di alterazione del processo di formazione di un accordo contrattuale già affrontate" da altre norme (14). Si tratta di un'impostazione e di un tentativo condivisibili, senza i quali il nuovo intervento rischierebbe di essere inteso di default come esempio di mera burocratizzazione paternalistica del diritto dei consumi.

⁹ Avverte opportunamente M. Lamicela, *Pratiche commerciali scorrette*, cit., 13 ss., che il compito dell'interprete dovrebbe essere quello di "indagare quali possano essere i meccanismi rimediali cui allude la dir. 2019/2161/UE, ove il singolo consumatore subisca effetti pregiudizievoli prodotti da pratiche commerciali scorrette *che non siano agevolmente assimilabili alle ipotesi di alterazione del processo di formazione di un accordo contrattuale già affrontate, ora dalla disciplina generale del contratto, ora dalla disciplina speciale dei contratti del consumatore*" (c.n.); e che "sarebbe alquanto riduttivo interpretare la richiesta di individuare rimedi proporzionati ed effettivi all'eventualità di una lesione degli interessi del consumatore richiamando il più ampio spettro operativo di strumenti di tutela *passé-partout*, quale potrebbe essere il recesso ex art. 52 cod. cons., nel caso di un contratto perfezionato a distanza o fuori dai locali commerciali".

¹⁰ G. De Cristofaro, *"Rimedi" privatistici individuali e pratiche commerciali scorrette*, cit., 450, 451 ss., per sottolineare come il recepimento della Direttiva non postula una modifica del diritto generale dei contratti.

¹¹ L'inversione di prospettiva non è di poco conto, atteso che la precedente scelta di assegnare anche il controllo e l'accertamento delle clausole vessatorie all'Autorità Antitrust si collocava sulla scia del *public enforcement*, già seguita con la disciplina delle pratiche scorrette e poi confermata con l'approvazione del Regolamento dell'Antitrust relativo alla regolazione dei rapporti di consumo. L'art. 37 bis del Codice di consumo, unitamente al Reg. 10 settembre 2012 e ad altri provvedimenti, segnalavano infatti la tendenza del diritto dei consumi ad allontanarsi dal modello di un diritto privato dei consumatori, per avvicinarsi ad un modello sempre più di diritto delle imprese e del mercato. E dunque la scelta di proiettare la tutela dei consumatori nell'ambito del diritto della concorrenza e dei mercati. Ci si consenta sul punto il rinvio al nostro contributo *La protezione dei consumatori tra diritto civile e regolazione del mercato. A proposito dei recenti interventi sul Codice del consumo*, in *Jus civile*, 2013, 305. Ripercorre queste vicende I. Speciale, *Le pratiche commerciali scorrette nell'evoluzione della normativa e del mercato*, Padova, 2024.

¹² Non si dimentichi il 16° Considerando della Direttiva, alla stregua del quale "Gli Stati membri dovrebbero garantire la disponibilità di rimedi per i consumatori danneggiati da pratiche commerciali sleali per eliminare tutti gli effetti di tali pratiche scorrette".



più vulnerabili. Circostanza che – diciamolo subito – può immediatamente trovare una giustificazione sociale non secondaria nelle vistose e drammatiche asimmetrie generate dal vertiginoso sviluppo dell'economia digitale.

Ebbene, la novità che a prima lettura ipotizzo di poter rilevare nella scelta di una protezione integrata effettiva dei consumatori come *singoli*, e che costituirà l'oggetto delle riflessioni che seguono, si manifesta attraverso l'evidente *de-tipizzazione dei rimedi civilistici*, ovvero sia attraverso l'estensione del campo di applicazione di alcuni rimedi tipici (modellati secondo specifiche *rationes* e precisi presupposti di fatto) in chiave *transtipica*, indipendentemente cioè dalla ricorrenza nella fattispecie sostanziale concreta (in questo caso il pregiudizio generato da una pratica commerciale scorretta) di quei presupposti di fatto selezionati come base di applicazione del rimedio.

In altre parole, per quello che vale l'utilizzo del linguaggio formale in un contesto normativo che fortemente si ispira al principio dell'effettività più che al rigore, la *de-tipizzazione* si manifesta attraverso l'estensione di effetti rimediali *già* tipici di una certa fattispecie sostanziale e "simmetrici", per così dire, rispetto agli elementi costitutivi della stessa, anche ad altre diverse fattispecie, prive di questi elementi, e perciò – in astratto – inidonee ad essere governate da quei rimedi. Insomma, un cambiamento dei modi attraverso i quali il diritto si esprime come sistema che offre a ciascuna situazione il suo "corretto" rimedio, che connette cioè a ciascuna fattispecie il suo precipuo effetto; e perciò una ibridazione dei rimedi e degli effetti rispetto ai fatti che ne sono il presupposto. Un cambiamento che sottende una mutata prospettiva assiologica e un diverso bilanciamento politico degli interessi in gioco¹³. Ancora, una strategia figlia della complessità sociale e ordinamentale dei nostri tempi, certamente, ma figlia anche della scelta di affrontarla con strumenti multipli, che prediligono un'integrazione di discipline di *enforcement* del tutto peculiare, e che delineano i contorni di una sorta di dogmatica (europea) dell'effettività, dominata dall'obiettivo del raggiungimento di un effetto utile di protezione dell'interesse selezionato¹⁴.

Provo ad argomentare.

¹³ Certamente non è il caso di soffermarsi in questa sede sugli aspetti di teoria generale implicati da questo discorso. Così come non è il caso di specificare che il fenomeno ipotizzato nel testo va apprezzato nel contesto della discrezionalità del legislatore di configurare fatti ed effetti secondo la prospettiva assiologica prescelta in ciascun tempo storico: sicché questa configurazione può evidentemente cambiare nel tempo. Compito dell'interprete è quello di rilevare il cambiamento e di ricostruirne le dinamiche dal punto di vista teorico e assiologico, cioè dei valori e degli interessi che le norme intendono affermare. Ed infatti, se l'effetto giuridico si definisce, secondo il canone di A. Falzea (voce *Efficacia giuridica*, in *Enc. Dir.*, XIV, Milano, 1965, 432), quale "valore giuridico condizionato", cioè come "valore giuridico assunto dal diritto positivo sotto la condizione che si sia prodotta una precedente situazione di fatto", il confronto tra fatto ed effetto dentro lo schema logico della norma produrrà una certa connessione, per cui "Sia il fatto un negozio obbligatorio: l'effetto sarà il valore giuridico dell'adempimento, cioè l'interesse della comunità giuridica a che la prestazione dedotta nel negozio sia adempiuta"; ed ancora "se viene stipulato un contratto di compravendita, *interest rei publicae*, è interesse della comunità giuridica, che il prezzo sia pagato e la cosa sia consegnata". Con ogni evidenza, queste connessioni possono cambiare, più o meno significativamente e la dottrina giuridica deve prenderne atto, intraprendendo il processo interpretativo a partire dal cambiamento normativo, e senza il "pregiudizio" dogmatico di doverlo guidare verso il risultato precedente, in omaggio a presunte simmetrie alle quali vincolare la discrezionalità del legislatore. Sulla voce di Falzea si suggerisce la lettura di P. Sirena, *La teoria dell'efficacia giuridica nel pensiero di Angelo Falzea*, in *Riv.dir.civ.*, 2017, 999; e di V. Scaalisi, *Lineamenti di una teoria assiologica dei rimedi giuridici*, ibidem, 2018, 1045.

¹⁴ A. Zoppini, *L'effettività in-vece del processo*, in *Riv.dir. proc.*, 2019, 676; G. Vettori, *Effettività fra legge e diritto*, Milano, 2020.



3. La de-tipizzazione dei rimedi civilistici e consumeristici contrattuali e la loro estensione ai pregiudizi causati dalle scorrettezze comportamentali dei professionisti

Le prime osservazioni sollecitate dal disposto del comma 15 *bis* dell'art. 27 concernono in primo luogo la scheletrica insignificanza della norma quanto alla specifica disciplina dei due rimedi (la riduzione del prezzo e la risoluzione del contratto) riconosciuti al consumatore vittima di una pratica scorretta: un vuoto che l'interprete deve ricostruire per soddisfare la condizione di applicabilità richiesta dallo stesso legislatore con il laconico inciso "ove applicabili"¹⁵. Ma soprattutto per dare una spiegazione della scelta di affiancare al *comportamento* scorretto del professionista una coppia di rimedi per così dire *non comportamentali* – come invece è il risarcimento del danno – ma tipicamente sinallagmatici. Cioè: dalla varietà non indifferente né inconsistente, ed anzi accresciuta, delle pratiche scorrette si fa discendere, qualora un consumatore se ne dichiari leso (segnalo leso, non danneggiato)¹⁶, la facoltà di richiedere e la possibilità di ottenere *anche* la riduzione del prezzo o la risoluzione del contratto. Ed è qui il punto che si vuole sottolineare sotto il profilo della tecnica regolatoria adottata: a prescindere dalla (pur necessaria) ricostruzione dell'interesse soggettivo del consumatore cui si vuole in tal modo riconoscere protezione, ciò che emerge dalla formulazione della norma è la scelta di consentire che un contratto venga ridimensionato nel prezzo o addirittura risolto anche in assenza di difetti del bene o di altre alterazioni disfunzionali del sinallagma che possano giustificare un effetto demolitorio dell'efficacia che – normalmente – il legislatore tende a tenere sotto controllo per evitare turbative della continuità degli scambi¹⁷. Non si tratta solo dell'abbandono della tradizionale simmetria formale tra fattispecie ed effetti/rimedi¹⁸, ma – sul piano assiologico – di una diversa visione dell'ordine e dei rapporti di mercato, che *adesso* chiama in causa *anche* il diritto civile, allo scopo cioè di governarne le dinamiche *anche* con dispositivi individualistici diversi da quelli tipicamente regolatori incidenti sulle *performances* delle imprese e somministrati dall'Autorità di vigilanza¹⁹.

Ed infatti, sul piano civilistico, i due rimedi sono affiancati alle pratiche scorrette *tout court*, senza che si distingua tra pratiche che sono esitate nella conclusione di un contratto, ovvero il cui contenuto è penetrato nella vicenda contrattuale, e pratiche che invece si sono esaurite in sé stesse senza aver dato

¹⁵ In argomento, M. Lamicela, *Pratiche commerciali scorrette*, cit., 61 ss.

¹⁶ Chiarisce G. De Cristofaro, *Rimedi privatistici*, cit., 454 ss., che tali rimedi esprimono una funzione in senso ampio riparatoria, finalizzata "a conferire, al patrimonio del consumatore "leso" dalla pratica commerciale sleale, la consistenza qualitativa e quantitativa che esso avrebbe avuto se non fosse stata assunta ed attuata la decisione di natura commerciale condizionata dalla pratica stessa".

¹⁷ Per privilegiare invece un effetto conservativo, come nel caso della vendita di prodotti non conformi, ove prevalgono i rimedi della riparazione o della sostituzione. Per tutti, R. Fadda, *Il diritto al ripristino della conformità negli artt. 135-bis e 135-ter cod. cons. Tendenze conservatrici e profili innovativi*, in *La nuova disciplina della vendita mobiliare nel codice del consumo*, a cura di G. De Cristofaro, Torino, 2022, 281; e poi F. Oliviero, *La nuova disciplina dei cosiddetti rimedi "secondari": riduzione del prezzo e risoluzione del contratto*, ibidem, 313.

¹⁸ Formalizzata nel testo dell'art. 1372 cod.civ.

¹⁹ Si mostra sensibile a questa problematica l'analisi di L. Guffanti Pesenti, *Scorrettezza delle pratiche commerciali*, cit., 42 ss., quando argomenta circa la tendenza di questa normativa a sottoporre il comportamento degli operatori economici a "doveri" – non invece obblighi – intesi ad evitare condotte anche solo potenzialmente idonee a fuorviare i comportamenti dei consumatori, indipendentemente dalla messa in opera di una scelta contrattuale. La Direttiva si collocherebbe, dunque, nell'ambito degli strumenti pro-contrattuali e di garanzia dell'ordine pubblico di struttura e direzione economica, piuttosto che di protezione (*op. cit.*, 45). Questa ratio, che esprimerebbe un legame con il diritto della concorrenza, costituirebbe adesso una delle due facce del diritto consumeristico come aggiornato dalle nuove norme qui in esame: l'altra faccia, infatti, eleverebbe il consumatore (già concepito quale giudice del mercato) a fine diretto della regolazione del mercato stesso, e in tal senso i suoi nuovi "diritti" accrescono in via diretta le frecce all'arco della sua difesa contro le condotte abusive e predatorie degli operatori economici.



luogo ad un contratto da risolvere, ovvero non sono entrate – per così dire – nel contenuto del contratto. Certo, è facile dire che nei primi casi nessuno dei due rimedi “contrattuali” sarà tecnicamente applicabile, ma non è altrettanto facile stabilire, tutte le volte in cui invece si sia concluso un contratto, se i due rimedi siano applicabili solo per le pratiche poste in essere posteriormente alla conclusione del contratto, o anche per quelle poste in essere prima della conclusione del contratto. Ed è questo un primo indice problematico della “neutralità” conferita ai rimedi in questo contesto.

Da altro punto di vista, occorrerebbe precisare, con specifico riferimento allo strumento risolutorio menzionato nella Direttiva e poi nella novella interna, se ci si riferisca al modello della risoluzione del contratto previsto e disciplinato nel codice civile, oppure ad altro modello. Ora, poiché il rimedio è accordato quale reazione ad una pratica commerciale scorretta, a sua volta individuata secondo la definizione consumeristica che prende in considerazione l’atteggiarsi della libertà di autodeterminazione del consumatore in qualunque momento, il fatto cioè che il consumatore abbia assunto “una decisione di natura commerciale che non avrebbe altrimenti preso”, sembra di capire che le norme in esame non stiano direttamente invocando il modello codicistico di risoluzione (per intenderci: quello che *in executivis* si suole riferire a difetti funzionali della causa ex artt. 1453 ss.), o per lo meno non solo quello; bensì un rimedio più ampio di quello e – di nuovo – più neutro. Uno strumento generico, il quale – dietro l’analogia semantica – autorizzi il consumatore a *liberamente* sciogliersi da un contratto (a porvi fine) *semplicemente* in ragione della lesione della sua libertà di autodeterminazione, cioè all’esito di una circostanza che – non importa in quale specifica fase contrattuale intervenuta – gli fa comunque ritenere il contratto non più utile o conveniente (ma verrebbe da dire: *non voluto*); anche se si tratta di circostanza che però dovrebbe o potrebbe avere, *in teoria*, un punto di ricaduta in una invalidità o in un risarcimento per violazione del dovere di diligenza, piuttosto che nella risoluzione²⁰.

D’altra parte, un modello di risoluzione consumeristico si trova negli artt. 135-quater e 135-noviesdecies del Codice del consumo, quale rimedio per i difetti di conformità del bene o del contenuto del bene/servizio digitale: e tale modello, per essere più prossimo di quello civilistico ordinario alla fattispecie che si sta esaminando in quanto anch’essa di stampo consumeristico, potrebbe essere considerato come il relativo punto di riferimento, se non per il presupposto di applicazione (una pratica scorretta non necessariamente esita in un difetto di conformità), quantomeno per quell’aspetto della disciplina che configura la risoluzione come atto stragiudiziale unilaterale, che non necessita di prova alcuna dell’intento manipolatorio del professionista²¹.

²⁰ Questi gli argomenti di S. Pagliantini, *I rimedi non risarcitori: esatto adempimento, riduzione del prezzo e risoluzione del contratto*, in *Jus Civile*, 2022, 304, 309 ss. Perplexità esprime anche 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 dir. priv.*, 2021, 635, 655 ss. Osserviamo al proposito che ragionare con le stesse categorie che si utilizzano nella prospettiva del diritto civile non aiuta a comprendere le dinamiche rimediali nelle quali si muove il legislatore europeo in questa materia. Ed infatti, a prescindere dal fatto ben noto che la norma europea si rivolge ad una pluralità di ordinamenti nazionali, nella materia e nel campo specifico di cui ci occupiamo è l’intento di contrastare a tutto campo le scorrettezze professionali che spinge il legislatore a riconoscere ai consumatori vittime di tali scorrettezze tutti gli strumenti utili a rendere effettiva la policy di contrasto, indipendentemente – come si diceva – dalle esigenze sistematiche e dalle consuetudini dogmatiche dei singoli ordinamenti. Sembra ragionare in tal senso C. 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, in particolare 354 ss., la quale, escludendo il rimedio della invalidità, propone un criterio selettivo “che tenga conto dei soli effetti, a prescindere dal tipo, e quindi a prescindere dall’aggressività o dall’ingannevolezza” della pratica. E poi aggiunge: “Più semplicemente, il legislatore potrebbe disporre rimedi manutentivi nel caso in cui il consumatore abbia interesse alla conservazione del contratto e rimedi caducatori, nell’ipotesi in cui voglia liberarsi dal vincolo contrattuale non voluto” (356).

²¹ I. Speciale, *Le pratiche commerciali scorrette*, cit., 322; G. De Cristofaro, *Rimedi privatistici*, cit., 458, nota 36, 485 ss.



Quanto alla riduzione del prezzo, essa è conosciuta – per ciò che qui più direttamente interessa – nelle discipline dei vizi della cosa venduta e del difetto di conformità dei beni mobili di consumo, nelle quali – *mutatis mutandis* – è configurata in maniera oggettiva con riferimento al valore del bene: modalità che rispetto alla reazione ad una pratica scorretta qualunque potrebbe non essere praticabile, per quanto finora notato, restando allora possibile solo il riferimento alla gravità della condotta del professionista²².

Ebbene, l’inciso “ove applicabili”, che adesso è necessario definitivamente decodificare con riferimento ai presupposti dei due rimedi della riduzione del prezzo e della risoluzione, si gioca, non senza ambiguità, all’interno di questa frastagliata cornice²³. Pertanto, delle due l’una.

Se l’inciso si scioglie facendo riferimento ai presupposti di applicazione dei due rimedi contenuti nel codice civile o comunque nel diritto interno anche consumeristico²⁴, che li prevede in relazione o all’inadempimento di un contratto sinallagmatico in via generale o ad altre sopravvenienze (la risoluzione); ovvero principalmente in relazione alla garanzia per i vizi della cosa venduta (la coppia dei rimedi a scelta del compratore), ne conseguirebbe che gli stessi potrebbero applicarsi:

- a) quanto alla risoluzione generica, solo per le pratiche scorrette intervenute nel corso di svolgimento di un contratto sinallagmatico a prestazioni corrispettive, e che siano esitate, ad esempio, in un inadempimento di non scarsa importanza, con esclusione di tutte le altre. Una soluzione questa che, a parte l’effetto limitativo dell’applicazione dei rimedi a ben poche pratiche, entrerebbe in contraddizione con il principio di effettività della tutela del consumatore²⁵ evocato genericamente rispetto a *tutte* le lesioni provenienti – direi – anche dalle pratiche poste in essere prima della conclusione del contratto²⁶. In caso contrario, davvero non si capirebbe il senso della riforma, atteso peraltro che, a ben riflettere, la praticabilità della tipica risoluzione per inadempimento poteva ricavarsi anche dalla precedente normativa in base alla regola del doppio binario di cui all’art. 18 del cod. consumo;

A partire da questo dato, è frequente l’assimilazione al recesso per giusta causa, piuttosto che al recesso di pentimento, che non dovrebbe trovare cittadinanza alcuna in questo contesto problematico. Sul punto vedi anche le osservazioni di M. Lamicela, *Pratiche commerciali scorrette*, cit., 152 ss., la quale invece ritiene che la risoluzione di cui parliamo assomigli di più ad un’ipotesi di abbandono unilaterale del vincolo, proprio sul modello del recesso di pentimento che non ad un’ipotesi di scioglimento contrattuale. Ma sul punto non si possono non accogliere le parole di S. Pagliantini, *I rimedi non risarcitori*, cit., 309 ss., il quale invita a rifuggire da una stucchevole “guerra dei nomi”, dovendosi riconoscere di essere di fronte ad una risoluzione stragiudiziale unilaterale, secondo un modello distante da quello dell’art. 1453 cod.civ., più esattamente un recesso in autotutela comune a tutti i contratti B2c a valle di una pratica commerciale scorretta (310).

²² Ancora S. Pagliantini, *I rimedi non risarcitori*, cit., 307 ss., con evidenza del problema di una eventuale ultracompensatività del rimedio in chiave di (pur sempre comprensibile) deterrence. In questa chiave problematica anche G. De Cristofaro, *Rimedi privatistici*, cit., 489 ss., che ritiene il rimedio largamente sovrapponibile al risarcimento; e L. Guffanti Pesenti, *Pratiche commerciali scorrette e rimedi nuovi*, cit., p. 671, che teme l’affermarsi, in tal modo, di una tecnica sanzionatoria contraria alla Direttiva.

²³ Scrive De Cristofaro, *Rimedi privatistici*, cit., 468, che il legislatore non avrebbe potuto assolvere in modo peggiore al compito di recepire la Direttiva, e che la norma si rivela da questo punto di vista incomprensibile. In primo luogo per quanto concerne il rimedio risarcitorio, del quale non ci si occupa in questo lavoro, ma anche per gli altri.

²⁴ Ancora De Cristofaro, *Rimedi privatistici*, cit., 473, ritiene che “risoluzione del contratto e riduzione del prezzo potranno essere invocate dai consumatori soltanto “se applicabili” in conformità ai principi generali del nostro diritto comune dei contratti (e del diritto “speciale” dei contratti dei consumatori) e del nostro diritto processuale civile”. Ma sul punto vedi oltre e la nota seguente.

²⁵ Ricordiamo ancora il già citato 16° Considerando della Direttiva (vedi supra nota 11).

²⁶ Così infine anche De Cristofaro, *Rimedi privatistici*, cit., 491, sulla base del principio di effettività, sebbene – nota l’A. – in senso contrario deporrebbero ragioni di ordine sistematico.



b) quanto invece alla coppia di strumenti in alternativa prevista negli artt. 1490 del codice civile come garanzia per vizi della vendita, ma soprattutto dagli artt. 135 bis ss. del codice consumo con le note varianti dei rimedi ripristinatori, il ragionamento è analogo in linea di principio, perché i due rimedi potrebbero applicarsi solo alle pratiche scorrette che esitano in una vendita, e se così fosse ancora una volta non si capirebbe il senso della riforma e il richiamo solenne all'effettività, perché il necessario ricorrere del tipo contrattuale cui i rimedi sono collegati si porrebbe come ostacolo insuperabile all'applicazione generalizzata dei due rimedi a *tutte* le pratiche scorrette. Anche in questo caso peraltro, l'applicazione canonica dei rimedi non era certamente esclusa dall'impostazione del doppio binario accolta già nel precedente assetto del codice del consumo in materia di PCS.

Con questi ragionamenti si è inteso dimostrare che – salvo voler sterilizzare la *ratio* della riforma e i principi evocati a maggior tutela civilistica dei consumatori lesi da pratiche scorrette, in qualunque momento perpetrate e di qualunque tipologia esse siano – occorre superare gli ostacoli che la disciplina contrattuale generale e quella consumeristica frappongono all'applicazione la più estesa possibile dei due rimedi introdotti dal comma 15 bis dell'art. 27 del codice di consumo; e per far questo occorre argomentare che le condizioni di applicabilità dei rimedi in discorso non necessariamente contemplano la ricorrenza dei tipi e delle fattispecie ai quali sono tradizionalmente accoppiati; occorre argomentare che risoluzione e riduzione sono effetti possibili anche di altre fattispecie, non necessariamente coincidenti con l'inadempimento di un contratto sinallagmatico o una vendita di beni viziati o non conformi. Occorre in sostanza argomentare che questi dispositivi di tutela sono stati dotati di efficacia *transtipica* e possono costituire rimedi anche per fattispecie diverse da quelle tipiche, e ciò in ragione di una scelta assiologica che il legislatore ha ritenuto prevalente (rispetto alle simmetrie formali del diritto civile)²⁷.

Questa pista ermeneutica postula, o quantomeno non esclude, che l'inciso "ove applicabile" riferito ai due dispositivi dei quali si discute nel corpo del comma 15 bis dell'art. 27 cod. consumo, consegnato al giudice – se e quando fosse adito, come vedremo – il potere di valutarne l'applicabilità in termini di *pertinenza funzionale* e concreta utilità, ed in termini di ragionevole proporzionalità rispetto all'interesse la cui protezione il consumatore ha invocato in quanto lesa dalla pratica scorretta, a prescindere dalla ricorrenza dei presupposti formali cui i rimedi sono condizionati nelle fattispecie tipiche delle due codificazioni.

4. I presupposti sostanziali di applicazione dei rimedi contrattuali

Non si può negare che questa prospettiva possa costituire per le imprese che commerciano con i consumatori nelle dimensioni illimitate aperte dal commercio on line un deterrente forse esagerato, se

²⁷ Vedi supra nota 13 e testo di riferimento. In aggiunta a quanto detto, si consideri che la detipizzazione del rimedio risolutorio, nella misura in cui lo si accorda anche per pratiche scorrette che intervengono nella fase della formazione del contratto, non necessariamente lo avvicina ai rimedi invalidatori. Ad esempio, è dubbio che il rimedio possa essere accordato d'ufficio dal giudice (alla maniera del rilievo d'ufficio delle clausole vessatorie), perché la *ratio* e l'insieme delle norme della disciplina delle pratiche scorrette lasciano intendere che il legislatore voglia rendere il rimedio disponibile alla valutazione del consumatore. Sul punto, G. De Cristofaro, *Rimedi privatistici*, cit., 471 ss.; mentre M. Lamicela, *Pratiche commerciali scorrette*, cit., 142 ss., svolge un'articolata analisi sul mancato richiamo dell'invalidità da parte della Direttiva, ragionando sull'affinità tra il rimedio risolutorio di cui all'art. 11-bis e la risoluzione per difetto di conformità. Parla di "detipizzazione" anche S. Pagliantini, *I rimedi non risarcitori*, cit., 308, ma a mò di *obiter*, con riferimento alla tendenza a far rifluire le pratiche scorrette nei vizi della volontà, sostenendo che ogni pratica ingannevole è «dolo» ed ogni pratica aggressiva è «violenza».



si considera poi che in tali casi il consumatore è già dotato di uno strumento tipico idoneo a determinare la caducazione del contratto, il recesso di pentimento gratuito, *capriccioso*, di cui all'art. 52 ss. del codice del consumo, seppur esercitabile soltanto se il contratto si è concluso con talune modalità ed entro un termine perentorio dalla conclusione del contratto o dalla consegna del bene. Ne conseguirebbe adesso che i professionisti continuano ad essere esposti al rischio della caducazione per qualunque contratto ed anche *dopo* la scadenza di quel termine²⁸, e per di più con l'ulteriore rischio di una sanzione reputazionale formale o meno per aver agito scorrettamente.

Questa osservazione sollecita un'impostazione rigorosa della questione della applicabilità dei due rimedi aggiuntivi, innanzitutto precisando che – a differenza del recesso di pentimento – essi devono essere motivati e comunque ricondotti ad una causa efficiente imputabile al comportamento oggettivamente scorretto del professionista e foriero di una lesione specifica; la quale, *una volta associata l'azionabilità del rimedio per tutte le pratiche e l'esuberanza del rimedio rispetto ai presupposti tipici*, dovrebbe a sua volta essere riferibile al travisamento o alla delusione delle aspettative di utilità e dei complessivi vantaggi che il consumatore aveva riposto in quel contratto e in ragione delle/dei quali – ma in conseguenza di una pratica commerciale ingannevole o aggressiva – si era determinato a concluderlo, o in relazione alla quale aveva assunto “una decisione di natura commerciale”. Si deve ricordare a tal fine, che il co. 15 *bis* dell'art. 27 dispone che si possa tener conto “della gravità e della natura della pratica commerciale sleale, del danno subito e di altre circostanze pertinenti”, esplicitando che al giudice è rimesso un potere discrezionale di valutazione della pertinenza del rimedio alla specifica situazione messa in campo dal consumatore. Seppur si deve convenire con chi esclude che a tali rimedi possa essere attribuita una funzione anche solo prevalentemente sanzionatoria²⁹.

Ciò posto, può essere utile al tentativo di sciogliere da questo punto di vista il nodo dell'*ove applicabile* volgere lo sguardo alle varie tipologie di pratiche scorrette elencate nel codice³⁰.

Ricordiamo intanto che è considerata scorretta e vietata la pratica contraria alla diligenza professionale, che sia falsa o idonea a falsare in misura apprezzabile il comportamento economico, in relazione al prodotto, del consumatore medio che essa raggiunge o al quale è diretta. Mentre – guardando ai due sottoinsiemi – si descrivono una molteplicità di comportamenti (commissivi od omissivi) atti ad indurre il consumatore in errore sul contenuto o sulle circostanze del contratto, ovvero a limitare la sua libertà di scelta mediante molestie, coercizioni e turbative di ogni genere.

Orbene, senza voler commentare le singole pratiche, non sembra dubbio che, se alcune di esse sono vietate in relazione ad una loro tipica efficacia decettiva, avvicinando la condizione del consumatore che le subisce a quella del contraente vittima di dolo o violenza; molte altre invece non sembra possano

²⁸ Fatta salva la prescrizione, individuata a seconda dei casi in cinque o dieci anni (G. De Cristofaro, *Rimedi privatistici*, cit., 493).

²⁹ Per tutti, L. Guffanti Pesenti, *Pratiche commerciali scorrette*, cit., 671; M. Lamicela, *Pratiche commerciali*, cit., 179 ss., con particolare riguardo al tema dell'azione risarcitoria, e all'eventuale cumulo della stessa con gli altri rimedi (risoluzione o riduzione del prezzo): circostanze nelle quali occorre governare il rischio di una inammissibile duplicazione rimediaria, segnatamente attraverso un'indagine sul concreto interesse fatto valere dal consumatore e sua scomponibilità in una pretesa restitutoria ed in una pretesa risarcitoria (191). Si esprime diversamente F. Cafaggi, *Rimedi e sanzioni nella tutela del consumatore. L'applicazione del new deal, in Effettività delle tutele e diritto europeo*, a cura di P. Iamiceli, Napoli, 2020, 295, e poi 321 ss., che critica il mancato richiamo della dissuasività nella disciplina europea delle pratiche commerciali scorrette. Soluzione opinabile, sostiene l'A., proprio in relazione alla dominanza dei principi di proporzionalità ed effettività in questa materia.

³⁰ Così C. Dalia, *Sanzioni e rimedi individuali*, cit., 355 ss., che distingue i casi in cui l'effetto della pratica è stato quello di indurre ad un acquisto non voluto (nel qual caso il rimedio applicabile sarebbe quello caducatorio); e i casi in cui l'effetto incide sulle condizioni contrattuali (nel qual caso il rimedio sarebbe quello modificativo, la riduzione del prezzo).



qualificarsi in tal senso, in quanto più genericamente utilizzate per manipolare il consumatore o falsare la sua percezione della convenienza del contratto o delle qualità del professionista, senza che si possa dire che la scorrettezza investa specificamente il prodotto o l'assetto degli obblighi e dei diritti diviso in contratto. In tal senso possono intendersi le pratiche di cui all'art. 23, lett. bb-ter e bb-quater³¹ (sulle recensioni false o commissionate), o all'art. 26 lett. h (sull'annuncio di un premio inesistente)³². Ovvero, se posso riferire di un'esperienza diretta, la pratica per la quale la Fondazione Biennale di Venezia vende accrediti o abbonamenti per la Mostra internazionale del Cinema, per rendere poi sistematicamente impossibile o estremamente difficile la successiva prenotazione dettagliata dei posti e della data – da farsi comunque on line – dei singoli film, atteso che i posti risultano sempre esauriti, ovvero prenotabili a tarda notte, o disponibili in orari notturni o antelucani o in sedi scomodissime, e comunque non in quel contesto mondano di *glamour* e di emozioni che il consumatore si era immaginato e aveva desiderato di vivere in quei giorni³³.

Ebbene, se in tutti questi casi risulta certamente difficile la sussunzione della fattispecie concreta nelle ipotesi tipiche di patologie e disfunzioni contrattuali, perché – ad esempio – è difficile configurare un inadempimento o un difetto di conformità, è viceversa più semplice per il giudice entrare nella logica rimediale propria del codice del consumo e verificare se, quanto e come – ad esempio, scoperta la falsità delle recensioni o l'impossibilità di prenotare in un tempo ragionevole e senza irragionevoli sforzi un posto al cinema – la scorrettezza del professionista abbia tradito l'assetto degli interessi, dei vantaggi e dei costi che il consumatore si attendeva ragionevolmente di realizzare o di mantenere; e

³¹ Precisamente: bb-ter) indicare che le recensioni di un prodotto sono inviate da consumatori che hanno effettivamente utilizzato o acquistato il prodotto senza adottare misure ragionevoli e proporzionate per verificare che le recensioni provengano da tali consumatori; e bb-quater) inviare, o incaricare un'altra persona giuridica o fisica di inviare, recensioni di consumatori false o falsi apprezzamenti o di fornire false informazioni in merito a recensioni di consumatori o ad apprezzamenti sui media sociali, al fine di promuovere prodotti.

³² Precisamente: h) lasciare intendere, contrariamente al vero, che il consumatore abbia già vinto, vincerà o potrà vincere compiendo una determinata azione un premio o una vincita equivalente, mentre in effetti non esiste alcun premio né vincita equivalente oppure che qualsiasi azione volta a reclamare il premio o altra vincita equivalente è subordinata al versamento di denaro o al sostenimento di costi da parte del consumatore.

³³ Certo, il singolo consumatore non può sapere quanti accrediti o abbonamenti vengano venduti o dati in omaggio e se il numero delle vendite sia proporzionato alla capienza complessiva dei posti in ciascuna fascia oraria o in ciascuna sede. Sta di fatto che il consumatore cinefilo è indotto a comprare per vedere in anteprima i film, in un numero che mediamente e ragionevolmente corrisponde ad un tot, in relazione al tipo di abbonamento o di accredito, e poi ne vede la metà, in orari improbabili e non consoni allo spirito mondano del Festival, oppure – se non è in grado di governare compulsivamente le bizzarrie della piattaforma di vendita – non ne vede nemmeno uno. Così come il consumatore che si lascia convincere dalle recensioni di una piattaforma di confronto, che dichiara essere quelle recensioni autenticamente rilasciate da chi ha utilizzato quel servizio senza che tale provenienza sia verificata, o addirittura viene manipolato da recensioni appositamente commissionate dal professionista, non è detto che si trovi poi di fronte ad un servizio inferiore a quello promesso, ma certamente corre il rischio di trovarsi in un contesto diverso da quello che si era prefigurato e in ragione del quale si era deciso a contrarre. È più o meno questo il *quid* del notissimo caso Ferragni: un prodotto dolciario griffato dalla “celebre” Ferragni viene venduto dal produttore a caro prezzo e accompagnato dalla diffusione dell'intento benefico dell'*influencer* a favore di un ospedale per bambini, poi rivelatosi fasullo. L'Autorità così stigmatizzava il comportamento: “far credere, nel comunicato stampa di presentazione dell'iniziativa, che acquistando il “Pandoro Pink Christmas” al prezzo di oltre 9 euro, anziché di circa euro 3,70 del pandoro non griffato, i consumatori avrebbero contribuito alla donazione che, in realtà, era già stata fatta dalla sola Balocco, in cifra fissa, a maggio 2022, quindi molti mesi prima del lancio dell'iniziativa, avvenuto a novembre 2022”, ovvero lasciare “intendere che comprando il “Pandoro Pink Christmas” si poteva contribuire alla donazione e che la Signora Ferragni partecipava direttamente alla donazione, circostanze risultate non rispondenti al vero, nonostante le sue società avessero incassato oltre 1 milione di euro” (PS12506-Provvedimento n. 31002 del 2023, Balocco-sostegno Ospedale Regina Margherita, consultabile al link <https://www.agcm.it/competenze/tutela-del-consumatore/delibere/provvedimenti>). Qui la lesione della decisione commerciale è duplice: la falsità del messaggio benefico, dotato di forte capacità persuasiva, tanto più se lanciato da una persona non a casa denominata “influencer”; e il divario di prezzo del tutto ingiustificato.



se in ragione di ciò vada somministrato un rimedio effettivo e proporzionato, secondo quello che è l'interesse specifico del consumatore frustrato dalla pratica scorretta³⁴. In tali casi, infatti, ove sia da escludere la riconduzione della pratica scorretta ad una fattispecie rimediale tipica, assume rilevanza piena la violazione degli standard di comportamento imposti dalla Direttiva con riguardo alle pratiche commerciali, e che il professionista deve assicurare senza inganni o aggressività comunicative o negoziali, a vantaggio dell'autodeterminazione del consumatore, con effetti ritenuti prossimi a quelli di una garanzia³⁵.

Ed è qui, allora, che intervengono l'art. 11bis della Direttiva sulle PCS e il comma 15 bis dell'art. 27.

Se il consumatore ritiene di poter mantenere il contratto, seppur in presenza di vantaggi economici inferiori a quelli attesi, potrà chiedere la riduzione del prezzo. Se ritiene invece che il contratto non è più di suo interesse, essendo ormai impossibile realizzare l'interesse divisato, il consumatore potrà applicare la risoluzione del contratto.

Per certi versi, dunque, la soluzione rimediale è indicata sia dalla tipologia della pratica e della conseguente lesione, come anche dalla dinamica propria di ciascun rimedio: la risoluzione postula la caducazione del contratto e si confà ai casi in cui l'interesse a consumare sia stato definitivamente frustrato; la riduzione del prezzo postula la correzione del rapporto economico fra le prestazioni e si confà ai casi in cui è stato leso l'interesse alla proporzione tra il corrispettivo pattuito o pagato e la controprestazione divisata³⁶.

Un'ultima precisazione. Si è fin qui, un po' automaticamente, riferita la valutazione della applicabilità del rimedio manutentivo o risolutivo al giudice interprete, naturale riferimento di ogni tipologia di discrezionalità per così dire rimediale, quando oggetto della valutazione è la conformità, nel senso dell'adeguatezza e proporzionalità, del rimedio al bisogno di tutela della parte lesa. Ma sembra già consolidata la lettura per la quale i rimedi di cui stiamo discutendo non siano necessariamente di natura giudiziale, ma sia alta la probabilità che entrambi siano autoapplicabili con atto stragiudiziale, per iniziativa del consumatore che si sente pregiudicato, fatta salva – ovviamente – la possibilità del professionista di chiedere lui l'avallo giudiziale.

Questa lettura può essere variamente argomentata. Innanzitutto sulla base dei principi enunciati dalle nuove norme istitutive dei nuovi rimedi, atteso che l'effettività postula anche la semplicità del rimedio e una rapidità di esercizio coerente con il bisogno immediato di tutela della situazione lesa, suggerendo in tal senso l'incompatibilità assiologica del carattere necessariamente giudiziale del rimedio, e per contro la sua imprescindibile stragiudizialità. Si aggiunga che già nel codice del consumo i rimedi a tutela del consumatore di cui all'art. 61, co. 3, e all'art. 135-septiesdecies sono configurati come atti stragiudiziali di

³⁴ È questo l'interessante approccio di M. Lamicela, *Pratiche scorrette*, cit., 32, 38 ss., la cui conclusione, all'esito di un'approfondita analisi circa la natura dell'interesse soggettivo leso dalla pratica scorretta, si sintetizza in questi termini: al verificarsi di una pratica commerciale scorretta "il singolo consumatore, che consideri inciso il suo interesse a scegliere in modo libero e consapevole lo specifico rapporto tra vantaggi, svantaggi e rischi entro il quale realizzare l'operazione economica dedotta in contratto, non solo potrebbe avvalersi del risarcimento del danno, ma, a seconda delle priorità di volta in volta perseguite, potrebbe anche decidere di azionare esclusivamente uno dei due rimedi sopra richiamati, al fine di ottenere, indipendentemente dall'attivazione di una procedura di accertamento della responsabilità del professionista e contando su effetti restitutori certi, il ripristino della situazione patrimoniale nella quale si sarebbe trovato ove la condotta scorretta non si fosse verificata".

³⁵ M. Lamicela, *Pratiche commerciali scorrette*, cit., 37 ss., 41.

³⁶ M. Lamicela, *Pratiche commerciali scorrette*, cit., 39, e poi analiticamente 67, 94 ss.; nello stesso senso C. Dalia, *Sanzioni e rimedi*, cit., 354 ss.



iniziativa del consumatore, e pertanto per una non banale ragione di coerenza sistematica anche i rimedi di cui al comma 15 bis dovrebbero avere analoga natura³⁷.

5. Detipizzazione e rimedi. Uno sguardo più generale

Se le precedenti argomentazioni sono sufficienti a supportare l'idea che la risoluzione del contratto e la riduzione del prezzo siano stati configurati alla stregua di dispositivi rimediali posti a ridosso del bisogno di tutela del consumatore leso da una pratica scorretta, e che pertanto vadano amministrati in stretta relazione a quest'ultimo e coerentemente con la specifica valenza dell'interesse fatto valere dal consumatore³⁸, il prossimo ed ultimo passo di questo mio contributo è quello di ri-articolare l'ipotesi prima formulata che la scelta normativa eurounitaria – e poi quella nazionale – sia stata quella di conferire ai rimedi in discorso una efficacia trans-tipica antitetica a quella classica, per la quale ciascuna fattispecie ha i suoi effetti e quegli effetti pertengono a quella fattispecie e non ad altra. Se questa ipotesi fosse plausibile, il civilista potrebbe riflettere sulla opportunità di desumere dalla legislazione eurounitaria dell'ultima fase un processo di allontanamento dagli schemi concettuali propri della dommatica classica, intesi a costruire una correlazione tra fatti ed effetti rigorosamente simmetrica, basata peraltro su coppie concettuali rigidamente definite e tali da vincolare l'interprete ad una postura classificatoria fortemente dotata di prevedibilità; e un parallelo processo di avvicinamento invece ad una dommatica più flessibile, più pragmatica e fortemente incline alla produzione di un risultato di tutela degli interessi più assiologicamente orientato che non formalisticamente giustificato.

Ragionando conclusivamente sui rimedi nuovi lungo questa linea di pensieri, e al di là degli aspetti terminologici che pur potrebbero chiamarsi in causa, la riduzione del prezzo, quale rimedio ripristinatorio per il caso di difetti o vizi del bene oggetto della vendita, viene esteso a situazioni riferibili all'intero contesto contrattuale, il cui assetto in termini di equilibrio risultasse inciso dalla pratica scorretta sotto il profilo dell'interesse alla corrispondenza tra l'assetto divisato e l'assetto reale, ove tale discrasia non incida sull'interesse soggettivo del consumatore alla conservazione del contratto, ancora per lui evidentemente fruibile.

La risoluzione del contratto, per contro, si allontana dalla logica generale del difetto funzionale della causa, ovvero della disfunzione dell'operazione economica sopravvenuta ad una valida ed efficace conclusione del contratto, e viene asservita invece alla soluzione di problemi che possono anche risalire proprio alla fase di perfezionamento del contratto, ovvero alla manipolazione del consumatore che il professionista mette in atto ben prima della conclusione del contratto e proprio per ottenerla o estorcerla al consumatore, così incidendo la pienezza e la libertà della sua determinazione a contrarre.

Situazioni, a volerla dire tutta, che nella specola civilistica del codice evocano forse vizi completi o incompleti del consenso, che non vizi funzionali della causa. A dispetto di ciò, il diritto consumeristico ben si guarda dal disciplinare queste situazioni con un rimedio invalidatorio, ancorché relativo, e preferisce

³⁷ C. Dalia, *Sanzioni e rimedi individuali*, cit., 354; G. De Cristofaro, *Rimedi privatistici*, cit., 459; M. Lamicela, *Pratiche commerciali scorrette*, cit., 39, 59, 135; I. Speciale, *Le pratiche commerciali scorrette*, cit., 330.

³⁸ Stiamo qui utilizzando una nozione semplificata di "rimedio", giusto sufficiente a sottolineare quello che in dottrina viene chiamato l'allontanamento dalla logica della fattispecie, a favore di una logica di piena e integrale soddisfazione delle pretese individuali, scaturenti dalla inattesa insoddisfazione o irrealizzazione di un diritto o di una aspettativa tutelata. Sul punto, qui per tutti, S. Mazzamuto, *La teoria dei rimedi. Gli ultimi sviluppi*, in *Il diritto fra prospettiva rimediale e interpretazione funzionale*, a cura di U. Izzo, Napoli, 2023, 23.



lasciare il consumatore che abbia subito la scorrettezza del professionista libero e sovrano di valutare pragmaticamente il suo interesse al mantenimento, allo scioglimento o alla rettifica del contratto, oltre che al risarcimento dei danni. A tanto servono la risoluzione consumeristica e i suoi dispositivi restitutori: a riconoscere al consumatore leso da una pratica scorretta quella sorta di sovranità di mercato che professionisti sempre più forti tendono a sopprimere. In questa sconnessione tra lo strumento caducatorio e le disfunzioni del sinallagma contrattuale si pone quella trans-tipicità o detipizzazione di cui parlo, con l'intento di elucidare gli esiti di una tecnica normativa che tende ad affinare e moltiplicare gli strumenti di tutela degli interessi comunque lesi, piuttosto che quelli di catalogazione dei comportamenti secondo lo schema diritti/obblighi, fatto/effetti ³⁹.

Come pure accennavo, questa esperienza non è isolata. Il diritto del lavoro offre esemplificazioni assai significative di una tecnica di de-tipizzazione che rompe gli schemi simmetrici della fattispecie rigidamente bilaterale. L'estensione delle tutele giuslavoristiche, una volta prerogativa dei soggetti parti di rapporti di lavoro subordinato, anche ai lavoratori che tali non sono, perché sostanzialmente autonomi, ovvero operanti in quella terra di mezzo che una volta si chiamava "parasubordinazione" e che adesso si definisce "eterorganizzazione", costituisce un fenomeno rilevante ben oltre i confini della materia giuslavoristica.

Il diritto del lavoro celebra così la sua cifra assiologica e la sua carica emancipatoria, con l'obiettivo di estendere le tutele tradizionalmente accordate al lavoratore subordinato alle altre figure di lavoratori la cui posizione esprime dipendenza economica o vulnerabilità sociale o comunque un bisogno di protezione, tali da legittimare una più che ragionevole richiesta in tal senso. Ciò che comporta la rinuncia a considerare la subordinazione come "unica fattispecie" tipica dell'universo giuslavoristico, e conseguentemente la ricostruzione di norme sovratipiche attraverso le quali somministrare le tutele del prestatore secondo una logica universalistica, ma al tempo stesso plurale ed anche graduale, selettiva in ragione del livello di vulnerabilità sociale volta per volta individuato, in modo da impedire che la tendenza espansiva del diritto del lavoro travolga del tutto la necessaria dimensione qualificatoria delle fattispecie ⁴⁰.

Ma questo non è tutto: sulla stessa linea, e forse più ancora, la legge n. 81/2017 sulla tutela del lavoro autonomo non imprenditoriale, estende disposizioni contenute nelle leggi sui ritardi di pagamento o sulla dipendenza economica nella subfornitura anche ai rapporti tra lavoratore e committente; più esattamente, per un verso, si estende ai lavoratori autonomi e collaboratori co. co. co. che agiscono in forma prevalentemente personale la disciplina del cosiddetto "terzo contratto"; per altro verso si estende loro la disciplina prevalentemente di welfare, salute e sicurezza di matrice più squisitamente giuslavoristica (maternità, infortuni, malattie). E tutto questo senza modificare le fattispecie originarie cui le varie discipline risultavano connesse, ma solo estendendone gli effetti ⁴¹.

³⁹ Sotto questo profilo sono interessanti le riflessioni di F. Cafaggi, *Rimedi e sanzioni*, cit., 315, 317 ss., per la valorizzazione ermeneutica dei principi di proporzionalità ed effettività, quale cornice che orienta la scelta tra rimedi demolitori e conservativi, e alla luce della quale si possono apprezzare anche la gravità della condotta e della pratica scorretta. In questo contesto, come si vede, i presupposti dell'applicazione di un rimedio sono da rintracciare ben oltre la ricorrenza di elementi formali, in una dimensione valutativa e fattuale.

⁴⁰ Per questi ragionamenti rinviamo per tutti alle interessanti riflessioni di A. Perulli, *Oltre la subordinazione. La nuova tendenza espansiva del diritto del lavoro*, Torino, 2021; poi riproposte in A. Perulli, T. Treu, "In tutte le sue forme e applicazioni". *Per un nuovo Statuto del lavoro*, Torino, 2023; e alle osservazioni nella chiave metodologica indicata nel testo di C. Camardi, *Brevi note sulle dicotomie concettuali. A partire dal diritto del lavoro, e oltre*, in *Lavoro. Diritti. Europa*, 2021, 2.

⁴¹ C. Camardi, *op. ult. cit.*, 11-15.



Analogamente nel diritto dei consumi: non si modificano le fattispecie costitutive della risoluzione o della riduzione del prezzo (alterazioni del sinallagma, difetti di conformità, etc.), ma se ne estendono gli effetti finali fondamentali ad altre diverse fattispecie semplicemente connotate dalla lesività di una pratica commerciale scorretta rispetto alla libertà di autodeterminazione del consumatore.

Forse una linea di ulteriore assimilazione tra i due plessi normativi si può trovare nella circostanza che nell'uno e nell'altro si sviluppano situazioni di fragilità inedite o come oggi si dice di "vulnerabilità" molto pesanti e assai difficili da classificare. Se così fosse, il compito del civilista alla ricerca di una sistematica e di una dommatica sempre più sfuggenti si potrebbe indirizzare verso questa nuova categoria, ma io mi astengo sul punto e lascio questo compito ai non pochi studiosi che si stanno impegnando su questo fronte ⁴².

6. Recenti sviluppi e chiusura

Va piuttosto sottolineato, giusto in chiusura, che frattanto il novero delle pratiche scorrette potenzialmente lesive dei consumatori e rispetto alle quali costoro possono azionare i rimedi vecchi e nuovi, si è accresciuto, includendo pratiche sulla cui rilevanza decettiva in precedenza si dubitava. Mi riferisco alla Direttiva 2024/825 del Parlamento europeo e del Consiglio del 28 febbraio 2024, da recepirsi entro il marzo 2026, che modifica le direttive 2005/29/CE e 2011/83/UE per quanto riguarda la responsabilizzazione dei consumatori per la transizione verde, mediante il miglioramento della tutela dalle pratiche sleali e dell'informazione, il cui Considerando n. 1 enuncia che è "essenziale che i consumatori possano prendere decisioni di acquisto informate e contribuire in tal modo a modelli di consumo più sostenibili" ... "È pertanto opportuno introdurre nella normativa dell'Unione in materia di tutela dei consumatori norme specifiche volte a contrastare le pratiche commerciali sleali che ingannano i consumatori e impediscono loro di compiere scelte di consumo sostenibili, quali le pratiche associate all'obsolescenza precoce dei beni, le asserzioni ambientali ingannevoli («greenwashing»), le informazioni ingannevoli sulle caratteristiche sociali dei prodotti o delle imprese degli operatori economici o i marchi di sostenibilità non trasparenti e non credibili". E così, mentre l'art. 2 della Direttiva 2005/29/CE si accresce di nuove definizioni, tutte pertinenti al vocabolario della sostenibilità, l'art. 6 sulle azioni ingannevoli riguardanti le caratteristiche del prodotto scambiato (lett. b) si accresce attraverso il riferimento alla circolarità, alla durabilità, alla riciclabilità; ed ancora al comma 2 si aggiungono le pratiche ingannevoli

⁴² Rimandiamo in proposito al bel saggio di E. Camilleri, *Pratiche commerciali scorrette, safety net e nuove vulnerabilità: prospettive e limiti*, in *Nuove leggi civ. comm.*, 2024, 197, il quale, con la sua sensibilità all'orientamento pro-concorrenziale della normativa consumeristica, ritiene che tale impostazione non sia stata sovvertita dalle novità introdotte dalle Direttiva omnibus in materia di rimedi individuali alle pratiche scorrette (206), e che la stessa scelta "di inserire un comma 15°-bis nel corpo dell'art. 27 del codice del consumo, ossia all'interno della disposizione dedicata alla competenza AGCM in tema di pratiche scorrette, accrediti quasi una sorta di potere di direzione del rimedio privatistico, demandato alla stessa autorità" (208). In questa cornice, e in una prospettiva che non certo predilige il paternalismo consumeristico, l'A. costruisce come residuale lo spazio operativo della clausola generale della scorrettezza professionale nella disciplina delle pratiche, pur tenendo conto sia del dilagare dei rischi indotti dai mercati digitali, sia delle acquisizioni dell'economia comportamentale (216), soprattutto con riferimento all'impatto dei cosiddetti online behavioural advertisings (OBAs), ossia dei "messaggi di natura commerciale che raggiungono in modo selettivo i singoli componenti della platea di consumo, sulla base del paniere di preferenze che a ciascuno di essi è riferibile grazie alla profilazione algoritmica dei comportamenti" (217). Ancora, sull'individuazione delle categorie di consumatori vulnerabili, si veda A. Venchiarutti, *Il consumatore medio e il consumatore vulnerabile in ragione dell'età*, in *Contratto e impresa*, 2024, 656.



sulle asserzioni ambientali⁴³; ed infine l'art. 7 sulle Omissioni ingannevoli vede aggiungere il par. 7 concernente il metodo di raffronto delle informazioni ambientali circa la sostenibilità. Insomma, la direttiva formalizza la scorrettezza del *greenwashing* e abilita il consumatore a reagire attivamente con tutti i rimedi a sua disposizione. Nell'allegato alla dir. 2005/29/CE sono aggiunte svariate ipotesi di *greenwashing* costituenti pratiche scorrette vietate in ogni caso⁴⁴. Resta in cantiere invece la proposta di Direttiva sulle asserzioni ambientali del 22 marzo 2023⁴⁵.

Per altro verso, la Direttiva 2024/1799 del 13 giugno 2024 recante norme comuni che promuovono la riparazione dei beni e che modifica il regolamento (UE) 2017/2394 e le direttive (UE) 2019/771 e (UE) 2020/1828, ipotizza nel considerando 19 che “Le pratiche degli operatori economici che inducono i consumatori a credere che i loro beni non possano essere riparati a causa di una precedente riparazione o ispezione da parte di un riparatore indipendente, di un riparatore non professionista o di utilizzatori finali, o le false dichiarazioni secondo cui detta riparazione o ispezione genera rischi connessi alla sicurezza, inducendo così in errore i consumatori, potrebbero, se del caso, costituire pratiche commerciali sleali a norma della direttiva 2005/29/CE”⁴⁶.

Queste nuove disposizioni ci dicono che il processo decisionale del consumatore, ai fini della sua comprensione come processo libero informato e consapevole, deve poter contare sulla correttezza professionale anche per quanto riguarda il carattere ecosostenibile del suo consumo; nel senso che una inaccettabile distorsione cognitiva può derivare anche dalle pratiche ingannevoli riconducibili al *greenwashing*.

Quel che interessa sottolineare in questa sede non è tanto la rilevanza assegnata al rispetto di precisi standard di trasparenza informativa sulla sostenibilità del prodotto, quanto il fatto che il mancato rispetto di tali standard è considerato rilevante dal punto di vista dell'interesse soggettivo del consumatore a scegliere il “suo” prodotto senza dover subire distorsioni cognitive anche su questo aspetto (e non solo sugli aspetti relativi alla funzionalità del bene rispetto all'uso cui è destinato). Di qui, poi, l'azionabilità dei relativi rimedi, fra i quali – a dire il vero – il consumatore autenticamente *ecologico* sarà certamente indotto a scegliere la risoluzione del contratto piuttosto che la riduzione del prezzo. Cosicché, lo strumento civilistico *normalmente* rivolto alla caducazione di un contratto sinallagmatico che esibisce (sovravvenuti) difetti funzionali della causa è adesso “prestato” allo scopo pratico di ridurre la circolazione sul mercato di beni che magari sostenibili lo sono soltanto un po', ma che il professionista ha millantato esserlo di più⁴⁷.

⁴³ Ad esempio, l'art. 6, par. 2 punto d), considera ingannevole fino a prova contraria l'asserzione ambientale con la quale il professionista si riferisca a prestazioni ambientali future, “senza includere impegni chiari, oggettivi, pubblicamente disponibili e verificabili stabiliti in un piano dettagliato e realistico con obiettivi misurabili e scadenze precise, verificato periodicamente da un soggetto terzo indipendente le cui conclusioni siano a disposizione dei consumatori”.

⁴⁴ Sulla Direttiva si veda C. Galli, A. Rainone, *La Direttiva “greenwashing”: un common ground per la sostenibilità in Europa*, in *Il dir. industriale*, 2025, 13.

⁴⁵ 2023/0085 (COD), 22 marzo 2023. Proposta di DIRETTIVA DEL PARLAMENTO EUROPEO E DEL CONSIGLIO sull'attestazione e sulla comunicazione delle asserzioni ambientali esplicite (direttiva sulle asserzioni ambientali).

⁴⁶ In argomento, M. Marotta, *Il diritto alla riparazione alla luce della Direttiva 2024/1799: verso un nuovo paradigma di consumo sostenibile e circolare*, in *Contratto e impresa*, 2025, 726; G. De Cristofaro, *L'obbligo di riparare i difetti dei beni mobili acquistati da consumatori, imposto ai fabbricanti dall'art. 5 della Direttiva (UE) 2024/1799*, in *Riv.dir.civ.* 2025, 256; ID., *Le incongruenze e le ipocrisie del diritto europeo green e il rimedio contrattuale della riparazione del bene non conforme al contratto di vendita: le innovazioni apportate alla disciplina delle vendite mobiliari B-to-c e dalle Direttive 2024/825/UE E 2024/1799/UE*, in *Nuove leggi civ. comm.*, 2025, 393

⁴⁷ M. Lamicela, *Greenwashing, interesse soggettivo e ruolo attivo del consumatore nella transizione ecologica*, in *Ambiente, biodiversità, ecosistemi. Per un sistema integrale di tutele*, Pisa, 2025, 1.



Penso fra i molti al caso *Dieseldate*,⁴⁸ vicenda che permette anche di precisare le diverse gradazioni della non-sostenibilità del bene ingannevolmente venduto per sostenibile, dal semplice *greenwashing* ingannevole ma non dannoso, a quello che invece include un difetto di conformità più o meno pregiudizievole per il consumatore. In tale ultimo caso, la risoluzione del contratto si mantiene nel binario consueto della reazione ad una disfunzione della causa del contratto (sebbene per un fatto già esistente al momento della conclusione del contratto); ma nei casi in cui la non sostenibilità prende le forme giuridiche della pratica scorretta, la risoluzione trova ben altra giustificazione, molto vicina a mio avviso ad una non sappiamo ancora se blanda funzione di *deterrence*.

Colpisce il fatto che prima di questa normativa ampiamente incline ai consumi sostenibili, da qualche autore sensibile a tale tipo di problema si proponesse l'utilizzo dello strumento amministrativo del richiamo dal mercato per quei beni in circolazione risultanti da violazioni di normative internazionali inidonee ad essere sussunte in un difetto di conformità o in una pratica scorretta, ma non ancora ritenute idonee invece ad offendere la sensibilità etica del consumatore⁴⁹. Il riferimento si prospettava in relazione ad una sentenza della CGE, recente ma oggi di drammatica attualità, la sentenza 12 novembre 2019 C-954/2019, secondo la quale, alla luce del Reg. n. 1169/2011 in materia di informazioni ai consumatori sugli alimenti, “gli alimenti originari di un territorio occupato dallo Stato di Israele devono recare non solo l’indicazione di detto territorio, ma anche, nel caso in cui provengano da una località o da un insieme di località che costituiscono un insediamento israeliano all’interno del suddetto territorio, l’indicazione di tale provenienza”, se ad esempio dalle alture del Golan o dalla Cisgiordania. Con ciò la Corte ha voluto dire che la mancata indicazione della circostanza per cui la produzione è avvenuta in un territorio occupato in violazione delle norme internazionali impedisce al consumatore di assumere una decisione libera e consapevole, anche in chiave assiologica, laddove invece deve riconoscersi che anche valutazioni di ordine etico possono influenzare le decisioni di acquisto dei consumatori (non escluse dal Regolamento europeo oggetto del rinvio pregiudiziale) (par. 56 della sentenza). Ne desumo che l’omissione di una tale informazione costituisce oggi potenzialmente una pratica scorretta.

È giunto il momento di chiudere. E lo faccio con un cenno riepilogativo al profilo di teoria del diritto che più mi interessa.

Nella nuova versione rimediata offerta dal diritto consumeristico eurounitario, e avendo in mente le categorie di comprensione del diritto civile interno, la pratica commerciale scorretta, espressione di un non auspicabile comportamento di mercato del professionista, qualora esiti nella conclusione di un contratto che altrimenti non si sarebbe perfezionato (ma a maggior ragione se messa in atto in fase esecutiva), diventa il presupposto per la caducazione del contratto, o la riduzione del prezzo, sulla base di un *diritto potestativo* del consumatore leso nella sua libertà di assumere decisioni contrattuali in modo libero, informato, consapevole e sostenibile, o etico.

Ciò che nella logica del codice civile potrebbe tutt'al più giustificare un rimedio risarcitorio, nella

⁴⁸ Sul quale rinviamo, anche per una ricostruzione delle diverse vicende giudiziarie, a C. Scognamiglio, *Il risarcimento del danno e la sua prova nell'azione di classe (a proposito del c.d. Dieseldate)*, in *Nuova Giur. Civ. Comm.*, 2024, 169; B. De Santis, *La scomparsa del danno patrimoniale nel Dieseldate. La Corte d'Appello di Venezia e l'esito infelice della class action italiana*, ibidem, 11.

⁴⁹ A. Quarta, *Per una teoria dei rimedi nel consumo etico. La non conformità sociale dei beni tra vendita e produzione*, in *Contratto e impresa*, 2021, 523, ove un intelligente commento della decisione indicata nel testo, e poi la proposta dello strumento del “richiamo” a tutela del consumatore etico, non potendosi in quel momento (l’A. scrive nel 2021) proporre *tout court* il rimedio della risoluzione del contratto (ritenuto il più consono), se non nei limiti ristretti della disciplina vigente del difetto di conformità nella vendita di beni mobili.



logica del *new deal* consumeristico assume la fattezze di un elemento rilevante ai fini della conservazione o della demolizione del contratto, alla stessa stregua delle disfunzioni del sinallagma che oggettivamente disturbano l'assetto dell'operazione economica.

Questa che abbiamo chiamato estensione transtipica dei rimedi caducatori a fattispecie comportamentali precedenti la conclusione del contratto, e non sempre attinenti al suo contenuto regolamentare in senso stretto, mette in luce una strategia normativa non solo incline al pragmatismo, più che al rigore formale, ma incline anche a forzare la rilevanza di interessi che certamente meritano protezione, ma che non riescono ad assurgere al piano dei diritti soggettivi aventi un contenuto pretensivo specifico, perché la controparte – il professionista – si trova pur sempre in una posizione protetta di libertà. Ciononostante, il legislatore correda questi interessi di dispositivi rimediali potenti, di cui vuole fortemente implementare l'effettività.

A fronte di questo assetto, dal punto di vista della posizione del consumatore siamo al guado tra il mero interesse e l'interesse formalizzato nel diritto soggettivo. Dal punto di vista del professionista siamo al crocevia tra la libertà d'impresa regolata dalle leggi del mercato e una forma generalizzata di garanzia verso i singoli consumatori per la violazione degli standard di correttezza, la quale include effetti anche restitutori e ripristinatori, oltre che tradizionalmente risarcitori.

Se a fronte di un tale assetto volessimo svolgere l'esercizio di individuare le classiche posizioni hohfeldiane, credo ci troveremmo in difficoltà nel riconoscerle, fosse anche in una dimensione molecolare⁵⁰: segno che le strategie normative contemporanee si adattano alle dinamiche economiche generate dagli scambi planetari, compulsivi e di massa, che richiedono rimedi agili e di immediata somministrazione, estesi alle accresciute occasioni lesive che incidono gli interessi dei consumatori – e di qui, ad esempio, l'importanza della clausola generale della scorrettezza a dispetto della rafforzata postura casistica –; e al tempo stesso efficaci – e di qui, come si è visto, la previsione di una gamma di rimedi svariati, cumulabili e svincolati dal ricorrere di rigidi presupposti formali.

In tal senso il conferimento al consumatore di rimedi azionabili in via stragiudiziale sdrammatizza il problema della qualificazione delle sue pretese, almeno sul piano processuale⁵¹. Ma un po' meno su quello sostanziale.

⁵⁰ Il lettore permetterà questo veloce riferimento teorico alla griglia concettuale offerta dal giurista americano di Yale Wesley Newcomb Hohfeld, la cui opera è stata diffusa in Italia da M. Losano, *Concetti Giuridici Fondamentali*, Torino, 1969. Ne troviamo una sintesi in G. Pino, *Diritti soggettivi. Lineamenti di un'analisi teorica*, in *Materiali per una storia della cultura giuridica*, 2009, 2, 487, utile in questa sede ad una migliore intuizione – ancorché per contrasto – delle dinamiche normative del diritto UE e della difficoltà di comprenderle ragionando con le categorie tradizionali del diritto civile.

⁵¹ E vedi il recentissimo saggio di A. Chizzini, *Satta e le posizioni giuridiche nell'esecuzione forzata*, in *Rivista di diritto processuale*, 2025, 915, ove ancora molto presente il tema dei *diritti* come presupposti dell'*azione*.



GIOVANNI DE CRISTOFARO*

LA RISOLUZIONE DELLA (*RECTIUS*: IL RECESSO DALLA) VENDITA MOBILIARE *B-TO-C* PER “DIFETTO DI CONFORMITÀ AL CONTRATTO” DOPO IL RECEPIMENTO DELLA DIRETTIVA 2019/771/UE: IL TRAMONTO DELLA “GERARCHIZZAZIONE” DEI RIMEDI E RITORNO AL DIRITTO GENERALE DELLA RISOLUZIONE PER INADEMPIMENTO? **

TERMINATION OF B2C SALES OF MOVABLE GOODS DUE TO “LACK OF CONFORMITY WITH THE CONTRACT” FOLLOWING THE TRANSPOSITION OF DIRECTIVE 2019/771/EU: THE END OF THE “HIERARCHY” OF REMEDIES AND THE RETURN TO THE GENERAL LAW OF TERMINATION FOR BREACH OF CONTRACT?

ABSTRACT: La disciplina della responsabilità del venditore professionale per la non conformità al contratto del bene mobile consegnato in esecuzione di un contratto di vendita business to consumer contenuta nella direttiva 2019/771/UE contiene molteplici cambiamenti ed innovazioni rispetto alla precedente disciplina inserita nella direttiva 99/44/CE, con particolare riguardo al rimedio della risoluzione del contratto. Il saggio si propone di analizzare approfonditamente queste innovazioni, di individuare le ripercussioni sul piano applicativo e soprattutto di valutarne l’impatto sistematico sulla configurazione complessiva del rimedio risolutorio e del suo ruolo nel sistema speciale della vendita di beni di consumo. In esito alla sua disamina l’autore perviene alla conclusione che la “nuova” risoluzione del contratto di vendita per “difetto di conformità al contratto presenta molti elementi in comune con l’istituto generale della risoluzione per inadempimento dei contratti sinallagmatici disciplinato nel Titolo II del Libro IV del codice civile e riveste un ruolo tutt’altro che residuale e secondario, in ragione della sostanziale superamento del sistema della “gerarchizzazione” dei rimedi esperibili dai consumatori.

ABSTRACT: The rules governing the professional seller’s liability for non-conformity of movable goods delivered under a business-to-consumer sales contract, as set forth in Directive 2019/771/EU, introduce several innovations and changes compared to the previous rules contained in Directive 99/44/EC, particularly with regard to the remedy of contract termination. This essay aims to analyze these innovations in depth, identify their practical implications, and, above all, assess their systematic impact on the overall structure of the remedy of termination and its role within the special regime governing the sale of consumer goods. Following this examination, the author concludes that the “new” termination of the B2C sales contract for “lack of conformity with the contract” shares many features with the “general” termination for breach of synallagmatic contracts regulated in Title 2 of Book 4 of the civil code and plays a role that is anything but residual or secondary, given the substantial overcoming of the system of “hierarchization” of remedies available to consumers.

SOMMARIO: 1. *Vendita mobiliare b-to-c, “gerarchizzazione dei rimedi” e ruolo sussidiario del rimedio risolutorio: dalla direttiva 99/44/CE alla direttiva 2019/771/UE.* – 2. *L’ampliamento delle ipotesi in cui il consumatore può invocare la responsabilità del professionista per un “difetto di conformità”.* – 3. *La espressa previsione della possibilità di esercitare il diritto di risolvere il contratto con atto unilaterale stragiudiziale: conseguenze.* – 4. *I presupposti in presenza dei quali il consumatore che scopre un difetto di conformità nel bene può considerarsi legittimato a risolvere il contratto di*

* Professore ordinario di Diritto privato – Università degli Studi di Ferrara.

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



vendita: classificazione. – 4.1. Risoluzione del contratto a fronte dell’inadempimento dell’obbligazione del venditore di ripristino della conformità. – 4.2. Risoluzione del contratto a fronte del rifiuto del venditore di ripristinare la conformità del bene al contratto. – 4.3. Risoluzione del contratto a fronte della manifestazione di un difetto di conformità “talmente grave” da giustificarla (art. 135-bis, comma 4, lett. c), cod. cons.). – 5. La “non lieve entità” del difetto. – 6. Le conseguenze giuridiche restitutorie dell’esperimento del rimedio risolutorio.

1. Vendita mobiliare b-to-c, “gerarchizzazione dei rimedi” e ruolo sussidiario del rimedio risolutorio: dalla direttiva 99/44/CE alla direttiva 2019/771/UE

È affermazione diffusa – fra coloro che si sono occupati della disciplina speciale (oggi contenuta nel codice del consumo: art. 128ss.) della responsabilità del professionista per il difetto di conformità al contratto del bene consegnato al consumatore in esecuzione di una vendita mobiliare – quella secondo cui sussisterebbe una “gerarchizzazione” fra i rimedi accordati al consumatore nei confronti della controparte professionale, tale per cui, a fronte della centralità e della “primazia” del rimedio del “ripristino della conformità al contratto” mediante riparazione o sostituzione del bene rivelatosi non conforme, i due rimedi “tradizionali” della riduzione del prezzo e della risoluzione del contratto avrebbero un ruolo “secondario”, essendo la loro esperibilità subordinata alla non attuabilità del rimedio primario o alla mancata o inesatta esecuzione delle prestazioni richieste attraverso l’esperimento dei rimedi primari¹.

In particolare, proprio il rimedio risolutorio verrebbe, in questa prospettiva, ad essere “relegato” in una posizione “sussidiaria”, in ragione della circostanza che la sua esperibilità viene comunque esclusa in tutte le ipotesi in cui il difetto risulti essere “di lieve entità”: cfr. l’art. 13, par. 5, dir. 2019/771/UE² e il comma 5 dell’art. 135-bis cod. cons.³.

Di qui la sottolineatura della netta divergenza fra la disciplina speciale del codice del consumo (ispirata al “primato” dei rimedi volti alla conservazione del contratto e all’adempimento soddisfacitivo)⁴ e la disciplina generale della compravendita contenuta nel codice civile, che attribuisce al rimedio risolutorio un ruolo centrale e primario nel regolamentare la responsabilità del venditore per i difetti materiali della prestazione traslativa.

Da un lato, infatti, l’art. 1492 c.c. consente al compratore di esperire immediatamente, a fronte della manifestazione del vizio nel bene compravenduto e per il solo fatto della oggettiva sussistenza del vizio stesso, la riduzione del prezzo o la risoluzione del contratto, lasciando all’acquirente completa libertà di scelta fra i due rimedi edilizi e non subordinando la possibilità di invocare la risoluzione al presupposto che il vizio superi una determinata soglia di gravità (richiesta invece dalla disciplina del contratto di appalto, che consente al committente di risolvere il contratto soltanto a fronte di vizi o difformità dell’opera tali da renderla del tutto inadatta alla sua destinazione: v. art. 1668, comma 2, c.c.)⁵.

¹ Cfr. ALESSI, *La disciplina generale del contratto*, 5^a ed., Torino, 2025, secondo la quale (p. 489) il codice del consumo delinea un rapporto di gerarchia tra i rimedi, dando vita ad un “regime di responsabilità *ad hoc*, adeguato alla natura del contratto e all’interesse del consumatore. L’obiettivo di “preservare lo scambio e assicurare soddisfazione allo scopo di consumo per il quale il bene è stato acquistato conduce secondo l’A. ad assegnare una “netta preminenza”...ai rimedi soddisfattori (p. 490).

² Che *in parte qua* riproduce puntualmente l’art. 3, par. 6, dir. 99/44/CE.

³ Prima della riforma del 2021, identico precetto era contenuto nel comma 10 dell’art. 130 cod. cons.

⁴ Cfr. ALESSI, *La disciplina generale del contratto*, cit., p. 492.

⁵ Infondata è infatti l’affermazione, formulata da una parte della dottrina e rinvenibile in alcune pronunce giurisprudenziali, secondo cui dovrebbe applicarsi alla azione redibitoria di cui all’art. 1492 c.c. il “filtro” contemplato per la



Dall'altro lato, nell'ipotesi in cui il bene consegnato al compratore si riveli privo di una qualità promessa o essenziale la risoluzione del contratto – in questo caso subordinata al presupposto della “non scarsa importanza”, stante la sicura applicabilità dell'art. 1455 c.c.⁶ – è addirittura l'unico rimedio espressamente contemplato dall'art. 1497 c.c.: soltanto di recente la Corte di cassazione è pervenuta a riconoscere che il compratore, nonostante il silenzio dell'art. 1497 c.c., potrebbe esperire il rimedio della riduzione del prezzo in alternativa a quello risolutorio⁷.

Infine, nell'ipotesi di consegna di *aliud pro alio* la risoluzione del contratto ex art. 1453 c.c. è il rimedio senz'altro sempre ed incondizionatamente esperibile dal compratore, stante la certa ed automatica attitudine della diversità della cosa consegnata rispetto a quella pattuita ad integrare gli estremi di un inadempimento di non scarsa importanza ex art. 1455 c.c.

Una serie di innovazioni introdotte nel codice del consumo dal d. legisl. del 2021, che ha dato attuazione alla direttiva 2019/771/UE⁸, impongono tuttavia di riconsiderare l'affermazione ampiamente diffusa nella nostra dottrina: alla luce di tali innovazioni, infatti, il rapporto fra il diritto al ripristino della conformità del bene al contratto e il rimedio risolutorio (nonché quello della riduzione del prezzo) si delinea con modalità profondamente diverse rispetto a quelle che connotavano le disposizioni attuative della direttiva 99/44/CE⁹, tali da indurre a ridimensionare considerevolmente le differenze intercorrenti fra la disciplina speciale della vendita mobiliare *b-to-c* e il regime normativo generale dell'inadempimento dei contratti a prestazioni corrispettive, al quale la disciplina speciale appare oggi assai più vicina ed omogenea, sia sul piano dei contenuti precettivi delle disposizioni, sia sul piano pratico-operativo¹⁰.

risoluzione per inadempimento dei contratti a prestazioni corrispettive dalla disposizione generale dell'art. 1455 c.c., che consentirebbe al venditore di ottenere il rigetto dell'azione redibitoria tutte le volte in cui in giudizio venisse accertato che il vizio manifestatosi nel bene compravenduto è di “scarsa importanza”. La “soglia” di rilevanza del vizio, ai fini dell'esercitabilità delle azioni edilizie, è infatti esclusivamente quella fissata dall'art. 1490 c.c. in sede di individuazione degli elementi costitutivi della nozione stessa di vizio (attitudine a rendere la cosa inidonea all'uso e/o a diminuirne il valore in modo apprezzabile).

⁶ Giurisprudenza pacifica: v. per tutte Cass. civ. 16 dicembre 2019, n. 33149.

⁷ Cass. civ., 16 febbraio 2024, n. 4245 (successivamente confermata da Cass. civ. 18 marzo 2025, n. 7189). *Contra*, v. tuttavia Cass. civ. 24 luglio 2023, n. 22075, la quale, muovendo dal presupposto che l'avviamento è una qualità immateriale dell'azienda suscettibile di costituire oggetto di una promessa ex art. 1497 c.c., ha escluso che la mancanza o il minor valore di siffatta qualità possa giustificare l'esperimento del rimedio della riduzione del prezzo (non contemplato dall'art. 1497 c.c.), essendo consentita al compratore soltanto la proposizione dell'azione di risoluzione del contratto.

⁸ AA.VV., *La nuova disciplina della vendita mobiliare nel codice del consumo*, a cura di G. DE CRISTOFARO, Torino (Giappichelli), 2022; LUMINOSO, *La vendita*, 2^a ed., in *Trattato di diritto civile e commerciale Cicu-Messineo*, Milano, 2022, 569 ss.; AFFERNI, *La responsabilità del venditore per i difetti materiali del bene*, Napoli, 2022, 256 ss.; BARENGHI, *Diritto dei consumatori*, 3^a ed., Milano, 2023, 343 ss.; G. DE CRISTOFARO, voce *Vendite mobiliari b-to-c*, in A.A.V.V., *Enciclopedia del diritto. I tematici*, volume *Singoli contratti*, a cura di G. D'AMICO, Milano, 2025, pp. 1465ss.

⁹ In merito alle quali ci limitiamo a rinviare al fondamentale volume AA.VV., *La vendita di beni di consumo*, a cura di ALESSI, Milano, 2005.

¹⁰ Anche ALESSI, *La disciplina generale del contratto*, cit., p. 489, riconosce che la direttiva 2019/771/UE ha introdotto – in particolare con le innovazioni di cui ci occuperemo nei par. 3 e 4.4 – “maggiore flessibilità” nel rispetto della gerarchia fra il rimedio del ripristino della conformità al contratto e i rimedi della riduzione del prezzo e della risoluzione del contratto: l'A. non sembra tuttavia attribuire a tali innovazioni una portata a tal punto incisiva da mettere in discussione il principio di fondo della gerarchizzazione (e del primato dei rimedi soddisfattivi). Nel senso che le “coordinate di fondo del sistema dei rimedi di matrice europea sono rimaste sostanzialmente inalterate rispetto alla disciplina previgente, cfr. anche LUMINOSO, *La vendita*, cit., p. 631.



2. L'ampliamento delle ipotesi in cui il consumatore può invocare la responsabilità del professionista per un "difetto di conformità"

Occorre in primo luogo evidenziare che la riforma del 2021 ha ampliato significativamente il novero delle ipotesi nelle quali il consumatore può invocare la presenza, nel bene ricevuto in consegna, di un difetto di conformità, e conseguentemente far valere i diritti che gli competono nei confronti del venditore finale ai sensi dell'art. 135-*bis* cod. cons. (e quindi anche il diritto di risolvere il contratto di vendita).

Alla luce dell'attuale formulazione degli artt. 128ss. cod. cons., ai fini della determinazione del contenuto della obbligazione di consegnare beni conformi al contratto e della conseguente nozione di "difetto di conformità" vengono in considerazione non soltanto le caratteristiche oggettive intrinseche del prodotto o di singole sue componenti, ma anche la confezione e l'imballaggio del prodotto stesso, le istruzioni sul montaggio, l'installazione e l'uso del prodotto, gli aggiornamenti del software inclusi nei "beni con elementi digitali", gli "accessori", e infine persino le eventuali limitazioni o gli impedimenti alla piena utilizzabilità del bene "conseguenti ad una restrizione derivante dalla violazione di diritti dei terzi" (c.d. vizi giuridici).

I confini della nozione di difetto di conformità sono stati in tal modo considerevolmente allargati, e i rimedi di cui all'art. 135-*bis* ss. cod. cons. sono così divenuti esperibili (alle condizioni e secondo le regole dettate dagli artt. 133 e 135 cod. cons.) anche in fattispecie che anteriormente alla riforma sarebbero state qualificate come mancata o inesatta esecuzione di prestazioni accessorie ed autonome rispetto a quella di "consegnare beni conformi al contratto" (e come tali assoggettate ai principi generali del codice civile).

Per altro verso, la riforma ha sottratto al venditore finale, nei confronti del quale il consumatore eserciti i summenzionati diritti, la possibilità di paralizzare le pretese fatte valere nei suoi confronti eccependo che il difetto di conformità manifestatosi nel bene, all'epoca della stipulazione del contratto, era già noto al consumatore o non poteva comunque da quest'ultimo ragionevolmente essere ignorato (*id est* era da lui conoscibile usando l'ordinaria diligenza). Nella nuova direttiva 2019/771/UE non è stata infatti riprodotta la disposizione un tempo inserita nel par. 3 dell'art. 2 della direttiva 99/44/CE (recepita con la disposizione collocata nel comma 3 dell'art. 129 del nostro cod. cons., a sua volta oggi eliminata dalla riforma del 2021), che precludeva al consumatore la possibilità di invocare la responsabilità del venditore finale per un difetto di conformità "se, al momento della conclusione del contratto, il consumatore era a conoscenza del difetto o non poteva ragionevolmente ignorarlo".

I venditori professionali di beni mobili alienati a consumatori si vedono in tal modo sottratta l'eccezione che a qualsiasi venditore continua invece ad essere accordata dall'art. 1491 del c.c., con riferimento ai vizi conosciuti o conoscibili dal compratore all'epoca della stipulazione del contratto¹¹.

Anche questa innovazione di grande portata finisce inevitabilmente per ampliare le possibilità, per i consumatori, di far valere i rimedi ad essi spettanti a fronte di un difetto di conformità, incluso il rimedio risolutorio.

¹¹ Eccezione peraltro non spettante al venditore, secondo la nostra Corte di cassazione (Cass. 16 giugno 2016, n. 12465), nell'ipotesi in cui ad essere conoscibile (dal compratore) all'epoca della stipulazione del contratto fosse la mancanza di una qualità promessa o essenziale ai sensi dell'art. 1497 c.c., in considerazione del fatto che quest'ultima disposizione non dichiara espressamente applicabile alla mancanza di qualità l'art. 1491 c.c.



3. La espressa previsione della possibilità di esercitare il diritto di risolvere il contratto con atto unilaterale stragiudiziale: conseguenze

Il novellato art. 135-*quater*, comma 2, cod. cons., prevede espressamente che il diritto di risolvere il contratto possa essere esercitato mediante una dichiarazione stragiudiziale con la quale il consumatore manifesta e comunica al venditore la propria volontà di sciogliere il rapporto contrattuale instaurato attraverso la stipulazione del contratto di vendita.

Anche sotto questo profilo viene a crearsi una divaricazione profonda rispetto alla disciplina generale della compravendita.

Se è vero infatti che la nostra Corte di cassazione a sezioni unite¹² ha finito per ammettere che il termine annuale di prescrizione di cui all'art. 1495 c.c. possa essere interrotto anche mediante una manifestazione stragiudiziale per iscritto della volontà del compratore di far valere la garanzia per i vizi (o per mancanza di qualità), non è meno vero che ciò vale, per l'appunto, soltanto ai fini della interruzione della prescrizione del diritto alla risoluzione, dovendo ritenersi pur sempre imprescindibile, affinché il contratto di vendita possa considerarsi risolto, la proposizione di una apposita domanda giudiziale e la pronuncia di una sentenza costitutiva di accoglimento della stessa (s'intende, salvo che le parti concludano un accordo risolutorio a seguito della denuncia del vizio e del compimento del citato atto stragiudiziale di interruzione della prescrizione da parte del compratore).

Ciò posto, occorre chiedersi se, alla luce di tale innovazione, quello contemplato dagli art. 132-*bis* a 135-*ter* cod. cons. possa qualificarci come diritto di risolvere il contratto o non piuttosto come diritto di recedere dal contratto.

È assai probabile infatti che il nostro legislatore – così come già aveva fatto in sede di redazione del testo dell'art. 61 cod. cons. – abbia scelto di utilizzare il termine “risoluzione” non tanto per ricodurre il rimedio alla figura generale di cui agli artt. 1453 ss. c.c., quanto piuttosto per evitare confusioni e sovrapposizioni con lo *ius poenitendi* di cui agli artt. 45 ss. cod. cons., designato nel codice del consumo come “diritto di recesso”. In tal modo, il legislatore interno ha riprodotto fedelmente le opzioni semantiche compiute dagli estensori della versione italiana dei testi delle direttive 2011/83/UE e 2019/771/UE, certamente motivate in via esclusiva dall'intento di differenziare i due istituti: entrambi sostanziantisi nel diritto di sciogliere il rapporto contrattuale con effetto *ex tunc* mediante dichiarazione unilaterale stragiudiziale, ma ciascuno dotato di un proprio specifico fondamento giustificativo, di autonomi presupposti e di un regime normativo *ad hoc* delle conseguenze restitutorie.

In ogni caso, è del tutto evidente che anche questa innovazione finisce per tradursi in una facilitazione dell'esperimento del rimedio risolutorio, nel confronto con la disciplina generale della compravendita.

Al consumatore che scopra un difetto di conformità entro due anni dalla data in cui ha ricevuto il bene in consegna – esonerato, fra l'altro, oggi, dalla dall'onere di denuncia del difetto stesso, onere che è stato eliminato dal d. legisl. di riforma del 2021 – sarà sufficiente, per sciogliere il rapporto contrattuale, dichiarare la volontà risolutoria in presenza dei presupposti che lo legittimano in tal senso.

Spetterà al professionista che – ritenendo che il difetto lamentato dal consumatore non sussista (o comunque non sussistesse nel ben all'epoca del passaggio del rischio) ovvero che non ricorrano i presupposti cui il codice del consumo ancora per quest'ultimo la possibilità di risolvere il contratto di vendita in presenza di un difetto di conformità (previo, inutile esperimento del rimedio del ripristino della

¹² Cass. civ., sez. un., 11 luglio 2019, n. 18672.



conformità al contratto ovvero “non lieve entità” del difetto) – contesti l’efficacia della dichiarazione risolutoria stragiudiziale emessa dal consumatore, l’onere di assumere l’iniziativa processuale rivolta a veder dichiarata siffatta inefficacia dall’autorità giudiziaria, con una apposita azione proposta al fine di ottenere la condanna del consumatore al pagamento del corrispettivo (in ipotesi ancora non versato in tutto o in parte) ovvero con una apposita eccezione sollevata per ottenere il rigetto dell’azione di condanna da quest’ultimo proposta per ottenere, sul presupposto del già intervenuto scioglimento del rapporto, la restituzione integrale del prezzo già versato al venditore (oltre al risarcimento del danno cagionato dal difetto).

Nell’uno e nell’altro caso, riteniamo, graverà sul professionista l’onere di provare i fatti sui quali si fondano la sua domanda o la sua eccezione, potendo il consumatore limitarsi a produrre – a fondamento della pretesa restitutoria fatta valere in giudizio nei confronti del professionista (o del rifiuto di eseguire il pagamento da quest’ultimo richiesto) – la sua dichiarazione risolutoria stragiudiziale, allegando la sussistenza dei presupposti cui l’efficacia di quest’ultima è subordinata (natura e caratteristiche del difetto manifestatosi nel bene, non lieve entità del difetto e ricorrenza di una delle ipotesi che legittimano l’esperimento del rimedio risolutorio).

Rimane peraltro dubbio quale sia il contenuto minimo che la dichiarazione stragiudiziale di risoluzione (*rectius*, di recesso) deve presentare per produrre l’effetto risolutorio.

Quale il grado di dettaglio con il quale deve essere descritto il difetto di conformità lamentato dal consumatore, affinché la dichiarazione risolutoria possa considerarsi completa e conseguentemente efficace? È necessario che il consumatore, dopo aver individuato in modo puntuale la caratteristica o qualità giuridicamente dovuta in applicazione di uno dei criteri “soggettivi” o “oggettivi” di cui all’art. 130 cod. cons., provveda a descrivere analiticamente il fatto e/o la condizione oggettiva del bene che evidenzia l’assenza di siffatta qualità e caratteristica nel bene da lui ricevuto in consegna? O è sufficiente affermare genericamente che il bene si è rivelato non conforme al contratto?

È indispensabile che nella sua dichiarazione il consumatore spieghi ed argomenti per quale ragione deve considerarsi sussistente una situazione che lo legittima a risolvere il contratto e per quale ragione il difetto deve considerarsi “di non lieve entità”?

È necessario che il consumatore alleggi alla dichiarazione una adeguata documentazione probatoria?

Questi aspetti, non definiti dalla disciplina, assumono invero grande rilievo pratico poiché dal rispetto di eventuali requisiti “minimi” contenutistici dipende l’attitudine della dichiarazione resa dal consumatore ad essere considerata come atto efficace di esercizio del diritto di risoluzione, come tale idoneo a determinare immediatamente lo scioglimento del rapporto e a far sorgere in capo alle parti le conseguenti obbligazioni restitutorie.

4. I presupposti in presenza dei quali il consumatore che scopre un difetto di conformità nel bene può considerarsi legittimato a risolvere il contratto di vendita: classificazione

La riforma del 2021 ha considerevolmente ampliato il novero delle ipotesi in cui il consumatore può considerarsi legittimato a risolvere il contratto a fronte della manifestazione di un difetto di conformità.

Tali ipotesi si prestano ad essere suddivise in tre gruppi, a seconda del momento cronologico in cui maturano le condizioni suscettibili di giustificare l’esperimento del rimedio risolutorio.



Al primo gruppo sono riconducibili i casi in cui il consumatore è legittimato ad esperire il rimedio risolutorio *immediatamente*, per il solo fatto che il difetto si è manifestato nel bene, e senza bisogno di alcuna previa interlocuzione con il venditore finale.

Al secondo gruppo appartengono le ipotesi in cui il consumatore è legittimato ad esperire il rimedio risolutorio *subito dopo aver (inutilmente) richiesto al venditore il ripristino della conformità del bene al contratto mediante sostituzione o riparazione*, a fronte del rifiuto di soddisfare la relativa richiesta che quest'ultimo gli abbia comunicato immediatamente dopo averla ricevuta.

Al terzo gruppo appartengono le ipotesi in cui il venditore, dopo aver manifestato al consumatore l'intenzione di dar corso alla richiesta di sostituzione o riparazione del bene da quest'ultimo presentata, abbia lasciato scadere il termine "ragionevole" senza provvedervi, ovvero vi abbia provveduto arrecando "notevoli inconvenienti" o comunque incorrendo in inesattezze (ad es. intervento di riparazione che si rivela inidoneo a porre rimedio al difetto che aveva spinto il consumatore a richiederne l'effettuazione): in queste ipotesi la legittimazione all'esperimento del rimedio risolutorio si fonda sul *mancato o inesatto adempimento dell'obbligazione di ripristino della conformità del bene* al contratto che il venditore, a fronte della richiesta legittimamente rivoltagli dal consumatore, si era dichiarato interessato e disponibile ad adempiere.

4.1. Risoluzione del contratto a fronte dell'inadempimento dell'obbligazione del venditore di ripristino della conformità

Muovendo proprio dal terzo ed ultimo gruppo di ipotesi, esse sono oggi contemplate dal comma 4, lett. a) e lett. b), dell'art. 135-*bis* cod. cons.

A legittimare il consumatore ad emettere la dichiarazione risolutoria, in questi casi, è proprio l'inadempimento dell'obbligazione di ripristino della conformità del quale il venditore si sia reso responsabile, dovuto alla circostanza che il venditore finale:

- c) non ha consegnato al consumatore il bene sostitutivo ovvero non ha riconsegnato il bene riparato entro il "termine ragionevole" di cui all'art. 135-*ter*, comma 1, lett. b), cod. cons.;
- d) non ha eseguito le operazioni necessarie per la sostituzione o la riparazione senza arrecare al consumatore "notevoli inconvenienti" (art. 135-*ter*, comma 1, lett. c), cod. cons.;
- e) nello svolgere le attività necessarie per la sostituzione o la riparazione, ha imposto al consumatore di farsi carico di costi e spese (art. 135-*ter*, comma 1, lett. a), cod. cons.;
- f) si è rifiutato di farsi carico delle operazioni necessarie per la rimozione del bene rivelatosi difettoso (indispensabile ai fini del ripristino della conformità) e della installazione del bene sostitutivo o del bene riparato, ovvero delle relative spese;
- g) non è riuscito a riparare il difetto di conformità, circostanza dimostrata inequivocabilmente dal fatto che il bene riparato torna a rivelarsi non conforme al contratto.

Merita di essere rilevato che le descritte circostanze sono idonee in quanto tali, nella loro oggettiva fattualità, a legittimare il consumatore a risolvere il contratto (o ridurre il prezzo), a prescindere dalla circostanza che il ritardo e le inesattezze in cui il venditore (o i soggetti ai quali il venditore ha affidato il compito di provvedere alla sostituzione o alla riparazione) sia incorso siano imputabili ad una sua condotta negligente ovvero a caso fortuito o forza maggiore, e a prescindere dalla circostanza che le spese e i



notevoli inconvenienti provocati al consumatore fossero o meno evitabili e prevedibili dal venditore. Al consumatore che, facendo valere il mancato o inesatto adempimento dell'obbligazione di ripristino della conformità, dichiara la riduzione del prezzo o la risoluzione del contratto facendo valere le pretese conseguenti, il venditore non può pertanto opporre la propria assenza di colpa.

Con specifico riguardo all'ipotesi in cui il bene riconsegnato al consumatore dopo essere stato riparato si riveli nuovamente non conforme al contratto, va poi rilevato, per un verso, che il consumatore è legittimato alla risoluzione anche se quello che si è manifestato nel bene riparato non è il medesimo difetto di conformità che si era manifestato inizialmente e per porre rimedio al quale il consumatore aveva chiesto ed ottenuto la riparazione (nella lett. *b*) del comma 4 si prevede infatti che il consumatore possa accedere ai rimedi "secondari" se nel bene riparato si manifesta *un* difetto di conformità). Per altro verso, il fallimento di un tentativo di riparazione è sufficiente per giustificare il ricorso al rimedio "secondario", non dovendo il consumatore reputarsi gravato dall'onere di richiedere l'effettuazione di uno o più tentativi ulteriori di riparazione, e a maggior ragione dall'onere di constatare la (sopravvenuta) impossibilità o eccessiva onerosità della riparazione, per poter esperire il rimedio risolutorio.

4.2. Risoluzione del contratto a fronte del rifiuto del venditore di ripristinare la conformità del bene al contratto

Al secondo gruppo appartengono, come ricordato, le ipotesi in cui il venditore, richiesto di provvedere al ripristino della conformità al contratto del bene consegnato al consumatore e rivelatosi non conforme, si rifiuti di dar corso alla relativa richiesta. Svariate sono le possibili configurazioni di questo rifiuto.

È innanzitutto possibile che il venditore opponga un rifiuto netto ed incondizionato al consumatore, negando in assoluto la propria disponibilità ad eseguire la riparazione e/o la sostituzione.

È possibile altresì che il venditore manifesti la propria disponibilità a riparare o sostituire, senza rispettare però i parametri dettati dal comma 1 e del comma 3 dell'art. 135-ter cod. cons.: e quindi pretendendo dal consumatore la corresponsione di somme di denaro a titolo di compenso o rimborso spese, ovvero dichiarando che il bene sostitutivo o riparato verrà consegnato al consumatore entro un termine più lungo del "termine ragionevole" di cui all'art. 135-ter, comma 1, lett. *b*), cod. cons., o ancora rendendo noti al consumatore gli inconvenienti notevoli che si troverà inevitabilmente costretto ad arrecargli o ancora dichiarando che le operazioni di rimozione del bene difettoso e installazione del bene conforme (che pure è disponibile a condurre) imporranno al consumatore il pagamento di un separato ed autonomo corrispettivo.

In tutte queste ipotesi, il consumatore può considerarsi legittimato a risolvere *subito* il contratto, nel momento stesso in cui il venditore gli rivolge le sopra menzionate comunicazioni e per il solo fatto che il venditore si è dichiarato indisponibile a ripristinare il difetto di conformità nel rispetto delle modalità e dei parametri contemplati dal codice del consumo per l'adempimento della relativa obbligazione.

Il codice del consumo arriva addirittura a prevedere che il consumatore sia in questi casi legittimato a risolvere subito il contratto laddove siffatta indisponibilità del venditore finale, anziché essere dichiarata da quest'ultimo con apposite ed inequivocabili comunicazioni (scritte o orali), semplicemente "risulti chiaramente dalle circostanze": espressione a dir poco ambigua, che si sostanzia tuttavia nell'ennesima agevolazione dell'esperimento del rimedio risolutorio, cui il consumatore potrà ricorrere limitandosi



ad allegare, nella dichiarazione stragiudiziale risolutoria, le “circostanze” la cui sussistenza lo ha indotto ad escludere che il venditore potesse/volesse provvedere al ripristino della conformità in modo tempestivo, senza arrecare notevoli inconvenienti e senza imporgli spese o costi.

In secondo luogo, è possibile che il venditore, al consumatore che ne invochi la responsabilità richiedendo specificamente la sostituzione (ovvero la riparazione), opponga un rifiuto eccependone la asserita impossibilità oggettiva ovvero la eccessiva onerosità.

In queste ipotesi, se la forma di ripristino della conformità alternativa a quella inizialmente richiesta dal consumatore è possibile e non è eccessivamente onerosa, il consumatore avrà l'onere di chiederne al venditore finale l'effettuazione (e potrà esperire il rimedio risolutorio soltanto in presenza dei presupposti contemplati dal precedente paragrafo ovvero a fronte di un ulteriore rifiuto esplicito, ancorché ingiustificato, del venditore).

Se invece la forma di ripristino della conformità alternativa a quella inizialmente richiesta dal consumatore è impossibile ovvero eccessivamente onerosa, il consumatore – a fronte della relativa eccezione sollevata dal venditore – potrà esperire direttamente il rimedio risolutorio (o quello della riduzione del prezzo).

Anche sotto quest'ultimo profilo, la riforma del 2021 ha introdotto un ulteriore elemento di agevolazione del ricorso al rimedio risolutorio. La direttiva 99/44/CE non accordava infatti al venditore la possibilità (oggi espressamente contemplata dal par. 3 dell'art. 13 dir. 2019/771/UE e dal comma 3 dell'art. 135-*bis*, cod. cons.) di rifiutarsi di eseguire l'unica forma di “ripristino” possibile eventualmente richiesta dal consumatore laddove la sua attuazione gli avesse imposto di sostenere “costi sproporzionati”, tenuto conto delle circostanze (e in modo particolare del valore del bene e della gravità del difetto). La Corte di Giustizia UE¹³ l'aveva interpretata proprio nel senso che, in caso di oggettiva impossibilità della riparazione o della sostituzione, il consumatore avrebbe sempre ed incondizionatamente potuto pretendere (s'intende, se oggettivamente possibile) la forma alternativa di ripristino della conformità al contratto, a prescindere dall'entità dei costi che quest'ultima avrebbe comportato per il venditore, e ciò in coerenza con il primato riconosciuto originariamente dal diritto UE al “ripristino della conformità al contratto” rispetto ai rimedi “secondari della riduzione del prezzo e della risoluzione del contratto.

4.3. Risoluzione del contratto a fronte della manifestazione di un difetto di conformità “talmente grave” da giustificarla (art. 135-bis, comma 4, lett. c), cod. cons.)

L'innovazione sicuramente più importante introdotta dalla riforma del 2021 è tuttavia quella contemplata dalla lett. c) del comma 4 dell'art. 135-*bis* cod. cons. (che riproduce fedelmente lett. c) del par. 4 dell'art. 13 dir. 2019/771/UE), laddove si prevede che il consumatore possa immediatamente ridurre il prezzo o risolvere il contratto quando il difetto di conformità sia “talmente grave da giustificare l'immediata riduzione del prezzo o la risoluzione del contratto di vendita”.

Di una previsione siffatta non vi era traccia alcuna nella disciplina italiana vigente prima della riforma del 2021 (e nella direttiva 99/44/CE).

Si tratta di una novità di grande portata, di fatto suscettibile di compromettere gravemente il “primato” dell'esatto adempimento mediante sostituzione e riparazione: il presupposto cui viene ancorata

¹³ Sentenza del 16 giugno 2011, in cause riunite C-65/09, *Weber* e C-87/09, *Putz*.



la possibilità di esperire immediatamente il rimedio risolutorio o della riduzione del prezzo viene infatti individuato con una formulazione (“difetto...talmente grave da giustificare..”) estremamente generica ed ambigua¹⁴. Né paiono offrire significativo aiuto all’interprete le indicazioni rinvenibili nel *considerando* num. 52 dir. 2019/771/UE, laddove si asserisce che in alcune situazioni il difetto potrebbe essere di gravità tale che il consumatore “non può più continuare ad avere fiducia nella capacità del venditore di rendere conformi i beni”, come accade quando il difetto “condiziona seriamente la capacità del consumatore di utilizzare normalmente i beni” e non ci si possa ragionevolmente “aspettare che l’acquirente continui a sperare che la riparazione o la sostituzione effettuata dal venditore risolva il problema”.

Non è chiaro infatti se, ai fini dell’accertamento di siffatto livello di gravità, debba tenersi conto soltanto di elementi e parametri squisitamente oggettivi ovvero anche di profili soggettivi inerenti alla posizione e agli specifici interessi dell’acquirente; non è chiaro se fra gli elementi oggettivi debba venire in considerazione l’impatto del difetto sul valore complessivo di mercato del bene e/o l’entità dei costi che implicherebbe l’effettuazione di una riparazione o di una sostituzione; non è chiaro se e quale ruolo, nell’ambito degli elementi oggettivi di cui deve tenersi conto, debba essere riconosciuto alla attitudine del difetto a pregiudicare/ridurre l’idoneità all’uso e i livelli prestazionali del bene; non è chiaro se, ed in che misura, debba rilevare la circostanza che il difetto derivi dalla mancanza di requisiti “oggettivi” ovvero di requisiti “soggettivi” (cioè requisiti pattuiti con apposite clausole del contratto) di conformità; non è chiaro, infine, se possano darsi livelli di gravità differenziati per giustificare la riduzione (immediata) del prezzo e la risoluzione (immediata) del contratto.

A ciò si aggiunga che la disposizione nulla stabilisce in merito alla distribuzione degli oneri probatori. Da questa lacuna potrebbe invero dedursi (anche sulla base di un confronto con la diversa formulazione testuale del comma 5 dell’art. 135-*bis*, sul quale v. il prossimo par.) che debba gravare sul consumatore – interessato ad esperire il rimedio risolutorio in via diretta, senza prima richiedere il ripristino della conformità – l’onere di fornire la prova che il difetto presenta una gravità tale da giustificarlo. In ogni caso, anche a voler accogliere questa lettura, quello gravante sul consumatore finirebbe inevitabilmente per sostanziarsi in un onere di allegazione ed argomentazione, piuttosto che di prova in senso stretto. Una volta allegato e provato il difetto, infatti, il consumatore deve in realtà limitarsi a motivare le ragioni che dovrebbero indurre a considerarlo di gravità tale da giustificare la risoluzione. Per parte sua, il professionista eventualmente interessato avrebbe l’onere di individuare ed argomentare le ragioni per le quali il difetto allegato e provato dal consumatore dovrebbe considerarsi non così grave da giustificare la risoluzione.

In ogni caso, se il consumatore dichiara stragiudizialmente il recesso/la risoluzione senza prima richiedere il ripristino della conformità al contratto e allegando la straordinaria gravità del difetto, tale dichiarazione scioglie il rapporto contrattuale se ed in quanto il venditore non ne contesti l’efficacia assumendo una apposita iniziativa processuale volta a veder accertata dal giudice l’assenza del presupposto giustificativo e conseguentemente l’inefficacia dell’atto di recesso.

Non vè chi non veda come dall’interpretazione e dalla portata di questa previsione finisca in realtà per dipendere il destino della c.d. gerarchizzazione dei rimedi e della connessa, asserita “primazia” del ripristino della conformità al contratto.

¹⁴ Così anche OLIVIERO, *La nuova disciplina dei rimedi “secondari”*, in *La nuova disciplina della vendita mobiliare nel codice del consumo*, cit., p. 330s., il quale propone una lettura restrittiva della disposizione, che ne circoscriva l’operatività alle ipotesi di consegna di *aliud pro alio* in senso ampio ovvero di difetti di conformità che inficino non soltanto un singolo esemplare, bensì l’intero genere cui appartiene il bene consegnato al consumatore.



Non a caso, la prima questione pregiudiziale sollevata da giudici nazionali di un Paese UE relativamente alla direttiva 2919/771/UE riguarda proprio la interpretazione dell'art. 13, par. 4, lett. c), della direttiva 2019/771/UE: l'*Oberster Gerichtshof* austriaco – con sentenza del 16 aprile 2025, depositata il 29 aprile 2025, in causa C-307/25, *Kfz Kolak e.U. contro GF*¹⁵ – ha chiesto alla Corte UE di stabilire se tale disposizione vada intesa nel senso che un difetto che pregiudica la sicurezza del bene, anche in assenza di ulteriori presupposti, possa di per sé solo considerarsi a tal punto grave da giustificare l'immediata riduzione del prezzo o l'immediata risoluzione del contratto di compravendita, e ciò eventualmente anche laddove si tratti di un difetto suscettibile di essere eliminato con un intervento di riparazione che richiederebbe una spesa relativamente ridotta¹⁶.

¹⁵ Nel caso di specie, con un contratto di compravendita stipulato il 27 marzo 2023 il consumatore aveva acquistato da un rivenditore professionale un'autovettura usata (Audi modello A7 Sportback con una percorrenza di 107.288 km) pattuendo un prezzo di EURO 33.500. Nel contratto compravendita il veicolo veniva stato classificato come «Sufficientemente adatto all'uso su strada – Classe 3» e veniva altresì dichiarato «idoneo all'uso e immatricolabile». Un'ispezione del veicolo fatta eseguire dall'acquirente una decina di giorni dopo la consegna evidenziava l'esistenza di un grave difetto per la sicurezza della circolazione e della guida consistente in una «Perdita d'olio: problema di tenuta stagna del motore»: un difetto certamente idoneo a pregiudicare i requisiti per la sicurezza della circolazione e della guida, ma suscettibile di essere eliminato con una spesa moderata (una riparazione effettuata da una officina specializzata VW-Audi sarebbe costata EUR 3 352; una riparazione effettuata da una officina generica del venditore sarebbe costata circa EUR 2 000 EUR; una riparazione effettuata direttamente dal venditore finale sarebbe costata EUR 1.500) e comunque tale da ridurre il valore del veicolo al momento della consegna per un importo non superiore a 2.000 EUR. Il consumatore, allegando la rilevante gravità del difetto, dichiarava stragiudizialmente la risoluzione (senza prima chiedere il ripristino della conformità al contratto) e conveniva in giudizio il venditore chiedendone la condanna alla restituzione integrale del prezzo a fronte della riconsegna del veicolo. Il venditore finale contestava le richieste attoree, negando la sussistenza dei presupposti giustificativi della risoluzione. La controversia finisce per essere sottoposta alla Corte di Cassazione austriaca, che () ha proposto la questione pregiudiziale.

¹⁶ Già in una precedente sentenza del 27 settembre 2023 (9Ob41/23d) la Corte di cassazione austriaca si era pronunciata sull'interpretazione della disposizione (§ 12, comma 4) della legge austriaca di recepimento della direttiva 2019/771/UE – il c.d. *Verbrauchergewährleistungsgesetz – VGG* (sul quale v. per tutti A.A.V.V., *Das neue Gewährleistungsrecht und einige weitere Novitäten des GRUG*, a cura di P. BYDLINSKI, Wien 2022, nonché A.A.V.V., *VGG – Verbrauchergewährleistungsgesetz. Kommentar*, a cura di FLUME, KRONTHALER e LAIMER, 2^a ed., Wien, 2025) – che consente al consumatore di ridurre il prezzo o risolvere il contratto immediatamente (senza essere gravato dall'onere di richiedere la sostituzione o la riparazione) a fronte di un difetto di conformità così grave (*schwerwiegend*) da giustificare l'esperimento diretto dei rimedi c.d. secondari. Nel caso di specie, un consumatore aveva acquistato un autoveicolo usato (Peugeot SW 308) per il quale aveva pattuito (e pagato) un prezzo di 12.500 euro. Nel contratto si affermava che l'autoveicolo era stato sottoposto a manutenzione ed era in regola con tutti i controlli tecnici e l'autoveicolo veniva conseguentemente classificato come «sufficientemente idoneo alla circolazione» (Classe 3). Pochi giorni dopo averlo ricevuto in consegna, il consumatore scopriva che il cerchione della ruota posteriore destra era deformato e graffiato: il relativo difetto implicava che il veicolo non corrispondeva alla classe 3 bensì alla classe 4, e rendeva il veicolo non sicuro per la circolazione e il funzionamento. Il costo di una sostituzione del cerchione difettoso con un cerchione nuovo originale sarebbe stato, per il venditore, pari a 316 euro. Ciononostante il compratore, anziché pretendere la sostituzione del cerchione a cura e spese del venditore, manifesta la volontà di risolvere il contratto e, a fronte del rifiuto del venditore di darvi corso, lo conviene in giudizio chiedendone la condanna al rimborso integrale del prezzo contestualmente alla restituzione del veicolo. Il giudice di primo grado accoglie il ricorso, nonostante il venditore convenuto affermasse che il difetto dovesse considerarsi di lieve entità e in particolare contestasse che la sua gravità fosse tale da giustificare la risoluzione: la relativa sentenza viene confermata dalla Corte d'appello e poi dalla stessa Corte di cassazione, secondo la quale la risoluzione immediata era giustificata sia perché il difetto si sostanziava in una mancanza di qualità contrattualmente promessa (appartenenza del veicolo usato alla classe 3), sia perché il difetto incideva sulla sicurezza del veicolo. Su questa sentenza del 2023, cfr. le considerazioni critiche di FABER, *Erste österreichische Judikatur zur Umsetzung der Warenkauf-RL*, in *Zeitschrift für das Privatrecht der Europäischen Union (GPR)*, 2024, p. 107ss. nonché il saggio di HUBER, *Der schwerwiegende und nicht geringfügige Mangel nach dem neuen Gewährleistungsrecht*, in *Zeitschrift für das Privatrecht der Europäischen Union (GPR)*, 2024, p. 193ss.



5. La “non lieve entità” del difetto

Il difetto di conformità manifestatosi nel bene mobile ricevuto in consegna legittima il consumatore a risolvere il contratto soltanto se risulta essere “di non lieve entità” (art. 135-*bis*, comma 5, cod. cons.).

Merita in proposito di essere evidenziato che – nonostante la assonanza con la nozione di “non scarsa importanza” dell’inadempimento di cui all’art. 1455 c.c. – quella di “difetto di conformità di non lieve entità” è una nozione propria del diritto dell’UE che dev’essere fatta oggetto di una “interpretazione autonoma” rispetto alla tradizione nazionale¹⁷.

La Corte di Giustizia UE¹⁸ ha già avuto modo di dimostrare, in sede di interpretazione della direttiva 99/44/CE, di intendere tale nozione in senso molto ampio. Per un verso, infatti, secondo la Corte UE la circostanza – acquisita agli atti del processo – che posteriormente alla conclusione del contratto di vendita il consumatore abbia ammesso che avrebbe acquistato il bene anche se fosse stato a conoscenza del difetto di conformità in esso manifestatosi, non è di per sé sola sufficiente per imporre di qualificare il difetto come “minore”. Per altro verso, per escludere che il difetto di conformità possa considerarsi “minore” basta che esso possa considerarsi “*sufficientemente significativo*”: muovendo da questo presupposto, con riguardo a casi riconducibili al c.d. *dieselgate* la Corte ha riconosciuto che la presenza, in un autoveicolo, di un impinamento di manipolazione il cui utilizzo sia vietato ai sensi dell’art. 5, par. 2, del regolamento UE n. 715/2007 non possa essere considerata un difetto di lieve entità, ancorché l’omologazione del tipo di veicolo non sia stata mai ritirata, la libertà di circolazione non sia mai stata sottoposta a sospensioni o limitazioni e la funzionalità del veicolo non sia stata mai in alcun modo compromessa dalla presenza del suddetto impianto di manipolazione¹⁹.

È invece dubbio se dopo che il professionista, richiesto di sostituire o riparare il bene, non abbia adempiuto la relativa obbligazione ovvero l’abbia adempiuta in modo inesatto e/o arrecando notevoli inconvenienti al consumatore, la possibilità per quest’ultimo di risolvere il contratto rimanga subordinata al presupposto della “non lieve entità” del difetto di conformità. Anche facendo leva sulla formulazione testuale del comma 10 dell’art. 130 cod. cons. (nella versione antecedente alla riforma del 2021)²⁰, la Corte di cassazione lo aveva escluso, muovendo dal presupposto che in queste ipotesi il venditore si rende responsabile di un duplice inadempimento, che in quanto tale dovrebbe sempre giustificare l’attivazione del rimedio risolutivo²¹. Non sembra tuttavia che questa interpretazione possa essere confermata anche con riferimento ai novellati art. 128ss. cod. cons. Non tanto perché la previsione un tempo inserita nel comma 10 dell’art. 130 non si rinviene nella nuova disciplina, bensì piuttosto in ragione della natura completa dell’armonizzazione perseguita dalla direttiva 2019/771/UE, la quale non contempla una deroga siffatta al principio in forza del quale la risoluzione postula sempre il carattere

¹⁷ Cfr. però LUMINOSO, *La vendita*, cit., p. 647, secondo il quale il comma 5 dell’art. 135-*bis* cod. cons. dovrebbe essere inteso secondo lo stesso spirito che anima la disposizione dell’art. 1455 c.c.

¹⁸ Corte Giust. UE, Grande Sezione, sentenza del 14 luglio 2022, in causa C-145/20, *DS* contro *Porsche Inter Auto GmbH Co. KG e Volkswagen AG*.

¹⁹ In proposito, cfr. le approfondite considerazioni di VANINI, *Violazione di norme pubblicistiche di tutela ambientale da parte del produttore e difetto di conformità al contratto del bene consegnato al consumatore: la Corte di Giustizia UE e il Caso “Dieselgate”* (C. Giust. Ue 14 luglio 2022, In Causa C-145/20, “Porsche Inter Auto e Volkswagen”) in *Riv. dir. civ.*, 2023, p. 174ss.

²⁰ Il quale sanciva che “Un difetto di conformità di lieve entità per il quale non è stato possibile o è eccessivamente oneroso esperire i rimedi della riparazione o della sostituzione, non dà diritto alla risoluzione del contratto”.

²¹ Cfr. Cass. 7 febbraio 2022, n. 3695.



“non minore” (*id est*, la non lieve entità) del difetto²²: principio che deve pertanto trovare applicazione anche nelle ipotesi in cui il venditore abbia ommesso di effettuare tempestivamente ed esattamente la sostituzione o la riparazione ovvero le abbia eseguite arrecando notevoli inconvenienti al consumatore, in tal modo rendendosi inadempiente all’obbligazione di ripristino della conformità del bene al contratto.

Come sopra ricordato, al consumatore che eserciti (con domanda giudiziale o dichiarazione stragiudiziale) il diritto di risolvere il contratto è sufficiente allegare la non lieve entità del difetto, eventualmente argomentandola nella dichiarazione (o nell’atto processuale) ma in ogni caso senza che il consumatore debba considerarsi gravato dall’onere di fornire la prova dei fatti o degli elementi sui quali si fonda il giudizio di non lieve entità: spetta infatti al professionista che voglia contestare l’efficacia della dichiarazione stragiudiziale risolutoria ovvero contrastare la domanda giudiziale risolutoria proposta dal consumatore illustrare e motivare le ragioni che debbono indurre il giudice a riconoscere la lieve entità del difetto e fornire la prova dei fatti e degli elementi idonei a supportare le relative valutazioni. Questa precisazione, oggi esplicitata nel comma 5 dell’art. 135-*bis* cod. cons., costituisce una novità introdotta dalla nuova direttiva 2019/771/UE²³, che si traduce anch’essa, con tutta evidenza, in una rilevantissima facilitazione dell’esperimento del rimedio risolutorio (in alternativa a quello della riduzione del prezzo): la *probatio* cui è chiamato il venditore interessato a vincere la “presunzione” di non lieve entità è infatti, a dir poco, diabolica...

6. Le conseguenze giuridiche restitutorie dell’esperimento del rimedio risolutorio

L’atto stragiudiziale di esercizio del diritto di risolvere il contratto (o la sentenza che accoglie la relativa domanda giudiziale) scioglie – con effetto retroattivo – il rapporto contrattuale, facendo insorgere in capo al consumatore l’obbligazione di riconsegnare il bene ricevuto e in capo al venditore l’obbligazione di rimborsare integralmente le somme già riscosse a titolo di corrispettivo.

Nulla il cod. cons. prevede in merito al luogo e al tempo di adempimento dell’obbligazione di riconsegna del bene non conforme, limitandosi a statuire che le spese della restituzione sono a carico del venditore (parrebbe invero doversi escludere che il venditore sia tenuto ad anticipare al consumatore la relativa somma, fermo restando naturalmente l’obbligo di rimborsarla).

A rigore, il bene dev’essere restituito integro, salvi i deterioramenti causati direttamente dal difetto.

Nulla si dispone tuttavia in merito all’eventualità che la restituzione del bene sia divenuta *medio tempore* oggettivamente impossibile, perché il bene è stato dal consumatore alienato a terzi ovvero trasformato, ovvero perché è perito o si è deteriorato per causa imputabile (non al difetto di conformità, bensì) ad una condotta del consumatore che ne era divenuto proprietario (e possessore) ovvero a caso fortuito. Escluso che la sopravvenuta impossibilità oggettiva di restituire il bene rivelatosi non conforme possa essere d’ostacolo alla esperibilità del rimedio risolutorio (in ragione della natura completa dell’armonizzazione delle legislazioni nazionali perseguita dalla direttiva 2019/771/UE, la quale – diversamente

²² Nel medesimo senso, v. anche OLIVIERO, *La nuova disciplina dei rimedi “secondari”*, cit., p. 333.

²³ Cfr. il par. 5 dell’art. 13 dir., che dopo aver sancito che il consumatore non ha diritto di risolvere il contratto se il difetto di conformità è solo “di lieve entità”, precisa espressamente che “l’onere della prova con riguardo al fatto se il difetto sia di lieve entità è a carico del venditore”.



dall'art. 1492 c.c. – non subordina a siffatto presupposto la possibilità di ottenere la risoluzione), deve ritenersi²⁴ che il venditore sia legittimato in questi casi a pretendere la restituzione (non in natura, bensì) “per equivalente” del bene difettoso, attraverso il versamento di una somma di importo pari al valore di mercato che il bene aveva nel momento in cui è stata dichiarata la risoluzione (o presentata la relativa domanda giudiziale)²⁵.

Quanto alla prestazione di rimborso del prezzo, dalla formulazione del comma 4, lett. b), cod. cons. si evince che essa non diviene esigibile fino a quando il venditore non abbia ricevuto dal consumatore il bene (rivelatosi non conforme) che a suo tempo gli aveva consegnato in esecuzione del contratto ovvero le prove che tale bene è stato restituito o spedito all'indirizzo convenuto²⁶. Sulla relativa somma di denaro sono dovuti dal venditore anche gli interessi, con decorrenza tuttavia dalla data in cui è stata dichiarata dal consumatore la risoluzione (o proposta la relativa domanda giudiziale), e non dalla data della effettuazione del pagamento del prezzo²⁷.

L'art. 135-*quater* cod. cons. non contiene, infine, una disposizione analoga a quella dettata per la sostituzione dal comma 4 dell'art. 135-*ter* cod. cons., ai sensi del quale “il consumatore non è tenuto a pagare per il normale uso del bene sostituito nel periodo precedente la sostituzione”.

È conseguentemente dubbio se, in caso di risoluzione, il venditore possa pretendere dal consumatore un compenso per l'uso che quest'ultimo abbia fatto del bene rivelatosi non conforme, prima o eventualmente anche dopo la manifestazione del difetto, laddove quest'ultimo non sia stato del tutto ostativo alla prosecuzione dell'impiego del bene. La direttiva 2019/771/UE – quantomeno con riguardo all'uso che il consumatore abbia fatto del bene posteriormente alla manifestazione del difetto di conformità – non parrebbe frapporre ostacoli all'adozione di una soluzione positiva²⁸, già accolta peraltro dalla nostra giurisprudenza²⁹ con riguardo all'azione redibitoria di cui all'art. 1492 c.c. proprio traendo spunto dal precetto dettato dal comma 8 dell'art. 130 cod. cons., nella versione antecedente alla riforma del 2021³⁰: va tuttavia rilevato che quest'ultimo precetto non è stato più riproposto nella nuova disciplina contenuta negli artt. 128ss. cod. cons., né si rinviene – nei *considerando* della direttiva 2019/771/UE – una previsione paragonabile a quella che era stata inserita nel *considerando* num. 15 della direttiva 99/44/CE³¹.

Inutile dire che, se si dovesse estendere anche al rimedio risolutorio la regola di *favor* per il

²⁴ Così anche OLIVIERO, *La nuova disciplina dei rimedi “secondari”*, cit., p. 354s.

²⁵ Nel *considerando* num. 60 della direttiva 2019/771/UE si afferma che la direttiva non pregiudica la facoltà degli Stati membri di disciplinare le conseguenze della risoluzione diverse da quelle previste dalla direttiva stessa, quali ad es. “le conseguenze della “distruzione o perdita” dei beni.

²⁶ Intercorre pertanto fra le due prestazioni restitutorie un rapporto sinallagmatico “rovesciato”, connotato tuttavia da una discrasia cronologica: mentre infatti il venditor può legittimamente rifiutarsi di restituire le somme riscosse fino a quando il consumatore non abbia provveduto a restituire il bene rivelatosi non conforme al contratto, non altrettanto vale per il consumatore, il quale è immediatamente ed incondizionatamente tenuto a riconsegnare il bene in questione: così anche OLIVIERO, *La nuova disciplina dei rimedi “secondari”*, cit., p. 344.

²⁷ Cfr. in tal senso, con riferimento alla vendita mobiliare disciplinata dal codice civile, Cass. 8 novembre 2024, n. 28838.

²⁸ In senso contrario, v. però OLIVIERO, *La nuova disciplina dei rimedi “secondari”*, cit., p. 346s.

²⁹ Cass. 28 luglio 2020, n. 16077, confermata da Cass. 8 novembre 2024, n. 28838.

³⁰ Laddove si prevedeva che “nel determinare l'importo della riduzione o la somma da restituire si tiene conto dell'uso del bene”.

³¹ Nel *considerando* n. 15 della direttiva 99/44/CE si affermava che “gli Stati membri possono prevedere che il rimborso al consumatore può essere ridotto, in considerazione dell'uso che quest'ultimo ha fatto del bene dal momento della consegna”.



consumatore dettata per il rimedio della sostituzione dal comma 4 dell'art. 135-*ter* cod. cons., eventualmente riferendola persino all'uso che il consumatore abbia fatto del bene posteriormente alla manifestazione del difetto di conformità, ne deriverebbe una ulteriore, relevantissima differenziazione rispetto al regime generale della responsabilità del venditore per i difetti materiali della prestazione traslativa delineato dal codice civile, a conferma dell'ampio ed incondizionato favore per il rimedio risolutorio di fatto dimostrato dalla disciplina attuativa della direttiva 2019/771/UE.



SALVATORE MONTICELLI*

CONSERVAZIONE DEL CONTRATTO E COOPERAZIONE DEL CREDITORE: DAL CANONE DI BUONA FEDE ALLE ‘MISURE DI TOLLERANZA’**

CONTRACT PRESERVATION AND CREDITOR COOPERATION: FROM THE PRINCIPLE OF GOOD FAITH TO ‘MEASURES OF TOLERANCE’

ABSTRACT: Il comportamento tollerante del creditore a fronte dell’inadempimento o dell’inesatto adempimento del debitore può rappresentare un fatto non privo di rilevanza giuridica in relazione al contratto in essere tra le parti. Dibattuta è la questione sia dell’incidenza del comportamento tollerante sui diritti scaturenti dal contratto ed in particolare sul diritto ad invocarne la risoluzione, sia dell’ammissibilità di un successivo comportamento di segno opposto del contraente fedele. Un contesto articolato ove può giocare un ruolo l’autonomia privata attraverso la “clausola di tolleranza”.

ABSTRACT: A creditor’s tolerant behavior in the face of a debtor’s default or inadequate performance may be a fact with significant legal relevance to the contract between the parties. The issue of both the impact of tolerant behavior on the rights arising from the contract, and in particular on the right to invoke its termination, and the admissibility of subsequent, counter-contractual behavior by the faithful contracting party, is controversial. This is a complex context where private autonomy can play a role through the “tolerance clause”.

SOMMARIO: 1. La tolleranza dell’inadempimento e l’”affidamento” del contraente infedele. – 2. La Verwirkung tra affidamento e clausola generale di buona fede nel recente dibattito giurisprudenziale. – 3. L’incidenza della tolleranza sull’esercizio del diritto alla risoluzione del contratto. – 4. La tolleranza, indice sintomatico della carenza d’interesse del contraente fedele alla regolare esecuzione della prestazione e la valutazione della gravità dell’inadempimento. – 5. La tolleranza, fattore d’indebolimento dell’azionabilità del diritto alla risoluzione. – 6. L’incidenza della tolleranza sulla clausola risolutiva espressa. – 7. La valenza della clausola di tolleranza e la conservazione del contratto.

1. La tolleranza dell’inadempimento e l’”affidamento” del contraente infedele

Le espressioni “Misure di tolleranza” e “conservazione del contratto” evocano il termine inadempimento che, seguendo la trama del titolo, si inserisce in un contesto contrattuale ove il creditore della prestazione, malgrado detto inadempimento o inesatto adempimento della controparte, rimanga inerte. Non chiedi l’adempimento all’obbligato costituendolo in mora, né invochi la risoluzione del contratto; e laddove, poi, l’inadempimento abbia ad oggetto una modalità di esecuzione della prestazione, la cui osservanza è pur ritenuta essenziale nel contratto in quanto oggetto di una clausola risolutiva espressa,

* Professore ordinario di Diritto civile – Università degli Studi di Napoli Parthenope.

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



si limiti a ricevere la prestazione senza il rispetto di quelle modalità convenute. Ossia sia tollerante dell'inesatta esecuzione.

A fronte di un tale atteggiamento inattivo del creditore vengono in mente alcuni quesiti, specie nell'ipotesi della ricorrenza di un contratto ad esecuzione continuata o periodica. Premesso che il contratto ha forza di legge tra le parti a norma dell'art. 1372 c.c., e considerato che è in

facoltà del creditore non agire per esigere il credito o per esigere che la prestazione sia correttamente e puntualmente eseguita o per invocare la risoluzione del rapporto contrattuale qualora ne sussistano i presupposti, tuttavia, c'è da chiedersi, se tale tolleranza/inattività protratta nel tempo sia idonea da un lato ad ingenerare nel soggetto debitore un affidamento a che la prestazione possa essere ulteriormente rinviata o, addirittura, non essere più dovuta nei termini pattuiti nel contratto, dall'altro ad attestare una carenza d'interesse del creditore all'adempimento nel rispetto delle modalità pattuite nel contratto.

Il tema complesso che si prospetta è se ed in che misura tale affidamento sia giustificato; se sia ammissibile un successivo improvviso ripensamento del creditore volto ad esigere l'adempimento nei termini e con le modalità pattizamente convenute e se tale comportamento contraddittorio del creditore possa o meno integrare un comportamento contrario a buona fede; se la tolleranza protratta nel tempo dell'altrui inadempimento possa incidere sul diritto del soggetto adempiente ad invocare rimedi quali la risoluzione del contratto; se la reiterata tolleranza di chi subisce l'inadempimento determini, quindi, una sostanziale dismissione di posizioni soggettive di diritto o dell'azionabilità di esse, tacitamente oggetto di rinuncia tacita.

Le problematiche di cui innanzi hanno trovato variamente ingresso nel dibattito dottrinale¹ ed in svariate pronunce della giurisprudenza di questi ultimi anni con riferimento a fattispecie eterogenee e, pur tuttavia, unite dal sottile filo della concatenazione concettuale di cui qui ci si occupa. Guardando a temi di carattere generale, è stata prospettata l'applicazione nel nostro sistema di istituti stranieri quali la *Verwirkung*², è stata vagliata l'incidenza della tolleranza dell'altrui inadempimento sulla rivalutazione circa l'importanza di esso in relazione all'interesse del creditore, con consequenziali ricadute sul diritto di questi ad invocare la risoluzione del contratto; è stata correlativamente messa in discussione la operatività anche futura della clausola risolutiva espressa avente ad oggetto l'inadempimento tollerato.

Con riferimento a problematiche più settoriali, il tema ha trovato ingresso specie a proposito degli affidamenti bancari, segnatamente con riferimento alla prassi bancaria della tolleranza dello sconfinamento dal fido, aprendo al dibattito su un eventuale diritto allo sconfinamento medesimo, e nel diritto

¹ Per una panoramica sul tema, oggetto di dibattito in pressoché tutti gli ordinamenti, cfr., di recente, A. CALONI, *Risoluzione per inadempimento e comportamento contraddittorio*, Torino, 2024, 99 e ss.; ma vedi, anche, D. IMBRUGLIA, *La clausola di tolleranza*, in *Persona e mercato*, 2017, 4, 222 e ss.

² L'istituto della *Verwirkung*, elaborato dalla dottrina e giurisprudenza tedesca, com'è noto, trovò peculiare applicazione negli anni successivi alla prima guerra mondiale quando il deprezzamento della moneta avente corso legale spinse ad abbandonare il principio del valore nominale dei debiti pecuniari ammettendo la rivalutazione giurisprudenziale dei crediti e consentendo, pertanto, al creditore di ottenere la rivalutazione del credito tenendo conto, tuttavia, dell'esigenza del debitore di conoscere nel più breve tempo possibile l'entità della prestazione da eseguire. È in tale peculiare contesto che sorge la tesi che ritiene il creditore decaduto dal diritto alla rivalutazione nel caso di perdurante inerzia nell'esercizio del diritto, inerzia che legittima il debitore a ritenere che questo non sarebbe stato esercitato. Per un'attenta ricostruzione della *Verwirkung*, delle origini dell'istituto e della funzione svolta nell'ordinamento tedesco, cfr., S. PATTI, *Tempo, prescrizione e Verwirkung*, Modena, 2020, 54 e ss.; Id., *Verwirkung*, in *Dig. Disc. Priv., sez. civ.*, Torino, 1999, XIX, 722 e ss.



del lavoro con riferimento alla tolleranza del datore manifestata verso reiterate mancanze dei dipendenti³.

2. La *Verwirkung* tra affidamento e clausola generale di buona fede nel recente dibattito giurisprudenziale

Venendo alla prima delle fattispecie individuate, la questione più o meno nei termini sopra sommariamente descritti è stata oggetto di recenti arresti giurisprudenziali contrastanti maturati nell'ambito della terza sezione della Cassazione: alludo, in particolare, alle due decisioni, di segno opposto, in tema di *Verwirkung*, rispettivamente del 2021⁴ e del 2024⁵.

Nel primo arresto del 2021 si afferma che *il principio di buona fede di cui agli artt. 1175 e 1375 c.c., coniugato con l'obbligo generale di solidarietà sociale, rende legittimo l'affidamento che, nell'esecuzione di un contratto con prestazioni corrispettive ed esecuzione continuata, ciascuna parte agisca in modo da preservare gli interessi dell'altra, anche a prescindere tanto da specifici obblighi contrattuali, quanto dal dovere generale del neminem laedere*. Ne consegue che ... [se ricorre] *l'assoluta inerzia del locatore nell'esigere dal conduttore il pagamento del corrispettivo sino ad allora maturato, protrattasi per un periodo di tempo considerevole in rapporto alla durata del contratto, e suffragata da elementi circostanziali oggettivamente idonei a ingenerare nel conduttore un affidamento nella remissione del diritto di credito da parte del locatore per facta concludentia, la improvvisa richiesta di integrale pagamento costituisce abuso del diritto. Sul modello della Verwirkung, elaborata nell'esperienza tedesca, il diritto così esercitato deve ritenersi tacitamente rinunciato*.

In definitiva, a differenza della prescrizione, la *Verwirkung* attribuisce all'inerzia del creditore nell'esercizio del diritto una rilevanza idonea ad incidere sull'esistenza del diritto non esercitato dal titolare⁶ per un certo lasso temporale non breve ma non meglio determinato, comportandone la perdita⁷.

³ In generale il tema della disciplina della non coerente del contraente è considerato anche dalle due proposte di codificazione di un diritto contrattuale uniforme, segnatamente l'art. 1.8 dei *Principles Unidroit* e l'art. I. – 1:103 del DCFR.

⁴ Cass., 14 giugno 2021, n. 16743, in *Europa e Diritto Privato*, 2022, 1, 203.

⁵ Cass., 14 marzo 2024, n. 11219, in *Foro it.*, 2024, 7-8, I, 2084.

⁶ È fin troppo nota l'antica *querelle* circa l'interpretazione da darsi al dettato dell'art. 2934 c.c. "ogni diritto si estingue per prescrizione", al tema, qui neppure riassumibile, ho dedicato alcune riflessioni nel recente volume *Inerzia e attività nell'esercizio del diritto*, Torino, 2024, 23 e ss., alle quali mi permetto di rinviare. In estrema sintesi in esso giungo a sostenere che la prescrizione non estingue il diritto e che l'art. 2934 c.c. detti solo una *regola di prevalenza*. L'espressione "ogni diritto si estingue per prescrizione" allude, senza dirlo, all'insorgenza, in virtù dell'inerzia del titolare del diritto per un ben definito arco temporale, di un *contro-diritto del debitore di eccepire la prescrizione precludendo così l'accoglimento della domanda; contro-diritto di natura potestativa e, dunque, di possibile ma non necessario esercizio*. Laddove esso sia però in concreto esercitato prevarrà rispetto al diritto primigenio del soggetto creditore che, con il maturare del tempo della prescrizione, prima che la stessa sia eccepita, si connota per essersi solo *potenzialmente indebolito*. Per una prospettiva non molto dissimile cfr. il fondamentale contributo di P. VITUCCI, *La prescrizione*, in *Comm. cod. civ.*, diretto da P. Schlesinger, I, artt. 2934-2940, Milano, 1990, 33, che evidenzia che il maturare del tempo della prescrizione non estingue il diritto del creditore incidendo piuttosto sulla possibilità che il diritto possa essere utilmente fatto valere in giudizio, comportando la relativa eccezione ritualmente sollevata dal debitore che la domanda venga respinta.

⁷ Invero, sul punto non vi è assoluta convergenza di opinioni; riferisce S. PATTI, *Tempo, prescrizione e Verwirkung*, cit., 62, che se l'orientamento prevalente ritiene che la *Verwirkung* determini l'estinzione del diritto, altri ritengono che, invece, ne determini soltanto una limitazione in quanto il fondamento dell'istituto deriva dal principio di buona fede "la cui violazione conduce normalmente all'inammissibilità dell'esercizio del diritto". L'Autore a Sua volta sostiene che la *Verwirkung* "può determinare sia l'estinzione che la semplice limitazione del diritto. La diversità degli effetti dipende dal modo in cui può realizzarsi l'inattività del titolare e dall'affidamento generato nella controparte".



Tale effetto dirimente si produrrebbe semprecché la prolungata inerzia del creditore abbia fatto sorgere nel soggetto debitore un ragionevole ed apprezzabile affidamento sul definitivo non esercizio del diritto medesimo. Ciò farebbe sì che qualora il titolare del diritto intenda, successivamente, interrompere l'inattività e fare valere la propria pretesa, porrebbe in essere un comportamento sleale o, comunque, non coerente, integrante un'ipotesi di abuso nell'esercizio del diritto, siccome lesivo dell'affidamento indotto nel debitore ed in preteso contrasto con il principio di buona fede⁸. Di qui, la perdita consequenziale della tutela giudiziaria.

Con l'ordinanza del 14 marzo 2024, n. 11219, la Corte, nella medesima sezione ma in differente composizione, è ritornata, a distanza di un triennio, a pronunciarsi sul discusso istituto della *Verwirkung* la cui applicazione è invocata dal ricorrente che assume che la società locatrice avrebbe violato i canoni di correttezza e buona fede, incorrendo in un abuso del diritto, per aver preteso in un'unica soluzione il pagamento di un rilevante numero di canoni di locazione, di cui in precedenza non aveva mai chiesto l'adempimento.

Tuttavia questa volta l'esito è del tutto diverso: la Corte, nel prendere le distanze dalla precedente pronuncia – definita “isolata” –, fin dai primi passaggi della motivazione, afferma che: *in generale l'orientamento espresso dalla richiamata pronuncia non pare in assoluto condivisibile al Collegio. Esso orientamento si traduce, infatti, in una incondizionata apertura all'operatività, nell'ordinamento italiano, di un istituto ad esso sconosciuto, consistente nella Verwirkung del diritto tedesco, quale consumazione del diritto collegato all'inattività (Rechtsverschweigung) del titolare. E sebbene anche nell'ordinamento italiano analoghe conseguenze siano state talora collegate da questa Corte a fattispecie peculiari di ritardo sleale nell'esercizio del diritto, in particolare in talune fattispecie in materia lavoristica, tuttavia nel nostro ordinamento non può darsi ingresso in via generale al principio della Verwirkung.*

Successivamente alla recisa presa di posizione di cui innanzi sono declinati i due passaggi argomentativi che ne costituiscono il fondamento.

E così, quanto all'applicazione della clausola generale di buona fede, la Corte precisa che: *il semplice ritardo nell'esercizio del diritto (nel caso di specie, diritto di agire per fare valere l'inadempimento della controparte) può dar luogo ad una violazione del principio di buona fede nell'esecuzione del contratto soltanto se, non rispondendo esso ad alcun interesse del suo titolare, correlato ai limiti e alle finalità del contratto, si traduca in un danno per la controparte.*

Quanto alla valenza da attribuirsi all'inerzia del titolare del diritto la Corte puntualizza che: *la volontà tacita di rinunciare ad un diritto si può desumere soltanto da un comportamento concludente del titolare che riveli la sua volontà univoca di non avvalersi del diritto, volontà univoca non ravvisabile nell'inerzia o nel ritardo nell'esercizio del diritto che possono assumere rilevanza soltanto ai fini della prescrizione estintiva.*

Coerentemente con tali premesse, la Corte giunge alla conclusione che: *il solo ritardo nell'esercizio del diritto, per quanto imputabile al titolare dello stesso e per quanto tale da far ragionevolmente ritenere al debitore che il diritto non sarà più esercitato, non può costituire motivo per negare la tutela giudiziaria dello stesso, salvo che tale ritardo sia la conseguenza fattuale di una inequivoca rinuncia tacita o di una modifica della disciplina contrattuale.*

⁸ Com'è noto la *Verwirkung* è stata anche qualificata come un'applicazione del divieto di contraddizione, espresso dalla formula *nemo contra factum proprium venire potest*, in proposito per ampi riferimenti cfr., A. CALONI, *op. cit.*, 112 e ss.



Gli approdi della più recente pronuncia della Cassazione sono certamente condivisibili oltre che per le ragioni riportate del *decisum* anche per le ulteriori considerazioni da chi scrive espresse in altro scritto, al quale sia consentito rinviare, per una sintesi, in nota ⁹.

3. L'incidenza della tolleranza sull'esercizio del diritto alla risoluzione del contratto

Su una falsariga non molto dissimile il tema della conservazione del contratto e dei diritti da esso rinvenienti all'esito della condotta inadempiente o non esattamente adempiente di uno dei contraenti si interseca con la tolleranza manifestata dal creditore al perdurare nel tempo dell'altrui inadempimento o inesatto adempimento o, comunque, con il comportamento contraddittorio da questi tenuto rispetto all'altrui inadempimento.

La questione, come si accennava innanzi, attiene alla valenza da attribuirsi a tali atteggiamenti del creditore sull'interesse di questi all'adempimento, all'incidenza di essi sulla valutazione della gravità dell'inadempimento e, di conseguenza, sul diritto del creditore fedele, ma per certo tempo tollerante, a cambiare atteggiamento ed esigere che il debitore adempia esattamente, in ossequio al vincolo contrattuale, le proprie obbligazioni o, in mancanza, ad invocare la risoluzione del contratto.

Ritorna l'attualità del rapporto tra diritto ed azione: se può, infatti, con una certa sicurezza affermarsi che la tolleranza non può essere negatoria del diritto tanto all'adempimento quanto ad invocare la risoluzione del contratto né integrare una rinuncia tacita a tali diritti ¹⁰, tuttavia minore certezza v'è laddove

⁹ S. MONTICELLI, *Verwirkung ultimo atto*, in *Accademia*, 2024, fasc. 5, 551 e ss., ove si richiama l'attenzione sul limitato ruolo d'incidenza sulle situazioni giuridiche attribuito dal nostro ordinamento al decorso del tempo unitamente all'inattività del soggetto titolare del diritto. Ruolo limitato che il legislatore ha opportunamente circoscritto agli istituti della decadenza e della prescrizione, prevedendo, specie per quest'ultima, una minuziosa quanto articolata disciplina, anche distinta per tipologie di diritti prescrivibili, nella considerazione che essa "può operare, e spesso opera, come un *impium praesidium*" potendo essere invocata anche da chi, pur avendo beneficiato della controprestazione, non abbia poi onorato i propri impegni. È, infatti, da ricordare che nella prescrizione il legislatore, nel tenere in debito conto l'*impium praesidium* di cui innanzi, ha opportunamente apprestato una serie di cautele che giovano a riequilibrare il sistema, mentre ciò non ricorre nell'istituto della *Verwirkung*, trattandosi di un istituto di esclusiva matrice giurisprudenziale ove è devoluta all'apprezzamento del magistrato, con riferimento al caso concreto, la valutazione dell'atteggiamento tenuto dal creditore in ragione delle circostanze, se ed in quanto idonee a determinare, nel debitore, un affidamento circa l'estinzione del diritto siccome non esercitato per un certo tempo. È perciò agevole rilevare che la prescrizione, non la *Verwirkung*, opera solo su eccezione di parte, generalmente il debitore, che si assume la responsabilità anche morale di farla valere, peraltro nei termini e con le modalità stabilite dal codice di rito, trattandosi di eccezione in senso stretto, vietando, nel contempo che essa possa trovare applicazione in virtù di un'iniziativa officiosa del giudice. La prescrizione, coerentemente con il suo operare su eccezione di parte, non la *Verwirkung*, consente al debitore di rinunciarvi e, nel contempo, non attribuisce a questi l'azione per la ripetizione del pagamento del debito prescritto. Ed ancora, la prescrizione, non la *Verwirkung*, consente al creditore di azzerare il decorso del tempo, attraverso gli atti interruttivi (art. 2943 e ss.), purché intervenuti entro il termine del maturare della prescrizione, assicurando, così, la piena sopravvivenza del diritto entro quel termine, dando certezze ad entrambe le parti del rapporto obbligatorio, nonché consente di rendere irrilevante il decorso del tempo in rapporto all'inerzia nell'esercizio del diritto, attraverso le cause di sospensione dettagliate negli artt. 2941 e 2942 c.c. Infine, la prescrizione, non la *Verwirkung*, al rapporto inerzia – decorso del tempo attribuisce valenza diversa a seconda del diritto di che trattasi, con una tempistica opportunamente differenziata, anche in relazione al *dies a quo*, che tiene conto delle specificità che connotano i vari diritti prescrivibili ed il bilanciamento degli interessi in gioco. Tale minuziosa regolamentazione, rafforzata dalla previsione d'inderogabilità delle norme sulla prescrizione contenuta nell'art. nell'art. 2936 c.c., innesta dunque dei rilevanti contrappesi che non solo marcano una rilevante linea di confine tra i due istituti ma, nel contempo, giustificano la prevalente contrarietà degli interpreti a dare ingresso nel nostro ordinamento all'istituto della *Verwirkung*.

¹⁰ Cass., 18 giugno 1980, n. 3866, in *Giust. civ. mass.*, 1980, espressamente sottolinea che la "rinuncia preventivamente al diritto potestativo di chiedere la risoluzione del contratto per inadempimento della controparte deve risultare (a parte la questione



si parametri la tolleranza all'interesse all'azione per fare valere il diritto alla risoluzione del vincolo contrattuale.

Perché se è vero che d'inadempimento deve parlarsi alla luce del contenuto obiettivo del regolamento contrattuale, ovvero di difettosa od incompleta esecuzione del sinallagma, è altrettanto vero che, una volta accertato che l'inadempimento vi è stato, ai fini dell'accoglimento o meno di una domanda di risoluzione proposta dal contraente "fedele", la questione si sposta sulla sua gravità, che va allegata e dimostrata da chi agisce per la risoluzione, e la cui valutazione non può prescindere dal vaglio dell'"interesse" all'adempimento del contraente, istante.

Sorge legittimamente l'interrogativo se una tale valutazione debba tenere conto di una serie di circostanze concrete e soggettive che spostino il *focus* sull'interesse soggettivo all'adempimento.

Questione che si complica nell'ipotesi di clausola risolutiva espressa, pattuita in contratto, di cui il creditore avrebbe potuto invocare l'applicazione risolvendo, così, stragiudizialmente, il vincolo negoziale, ma che, all'opposto, si è astenuto dall'invocarne l'applicazione. Complicazione rinveniente dalla pacifica considerazione che la previsione di una clausola risolutiva espressa risponde proprio alla finalità di definire pattiziamente e preventivamente quando l'adempimento di determinate obbligazioni sia da considerarsi grave, sgravando, così, il contraente fedele, nel cui interesse è prevista, dell'onere talvolta gravoso di dimostrare la gravità dell'inadempimento dell'obligato escludendo, altresì, ogni sindacato del giudice al riguardo.

La due problematiche, benché connesse, vanno analizzate separatamente.

4. La tolleranza, indice sintomatico della carenza d'interesse del contraente fedele alla regolare esecuzione della prestazione e la valutazione della gravità dell'inadempimento

In ordine alla prima questione va considerato il rapporto che lega l'art. 1453 c.c. e l'art. 1455 c.c.; se la prima disposizione sancisce che la stipulazione di un contratto a prestazioni corrispettive e l'inadempimento di uno dei contraenti sono, ai sensi dell'art. 1453 c.c., i fatti costitutivi del diritto del contraente fedele ad ottenere la risoluzione del contratto, ovvero l'adempimento, ed in ogni caso il risarcimento del danno, l'art. 1455, c.c. puntualizza, limitando così la portata della prima norma, che "Il contratto non si può risolvere se l'inadempimento di una delle parti ha scarsa importanza, *avuto riguardo all'interesse dell'altra*".

Tuttavia, la norma fa un generico riferimento all'"interesse" della parte non inadempiente senza chiarire espressamente a quale vicenda vada rapportato il parametro dell'interesse.

Interesse all'adempimento o interesse alla risoluzione?

In apicibus la lettera della norma potrebbe essere interpretata in due sensi alternativi: quale interesse alla risoluzione del contratto, oppure quale interesse alla esecuzione del contratto.

È agevole osservare, tuttavia, che la prima interpretazione renderebbe la norma superflua.

Se, infatti, si intendesse l'art. 1455 c.c., nel senso che l'inadempimento rilevante ai fini della risoluzione è quello di non scarsa importanza, avuto riguardo all'interesse della controparte alla risoluzione, si finirebbe per rendere l'art. 1455 c.c., un ovvio paralogismo: *e cioè che ha diritto a chiedere la risoluzione la parte che ha interesse alla risoluzione*. E poiché quando una norma consente più letture alternative, va

della validità di un'intesa siffatta in relazione al disposto dell'art. 1229 c.c.) da un'esplicita manifestazione di volontà o da elementi concludenti, univoci ed incompatibili con l'intento di conservare il potere anzidetto".



preferita quella in grado di conferire al testo della legge un senso, piuttosto che quella in base alla quale la norma non avrebbe senso alcuno, sarebbe da accogliere la lettura secondo cui l'interesse richiesto dall'art. 1455 c.c., non può che consistere nell'interesse della parte non inadempiente alla prestazione rimasta ineseguita¹¹.

Interesse, precisa taluna giurisprudenza, che deve presumersi (con presunzione semplice, ex art. 2727 c.c.) vulnerato tutte le volte che l'inadempimento sia stato di rilevante entità, ovvero abbia riguardato obbligazioni principali e non secondarie¹².

Ciò chiarito il problema non è affatto risolto, piuttosto, si sposta anzitutto sull'individuazione di quali obbligazioni possano effettivamente dirsi secondarie.

Se è evidente che le obbligazioni che connotano il sinallagma proprio di un tipo contrattuale – quali ad esempio il canone vs. il godimento del bene, nella locazione, la realizzazione dell'opera vs. il prezzo, nell'appalto – vanno certamente qualificate come obbligazioni principali, in quanto individuano i termini ineludibili dello scambio senza del quale quel contratto non può ascrivere a quel tipo contrattuale, tuttavia, non può escludersi che la qualificazione di obbligazioni “principali” possa attribuirsi pure ad obbligazioni che, pur non riguardando esplicitamente lo scambio, assumono un'importanza determinante nell'assetto d'interessi voluto dalle parti. Penso ad esempio agli obblighi d'informazione con riferimento ai contratti finanziari, o agli obblighi di cooperazione nei contratti per l'esecuzione di opere e servizi etc.

In ogni caso, ed indipendentemente da tale spinosa e dibattuta questione, la giurisprudenza ha evidenziato che, ai fini della valutazione della gravità dell'inadempimento in relazione ad una domanda di risoluzione, il giudice debba tenere conto oltre che di un criterio oggettivo, volto alla verifica che l'inadempimento abbia inciso in misura apprezzabile nell'economia complessiva del rapporto (in astratto, per la sua entità, e, in concreto, in relazione al pregiudizio effettivamente causato all'altro contraente), sì da dar luogo ad uno squilibrio sensibile del sinallagma contrattuale, anche di eventuali elementi di carattere soggettivo, consistenti nel comportamento di entrambe le parti (come una tempestiva riparazione, ad opera dell'una, un reciproco inadempimento o una protratta tolleranza/inerzia dell'altra), che possano, in relazione alla particolarità del caso, attenuarne l'intensità¹³.

Fattori soggettivi, dunque, che temperano una valutazione fondata esclusivamente sul criterio oggettivo dell'incidenza dell'inadempimento sul sinallagma¹⁴, e sono idonei ad incrinare o superare quella

¹¹ Sul punto Cass. 20.02.2018, n. 4022, *Foro it.*, 2018, 6, I, 2096.

¹² Cass., 14.06.2001, n. 8063, in *Studium juris*, 2002, 97.

¹³ Cass., 22.10.2014, n. 22346, in *Giust. civ. mass.*, 2014; orientamento che ha trovato ampio seguito nella giurisprudenza di merito specie in materia locatizia, cfr., tra le altre, Trib. Roma, 30.04.2024, in *Guida al dir.*, 2024, 24; Trib. Latina, 5.11.2019, in *Banca dati DeJure*. Da ultimo, però, con riferimento alle locazioni abitative, Trib. Napoli Nord, 31.03.2025, in *Banca dati DeJure*, ove, in linea con l'orientamento più volte espresso dalla giurisprudenza (Cass., 17.04.1987, n. 3791, in *Giust. civ. mass.*, 4), si puntualizza che “L' art. 5 della L. 392/78, con riferimento alle locazioni ad uso abitativo, introduce un criterio normativo per la determinazione della gravità dell'inadempimento, descrivendo due parametri essenziali: uno avente natura quantitativa, relativo alla mancata corresponsione del canone; l'altro di carattere temporale relativo al ritardo massimo tollerabile. Ne consegue che, essendo vincolata a una determinazione *ex lege*, la valutazione dell'importanza dell'inadempimento non rientra nella discrezionalità del giudice. Il superamento del termine legale di tolleranza per il pagamento del canone comporta, *ope legis*, l'inadempimento rilevante ai fini della risoluzione del contratto, senza che rilevi l'entità complessiva dell'importo dovuto o altre circostanze fattuali suscettibili di influenzare l'apprezzamento del giudice in merito alla gravità”.

¹⁴ In dottrina, tra gli altri, R. SACCO, voce *Risoluzione per inadempimento*, in *Dig. Disc. Priv.*, sez. civ., vol. XVIII, Torino, 1998, 61; A. BELFIORE, voce *Risoluzione del contratto per inadempimento*, in *Enc. dir.*, vol. XVI, Milano, 1989, 1322.



presunzione semplice circa l'interesse della parte non inadempiente alla prestazione rimasta ineseguita di cui all'art. 2727 c.c.¹⁵, nonché rilevano ai fini del parametro della gravità individuato dall'art. 1455 c.c., divenendo così ostativi al riconoscimento di quell'interesse alla risoluzione e, dunque, impeditivi dell'accoglimento dell'azione volta allo scioglimento del vincolo negoziale.

Fattori soggettivi che, come quelli oggettivi che legano l'interesse alla risoluzione all'alterazione grave del sinallagma, sono rilevabili d'ufficio semprecché risultino agli atti del giudizio rappresentando elementi che attengono al fondamento stesso della domanda¹⁶.

In definitiva, sembra potersi sostenere che la tolleranza protratta nel tempo dell'altrui inadempimento o, ancor più, dell'inesattezza dell'altrui inadempimento esprima una carenza d'interesse del creditore fedele alla rispettosa regolare esecuzione della prestazione dedotta nel contratto e, quindi, inevitabilmente si riverberi sull'interesse del contraente fedele ad invocarne la risoluzione.

5. La tolleranza, fattore d'indebolimento dell'azionabilità del diritto alla risoluzione

La tolleranza del contraente fedele da fattore neutro – chi tollera, chi subisce inerte l'altrui inadempimento, non fa nulla – assurge, in ragione di quanto detto innanzi, ad elemento atto ad incidere sull'azionabilità del diritto potestativo a fare valere la risoluzione, trasformandosi nel contempo in un indiretto strumento di conservazione del contratto¹⁷.

La tolleranza, quale indice sintomatico della carenza d'interesse del contraente fedele alla regolare esecuzione della prestazione, indebolisce perciò il diritto, non lo estingue né lo modifica, dando adito al debitore di eccepire quella carenza d'interesse, o al giudice di rilevarla nell'esercizio dei poteri officiosi seprecché risulti dagli atti di causa, determinando, così, il rigetto della relativa domanda di risoluzione.

In definitiva, sembra potersi affermare che la tolleranza dell'inadempimento non rappresenta un fatto¹⁸ giuridicamente irrilevante in quanto è, per quanto detto, idonea ad incidere sulle dinamiche effettuali/rimediali nascenti dal contratto, tuttavia essa non incide tanto sul diritto del contraente fedele

¹⁵ Per una rassegna dei parametri di giudizio presi in considerazione dalla giurisprudenza in ordine al significato della formula legale della “scarsa importanza” delineata dall'art. 1455 c.c., cfr., D. CARUSI, *Commento all'art. 1455*, in *Comm. del cod. civ.* diretto da E. Gabrielli, *Dei contratti in generale* a cura di E. Navarretta e A. Orestano, Torino, 2011, 431-432.

¹⁶ Sul punto, tra le altre, con estrema chiarezza Cass. 28.03.1995, n. 3669, in *Giust. civ. mass.*, 1995, 710, che pone in evidenza che “La non scarsa importanza dell'inadempimento, che, nel giudizio di risoluzione del contratto con prestazioni corrispettive, deve essere verificata anche di ufficio dal giudice, trattandosi di elemento che attiene al fondamento stesso della domanda, deve essere accertata non solo in relazione alla entità oggettiva dell'inadempimento, ma anche con riguardo all'interesse che l'altra parte intende realizzare”. Analogamente, più di recente, Cass., 11.02.2022, n. 4476, in *Guida al dir.*, 2022, 14.

¹⁷ In una differente prospettiva E. ROPPO, *Il contratto*, Milano, 2025, 833, qualifica la tolleranza tra le cause giustificative dell'inadempimento, La tesi non è appieno convincente: se è vero, infatti, che la tolleranza può, per le ragioni esposte nel testo, essere presa in considerazione dal giudice quale fattore indicativo di uno scarso interesse del creditore all'adempimento, secondo quanto contrattualmente previsto, incidendo così sul giudizio di gravità dell'inadempimento e, quindi, sul buon esito dell'azione di risoluzione, ciò non di meno non giustifica l'inadempimento. Esso tale rimane né può dirsi giustificabile, rilevando il comportamento tollerante del creditore solo sulla valutazione circa la gravità dello stesso ed al limitato fine dell'accoglimento o meno della domanda di risoluzione.

¹⁸ La considerazione della tolleranza quale fatto giuridico umano, inteso come atteggiamento di chi consapevolmente non reagisce all'altrui comportamento è assolutamente prevalente in dottrina, cfr., tra gli altri, G. SICCHERO, voce *Tolleranza*, in *Dig. disc. priv., sez. civ.*, vol. XIX, Torino, 1999, 373.



negandolo o modificandolo¹⁹, quanto piuttosto sull'azionabilità del rimedio risolutorio²⁰: il tollerare l'altrui inadempimento è infatti specchio di una carenza d'interesse alla esecuzione della prestazione secondo il contratto e, di conseguenza, tale carenza d'interesse non può integrare quell'elemento essenziale della domanda di risoluzione che trova, proprio nella presupposta affermazione/valutazione della gravità dell'inadempimento, in ragione dell'interesse alla prestazione da parte del contraente fedele, il suo ineludibile fondamento.

Ne consegue che poiché la tolleranza non incide sul diritto che, come detto, resta inalterato, in qualsiasi momento, e ciò rileva specie nei contratti di durata, il contraente fedele potrà cambiare atteggiamento e pretendere la regolare esecuzione del contratto (ad esempio pretendendo la puntualità nel pagamento dei canoni locatizi, il rispetto delle peculiari modalità di consegna nella vendita a consegne ripartite, etc.); tuttavia, tale mutato comportamento del contraente fedele potrà essere fatto valere solo a fronte di una futura inadempienza del debitore, legittimandolo, in tal caso, a rifiutare la prestazione eseguita in maniera difforme da quanto convenuto e ad agire a tutela dell'esatto adempimento o ad invocare la risoluzione del contratto.

6. L'incidenza della tolleranza sulla clausola risolutiva espressa

Il tema di queste riflessioni si ripropone a proposito della clausola risolutiva espressa. Anche in tal caso è dubbia la valenza da attribuirsi al mancato esercizio da parte del creditore, nel cui interesse era stata pattuita la clausola, del diritto potestativo ad invocare la risoluzione stragiudiziale del contratto, ma con una complicazione in più.

Qui la tolleranza dell'altrui inadempimento assume valenza negatoria della previsione pattizia volta ad individuare, per comune determinazione delle parti, la gravità dell'inadempimento, ed allora sorge legittimamente l'interrogativo se a tale comportamento tollerante/inerte del creditore possa attribuirsi non più solo la evidenziata valenza processuale di indebolimento dell'azionabilità del diritto del soggetto creditore/tollerante ad invocare la risoluzione del contratto, ma una valenza sostanziale: di rinuncia alla clausola in questione e, dunque, di modifica implicita del contratto.

La giurisprudenza²¹ è in più occasioni intervenuta sulla questione affermando che “in tema di clausola risolutiva espressa, la tolleranza della parte creditrice”, che si può estrinsecare tanto in un comportamento negativo, quanto in uno positivo (quale, ad esempio, l'accettazione di un pagamento parziale o tardivo), “non determina l'eliminazione della clausola per modificazione della disciplina contrattuale, né è sufficiente ad integrare una tacita rinuncia ad avvalersene, ove la parte creditrice contestualmente o successivamente all'atto di tolleranza manifesti l'intenzione di avvalersi della clausola in caso di ulteriore protrazione dell'inadempimento”²².

¹⁹ Da ultimo Cass., 18.02.2025, n. 4268, in *Banca dati DeJure*, ove si legge: “l'inerzia del locatore nel richiedere il puntuale adempimento del canone rispetto a pur reiterati ritardi del conduttore non va interpretata alla stregua di un comportamento tollerante di accondiscendenza ad una modifica contrattuale del termine di pagamento, non potendo una condotta così equivoca indurre il conduttore a ritenere di essere autorizzato ad adempiere in base alla propria disponibilità”; orientamento in linea con chi, in dottrina, evidenzia l'inidoneità del comportamento tollerante ad integrare una modifica/novazione del rapporto obbligatorio nella condivisibile considerazione che la volontà di novare non può presumersi da un semplice atteggiamento tollerante, cfr., G. SICCHERO, *op. cit.*, 379; in argomento cfr., anche, S. PATTI, *Profili della tolleranza nel diritto privato*, Napoli, 1978, 135 e ss.

²⁰ Analogamente A. CALONI, *op. cit.*, 128, rileva che “la tolleranza comporta un effetto eminentemente sospensivo del rimedio” risolutorio.

²¹ Da ultimo cfr. Cass., 27.12.2023, n. 36098, in *Guida al dir.*, 2024, 5.

²² Cass., 27.09.2016, n. 18991, in *Arch. loc.*, 2017, 1, 56, ove si legge: “In riferimento alla clausola risolutiva espressa



Tale orientamento è certamente da condividersi.

Per di più, laddove nella clausola manchi un termine specifico entro il quale contestare l'altrui inadempimento il fatto che il creditore non si avvalga immediatamente di essa, a maggior ragione dovrà essere ritenuto come un atto di mera tolleranza, non rappresentando una rinuncia alla facoltà di avvalersi del rimedio previsto dall'art. 1456 c.c. per lo meno laddove, nel futuro, l'inadempimento del debitore si ripresenti.

E se tale approdo interpretativo marca una netta distinzione con la logica della *Verwirkung* tuttavia, questa legittima inversione comportamentale del contraente fedele, proprio in quanto idonea a negare un preteso affidamento indotto nel debitore dalla preesistente reiterata tolleranza del creditore, per essere certamente scevra da censure motivate dall'asserita idoneità di tale comportamento contraddittorio a ledere la clausola generale di buona fede, esige un atto, una comunicazione idonei ad interrompere quel supposto²³ affidamento²⁴. Comunicazione che perciò va portata a conoscenza del debitore, anche se priva di ogni motivazione a sostegno del cambio comportamentale: esso, infatti, non necessita di giustificazioni di sorta trovando la sua giustificazione nell'immutato vincolo contrattuale vigente tra le parti, la cui "forza di legge" il creditore della prestazione legittimamente evoca a sostegno implicito della sua nuova determinazione comportamentale.

7. La valenza della clausola di tolleranza e la conservazione del contratto

In ragione di quanto innanzi, se sembra potersi affermare che la protezione dell'affidamento del debitore nel mancato esercizio del diritto da parte del contraente fedele e tollerante è in grado di ingenerare, in danno di questi, non già l'estinzione del diritto, ma l'effetto ridotto dell'indebolimento del diritto ad invocare la risoluzione del vincolo contrattuale – ciò indipendentemente se invochi una risoluzione giudiziale o stragiudiziale, sussistendone i presupposti – tale dinamica effettuale è suscettibile di essere per così dire "governata" qualora nel contratto sia pattuita una clausola volta a disciplinare la cd. tolleranza²⁵.

Con essa, come si è rilevato²⁶, le parti del contratto intendono reagire agli effetti della tutela dell'affidamento propri dei vari sistemi dichiarando di escludere che il loro eventuale e successivo comportamento tollerante dell'inadempimento o dell'inesatto adempimento possa modificare o comunque incidere sulla disciplina del rapporto come prevista dal contratto, condizionandone le dinamiche rimediali.

prevista in un contratto di locazione, la tolleranza del locatore nel ricevere il canone oltre il termine stabilito la rende inoperante, ma la clausola riprende la sua efficacia se il creditore, che non intende rinunciare ad avvalersene, provveda, con una nuova manifestazione di volontà, a richiamare il debitore all'esatto adempimento delle sue obbligazioni". Analogamente ed in termini generali, da ultimo, Cass., 27.12.2023, n. 36098, in *Guida al dir.*, 2024, 5.

²³ Condivisibili sono le considerazioni di G. SICCHERO, *op. cit.*, 379, ove evidenzia "come la convinzione del debitore circa il futuro atteggiamento tollerante del creditore, rappresenti solo un atteggiamento intimo che non merita tutela sol che si consideri come il debitore stesso, ove intenda avere la certezza che un adempimento con modalità diverse da quelle proprie del rapporto in essere sia accettato dal creditore, ben potrebbe ottenerne il consenso domandandolo preventivamente".

²⁴ Analogamente D. IMBRUGLIA, *La clausola di tolleranza*, cit., 219 e ss.

²⁵ Le clausole generalmente in uso hanno il seguente tenore: "Le parti concordano che la mancata esecuzione di uno o più diritti previsti dal presente contratto non sarà considerata come rinuncia definitiva a tali diritti, e la parte tollerante potrà far valere i propri diritti in qualsiasi momento successivo" oppure "L'eventuale omissione o ritardo nel far valere uno o più dei diritti previsti dal presente contratto non potrà comunque essere intesa come definitiva rinuncia a tali diritti e non impedirà, quindi, di esigerne in qualsiasi altro momento il puntuale e rigoroso adempimento".

²⁶ D. IMBRUGLIA, *op. cit.*, 222 e ss.



In definitiva la clausola di tolleranza risponde alla finalità di escludere la rilevanza giuridica di un comportamento contrastante con l'affermazione e l'esercizio del diritto alla risoluzione del contratto di cui si invoca la tutela giudiziale.

La clausola in questione, in quanto toglie valore giuridico al fatto – della tolleranza –, risponde all'intento d'incidere da un lato sulla proponibilità dell'eccezione del debitore fondata sulla clausola di buona fede avverso il mutato comportamento del creditore (da tollerante a intollerante), dall'altro sullo stesso parametro valutativo del giudice in ordine all'incidenza di quel comportamento tollerante sull'interesse del creditore all'adempimento o all'esatto adempimento, minando il fondamento della domanda di risoluzione.

I dubbi manifestati da taluna dottrina circa l'immeritevolezza di tale clausola atipica invero non sembrano sostenuti da convincenti argomentazioni e, ciò, anzitutto nella considerazione che la previsione in questione non solo non appare confliggente con i principi dell'ordinamento ma anche che essa, in quanto generalmente posta nell'interesse di entrambe le parti contrattuali, non può considerarsi un esercizio arbitrario dell'autonomia privata da parte di una di esse, avendo la sola finalità di dare attuazione piena al programma negoziale come sancito nel contratto. Qualche dubbio, semmai, potrebbe porsi ove si consideri la clausola di che trattasi "di mero stile", il che potrebbe trovare credito qualora la stessa fosse riportata, con altre, tra le clausole di chiusura del contratto. Tuttavia, una valutazione in tal senso non potrebbe farsi in astratto, necessitando, piuttosto, un'indagine in concreto alla luce dei criteri d'interpretazione di cui agli artt. 1362 e ss., c.c.



FABIO ADDIS*

**MISURE DILATORIE, «PREPARAZIONE» DELLA RISOLUZIONE E «RECUPERO»
DEL RAPPORTO SINALLAGMATICO NEL CANONE DI ROSALBA ALESSI**_*******DILATORY REMEDIES, THE “PREPARATION” OF TERMINATION FOR BREACH,
AND THE “RECOVERY” OF THE SYNALLAGMATIC RELATIONSHIP
IN ROSALBA ALESSI’S WORK**

ABSTRACT: Il contributo prende le mosse dallo scritto di Rosalba Alessi su *Risoluzione per inadempimento e tecniche di conservazione del contratto*, evidenziandone l’attualità metodologica e sistematica. L’analisi si concentra, in particolare, sul rapporto tra risoluzione per inadempimento ed eccezioni dilatorie, con riguardo agli artt. 1460 e 1461 c.c. La tesi sostenuta è che il carattere “preparatorio” dell’eccezione rispetto alla risoluzione debba essere inteso soltanto in senso descrittivo: l’esercizio del rimedio dilatorio non agevola né anticipa causalmente lo scioglimento del contratto, ma apre una fase interlocutoria nella quale il rapporto può ancora essere recuperato oppure, al contrario, definitivamente compromesso. In questa prospettiva, le eccezioni dilatorie non si esauriscono in una tecnica di mera conservazione statica del sinallagma, ma possono concorrere all’adattamento del rapporto alla sopravvenienza, attraverso l’offerta di idonea garanzia, l’adempimento anticipato o l’esercizio parziale del rifiuto. Ne deriva una diversa lettura della buona fede di cui all’art. 1460, comma 2, c.c., non come criterio di valutazione della gravità dell’inadempimento altrui, bensì come misura di proporzionalità e correttezza del rifiuto opposto dall’*excipiens*. L’opera di Alessi consente così di ripensare il principio *inadimplenti non est adimplendum* in chiave non solo difensiva, ma anche conservativa e ricostruttiva della relazione contrattuale.

ABSTRACT: The article takes as its starting point Rosalba Alessi’s essay on *Risoluzione per inadempimento e tecniche di conservazione del contratto*, highlighting its continuing methodological and systematic relevance. The analysis focuses in particular on the relationship between termination for breach and dilatory defences, with special regard to Articles 1460 and 1461 of the Italian Civil Code. The central claim is that the “preparatory” character of the defence in relation to termination should be understood merely in a descriptive sense: the exercise of a dilatory remedy neither facilitates nor causally anticipates the dissolution of the contract, but rather opens an interlocutory phase in which the contractual relationship may still be recovered or, conversely, become definitively compromised. From this perspective, dilatory defences are not limited to the static preservation of the synallagmatic balance; they may also contribute to adapting the relationship to supervening circumstances, through the offer of adequate security, anticipatory performance, or the partial exercise of the refusal to perform. This leads to a different understanding of good faith under Article 1460, paragraph 2, not as a criterion for assessing the seriousness of the other party’s breach, but as a measure of the proportionality and fairness of the refusing party’s conduct. Alessi’s work thus provides the basis for reconsidering the *principle inadimplenti non est adimplendum* not only in defensive terms, but also as a means of preserving and reconstructing the contractual relationship.

* Professore ordinario di Diritto privato – Università La Sapienza di Roma.

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

*** Lo scritto rappresenta una rielaborazione, corredata da essenziali riferimenti bibliografici, della relazione tenuta il 3 ottobre 2025, nell’Aula Magna del Dipartimento di Giurisprudenza dell’Università degli Studi di Palermo, in occasione dell’incontro di studi intitolato «Risoluzione per inadempimento e tecniche di conservazione del contratto», ad esito del quale è stato consegnato alla Festeggiata il Liber amicorum *per Rosalba Alessi*, 1-3, a cura di L. Modica, R. Natoli, L. Nivarra, G. Pisciotta Tosini, A. Plaia e M.C. Venuti, Palermo, 2025.



SOMMARIO: 1. *Approccio metodologico e incidenza sistematica di Risoluzione per inadempimento e tecniche di conservazione del contratto.* – 2. *Congegno tecnico della dilazione e natura sinallagmatica delle eccezioni.* – 3. *Carattere «preparatorio» alla risoluzione delle eccezioni dilatorie.* – 4. *Soddisfacimento delle «istanze di recupero» del rapporto alterato dalla sopravvenienza.* – 5. *Proporzionalità della difesa dilatoria e gravità dell'inattuazione lamentata dall'«ex-cipiens».*

1. Approccio metodologico e incidenza sistematica di *Risoluzione per inadempimento e tecniche di conservazione del contratto*

L'intitolazione dell'incontro di oggi non mira solo ad offrire un omaggio ad uno degli scritti più significativi della produzione scientifica di Rosalba Alessi¹. Esso intende, più esattamente, dimostrare che l'approccio metodologico e lo sviluppo argomentativo di quel lavoro rimangono ancor oggi attuali, nonostante siano passati più di 40 anni dalla sua pubblicazione e il sistema giuridico presenti tratti di irriducibile diversità, avuto anche solo riguardo a quel «diritto eurounitario» ampiamente esplorato dalla Festeggiata in altri scritti più recenti².

Il lettore contemporaneo che si avvicina, per la prima volta, a *Risoluzione per inadempimento e tecniche di conservazione del contratto* (1984) non percepisce questa distanza temporale. Trova ampiamente impiegate parole quali «rimedio», «principi», «revisione delle condizioni contrattuali», che ormai sono di uso quotidiano nella riflessione teorica e nella prassi applicativa³.

Avverte una costante sensibilità dell'autrice verso la produzione giurisprudenziale che, interpretata nel rispetto dei rigorosi insegnamenti di Gino Gorla, assicura una piena valorizzazione alle concrete circostanze del caso⁴. È spesso l'analisi della dinamica processuale della controversia a permettere di

¹ Cfr. R. ALESSI, *Risoluzione per inadempimento e tecniche di conservazione del contratto*, in *Riv. crit. dir. priv.*, 1984, p. 64 ss.

² Cfr., a titolo meramente esemplificativo, R. ALESSI, *Diritto europeo dei contratti e regole dello scambio*, in *Europa dir. priv.*, 2000, p. 982 ss.; EAD., *L'attuazione della direttiva sulla vendita dei beni di consumo nel diritto italiano*, ivi, 2004, p. 743 ss.; e, con il titolo *L'attuazione della direttiva nel diritto italiano: il dibattito e le sue impasse*, in *La vendita di beni di consumo*, a cura di R. Alessi, Milano, 2005, p. 3 ss.; EAD., *Gli obblighi di informazione tra regole di protezione del consumatore e diritto contrattuale europeo uniforme e opzionale*, in *Europa dir. priv.*, 2013, p. 311 ss.; EAD., *Clausole vessatorie, nullità di protezione e poteri del giudice: alcuni punti fermi dopo le sentenze Jörös e Asbeek Brusse*, in *questa Rivista*, 2013, p. 388 ss.; EAD., *Nullità di protezione e poteri del giudice tra Corte di giustizia e Sezioni unite della Corte di Cassazione*, in *Europa dir. priv.*, 2014, p. 1141 ss.; EAD., *Distribuzione di energia elettrica e oneri di sbilanciamento: un caso emblematico di difficile compatibilità tra diritti del consumatore e regole di mercato*, ivi, 2017, p. 701 ss.; e, con il titolo *Oneri di sbilanciamento (diritto dell'energia)*, in *Le parole del diritto. Scritti in onore di Carlo Castronovo*, II, Napoli, 2018, p. 1101 ss.

³ Cfr. R. ALESSI, *Risoluzione per inadempimento e tecniche di conservazione del contratto*, cit., pp. 64 s. e 77 ss.

⁴ Cfr. G. GORLA, *Lo studio interno e comparativo della giurisprudenza e i suoi presupposti: le raccolte e le tecniche per l'interpretazione delle sentenze*, in *Foro it.*, 1964, V, c. 73 ss.; ID., «Ratio decidendi», principio di diritto (e «obiter dictum»): a proposito di alcune sentenze in tema di revoca dell'offerta contrattuale, ivi, c. 89 ss.; e in *Studi in onore di Antonio Segni*, II, Milano, 1967, p. 387 ss. (entrambi questi scritti – il primo con il titolo *Le raccolte di giurisprudenza e le tecniche di interpretazione delle sentenze* – possono altresì leggersi in ID., *Diritto comparato e diritto comune europeo*, Milano, 1981, pp. 303 ss. e 331 ss.); ID., *Offerta «ad incertam personam» (Saggi per un nuovo tipo di nota a sentenza)*, in *Foro it.*, 1965, I, c. 433 ss.; ID., *Comunicazione e comunicabilità della scienza giuridica e della giurisprudenza italiane*, ivi, V, c. 68 ss.; ID., *La struttura della decisione giudiziale in diritto italiano e nella common law. Riflessi di tale struttura nell'interpretazione della sentenza, sui «Reports» e sui «Dissenting»*, in *Giur. it.*, 1965, I, 1, c. 1239 ss.; ID., *Note sull'interpretazione integrativa e suppletiva (in diritto e in fatto) della ratio decidendi, e sul precedente giudiziale implicito*, ivi, 1966, I, 2, c. 563 ss. Il più analitico lavoro in cui i principi affermati in questi scritti risultano applicati in un'analisi dettagliata di taluni orientamenti giurisprudenziali rimane quello pubblicato, in quattro puntate complessive, con il titolo *Raccolta di saggi sull'interpretazione e sul valore del precedente giudiziale in Italia*, in *Quad. Foro it.*, 1966-1969, più recentemente ristampato, in modo non anastatico e con Presentazione di



dimostrare che i giudici assegnano al rimedio perentorio funzioni ed obiettivi che non erano stati ancora pienamente messi a fuoco dalla dottrina dell'epoca⁵, forse eccessivamente condizionata da quella tendenza alla concettualizzazione che è respinta, fin dalle primissime battute del saggio, attraverso il richiamo al dibattito sul negozio giuridico⁶.

Lo scritto porta a coerente compimento alcune suggestioni già accennate nel lavoro monografico dedicato ad *Autonomia privata e rapporti agrari* (1982). In esso, la l. 3 maggio 1982, n. 203, era stata brillantemente reinterpretata in modo tale da sottrarla alla diffusa connotazione di eccezionalità, rivelandone le potenzialità transtipiche e la capacità di concorrere alla ridefinizione dello stesso rapporto tra proprietà e impresa, con esiti idonei a restituire al contratto agrario «la dinamica dello *scambio*, sottintesa al rapporto proprietari-non proprietari, collocando al di fuori di essa – in quanto successiva all'incontro domanda-offerta di terra – la tematica relativa alla organizzazione dell'impresa»⁷.

Avuto particolare riguardo alle condizioni di operatività del rimedio perentorio, la regolamentazione dei contratti agrari è intesa non quale «deroga, sia pure consistente», all'art. 1455 c.c., ma come «vera e propria disciplina integrativa» degli artt. 1453 ss. c.c.⁸. La procedimentalizzazione di una sequenza capace di escludere il ricorso alle ipotesi codicistiche di risoluzione «di diritto» è valutata dall'autrice come idonea a far emergere una finalità conservativa del rapporto compatibile con il rimedio perentorio, purché il suo ambito di operatività sia adeguatamente delimitato dalla prova della definitività ed irreversibilità dell'inadempimento lamentato⁹.

Nel saggio del 1984, si tratta allora di capire se e in che misura tali obiettivi siano perseguiti anche fuori dall'ambito agraristico: compito non agevole, perché condizionato dalla necessità di rileggere criticamente i rapporti tra parte generale e disciplina dei singoli tipi contrattuali¹⁰, rivalutando anche il significato sistematico della codificazione del 1942, specie per quanto attiene alla riforma della risoluzione

G. Alpa, per i tipi della casa editrice Anteazza, Matera, 2018. Alcuni saggi ivi contenuti sono altresì reperibili in *Metodologia nello studio della giurisprudenza civile e commerciale. Antologia di saggi*, a cura di G. Visintini, Milano, 1999, pp. 59 ss. e 83 ss. Sull'utilità dell'analisi giurisprudenziale si soffermano anche, con esiti non pienamente coincidenti, E. SOMMA, *Meta-ricerca sulla giurisprudenza. L'analisi «completa» del modello Gorla nel suo quadro iniziale*, in *Arch. giur.*, 1976, p. 103 ss.; G. BENEDETTI, *Precedente giudiziale e tematizzazione del caso. Per una teoria della prassi*, in *Scintillae juris. Studi in memoria di Gino Gorla*, I, Milano, 1994, pp. 173 ss., spec. 186 s.; e in *Id.*, *Oggettività esistenziale dell'interpretazione. Studi su ermeneutica e diritto*, Torino, 2014, p. 35 ss. Un attento bilancio del grado di accoglimento riservato alle teorie di Gorla negli ultimi anni è svolto da M. LUPOI, *L'interesse per la giurisprudenza: è tutto oro?*, in *Contr. impr.*, 1999, p. 234 ss.; e in *Metodologia nello studio della giurisprudenza civile e commerciale*, cit., p. 397 ss.

⁵ Cfr. R. ALESSI, *op. ult. cit.*, pp. 103 ss., spec. 104.

⁶ Cfr. R. ALESSI, *op. ult. cit.*, pp. 55 ss., spec. 60 s.

⁷ Così R. ALESSI, *Autonomia privata e rapporti agrari*, Napoli, 1982, p. 226 s. Il passaggio è ripreso ed approfondito, avuto anche riguardo alle sopravvenute riforme legislative di derivazione europea, in EAD., in R. ALESSI e G. PISCIOTTA, *L'impresa agricola*, 2^a ed., in *Il codice civile. Commentario*, fondato da P. Schlesinger, diretto da F.D. Busnelli, Milano, 2010, p. 25 ss.; EAD., *L'impresa agricola dopo la Novella dell'art. 2135 c.c.*, in *L'impresa agricola*, a cura di R. Alessi, Torino, 2011, p. 28 ss.; EAD., *Tecniche di regolazione del mercato agro-industriale e diritto comune*, in *Riv. dir. al.*, 2018, p. 225 ss.; EAD., *La ricerca della «specialità» dell'impresa agricola e l'inesorabile tramonto dell'art. 2135 c.c.*, in *Riv. dir. agr.*, 2019, p. 182 ss. Per un più ampio inquadramento dei rapporti tra contratto e mercato, cfr. anche EAD., *Impresa e società nel diritto comunitario, in Il diritto privato dell'Unione europea*, a cura di A. Tizzano, 2^a ed., II, in *Trattato di diritto privato*, diretto da M. Bessone, Torino, 2006, p. 1197 ss.

⁸ Cfr. R. ALESSI, *Autonomia privata e rapporti agrari*, cit., pp. 249 e 252 s.

⁹ Cfr. R. ALESSI, *op. ult. cit.*, p. 249 ss.

¹⁰ Per una puntuale ed aggiornata disamina del tema, cfr. C. CAMARDI, *L'autonomia privata fra codice civile e statuti speciali. La parte generale del contratto e le prospettive di riforma*, in *La funzione delle norme generali sui contratti e sugli atti di autonomia privata. Prospettive di riforma del Codice civile*, Atti del Convegno, Pisa, 29-30 novembre e 1° dicembre 2018, a cura di E. Navarretta, Torino, 2021, p. 13 ss.



giudiziale, apparentemente connotata dall'attribuzione al creditore di un ruolo centrale – se non esclusivo – nella determinazione dello scioglimento del rapporto¹¹.

Rosalba Alessi avverte che l'art. 1453, ult. co., c.c., se inteso letteralmente, «testimonierebbe la definitiva estraneità al nostro ordinamento delle “tecniche dilatorie”», imprimendo al meccanismo risolutivo «una notevole rigidità», così da «rappresentare in modo abbastanza semplificato la sequenza inadempimento-risoluzione»¹².

Lo scritto anticipa, in questo modo, esiti applicativi oggi diffusamente affermati, quali, ad esempio, il superamento di una ricostruzione del giudizio di importanza *ex art.* 1455 c.c. ancorata, in via esclusiva, alla valutazione del carattere «principale» della prestazione inadempita¹³, il riconoscimento della piena legittimità di clausole di irresolubilità del contratto¹⁴, nonché l'ammissibilità di una risoluzione in assenza di costituzione in mora, ove il «mero ritardo» assuma contorni di apprezzabile irreversibilità¹⁵.

Ad essere più ampiamente investito da una rilettura critica appare, però, lo stesso rapporto tra la risoluzione e il principio *inadimplenti non est adimplendum* cui si ispirano gli artt. 1460 e 1461 c.c.

Le poche battute che Rosalba Alessi dedica al carattere «ancillare» dell'*exceptio inadimplenti contractus*, intesa come misura in larga parte preparatoria alla risoluzione, lasciano intendere che il tema può essere ancora ulteriormente sviluppato ed è proprio su questo aspetto che intendo concentrare il mio intervento.

2. Congegno tecnico della dilazione e natura sinallagmatica delle eccezioni

Rosalba Alessi critica l'idea secondo cui gli artt. 1453 ss. c.c. delinearono un «impianto normativo (...) assolutamente impreparato a mediare istanze di recupero del contratto inadempito provenienti dal debitore o dal creditore»¹⁶.

Aggiunge, però, che la regolamentazione delle eccezioni dilatorie assicura al creditore solo «la possibilità di reagire all'inadempimento (o al pericolo di inadempimento) mediante il semplice rifiuto della propria prestazione». Sono in tal modo preclusi atteggiamenti «attivi» diretti al ripristino della situazione,

¹¹ Tornano da ultimi sul tema A. CALONI, *Risoluzione per inadempimento e comportamento contraddittorio. Autoresponsabilità e struttura del rimedio*, Torino, 2024, spec. p. 99 ss. [opera sulla quale cfr. anche V. ROPPO, *I problemi della risoluzione per inadempimento, e l'atto risolutivo «assoluto»: una provocazione (prendendo spunto da un libro recente)*, in *Accademia*, 2025, p. 1077 ss.]; C. FIN, *Adempimento tardivo e risoluzione giudiziale nei contratti a prestazioni corrispettive*, in *Tradizione e innovazione nel diritto privato europeo. Liber amicorum per Alessio Zaccaria*, a cura di S. Troiano, R. Omodei Salè, M. Faccioli e M. Tescaro, II, Milano, 2025, p. 133 ss.; M. MAGGIOLO, *Eccezione di risoluzione, dichiarazione di risoluzione e accertamento giudiziale della risoluzione per inadempimento*, in *Riv. trim. dir. proc. civ.*, 2025, p. 299 ss.

¹² Così R. ALESSI, *Risoluzione per inadempimento e tecniche di conservazione del contratto*, cit., p. 68 s.

¹³ Cfr. M. MAGALDI, *Inadempimento reciproco e giusti rimedi*, Napoli, 2025, spec. p. 160 ss.

¹⁴ Cfr. B. SIRGIOVANNI, *Autonomia privata e risoluzione del contratto per inadempimento*, Milano, 2019, p. 78 ss.; M. MAGGIOLO, *Sulla disponibilità del rimedio risolutivo*, in *Riv. trim. dir. proc. civ.*, 2023, p. 93 ss.; e in *Scritti in memoria di Rodolfo Sacco*, a cura di P.G. Monateri, I, Milano, 2024, p. 1041 ss.; G. AMADIO, *Risoluzione per inadempimento e autonomia privata*, *ivi*, p. 53 ss.

¹⁵ Cfr. A. VENTURELLI, *Costituzione in mora e risoluzione per inadempimento*, in *Domenico Rubino, I, Interesse e rapporti giuridici*, a cura di P. Perlingieri e S. Polidori, Napoli, 2009, p. 891 ss.; G. IORIO, *Ritardo nell'adempimento e risoluzione del contratto*, Milano, 2012, p. 198 ss.; M. PALADINI, *L'atto unilaterale di risoluzione*, Torino, 2013, p. 109 ss.; M. DELLACASA, *Il giudizio di risoluzione*, 2^a ed., in *Trattato del contratto*, diretto da V. Roppo, V, *Rimedi*, 2, a cura di V. Roppo, Milano, 2022, p. 293 ss.; G. ORLANDO, *La mora del debitore*, in G. D'AMICO, G. GRISI, G. ORLANDO, T. RUMI, *Le obbligazioni. L'inadempimento. Le specie*, in *Trattato del diritto privato*, diretto da S. Mazzamuto, Torino, 2024, p. 228, nota 38.

¹⁶ Così R. ALESSI, *op. ult. cit.*, p. 74 s.



alla revisione del contenuto contrattuale, alla vera e propria rinegoziazione: «l'eccezione non si presta, per definizione, ad un siffatto scopo. Mirando a paralizzare la pretesa dell'inadempiente alla controprestazione, essa non solo non pregiudica – ed anzi in qualche misura prepara – la risoluzione, ma esplicita un irrigidimento della posizione dei contraenti: per il suo stesso modo di operare («sono disposto ad adempiere, ma voglio adempiere mano contro mano»), l'*exceptio* si avvicina semmai all'azione per esatto adempimento, poiché rende inequivoca l'intenzione del creditore-debitore di non acconsentire a sequenze e modalità di esecuzione del contratto diverse da quelle pattuite»¹⁷.

Così argomentando, l'autrice richiama posizioni dottrinali consolidate che, pur distinguendosi in ordine alla definizione dei connotati caratterizzanti il congegno tecnico attraverso il quale le eccezioni operano, concordano nel riconoscere loro una funzione conservativa dell'equilibrio sinallagmatico e una conseguente idoneità a preparare la risoluzione, ponendo l'*excipiens* nella condizione migliore per trarre dal rimedio perentorio il risultato più utile¹⁸.

Poco conta, a tal fine, se l'eccezione sia intesa come diritto potestativo attribuito *ex lege* al fine di rendere temporaneamente inesigibile la prestazione dovuta¹⁹ o, al contrario, come semplice legittimazione di un inadempimento eccezionalmente giustificato dalla condotta di controparte²⁰.

In entrambi i casi, la cristallizzazione della situazione prodotta dall'esercizio dell'*exceptio* escluderebbe l'adattamento della fase esecutiva alla sopravvenienza, rafforzando i termini dell'accordo originariamente

¹⁷ Così R. ALESSI, *op. ult. cit.*, p. 76, testo e nota 73, ove si aggiunge che l'*exceptio* «può essere invocata sia nel caso in cui le parti non abbiano fissato alcuna scadenza per i rispettivi adempimenti (dovendosi presumere la simultaneità), sia nel caso in cui abbiano esplicitamente previsto una scadenza simultanea, sia, infine, nel caso in cui è inadempiente chi doveva adempiere per primo».

¹⁸ Cfr., per tutti, A.M. BENEDETTI, *Le autodifese contrattuali*, in *Il codice civile. Commentario*, fondato da P. Schlesinger, diretto da F.D. Busnelli, Milano, 2011, p. 19 ss.

¹⁹ Cfr. G. PERSICO, *L'eccezione d'inadempimento*, Milano, 1955, p. 11 ss.; A. GALASSO, *L'eccezione d'inadempimento nel contratto*, in *Circ. giur.*, 1964, I, p. 269; L. BIGLIAZZI GERI, *Profili sistematici dell'autotutela privata*, II, Milano, 1974, pp. 193 ss., spec. 208-209; EAD., *Eccezione di inadempimento*, in *Dig. disc. priv., sez. civ.*, VII, Torino, 1991, p. 332; e in EAD., *Rapporti giuridici e dinamiche sociali. Principi, norme, interessi emergenti. Scritti giuridici*, Milano, 1998, p. 408 s.; A. SATURNO, *L'autotutela privata. I modelli della ritenzione e dell'eccezione d'inadempimento in comparazione col sistema tedesco*, Napoli, 1995, pp. 59 s. e 73 s.; A. SASSI, *Adempimento parziale ed «exceptio non rite adimpleti contractus»*, in *Rass. giur. umbra*, 2001, p. 82; M. TAMPONI, *La risoluzione per inadempimento, in I contratti in generale*, 2^a ed., a cura di E. Gabrielli, in *Trattato dei contratti*, diretto da P. Rescigno ed E. Gabrielli, Torino, 2006, p. 1782 s.; A. DE SANCTIS RICCIARDONE, *L'autotutela civile*, Napoli, 2011, pp. 51 s., 62 s. e 86 ss., spec. 91 s.; O. CLARIZIA, *Eccezione di inadempimento e adeguatezza dei rimedi*, in *Riv. giur. Molise Sannio*, 2013, p. 196 s.; F. PIRAINO, *Il «mutamento» delle condizioni patrimoniali e l'eccezione dilatoria ex art. 1461 c.c.*, in *Oss. dir. civ. comm.*, 2015, p. 409 s.; F. CAMILLETI, *Brevi considerazioni su alcuni strumenti di autotutela contrattuale*, in *Contr.*, 2015, p. 1142 s.; E. GABRIELLI, *Appunti sulle autotutele contrattuali*, in *Riv. dir. priv.*, 2016, p. 494 ss.; in *Principi, regole, interpretazione. Contratti e obbligazioni, famiglia e successioni. Scritti in onore di Giovanni Furguele*, a cura di G. Conte e S. Landini, III, Mantova, 2017, p. 10 ss.; e in ID., *Studi sulle tutele contrattuali*, Milano, 2017, p. 182 ss.; L. D'ACUNTO, *Recesso e autotutela nei rapporti di consumo*, Napoli, 2018, p. 53 s.; T. MONTECCHIARI, *Ius singulare e autotutela privata. Contributo allo studio di una «categoria»*, Napoli, 2019, p. 86 s.; A. LEPORÉ, *Autotutela e autonomia negoziale*, Napoli, 2019, p. 54 s.

²⁰ Cfr. E. BETTI, *Teoria generale delle obbligazioni*, III, 2, *Vicende delle obbligazioni*, e IV, *Difesa preventiva e successiva dell'obbligazione*, Milano, 1955, p. 130; S. PUGLIATTI, *Eccezione (teoria generale)*, in *Enc. dir.*, XIV, Milano, 1965, p. 165 s.; e in ID., *Scritti giuridici*, V, 1965-1996, Milano, 2011, p. 34 s.; F. REALMONTE, *Eccezione di inadempimento*, in *Enc. dir.*, XIV, Milano, 1965, p. 234 s.; B. GRASSO, *Eccezione d'inadempimento e risoluzione del contratto (Profili generali)*, Napoli, 1973, p. 79 ss.; ID., *Inadempimenti simultanei e rimedi sinallagmatici*, in ID., *Saggi di diritto delle obbligazioni e dei contratti*, Napoli, 2001, p. 100 ss.; e in ID., *Saggi sull'eccezione d'inadempimento e la risoluzione del contratto*, 2^a ed., con prefazione di P. Pollice, Napoli, 2020, p. 75 ss.; D. MANTUCCI, *L'inadempimento reciproco*, Napoli, 1990, p. 14 ss.; P.M. VECCHI, *L'eccezione d'inadempimento*, in *Il contratto e le tutele. Prospettive di diritto europeo*, a cura di S. Mazzamuto, Torino, 2002, pp. 378 s. e 383; A.M. BENEDETTI, *op. cit.*, p. 61 ss.; V. ROPPO, *Il contratto*, 3^a ed., in *Trattato di diritto privato*, diretto da G. Iudica e P. Zatti, Milano, 2025, p. 855 ss.



pattuito e ponendo il destinatario del rifiuto dell'*excipiens* di fronte alla necessità di ripristinare esattamente e tempestivamente il sinallagma, pena, altrimenti, il suo scioglimento.

Si tratta di rilievi che, storicamente, si riallacciano all'evoluzione del principio *inadimplenti non est adimplendum* e trovano piena consacrazione nella posizione di chi vede nell'art. 1460 c.c. la «manifestazione minore del sinallagma funzionale, a fianco della risoluzione per inadempimento, che ne costituisce la manifestazione maggiore»²¹.

Personalmente, continuo a rimanere convinto della bontà di tale ricostruzione, alla quale si oppongono rilievi che rischiano di snaturare il percorso di astrazione e generalizzazione compiuto con la codificazione del 1942²².

A chi, ad esempio, lamenta l'infelice collocazione topografica degli artt. 1460 e 1461 c.c.²³ è possibile replicare che, se è vero che le eccezioni dilatorie, in sé e per sé considerate, non provocano la risoluzione del contratto, altrettanto certo è che identico rimane l'ambito di operatività delle due tipologie di rimedi. Essi traggono legittimazione comune da un'idea di sinallagma che, se intesa in modo adeguato, dovrebbe altresì impedire quelle ricostruzioni del requisito dell'importanza dell'inadempimento di carattere meramente quantitativo o dimensionale alle quali opportunamente si oppone Rosalba Alessi nel suo scritto.

A chi, invece, prova a ricondurre l'art. 1461 c.c. entro l'area di operatività dei rimedi variamente correlati alla responsabilità patrimoniale del debitore, alla tutela «preventiva» del credito o alla conservazione della garanzia generica²⁴, si può rispondere che il peggioramento delle condizioni patrimoniali può essere addirittura aggravato dal tempestivo esercizio dell'*exceptio*, riguardante una prestazione che, almeno ordinariamente, avrebbe dovuto essere eseguita per prima. L'aspettativa nutrita dal contraente dissestato è però frustrata dalla reazione difensiva dell'*excipiens*, il quale preferisce evitare di adempiere subito accettando il rischio che, in questo modo, la sua controparte subisca un ulteriore peggioramento, potenzialmente idoneo ad impedire la stessa futura esecuzione della prestazione²⁵.

²¹ Così A. DALMARTELLO, *Eccezione di inadempimento*, in *Noviss. dig. it.*, VI, Torino, 1960, p. 354; e in ID., *Studi di diritto civile e commerciale*, II, Milano, 2009, p. 58.

²² Per una più ampia dimostrazione, sia consentito il rinvio a F. ADDIS, *Le eccezioni dilatorie*, 2ª ed., in *Trattato del contratto*, diretto da V. Roppo, V, 2, cit., p. 655 ss.

²³ Cfr. G. LUZZATTO, *L'eccezione d'inadempimento. (Note su una recente pubblicazione)*, in *Riv. trim. dir. proc. civ.*, 1957, p. 741; A.M. BENEDETTI, *op. cit.*, p. 5 s.

²⁴ Cfr. P. RESCIGNO, *Obbligazioni (diritto privato)*, in *Enc. dir.*, XXIX, Milano, 1979, p. 207; A. DI MAJO, *Delle obbligazioni in generale*, in *Commentario del Codice civile Scialoja-Branca*, a cura di F. Galgano, Bologna-Roma, 1988, p. 150; ID., *Obbligazione. I) Teoria generale*, in *Enc. giur. Treccani*, XXI, Roma, 1991, p. 40; V. ROPPO, *Responsabilità patrimoniale*, in *Enc. dir.*, XXXIX, Milano, 1988, p. 1047 s.; M. IMBRENDA, *Controllo e rendiconto nelle situazioni patrimoniali*, Napoli, 2001, p. 292 s.; B. CARBONI, *Sospensione dell'esecuzione del contratto, corresponsività delle prestazioni e responsabilità patrimoniale*, in *Rass. dir. civ.*, 2003, p. 834 ss.; e in *Studi in onore di Giuseppe Benedetti*, I, Napoli, 2008, p. 240 ss.; F. MACARIO, *Le modificazioni del patrimonio del debitore nel sistema del codice civile*, in F. MACARIO e M. LOBUONO, *Le modificazioni del patrimonio del debitore fra scenari normativi e autonomia privata*, in *Riv. dir. priv.*, 2004, p. 500 ss.; in *Interesse e poteri di controllo nei rapporti di diritto civile*, a cura di R. Di Raimo, Gallipoli, Hotel Costa Brada, 9-10 maggio 2003, Napoli, 2006, p. 372 ss.; e, con il titolo *Modificazioni del patrimonio del debitore, poteri di controllo del creditore e autotutela*, in *Studi in onore di Cesare Massimo Bianca*, IV, Milano, 2006, p. 185 ss.; R. FADDA, *La tutela preventiva dei diritti di credito*, Napoli, 2012, p. 1 ss.; L. MODICA, *Profili giuridici del sovraindebitamento*, Napoli, 2012, p. 54 ss.; T. PERTOT, *Inadempimento anticipato fra realtà italiana e prospettiva europea*, in *Rass. dir. civ.*, 2018, 982 s.; EAD., *L'inadempimento anticipato. Dalla tutela manutentiva ai rimedi risolutivi*, Napoli, 2021, p. 64 s.; L. NIVARRA, *La responsabilità patrimoniale*, in *Trattato del diritto privato*, diretto da S. Mazzamuto, Torino, 2024, p. 45.

²⁵ Cfr. F. REALMONTE, *op. cit.*, p. 229 s.; A. MAFFEI ALBERTI, *Il danno nella revocatoria*, Padova, 1970, p. 65 ss.; L. BILGIAZZI GERI, *Profili sistematici dell'autotutela privata*, II, cit., pp. 82 ss., spec. nota 145; F. BOCCHIOLA, *La nozione di «insolvenza» nell'art. 1186 c.c.*, in *Riv. dir. civ.*, 1978, I, p. 205; G. MIRABELLI, *Dei contratti in generale*, 3ª ed., in *Commentario del*



3. Carattere «preparatorio» alla risoluzione delle eccezioni dilatorie

Per quanto rafforzato dalle considerazioni appena svolte, il richiamo al carattere «preparatorio» delle eccezioni dilatorie deve essere inteso come una mera formula descrittiva, che sintetizza l'interesse dell'*excipiens* ad evitare di agire in ripetizione qualora, eseguito l'adempimento della prestazione da lui dovuta, la condotta di controparte renda irreversibile e definitiva l'alterazione sinallagmatica, determinando quella situazione fattuale che conduce alla risoluzione del contratto.

Quest'ultima non è in alcun modo agevolata dall'esercizio delle eccezioni dilatorie. Il fatto che essa materialmente segua al rifiuto di adempiere indica solo uno sviluppo probabile dell'alterazione sinallagmatica, una sua evoluzione, che però rimane ancorata alla valutazione di condizioni fattuali riscontrabili dopo l'esercizio dell'*exceptio* e diverse da quelle che consentono l'attivazione del rimedio²⁶.

Anche laddove si delinei una situazione di «inadempimenti reciproci», l'eccezione dilatoria non preclude la risoluzione né l'agevola: il giudice attribuirà rilievo alla condotta di entrambi i contraenti e trarrà da essa la conclusione che il rapporto è ormai definitivamente compromesso. Si tratta di un risultato, però, che non è causalmente imputabile all'esercizio del rimedio dilatorio, il quale si rifletterà, tutt'al più, sulla pretesa risarcitoria, da respingersi quando entrambi i contraenti abbiano parimenti violato la pattuizione, contribuendo, in egual misura, all'inattuazione definitiva²⁷.

Ho già recentemente svolto alcuni rilievi critici sul preteso utilizzo «cripto-risolutorio» che, secondo parte della dottrina, avrebbe talvolta caratterizzato la più recente prassi applicativa dedicata all'art. 1460 c.c.²⁸.

Una più attenta disamina delle pronunce a tal fine invocate rivela che il giudice ha solo attribuito rilievo determinante al lasso temporale successivo alla manifestazione del rifiuto. Si è in altri termini evidenziato il carattere intollerabile del ritardo dell'attore nell'insistere per l'adempimento o la sostanziale inutilità per l'*excipiens* di un'offerta di adempimento tardivo inidonea a soddisfare i suoi interessi. L'esercizio dell'eccezione ha semplicemente dato avvio ad un procedimento conclusosi pur sempre con un accertamento giudiziale. La modificazione delle modalità cronologiche di esecuzione del rapporto provocata dall'*exceptio* ha un contenuto neutrale in ordine alla sopravvivenza del rapporto stesso. Alla sospensione dell'esecuzione potrebbe seguire una riattivazione della fase esecutiva o, al contrario, un ulteriore e definitivo aggravamento dell'inattuazione, inevitabilmente destinato a condurre alla risoluzione del contratto. In quest'ultimo caso, è fuorviante parlare di impiego «cripto-risolutorio». Più correttamente, si esercita un'eccezione dilatoria, la cui natura e le cui caratteristiche non sono in alcun modo

Codice civile Utet, IV, 2, Torino, 1980, p. 639 s.; A.M. BOCCALATTE, *Osservazioni in tema di art. 1461 c.c.*, in *Rass. dir. civ.*, 1983, p. 28 s.; G. GRISI, *La categoria dell'obbligazione*, in R. ALESSI, G. GRISI, A. NICOLUSSI e G. PORTONERA, *Le obbligazioni. Le disposizioni preliminari. L'adempimento*, in *Trattato del diritto privato*, diretto da S. Mazzamuto, Torino, 2024, p. 168 s.

²⁶ Cfr. R. ALESSI, *La disciplina generale del contratto*, 4^a ed., Torino, 2023, p. 529, per la quale, sinteticamente, le eccezioni dilatorie sono «strumenti di autotutela che potremmo definire a carattere interlocutorio, poiché, nel mentre fanno emergere la situazione senza dubbio patologica nella quale il rapporto contrattuale si è avviato, ne consentono ancora il recupero».

²⁷ Cfr. M. DELLACASA, *Quando l'inadempimento è reciproco: il piano dei rimedi e la proiezione dell'interesse positivo*, in *Eur. dir. priv.*, 2020, pp. 333 ss., spec. 340 s.

²⁸ Sia consentito il rinvio a F. ADDIS, *Eccezioni dilatorie e caducatorie*, in *Oss. dir. civ. comm.*, 2023, p. 221 ss.; e in *I rimedi contrattuali tra autonomia privata e processo civile*, a cura di M. Maggiolo e C. Consolo, Milano, 2024, p. 15 ss.; e, in una prospettiva più marcatamente comparatistica, a ID., *La disciplina delle eccezioni dilatorie nel codice civile peruviano*, in *Giureta*, 2025, p. 763 ss.; e in *Tradizione e innovazione nel diritto privato europeo*, II, cit., p. 19 ss. Alle considerazioni ivi espresse si richiama anche M. MAGGILO, *Eccezione di risoluzione, dichiarazione di risoluzione e accertamento giudiziale della risoluzione per inadempimento*, cit., p. 303 ss.



mutate, ma alla quale fa seguito un'ulteriore e distinta vicenda, destinata a formare oggetto di una nuova e diversa eccezione caducatoria.

Il distacco del rimedio dilatorio dalla risoluzione è ancor più evidente nel caso regolato dall'art. 1461 c.c. La tutela dilatoria è qui consentita anche a fronte di un mero pericolo, ancora inidoneo a provocare quell'attuale violazione sinallagmatica che legittima la risoluzione. Ove subisca ulteriori peggioramenti, il dissesto non potrà che evolvere in vera e propria insolvenza, consentendo l'attivazione del rimedio della decadenza dal beneficio del termine²⁹. La presenza dell'art. 1186 c.c. vale ad escludere che questa situazione provochi una risoluzione automatica del contratto e legittima a nutrire perplessità verso soluzioni interpretative che, muovendo da quanto previsto in altri sistemi giuridici, come quello tedesco, riconoscono all'*excipiens* il diritto di agire in risoluzione ove la controparte dissestata, subita la sospensione della prestazione, non si affretti ad anticipare l'adempimento o ad offrire idonea garanzia, dando in tal modo dimostrazione – *ex adverso* e presuntivamente – della sua incapacità di adempiere al momento dovuto³⁰.

Non si tratta, invero, di contestare il fatto che, talvolta, la manifestazione di un peggioramento patrimoniale induce il legislatore a prediligere lo scioglimento del rapporto obbligatorio anziché la sua conservazione: basti a tal fine menzionare i casi regolati dagli artt. 1822, 1956 e 1959 c.c. o, con specifico riferimento all'insolvenza, le ipotesi previste dagli artt. 1833, 1867 e 1868 c.c.

Le differenze con la regolamentazione generale del contratto o del rapporto obbligatorio sono tuttavia facilmente evidenziabili: nei casi previsti dalle norme appena richiamate manca una relazione sinallagmatica o è comunque inutile quell'attesa di un lasso temporale successivo all'esercizio del rimedio dilatorio che, invece, rappresenta fisiologico sviluppo dell'*exceptio* descritta dall'art. 1461 c.c.

4. Soddisfacimento delle «istanze di recupero» del rapporto alterato dalla sopravvenienza

Ridefinita in tal modo la reale portata del carattere «preparatorio» dell'eccezione dilatoria, è legittimo chiedersi secondo quali modalità essa assicuri il soddisfacimento di quelle che Rosalba Alessi definisce «istanze di recupero» del rapporto alterato dalla sopravvenienza³¹.

Nel caso regolato dall'art. 1461 c.c., esercitata vittoriosamente l'*exceptio*, la fase sospensiva in cui cala la relazione sinallagmatica può essere superata esclusivamente apportando modifiche all'assetto originario della pattuizione.

Il contraente dissestato, in particolare, può offrire «idonea garanzia», attuando un comportamento a rilievo impeditivo che neutralizza le conseguenze prodotte dall'*exceptio* e impone all'*excipiens* di adempiere immediatamente.

Il ripristino della situazione originaria è, invero, apparente. In realtà, si deve registrare un mutamento, visto che l'*excipiens* consegue in tal modo un significativo incremento della sua garanzia, peraltro proporzionato all'effettiva intensità del pericolo correlato al peggioramento delle condizioni patrimoniali.

²⁹ Lo rileva con chiarezza R. ALESSI, *L'adempimento dell'obbligazione*, in R. ALESSI, G. GRISI, A. NICOLUSSI e G. PORTONERA, *op. cit.*, p. 319 s., testo e nota 129, secondo cui il peggioramento descritto dall'art. 1461 c.c. indica «una situazione patrimoniale precaria, non in sé ma in rapporto al rischio di mancato adempimento».

³⁰ Sia consentito il rinvio a F. ADDIS, *Recesso per inadempimento e tutela dilatoria*, in *Oss. dir. civ. comm.*, 2023, p. 3 ss.; e in *Il diritto privato tedesco vent'anni dopo la Schuldrechtsmodernisierung: un modello per i giuristi europei?*, a cura di C. Granelli, S. Patti e P. Sirena, Torino, 2023, p. 83 ss.

³¹ Cfr. R. ALESSI, *Risoluzione per inadempimento e tecniche di conservazione del contratto*, cit., p. 74 s.



L'accertamento dell'«idoneità» della garanzia confuta il giudizio prognostico negativo che, altrimenti, giustificerebbe il perdurante rifiuto dell'adempimento³².

Nonostante il silenzio sul punto dell'art. 1461 c.c., si riconosce comunemente al contraente dissestato anche la possibilità di opporsi all'*exceptio* offrendo un anticipato adempimento³³.

La liceità della modifica del rapporto obbligatorio in tal modo prospettata è facilmente deducibile dall'art. 1185, 2° co., c.c., il quale conferma che l'inesigibilità correlata alla mancata scadenza del termine di adempimento è esclusivamente riferibile alla prestazione dovuta e non altera l'esistenza e l'immediata vincolatività del titolo costitutivo del rapporto obbligatorio³⁴.

Nell'ambito di operatività dell'eccezione d'inadempimento, del resto, analoga modifica è prospettabile nei casi in cui l'*exceptio* sia esercitata «anticipatamente», cioè da colui che dovrebbe adempiere per primo e reagisce con il rifiuto della sua prestazione a situazioni fattuali che lasciano già oggettivamente intendere che al momento dovuto la controprestazione non sarà realizzata³⁵.

Anche in queste ipotesi, alla controparte non rimane che anticipare l'esecuzione, ponendo in essere un comportamento che, confutando quel giudizio prognostico svolto dall'*excipiens*, realizza pur sempre una modifica dell'assetto originariamente concordato.

A tale conclusione può opporsi solo il verificarsi di una situazione che si connota già per margini di assoluta irreversibilità, che giustificerebbero l'immediata risoluzione del contratto³⁶. L'operatività di quest'ultimo nella fase di pendenza non può essere *a priori* esclusa, pur rimanendo assoggettata a particolari cautele, spesso soddisfatte da una specifica procedimentalizzazione della sopravvenienza, che rinvia l'esito perentorio all'infruttuosa scadenza di un termine supplementare specificamente diretto a permettere il ripristino della fase realizzativa³⁷.

³² Sia consentito il rinvio a F. ADDIS, *Il «mutamento» nelle condizioni patrimoniali dei contraenti*, Milano, 2013, p. 80 ss.

³³ Cfr. G. AULETTA, *La risoluzione per inadempimento*, Milano, 1942, p. 300; A. RAVAZZONI, *Osservazioni in tema di mutamento nelle condizioni patrimoniali di uno dei contraenti*, in *Temi*, 1958, p. 138 s., testo e nota 14; G. SCALFI, *Termine d'efficacia del rifiuto dell'adempimento a causa dell'evidente pericolo di non conseguire la controprestazione (art. 1461 c.c.)*, in *ivi*, 1959, p. 450; A.M. BOCCALATTE, *op. cit.*, p. 37 s.; V. ROPPO, *Il contratto*, cit., p. 861.

³⁴ Cfr. R. ALESSI, *L'adempimento dell'obbligazione*, cit., p. 319; e, con specifico riguardo agli adattamenti indotti dall'evoluzione normativa e giurisprudenziale in materia di estinzione anticipata del finanziamento, E. BARGELLI, *Anticipata estinzione dei contratti di credito al consumo e restituzione dei costi accessori: il ruolo dell'indebito e dell'ingiustificato arricchimento*, in *Banca, borsa tit. cred.*, 2024, I, p. 204 ss.

³⁵ Proprio su questo argomento si è concentrato lo scritto dedicato alla Festeggiata: sia consentito il rinvio a F. ADDIS, *Rimedio dilatorio «anticipato» e risoluzione del contratto*, in *Liber amicorum per Rosalba Alessi*, 1, cit., p. 1 ss.

³⁶ Una più ampia valutazione di tali casi è offerta da A. VENTURELLI, *Il rifiuto anticipato dell'adempimento*, Milano, 2013, p. 15 ss.; T. PERTOT, *L'inadempimento anticipato*, cit., p. 75 ss.; EAD., *Inadempimento anticipato e tutela della parte contraente fedele*, in *Contr.*, 2024, p. 667 ss.; M.R. NUCCIO, *Inadempimento e scioglimento anticipato del rapporto*, Napoli, 2024, p. 32 ss.

³⁷ L'importanza sistemica a tal fine attribuibile all'art. 1662 c.c. è già puntualmente segnalata da R. ALESSI, *Risoluzione per inadempimento e tecniche di conservazione del contratto*, cit., p. 95, la quale evidenzia che, in questa ipotesi, la risoluzione persegue una «funzione preventiva piuttosto che repressiva» e si concretizza in uno «strumento teso a rafforzare il potere di verifica del committente e il suo interesse alla realizzazione dell'opera in modo conforme all'accordo», così da connotarsi per «una valenza costruttiva, nel senso che la tecnica della diffida sembrerebbe prestarsi qui non al consueto obiettivo di affrettare la risoluzione in via stragiudiziale, ma ad un recupero «guidato» dall'esatto adempimento, in corso di rapporto». In tempi più recenti, un attento sviluppo di questa intuizione può leggersi in A. VENTURELLI, *Risoluzione in corso d'opera dell'appalto e tutela sinallagmatica «anticipata»*, in *Contr. impr.*, 2015, p. 461 ss.; C. RENDINA, *Oggetto dell'obbligazione e tutele del credito*, Torino, 2024, pp. 121 ss., spec. 154 s., la quale trae dall'art. 1662 c.c. la prova di «una tendenza del sistema a conferire rilievo alla perdita di interesse del creditore alla prestazione. (...) la fissazione di un termine (...) può rivelarsi, dunque, funzionale ad ancorare (...) la pretesa del risarcimento sostitutivo ad una condizione, quella della scadenza del termine medesimo, altrettanto oggettiva quanto quella dell'impossibilità della prestazione e tuttavia meno stringente di questa».



5. Proporzionalità della difesa dilatoria e gravità dell'inattuazione lamentata dall'*excipiens*

La riconosciuta idoneità dell'eccezione dilatoria ad assicurare l'adattamento del rapporto sinallagmatico alla sopravvenienza si riflette altresì sull'individuazione della portata applicativa della clausola di buona fede espressamente richiamata dall'art. 1460, 2° co., c.c.

Secondo l'orientamento tuttora dominante, tale previsione mira a salvaguardare il puntuale adempimento della prestazione dovuta³⁸. La buona fede imporrebbe dunque di valutare la gravità dell'inadempimento legittimante l'*exceptio* e potrebbe sostanzialmente consentire l'applicazione analogica dell'art. 1455 c.c. al rimedio dilatorio, per attuare «un principio di “proporzionalità” tra l'inadempimento contestato e l'adempimento che con l'eccezione si vuole sospendere e rifiutare, da riferire non alla rappresentazione soggettiva della parte bensì all'equilibrio complessivo del contratto»: i giudici sarebbero in tal modo legittimati a compiere «un apprezzamento in concreto che sostanzialmente fa coincidere l'importanza dell'inadempimento rilevante al fine di giustificare l'eccezione con quella che (...) consentirebbe la risoluzione del contratto»³⁹.

La formulazione letterale dell'art. 1460, 2° co., c.c., tuttavia, riferisce la valutazione di buona fede al «rifiuto» e non all'inadempimento subito dall'*excipiens*. La correttezza è in tal modo intesa come misura di valutazione delle modalità di esercizio del rimedio dilatorio, le cui condizioni di esperibilità rimangono affidate, in via esclusiva, alla regola generale del 1° co., che menziona l'inadempimento senza richiamare alcun criterio di giudizio ulteriore, correlato variamente alla sua intensità, importanza o gravità.

Del resto, pretendere che solo un inadempimento grave legittimi l'esercizio dell'*exceptio* e, al contempo, assicurare tutela dilatoria a chi lamenta una situazione di mero pericolo quale quella descritta dall'art. 1461 c.c. significherebbe legittimare esiti applicativi manifestamente discriminatori.

Si lascerebbe, infatti, privo di tutela chi ha pur sempre subito una lesione attuale del suo credito – sopportando un inadempimento lieve – e non riesce a dar conto della sussistenza di un dissesto patrimoniale che, altrimenti, gli consentirebbe di ricorrere alla più generosa tutela apprestata per il mero pericolo.

Occorre, invece, interpretare gli artt. 1460 e 1461 c.c. in modo congiunto, valorizzando il comune riferimento storico al principio *inadimplenti non est adimplendum*, al fine di precisare che anche il rimedio *ex*

³⁸ Cfr. F. CARRESI, *In tema di buona fede contrattuale e di eccezione di inadempimento*, in *Giur. compl. Cass. civ.*, 1951, III, p. 1549; M. COSTANZA, *Buona fede ed eccezione di inadempimento*, in *Giust. civ.*, 1983, I, p. 2389 ss.; M.R. SPALLAROSSA, *Negozi collegati e giudizio di buona fede*, in *Giur. mer.*, 1972, I, p. 149 ss.; M. ZANA, *La regola della buona fede nell'eccezione di inadempimento*, in *Riv. trim. dir. proc. civ.*, 1972, p. 1376 ss.; e in *Studi sulla buona fede*, Milano, 1975, p. 370 ss.; A. GENTILI, *La risoluzione parziale*, Napoli, 1990, p. 247 ss.; C.M. BIANCA, *Eccezione d'inadempimento e buona fede*, in *Il contratto. Silloge in onore di Giorgio Oppo*, I, Padova, 1992, p. 515 ss.; e in ID., *Realtà sociale ed effettività della norma*, II, *Obbligazioni e contratti. Responsabilità*, 2, Milano, 2002, p. 897 ss.; M. TRECCANI, *Brevi note in tema di «exceptio non rite adimpleti contractus» e buona fede*, in *Riv. dir. priv.*, 2003, p. 201 ss.; A.F. FONDRIESCHI, *La prestazione parziale*, Milano, 2005, p. 264 ss.; C. TRANQUILLO, *L'esecuzione parziale del rapporto obbligatorio*, Milano, 2006, p. 62 ss.; U. CARNEVALI, *Le eccezioni dilatorie*, in U. CARNEVALI, E. GABRIELLI e M. TAMPONI, *La risoluzione*, in *Trattato di diritto privato*, diretto da M. Bessone, XIII, *Il contratto in generale*, 8, Torino, 2011, p. 251 ss.; L. SITZIA, *Il potere di scelta del creditore sulla prestazione incompleta*, Napoli, 2017, p. 185 ss.; M. ANTONINI, *L'eccezione d'inadempimento ex art. 1460 c.c. nel rapporto di lavoro*, in *Giur. it.*, 2019, p. 384 ss.; E. BIVONA, *L'adempimento parziale nel sistema delle obbligazioni*, in *Il codice civile. Commentario*, fondato da P. Schlesinger, diretto da F.D. Busnelli e G. Ponzanelli, Milano, 2021, p. 160 ss.; R. CALVO, *Diritto civile*, II, *Il contratto*, 3ª ed., Bologna, 2023, p. 537.

³⁹ Così R. ALESSI, *La disciplina generale del contratto*, cit., p. 530.



art. 1461 c.c. deve essere sottoposto ad identica valutazione di correttezza. Essa – proprio perché riferibile sia a situazioni di inadempimento sia a casi di mero pericolo – deve essere disgiunta dall’analisi della gravità o definitività dell’inattuazione.

In questa prospettiva, la buona fede impone all’*excipiens* di comunicare preventivamente l’intenzione di rifiutare l’adempimento, al fine di consentire la tempestiva concessione di idonea garanzia, legittimando una risposta dilatoria che sia adeguata al pregiudizio concretamente subito per effetto della situazione lamentata.

La valutazione di proporzionalità deve essere quindi riferita al rapporto tra gli interessi tutelati dal rifiuto e quelli soddisfatti dall’eventuale adempimento della prestazione rifiutata. Si deve escludere, in via assoluta, l’esercizio dell’*exceptio* in tutti i casi in cui, nonostante l’inadempimento altrui, il rifiuto leda situazioni giuridiche essenziali che meritano una prioritaria tutela. Il bilanciamento, anche con valori e principi costituzionalmente garantiti, non può che portare a prediligere momentaneamente la ragioni della vittima del rifiuto, per quanto essa abbia posto in essere una violazione potenzialmente destinata a pregiudicare la stessa sopravvivenza della relazione contrattuale⁴⁰.

Ci si deve al contempo aprire alla possibilità di concedere un esercizio solo parziale dell’*exceptio* a fronte di casi di inesatto adempimento che abbiano pur sempre assicurato il soddisfacimento delle ragioni dell’*excipiens*, il quale riuscirebbe altrimenti ad usufruire di un meccanismo interdittivo del tutto sproporzionato, trattenendo la prestazione inesatta ricevuta e rifiutando completamente la propria.

In questa prospettiva andrebbe forse riletta la più recente evoluzione giurisprudenziale dedicata al riconoscimento della facoltà per il conduttore di rifiutare il pagamento del canone di locazione per il tempo in cui non ha potuto trarre dall’immobile locato le utilità ordinariamente ricavabili a causa dell’attuazione delle misure di contenimento della pandemia da Covid-19⁴¹.

La «revisione» delle condizioni contrattuali in tal modo prodottasi, anziché essere fondata genericamente su una clausola di buona fede dotata di potenzialità integrative affidate alla valutazione *a posteriori* del giudice, potrebbe essere più adeguatamente giustificata dalla sproporzione derivante dal riconoscimento al locatore della possibilità di pretendere l’intero canone, senza condividere con la controparte le conseguenze negative della sopravvenienza.

L’esercizio «parziale» dell’*exceptio* è oggi testualmente ammesso dal nuovo art. 135 *bis*, ult. co., c. cons., limitatamente al difetto di conformità nella fornitura di beni di consumo. La previsione, però, chiarisce che «restano ferme le disposizioni del codice civile che disciplinano l’eccezione d’inadempimento» e ciò vale ad escludere che essa assuma contorni eccezionali o che la sua specialità – certo giustificata dalla natura consumeristica della relazione contrattuale – sia sufficiente per escluderne il rilievo sistematico nella rilettura complessiva della disciplina generale del contratto⁴².

⁴⁰ Cfr. A.M. BENEDETTI, *Le autodifese contrattuali*, cit., p. 62 ss.; ID., *The Constitutional Impact of the «exceptio inadimplenti contractus»*, in *Italian LJ*, 2017, p. 331 ss.; ID., *Una nuova eccezione d’inadempimento? Usi «criptorisolutori» e «costituzionalmente orientati»*, in *La risoluzione per inadempimento. Poteri del giudice e poteri delle parti*, a cura di C. Consolo, I. Pagni, S. Pagliantini, V. Roppo e M. Maugeri, Bologna, 2018, pp. 219 ss., spec. 228 s.; V. ROPPO, *Il contratto*, cit., p. 858 s.

⁴¹ Cfr. A. VENTURELLI, *Mancato «godimento» dell’immobile locato e sospensione del pagamento del canone*, in *Pandemia e diritto delle persone*, a cura di R. Marini, Milano, 2021, p. 439 ss.; ID., *Rispetto delle misure di contenimento e sospensione del pagamento del canone*, in *Jus Brixiae et alibi. Scritti scelti offerti ad Alberto Sciumè*, a cura di A.A. Cassi ed E. Fusar Poli, Torino, 2022, p. 421 ss. In giurisprudenza, però, si segnala Cass., 16 giugno 2025, n. 16113, in *Foro it.*, 2025, I, c. 3208, con nota di C. D’ALESSANDRO, che ha escluso tale possibilità, negando altresì la revisione delle condizioni contrattuali a fronte della sopravvenienza pandemica. Nel caso esaminato dalla pronuncia, tuttavia, il conduttore ricorrente non aveva offerto adeguata dimostrazione dell’inutilizzabilità dell’immobile a causa delle misure di contenimento della pandemia.

⁴² Cfr. A. VENTURELLI, *Risarcimento del danno e sospensione del pagamento del prezzo nella nuova disciplina dedicata alla fornitura di beni di consumo*, in *Contr. impr.*, 2022, p. 813 ss.



L'approccio metodologico testimoniato dall'opera di Rosalba Alessi agevola l'individuazione della soluzione sistematica, consentendo di attribuire alla previsione il compito di integrare il codice civile, condizionando l'interpretazione del principio *inadimplenti non est adimplendum* fino al punto di piegarlo – attraverso la valutazione di buona fede – ad esiti conservativi della relazione sinallagmatica previo adattamento alla sopravvenienza.

Presentando la prima edizione del volume di Rosalba Alessi dedicato a *La disciplina generale del contratto*, Giuseppe Benedetti ha già avuto occasione di ricordare che il conflitto tra complessità e unità, in cui può misurarsi sinteticamente l'attuale valutazione complessiva della disciplina codicistica, può essere superato solo contribuendo alla creazione di una «struttura di co-appartenenza»: «il paradigma della complessità non va dissolto né oscurato, è un *arricchimento* con forza espansiva dello scenario ermeneutico»⁴³.

La «visione d'insieme» che l'opera di Rosalba Alessi ha magistralmente contribuito a creare ne assicura la piena valorizzazione.

⁴³ Così G. BENEDETTI, *Riflessioni sulla disciplina generale del contratto*, in *Riv. trim. dir. proc. civ.*, 2017, p. 335.



MARIO TRIMARCHI*

ADEMPIMENTO PARZIALE E MANTENIMENTO DEL CONTRATTO**

PARTIAL FULFILLMENT AND MAINTENANCE OF THE CONTRACT

ABSTRACT: L'Autore considera sia le ipotesi nelle quali l'adempimento parziale è consentito (in quanto accettato dal creditore), sia quelle nelle quali non è ammesso (in quanto rifiutato dal creditore). Tratta così, in particolare, in primo luogo, della natura del rifiuto e dei suoi effetti e successivamente dei vari modi in cui può strutturarsi l'accordo tra debitore e creditore relativo all'adempimento parziale e dei suoi effetti, alla luce del rispetto dei doveri di correttezza e buona fede che permeano l'attuazione del rapporto obbligatorio.

ABSTRACT: The Author considers both the hypotheses in which partial fulfillment is permitted (as accepted by the creditor) and those in which it is not permitted (as rejected by the creditor). It thus deals, in particular, firstly with the nature of the refusal and its effects and subsequently with the various ways in which the agreement between debtor and creditor relating to partial fulfillment and its effects can be structured, in light of respect for the duties of correctness and good faith which permeate the implementation of the mandatory relationship.

1. L'adempimento parziale, considerato che l'esecuzione di una prestazione anche solo in parte diversa da quella pattuita integra inadempimento, è spesso considerato in un'ottica negativa, appunto come una forma di inadempimento. Ma l'art. 1181 del codice, rubricato "adempimento parziale" non va primariamente letto in quella prospettiva, non si occupa di un particolare atteggiarsi dell'inadempimento, bensì di quando al debitore sia consentito porre in essere una prestazione parziale, con efficacia in proporzione estintiva del rapporto obbligatorio.

Invero per innumerevoli ragioni pratiche – e la prassi lo conferma in pieno – le parti possono avere interesse a che sia posto in essere un adempimento parziale: il debitore, ad esempio, ha conseguito o ha presso di sé da tempo ampia parte della merce da consegnare e ambisce a liberare il suo magazzino oppure intende favorire il creditore suo cliente dandogli la possibilità di rivenderla o utilizzarla; il creditore, da parte sua, ad esempio, può trarre sicuri utili o profitti dalla disponibilità prima della scadenza anche di una parte soltanto della merce che gli deve essere consegnata oppure si preoccupa di incertezze o rischi in ordine alla conservazione del prodotto e intanto preferisce assicurarsi parte di ciò cui ha diritto. Ed in effetti è del tutto fisiologico che le parti regolino l'esecuzione del rapporto nei modi più vari e cioè nei tempi e nei luoghi che concordano liberamente. E così possono senz'altro, in quanto rispondente a interessi di entrambi, addivenire ad un adempimento parziale, in particolare prima della scadenza confermando la consegna del residuo alla scadenza, o alla scadenza convenendo un nuovo termine per il residuo.

Il 1181 – a mio avviso non senza significato – descrive e qualifica l'esecuzione parziale della prestazione utilizzando il termine adempimento, quale fatto idoneo a soddisfare interessi delle parti del

* Professore ordinario di Diritto civile – Università degli Studi di Messina.

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



rapporto obbligatorio. Adempimento che si atteggia peraltro inevitabilmente secondo modalità diverse dall'esatto adempimento. Entrambi, infatti, attengono alla fase esecutiva del rapporto, entrambi consistono in un atto reale dovuto, meglio per dirla con Falzea in un comportamento attuoso, cioè in una iniziativa della persona dove non rilevano momenti soggettivi e che realizza immediatamente un interesse, e però l'esatto adempimento ai fini della produzione dell'effetto estintivo non richiede l'accettazione del creditore mentre l'adempimento parziale, agli stessi fini, presuppone che il creditore lo autorizzi. Il legislatore, infatti, intende assicurare al creditore la più ampia libertà di valutare il suo interesse ad acquisire solo una parte della prestazione dovutagli e perciò dispone che abbia diritto di rifiutare l'adempimento parziale¹.

2. L'adempimento parziale, ai sensi del 1181, salvo che la legge o gli usi – ma si deve ritenere anche l'accordo delle parti – dispongano diversamente, può – come si diceva – essere rifiutato dal creditore, anche se la prestazione è divisibile.

Quanto si andrà a rilevare riguarda, quindi, tutte le obbligazioni, sia quelle divisibili sia quelle indivisibili, come d'altra parte risulta testualmente dal 1181. Inizialmente, facendo essenzialmente riferimento alla divisibilità della somma di denaro², si ragionava sul presupposto che la prestazione parziale fosse essenzialmente quella pecuniaria. Si è, però, notato che non c'è ragione per escludere che la disposizione del 1181 riguardi anche le prestazioni indivisibili, salvi ovviamente i casi di impossibilità materiale (ad esempio la consegna di un cavallo)³. La divisibilità e l'indivisibilità non vanno, infatti, colte esclusivamente sul piano fisico, bensì anche su quello funzionale dell'idoneità a soddisfare l'interesse del creditore. Cosicché ben possono aversi cose ben individuabili materialmente, ad esempio parti di un macchinario complesso, del tutto inadeguate a realizzare l'interesse del creditore, oppure, viceversa, parti di un muro in costruzione idonee a soddisfare seppur parzialmente le aspettative del creditore.

Il diritto del creditore di rifiutare implica, ovviamente, anche quello di non rifiutare e quindi di acconsentire alla prestazione parziale⁴. Si tratta, allora, di analizzare le due possibili situazioni che possono verificarsi, quella del rifiuto e quella dell'accettazione dell'adempimento parziale in tutti i loro aspetti e quindi ciascuna di esse dapprima sul piano del fatto indagando le possibili articolazioni di struttura che possono presentare e poi su quello degli effetti per verificare quali si producano, specie a livello estintivo dell'obbligazione e sul piano dei diritti comunque spettanti al creditore. E tutto ciò anche nell'ottica di accertare il grado di mantenimento del contratto una volta prodottosi l'adempimento parziale, specie in caso di successivo inadempimento del debitore quanto al residuo.

3. La prima ipotesi da considerare, testualmente prevista dal 1181, è senz'altro quella del rifiuto da parte del creditore di una prestazione parziale del debitore. Il debitore è tenuto all'esatto adempimento, mentre nella specie tende ad eseguire solo una parte della prestazione.

¹ A. di MAJO, *Dell'adempimento in generale. Art.1177-1200*, in *Comm. cod. civ. Scialoja-Branca*, a cura di F. Galgano, Bologna-Roma, Zanichelli-Soc.ed. del Foro italiano, 1994, 93: "Unico arbitro a (poter) giudicare del proprio interesse a ricevere la prestazione *pro parte* non può essere che il creditore".

² V., per tutti, E. MOSCATI, *La disciplina generale delle obbligazioni. Corso di diritto civile*, Giappichelli, Torino, 2012, 220 s., il quale ritiene che è possibile ipotizzare un adempimento parziale solo quando si tratti di un'obbligazione divisibile.

³ Sul tema v. A. F. FONDRIESCHI, *Art. 1181*, in *Comm. cod. civ.*, diretto da E. Gabrielli, *Delle obbligazioni*, a cura di V. Cuffaro, *artt. 1173-1217*, Torino, Utet, 2012, 307 s.; T. della MASSARA, *In tema di accettazione di adempimento parziale con riserva di saldo*, in *Riv. dir. civ.*, 2011, 661-664.

⁴ Cfr. A. di MAJO, *op.cit.*, 95.



Ma cosa è il rifiuto? Il termine è utilizzato dal legislatore in vari contesti. Si può dire che consiste in una manifestazione oppositiva posta in essere dal creditore o mediante una dichiarazione espressa o anche attraverso un comportamento concludente, ad esempio tenendo chiuso il magazzino dove il debitore vorrebbe e dovrebbe consegnare parte della merce. L'espressione, invero, sembra presupporre che ricorra un'offerta della prestazione parziale da parte del debitore, offerta che viene appunto rifiutata dal creditore. Il debitore offre ad esempio parte della somma dovuta ma il creditore, nel suo pieno diritto, non l'accetta.

Nell'ipotesi ora descritta la prestazione parziale non viene eseguita. Potrebbe, però, anche verificarsi il caso che il debitore senz'altro, senza interpellare il creditore, ponga in essere un adempimento parziale, ad esempio trasferisca con bonifico bancario istantaneo parte della somma dovuta sul conto corrente del creditore di cui conosce l'IBAN. In situazioni del genere è evidente come il meccanismo offerta del debitore – rifiuto del creditore, delineabile ai sensi del 1181, non funzioni e però senza alcun dubbio anche in questo caso è assicurata al creditore la libertà di scegliere se trattenere o no la prestazione del debitore. Occorre solo aggiungere che in tale eventualità il rifiuto del creditore si traduce, posta una sua espressa dichiarazione in tal senso, senz'altro nel suo diritto a restituire al debitore la prestazione già eseguita, con eventuali spese a carico di quest'ultimo.

Ma quale ruolo, in presenza del rifiuto da parte del creditore, giocano le previsioni di cui agli artt. 1175 e 1375, che impongono correttezza e lealtà di comportamenti alle parti anche nella fase di esecuzione del rapporto? In altri termini: il creditore può rifiutare qualsiasi prestazione parziale o possono individuarsi ipotesi di rifiuto illecito in quanto non rispondente ai canoni che devono guidare l'operato delle parti del rapporto obbligatorio?

Deve ritenersi che nel rispetto di una previsione molto netta quale quella del 1181 il creditore abbia diritto in linea di principio di apprezzare liberamente la situazione e di rifiutare nei modi già ricordati tendenzialmente qualsiasi prestazione parziale del debitore.

Può, però, ipotizzarsi qualche fattispecie in ordine alla quale correttezza o lealtà di comportamento impongono al creditore un atteggiamento più prudente, sostanzialmente dovendosi ritenere eccessivo, sproporzionato o irragionevole il rifiuto della prestazione parziale o che si ipotizza tale⁵. Il caso – in qualche misura di scuola – è quello di un'offerta o di una esecuzione di prestazione parziale molto vicina a quanto dovuto (ad esempio l'impegno a versare la somma di 98 o 99 anziché 100 ed il residuo in un momento successivo oppure l'esecuzione di un muro di confine di qualche centimetro inferiore al convenuto), ma soprattutto quello della cosiddetta "offerta approssimativa"⁶, prospettata dal debitore prontamente in caso di risarcimento da fatto illecito da lui dovuto, quando la somma non è stata ancora con certezza determinata, per evitare il prodursi di interessi e salvo il conguaglio da versare al momento della precisa quantificazione (in genere ad opera di un terzo) della somma dovuta a titolo di risarcimento. In ipotesi siffatte, caratterizzate da un parziale e però rilevante soddisfacimento dell'interesse del creditore, appare invero non rispondente ai canoni della correttezza e della lealtà rifiutare da parte del creditore la prestazione parziale, ponendo a carico del debitore spese ingiustificate (e così negli esempi quelle necessarie per la distruzione del muro o il pagamento di interessi dal tempo dell'illecito).

⁵ Cfr. G. BOZZI, in *Obbligazioni*, I. *Il rapporto obbligatorio*, in *Diritto civile*, diretto da N. Lipari e P. Rescigno, coordinato da A. Zoppini, Milano, Giuffrè, 2009, 140.

⁶ V. A.F. FONDRIESCHI, *op. cit.*, 313 ss., nonché Cass. 17140 del 2012.



3.1. Quanto agli effetti che si producono in caso di rifiuto da parte del creditore della prestazione parziale, il rapporto ovviamente non risulta scalfito, cosicché trovano applicazione le regole ordinarie comprese quelle sulla risoluzione per inadempimento nell'eventualità in cui alla scadenza non venga prestato l'intero dovuto.

Diversamente deve, però, assumersi con riferimento alle ipotesi da ultimo ricordate e cioè in caso di rifiuto illecito, idoneo a determinare con tutta probabilità – ma sul punto si rinvia al prosieguo – l'inammissibilità della risoluzione per inadempimento.

4. La seconda ipotesi da considerare, implicitamente ammessa dal 1181, è quella dell'accettazione da parte del creditore della prestazione parziale del debitore.

Al riguardo va subito premesso – aprendo una breve parentesi – che il diritto del creditore di accettare la prestazione parziale non può mai implicare un suo diritto a pretendere dal debitore una tale prestazione. Il creditore potrà anche in fatto richiedere una prestazione parziale, ma il debitore non ha in alcun caso l'obbligo di eseguirla. È sempre necessaria una precisa anteriore determinazione del debitore di adempiere parzialmente, alla quale segue una concorde volontà del creditore. Oltretutto l'eventuale pretesa del creditore di una o più prestazioni parziali potrebbe realizzare una parcellizzazione della prestazione con costi e oneri per il debitore; in particolare la richiesta di più adempimenti coattivi di una obbligazione pecuniaria, il cosiddetto frazionamento giudiziale del credito è sicuramente inammissibile in quanto si traduce in una modificazione del rapporto peggiorativa della posizione del debitore e contraria al dovere di correttezza gravante sulle parti⁷.

Ma torniamo al diritto del creditore di accettare l'adempimento parziale. Il 1181 – come si accennava – non prevede espressamente tale facoltà, ma la logica ne impone il riconoscimento. Invero in generale l'adempimento, quale comportamento attuoso, dove non rileva l'incapacità del suo autore ma immediatamente realizzativo dell'interesse protetto, non va accettato ai fini della produzione dell'effetto estintivo, fatta sempre salva la remissione del debito. Ma in caso di adempimento parziale, intendendo la legge – come si è già rilevato – garantire al creditore la massima tutela e cioè la più ampia libertà di valutare il proprio interesse a conseguire o no solo parte della prestazione spettantigli ed essendo per conseguire questo obiettivo previsto espressamente un potere in capo al creditore di rifiutare tale prestazione, il quadro risulta modificato ed appare essenziale affinché si produca l'effetto estintivo parziale dell'obbligazione la volontà in tal senso del creditore. L'adempimento parziale del debitore, se ammesso, si configura, quindi, al pari di quello totale ed esatto, come un comportamento, dove non rileva l'incapacità del debitore e però la sua portata estintiva rimane subordinata alla ricorrenza di una positiva volontà del creditore.

Al riguardo va precisato che la mera mancanza di rifiuto da parte del creditore non può essere considerata come circostanza idonea ad ammettere l'adempimento parziale⁸. È senz'altro vero – come si è avuto modo di osservare – che il creditore per rifiutare l'adempimento parziale del debitore è tenuto ad emettere una espressa dichiarazione o a tenere un equivalente comportamento concludente, ma questo non implica in alcun modo che si possa presumere una sua diversa volontà, quella appunto di consentire all'adempimento parziale, quando si limita a non rifiutare. L'assenza di rifiuto – oltretutto non è indicato

⁷ Cass. S.U. 15.11.2007 n. 23726.

⁸ Ritiene, invece, che nell'ipotesi di prestazione divisibile la mancanza di rifiuto comporta che si possa prescindere dall'accordo e che si realizzi una «diversa» modalità dell'adempimento T. della MASSARA, *op.cit.*, 669 s.



alcun termine e quindi sarebbe impossibile conoscere sino a quando tale assenza rilevarebbe – non è altro che una ipotesi di silenzio⁹ al quale non è consentito di per sé – tranne che la legge disponga diversamente – riconoscere alcun preciso significato. Il mancato rifiuto può, quindi, invero, presentare una qualche rilevanza solo ed esclusivamente nel caso in cui si inquadri in un contesto di concorrenti comportamenti significativi dai quali sia possibile desumere una chiara indicazione del creditore di autorizzare l'adempimento parziale.

Al di là comunque di questa ipotesi, normalmente la volontà del creditore di conseguire la prestazione parziale può risultare, in caso di offerta tramite dichiarazione espressa o comportamento concludente del debitore, a sua volta da una dichiarazione espressa di accettazione o anche da un comportamento concludente (ad esempio aprendo appositamente il magazzino dove il debitore intende consegnare parte della merce dovuta), mentre nel caso in cui il debitore abbia senz'altro posto in essere la prestazione parziale senza nulla chiedere al creditore (l'ipotesi è quella già ricordata del bonifico bancario istantaneo), quest'ultimo può manifestare il suo assenso oltre che con una espressa dichiarazione, anche senz'altro utilizzando la prestazione parziale già conseguita.

Le ipotesi che possono verificarsi sono, dunque, varie. Si è provato, dapprima indagando le modalità in cui può manifestarsi la volontà del debitore (par. 3.1) e successivamente esponendo le forme in cui può manifestarsi quella del creditore (par. 4.1), di delineare un quadro quanto più possibile completo dei tanti modi in cui può strutturarsi l'accordo tra debitore e creditore relativo all'adempimento parziale. Accordo, quindi, che può risultare da dichiarazioni espresse di una o di entrambe le parti e/o da comportamenti concludenti sempre di una o entrambe le parti. Accordo, ancora, che può essere concluso anteriormente all'esecuzione della prestazione parziale o anche coeivamente o addirittura in parte (avuto riguardo alla volontà del creditore) successivamente nell'ipotesi in cui il debitore abbia già effettuato la prestazione.

In ogni caso si tratta di un accordo, avente un suo ben definito oggetto, la prestazione parziale, che non presenta sicuramente natura negoziale né comporta novazione¹⁰, consistendo in due comportamenti rilevanti oggettivamente concernenti il momento esecutivo o attuativo del rapporto obbligatorio.

4.1. Quanto agli effetti che si producono nel caso di accettazione della prestazione parziale, occorre distinguere l'ipotesi in cui il debitore al tempo convenuto presti il residuo dovuto e l'ipotesi in cui, successivamente all'esecuzione dell'adempimento parziale, il debitore rimanga inadempiente per il residuo.

Nel primo caso è pacifico che si sia verificato dapprima una estinzione parziale del rapporto obbligatorio, in proporzione alla prestazione parziale eseguita, e successivamente l'estinzione totale in seguito all'esatto completo adempimento.

Dubbi insorgono nel secondo caso, quando, cioè, il debitore, dopo aver regolarmente posto in essere la prestazione parziale accettata dal creditore, non dà corso nei tempi convenuti alla parte rimanente e rimane inadempiente.

In siffatta ipotesi, dal momento che il creditore può domandare, oltre il risarcimento dei danni, la risoluzione, ci si è chiesti se possa chiedere la risoluzione integrale (ovvero a sua scelta l'intera prestazione)

⁹ Sul valore del silenzio cfr., per tutti, R. SACCO, *Il contratto*, in *Tratt. dir. civ.*, diretto da F. Vassalli, VI, II, Torino, Utet, 1975 specie 61 ss.

¹⁰ T. della MASSARA, *op.cit.*, 656.



restituendo al debitore la prestazione parziale eseguita, oppure solo la risoluzione parziale, oltre ovviamente al risarcimento¹¹ ed ancora, ed in connessione con tale prima questione, se possa affermarsi o no l'estinzione parziale del rapporto stante l'accettato ed eseguito adempimento parziale.

Al riguardo va preliminarmente rilevato come non appaia consigliabile argomentare a favore della soluzione radicale della risoluzione integrale fondando il discorso sulla separatezza o sull'autonomia degli istituti dell'adempimento parziale e della risoluzione per inadempimento¹². È infatti ovvio che adempimento parziale e risoluzione per inadempimento siano istituti distinti, integranti fattispecie diverse e fondati su differenti logiche, ma appare, come si vedrà, opportuno cogliere le possibili interazioni che possono presentarsi e verificare se e quando alla risoluzione vada preferita l'esecuzione e quindi il mantenimento del rapporto¹³.

A mio avviso la soluzione in concreto delle questioni dianzi delineate dipende essenzialmente da due fattori, entrambi aventi natura oggettiva, e cioè da un lato da una attenta valutazione in ordine alla ricorrenza di un effettivo interesse del creditore alla prestazione parziale già eseguita, quale momento pienamente idoneo al soddisfacimento di sue aspettative (giuridicamente protette), e dall'altro da un adeguato controllo circa il pieno rispetto nei rapporti tra le parti dei doveri di correttezza e buona fede che permeano l'attuazione del rapporto obbligatorio¹⁴. Rimane, invece, sullo sfondo ed inutilizzabile al riguardo la distinzione concernente la natura della prestazione parziale, se divisibile o no, e ciò in quanto si è già ricordato come non possa escludersi che il creditore abbia avuto interesse all'esecuzione parziale di una obbligazione indivisibile.

Ora, posto che buona fede oggettiva e correttezza, quali criteri di valutazione dell'agire delle parti, comportano – anche se il loro preciso contenuto non è determinabile una volta per tutte – tra l'altro, l'obbligo per il creditore e il debitore di cooperare reciprocamente affinché l'attuazione del rapporto si svolga il più agevolmente possibile e nel modo più vantaggioso per entrambi, un adempimento parziale pacificamente accettato dal creditore pienamente soddisfatto in proporzione del suo interesse giuridicamente tutelato alla prestazione (ad esempio la consegna anticipata rispetto alla scadenza da parte del debitore della metà della merce dovuta, con il creditore che ha tenuto appositamente aperto il magazzino per riceverla e l'ha poi utilizzata o rivenduta traendone utili), deve ritenersi avere parziale efficacia estintiva dell'obbligazione del debitore con la conseguenza che il creditore è legittimato a richiedere solo il residuo e nell'eventualità di inadempimento del debitore solo la risoluzione parziale. Sarebbe, infatti, in contrasto con i parametri prima ricordati affermare che in caso di inadempimento del residuo da parte del debitore il creditore abbia diritto a restituire la prestazione ricevuta e chiedere la risoluzione integrale o pretendere l'intero¹⁵. Invero il creditore, quando la prestazione parziale gli è stata offerta, era assolutamente libero di rifiutarla, valutando adeguatamente il proprio interesse. Dopo averla accettata ed eventualmente utilizzata traendone precise utilità, non può prendersi gioco del debitore, adottando un

¹¹ Sulla questione, assolutamente centrale in materia di adempimento parziale, v. i rilievi di E. BIVONA, *Le tutele contro l'adempimento parziale: sistema e sottosistema nel contratto di appalto*, in *Nuova giur. civ. comm.*, 2022, 946.

¹² Così G. AMADIO, *Inattuazione e risoluzione: la fattispecie*, in *Tratt. contr.*, a cura di V. Roppo, V. Rimedi, 2, Milano, Giuffrè, 2006, 137.

¹³ Sul tema, in una prospettiva generale, cfr. R. ALESSI, *Risoluzione per inadempimento e tecniche di conservazione del contratto*, in *Riv. crit. dir. priv.*, 1984, specie 114 ss.

¹⁴ Cfr. A. di MAJO, *op. cit.*, 99 s.; T. della MASSARA, *op. cit.*, 670 ss.

¹⁵ Già M. GIORGIANNI, *L'inadempimento. Corso di diritto civile*, terza ed., Milano, Giuffrè, 1975, 41: "Se il creditore ha accettato una parte della prestazione dovutagli, è ovvio che egli non potrà restituire ciò che ha ricevuto e pretendere l'intero risarcimento".



comportamento sleale e scorretto, ponendo a carico di quest'ultimo eventuali spese e oneri per doversi ricevere ad esempio la merce che era stata già consegnata, e poi per doverla conservare ed in ipotesi riconsegnare allo stesso creditore.

Naturalmente la risoluzione parziale può a sua volta essere dichiarata solo se la parte residuale del credito rimasta scoperta sia tale da comportare ugualmente la gravità dell'inadempimento¹⁶. Con il che risulta confermato che si danno precise interferenze tra adempimento parziale e risoluzione per inadempimento, laddove il controllo della gravità dell'inadempimento non può in concreto prescindere dalla circostanza che sia stato posto in essere un adempimento parziale con portata parzialmente estintiva dell'obbligazione.

A rilevanti conclusioni è possibile pervenire anche nelle ipotesi, diverse da quelle sinora ricordate, in cui il creditore non ha accettato l'offerta della prestazione parziale e anzi l'ha rifiutata e però ricorra uno dei casi, in precedenza trattati, nei quali il rifiuto deve ritenersi illecito in quanto in contrasto con i canoni della correttezza e della buona fede. In tali casi, e cioè ad esempio quando il creditore rifiuta ingiustificatamente l'offerta approssimativa della somma a titolo di risarcimento del danno, oppure quando pretende l'abbattimento di un muro sul confine solo di pochi centimetri inferiore al dovuto, l'inadempimento del debitore non legittima la risoluzione del rapporto, essendo ben altri gli effetti adeguati e cioè l'obbligo per il debitore di completare o perfezionare la prestazione ed eventualmente di risarcire i danni.

Tutto ciò premesso, va brevemente aggiunto che la proposta interpretativa in questi termini avanzata non presenta valore assoluto. Sempre tenendo conto dei criteri dianzi elaborati, potrebbe ad esempio ben verificarsi che la prestazione parziale accettata non risulti idonea a soddisfare proporzionalmente l'interesse del creditore (si pensi alla consegna provvisoriamente accettata di una parte di un macchinario per la produzione di merci alla quale non segue poi il completamento), oppure che specifiche circostanze consentano comunque di escludere qualsiasi pregiudizio per il debitore nell'eventualità in cui il creditore, assunto l'inadempimento di controparte, intenda restituire la cosa o la prestazione parziale a suo tempo conseguita. In ipotesi del genere, non ricorrendo un comportamento del creditore contrario ai doveri di correttezza e buona fede, sembra che vada affermato il suo diritto alla restituzione di quanto ricevuto con la prestazione parziale e alla connessa domanda di risoluzione integrale (ovvero di adempimento integrale).

Conclusivamente: al di là di queste ultime diverse ipotesi, l'adempimento parziale, nei modi e alle condizioni sinora precisati, è in grado in dati casi (ad esempio la costruzione di un muro di confine di pochi centimetri inferiore al dovuto), quando l'interesse del creditore ha trovato una pieno anche se imperfetto soddisfacimento con la prestazione parziale, di escludere del tutto la risoluzione del rapporto, comportandone piuttosto il mantenimento; mentre in altri casi (ad esempio la consegna accettata dal creditore di parte della merce da lui poi utilizzata), quando cioè l'interesse del creditore è stato solo in parte soddisfatto, l'adempimento parziale è idoneo a realizzare l'estinzione parziale del rapporto e di consentire solo una risoluzione parziale, garantendo perciò per qualche importante profilo la valida prosecuzione (di parte) del rapporto.

¹⁶ Da ultimo, pacificamente, Cass. 25 gennaio 2022 n. 2223.



GIOVANNI DI ROSA *

AUTONOMIA PRIVATA E RIMEDIO RISOLUTIVO **

PRIVATE AUTONOMY AND RESCISSION

ABSTRACT: Il testo esamina il rapporto tra autonomia privata e risoluzione per inadempimento, soffermandosi sulla possibilità per le parti di modificare convenzionalmente i rimedi previsti dalla legge. In particolare, analizza la validità delle clausole che limitano, escludono o regolano diversamente la risoluzione e i suoi effetti. L'autore evidenzia una crescente apertura verso l'autonomia negoziale, nel rispetto dei principi fondamentali dell'ordinamento.

ABSTRACT: The text examines the relationship between private autonomy and termination for breach, focusing on the parties' ability to contractually modify the remedies provided by law. In particular, it analyses the validity of clauses that limit, exclude, or otherwise regulate termination and its effects. The author highlights an increasing openness toward contractual autonomy, provided that the fundamental principles of the legal system are respected.

SOMMARIO: 1. Una breve introduzione. – 2. Inadempimento e risoluzione nella disciplina di parte generale del contratto. Cenni minimi sul prospettato ruolo dell'autonomia privata. – 3. Sulle clausole di rinuncia preventiva all'azione di risoluzione. – 4. Sulle clausole di modificabilità dei presupposti risolutivi. – 5. Sulle clausole in ordine agli effetti della risoluzione quanto ai terzi.

1. Una breve introduzione

Mi corre l'obbligo, non di circostanza, di ringraziare, e per molteplici ragioni, affettive e scientifiche, gli organizzatori dell'odierna iniziativa celebrativa. Un ringraziamento peraltro doppio, cronologicamente parlando: a monte, per avermi dato la possibilità di contribuire al *Liber Amicorum*; a valle, per avermi invitato a relazionare in questa prestigiosa cornice, sia quanto ai luoghi sia quanto alle persone.

Se, poi, si prendono le mosse dal titolo del convegno, a propria volta preso in prestito da un notissimo contributo dell'Onorata, per l'appunto "*Risoluzione per inadempimento e tecniche di conservazione del contratto*", pubblicato più di quarant'anni or sono (era il 1984) nella *Rivista critica di diritto privato*, deve parimenti rendersi merito per l'efficace e completa articolazione prospettata, tra diritto sovranazionale e diritto interno. Proprio rispetto a quest'ultimo si avrà modo di precisare il richiamo ai relativi, recenti sviluppi per verificare di che cosa realmente si tratti. In tal senso, a una prima disamina del compito affidatomi rispetto alla corrispondente titolazione, può già agevolmente percepirsi l'ampiezza e la complessità dei rapporti tra "*Autonomia privata e rimedio risolutorio*", tema peraltro (e di questo

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

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



bisogna ancora una volta rendere merito agli organizzatori) assai caro alla migliore tradizione scientifica (non solo civilistica) catanese. Il riferimento è, ovviamente, in primo luogo all'indimenticato Maestro, Professore Giuseppe Auletta¹ e ai Suoi, diretti e indiretti, allievi che vi si sono cimentati, anche qui in primo luogo il Professore Angelo Belfiore².

In via del tutto generale deve avvertirsi che all'autonomia privata (segnatamente negoziale), come potere riconosciuto dall'ordinamento ai privati di regolarsi da sé, attraverso cioè la predisposizione di quanto ritenuto più confacente al proprio assetto di interessi (personale e patrimoniale), sull'ovvio presupposto che la conformità ai principi di sistema sia garanzia, oltre che di riconoscimento, anche di tutela, è stato via via riconosciuto sempre maggiore spazio, anche in settori tradizionalmente ritenuti alla stessa estranei perché (esplicitamente o implicitamente) riservati alla legge, ossia di esclusiva competenza statale. Emblematico, al riguardo, il riferimento alle trasformazioni intervenute nel diritto di famiglia, quanto ad esempio alle soluzioni normative introdotte per la regolazione della crisi familiare, in ordine alle relative tecniche di privatizzazione e degiurisdizionalizzazione³; oppure quanto al ruolo della giurisprudenza nel recepire positivamente talune prassi importate da esperienze giuridiche altre e ivi consolidate, come a proposito del rinnovato dibattito circa l'ammissibilità o meno nel nostro ordinamento degli accordi prematrimoniali⁴.

2. Inadempimento e risoluzione nella disciplina di parte generale del contratto. Cenni minimi sul prospettato ruolo dell'autonomia privata

Proprio interrogandosi preliminarmente sul senso dell'ipotizzato rapporto tra le due formule espressive che individuano (descrittivamente) il titolo di questo mio contributo, può adesso rilevarsi, proprio richiamando la già indicata collocazione tra i recenti sviluppi, la singolare peculiarità, almeno se analizzata alla luce dei rapporti tra disciplina previgente (codice civile del 1865) e regolazione attuale (codice civile del 1942). Ma di questo si dirà nel prosieguo.

In ogni caso, per quanto qui pertiene, le prospettive da assumere (o che possono essere assunte) per tentare di imbastire e fornire una qualche risposta di senso sono, in verità, molteplici ma, in questa sede, ci si limiterà a indicarne (almeno) due. Per un verso, infatti, la relazione tra la sfera dell'autonomia privata e l'istituto della risoluzione per inadempimento può essere analizzata, all'interno della relativa

¹ Sua la notissima monografia *La risoluzione per inadempimento*, Giuffrè, 1942.

² Sufficiente citare al riguardo i contributi *Pendenza della condizione e conflitti di titolarità (Premesse introduttive)*, in *Riv. dir. civ.*, 1971, I, 181 ss.; *Risoluzione per inadempimento e obbligazioni restitutorie*, in *Scritti in onore di Giuseppe Auletta*, II, Giuffrè, 1988, 245 ss.; *Risoluzione del contratto per inadempimento*, in *Enc. dir.*, XL, Giuffrè, 1989.

³ In merito, tra diversi, C. MARINO, *Misure urgenti di degiurisdizionalizzazione ed altri interventi per la definizione dell'artrato in materia di processo civile*, in *Commentario Gabrielli, Della famiglia*², a cura di G. Di Rosa, *Leggi complementari*, Wolters Kluwer Italia, 2018, 1873 ss.

⁴ Sul tema, tra i moltissimi scritti, può segnalarsi la ponderosa collettanea *Accordi in vista della crisi dei rapporti familiari*, a cura di S. Landini e M. Palazzo, in *Biblioteca della Fondazione italiana del notariato*, Giuffrè, 2018. Non inganni, però, il frequente richiamo nelle ultime discussioni alla recente ordinanza di Cass., 21 luglio 2025, n. 20145, in *De Jure*, Giuffrè, generalmente presentata come indice dell'apertura da parte dei giudici di legittimità e che, invece, a una attenta lettura, come appropriatamente messo in evidenza da C. RIMINI, *Il problema della validità dei patti in vista del divorzio: cercando una soluzione tra vecchi pregiudizi e nuovi problemi*, in *Riv. dir. civ.*, 2025, 1230 ss., rivela la posizione di sempre, non riguardando il caso concreto né un patto prematrimoniale (trattandosi invece di un contratto sottoscritto fra coniugi dopo il loro matrimonio), né un patto con il quale i coniugi dispongono dei diritti conseguenti all'eventuale divorzio, rispetto a cui la assolutamente prevalente giurisprudenza di legittimità afferma la nullità invocando l'art. 160 c.c.



disciplina di parte generale del contratto, quanto alla preliminare scelta (in facoltà della parte non inadempiente) se agire o meno in giudizio per chiedere e ottenere la risoluzione (art. 1453 comma 1, cod. civ.); oppure, sempre rispetto alla scelta risolutiva, quanto alla disciplina delle ipotesi di risoluzione stragiudiziale, in ordine cioè all'attivazione dello strumento risolutivo al di fuori del giudizio, non del tutto escluso ma solo a eventuali fini di accertamento della modifica della sfera giuridica delle parti, già intervenuta per la via, appunto, stragiudiziale (artt. 1454, 1456 e 1457 cod. civ.)⁵. Per altro verso, accanto a queste tecniche rimediali di stampo codicistico, deputate a definire forme e tipi di risoluzione per inadempimento, rispetto alle quali dunque appare centrale l'assicurata scelta in capo alla parte (non inadempiente) di ricorrervi o meno, ed eventualmente con quali modalità⁶, si collocano oggi, con rilievo ben diverso dal passato (ossia nel vigore del codice civile del 1865), le indagini che, da un angolo visuale differente quanto ai rapporti tra autonomia privata e risoluzione per inadempimento, si propongono di verificare l'ammissibilità di modelli (per l'appunto espressione dell'autonomia regolatoria delle parti) che intervengono in varia misura sulla disciplina legale⁷.

Quanto, in particolare, a questa seconda prospettiva di analisi, quella che qui più rileva, può sinteticamente precisarsi che ci si riferisce a quelle convenzioni rivolte a incidere, anzitutto, sulla prevista alternatività tra tutela satisfattiva e tutela risolutoria. Il riferimento è alle clausole dirette a escludere in via pattizia la risoluzione per inadempimento imputabile (per come individuato cioè dalle regole contenute negli artt. 1218 e 1453 cod. civ.), cd. clausole di irresolubilità, oppure impedire la richiesta di adempimento, cd. clausole di esclusione dell'adempimento coattivo. Così come pure è possibile richiamare le deroghe convenzionali ai presupposti dell'iniziativa risolutoria, per rendere più rigorose o piuttosto alleggerire le relative condizioni di attivazione, rispetto dunque al parametro normativo della gravità dell'inadempimento (art. 1455 cod. civ.). Senza parimenti dimenticare, con tratti di assoluta peculiarità, le

⁵ Si avverte appropriatamente al riguardo da R. ALESSI, *La disciplina generale del contratto*⁵, Giappichelli, 2025, 495, che la riconduzione delle ipotesi, rispettivamente, della diffida ad adempiere, della clausola risolutiva espressa e del termine essenziale all'unica categoria dei mezzi di risoluzione in via stragiudiziale, se corretta, laddove rivolta «a segnalare, appunto, il prodursi dell'effetto risolutivo fuori dal processo e in conseguenza di manifestazioni dell'autonomia privata», può invece essere criticata «in quanto lascia in ombra la significativa differenza, quanto alla funzione, tra il primo strumento – la diffida ad adempiere – e gli altri due, clausola risolutiva espressa e termine essenziale». Di recente A. CALONI, *Risoluzione per inadempimento e comportamento contraddittorio. Autoresponsabilità e struttura del rimedio*, Giappichelli, 2024, ha indagato il problema della competitività dell'ordinamento italiano per effetto del modello di risoluzione accolto, non solo nel rapporto (interno) con gli strumenti di tutela del contraente deluso (giudiziali e stragiudiziali) ma anche quanto al confronto (esterno) con le soluzioni adottate da altri diritti nazionali.

⁶ Si metterà qui di canto, salvo qualche minimo richiamo, ogni riferimento alla clausola limitativa della proponibilità di eccezioni (art. 1462 cod. civ.) e ai meccanismi previsti dagli artt. 1460 e 1461 cod. civ., su cui F. ADDIS, *Le eccezioni dilatorie*, in F. ADDIS-M. DELLACASA, *Inattuazione e risoluzione: i rimedi*, in V. ROPPO, *Trattato del contratto*, V, 2, *Rimedi*, a cura di V. Roppo, Giuffrè, 2006, 413 ss.; diffusamente, quanto in particolare alla previsione dell'art. 1461 cod. civ., ID., *Il «mutamento» nelle condizioni patrimoniali dei contraenti*, Giuffrè, 2013; da ultimo, per una recente analisi comparata che muove dalle soluzioni del diritto privato tedesco, ID., *Recesso per inadempimento e tutela dilatoria*, in *Oss. dir. civ. e comm.*, 2025, 3 ss.

⁷ Trattano diffusamente dei diversi tipi e modi di deroghe di cui si farà menzione a breve in testo, quanto ai contributi più recenti e senza alcuna minima pretesa di completezza, G. AMADIO, *Inattuazione e risoluzione: la fattispecie*, in V. ROPPO, *Trattato del contratto*, V, 2, *Rimedi*, a cura di V. Roppo, Giuffrè, 2006, 3 ss. e, in particolare, 22 ss.; ID., *Risoluzione per inadempimento e autonomia privata*, in *Scritti in memoria di Rodolfo Sacco*, I, Wolters Kluwer Italia-Utet, 2024, 53 ss.; E. GABRIELLI, *Autonomia privata ed esclusione dei rimedi contrattuali (brevi spunti di riflessione sulle clausole di exclusive remedy)*, in *Riv. dir. comm.*, 2018, I, 209 ss.; U. CARNEVALI, *Brevi note in tema di disponibilità convenzionale della disciplina della risoluzione per inadempimento*, in *Contratti*, 2021, 598 ss.; M. MAGGIOLO, *Sulla disponibilità del rimedio risolutivo*, in *Riv. trim. dir. e proc. civ.*, 2023, 93 ss. Tra i contributi monografici, in precedenza, F. DELFINI, *I patti sulla risoluzione per inadempimento*, Ipsoa, 1998; più di recente B. SIRGIOVANNI, *Autonomia privata e risoluzione del contratto per inadempimento*, Wolters Kluwer-Cedam, 2019; da ultimo R. FRANCO, *Clausole di 'irresolubilità' per inadempimento. Autonomia privata e disponibilità del rimedio*, Giuffrè Francis Lefebvre, 2025.



clausole destinate a diversamente regolare gli effetti della risoluzione, quanto cioè all'ordinaria retroattività obbligatoria nei confronti dei terzi (art. 1458 comma 2, cod. civ.), attraverso il meccanismo della cd. condizione di inadempimento⁸.

Da questi primi e sommarî cenni, nell'individuato rapporto tra *ius positum* e possibile (diversa) regolazione dei privati, appaiono già evidenti, quali coordinate di riferimento, da un lato, la funzione del contratto, quale programmato assetto di interessi; dall'altro, la funzione dei rimedi, quali tecniche predisposte dall'ordinamento, ma anche dagli stessi privati, attraverso cui soddisfare interessi normativamente selezionati⁹. Risulta altresì altrettanto chiaro che così come la tradizionale impostazione, espressa in tempi risalenti (ma non del tutto mai abbandonata, sia pure sulla base di ragionamenti differenti e impostazioni divergenti), della risoluzione come sanzione è di certo ostativa¹⁰, allo stesso modo, in senso diametralmente opposto, il ritenuto ampliamento della sfera di operatività dell'autonomia privata è di certo favorevole¹¹. Parimenti, il genericamente individuato difetto funzionale della causa, quale fondamento della risoluzione, indirizza verso la soluzione negativa¹²; invece, una diversa prospettazione che faccia leva sull'alternatività normativamente disposta e, dunque, sull'egualmente contemplato adempimento coattivo, depone in senso positivo¹³.

Come è facile constatare la questione non è affatto agevole e non potrebbe essere diversamente, potendosi allora privilegiare un approccio che, rispetto alle singole previsioni convenzionali, assunte dunque in via pattizia, ne misuri la tenuta quanto a principi di sistema (ove rinvenibili) ed eventuali regole di settore, sia in punto di disciplina generale delle obbligazioni e del contratto, sia con riguardo a precise disposizioni di singoli tipi contrattuali da cui, ove possibile, ricavare utili indici di riflessione e valutazione. Il quadro che ne risulterà, lo si anticipa, non fuga tutti i dubbi, a fronte peraltro di una giurisprudenza sostanzialmente assente¹⁴.

⁸ D'obbligo il riferimento, anzitutto, all'ampia disamina di G. AMADIO, *La condizione di inadempimento. Contributo alla teoria del negozio condizionato*, Cedam, 1996.

⁹ Sul rimedio come espressione di un potere di reazione del singolo S. MAZZAMUTO-A. PLAIA, *I rimedi*, in *Manuale di diritto privato europeo*, II, a cura di C. Castronovo e S. Mazzamuto, Giuffrè, 2007, 751; vi si sofferma, richiamandolo, M. MAGGIOLO, *Eccezione di risoluzione, dichiarazione di risoluzione e accertamento giudiziale della risoluzione per inadempimento*, in *Riv. trim. dir. e proc. civ.*, 2025, 299 ss., nel contesto di una disamina diretta a evidenziare, in primo luogo, l'evoluzione di un sistema che «spinge cioè a concedere ai privati allargate possibilità di plasmare i rimedi, offrendo l'opportunità di farlo a chi sia in grado di selezionare gli interessi rilevanti e determinare quindi la migliore tutela soddisfacente» (301).

¹⁰ Il richiamo è all'impostazione di G.G. AULETTA, *La risoluzione per inadempimento*, cit.

¹¹ Riprende e sviluppa le articolate fila del discorso, da ultimo, R. FRANCO, *Clausole di irresolubilità*, cit., 30 ss. e, in particolare, 51 ss.

¹² Lo evidenzia G. AMADIO, *Inattuazione e risoluzione*, cit., 5 ss. e, in particolare, 23.

¹³ In tal senso G. AMADIO, *Inattuazione e risoluzione*, cit., 19 ss., muovendo dall'idea che la funzione della risoluzione per inadempimento è «quella di rimuovere l'assetto di interessi predisposto dal contratto (...) e la cui peculiarità consiste nel dipendere da una *valutazione discrezionale* di quello stesso contraente, in ordine all'efficienza della forma di tutela (satisfattiva) ad essa alternativa, rappresentata dalla domanda di adempimento coattivo» (20). Riprende questa impostazione M. MAGGIOLO, *Eccezione di risoluzione*, cit., 302, che parimenti si associa alla stigmatizzazione nei confronti dell'ancora corrente equivoco concettuale «di intendere la risoluzione per inadempimento come strumento deputato a correggere una disfunzione dell'atto di autonomia» (308); similmente R. CALVO, *Il contratto*³, II, Zanichelli, 2023, 281 ss., favorevole alla deduzione in condizione dell'adempimento ma anche dell'inadempimento.

¹⁴ Può rinviarsi, in tempi risalenti, a Cass., 30 ottobre 1965, n. 2324, in *Foro it.*, 1966, I, 1459, a cui si deve l'affermazione della nullità della clausola di rinuncia alla risoluzione e al risarcimento dei danni da parte del compratore per ogni ipotesi di inadempimento del venditore; in seguito, Cass., 4 febbraio 1988, n. 1086, inedita ma citata da P. VITUCCI, «*Ogni ritardo sarà considerato di scarsa importanza*» (*Ipotesi sul patto de evitando risoluzione*), in *Riv. dir. civ.*, 1988, II, 577 ss.; di recente, Cass., 9 maggio 2012, n. 7054, in *Giur. it.*, 2012, 2255, con nota di G. SICCHIERO, *Nullità della clausola di rinuncia alla risoluzione e massime mentitorie*, per la ritenuta nullità, sia pure in termini di *obiter dictum*, della clausola di rinuncia alla risoluzione, peraltro non rinvenuta in concreto nel contratto.



3. Sulle clausole di rinuncia preventiva all'azione di risoluzione

Autorevole dottrina aveva criticato già in passato quegli Autori che escludevano, in maniera aprioristica e senza appropriata ricostruzione del dato normativo, la validità di una rinuncia preventiva all'azione di risoluzione oppure degli interventi sui relativi presupposti o sui correlativi effetti¹⁵. Si rilevava parimenti, quanto alla *ratio* della risoluzione, rispetto alle relative regole (presupposti ed effetti), che essa «risiede nell'esigenza di sottoporre a controllo e, quindi, delimitare il rischio che la tecnica del risarcimento del danno risulti (...) inidonea a salvaguardare la logica dello scambio»¹⁶. Così come pure il paventato rischio della carenza di causa sufficiente delle attribuzioni patrimoniali ingenerata dal patto di esclusione della risoluzione¹⁷ è stato debitamente contrastato rilevando che la supposta introduzione nel contratto di un elemento di aleatorietà (perché le due prestazioni finirebbero per vivere in modo autonomo) o, ancor di più, la prospettazione di uno schema donativo, non paiono affatto in linea con la assicurata possibilità, comunque, della domanda di adempimento e dell'eventuale rimedio risarcitorio¹⁸.

Quale, dunque, il possibile modo di procedere per affrontare il problema? Da un lato, indicazioni che sembrano assumere carattere, per così dire, di generalità in termini di rapporto tra rimedi e interessi (protetti o lesi); dall'altro, sollecitazioni provenienti dalle stesse (settoriali o meno) opzioni normative. Ma, in buona sostanza, appare preferibile una composizione combinata delle prime (indicazioni generali) quale espressione delle seconde (settoriali opzioni normative). Ci si può ad esempio interrogare su quali principi siano ricavabili, rispettivamente, dall'art. 1229 cod. civ. (ammissibilità o meno della esclusione della responsabilità debitoria), dettato in parte generale del diritto delle obbligazioni con riguardo all'inadempimento; dagli artt. 1487 comma 2 e 1490 comma 2 cod. civ. (il rimedio non può ritenersi operante in presenza del fatto proprio della controparte), in tema di disciplina della vendita quanto alle obbligazioni del venditore; dagli artt. 1877 e 1878 cod. civ., da un lato (ammissibilità o inammissibilità della domanda di risoluzione), in ordine alla regolazione della risoluzione rispetto alla posizione del creditore nella rendita vitalizia, e dall'art. 1976 cod. civ., dall'altro (irrisolubilità normativa), relativamente alla adottata soluzione legale ove non sia stato espressamente disposto dai contraenti, nell'esercizio della propria autonomia, nel diverso senso dell'attribuzione del diritto alla risoluzione. Come appropriatamente ancora da ultimo rilevato, infatti, con riferimento al regime della risoluzione, alla compressione della possibilità di incidere sulla risolubilità del contratto (in tal senso gli artt. 1487 e 1490 comma 2, cod. civ.), si contrappone una soluzione normativa coerente alla generale derogabilità (in tal senso gli artt. 1878 e 1976 cod. civ. in ordine, rispettivamente, alla irrisolubilità della rendita vitalizia per mancato versamento delle rate scadute e alla irrisolubilità per inadempimento della transazione novativa)¹⁹. Così come pure, rispetto alla questione che qui occupa, di non particolare utilità può ritenersi

¹⁵ Il riferimento è al pensiero di A. BELFIORE, *Risoluzione del contratto per inadempimento*, cit., 1309 ss.

¹⁶ A. BELFIORE, *Risoluzione del contratto per inadempimento*, cit., 1309.

¹⁷ Propugnatore già R. SACCO, *Le risoluzioni per inadempimento*, in R. SACCO-G. DE NOVA, *Il contratto*, II, in *Trattato Sacco*, Utet, 1993, 588 s., avanzando gravi dubbi in ordine alla validità di una clausola di irrisolubilità; diversamente, tuttavia, ID., *Le risoluzioni per inadempimento*, in R. SACCO-G. DE NOVA, *Il contratto*⁴, Wolters Kluwer Italia-Utet, 2016, 1589 ss., espressamente precisando che «L'edizione attuale della presente opera segna un mutamento rispetto alle precedenti edizioni orientate all'indisponibilità del rimedio» (1590, nt. 18).

¹⁸ Incisivamente G. AMADIO, *Inattuazione e risoluzione*, cit., 24.

¹⁹ Il riferimento è a M. MAGGIOLO, *Sulla disponibilità*, cit., 95 s.



il raffronto con l'art. 1229 cod. civ., nel senso che la rinuncia preventiva alla risoluzione opera un piano diverso rispetto alla clausola di esonero da responsabilità²⁰.

Quali, invece, le ragioni (a fondamento dell'ammissibilità) del ricorso alla clausola di irrisolubilità? Ossia, per un verso, la stabilità delle attribuzioni patrimoniali e, in parallelo, le motivazioni di un diverso, esclusivo interesse, rispettivamente, all'adempimento (tutela satisfattiva) e al risarcimento dei danni (tutela risarcitoria). Rispetto al primo, in buona sostanza, la stabilità del regolamento contrattuale espressione, comunque, di una valida operazione economica, quale titolo giustificativo dello spostamento patrimoniale. Rispetto ai secondi, invece, la permanente utilità, comunque, della prestazione dedotta in contratto oppure, insieme o in via esclusiva, la assicurata valutazione al creditore, in via preventiva, del diritto al risarcimento del danno come «perfettamente idoneo a compensare l'utilizzazione di un bene non integro»²¹. La chiave di lettura, comune e relativa a entrambe le giustificazioni addotte, si rinviene in una prospettiva valutativa (del senso) della permanenza del vincolo contrattuale sotto il profilo della fisiologia del rapporto, in direzione dunque del tutto opposta all'ordinaria trattazione della questione che concentra, invece, l'attenzione sul fronte della patologia del rapporto, ossia dell'inadempimento quale «scenario abituale» dell'indagine²².

La pur autorevole critica mossa alla sufficienza dei (soli) rimedi dell'azione di adempimento e del risarcimento del danno (eventualmente quest'ultimo addirittura in via esclusiva) a tutela degli interessi del contraente adempiente in modo pieno ed esaustivo²³ viene in qualche modo rintuzzata, rispetto in particolare alla eventualità di maggiore rischio per la parte non inadempiente, ossia la permanenza del solo diritto al risarcimento del danno, che però non sarebbe di per sé idoneo a coprire anche l'ambito delle restituzioni, conseguenza invece della risoluzione²⁴, prospettando l'inclusione di queste ultime nella posta risarcitoria oppure lo scioglimento (comunque) del contratto attraverso l'invocato meccanismo della presupposizione²⁵.

Peraltro, anche alla suggerita valutazione in concreto, che tenga conto cioè, caso per caso, degli interessi in gioco e del tipo di prestazione inadempita (se cioè pecuniaria o meno) quale appropriato criterio di soluzione, prescindendo dunque da generali affermazioni di principio, nell'un senso (validità

²⁰ Nitidamente, in merito, U. CARNEVALI, *La risoluzione per inadempimento. Premesse generali*, in U. CARNEVALI-M. TAMPONI, *L'inadempimento*, in *Trattato Bessone*, XIII, *Il contratto in generale*, VIII**, *La risoluzione*, Giappichelli, 2011, 27 ss.

²¹ A. BELFIORE, *Risoluzione del contratto per inadempimento*, cit., 1311, con riferimento al caso (assai particolare) del bene, oggetto di contratto preliminare di vendita, (tuttavia) deteriorato (parzialmente perito) per una causa imputabile al debitore, in presenza (come ipotesi generale rispetto al caso assai particolare) di una clausola di irrisolubilità per il promissario acquirente in caso di rifiuto della controparte di stipulare il contratto definitivo.

²² Nel fornisce articolato riscontro M. MAGGIOLO, *Sulla disponibilità*, cit., 99 ss. e, in particolare, 103 ss.

²³ Si tratta dei rilievi di U. CARNEVALI, *Brevi note*, cit., 599 s., a cui avviso vi sono casi (che lo stesso Autore rappresenta) nei quali i due rimedi risultano certamente insufficienti, mentre la validità della clausola di *exclusive remedy* (ossia il risarcimento del danno come unico rimedio) deve essere ritenuta «in radice inammissibile perché distrugge il sinallagma funzionale tra prestazione e controprestazione» (600).

²⁴ Su tali ordini di problemi, ampiamente, A. BELFIORE, *Risoluzione per inadempimento*, cit., 276 ss., sia quanto alle valutazioni del contraente che mediti di agire in risoluzione, rispetto dunque al regolamento contrattuale inadempito, sia quanto agli interessi del contraente fedele tutelati dall'ordinamento, rispetto dunque agli effetti della risoluzione; sui rapporti tra restituzioni e risarcimento del danno, altresì, R. ALESSI, *La disciplina generale del contratto*, cit., 499 ss.

²⁵ In questi termini G. SICCHIERO-M. D'AURIA-F. GALBUSERA, *Risoluzione dei contratti*, in *Trattato di diritto civile del Consiglio Nazionale del Notariato*, diretto da P. Perlingieri, IV, 11, ESI, 2013, 31 ss. e, in particolare, 34 s. Criticamente, in generale, sul ricorso alla presupposizione A. BELFIORE, *La presupposizione*, in *Trattato Bessone*, XIII, *Il contratto in generale*, IV*, Giappichelli, 2003, 3 ss. e, in particolare, quanto allo schema della condizione risolutiva, 52 ss.



della clausola di rinuncia) o nell'altro (invalidità della clausola di rinuncia)²⁶, può replicarsi richiamando ipotesi, normativamente date, in cui è lo stesso legislatore a riconoscere alle parti di valutare *ex ante* la scelta tra i rimedi, precludendosi ad esempio l'ottenimento di un certo tipo di risultato. È questo il caso della previsione contenuta nell'art. 2932 c.c. in ordine alla possibilità per le parti di escludere l'esecuzione in forma specifica del contratto preliminare inadempito, ove dunque non risulta distinzione alcuna né quanto agli interessi dedotti né quanto al tipo di prestazione ineseguita (se cioè pecuniaria o meno) e, sotto il profilo delle tecniche di tutela, residua la sola possibilità della risoluzione unitamente al risarcimento del danno. Al riguardo si sottolinea, per un verso, che tale indicazione normativa rivela chiaramente la sufficienza del risarcimento del danno ad assicurare un ordinato (e compatibile) svolgimento dei rapporti contrattuali²⁷; si segnala tuttavia, per altro verso, che a fronte della espressa ammissibilità di una rinuncia preventiva all'esatto adempimento deve riscontrarsi il silenzio del legislatore quanto alla derogabilità del rimedio risolutivo²⁸. Proprio, però, con riferimento a tale ultima perplessità convince il rilievo, in irresolubile antitesi, di un simmetrico dubbio che dovrebbe allora parimenti concernere la normativamente consentita anticipata scelta, ossia al momento della stipulazione contrattuale, di esclusione della tutela soddisfattivo-esecutiva²⁹.

Appare pertanto certamente da escludere la possibilità di convenire pattiziamente la rinuncia a qualsivoglia forma di tutela rispetto all'inadempimento della controparte, dovendosi piuttosto ritenere ammissibile la selezione del tipo di protezione a cui potere ricorrere, se cioè adempimento ed eventualmente (o anche solamente) risarcimento del danno³⁰.

4. Sulle clausole di modificabilità dei presupposti risolutivi

La ritenuta maggiore ampiezza del perimetro concepibile in ordine alla deroga alle tutele approntate dall'art. 1453 cod. civ. implica che, riconosciuta l'ammissibilità della rinuncia al rimedio risolutivo e integra l'azione di adempimento e il risarcimento del danno, altrettanto possa ritenersi nella situazione inversa, ossia l'intervento dell'autonomia privata sui presupposti della risoluzione³¹. Si tratta delle clausole che qualificano determinati fatti come inadempimento grave o, diversamente, di scarsa importanza, generalmente ritenute lecite. Più precisamente, mentre sulle prime (anche se l'inadempimento fosse oggettivamente non grave ma così pattiziamente ritenuto) vi è assoluta convergenza di posizioni³², sulle

²⁶ Si tratta dell'autorevole posizione di U. CARNEVALI, *La risoluzione per inadempimento*, cit., 30 s., con l'indicazione anche del mezzo tecnico attraverso il quale privare di effetti la clausola, ritenendo operante la clausola generale di correttezza e di buona fede ex art. 1175 cod. civ. laddove il convenuto in risoluzione eccepisca la preventiva rinuncia alla risoluzione fatta dall'attore.

²⁷ In questi termini A. BELFIORE, *Pendenza negoziale*, cit., 231, nt. 124, trattando della liceità di una clausola che elevi la mancata esecuzione di una delle prestazioni dedotte in contratto a fatto risolutivo dell'attribuzione patrimoniale già effettuata, con la conseguenza del riconoscimento del solo risarcimento del danno, parimenti a quanto avviene nell'ipotesi contemplata dall'art. 2932 cod. civ.

²⁸ Il rilievo è di M. MAGGIOLO, *Sulla disponibilità*, cit., 98 s., nel quadro della disamina del significato delle previsioni, rispettivamente, degli artt. 1229 e 2932 cod. civ.

²⁹ La stringente argomentazione è di G. AMADIO, *Inattuazione e risoluzione*, cit., 25.

³⁰ In merito G. SICCHIERO, *La risoluzione per inadempimento*, cit., 33.

³¹ Conclusione supportata dallo svolgimento di puntuali rilievi e dai riferimenti dottrinali a confronto da parte di M. MAGGIOLO, *Sulla disponibilità*, cit., 108.

³² La ragione può facilmente intuirsi atteso che è lo stesso legislatore a riconoscere alle parti la possibilità di una propria valutazione preventiva in ordine al giudizio sulla gravità dell'inadempimento attraverso la predisposizione di una clausola



seconde, proprio perché la preventiva valutazione di taluni determinati inadempimenti (oggettivamente gravi ma assunti dalle parti) come di scarsa importanza, depotenziando l'inadempimento, può sostanzialmente produrre gli stessi effetti di una preventiva rinuncia alla risoluzione, si prospettano i medesimi ordini di problemi posti da quest'ultima³³.

5. Sulle clausole in ordine agli effetti della risoluzione quanto ai terzi

L'autonoma determinazione delle parti viene ritenuta altresì idonea a incidere sugli effetti della risoluzione, segnatamente in ordine alla disciplina normativamente prevista per i diritti dei terzi, secondo la quale «La risoluzione, anche se è stata espressamente pattuita, non pregiudica i diritti acquistati dai terzi, salvi gli effetti della trascrizione della domanda di risoluzione» (art. 1458 comma 2, cod. civ.). Lo strumento in proposito richiamato è quello della condizione di inadempimento, ossia una previsione pattizia con cui l'inadempimento viene dedotto a oggetto di una condizione risolutiva. Non è certo possibile in questa sede procedere a una revisione analitica sia della figura sia dei rapporti (in termini di compatibilità) con la disciplina condizionale e il regime della risoluzione e dei rapporti (in termini di diversità) con la clausola risolutiva espressa (art. 1456 cod. civ.)³⁴. È tuttavia agevole fissare alcuni punti fermi, frutto dell'elaborazione concettuale e pratica che si è nel tempo al riguardo sviluppata.

L'obiettivo della condizione risolutiva di inadempimento è duplice, assumendo come strettamente correlati e consequenziali «superare l'inopponibilità della risoluzione ai terzi aventi causa e far sì che il contraente risolvente possa recuperare dal terzo l'attribuzione patrimoniale fatta al contraente inadempiente»³⁵. Infatti, solo assicurando attraverso una clausola di simile tenore la retroattività reale (degli effetti) della risoluzione (anche) nei confronti dei terzi è possibile, pregiudicando i diritti di costoro, consentire la piena tutela (ripristinatoria del patrimonio) della parte risolvente. La questione concerne, quindi, il carattere della disposizione contenuta nell'art. 1458 comma 2, cod. civ., se cioè derogabile o meno. Ora, il carattere inderogabile della regola in esame è stato autorevolmente indicato come *in re ipsa*, sembrando che «discenda dalla semplice considerazione che la norma in esame è deputata alla salvaguardia specifica di interessi esterni a quelli dei contraenti»³⁶. Pur tuttavia, questa stessa autorevole dottrina segnala incongruenze e irrazionalità di un simile assunto normativo, atteso che, in primo luogo,

risolutiva espressa ai sensi e per gli effetti dell'art. 1456 c.c. Su tale meccanismo, con efficace sintesi, già F.D. BUSNELLI, *Clausola risolutiva*, in *Enc. dir.*, VII, Giuffrè, 1960, 196 ss.; altresì, compiutamente, C. TURCO, *L'imputabilità e l'importanza dell'inadempimento nella clausola risolutiva*, Giappichelli, 1997.

³³ In tal senso U. CARNEVALI, *Brevi note*, cit., 601; sulla necessità di operare con valutazioni analoghe a quelle impiegate in ordine alla clausola di irresolubilità G. AMADIO, *Inattuazione e risoluzione*, cit., 27 s., a motivo del pattuito aggravamento dei presupposti della risoluzione.

³⁴ Compiutamente, in merito, G. AMADIO, *La condizione di inadempimento*, cit., 360 ss.; altresì M. DELLACASA, *Gli effetti della risoluzione*, in F. ADDIS-M. DELLACASA, *Inattuazione e risoluzione: i rimedi*, in V. ROPPO, *Trattato del contratto*, V, 2, *Rimedi*, a cura di V. Roppo, Giuffrè, 2006, 369 ss.; U. CARNEVALI, *Brevi note*, cit., 601 ss.; M. MAGGIOLIO, *Sulla disponibilità*, cit., 108 s.

³⁵ U. CARNEVALI, *Brevi note*, cit., 601, il quale considera tale clausola come la versione moderna dell'art. 1165 comma 1, cod. civ. del 1865, ove era stabilito che «La condizione risolutiva è sempre sottintesa nei contratti bilaterali, pel caso in cui una delle parti non soddisfaccia alla sua obbligazione».

³⁶ A. BELFIORE, *Risoluzione del contratto per inadempimento*, cit., 1311; nel senso della sottrazione di tale potere all'autonomia dei privati, così che agli atti intercorsi tra le parti sfuggono gli effetti della risoluzione in ragione del principio della relatività degli effetti del contratto, M. COSTANZA, *Della condizione nel contratto*², in *Commentario Scialoja-Branca-Galgano*, a cura di G. De Nova, Art. 1353-1361, Bologna-Roma, 1997, sub art. 1353, 8 ss.



può fondatamente dubitarsi della bontà di una regola deputata a escludere, sempre e comunque, l'efficacia della risoluzione nei confronti dei terzi; così come pure, in secondo luogo, il sistema prevede, in direzione diversa e opposta, l'efficacia *erga omnes* della condizione risolutiva, offrendo peraltro anche soluzioni in grado di superare i limiti della previsione normativa e, dunque, dell'inopponibilità³⁷. D'altro canto, anche i pregressi rilievi in ordine alla lettura della retroattività relativa della risoluzione, quale espressione di un principio più generale per il quale il porre in condizione l'inadempimento non può modificare la disciplina della risoluzione in danno dei terzi³⁸, sono stati oggetto di approfondita disamina che ha consentito di superare le rappresentate criticità³⁹, ricevendo altresì la convinta adesione dell'orientamento originariamente contrario⁴⁰ e della giurisprudenza più recente⁴¹.

L'operato distingue tra la posizione del contraente esposto alla risoluzione per inadempimento e la posizione del contraente sotto condizione risolutiva di inadempimento, quanto in particolare al rapporto con i terzi, su cui a breve si avrà modo di ritornare, risultava del resto ben presente a risalente autorevole dottrina, la quale aveva già evidenziato, per un verso, la permanente giustificazione che la condizione risolutiva sottintesa (ossia la già riferita previsione dell'art. 1165 comma 1, cod. civ. del 1865) di cui all'art. 1453 c.c. non colpisca retroattivamente i terzi (ossia la retroattività meramente obbligatoria della risoluzione), a meno che «le parti per rin vigorire l'effetto risolutivo l'esprimono sotto forma di condizione vera e propria»⁴².

Proprio, infatti, gli strumenti pubblicitari messi comunque a disposizione dall'ordinamento a tutela della posizione dei terzi in presenza di una condizione paiono idonei a evitare pregiudizi ingiustificati nell'ipotesi di ricorso alla condizione risolutiva di inadempimento. L'affidamento dei terzi (acquirenti) è infatti assicurato dalla menzione della condizione nella nota di trascrizione (art. 2659 comma 2, cod. civ.), che ne consente pertanto la conoscibilità. Parimenti deve ritenersi rispetto a quanto espressamente previsto in ordine alle vicende circolatorie immobiliari dall'ultimo inciso dell'art. 1458 comma 2, cod.

³⁷ In tal senso A. BELFIORE, *Risoluzione del contratto per inadempimento*, cit., 1311 s., richiamando, sotto il primo profilo, l'indagine in ordine al rapporto tra gli artt. 1458 comma 2 e 1357 cod. civ., e, sotto il secondo profilo, la previsione dell'art. 1524 cod. civ.

³⁸ Il riferimento è alla posizione di G. TATARANO, «Incertezza», *autonomia privata e modello condizionale*, ESI, 1976, 134 ss.

³⁹ Si tratta, in particolare, dell'importante contributo di G. AMADIO, *La condizione di inadempimento*, cit., 377 s. e 412 s.; sintetizza, con esemplare chiarezza, il precedente dibattito e il raggiunto approdo, G. VETTORI, *Contratto e rimedi. Verso una società sostenibile*⁴, Wolters Kluwer-CEDAM, 2021, 451 ss.

⁴⁰ In questo senso, espressamente, G. TATARANO-C. ROMANO, *Condizione e modus*, in *Trattato di diritto civile del Consiglio Nazionale del Notariato*, diretto da P. Perlingieri, IV, 2, ESI, 2009, 179 ss.

⁴¹ Al riguardo, già, Cass., 15 novembre 2006, n. 24299, in *Riv. not.*, 2007, II, 1206 ss., con nota di F. ROMOLI, *Sul rapporto tra clausola risolutiva espressa e condizione risolutiva di adempimento*; Cass., 21 aprile 2010, n. 9504, in *One Legale*, Wolters Kluwer; da ultimo Cass., 19 novembre 2021, n. 35524, in *De Jure*, Giuffrè, secondo cui «i contraenti possono validamente prevedere come evento condizionante (in senso sospensivo o risolutivo dell'efficacia) il concreto adempimento o inadempimento di una delle obbligazioni principali del contratto, con la conseguenza in tal caso che, ove insorga controversia sulla esistenza e sulla effettiva portata di quella convenzione difforme dal modello legale, spetta alla parte che la dedica a sostegno della propria pretesa fornire la prova ed al giudice del merito compiere una approfondita indagine per accertare la volontà dei contraenti» e Cass., 12 marzo 2024, n. 6535, in *De Jure*, Giuffrè. Per il precedente, negativo indirizzo giurisprudenziale, tra diverse, Cass., 24 giugno 1993, n. 7007, in *Giur. it.*, 1994, I, 902 ss., con nota di R. CALVO, *Deducibilità dell'adempimento in condizione e autonomia negoziale*.

⁴² L. BARASSI, *La teoria generale delle obbligazioni*, II, *Le fonti*, Giuffrè, 1948, 170, nel qual caso i terzi vengono, per l'appunto, colpiti. Ne dà conto A. BELFIORE, *Risoluzione del contratto per inadempimento*, cit., 1312 e, *ivi*, nt. 23, che, alla luce dei rilievi già dallo stesso mossi e ai quali si è fatto riferimento in testo, così spiega (pur non ritenendola giustificabile) l'esistenza di una simile pratica interpretativa e di altre che, «di fatto, sterilizzano la rilevanza sistematica (e, quindi, la potenzialità normativa) dell'art. 1458 comma 2 c.c.».



civ., ossia gli effetti dell'intervenuta trascrizione della domanda di risoluzione, destinata ad assicurare pubblicità all'assunta iniziativa processuale e, dunque, la successiva opponibilità della eventuale sentenza di accoglimento, ovviamente se trascritta e nei limiti di quanto disposto dall'art. 2652 comma 1, n. 1, cod. civ.⁴³; mentre, quanto alle vicende circolatorie mobiliari, opererà la regola contenuta nell'art. 1153 cod. civ.⁴⁴.

Possono infine meramente richiamarsi, in quanto strettamente correlati alla questione indagata ma certamente non affrontabili in questa sede, i problemi relativi, per un verso, alla autonoma rilevanza o meno, in presenza del congegno condizionale, dell'inadempimento, in termini cioè di presupposto della risoluzione⁴⁵; per altro verso, e correlativamente, alla configurabilità di un diritto al risarcimento del danno nel caso di avveramento della condizione risolutiva di inadempimento⁴⁶, anche in rapporto con la maggiore incidenza sul profilo circolatorio dello strumento condizionale⁴⁷.

⁴³ Questa la vicenda decisa da Cass., 15 novembre 2006, n. 24299, cit., che ha ritenuto costituire condizione risolutiva, piuttosto che clausola risolutiva espressa, la pattuizione contenuta nel contratto di costituzione di rendita vitalizia dietro trasferimento della proprietà di un bene con cui le parti avevano previsto, nell'interesse esclusivo del vitaliziato, la risoluzione del contratto nel caso di mancato pagamento da parte del vitalizante di due rate, con la conseguenza che, anche in ipotesi di vendita del bene a terzi aventi causa dal vitalizante, trascritta prima dell'atto di citazione del vitaliziato, all'accertamento dell'inadempimento dedotto in condizione conseguiva la retrocessione della proprietà del bene.

⁴⁴ In merito, sia quanto alla pubblicità della condizione, sia quanto alla trascrizione della domanda giudiziale, sia, infine, quanto alla regola possesso vale titolo, U. CARNEVALI, *Brevi note*, cit., 602; altresì, in precedenza, M. DELLACASA, *La clausola risolutiva espressa*, in F. ADDIS-M. DELLACASA, *Inattuazione e risoluzione: i rimedi*, in V. ROPPO, *Trattato del contratto*, V, 2, *Rimedi*, a cura di V. Roppo, Giuffrè, 2006, 318 s.; G. TATARANO, *La condizione*, cit., 180.

⁴⁵ Con efficace sintesi, U. CARNEVALI, *Brevi note*, cit., 602 s., nel senso della permanenza della componente oggettiva dell'inadempimento, affermando al riguardo la centralità dell'art. 1455 cod. civ., che «esprime un principio generale di correlazione tra inadempimento e stabilità del contratto inadempito che dovrebbe valere anche per gli altri meccanismi risolutivi equivalenti come la condizione risolutiva di inadempimento» (p. 603).

⁴⁶ Favorevolmente G. AMADIO, *La condizione di inadempimento*, cit., 433 ss.; M. DELLACASA, *La clausola risolutiva espressa*, cit., 319 s., menzionando il limite invalicabile costituito per l'autonomia delle parti dalla previsione contenuta nell'art. 1229 cod. civ., relativamente dunque alla condotta dolosa o gravemente colposa del debitore; similmente R. CALVO, *Il contratto*, cit., 512 ss., quanto all'ostacolo rispetto ai patti di risoluzione o esclusione dell'autonomo diritto al ristoro dei danni. Negativamente, in giurisprudenza, Cass., 24 novembre 2003, n. 17859, in *Contratti*, 2004, 667 ss, con nota di F. BESOZZI, *La condizione di inadempimento e in Giust. civ.*, 2004, I, 935 ss., con nota di G. GIACOBBE, *La deducibilità in condizione dell'adempimento della prestazione, tra libertà contrattuale e mera potestatività*.

⁴⁷ Si tratta della (espressamente rimeditata) posizione di G. AMADIO, *Inattuazione e risoluzione*, cit., p. 30, giustificando così, in ragione cioè della recuperabilità della prestazione eseguita dal contraente fedele, anche in pregiudizio del terzo, il «presumibile affievolimento di altri profili di tutela del risolvente (primo fra tutti il risarcimento del danno)»



MARIA ASTONE*

**INADEMPIMENTO, CONSERVAZIONE DEL CONTRATTO
E RUOLO DELLA BUONA FEDE**-*******BEACH OF CONTRACT, PRESERVATION OF THE CONTRACT
AND THE ROLE OF GOOD FAITH**

ABSTRACT: Il contributo analizza il rapporto tra inadempimento contrattuale, tecniche di conservazione del contratto e ruolo della buona fede, evidenziando come il sistema codicistico, tradizionalmente centrato sulla risoluzione, manifesti una crescente apertura verso rimedi manutentivi. Le sopravvenienze contrattuali assumono rilievo quando alterano l'equilibrio originario del rapporto, imponendo una riflessione sulla distribuzione del rischio e sulla possibilità di revisione del contratto. L'ordinamento prevede alcune ipotesi tipiche di adeguamento o revisione, ma non riconosce in modo generale un obbligo di rinegoziazione fondato sulla buona fede. Tuttavia, sia la normativa recente sia il diritto europeo mostrano una tendenza a valorizzare strumenti di rinegoziazione e conservazione, soprattutto nei contratti di durata e nei rapporti con soggetti deboli.

ABSTRACT: This article analyzes the relationship between breach of contract, contract preservation techniques, and the role of good faith, highlighting how the contractual system, traditionally focused on termination, is increasingly open to maintenance remedies. Contractual contingencies become significant when they alter the original balance of the relationship, requiring consideration of the distribution of risk and the possibility of contract revision. The legal system provides for some typical scenarios for adjustment or revision, but does not generally recognize a duty of renegotiation based on good faith. However, both recent legislation and European law demonstrate a tendency to promote renegotiation and preservation tools, especially in long-term contracts and in relationships with vulnerable parties.

SOMMARIO: 1. *Risoluzione del contratto e tecniche di conservazione del contratto: il contributo di Rosalba Alessi.* – 2. *Le sopravvenienze contrattuali nella disciplina del codice civile: profili generali.* – 3. *Revisione e rinegoziazione del contratto e il ruolo della buona fede.* – 4. *Il principio di effettività degli interessi e dei diritti tra rimozione e conservazione del contratto.* – 5. *La rinegoziazione del diritto europeo.*

1. Risoluzione del contratto e tecniche di conservazione del contratto: il contributo di Rosalba Alessi

Il contributo trae spunto dalla lettura delle pagine di Rosalba Alessi, contenute nel noto saggio su *Risoluzione per inadempimento e tecniche di conservazione del contratto*, la cui attualità viene oggi

* Professoressa ordinaria di Diritto privato – Università degli Studi di Messina.

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

*** Il saggio riproduce il testo della relazione, con l'inserimento di note essenziali, svolta al Convegno che si è tenuto presso l'Università di Palermo in data 3 Ottobre 2026 su "*Risoluzione per inadempimento e tecniche di conservazione del contratto*" in occasione della Cerimonia di consegna del *Liber Amicorum* per Rosalba Alessi.



confermata dalla elaborazione legislativa dottrinale e giurisprudenziale che è maturata negli anni successivi alla sua pubblicazione. L'autrice muove da un interrogativo che possiamo oggi riproporre: si chiede *se i mutamenti intervenuti in ampi settori del diritto privato, che hanno incrinato il rapporto tra autonomia privata e legge, quale emergente dal codice civile, abbiano veramente lasciato immune la disciplina delle possibili reazioni alla crisi del vincolo contrattuale, che ruotano intorno a rimedi risolutivi e risarcitori*¹... evidenziando al contempo *sia la complessità del quadro normativo in tema di rimedi all'inadempimento e la necessità di una rilettura evolutiva della disciplina e della ratio stessa della risoluzione per inadempimento*². Nell'impianto del c.c. – avverte l'autrice – sussiste l'esigenza di superamento del rimedio risolutivo e della ammissibilità di strumenti di rideterminazione delle prestazioni e di revisione del contenuto contrattuale.

2. Le sopravvenienze contrattuali nella disciplina del codice civile: profili generali

La lettura di tali pagine e l'approccio sistematico adottato portano direttamente al tema delle sopravvenienze contrattuali³.

Un tema affrontato e sviscerato dalla dottrina più autorevole, rispetto al quale appare difficile ripercorrere il dibattito scientifico⁴, visto che pochi argomenti, come quello delle sopravvenienze, sono stati così ampiamente discussi nel diritto civile⁵. È opportuno però ricordare che si tratta di un fenomeno che trova origine in fatti idonei ad alterare il sistema degli interessi delineato durante la fase della conclusione del contratto. Per queste ragioni il problema riguarda essenzialmente i contratti a prestazioni corrispettive, non aleatori, a titolo oneroso, la cui durata è protratta nel tempo.

L'incidenza di circostanze sopravvenute assume rilevanza, nella misura in cui si produce una compromissione del sistema degli interessi cristallizzato nel contratto, sicché in una prospettiva di analisi economica si pone il problema della allocazione tra le parti del rischio conseguente alla interferenza da sopravvenienza⁶. Un'altra precisazione si impone e cioè che la questione non sorge neppure quando sono state le parti *ex ante* e pattiziamente a decidere di inserire clausole dirette a prevedere soluzioni per conservare il contratto nell'ipotesi di fatti imprevedibili che possono *medio tempore* sopravvenire⁷. In un ordinamento, infatti, fondato sul valore costituzionale della libertà di iniziativa economica (art. 41 Cost.) e sul principio di autonomia privata (art. 1322 c.c.), è perfettamente lecito ammettere che le parti

¹ Il riferimento è a R. Alessi, *Risoluzione per inadempimento e tecniche di conservazione del contratto*, in *Riv. crit. dir. priv.*, 1984, 55 ss., spec. 56-57.

² Punto di partenza nel saggio di Alessi è la considerazione del fatto che l'ordinamento intesta alla risoluzione per inadempimento una funzione equilibratrice attraverso la previsione di rimedi all'inadempimento che si concentra sull'attribuzione al soggetto non inadempiente del potere di liberarsi dal vincolo contrattuale. In tal senso interessanti sono i riferimenti contenuti nel testo a A. Barassi, *La teoria generale delle obbligazioni*, III, Milano, 1964, 393 ss.

³ M. Giorgianni, *Inadempimento (Diritto privato)*, in *Enc. dir.*, Milano, 1970, 860 ss.; V. Scalisi, *Lineamenti di una teoria assiologica dei rimedi giuridici*, in *Riv. dir. civ.*, 2018, 1045 ss.

⁴ Il dibattito – come è noto – verte sulla configurabilità o meno di un principio generale in materia contrattuale di revisione del contratto, considerato che ormai da tempo è stato messo in discussione il principio di immodificabilità del contratto.

⁵ E. Gabrielli, *Dottrine e rimedi nella sopravvenienza contrattuale*, in *Jus civile*, 2013, 1 ss.; Id., *Sopravenienza e rinegoziazione*, in *Riv. trim. dir. proc. civ.*, 2024, 11 ss.; C. Camardi, *Questioni di diritto civile tra ius conditum e ius condendum. Attualità della distinzione e rilevanza ermeneutica dei progetti di legge*, in *Riv. dir. civ.*, 2025, 32 ss.

⁶ M. Zaccheo, *Il controllo delle sopravvenienze nell'era della crisi*, in *Persona e mercato*, 2021, 51 ss.

⁷ Cfr. E. Del Prato, *Sulle clausole di rinegoziazione del contratto*, in *Riv. dir. civ.*, 2016, 801 ss.; M.P. Pignalosa, *Clausole di rinegoziazione e gestione delle sopravvenienze*, in *Nuova giur. civ. comm.*, 2015, 411 ss.



determinino *ex ante* mediante atti di autoregolamentazione i comportamenti, cui affidare la realizzazione degli interessi meritevoli perseguiti, nel caso in cui restino inattuati nella fase fisiologica⁸. Ma al di fuori dell'ipotesi in cui siano i contraenti a introdurre un meccanismo di mantenimento del contratto bisogna chiedersi se sul piano legislativo sia individuabile, al di fuori delle ipotesi espressamente previste, un generale potere della parte di chiedere la revisione del contratto, al fine di ristabilire l'equilibrio economico-giuridico compromesso dal fatto imprevedibile sopravvenuto. La questione peraltro non è rilevante solo su un piano meramente giuridico ma anche economico-sociale, poiché in gioco sono sempre i valori della giustizia contrattuale⁹.

Una generale esigenza manutentiva viene in rilievo, *in primis*, nell'art. 1453 c.c. con riferimento ai contratti a prestazioni corrispettive: se una delle parti non adempie alle sue obbligazioni (1453 c.c.) l'altra può chiedere a sua scelta l'adempimento o la risoluzione, sebbene chiesta la risoluzione non è più possibile chiedere l'adempimento.

La risoluzione resta subordinata all'accertamento della non scarsa importanza ovvero alla gravità dell'inadempimento, formula che secondo orientamento consolidato¹⁰ deve essere accertata attraverso la considerazione di tutte le circostanze oggettive e soggettive, dalle quali sia possibile desumere l'alterazione dell'equilibrio contrattuale o del rapporto di corrispettività tra gli arricchimenti, tenuto conto – come ha affermato recentemente la Corte di Cassazione – “dell'interesse che la parte adempiente aveva o avrebbe potuto avere alla esecuzione del contratto”¹¹.

Equilibrio contrattuale, rapporto di corrispettività tra prestazioni e interesse della parte all'esecuzione del contratto sono i parametri intorno ai quali valutare la gravità dell'inadempimento, idonei a giustificare la risoluzione o viceversa la richiesta di adempimento. Già, quindi, nella formulazione dell'art. 1453 c.c. emerge una esigenza manutentiva o conservativa del contratto di cui il legislatore del '42 si è fatto carico¹².

Esistono, poi, fattispecie tipizzate nelle quali sono presi in considerazione fatti sopravvenuti. Le ipotesi sono fin troppo note e attengono tutte a contratti a prestazioni corrispettive e non aleatori, a titolo oneroso, che si caratterizzano anche sotto il profilo della durata, trattandosi di contratti ad esecuzione continuata o periodica, in cui sussiste un lasso temporale tra il momento della conclusione e quello della esecuzione, ovvero tra il momento in cui l'assetto di interessi viene definito e quello della relativa attuazione. Ma anche contratti nei quali è accordato rilievo alla attività, trattandosi per lo più di contratti di impresa¹³.

In tali fattispecie viene in rilievo la revisione del contratto che si attua secondo diverse modalità¹⁴. Nei contratti a prestazioni corrispettive se una parte domanda la risoluzione per eccessiva onerosità,

⁸ F. Addis, *Autotutela contrattuale*, in *Enc. dir. – I tematici, Il Contratto*, a cura di G. D'Amico, Milano, 2021, 47 ss.

⁹ F. Esposito, *Il sindacato giudiziario sull'equilibrio contrattuale: è davvero possibile la correzione del contratto?*, in *Riv. trim. dir. proc. civ.*, 2024, 1306 ss.

¹⁰ Cfr. U. Carnevali, *Risoluzione per inadempimento*, in *Enc. dir. – I tematici, Il Contratto*, a cura di G. D'Amico, Milano, 2021, 1076 ss.

¹¹ Cass. 10 aprile 2025, n. 9399.

¹² Già quindi la disciplina generale sulla risoluzione giudiziale per inadempimento dimostra che il legislatore del '42 si è rappresentato l'esigenza di evitare, per quanto possibile, una generale applicazione dello strumento risolutorio, posto che il contratto, quale espressione dell'autonomia privata e dell'iniziativa economica privata, è considerato strumento di realizzazione non solo degli interessi delle parti ma anche di quel generale interesse produttivistico che permea il c.c.

¹³ Sulla attualità del tema del dibattito dottrinale e giurisprudenziale cfr., da ultimo, P. Trimarchi, *Sopravvenienze, rinegoziazione, adeguamento giudiziale*, in *Riv. dir. civ.*, 2025, 189 ss., il quale ammette che a volte l'equilibrio economico giuridico del contratto possa essere rivisto e rinegoziato.

¹⁴ Cfr. F. Gambino, *Problemi del rinegoziare*, Milano, 2004, 90 ss.



ricorrendo i presupposti di cui all'art. 1467 c.c., la parte contro cui la risoluzione è chiesta può offrire di modificare equamente le condizioni del contratto¹⁵; nel contratto con obbligazioni a carico di una sola parte (art. 1468 c.c.), questa può chiedere una riduzione della prestazione o una modifica della esecuzione per ricondurla ad equità; poi ancora nell'art. 1664 c.c., si prevede il diritto sia per il committente sia per l'appaltatore di chiedere la revisione del prezzo, quando per effetto di circostanze imprevedibili si sono avuti aumenti o diminuzioni di prezzo; ancora nell'art. 1578 c.c., in materia di locazione si prevede che, se al momento della consegna la cosa locata presenta vizi che ne diminuiscono l'idoneità all'uso pattuito, il conduttore può chiedere la risoluzione o, in alternativa la riduzione del corrispettivo.

In tutte queste fattispecie si pone il problema di favorire un diverso bilanciamento degli interessi per evitare che l'interesse di una delle parti o di entrambe venga sacrificato definitivamente e per consentire una corretta allocazione del rischio. Nel contratto di appalto, in particolare, si vuole evitare che l'appaltatore subisca un pregiudizio irreversibile in relazione alla natura della prestazione. La gestione delle sopravvenienze è poi venuta in rilievo nella normativa emergenziale covid, nell'art. 91 del Decreto "Cura Italia"¹⁶.

3. Revisione e rinegoziazione del contratto e il ruolo della buona fede

Il tema ha assunto una dimensione sistematica anche per effetto di alcuni interessanti contributi¹⁷ dai quali sembra emergere che mentre la revisione costituisce il *genus*, la rinegoziazione è considerata una *species*.

La dottrina si è chiesta quindi se, dalle disposizioni prima citate, è possibile desumere, in rapporto da *genus* a *species*¹⁸, l'esistenza di un principio generale di revisione del contratto, e di un obbligo generale di rinegoziazione, quale manifestazione del generale obbligo della buona fede¹⁹. Infatti, si afferma che il dovere di correttezza impone di non far gravare su una delle parti i rischi di una operazione contrattuale che durante il suo svolgimento ha subito modifiche imprevedibili.

In parte della dottrina si è fatta strada l'idea che in virtù del principio di correttezza e di buona fede la parte colpita dalle sopravvenienze avrebbe il diritto di chiedere, in alternativa alla risoluzione, la

¹⁵ E. Tuccari, *Sopraavvenienza e rimedi nei contratti di durata*, Milano 2018, 82 ss.; G. Marasco, *La rinegoziazione e l'intervento del giudice nella gestione del contratto*, in *Contr. impr.*, 2005, 569 ss.; A. Fondrieschi, *Contratti relazionali e tutela del rapporto contrattuale*, Milano, 2017, 216 ss.

¹⁶ Cfr. P. Gallo, *Contratto, rinegoziazione, adeguamento – Emergenza Covid e revisione del contratto*, in *Giur. it.*, 2020, 2439 ss.; A. Briguglio, *Arbitrato di equità e rinegoziazione dei contratti in crisi dalla emergenza (con una proposta di "accordo compromissorio da Covid" ed un'altra sull'"arbitrato del giudice")*, in *Rivista dell'Arbitrato*, 2020, 651 ss.; M. Zaccheo, *Il controllo delle sopravvenienze nell'era della crisi*, in *Persona e mercato*, 2021, 51 ss.; F. Macario, *Per un diritto dei contratti più solidale in epoca di "coronavirus"*, in *Giustiziacivile.com*, 2020, 1 ss.; Id., *Sopraavvenienze e rimedi al tempo del "coronavirus": interesse individuale e solidarietà*, in *Contr.*, 2020, 129 ss.; M. Franzoni, *Il covid-19 e l'esecuzione del contratto*, in *Riv. trim. dir. proc. civ.*, 2021, 1 ss.; A.M. Benedetti, *Il rapporto obbligatorio al tempo dell'isolamento: brevi note sul Decreto "cura Italia"*, in *Contr.*, 2020, 213 ss.; E. Bargelli, *Locazione abitativa e sostenibilità del canone oltre l'emergenza*, in *Jus civile*, 2021, 82 ss.; G. D'Amico, *Emergenza sanitaria e diritto dei contratti: gli orizzonti della causa concreta e della presupposizione*, in *Actualidad Juridica Iberoamericana*, 2022, 1950 ss.

¹⁷ Il riferimento è a R. Tommasini, voce *Revisione del rapporto (Diritto privato)*, in *Enc. dir.*, Milano, 1989, 104 ss., e F. Macario, *Revisione e rinegoziazione del contratto*, in *Enc. dir. – Annali*, Milano, 2008, 1026 ss.

¹⁸ Il termine rinegoziazione è di conio dottrinale e giurisprudenziale, e va inquadrato nell'ambito di un più ampio e conosciuto fenomeno che è quello della revisione del contratto.

¹⁹ Cfr. E. Del Prato, *Rinegoziazione del contratto e buona fede*, in *Contr. impr.*, 2024, 1140 ss.



rinegoziazione del contratto²⁰. Tale tesi viene apertamente contestata da coloro i quali affermano l'irrelevanza della suddetta clausola come fonte dell'obbligo di rinegoziazione, per l'incidenza che quest'ultimo avrebbe sull'autonomia negoziale²¹.

Il ruolo della buona fede, quindi, non solo non ha trovato il riconoscimento unanime della dottrina ma la stessa giurisprudenza della Cassazione ha da ultimo affermato che non è neppure pertinente²², in quanto il suddetto principio non attribuisce alle parti contrattuali un diritto potestativo di ottenere (e, correlativamente, una soggezione a subire) una rettifica del contenuto del contratto e una modifica della prestazione²³.

In sostanza, malgrado l'art. 1467 c.c. sembra precludere a un principio generale di revisione non si va oltre l'ambito dei contratti a prestazioni corrispettive. Parte della dottrina²⁴ e la giurisprudenza non hanno ritenuto di ampliare l'ambito di operatività della revisione, neppure in nome del principio di conservazione del contratto secondo alcuni richiamato a sproposito²⁵, ma soprattutto la giurisprudenza ne ha fatto una applicazione restrittiva. Anzi la stessa Suprema Corte di Cassazione nella decisione del 2025, prima richiamata, a proposito di un contratto di locazione, ha affermato che *“un potere conservativo di riduzione ad equità della prestazione va riconosciuto alla parte eccessivamente onerata soltanto nell'ipotesi di contratto a titolo gratuito (art. 1468 cod. civ.), mentre, al di fuori di tale ipotesi, essa parte resta legittimata all'azione di risoluzione per eccessiva onerosità sopravvenuta, spettando in tal caso alla controparte che intenda evitare lo scioglimento del rapporto contrattuale un diritto potestativo di rettifica (da esercitarsi mediante negozio giuridico unilaterale e recettizio), analogo a quello previsto in tema di contratto annullabile per errore (art. 1432 cod. civ.) e di contratto rescindibile (art. 1450 cod. civ.) e fondato sul principio di conservazione del contratto, avente ad oggetto la riduzione ad equità non della singola prestazione, ma più in generale, del contenuto del contratto (art. 1467, terzo comma, cod. civ.) al fine di ripristinarne l'originario equilibrio”*²⁶.

Il rimedio manutentivo resta, quindi, solo nelle ipotesi predeterminate nelle quali è attivato mediante domanda giudiziale, su istanza della parte contro la quale è stata chiesta la risoluzione; spetta dunque al giudice decidere nelle ipotesi soprarichiamate se accogliere l'offerta di revisione o non accoglierla, secondo il criterio dell'equo contemperamento degli interessi, posto che l'obiettivo è quello di ristabilire l'equilibrio economico e giuridico del contratto. Nel frattempo, la rinegoziazione ha trovato riconoscimento legislativo sia nel recente codice della crisi dove il ripristino dell'equilibrio economico-finanziario è necessario per consentire la continuità dell'attività di impresa,²⁷ sia nell'art. 9 del codice dei

²⁰ Cfr. F. Macario, *Adeguamento e rinegoziazione nei contratti a lungo termine*, Napoli, 1996, 319 ss.; A. D'Angelo, *La buona fede*, in Trattato di diritto privato diretto da Bessone, XIII, *Il contratto in generale*, IV, Torino, 2004, 147 ss.; G. Marasco, *La rinegoziazione del contratto*, Padova, 2006, 110 ss.

²¹ Cfr. E. Del Prato, *Rinegoziazione del contratto e buona fede*, in *Contr. impr.*, 2024, 1146 ss.

²² Sul punto Cass. 16 giugno 2025, n. 16113, secondo cui la buona fede *“sancisce il dovere delle parti di osservare i canoni di reciproca lealtà e salvaguardia dell'utilità della controparte, nei limiti del proprio apprezzabile sacrificio, oltre che nel momento della formazione del contratto (artt. 1337 e 1338 cod. civ.) e, più in generale, nell'assunzione ed esecuzione del rapporto obbligatorio (art. 1175 cod. civ.) –, anche nello svolgimento specifico del rapporto contrattuale (art. 1375 cod. civ.)”*

²³ R. Rossi, *Obbligo di rinegoziazione e adeguamento giudiziale delle condizioni contrattuali*, in *Jus*, 2020, 194 ss.

²⁴ P. Trimarchi, *Soppravvenienze, rinegoziazione, adeguamento giudiziale*, in *Riv. dir. civ.*, cit., 200 ss.; M. Barcellona, *Clausole generali e giustizia contrattuale-Equità e buona fede tra codice civile e diritto europeo*, Torino 2006, 216 ss.; E. Gabrielli, *Dottrine e rimedi nella soppravvenienza contrattuale*, in *Riv. dir. priv.*, 2013, 80.

²⁵ P. Trimarchi, *Soppravvenienze, rinegoziazione, adeguamento giudiziale*, in *Riv. dir. civ.*, cit., 199.

²⁶ Sulla decisione della Cass. civ., sez. III, 16 giugno 2025, n. 16113, E. Tuccari, *Soppravvenienze, buona fede ed equità: handle with care*, in *Contr.*, 2025, 353 ss.

²⁷ Cfr. L. Balestra, *Accordi di ristrutturazione dei debiti*, in *Enc. dir. – I tematici, Crisi d'impresa*, a cura di F. Di Marzio,



contratti pubblici (non a caso intitolato *Principio di conservazione dell'equilibrio contrattuale*), che introduce per la parte svantaggiata, che non abbia volontariamente assunto il relativo rischio, il diritto alla rinegoziazione secondo buona fede delle condizioni contrattuali, laddove *sopravvengono circostanze straordinarie e imprevedibili, estranee alla normale alea, all'ordinaria fluttuazione economica e al rischio di mercato e tali da alterare in maniera rilevante l'equilibrio originario del contratto*²⁸. La rinegoziazione, conseguente alla ricorrenza delle condizioni ben individuate nel citato art. 9 mira²⁹ “*al ripristino dell'originario equilibrio del contratto oggetto dell'affidamento, quale risultante dal bando e dal provvedimento di aggiudicazione, senza alterarne la sostanza economica*”³⁰. Mentre la buona fede, richiamata espressamente dalla norma, costituisce criterio di valutazione – quindi un *posterius* – dei comportamenti della parte svantaggiata, che – come precisa la relazione al testo normativo – *deve tenere comportamenti conformi al generale principio di buona fede, tenuto conto della particolare qualificazione dei soggetti interessati, sia che si tratti degli operatori economici sia che si tratti della parte pubblica*. In definitiva la disposizione introduce il rimedio della rinegoziazione secondo buona fede per evitare il rischio di incorrere nel rimedio risolutorio *ex art. 1467 c.c.*, La rinegoziazione, oltre a venire poi in rilievo in altre fattispecie tipizzate³¹, ha assunto rilevanza anche nel diritto europeo dei contratti.

4. Il principio di effettività degli interessi e dei diritti tra rimozione e conservazione del contratto

Tuttavia vi è da chiedersi se, all'esito della situazione sommariamente descritta, è possibile giungere alla estrapolazione di un principio generale che caratterizza tutte le fattispecie indicate, che consenta di comprendere le modalità della scelta tra rimozione e conservazione. Volendo proporre una lettura più ampia, appare ragionevole ritenere – come è stato autorevolmente avvertito – che la scelta deve essere affidata a un giudizio di valore che guardi agli interessi particolari e al sistema dei valori dell'ordinamento giuridico tenendo presente che la “scelta del rimedio” deve tener conto di due elementi: 1) l'esigenza di tutela insorta a seguito della *inattuazione di un interesse giuridico (efficace, rilevante o anche soltanto meritevole di tutela)* e 2) la *tensione del rimedio* all'effettivo soddisfacimento dell'interesse, alla luce del principio di “effettività” tutelato sia sul piano costituzionale sia in ambito europeo³².

Milano, 2024, 52 ss.; R. Galasso, *La gestione della sopravvenienza nell'ambito della procedura negoziata della crisi di impresa, tra intervento del giudice e obbligo di rinegoziazione*, in *Giust. civ.*, 2024, 285 ss.

²⁸ Cfr. E. Del Prato, *Rinegoziazione del contratto e buona fede*, in *Contr. impr.*, 2024, 1150 ss.

²⁹ Secondo la Relazione al codice dei contratti pubblici l'articolo mira a “disciplinare le sopravvenienze che possono verificarsi nel corso dell'esecuzione del contratto, alterandone l'equilibrio originario o facendo venir meno, in parte o temporaneamente, interesse del creditore alla prestazione. Viene, in tal modo, introdotto un rimedio manutentivo del contratto, maggiormente conforme all'interesse dei contraenti – e dell'amministrazione in particolare – in considerazione dell'inadeguatezza della tutela meramente demolitoria apprestata dall'art. 1467 c.c.”.

³⁰ Cfr. V. Cerulli Irelli, *Il principio della conservazione dell'equilibrio contrattuale negli appalti pubblici*, in *Contr. impr.*, 2024, 586 ss.

³¹ Tra queste possono ricordarsi la rinegoziazione del mutuo ipotecario acceso sulla “prima casa” con il beneficio dell'esdebitazione del debitore esecutato, prevista dall'art. 41-*bis*, del D.L. n. 124 del 2019; l'art. 6-*novies* del D.L. n. 41 del 2021 a proposito della ricontrattazione delle locazioni commerciali durante il periodo di emergenza sanitaria; l'art. 17, comma 5, del Codice della crisi di impresa e dell'insolvenza, il quale prevede che l'esperto può invitare le parti a rideterminare, secondo buona fede, il contenuto dei contratti ad esecuzione continuata o periodica, se la prestazione è divenuta eccessivamente onerosa o se è alterato l'equilibrio del rapporto in ragione di circostanze sopravvenute.

³² In tal senso restano fondamentali le pagine di V. Scalisi, *Lineamenti di una teoria assiologica dei rimedi giuridici*, in *Riv. dir. civ.*, 2018, 1049.



A giustificare la revisione, l'adattamento o la rinegoziazione del contratto sono gli interessi e l'esigenza della loro tutela, mentre non appare possibile invocare a giustificazione, a mio avviso, il principio della buona fede e della correttezza posto che – come è stato autorevolmente avvertito – “l'applicazione di siffatti criteri costituisce un *posterius* e non un *prius*, considerato che gli anzidetti criteri presiedono alla gestione di ogni interesse giuridicamente meritevole di tutela e in ogni caso attengono alla natura dell'interesse volta a volta considerato piuttosto che alla tipologia del rimedio”³³. La revisione del regolamento³⁴, in sostanza, si giustifica tutte le volte in cui permane l'interesse alla conservazione del contratto, tenuto conto del nucleo essenziale degli interessi, posto a base del rapporto, e del principio di effettività degli interessi e dei diritti³⁵.

Ciò premesso nel contratto, come è noto, si ha una programmazione di interessi particolari per la cui attuazione, nel caso in cui l'ordinamento giuridico li consideri meritevoli di tutela, vengono predisposti gli effetti giuridici, ovvero un insieme di diritti e obblighi in capo alle parti, che poi definiscono il regolamento del rapporto.

Di fronte a un fatto quale è il contratto che programma interessi, l'ordinamento giuridico si limita a prevedere le modalità assiologiche dei comportamenti che le parti devono tenere per assicurare la realizzazione dell'interesse.

È altresì vero che l'esecuzione non sempre coincide con la nascita del rapporto o del regolamento ma a volte può essere successiva, come nell'ipotesi dei contratti in cui per loro natura l'esecuzione è continuata o periodica o differita, e in cui i comportamenti possono tenersi nel corso del tempo. È evidente che nel momento in cui sussiste uno scarto temporale tra il sorgere degli effetti e l'attuazione, mediante il concreto venir in essere dei comportamenti programmati, si possono verificare fatti imprevedibili che possono compromettere la realizzazione degli interessi, pur ancora attuali e avvertiti, e che pongono la necessità di una revisione del contratto per conservare l'equilibrio economico giuridico già fissato all'atto della conclusione del contratto o per consentire, in applicazione del dovere di buona fede nell'esecuzione del contratto, l'ingresso dei doveri di solidarietà nel contratto. La revisione non è altro che un adattamento del rapporto alle nuove e sopravvenute esigenze e nulla esclude che esso possa essere anche in funzione di doveri inderogabili di solidarietà a cui le parti contraenti sono obbligati in applicazione dell'obbligo di rispettare la buona fede durante la esecuzione del contratto. In determinate circostanze, quindi, la revisione, nelle diverse *species* in cui si può concretizzare diventa lo “strumento di tutela più appropriato e idoneo a dare effettivo soddisfacimento al concreto e reale interesse giuridico, che, rimasto inattuato, domanda e chiede di essere realizzato”³⁶.

Ne consegue che la scelta tra rimozione e conservazione del contratto risponderrebbe alla necessità di garantire, in nome del principio di effettività e nella misura più ampia possibile, l'attuazione del sistema di interessi fissato nel contratto. Malgrado il principio di revisione sembra formalmente limitato a ipotesi tipizzate potrebbe proporsi una apertura e una configurazione di un generale potere di revisione e di rinegoziazione, quando all'esito di un giudizio di valore, emerge il concreto interesse di una delle parti o di entrambe di mantenere il contratto per la tutela del proprio interesse.

³³ V. Scalisi, *Lineamenti di una teoria assiologica dei rimedi giuridici*, in *Riv. dir. civ.*, 2018, 1055.

³⁴ R. Alessi, *Diritto europeo dei contratti e regole dello scambio*, in *Eur. dir. priv.*, 2000, 961 ss.

³⁵ G. Alpa, *Note sulla applicazione orizzontale diretta delle disposizioni della Carta europea dei diritti fondamentali*, in *Contr. impr. Eur.*, 2023, 361 ss.

³⁶ V. Scalisi, *Lineamenti di una teoria assiologica dei rimedi giuridici*, in *Riv. dir. civ.*, 2018, 1060.



5. La rinegoziazione del diritto europeo

L'esigenza legislativamente riconosciuta sia pure rispetto a contratti tipizzati di mantenimento del contratto e di evitare lo scioglimento trova poi conferma nel diritto privato europeo, dove pure la buona fede acquista un ruolo più penetrante. Il ricorso a rimedi di natura conservativa o di adeguamento del contratto risulta espressamente previsto in diversi contratti. Interessante è il riferimento ai contratti di credito ai consumatori³⁷. In particolare l'art. 120-*quinquiesdecies* TUB prescrive che il finanziatore, in caso di inadempimento, deve adottare procedure per gestire i rapporti con il consumatore moroso. Il concessionario del credito, prima di richiedere il pignoramento, deve assumere nei confronti del consumatore, un "ragionevole grado di tolleranza". Sebbene il legislatore italiano, in sede di attuazione, non sia andato oltre le affermazioni contenute nella direttiva, si dovrebbe ritenere che il finanziatore, nel quadro "dei bisogni ragionevoli del consumatore" e tenendo conto "delle circostanze concrete"³⁸, preliminarmente, può concedere una dilazione di pagamento, o un abbattimento degli interessi passivi; oppure ancora potrebbe avviare una transazione con il consumatore per procedere ad una rinegoziazione del credito, con conseguente rideterminazione delle modalità di pagamento. Tale soluzione si impone quando il finanziatore non abbia correttamente adempiuto all'obbligo di cooperazione che deve essere sempre adeguato alle concrete condizioni economiche in cui il debitore versa. In sostanza al debitore dovrà essere garantito, prima dell'attivazione della clausola risolutiva espressa, la possibilità di avviare un percorso diretto a liberarsi dal vincolo³⁹. Tale ultima possibilità si impone in presenza di una errata valutazione del merito creditizio da parte del finanziatore, che non abbia tenuto conto delle capacità solutorie del consumatore o siano mancati quei comportamenti responsabili necessari per orientare i consumatori che hanno avuto accesso al credito.

In tale contesto si inserisce la normativa secondaria emanata dalla Banca d'Italia, il cui ruolo oggi viene accentuato dal nuovo testo dell'art. 125-*decies* TUB, e che già ora conformemente all'Orientamento dell'Autorità bancaria europea del 2015 individua tra le iniziative che il finanziatore può assumere il rifinanziamento totale o parziale del contratto di credito o la modifica dei precedenti termini e condizioni del contratto di credito⁴⁰. L'esigenza solidaristica e di protezione della persona giustifica per il consumatore il diritto alla ristrutturazione complessiva della propria situazione economica e per il finanziatore l'obbligo di rinegoziare il contratto.

Le misure di tolleranza hanno trovato ora specifica e generale applicazione nell'art. 35 ("Morosità e misure di tolleranza") della direttiva 2023/2225/UE che, nel quadro di una considerazione della situazione individuale del consumatore, possono portare al rifinanziamento integrale o parziale e alla modifica delle condizioni esistenti di un contratto di credito. In tal senso il legislatore italiano di

³⁷ M. Zinno, *Le modifiche del tasso debitore nella nuova direttiva sul credito ai consumatori*, in *Contr. impr.*, 2025, 355 ss.

³⁸ Cfr. ancora considerando n. 27 della direttiva 2014/17/UE.

³⁹ Cfr. A. Zoppini, *La novella sull'estinzione anticipata dei contratti di credito al consumo*, in *Banca, borsa, titoli di credito*, 2024, 507 ss.; U. Malvagna, *La nuova disciplina dell'estinzione anticipata dei contratti di credito ai consumatori: tra legge, ABF e Corte costituzionale*, in *Banca, borsa, titoli di credito*, 2022, 49 ss.

⁴⁰ Tra questi: a) l'estensione della durata del credito ipotecario; b) la modifica della tipologia del credito ipotecario, per esempio passando da un credito ipotecario che prevede il rimborso di capitale e interessi (*capital and interest mortgage*) a uno che prevede, per un arco temporale predefinito, solo il rimborso degli interessi (*interest-only mortgage*); c) il differimento totale o parziale del pagamento delle rate da rimborsare; d) la modifica del tasso di interesse; e) la sospensione temporanea dei pagamenti.



recente, in attuazione della direttiva, ha recepito tali indicazioni modificando l'art. 125-*decies* TUB⁴¹.

L'apertura verso la rinegoziazione in ambito europeo trova conferma in diverse decisioni della Corte di Giustizia, che si sono nel tempo occupate delle conseguenze derivanti dalla caducazione delle clausole abusive⁴². Nel momento in cui l'esercizio della libertà contrattuale⁴³ sconfinava «nell'abuso della libertà contrattuale» si apre la questione delle tutele offerte al soggetto debole⁴⁴. Sia il diritto europeo che la giurisprudenza della Corte di giustizia europea presentano un ventaglio di rimedi⁴⁵, accomunati da un unico obiettivo, quello di assicurare la realizzazione⁴⁶ e il soddisfacimento dell'interesse consumeristico⁴⁷ rimasto inattuato⁴⁸.

Da qui i diversi rimedi⁴⁹ introdotti dalla giurisprudenza europea⁵⁰, che si possono catalogare in forme di disapplicazione della clausola, se il consumatore non si oppone; ripristino della situazione di fatto e di diritto in cui il consumatore si sarebbe trovato senza la clausola e ciò anche nell'ipotesi in cui i servizi o i prodotti sono stati erogati e il professionista può rimanere privo di compenso. La nullità dell'intero contratto⁵¹ si ha, invece, solo quando dopo l'eliminazione della clausola esso non ha ragione di esistere⁵². Laddove, invece, il rimedio demolitorio sia di pregiudizio per il consumatore⁵³, avuto

⁴¹ Art. 125-*decies* («Inadempimento del consumatore») «1. Il finanziatore adotta procedure per gestire i rapporti con i consumatori in difficoltà nei pagamenti. La Banca d'Italia adotta disposizioni di attuazione del presente comma, con particolare riguardo agli obblighi informativi e di correttezza del finanziatore, nonché ai casi di eventuale stato di bisogno o di particolare debolezza del consumatore. 2. Il finanziatore non può imporre al consumatore oneri, derivanti dall'inadempimento, superiori a quelli necessari a compensare i costi sostenuti a causa dell'inadempimento stesso».

⁴² Cfr. R. Alessi, «Nullità di protezione» e poteri del giudice tra Corte di Giustizia e Sezioni Unite della Corte di Cassazione, in *Eur. dir. priv.*, 2015, 1141 ss.; D. D'Alberti, *Nullità conformativa e (auto)integrazione del contratto B2C. La rinegoziazione delle clausole abusive come rimedio in forma specifica*, in *Contr. impr.*, 2023, 918 ss.

⁴³ Sull'abuso della libertà contrattuale cfr. G. D'AMICO, S. PAGLIANTINI, *Nullità per abuso ed integrazione del contratto. Saggi*, Giappichelli, Torino, 2013, pp. 27 ss.; F. DI MARZIO, *Divieto di abuso e autonomia di impresa*, in S. PAGLIANTINI (a cura di), *Abuso del diritto e buona fede nei contratti*, Giappichelli, Torino, 2010, pp. 27 ss.

⁴⁴ S. Mazzamuto, *Libertà contrattuale e utilità sociale*, in *Europa dir. priv.*, 2011, pp. 380 s., ad avviso del quale all'interno del diritto europeo attuale si assiste ad una «funzionalizzazione dell'autonomia contrattuale all'obiettivo dell'instaurazione di un mercato il più possibile razionale» e «il rimedio è la chiave di accensione dell'intero sistema»; G. Amadio, *Nullità anomala e conformazione del contratto (note minime in tema di «abuso dell'autonomia contrattuale»)*, in *Riv. dir. priv.*, 2005, 299 ss.

⁴⁵ In tal senso cfr. L. NIVARRA, *I rimedi specifici*, in *Europa dir. priv.*, 2011, p. 162 il quale evidenzia che il ragionamento sulla tutela dei diritti vada impostato a partire dal pregiudizio cui la tutela medesima è chiamata a reagire.

⁴⁶ V. SCALISI, *Lineamenti di una teoria assiologica dei rimedi giuridici*, in *Riv. dir. civ.*, 2018, pp. 1045 ss. e pp. 1055 ss. per il quale l'effetto-rimedio invece agisce in funzione essenzialmente mediatrice all'interno del processo di realizzazione di interessi giuridici.

⁴⁷ Su tale punto cfr. A. DI MAJO, *Profili della responsabilità civile*, Torino, 2010, p. 61 s.

⁴⁸ V. SCALISI, *Giustizia contrattuale e rimedi: fondamento e limiti di un controverso principio*, cit., 282 s., e ora in ID., *Il contratto in trasformazione. Invalidità e inefficacia nella transizione al diritto europeo*, cit., 378 s., ove si rileva che la stessa nullità di protezione non è la «solita codicistica nullità, quale rimedio di fattispecie, bensì di una figura nuova e diversa operante come rimedio di regolamento».

⁴⁹ C. SCOGNAMIGLIO, *Interferenze disciplinari, vecchia e nuova dogmatica*, in *Accademia*, 2023, 425 ss., e spec. 433.

⁵⁰ R. Alessi, *Clausole vessatorie, nullità di protezione e poteri del giudice: alcuni punti fermi dopo le sentenze Jrös e Asbeek Brusse*, in *Jus civile*, 2013, 388 ss.

⁵¹ Cass. 3 novembre 2023, n. 30556, secondo cui, con riferimento a un contratto di mutuo con tasso di interesse indicizzato al tasso di cambio franco/svizzero, le clausole redatte in modo non chiaro e comprensibile possono essere considerate vessatorie o abusive, e pertanto nulle, se determinano a carico del consumatore un significativo squilibrio dei diritti e degli obblighi derivanti dal contratto, e ciò anche nel caso in cui riguardano la stessa determinazione dell'oggetto del contratto o l'adeguatezza del corrispettivo dei beni e dei servizi.

⁵² Cfr. F. Takanen, *La nullità di protezione, riequilibrio del contratto e autonomia contrattuale*, in *Contr.*, 2024, 545 ss.

⁵³ Cass., Sez. un., 16 novembre 2022, n. 33719. Per un commento a tale sentenza C. SCOGNAMIGLIO, *Le sezioni unite e l'art. 38 t.u.b.: un altro tassello nel mosaico delle nullità*, in *Nuova giurisprudenza civile comm.*, 2023, 412 ss., che intravede nella



riguardo agli effetti che da esso derivano, la Corte di giustizia europea⁵⁴ non ha esitato ad affermare che il giudice nazionale possa sanare la nullità della clausola abusiva, sostituendola con una disposizione di diritto nazionale di natura suppletiva⁵⁵.

Resta ferma, tuttavia, secondo la posizione espressa dalla Corte di giustizia europea⁵⁶, la possibilità per il giudice dello Stato membro di rinviare le parti ad una trattativa per stabilire un equilibrio reale tra i diritti e gli obblighi delle parti contraenti, quando la disposizione suppletiva manca e l'annullamento del contratto avrebbe conseguenze particolarmente dannose per il consumatore. In questa fattispecie si è in presenza di una autointegrazione del contenuto contrattuale che, su sollecitazione del giudice, viene rinegoziato.

decisione della Corte la «consapevolezza circa il necessario carattere dell'idoneità o congruità rimediabile della sanzione della nullità, avuto riguardo agli interessi protetti dalla norma: con il corollario della negazione della possibilità di dare ingresso al rimedio della nullità quando lo stesso si palesi incongruo, avuto riguardo alla natura degli interessi in gioco ed alle conseguenze, rispetto allo scopo della norma, che l'applicazione del rimedio della nullità trarrebbe con sé».

⁵⁴ Corte giust. 18 novembre 2021, causa C-212/20, in www.curia.europa.eu, secondo cui una clausola dichiarata abusiva dal giudice nazionale deve restare disapplicata, senza che il suo contenuto possa essere modificato. Soltanto qualora la caducazione della clausola abusiva obbligasse il giudice ad annullare il contratto nella sua interezza, esponendo in tal modo il consumatore a conseguenze particolarmente dannose, sicché quest'ultimo ne sarebbe penalizzato, il giudice nazionale potrebbe sostituire tale clausola con una disposizione di diritto nazionale di natura suppletiva. Su tale decisione cfr. S. GATTI, *Limiti europei all'integrazione (e all'interpretazione) del contratto contenente clausole vessatorie: marginalizzazione o mutata centralità del giudice?*, in *Pactum, Rivista di diritto dei contratti*, 2022, 304 ss.; G. D'AMICO, S. PAGLIANTINI, *Nullità per abuso ed integrazione del contratto*. *Saggi*, cit., 27.

⁵⁵ Corte giust. 12 gennaio 2023, C-395/21, in www.curia.europa.eu; in argomento cfr. C. Sartoris, *Post abusività: il punto sulla giurisprudenza europea (nota a Corte di Giustizia, 12 gennaio 2023, causa C-395/21)*, in *Jus Civile*, 2023, 954 ss. La Corte già nel 2020 (caso Kasler) ha ammesso la possibilità di sostituire la clausola vessatoria essenziale ai fini della validità dell'intero contratto con una disposizione nazionale di natura suppletiva, per evitare la caducazione dell'intero contratto.

⁵⁶ Corte giust. 25 novembre 2020, C-269/19, Banca B. SA c. A.A.A., in www.curia.europa.eu.



MARCELLO MAGGIOLO*

RISOLUZIONE PER INADEMPIMENTO E CRISI D'IMPRESA****TERMINATION FOR BREACH OF CONTRACT AND BANKRUPTCY LAW**

ABSTRACT: Il saggio esamina criticamente una decisione della Corte di Cassazione la quale ha ravvisato nell'inosservanza dell'ordine del giudice di depositare somme contestate un inadempimento grave che giustifica la risoluzione del concordato preventivo. Appare così una sovrapposizione tra piano degli obblighi negoziali nascenti dal concordato e obblighi eteronomi imposti dal giudice che rende poco convincente la utilizzazione del rimedio risolutorio.

ABSTRACT: The essay critically examines a decision of the Court of Cassation which recognized in the failure to comply with the judge's order to deposit disputed sums a serious breach that justifies the termination of the arrangement with creditors. There is an overlap between the level of the contractual obligations arising from the composition with creditors and the heteronomous obligations imposed by the judge, which makes the use of the remedy unconvincing.

SOMMARIO: 1. *Diritto comune e diritto della crisi d'impresa nella disciplina della risoluzione per inadempimento.* – 2. *Diritto comune e diritti settoriali. La ricerca di un sistema e il contributo di Rosalba Alessi.* – 3. *La risoluzione per inadempimento del concordato preventivo secondo Cass., 21 febbraio 2025, n. 4596.* – 4. *Critica.* – 5. *Conclusione. Autonomia ed eteronomia nel rimedio risolutorio.*

1. Diritto comune e diritto della crisi d'impresa nella disciplina della risoluzione per inadempimento

Torno sul tema cui è dedicato il mio contributo al *Liber Amicorum* per la prof.ssa Rosalba Alessi, torno cioè su di una lettura della disciplina dedicata alla risoluzione per inadempimento nel Codice della crisi d'impresa e dell'insolvenza¹ alla luce del diritto comune, e quindi degli artt. 1453 ss. c.c.²

Quel lavoro esaminava in prima battuta la disciplina della risoluzione per inadempimento dei contratti conclusi dalla impresa in crisi o insolvente. In quest'ambito, l'apparato rimediale contro l'inadempimento muove lungo tre direttrici, che sono, in livello crescente di dettaglio, una disattivazione del rimedio risolutorio contro gli inadempimenti dell'imprenditore, indicazione volutamente formulata in senso negativo per potervi poi ricondurre, in senso positivo, alcune soluzioni normative tra loro

* Professore ordinario di Diritto privato – Università degli Studi di Padova.

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

¹ D. lgs. 12 gennaio 2019, n. 14, "Codice della crisi d'impresa e dell'insolvenza in attuazione della legge 19 ottobre 2017, n. 155", di seguito CCII.

² M. MAGGIOLO, *La risoluzione per inadempimento nel Codice della Crisi d'Impresa e nel diritto comune: aderenze e dissonanze*, nel *Liber Amicorum per Rosalba Alessi*, II, Palermo, 2025, 743 ss.



significativamente diverse (artt. 94 *bis*; 97, commi 1 e 6; 172; 211, comma 8, CCII); una preclusione alla possibilità per il contraente *in bonis* di rifiutare il proprio adempimento (art. 94 *bis* CCII; art. 18, commi 1 e 5 CCII)³; e infine un meccanismo indennitario per compensare il contraente costretto a eseguire le prestazioni poste a suo carico senza possibilità di pretendere né la controprestazione né, in assenza di illecito del debitore, un risarcimento del danno da inadempimento (art. 97, comma 9 CCII)⁴.

L'analisi si spostava poi sulle regole dedicate alla risoluzione per inadempimento negli strumenti negoziali di regolazione della crisi e dell'insolvenza. Ed è questo il profilo cui sono dedicate queste pagine, inserite quindi in un quadro nel quale, come è noto, diritto comune e diritto settoriale si intersecano in vario modo.

Mi riferisco, indicando questa varietà di intersezioni, al fatto che alcuni tra gli strumenti negoziali di regolazione della crisi e dell'insolvenza sono assoggettati, interamente o quasi, alla disciplina codicistica della risoluzione per inadempimento. Il diritto comune si applica agli accordi conclusi in esecuzione di un piano attestato di risanamento (art. 56 CCIII), agli accordi di ristrutturazione dei debiti (art. 57 CCII)⁵, e al concordato stragiudiziale⁶, negozi da cui nascono obbligazioni, e negozi che si risolvono secondo gli art. 1453 s.s. c.c. se quelle obbligazioni restano inadempite.

Altri strumenti di regolazione della crisi e dell'insolvenza ricevono invece regole apposite. Una disciplina speciale è specificamente dettata per il concordato preventivo e per il concordato nella liquidazione

³ Leggendo nella regola una disapplicazione della complessiva disciplina delle eccezioni dilatorie del diritto comune (art. 1460 e art. 1461 c.c.), si può constatare come, se le regole di diritto comune sono funzionali ad evitare al contraente adempiente o pronto ad adempiere il rischio di non vedere soddisfatto il suo diritto alla controprestazione o il suo eventuale diritto alla ripetizione di quanto prestato, un concorso con altri creditori del potenziale *accipiens* divenuto insolvente accresce proprio lo specifico rischio che la norma di diritto comune mira a evitare. E allora, se quel medesimo rischio viene assorbito mediante il meccanismo della prededuzione che assiste il credito alla controprestazione dovuta in base al contratto non risolto, cessa la ragione per consentire al contraente *in bonis* di sospendere la esecuzione della prestazione da lui dovuta. Quindi, le norme che in un caso precludono la sospensione e nell'altro la consentono, esprimono una soluzione sistematicamente coerente, in cui la *ratio* della regola di diritto comune si perpetua nella disciplina settoriale.

⁴ La legge proclama un principio di equivalenza economica tra indennità e risarcimento del danno da inadempimento (art. 97, comma 9, CCII), sottintendendo così che la liquidazione dell'indennità debba avvenire secondo parametri paralleli a quelli contenuti nelle regole sulla quantificazione del danno risarcibile (art. 1223 ss. c.c.). La legge affida però al debitore una prima quantificazione dell'indennizzo (art. 97, comma 3, CCII), che però ha un set di informazioni insufficienti a identificare un indennizzo veramente equivalente al danno (anche al netto di possibili atteggiamenti opportunistici). Ricevuta l'offerta di indennizzo, il contraente deluso si trova allora nell'alternativa tra accontentarsi di una somma verosimilmente inferiore all'effettivo pregiudizio patito (alternativa al cui interno può trovare collocazione anche una soluzione di tipo transattivo), oppure avviare una coda giudiziaria funzionale a determinare e quindi ottenere un importo effettivamente coerente al danno (art. 97, comma 10, CCII). Il proclamato principio di equivalenza tra indennizzo e risarcimento risulta in definitiva velleitario, perché le proposizioni normative che sanciscono l'una la regola dell'equivalenza e l'altra la determinazione dell'indennizzo a opera del debitore sono tra loro inconciliabili.

⁵ Sul piano latamente rimediabile e sanzionatorio, la legge si limita qui a escludere che siano revocabili atti, pagamenti e garanzie concesse in esecuzione di un piano attestato (art. 166, comma 3, lett. *d*, CCII), oppure di un accordo di ristrutturazione omologato (art. 166, comma 3, lett. *e*, CCII), sempre che piano o accordo li avessero indicati; e ad aggiungere una esenzione dai reati di bancarotta semplice e documentale per pagamenti e operazioni compiuti in esecuzione di un accordo di ristrutturazione omologato o dell'accordo esecutivo di un piano attestato (art. 324 CCII). Mancano dunque apposite regole sulle conseguenze dell'inadempimento di obblighi assunti dall'imprenditore all'interno di negozi di questo genere.

⁶ Cfr. D. MANENTE, *Lineamenti del diritto della crisi d'impresa*², Milano, 2022, 145 s. ("percorso di regolazione destinato a svilupparsi in un contesto interamente privatistico"); in una prospettiva ricognitiva di una prassi diffusa alla fine del secolo scorso, in cui "la regolazione flessibile della crisi era, al fondo, il valore che più di ogni altro premiava la soluzione stragiudiziale", M. FABIANI, *Il concordato preventivo*, nel *Commentario del cod. civ. e codici collegati Scialoja – Branca – Galgano* a cura di G. De Nova, *sub art. 2221*, Bologna – Roma, 2014, 108; v. anche F. DI MARZIO, *Il diritto negoziale della crisi d'impresa*, Milano, 2011, 108 ss. Meritano essere citati anche le operazioni di *corporate restructuring*, sulle quali cfr. T.M. UBERTAZZI, *Gli accordi di risanamento delle imprese in crisi. Profili civilistici*, Napoli, 2014, spec. 19 ss.



giudiziale (artt. 119 e 250 CCI). Questa disciplina è applicabile anche al piano di ristrutturazione soggetto a omologazione (per il rinvio contenuto all'art. 64 *bis*, comma 9, CCI) e al concordato semplificato per la liquidazione del patrimonio all'esito della composizione negoziata della crisi (per il rinvio contenuto all'art. 25 *sexies*, comma 8, CCI). La presenza di regole speciali non esclude ovviamente che, dove la materia non abbia norme apposite, si debba tornare al diritto comune della risoluzione. Anzi, importanti settori di disciplina restano governati dal codice civile, a cominciare dalla disciplina degli effetti della risoluzione per inadempimento. Il diritto comune si applica infatti quanto alla regola di retroattività della risoluzione tra le parti (art. 1458, comma 1, c.c.)⁷, con conseguente eliminazione degli effetti esdebitatori o modificativi riconducibili allo strumento risolto⁸, e con una altrettanto conseguente legittimazione del titolare a far valere il credito originario in una esecuzione individuale o anche in una liquidazione giudiziale⁹, o addirittura al fine di ottenere la revocatoria di atti antecedenti la domanda di concordato¹⁰. Ma la riconducibilità del concordato alla categoria dei negozi di durata, in ragione dei più o meno lunghi tempi di esecuzione degli obblighi concordatari, conduce poi al principio generale secondo il quale in questo genere di contratti la risoluzione non si estende alle prestazioni già eseguite (art. 1458, comma 1, seconda parte, c.c.), principio che sta alla base della regola secondo la quale all'esito della risoluzione del concordato la ricostruzione dell'originario rapporto obbligatorio avviene al netto di quanto sia stato versato dal debitore in parziale esecuzione degli impegni concordatari, purché nel rispetto delle clausole di prelazione (art. 252, comma 4, CCII). La norma è dettata per il concordato nella liquidazione giudiziale; tuttavia, proprio per il fatto di corrispondere a un principio del diritto comune dei contratti, dovrebbe valere anche per il concordato preventivo.

2. Diritto comune e diritti settoriali. La ricerca di un sistema e il contributo di Rosalba Alessi

Queste parole d'esordio lasciano intuire come la scelta di guardare al diritto concorsuale sia dettata, più che da un particolare trasporto per le regole sulla crisi d'impresa e sull'insolvenza, piuttosto da un vivo interesse per il rapporto tra diritto comune e diritti settoriali, per lo studio delle rispettive sovrapposizioni e interferenze, e soprattutto per una riflessione sulla possibilità di costruire un sistema capace di accogliere l'uno e gli altri, diritto comune e diritto – o meglio – diritti settoriali.

Se l'attenzione per risoluzione per inadempimento e crisi di impresa è espressione di questo modo di studiare l'esperienza giuridica, si spiega allora con molta facilità lo stimolo provocato dal percorso con cui Rosalba Alessi, di nuovo in materia di risoluzione per inadempimento, ha individuato in discipline

⁷ La norma codicistica sulla relatività degli effetti risolutivi ispira poi la regola che concede al creditore di conservare e far valere le garanzie ottenute nel concordato (art. 252, comma 3, CCII), proprio perché si tratta di atti di soggetti terzi; e parimenti spiega come la risoluzione non travolga eventuali apporti di terzi (M. FABIANI, *Il concordato preventivo*, cit., 778; per le garanzie v. anche G.B. NARDECCHIA, *La risoluzione del concordato preventivo*, in *Fallimento*, 2012, 264; per gli apporti Cass., 4 agosto 2017, n. 19604).

⁸ Cfr. sul tema M. FABIANI, *Il concordato preventivo*, cit., 754; G. RACUGNO, *Concordato preventivo, accordi di ristrutturazione e transazione fiscale*, I, *Profili di diritto sostanziale*, in *Tratt. di dir. fall.* diretto da V. Buonocore e A. Bassi, I, *I presupposti. La dichiarazione di fallimento. Le soluzioni concordatarie*, Padova, 2010, 544; A. SILVESTRINI, *La risoluzione del concordato preventivo*, in *Fall.*, 2015, 517; G.B. NARDECCHIA, *La risoluzione del concordato preventivo*, cit., 264.

⁹ Non è invece legittimato l'eventuale curatore fallimentare: Cass., 3 novembre 2016, n. 22284.

¹⁰ M. FABIANI, *Il concordato preventivo*, cit., 778 s.; A. SILVESTRINI, *La risoluzione del concordato preventivo*, cit., 518; G.B. NARDECCHIA, *La risoluzione del concordato preventivo*, cit., 265.



di settore, specificamente quella relativa alla locazione immobiliare e quella relativa all'affitto di fondi rustici – con le relative variazioni rispetto alle regole sulla risoluzione del diritto comune¹¹ – l'occasione per interrogarsi su una possibile frammentazione del sistema rispetto al rigido modello generale ricavato nella dogmatica postcodicistica da una lettura dell'art. 1453 c.c. in termini di tutela del creditore e di *favor* per la risoluzione. Meglio, per constatare quanto quel modello sia poco aderente alla disciplina dei singoli contratti (vendita, appalto, somministrazione), trovi poca rispondenza nella esperienza applicativa, e ancora sia lontano da percorsi normativi favorevoli alla conservazione del contratto¹². E in effetti, proprio la emersione di rimedi manutentivi e la loro possibile prevalenza sul rimedio demolitorio della risoluzione viene vista come auspicabile approdo sistematico, in una prospettiva favorevole a estendere al piano rimediario quella logica protettiva per il contraente debole tendenzialmente confinata al momento della costruzione della regola contrattuale¹³.

Molto ci sarebbe da dire su ciascuno di questi passaggi, così come su molti altri punti toccati nel lavoro di Rosalba Alessi. Avendo però annunciato una riflessione sulla crisi d'impresa, diventa a questo punto doveroso tornare lì, per riservare alle conclusioni di queste pagine qualche considerazione sui temi qui riassunti in modo assai sommario¹⁴.

3. La risoluzione per inadempimento del concordato preventivo secondo Cass., 21 febbraio 2025, n. 4596

L'occasione della riflessione è una recente decisione della Corte di Cassazione in materia di risoluzione del concordato preventivo per inadempimento del debitore¹⁵.

Solo a scanso di equivoci, mi pare opportuno fissare due premesse.

La prima premessa è che un caso giunto in Cassazione nel 2025 è ovviamente assoggettato *ratione temporis* alle regole della vecchia legge fallimentare, e quindi al suo art. 186. La circostanza non è rilevante, posto che il tema affrontato è quello della gravità dell'inadempimento, questione la quale – per un verso – sorge parimenti nell'ambito della vecchia legge fallimentare, nell'ambito del nuovo codice della crisi, e nell'ambito del diritto comune e – per altro verso – non è trattata diversamente dalla vecchia legge fallimentare (dove l'art. 186, comma 2, prevedeva che “*il concordato non si può risolvere se l'inadempimento ha scarsa importanza*”) e dal nuovo CCI, il quale all'art. 119, comma 3 contiene una regola esattamente uguale. Sono quindi disposizioni che solo in parte riecheggiano la regola dell'art. 1455 c.c., rispetto alla quale la differenza fondamentale è data dalla mancata menzione degli interessi della parte tra i criteri sulla base dei quali giudicare della gravità dell'inadempimento, ad attestare una sua concezione strettamente oggettiva¹⁶.

¹¹ Il riferimento corre ovviamente a istituti quali la purgazione della mora e il termine di grazia a favore del conduttore di cui all'art. 55, commi 1 e 2, l. 27 luglio 1978 n. 392 (“*Disciplina della locazione di immobili urbani*”) e alla procedura prevista all'art. 5, l. 3 maggio 1982, n. 203. (“*Norme sui contratti agrari*”).

¹² R. ALESSI, *Risoluzione per inadempimento e tecniche di conservazione del contratto*, in *Riv. crit. dir. priv.*, 1984, spec. 57, 60, 82 ss., 104 ss.

¹³ R. ALESSI, *op. cit.*, 114 ss.

¹⁴ *Infra*, n. 5.

¹⁵ Cass., 21 febbraio 2025, n. 4596.

¹⁶ La accettazione della proposta concordataria da parte del ceto creditorio – al netto della convenienza economica – è infatti tanto più probabile quanto più sia possibile fare affidamento sulla esecuzione degli impegni assunti dal debitore, sicché quanto più l'obbligo di adempiere sia al riparo da evenienze di carattere soggettivo, tanto più la fiducia potrebbe ritenersi ben riposta



L'altra premessa è la precisazione di quali siano gli obblighi la cui mancata esecuzione sia rilevante ai fini della risoluzione del concordato preventivo. Con una serie di accorgimenti ora non significativi, l'opinione comune è che, a tal fine, occorre considerare gli impegni assunti dal debitore all'interno della proposta concordataria accettata dal ceto creditorio e poi omologata dal Tribunale. La notazione rileva perché consente di precisare come, almeno tendenzialmente, il piano concordatario non rilevi invece ai fini della identificazione degli obblighi il cui inadempimento può provocare la risoluzione. Il piano concordatario indica piuttosto le modalità di attuazione delle misure oggetto della proposta, essendo una "architettura organizzativa" che serve a convincere i creditori della credibilità della proposta stessa¹⁷. Pertanto, uno scostamento dal piano dei contegni debitori rileva al massimo come indice prognostico¹⁸, del quale può tenersi conto "per affermare prospetticamente che la proposta, per come formulata, non potrà essere adempiuta"¹⁹.

Appurato dunque che alla risoluzione per inadempimento del concordato preventivo si giunge là dove sussista un grave inadempimento agli obblighi concordatari, così come risultano dalla proposta concordataria approvata e omologata, è ora possibile analizzare il caso sul quale è intervenuta la Corte di Cassazione.

La fattispecie concreta vedeva la presenza di alcuni crediti contestati dal debitore. Erano crediti generati da contratti bancari conclusi dal debitore concordatario, rispetto ai quali questi aveva sollevato in sede giudiziale tutta una serie di (non certo inconsuete) questioni relative ad applicazione di interessi anatocistici e ultralegali, commissione di massimo scoperto, commissioni non pattuite e quant'altro. Tutti argomenti ampiamente discussi e spesso oggetto di contenzioso, sui quale non serve qui soffermarsi perché le ragioni che avevano indotto a contestare i crediti non hanno alcun peso nel caso ora in esame.

Ha invece un peso determinante, ai fini della decisione sulla risoluzione per inadempimento del concordato, il regime concordatario dei crediti contestati. Vale quindi la pena riassumerlo, ricordando innanzi tutto che la contestazione rilevante è solo quella giudiziale, ma che per la contestazione giudiziale del credito non c'è una competenza funzionale del Tribunale dell'omologa, dovendosi invece applicare gli ordinari criteri di competenza per materia e per territorio. Sorge allora una esigenza di coordinamento, di stabilire cioè cosa accada in sede concordataria nel tempo necessari al Giudice competente secondo le regole ordinarie di decidere se il credito contestato esista o non esista²⁰. L'esigenza è assoluta mediante un set di regole le quali prevedono che il credito contestato venga inserito in una delle classi omogenee previste nella proposta di concordato oppure in una classe apposita. Questa classificazione del credito contestato è funzionale alla possibilità che il Giudice Delegato ammetta il creditore contestato al voto sulla proposta di concordato (lo prescriveva l'art. 176 l. fall. e lo prescrive ora l'art. 108 CCI). Ancora, la classificazione del credito contestato è anche funzionale – in ossequio a un principio di trasparenza che, con la competitività e la pubblicità, connota questa fase della procedura in funzione della migliore tutela del ceto creditorio²¹ – a rendere edotti gli altri creditori, quelli non contestati, della

(sul punto mi permetto un rinvio a M. MAGGIOLO, *La risoluzione per inadempimento nel Codice della Crisi d'Impresa e nel diritto comune*, cit., 755 s.).

¹⁷ La perspicua notazione è di M. FABIANI, *Il concordato preventivo*, cit., 165.

¹⁸ M. FABIANI, *Il concordato preventivo*, cit., 759.

¹⁹ Trib. Siracusa, sez. I, 14 marzo 2022, n. 10, in <https://onelegale.wolterskluwer.it>.

²⁰ Le espressioni generiche qui utilizzate comprendono casi di inesistenza per gli ordinari fatti impeditivi ovvero estintivi, che è superfluo passare in rassegna.

²¹ Cfr. (S. PACCHI e) S. AMBROSINI, *Diritto della crisi e dell'insolvenza*², Bologna, 2022, 185 ss.



presenza di uno o più crediti contestati²². Se infatti la fondatezza della contestazione del credito elimina il credito concorrente, e se in questo modo aumenta la possibilità per gli altri creditori di essere soddisfatti nella percentuale proposta dal debitore, e ancora se, al contrario, la infondatezza della contestazione consolida il credito concorrente e riduce la possibilità per gli altri creditori di essere soddisfatti nella percentuale proposta dal debitore, una valutazione prognostica sugli esiti della contestazione di un credito incide sulle determinazioni degli altri creditori in ordine al voto da esprimere sulla proposta di concordato. Ecco quindi l'esigenza informativa.

La disciplina si completa infine con il punto che viene in specifica considerazione nella decisione qui in commento, vale a dire con la eventualità che, in caso di contestazione del credito, il Tribunale dell'omologa o il Giudice Delegato in sede di esecuzione del concordato diano al debitore l'ordine di depositare la somma spettante ai creditori contestati (art. 112, comma 6 e art. 118, comma 2, CCII)²³. Il senso di questa previsione è abbastanza ovvio, trattandosi di una misura *lato sensu* cautelare per i creditori contestati i quali, grazie al deposito della somma, vengono assicurati sul fatto che, là dove la contestazione dovesse risolvere in senso per loro favorevole perché la sentenza riconosce l'esistenza del credito, ci sia ancora il denaro loro spettante.

La Cassazione si inserisce dunque nell'assetto normativo ora descritto, e stabilisce che *“la contestazione del credito e la pendenza del relativo giudizio di cognizione legittimano il mancato pagamento al creditore”*. Quindi, finché si ignori se il creditore contestato sia davvero creditore oppure non lo sia, il debitore può legittimamente sospendere il pagamento. Tuttavia, aggiunge la Corte, la contestazione del credito e la pendenza del relativo giudizio *“non esimono dal deposito delle somme contestate a cui il debitore è tenuto in presenza di un ordine in tal senso del Tribunale o del giudice delegato”*. L'ordine del giudice (come si diceva poc'anzi, del Tribunale in sede di omologa o del Giudice Delegato nella fase di esecuzione del concordato, di qui la doppia indicazione nella motivazione) deve quindi essere ottemperato.

Sino a qui, tutto appare chiaro e ineccepibile. Abbiamo una piana applicazione del dato normativo.

Meno ineccepibile pare tuttavia il passaggio successivo, quello conclusivo. *“Ne discende”* – prosegue la Corte a chiusura della sua motivazione, con una consequenzialità logica sulla quale non si può non nutrire qualche perplessità – ne discende *“che se la prima condotta (cioè non pagare i crediti contestati) è del tutto legittima e non rileva al fine di verificare l'esistenza di un inadempimento di non scarsa importanza del debitore ... la seconda invece (cioè non eseguire l'ordine giudiziale di depositare le somme contestate) assume un autonomo rilievo e giustifica di per sé la risoluzione del concordato ove ritenuta dal giudice di merito di non scarsa importanza”*.

Quindi, per sintetizzare il pensiero della Corte, il concordato si risolve per inadempimento ove il debitore non rispetti l'ordine con cui il Tribunale o il Giudice Delegato gli abbia imposto di depositare le somme oggetto dei crediti contestati.

4. Critica

Il discorso giustificatorio proposto dalla Corte assimila dunque la dimensione dell'ordine del Giudice, e dell'inottemperanza all'ordine del Giudice, con la dimensione del contratto, dell'obbligazione

²² Si esprime molto chiaramente in questo senso Cass., 7 marzo 2017, n. 5689.

²³ Uguale disposizione è dettata per il concordato nella liquidazione giudiziale, in fase di esecuzione, all'art. 249, comma 2, CCII.



contrattuale e dell'inadempimento all'obbligazione contrattuale. A tanto assomma infatti la riconduzione all'inosservanza dell'ordine del Giudice delle conseguenze previste dalla legge per il caso di inadempimento delle obbligazioni concordatarie: in tanto si può applicare la disciplina della risoluzione per inadempimento, in quanto sussistano obbligazioni negoziali, e le obbligazioni negoziali siano rimaste inadempite.

Si svela così la ragione per cui appare assai poco persuasivo il passaggio concettuale (o forse il salto concettuale) che dall'inosservanza dell'ordine giudiziale con oggetto il deposito delle somme contestate fa discendere (“*ne discende*”) la risoluzione per inadempimento del concordato. L'ordine del giudice non è la fonte di un'obbligazione civile²⁴, e nel caso di inosservanza dell'ordine del giudice si esce dalla logica dell'adempimento o inadempimento di un'obbligazione, entrando invece nella logica dell'eteronomia e della soggezione a un comando eteronomo; se si vuole, si entra in una logica pubblicistica. Lo dimostra il fatto che l'inosservanza dell'ordine del giudice è munita di una sanzione penale. Nei casi più gravi, di inosservanza dolosa, ricorre infatti la fattispecie dell'art. 388 c.p. (il reato di *Mancata esecuzione dolosa di un provvedimento del giudice*), mentre i casi meno gravi sono governati dall'art. 650 c.p. (il reato di *Inosservanza dei provvedimenti dell'Autorità*). Usciti dalla dimensione dell'obbligazione civile, non debbono trovare applicazione le conseguenze risolutorie ed eventualmente risarcitorie della mancata esecuzione della prestazione dovuta.

Quand'anche però questo discorso non dovesse convincere, e si volesse quindi seguire la Cassazione nell'idea sottesa alla sua decisione, ritenendo cioè che l'ordine del giudice sia fonte di un'obbligazione di depositare le somme oggetto dei crediti contestati, la conclusione non sarebbe però diversa. Vale a dire, che sarebbe sempre necessario concludere nel segno della non risolubilità del concordato per inadempimento del debitore.

La ragione è che l'ordine del giudice e, per quanto ora interessa, questo suo ipotetico effetto obbligatorio, restano sicuramente al di fuori del contenuto negoziale veicolato dalla proposta concordataria, quel contenuto negoziale divenuto obbligatorio per il debitore all'esito della approvazione della proposta e della omologazione del concordato. La inosservanza dell'ordine di depositare le somme riguarda quindi adempimento o inadempimento di, a tutto concedere, obbligazioni non concordatarie e non negoziali.

Se però, secondo l'opinione condivisa appena riferita, gli obblighi concordatari che giustificano la risoluzione in caso di loro inadempimento sono quelli veicolati dalla proposta, la cui accettazione da parte del ceto creditorio esprime il contenuto negoziale che è fonte delle obbligazioni, ammesso e non concesso che l'ordine giudiziale di depositare le somme contestate siano davvero obbligazioni, il loro adempimento o inadempimento non dovrebbe affatto aprire ai rimedi contrattuali contro l'inadempimento degli obblighi concordatari.

5. Conclusione. Autonomia ed eteronomia nel rimedio risolutorio

La soluzione confezionata dalla Corte di Cassazione appare quindi quanto meno malsicura.

Al di là di ogni possibile critica, l'esempio è però assai significativo perché, ed è questo il punto che preme sottolineare, attesta la presenza in questa materia di una costante tensione tra concetti ed enunciati

²⁴ Cfr. V. PIETROBON, *Illecito e fatto illecito. Inibitoria e risarcimento*, Padova, 1998.



antitetici. Tra autonomia ed eteronomia; e poi, in modo via via più specifico, tra contrattualità e giurisdizione; tra obblighi concordatari volontariamente assunti dal debitore con il consenso dei creditori e ordini del Tribunale o del Giudice delegato; tra effetto degli uni ed effetto degli altri; e tra sanzioni per la rispettiva inosservanza.

Una tensione parallela, tra autonomia ed eteronomia, si ritrova peraltro nel sistema della risoluzione per inadempimento del diritto comune.

Nel diritto comune, rispetto all'immagine, che traspare anche dalle pagine di Rosalba Alessi²⁵, in cui la risoluzione giudiziale è al centro dell'istituto e i meccanismi stragiudiziali hanno un ruolo ancillare, essendo fattispecie – secondo alcuni²⁶ – addirittura eccezionali che rappresentano un portato della commercializzazione del diritto privato, si registra oggi una tendenza ad incrementare lo spazio lasciato a meccanismi autonomi di risoluzione. La eccezione di inadempimento criptorisolutoria, la dichiarazione unilaterale a effetto immediatamente risolutorio, l'idea della natura dichiarativa della sentenza di risoluzione, tutto questo rappresenta un movimento verso l'autonomia²⁷.

Il discorso approda così a due notazioni. L'una che riconduce al pensiero di Rosalba Alessi, e che era stata anticipata all'inizio di queste pagine²⁸; l'altra dedicata al sistema della risoluzione per inadempimento nel diritto della crisi e dell'insolvenza.

La prima notazione riguarda la evoluzione del sistema rimediabile contro l'inadempimento contrattuale. La posizione di Rosalba Alessi fissa due nuclei fondamentali di questo moto evolutivo, che sono rispettivamente il progressivo abbandono delle tecniche risolutive affidate alla giurisdizione, e un parallelo recupero di tecniche manutentive del rapporto²⁹. L'esperienza dei quarant'anni successivi al suo saggio ha in buona misura confermato quelle indicazioni. Minore conferma, o forse addirittura una smentita, ha invece trovato una ulteriore concezione o prospettiva evolutiva della risoluzione, evocata da Rosalba Alessi mediante una citazione di Jean Carbonnier il quale, negli anni '70 del secolo scorso scriveva, che la risoluzione “è un rimedio straordinario al quale deve sempre essere preferita l'esecuzione”³⁰. L'evoluzione è cioè in senso opposto, vale a dire nel senso di una sorta di agnosticismo che il sistema riserva all'alternativa tra rimedio risolutorio ed esecuzione del contratto³¹. Di questa indifferenza valoriale è rinvenibile del resto una conferma nel formante sovranazionale e nelle fonti di *soft law*³², ma poi anche nel radicale rovesciamento di prospettiva determinato proprio in Francia dalla

²⁵ R. ALESSI, *Risoluzione per inadempimento e tecniche di conservazione del contratto*, cit., 62.

²⁶ Su questo genere di impostazione v. U. CARNEVALI, *La risoluzione per inadempimento. Premesse generali*, in U. CARNEVALI, E. GABRIELLI, M. TAMPONI, *La risoluzione*, nel *Trattato di dir. priv.* diretto da M. Bessone, XIII, Torino, 2011, 4; G. IORIO, *Ritardo nell'adempimento e risoluzione del contratto*, Milano, 2012, 21 ss.

²⁷ Volendo M. MAGGIOLO, *Eccezione di risoluzione, dichiarazione di risoluzione e accertamento giudiziale della risoluzione per inadempimento*, in *Riv. trim.*, 2025, 299 ss.

²⁸ *Supra*, n. 2.

²⁹ R. ALESSI, *Risoluzione per inadempimento e tecniche di conservazione del contratto*, cit., 120.

³⁰ J. CARBONNIER, *Droit civil*, IV, Parigi, 1972, 275.

³¹ Sulla attuale neutralità del sistema rispetto a manutenzione o risoluzione del vincolo cfr. almeno M. DELLACASA, *Risoluzione per inadempimento e ricorso al processo*, in *Riv. dir. civ.*, 2015, I, 63 ss. e ID., *L'ambiente della risoluzione per inadempimento*, in *La risoluzione per inadempimento. Poteri del giudice e poteri delle parti*, a cura di Consolo, Pagni, Pagliantini, Roppo, Maugeri, Bologna, 2018, 184 s.; C. CONSOLO, *Della risoluzione per inadempimento, anche stragiudiziale, senza processo, purché (fuori dagli artt. 1454 e 1456) ... per contratto anche tacito (o discordia concors per acquiescenza)*, in *La risoluzione per inadempimento. Poteri del giudice e poteri delle parti*, cit., 41.

³² Cfr. l'art. 7.3.2 principi Unidroit; gli artt. 49, 64 convenzione di Vienna del 1980 sulla vendita internazionale di merci (Cisg); l'art. 9:303 Principi di diritto europeo dei contratti (Pdec); l'art. III-3 507(1) *Draft common frame of references* (Dcfr); gli artt. 118 e 139 *Common european sales law* (Cesl)



riforma del diritto dei contratti e delle obbligazioni del 2016³³, che supera definitivamente il *topos* per cui il contratto farebbe nascere il diritto all'adempimento e non il diritto alla risoluzione³⁴.

La seconda notazione riporta al diritto concorsuale. Il movimento evolutivo verso l'accentuazione di profili lasciati all'autonomia dei privati è cioè registrabile anche nel rinnovato diritto della crisi di impresa e dell'insolvenza. Il nuovo Codice è improntato a una sorta di privatizzazione degli strumenti di regolazione della crisi e dell'insolvenza³⁵, avendo trovato un diverso equilibrio tra spazio riservato a iniziative autonome, a strumenti negoziali flessibili, e ambito deputato all'intervento giurisdizionale, e quindi ambito dell'eteronomia³⁶.

Queste due notazioni danno dunque la misura di un complessivo movimento di sistema. E la decisione della Cassazione si muove in controtendenza rispetto a esso, sia rispetto alle dinamiche evolutive della risoluzione per inadempimento nel diritto comune, sia alla dinamica della nuova disciplina concorsuale degli strumenti di regolazione della crisi e dell'insolvenza, entrambe volte come sono ad accrescere lo spazio lasciato all'autonomia dei privati. La decisione della Cassazione, dove sottintende una prevalenza del momento eteronomo su quello autonomo, non appare quindi facilmente giustificabile allo stato attuale del sistema normativo, a testimonianza della vischiosità di certe convinzioni³⁷, tutto sommato superate in un sistema dei rimedi contrattuali che, almeno nei settori più evoluti, cerca di affrancarsi dalla giurisdizione.

³³ V gli artt. 1224 ss. *code civil* come riformati dall'*Ordonnance* n. 2016-131 del 10 febbraio 2016 («*Réforme du droit des contrats, du régime général et de la preuve des obligations*»).

³⁴ T. GENICON, *La résolution du contrat pour inexécution*, Parigi, 2007, spec. 375 ss.

³⁵ V. a campione A. NIGRO, *I principi generali della nuova riforma "organica" delle procedure concorsuali*, in *Giusrtizia-civile.com*, 2020, 4 ss.; G. BRUNO, *I contratti per la gestione della crisi d'impresa: i piani attestati di risanamento*, in *Contr. impr.*, 20121, 91 ss.; G. BEVIVINO, *Le "autonomie private" nel nuovo diritto dell'insolvenza*, Pisa, 2022, 11 ss.; sono peraltro noti anche taluni profili di originalità rispetto al sistema del diritto comune, quale la emersione, negli accordi di ristrutturazione a efficacia estesa, di un contratto vincolante per i terzi non consenzienti con effetti loro sfavorevoli (I.L. NOCERA, *Il contratto "a danno del terzo": identificazione come categoria unitaria e necessità di una tutela effettiva*, in *Giust. civ.*, 2021, 443 ss.). Naturalmente l'espressione è evocativa e la sua utilizzazione abbisogna di una serie di cautele: v. in particolare M. ONORATO, *Gli accordi concorsuali. Profili civilistici*, Pisa, 2017, 42 ss.

³⁶ M. FABIANI, *Il concordato preventivo*, cit., 60 ss.; (S. PACCHI e) S. AMBROSINI, *Diritto della crisi e dell'insolvenza*, cit., 43 s.

³⁷ Questo modo di pensare non è certo infrequente (si trova per esempio anche in Cass., Sez. Un., 31 dicembre 2021, n. 42093)

ARTICOLI E SAGGI



FEDERICA FALCONI*

**LA SCELTA DEL DIRITTO APPLICABILE AI REGIMI PATRIMONIALI
TRA CONIUGI NELLA DISCIPLINA DI DIRITTO INTERNAZIONALE PRIVATO UNIFORME
DI CUI AL REGOLAMENTO (UE) 2016/1103****

**THE CHOICE OF LAW APPLICABLE TO MATRIMONIAL PROPERTY REGIMES
IN THE UNIFORM PRIVATE INTERNATIONAL LAW REGULATION (EU) 2016/1103**

ABSTRACT: Il contributo offre un'illustrazione essenziale della disciplina di conflitto uniforme posta, attraverso lo strumento della cooperazione rafforzata, dal regolamento (UE) 2016/1103 in materia di regimi patrimoniali tra coniugi, focalizzando l'attenzione sulla facoltà conferita ai coniugi di designare di comune accordo la legge applicabile. Poste le necessarie premesse in ordine all'ambito di applicazione materiale del regolamento, con riguardo partitamente alla nozione autonoma di regimi patrimoniali e alla questione, sempre più attuale e dibattuta, del riconoscimento dei matrimoni tra persone dello stesso sesso, l'analisi della disciplina uniforme è condotta evidenziandone i più rilevanti apporti innovativi che ne sono derivati rispetto alla disciplina di conflitto interna di cui all'art. 30 della l. n. 218/1995, relegata a trovare spazio solo in via residuale, dando conto altresì di alcuni aspetti che nella dimensione applicativa potrebbero generare incertezze.

ABSTRACT: The contribution provides an overview of the uniform conflict-of-laws rules laid down by Regulation (EU) 2016/1103 implementing enhanced cooperation in the area of jurisdiction, applicable law and the recognition and enforcement of decisions in matters of matrimonial property regimes. Some preliminary remarks are made concerning the substantial scope of application the Regulation, with particular regard to the autonomous concept of matrimonial property regimes and the increasingly debated issue of the recognition of same-sex marriages. The attention is then focused on the choice of law agreement by spouses as provided by Article 22 looking at the most significant innovations brought by the Regulation with respect to the Italian conflict-of-laws rules set forth in Article 30 of Law No. 218/1995, which are still relevant albeit on a residual basis, while pointing out certain aspects that may cause uncertainty in practice.

SOMMARIO: 1. L'uniformazione delle norme di conflitto in tema di regimi patrimoniali tra coniugi attraverso l'istituzione di una cooperazione rafforzata. – 2. La nozione autonoma di regimi patrimoniali tra coniugi e il richiamo al diritto nazionale in relazione alla nozione di matrimonio. – 3. La scelta da parte dei coniugi della legge applicabile ai regimi patrimoniali (art. 22, reg. (UE) 2016/1103): disciplina e inquadramento. – 4. La scelta della legge applicabile tra cittadinanza e residenza abituale e i margini per realizzare un coordinamento con gli altri regolamenti adottati in materia di diritto di famiglia. – 5. La validità formale e sostanziale dell'accordo di scelta della legge applicabile. – 6. Optio legis e convenzioni matrimoniali tra autonomia internazionalprivatistica e autonomia negoziale. – 7. La disciplina prevista per le ipotesi di mancata scelta (art. 26, reg. (UE) 2016/1103). – 8. Rilievi conclusivi.

* Professoressa associata di Diritto internazionale – Università degli Studi di Pavia.

** Contributo sottoposto a revisione.



1. L'uniformazione delle norme di conflitto in tema di regimi patrimoniali tra coniugi attraverso l'istituzione di una cooperazione rafforzata

L'adozione in data 24 giugno 2016 dei regolamenti (UE) 2016/1103 e 2016/1104, che istituiscono una cooperazione rafforzata rispettivamente in materia di regimi patrimoniali tra coniugi e di effetti patrimoniali delle unioni registrate¹, ha aggiunto un tassello di grande rilievo ai fini del progressivo consolidamento di uno spazio di libertà, sicurezza e giustizia nel quale sia garantita la libera circolazione delle persone². I regolamenti “gemelli”³ mirano attraverso la definizione di una disciplina internazionalprivatistica uniforme – nella quale sono ricompresi i profili dell'individuazione del giudice competente, della determinazione della legge applicabile, nonché della circolazione transfrontaliera delle decisioni – a semplificare la vita delle coppie internazionali e ciò indipendentemente dal fatto che sia stato concluso un matrimonio ovvero un'unione registrata onde scongiurare discriminazioni fondate sull'orientamento sessuale⁴.

Tale obiettivo è perseguito, focalizzando qui l'attenzione sulla disciplina relativa ai regimi patrimoniali tra coniugi, sia in relazione alla gestione quotidiana del patrimonio durante il matrimonio, sia in relazione al momento dello scioglimento del vincolo matrimoniale per effetto del divorzio o del decesso di uno dei coniugi allorché si pone la necessità di procedere alla ripartizione dei beni della coppia⁵, nell'ottica di arginare le difficoltà correlate all'eterogeneità delle discipline normative dei vari Stati membri in materia di regimi patrimoniali tra coniugi in prima battuta sul piano del diritto materiale⁶,

¹ Regolamento (UE) 2016/1103 del Consiglio del 24 giugno 2016 che attua la cooperazione rafforzata nel settore della competenza, della legge applicabile, del riconoscimento e dell'esecuzione delle decisioni in materia di regimi patrimoniali tra coniugi, in GUUE L 183 dell'8 luglio 2016, 1 ss.; reg. (UE) 2016/1104 del Consiglio del 24 giugno 2016 che attua la cooperazione rafforzata nel settore della competenza, della legge applicabile, del riconoscimento e dell'esecuzione delle decisioni in materia di effetti patrimoniali delle unioni registrate, in GUUE L 183 dell'8 luglio 2016, 30 ss.

² Le competenze dell'Unione europea in materia di cooperazione giudiziaria in materia civile, e tra queste quelle relative al diritto di famiglia con implicazioni transnazionali, sono previste dall'art. 81 del Trattato sul funzionamento dell'Unione europea (in seguito TFUE) nell'ambito della creazione dello spazio di libertà, sicurezza e giustizia, di cui al titolo V, il quale figura tra le competenze concorrenti tra l'Unione europea e gli Stati Membri (art. 4, lett. j), TFUE). Tali misure comprendono segnatamente la promozione della compatibilità delle regole applicabili negli Stati membri ai conflitti di leggi e di giurisdizione (art. 81, par. 2, lett. c) TFUE), in un'ottica funzionale a garantire la libera circolazione delle persone e ad agevolare l'accesso alla giustizia nelle situazioni transfrontaliere, in particolare attraverso il principio del riconoscimento reciproco delle decisioni giudiziarie ed extragiudiziali in materia civile (art. 67 TFUE). Non vi è invece alcuna attribuzione di competenza a favore dell'Unione sul piano del diritto sostanziale delle relazioni familiari, strettamente legato all'identità nazionale di ciascuno Stato membro. Per un inquadramento, v. M. C. BARUFFI, *Le competenze dell'Unione europea in materia di diritto di famiglia*, in *Riv. ALAF*, 2022, 280 ss. Sulla progressiva espansione dell'intervento dell'Unione europea in materia di diritto di famiglia, v. L. CARPANETO, F. PESCE, I. QUEIROLO, *La famiglia nell'azione della comunità e dell'Unione europea: la progressiva “erosione” della sovranità statale*, in L. CARPANETO, F. PESCE, I. QUEIROLO, *La famiglia in movimento nello spazio europeo di libertà e giustizia*, Giappichelli, 2019, 3 ss.; I. QUEIROLO, *Profili di diritto europeo*, in S. PATTI, *Il nuovo diritto di famiglia*, Giappichelli, 2025, 35 ss.

³ Per tale espressione, v. N. JOUBERT, *La dernière pierre (provisoire?) à l'édifice du droit international privé européen en matière familiale. Les règlements du 24 juin 2016 sur les régimes matrimoniaux et les effets patrimoniaux des partenariats enregistrés*, in *Rev. Crit. DIP*, 1 ss., 3. I regolamenti condividono la medesima struttura, con una numerazione degli articoli tendenzialmente coincidente; anche nel merito le soluzioni normative risultano in larga misura analoghe, con le sole eccezioni giustificate dal fatto che l'istituto delle unioni registrate risulta non soltanto ancora sconosciuto in alcuni Stati, ma anche differenziato sotto vari aspetti nei suoi contenuti.

⁴ Viene in rilievo segnatamente l'art. 21, par. 1, della Carta dei diritti fondamentali dell'Unione europea, che, riprendendo la formulazione aperta di cui all'art. 14 della Convenzione europea per la salvaguardia dei diritti e delle libertà fondamentali, stabilisce il divieto di discriminazione includendo puntualmente tra le caratteristiche protette l'orientamento sessuale.

⁵ Cfr. il considerando n. 8 del reg. (UE) 2016/1103 e il considerando n. 16 del reg. (UE) 2016/1104.

⁶ Mentre la nozione di “regime patrimoniale della famiglia” è estranea ai sistemi giuridici di *common law*, nella maggior parte degli ordinamenti degli Stati europei si distingue tra un regime legale, predefinito dalla legge e applicabile in mancanza di diversa pattuizione, e regimi convenzionali, che lasciano ampio spazio all'autonomia sostanziale dei coniugi. Per un quadro comparatistico, v. A. FUSARO, *I rapporti patrimoniali tra coniugi in prospettiva comparatistica*, in G. ALPA – G. CAPILLI



ma anche, in misura significativa, sul piano del diritto internazionale privato ⁷.

Questo risultato lungamente atteso ha dovuto tuttavia fare i conti con l'impossibilità di raggiungere in seno al Consiglio l'unanimità richiesta dall'art. 81, par. 3, TFUE per le misure relative al diritto di famiglia aventi implicazioni transnazionali ⁸, ed è stato pertanto conseguito ripiegando sullo strumento della cooperazione rafforzata, che, come noto, imprime una deviazione rispetto al carattere uniforme del processo di integrazione europea ⁹. Le proposte presentate dalla Commissione nel 2011 ¹⁰ si erano infatti scontrate con le resistenze di alcuni Stati – in particolare Polonia e Ungheria – che paventavano un'erosione delle proprie prerogative sovrane in relazione alla disciplina materiale del diritto di famiglia, nonostante il testo delle proposte, come pure quello definitivo dei regolamenti odierni, escludesse espressamente tale incidenza ¹¹.

L'uniformazione delle norme di diritto internazionale privato in questa materia può dunque dirsi pertanto compiuta soltanto in misura parziale: i regolamenti approvati nel 2016, infatti, producono effetti vincolanti esclusivamente nei confronti degli Stati membri che hanno scelto di partecipare alla cooperazione rafforzata, attualmente pari a diciotto ¹². Per gli Stati non partecipanti, invece, restano intatte le

(a cura di), *Diritto privato europeo*, Giuffrè, 2006, 485 ss.; S. PATTI, *I rapporti patrimoniali tra coniugi. Modelli europei a confronto*, in G. FERRANDO (dir.), *Il nuovo diritto di famiglia*, vol. II, Zanichelli, 2008, 229 ss.; G. OBERTO, *La comunione legale nei suoi profili di diritto comparato, internazionale ed europeo*, in *Dir. fam. pers.*, 2008, 267 ss.; S. PATTI, *I regimi patrimoniali tra legge e contratto*, in S. PATTI – M. G. CUBEDDU (a cura di), *Introduzione al diritto della famiglia in Europa*, Giuffrè, 2008, 191 ss.

⁷ Si veda al riguardo lo studio stilato per conto della Commissione europea dal consorzio temporaneo Asser-UCL, *Etude sur les régimes matrimoniaux des couples mariés et sur le patrimoine des couples non mariés dans le droit international privé et dans le droit interne des états membres de l'Union, offre n° JAI/A3/2001/03*, www.asser.nl. Cfr. la Relazione della Commissione sulla cittadinanza dell'Unione, 2010, *Eliminare gli ostacoli all'esercizio dei diritti dell'Unione*, del 27 ottobre 2010, COM (2010) 603 def., par. 2.1.1., e la comunicazione della Commissione al Consiglio, al Parlamento europeo, al Comitato economico e sociale e al Comitato delle regioni, *Eliminare le incertezze legate ai diritti patrimoniali delle coppie internazionali*, del 16 marzo 2011, COM (2011) 125 def. Per ulteriori riferimenti, v. S. BARIATTI – I. VIARENGO, *I rapporti patrimoniali tra coniugi nel diritto internazionale privato comunitario*, in *Riv. dir. priv. proc.*, 2007, 603 ss.

⁸ In merito alla procedura legislativa speciale di cui all'art. 81, par. 3, TFUE, v. R. BARATTA, *Art. 81*, in A. TIZZANO (a cura di), *Trattati dell'Unione europea*, 2^a ed., Giuffrè 2014, 859 ss.

⁹ Cfr. art. 20 TUE; artt. 326-334 TFUE. Sulle due proposte di regolamento COM(2016) 106 def. e COM(2016) 107 def. e sulla proposta di decisione del Consiglio del 2 marzo 2016 che autorizza una cooperazione rafforzata nel settore della competenza, della legge applicabile, del riconoscimento e dell'esecuzione delle decisioni in materia di regimi patrimoniali delle coppie internazionali, con riferimento ai regimi patrimoniali tra coniugi e agli effetti patrimoniali delle unioni registrate, COM (2016) 108 def., v. I. VIARENGO, *Sulla disciplina degli obblighi alimentari nella famiglia e dei rapporti patrimoniali tra coniugi*, in *Riv. dir. int. priv. proc.*, 2015, 823 ss. Per alcune riflessioni in merito all'opportunità di ricorrere allo strumento della cooperazione rafforzata in questa materia, v. F. POCAR, *The European Harmonization of Conflict of Laws Rules on Divorce and Legal Separation: Is Enhanced Co-operation a Correct Approach?*, in *Intern. Family Law*, 2012, 24 ss.; O. FERACI, *Sul ricorso alla cooperazione rafforzata in tema di rapporti patrimoniali fra coniugi e fra parti di unioni registrate*, in *Riv. dir. int.*, 2016, 529 ss. Più in generale, riguardo alle caratteristiche e alle implicazioni di tale strumento, v. A. CANNONE, *Le cooperazioni rafforzate. Contributo allo studio dell'integrazione differenziata*, Cacucci, 2005.

¹⁰ Cfr. rispettivamente COM(2011) 126 def. e COM(2011) 127 def. Per un commento, v. I. VIARENGO, *The EU Proposal on matrimonial Property Regimes*, in *Yearb. Priv. Int. Law*, 2011, 199 ss.

¹¹ Sull'infondatezza di siffatto timore, v. P. LAGARDE, *Règlements 2016/1103 et 1104 du 24 juin 2016 sur les régimes matrimoniaux et sur le régime patrimonial des partenariats enregistrés*, in *Riv. dir. int. priv. proc.*, 2016, 676 ss. L'armonizzazione del diritto internazionale privato della famiglia è invero intesa a garantire l'effettività dei diritti nell'ambito dello spazio di libertà, sicurezza e giustizia senza che si renda necessario includere disposizioni uniformi di diritto sostanziale se non come "misure di accompagnamento", e dunque in via meramente eventuale e sussidiaria: così, espressamente, il *Programma dell'Aja: rafforzamento della libertà, della sicurezza e della giustizia nell'Unione europea* (2005/C 53/01), adottato dal Consiglio europeo riunitosi a Bruxelles il 4 e 5 novembre 2004, in GUUE C 53 del 3 marzo 2005, 1 ss., par. 3.4.2.

¹² Gli Stati membri che partecipano alla cooperazione rafforzata istituita dai regolamenti (UE) 2016/1103 e 2016/1104 sono i seguenti: Austria, Belgio, Bulgaria, Cipro, Croazia, Finlandia, Francia, Germania, Grecia, Italia, Lussemburgo, Malta, Paesi Bassi, Portogallo, Repubblica Ceca, Slovenia, Spagna, Svezia. Si veda al riguardo la decisione (UE) n. 2016/954 del Consiglio,



soluzioni internazionalprivatistiche accolte sul piano interno, ferma restando la possibilità di aderire in futuro alla cooperazione rafforzata¹³.

Il ripiegamento sulla cooperazione rafforzata si era già reso necessario nel settore contiguo della legge applicabile al divorzio e alla separazione personale, con l'approvazione del regolamento (UE) n. 1259/2010 (c.d. "Roma III"), ad oggi vincolante per diciassette Stati¹⁴. È ben noto, d'altro canto, quanto profondamente incidano sulla fisionomia del diritto di famiglia le tradizioni culturali e sociali proprie dei singoli contesti ordinamentali¹⁵. L'impossibilità di pervenire all'unanimità tra gli Stati membri in relazione ai regolamenti gemelli è legata peraltro alla complessità specificamente inerente alla regolamentazione giuridica dei rapporti patrimoniali tra coniugi, che, invero, aveva determinato lo scarso seguito ottenuto dalla disciplina di diritto internazionale privato uniforme di fonte pattizia di cui alla Convenzione dell'Aja del 14 marzo 1978 sulla legge applicabile ai regimi patrimoniali tra coniugi¹⁶.

A questo primo ordine di difficoltà, si sono poi sommate le attitudini di stampo conservatore di alcuni Stati membri riguardo alle unioni omoaffettive, che, di fatto, ostacolano la futura adesione da parte di tali Stati alla cooperazione rafforzata istituita in questa materia. Mette conto di rilevare, tuttavia, che ove manchi qualsiasi forma di riconoscimento giuridico alle unioni affettive *same-sex* si profila una violazione del diritto al rispetto della vita familiare garantito dall'art. 8 CEDU¹⁷. A più riprese, infatti, la Corte europea dei diritti umani ha avuto modo di affermare che gli Stati possono liberamente decidere di riservare l'istituto del matrimonio alle sole coppie eterosessuali, mentre non possono non istituire nei confronti delle coppie *same-sex* forme di riconoscimento giuridico analoghe senza incorrere in una violazione degli obblighi positivi che discendono dall'art. 8 CEDU per assicurare il godimento effettivo del diritto al rispetto della vita familiare¹⁸. L'incompatibilità con i richiamati obblighi derivante dalla mancanza di un quadro giuridico atto a garantire a favore delle coppie dello stesso sesso una forma di riconoscimento giuridico equiparabile al matrimonio è stata accertata dai giudici di Strasburgo nel caso

del 9 giugno 2016, in G.U.U.E L 159 del 16 giugno 2016, 16 ss., che autorizza una cooperazione rafforzata nel settore della competenza, della legge applicabile, del riconoscimento e dell'esecuzione delle decisioni in materia di regimi patrimoniali delle coppie internazionali, con riferimento ai regimi patrimoniali tra coniugi e agli effetti patrimoniali delle unioni registrate.

¹³ Cfr. art. 20, par. 4, TUE; art. 331, par. 2, TFUE.

¹⁴ Reg. (UE) n. 1259/2010 del Consiglio del 20 dicembre 2010 relativo all'attuazione di una cooperazione rafforzata nel settore della legge applicabile al divorzio e alla separazione personale, in GUUE L 343 del 29.12.2010, 10 ss. Tra i numerosi commenti, v. in particolare M. C. BARUFFI, *Il regolamento sulla legge applicabile ai "divorzi europei"*, in *Dir. Unione eur.*, 2011, 867 ss.; P. FRANZINA (a cura di), *Regolamento (UE) n. 1259/2010 del Consiglio del 20 dicembre 2010 relativo all'attuazione di una cooperazione rafforzata nel settore della legge applicabile al divorzio e alla separazione personale. Commentario*, in *Nuove leggi civ.*, 2011, 1435 ss.

¹⁵ In tal senso v. L. GAROFALO, *I rapporti patrimoniali tra coniugi nel diritto internazionale privato*, Cacucci, 1987, 6.

¹⁶ La Convenzione, entrata in vigore il 1° gennaio 1992 tra soli tre Stati (Francia, Lussemburgo e Paesi Bassi), deve oggi ritenersi superata. Infatti, ai sensi dell'art. 62, par. 2, il regolamento prevale sulle convenzioni concluse tra gli Stati membri ove dette convenzioni riguardino le materie dallo stesso disciplinate. Quanto alla Convenzione dell'Aja concernente i conflitti di leggi in materia di effetti del matrimonio sui diritti e doveri dei coniugi nei loro rapporti personali e patrimoniali, del 17 luglio 1905, essa prevedeva norme incentrate sulla legge nazionale del marito in violazione del principio di uguaglianza tra coniugi ed è stata quindi progressivamente denunciata dagli Stati che l'avevano ratificata. Formalmente, questa più risalente convenzione è ancora in vigore per Italia nei rapporti con Romania e Portogallo: potrebbe dunque porsi in linea teorica la questione di legittimità costituzionale della L. 27 giugno 1909, n. 640, con cui è stata ratificata la Convenzione, per le stesse ragioni che hanno condotto alla declaratoria di illegittimità costituzionale dell'art. 19 disp. prel. cod. civ. (Corte Cost., 4 luglio 2006, n. 254, in *Giur. it.*, 2007, 243,2, con nota di V. ATRIPALDI): sul punto, v. A. ZANOBETTI, *Il regime patrimoniale della famiglia nel diritto internazionale privato*, in F. ANELLI, M. SESTA, *Regime patrimoniale della famiglia*, 2ª ed., *Trattato di diritto di famiglia diretto da Paolo Zatti*, vol. III, Giuffrè, 2012, 29 ss., 30. Il testo delle convenzioni è reperibile sul sito www.hcch.net/.

¹⁷ Si veda inoltre la corrispondente previsione di cui all'art. 7 della Carta dei diritti fondamentali UE.

¹⁸ CEDU, 24 giugno 2010, *Schalk e Kopf c. Austria*, ric. n. 30141/04, par. 94.



*Oliari et al. c. Italia*¹⁹ e successivamente sanata con l'introduzione dell'istituto delle unioni civili ad opera della l. 20 maggio 2016, n. 76, (c.d. "legge Cirinnà")²⁰. Per contro, la situazione resta critica in alcuni Stati, come la Polonia, dove continua a mancare qualsivoglia forma di riconoscimento giuridico per le unioni affettive *same-sex*²¹.

Con questo contributo si intende tratteggiare la disciplina dettata dal regolamento (UE) 2016/1103 in punto di scelta del diritto applicabile da parte dei coniugi, operando alcuni rapidi cenni a quella parallela di cui al regolamento (UE) 2016/1104 quanto agli effetti patrimoniali delle unioni registrate. A distanza di oltre cinque anni dall'applicazione dei due regolamenti, tale disciplina si appresta invero ad acquisire rilievo crescente nella dimensione applicativa a fronte dell'incremento dei rapporti familiari aventi implicazioni transnazionali e dell'ampiezza con cui si ricostruisce la portata di tale locuzione. Oltre alle situazioni in cui si tratta di coppie composte da cittadini di Stati diversi, sono infatti ricomprese anche situazioni che riguardano coppie aventi la medesima nazionalità che spostino la residenza abituale in uno Stato diverso da quello di cui entrambi sono cittadini ovvero che possiedano beni localizzati in Stati diversi²². Non saranno, invece, oggetto di trattazione i profili riguardanti l'individuazione del giudice competente, tra quelli degli Stati partecipanti, a pronunciarsi sulla controversia, e la circolazione delle decisioni, sebbene anch'essi, come rilevato, formino oggetto di regolamentazione integrata nella medesima cornice normativa²³.

¹⁹ CEDU, 21 luglio 2015, ricorsi n. 18766/11 e n. 36030/811, *Oliari et al. c. Italia*, par. 185. Tra i numerosi commenti, v. D. RUDAN, *L'obbligo di disporre il riconoscimento giuridico delle coppie dello stesso sesso: il caso Oliari e altri c. Italia*, in *Riv. dir. int.*, 2016, 190 ss.; F. PESCE, *La tutela europea dei diritti fondamentali in materia familiare: recenti sviluppi*, in *Dir. umani dir. int.*, 2016, 10 ss.; M. WINKLER, *Il piombo e l'oro: riflessioni sul caso Oliari c. Italia*, in *Genius*, 2016, 46 ss. La necessità di predisporre, in sede legislativa, forme di garanzia e riconoscimento adeguate al fine di assicurare alle persone omosessuali il diritto inviolabile, protetto dall'art. 2 Cost., a vivere liberamente la propria condizione di coppia era peraltro già stata posta in rilievo dalla Corte costituzionale, in primo luogo con la sentenza del 15 aprile 2010, n. 138, in *Giur. it.*, 2011, 537 ss., con nota di P. BIANCHI, e in seguito con la sentenza dell'11 giugno 2014, n. 170, in *Nuova giur. civ.*, 2014, 1139 ss., con nota di A. LORENZETTI e A. SCHUSTER. Analogamente, cfr. Cass. civ., sez. I, 15 marzo 2012, n. 4184, cit.; Cass. civ., sez. I, 9 febbraio 2015, n. 2400, in *Nuova giur. civ.*, 2015, 649 ss., con nota di T. AULETTA. Per approfondire il tema della tutela dell'orientamento sessuale nella prospettiva del diritto internazionale dei diritti umani, v. M. C. VITUCCI, *La tutela internazionale dell'orientamento sessuale*, *Jovene*, 2012, 89 ss.; ID., *La tutela internazionale dell'orientamento sessuale tra divieto di discriminazione e dignità umana*, in G. CATALDI (a cura di), *I diritti umani a settant'anni dalla Dichiarazione universale delle Nazioni Unite*, t. 1, Editoriale Scientifica, 2019, 55 ss.

²⁰ L. 20 maggio 2016, n. 76, *Regolamentazione delle unioni civili tra persone dello stesso sesso e disciplina delle convivenze*, in G.U. n. 118 del 21 maggio 2016. Tra i primi commenti, con speciale riguardo ai profili internazionalprivatistici, v. I. VIARENDO, *"Coppie internazionali" e legge italiana sulle unioni civili tra persone dello stesso sesso*, in *Not. Politeia*, 2016, 54 ss. Per una trattazione organica, v. G. FERRANDO, M. FORTINO, F. RUSCELLO (a cura di), *Legami di coppia e modelli familiari, I, Trattato di diritto di famiglia. Le riforme*, diretto da P. Zatti, Giuffrè, 2019, 3 ss.; N. LIPARI, S. PATTI, *La famiglia non fondata sul matrimonio*, Giuffrè, 2024.

²¹ CEDU: 12 dicembre 2023, ric. n. 11454/17 e altri 9, *Przybyszewska et al. c. Polonia*; 19 settembre 2024, *Formela et al. c. Polonia*, ric. 58828/12 e altri 4; 27 febbraio 2025, *Szypula et al. c. Polonia*, ricorsi n. 78030/14 e n. 23669/16; 24 aprile 2025, *Andersen c. Polonia*, ric. 53662/20. V. anche CEDU: 23 maggio 2023, *Buhuceanu et al. c. Romania*, ric. n. 20081/19 e altri 20; 5 settembre 2023, *Koilova e Babulkova c. Bulgaria*, ric. 40209/20.

²² Sul punto v. il *Libro Verde sul conflitto di leggi in materia di regime patrimoniale dei coniugi, compreso il problema della competenza giurisdizionale e del riconoscimento reciproco*, del 17 luglio 2006, COM (2006) 400 def.

²³ Limitandoci qui ad evidenziare alcune linee essenziali, la disciplina uniforme favorisce la concentrazione della competenza giurisdizionale in capo al giudice nazionale che sia eventualmente investito delle questioni relative alla successione del coniuge superstite oppure in alternativa delle questioni relative al divorzio (o alla separazione), individuato rispettivamente secondo i criteri previsti dal reg. (UE) n. 650/2012 del Parlamento europeo e del Consiglio del 4 luglio 2012 relativo alla competenza, alla legge applicabile, al riconoscimento e all'esecuzione delle decisioni e all'accettazione e all'esecuzione degli atti pubblici in materia di successioni e alla creazione di un certificato successorio europeo, e dal reg. (UE) 2019/1111 del Consiglio del 25 giugno 2019 relativo alla competenza, al riconoscimento e all'esecuzione delle decisioni in materia



In vigore dal 29 luglio 2016, i regolamenti si applicano ai procedimenti avviati, agli atti pubblici formalmente redatti o registrati e alle transizioni giudiziarie approvate o concluse dopo il 29 gennaio 2019. Per quanto riguarda più specificamente le disposizioni sulla legge applicabile, di cui agli artt. 20 ss. del capo III, queste si applicano in primo luogo se i coniugi o i *partner* hanno celebrato il matrimonio, o concluso l'unione, dopo il 29 gennaio 2019, ma al contempo anche nel caso in cui i coniugi abbiano esercitato l'*optio legis* dopo tale data²⁴. Quest'ultima previsione si prospetta particolarmente rilevante in quanto la scelta da parte dei coniugi del diritto applicabile in un momento successivo alla data di applicazione dei regolamenti attrae il rapporto nell'alveo degli stessi.

Per l'Italia, ciò comporta che la disciplina dettata dall'art. 30 della l. 31 maggio 1995 n. 218,²⁵ cede il passo alla disciplina uniforme di cui al regolamento (UE) 2016/1103 in virtù del primato del diritto dell'Unione europea rispetto al diritto nazionale, con la precisazione che la prevalenza della fonte europea, accompagnata dal relativo effetto di sostituzione sulla fonte interna, si esplica integralmente poiché il regolamento ha carattere universale²⁶. Lo stesso è a dirsi per la disciplina di conflitto relativa agli effetti patrimoniali delle unioni registrate di cui all'art. 32-ter, comma 4, della l. n. 218/1995, introdotto dal d.lgs. 19 gennaio 2017, n. 7, in attuazione della delega conferita al governo per la modifica e il riordino delle norme di diritto internazionale privato per la regolamentazione delle unioni civili ai sensi dell'art. 1, comma 28, lett. b), della già richiamata legge Cirinnà²⁷.

matrimoniale e in materia di responsabilità genitoriale, e alla sottrazione internazionale di minori (c.d. "Bruxelles II-ter"), che a far data dal 1° agosto 2022 ha sostituito il precedente reg. (CE) n. 2201/2003 (c.d. "Bruxelles II-bis"). Quanto alla circolazione transfrontaliera delle decisioni e degli atti pubblici, i regolamenti accolgono il principio del riconoscimento automatico negli Stati partecipanti alla cooperazione rafforzata, affiancato da una procedura di esecuzione da contenuti e modalità semplificati rispetto alle previsioni di diritto interno. Per approfondire questi aspetti, v. S. MARINO, *I rapporti patrimoniali della famiglia nella cooperazione giudiziaria civile dell'Unione europea*, Giuffrè, 2019; I. VIARENGO – P. FRANZINA (eds.), *The EU Regulations on the Property Regimes of International Couples. A Commentary*, Edward Elgar, 2020; A. BONOMI, P. WAUTELET (a cura di), *Les droit européen des relations patrimoniales de couple. Commentaire des Règlements 2016/1103 et 2016/1104*, Bruylant, 2021. Con speciale riguardo alla competenza giurisdizionale, v. anche P. FRANZINA, *Jurisdiction in matters relating to property regimes under EU private international law*, in *Yearb. Priv. Int. Law*, 2017/2018, 159 ss.; C. RICCI, *Giurisdizione in materia di rapporti patrimoniali tra coniugi nello spazio giudiziario europeo*, Cedam, 2020.

²⁴ Art. 69, par. 3. In merito al riconoscimento delle decisioni, il par. 2 della medesima disposizione prevede che se il procedimento nello Stato membro d'origine è stato avviato anteriormente al 29 gennaio 2019, le decisioni assunte dopo tale data sono riconosciute ed eseguite secondo le disposizioni del capo IV se le norme sulla competenza applicate sono conformi a quelle stabilite dalle disposizioni del capo II.

²⁵ L. 31 maggio 1995 n. 218, "Riforma del sistema italiano di diritto internazionale privato", in G.U. n. 128 del 3 giugno 1995 – Suppl. ord. n. 68. Riguardo all'art. 30 L. n. 218/1995, e alla sua primaria ispirazione, imposta dalla necessità di allineare la disciplina internazionalprivatistica al principio costituzionale di eguaglianza morale e giuridica dei coniugi sancito dall'art. 29, 2° comma, Cost., v. U. VILLANI, *I rapporti patrimoniali tra coniugi nel nuovo diritto internazionale privato*, in *Giust. civ.*, 1996, II, 445 ss., spec. 447 ss.; F. PARENTE, *I rapporti patrimoniali tra coniugi e il regime normativo dell'accordo di "scelta" della legge applicabile*, in *Studi in onore di Vincenzo Starace*, II, Editoriale Scientifica, 2008, 1557 ss., 1562 s. e bibliografia ivi citata; I. VIARENGO, *Art. 30*, in F. PREITE – A. GAZZANTI PUGLIESE DI CROTONE (a cura di), *Atti Notarili. Diritto comunitario e internazionale. Vol. 1, Diritto internazionale privato*, Utet, 2011, 789 ss.

²⁶ In merito a tale carattere, v. *infra*, paragrafo 3. Qui occorre aggiungere, per completezza, che la disciplina dettata dal reg. (UE) 2016/1103 rispettivamente al capo II e al capo IV, prevale sui titoli di giurisdizione generali di cui all'art. 3 l. n. 218/1995 e sulla disciplina in tema di riconoscimento di sentenze e provvedimenti stranieri di cui agli artt. 64-65 l. n. 218/1995. Quest'ultima conserva rilievo ove si tratti di sentenze e provvedimenti che non promanino dalle autorità giurisdizionali di Stati membri partecipanti alla cooperazione rafforzata.

²⁷ G.U. n. 118 del 21 maggio 2016. Sotto la rubrica "unione civile tra persone maggiorenni dello stesso sesso", l'art. 32-ter l. n. 218/1995 prevede, al comma 4, che i rapporti personali e patrimoniali tra le parti siano sottoposti in linea di principio alla legge dello Stato davanti alle cui autorità l'unione è stata costituita. Per mitigare gli inconvenienti insiti nell'immutabilità di tale criterio, la disposizione citata ammette che, su richiesta di uno dei *partner*, il giudice possa disporre l'applicazione della legge dello Stato di prevalente localizzazione della vita comune. Resta salva la possibilità per i *partner* di convenire per iscritto



Nondimeno, le norme di diritto internazionale privato interne conservano rilievo, in via residuale, in tutti i casi che non rientrino *ratione temporis* nell'ambito di applicazione della disciplina uniforme europea. Gli operatori giuridici interni sono quindi chiamati a confrontarsi con norme appartenenti a due distinti ordini normativi in funzione della collocazione temporale della singola fattispecie in esame avendo riguardo al momento celebrazione del matrimonio oppure in alternativa al momento in cui viene effettuata l'*optio legis*. Sotto tale profilo, la prassi italiana relativa al regolamento Roma III in materia di legge applicabile al divorzio e alla separazione personale ha già fatto emergere alcune incertezze²⁸, che, almeno in parte, potrebbero riproporsi in materia di legge applicabile ai regimi patrimoniali alla luce del portato sotto diversi aspetti innovativo della nuova disciplina uniforme: ciò specialmente per quanto riguarda le ipotesi in cui i coniugi non si siano avvalsi della facoltà di scegliere la legge regolatrice nei termini previsti dall'art. 22, con la conseguente applicazione dei criteri oggettivi stabiliti dall'art. 26. Allo stato, tuttavia, non risultano ancora pubblicate sentenze che consentano di ricostruire con uno sguardo di insieme la prassi pertinente e di avviare un'analisi sistematica²⁹.

2. La nozione autonoma di regimi patrimoniali tra coniugi e il richiamo al diritto nazionale in relazione alla nozione di matrimonio

Risulta necessario fermare l'attenzione preliminarmente sull'ambito di applicazione materiale del regolamento (UE) 2016/1103. In base all'art. 1, par. 1, “[i]l regolamento si applica ai regimi patrimoniali tra coniugi”, aventi implicazioni internazionali³⁰, ad esclusione in particolare delle obbligazioni alimentari (art. 1, par. 2, lett. c))³¹. Queste ultime, come noto, costituiscono oggetto di una disciplina di

che i loro rapporti patrimoniali siano regolati dalla legge dello Stato di cui almeno uno di essi è cittadino o nel quale almeno uno di essi risiede. Per un quadro esaustivo della disciplina delle unioni civili nel diritto internazionale privato v. S. BARIATTI, *Unioni civili (Diritto internazionale privato)*, in *Enc. Dir., I tematici, IV, Famiglia*, diretto da F. Macario, Giuffrè, 2022, 1364 ss.

²⁸ È accaduto infatti che i coniugi avessero invocato l'applicazione della legge nazionale comune sulla base del convincimento erroneo che risultasse ancora applicabile l'art. 31 l. n. 218/1995, nella sua originaria formulazione, e che non fosse, di conseguenza, ammessa la facoltà di scegliere la legge regolatrice introdotta dall'art. 5 del reg. (UE) n. 1259/2010: sul punto, v. F. FALCONI, *Divorzio cross-border: alcune riflessioni in tema di optio legis*, in questa *Rivista*, 2018, 609 ss. L'attuale art. 31 l. n. 218/1995, così come modificato dal d.lgs. 10 ottobre 2022, n. 149, provvede a fare chiarezza, seppur con una disposizione tecnicamente ridondante: si prevede infatti che “[l]a separazione personale e lo scioglimento del matrimonio sono regolati dalla legge designata dal regolamento n. 2010/1259/UE del Consiglio del 20 dicembre 2010 relativo ad una cooperazione rafforzata nel settore della legge applicabile al divorzio e alla separazione personale, e successive modificazioni. 2. Le parti possono designare di comune accordo la legge applicabile, ai sensi dell'articolo 5 del regolamento, mediante scrittura privata. La designazione può avvenire anche nel corso del procedimento, sino alla conclusione dell'udienza di prima comparizione delle parti, anche con dichiarazione resa a verbale dai coniugi, personalmente o a mezzo di un procuratore speciale.”

²⁹ V. sul punto i rilievi di D. ABRAM, G. CASTELLETTI, *I Regolamenti (UE) 2016/1103-2016/1104: alcuni aspetti dei rapporti patrimoniali nelle relazioni affettive transnazionali*, in *Riv. ALAF*, 2022, 361 s. Per ricostruire invece le linee emerse nella prassi in relazione agli altri regolamenti adottati dall'Unione europea in materia di diritto di famiglia, v. S. BARIATTI – I. VIARENGO – F. C. VILLATA (a cura di), *La giurisprudenza italiana sui regolamenti europei in materia civile e commerciale e di famiglia*, Cedam, 2016, 397 ss.; D. DANIELI – C. PERARO, *The Application of the EU Fam's Regulations in Italy*, in I. VIARENGO – F. C. VILLATA, *Planning the Future of Cross Border Families. A Path Through Coordination*, Hart Publishing, 2020, 501 ss.

³⁰ Il riferimento alla sussistenza di “implicazioni transnazionali”, di cui all'art. 81, par. 3, TFUE, è insolitamente omissivo nella parte dispositiva del regolamento: vi è fatto cenno unicamente nel Preambolo, al considerando n. 14.

³¹ Si riporta di seguito l'elenco completo delle materie escluse di cui all'art. 1, par. 2: a) la capacità giuridica dei coniugi; b) l'esistenza, la validità e il riconoscimento di un matrimonio; c) le obbligazioni alimentari; d) la successione a causa di morte del coniuge; e) la sicurezza sociale; f) il diritto di trasferimento o adeguamento tra coniugi, in caso di divorzio, separazione



conflitto *ad hoc* nell'ambito del regolamento (CE) n. 4/2009³², in quanto, sebbene caratterizzate anch'esse da un contenuto patrimoniale, sono contraddistinte dalla diversa finalità di provvedere al sostentamento del coniuge bisognoso e sono determinate, nel loro concreto ammontare, in considerazione delle esigenze e delle risorse di ciascun coniuge³³.

Il regolamento (UE) 2016/1103 provvede quindi a fornire una definizione della nozione di “regime patrimoniale tra coniugi”, trasfondendo nel dettato normativo le coordinate interpretative fornite dalla Corte di Giustizia dell'Unione europea sulla scorta del principio dell'interpretazione autonoma³⁴. Come stabilito dall'art. 3, par. 1, lett. a), tale nozione designa “l'insieme di tutte le norme che regolano i rapporti patrimoniali dei coniugi tra loro e rispetto ai terzi, in conseguenza del matrimonio o del suo scioglimento”³⁵. Sul punto, il considerando n. 18 precisa ulteriormente che essa è intesa a comprendere tutti gli aspetti di diritto civile dei regimi patrimoniali tra coniugi, riguardanti tanto la gestione quotidiana dei beni dei coniugi, quanto la liquidazione del regime patrimoniale, in particolare a seguito di separazione personale ovvero di decesso di un coniuge. Il contenuto della nozione di regimi patrimoniali tra coniugi fatta propria dal regolamento risulta pertanto declinato in termini tendenzialmente omnicomprensivi³⁶.

L'ampiezza della nozione risulta poi nitidamente dall'art. 27, che, con l'obiettivo favorire certezza giuridica e uniformità di applicazione negli Stati membri partecipanti, provvede ad elencare in via esemplificativa i molteplici aspetti che ricadono nell'ambito della legge applicabile individuata in base alle norme uniformi del regolamento – attraverso l'*optio legis* da parte dei coniugi ai sensi dell'art. 22, oppure, in mancanza di scelta, attraverso i criteri di cui all'art. 26. Oggetto di specifica menzione sono segnatamente: a) la classificazione dei beni di uno o entrambi i coniugi in varie categorie durante e dopo il matrimonio; b) il passaggio dei beni da una categoria all'altra; c) la responsabilità di un coniuge per

personale o annullamento del matrimonio, dei diritti a pensione di anzianità o di invalidità maturati durante il matrimonio e che non hanno generato reddito da pensione nel corso dello stesso; g) la natura dei diritti reali; h) qualsiasi iscrizione in un registro di diritti su beni mobili o immobili, compresi i requisiti legali relativi a tale iscrizione, e gli effetti dell'iscrizione o della mancata iscrizione di tali diritti in un registro.

³² Reg. (CE) n. 4/2009 del 18 dicembre 2008 relativo alla competenza, alla legge applicabile, al riconoscimento e all'esecuzione delle decisioni e alla cooperazione in materia di obbligazioni alimentari, in GUUE L 7 del 10 gennaio 2009, 1 ss.

³³ Sul punto, v. CGUE, 27 febbraio 1997, causa C-220/95, *van den Boogard*, par. 22.

³⁴ In base a tale principio, i termini di una disposizione del diritto dell'Unione europea che non operi alcun espresso richiamo al diritto degli Stati membri ai fini della determinazione del suo senso e della sua portata, devono essere oggetto di un'interpretazione autonoma e uniforme nell'intera Unione: sul punto v. CGUE, 18 ottobre 2016, causa C-135/15, *Nikiforidis*, par. 28, e giurisprudenza ivi citata. In argomento, v. ampiamente M. AUDIT, *L'interprétation autonome du droit international privé communautaire*, in *Chunet*, 2004, 789 ss. Riguardo alla nozione di “rapporti patrimoniali tra coniugi”, l'elaborazione della Corte di Giustizia ha preso le mosse dall'interpretazione della Convenzione di Bruxelles del 1968 concernente la competenza giurisdizionale e l'esecuzione delle decisioni in materia civile e commerciale, in GUCE C 27 del 26 gennaio 1998, 1 ss., che, mentre escludeva dal proprio ambito di applicazione i regimi patrimoniali tra coniugi (art. 1, par. 2, n. 1), contemplava invece un foro speciale in materia di obbligazioni alimentari (art. 5, n. 2).

³⁵ In tal senso, v. CGUE, 27 marzo 1979, causa C-143/78, *de Cavel*, par. 7. Nell'arco temporale più recente, la Corte di Giustizia è tornata a pronunciarsi sulla nozione di regimi patrimoniali tra coniugi in sede di interpretazione dell'art. 1, par. 2, lett. a), del reg. (UE) n. 1215/2012 del Parlamento europeo e del Consiglio del 12 dicembre 2012 concernente la competenza giurisdizionale, il riconoscimento e l'esecuzione delle decisioni in materia civile e commerciale (rifusione) (c.d. “Bruxelles I-bis”), in GUUE L 351 del 20 dicembre 2012, 1 ss., e dell'art. 1, par. 2, lett. d), del già menzionato reg. (UE) n. 650/2012 in materia di successioni, i quali pure escludono la materia dei regimi patrimoniali tra coniugi dal proprio ambito di applicazione. Cfr. rispettivamente CGUE: 14 giugno 2017, causa C-67/17, *Iliev*; 1° marzo 2018, causa C-558/16, *Mahnkopf*. Su come i rapporti patrimoniali risultanti da una convivenza di fatto non possono essere qualificati come rientranti nel regime patrimoniale fra coniugi, v. CGUE, 6 giugno 2018, causa C-361/18, *Weil*.

³⁶ In argomento v. A. LAS CASAS, *La nozione autonoma di “regime patrimoniale tra coniugi” del regolamento UE 2016/1103 e i modelli nazionali*, in *Nuove leggi civ.*, 2019, 1529 ss., 1548 ss.



le passività e i debiti dell'altro coniuge; *d*) i poteri, i diritti e gli obblighi di uno dei coniugi o di entrambi i coniugi con riguardo ai beni; *e*) lo scioglimento del regime patrimoniale tra coniugi e la divisione, distribuzione o liquidazione dei beni; *f*) gli effetti del regime patrimoniale tra coniugi sui rapporti giuridici tra un coniuge e i terzi; *g*) la validità sostanziale di una convenzione matrimoniale³⁷.

In particolare, risultano attratti nell'ambito di applicazione del regolamento (UE) 2016/1103, e ricondotti in modo unitario alla disciplina di conflitto uniforme ivi stabilita, anche aspetti che in base alle corrispondenti categorie interne non sarebbero qualificati come attinenti ai regimi patrimoniali tra coniugi³⁸. Ciò vale, focalizzando l'attenzione sull'Italia – ma situazioni analoghe sono rinvenibili in altri Stati membri che partecipano alla cooperazione rafforzata³⁹ – per aspetti sì di contenuto patrimoniale, ma tipicamente indisponibili da parte dei coniugi in quanto attinenti al rispetto di obblighi di solidarietà familiare e da ricondurre al “regime patrimoniale primario”. Viene in rilievo in special modo l'art. 143 cod. civ., che prevede inderogabilmente in capo a ciascun coniuge doveri di assistenza materiale e di contribuzione ai bisogni della famiglia, ciascuno in relazione alle proprie sostanze e alla propria capacità di lavoro professionale o casalingo, con evidenti implicazioni di carattere patrimoniale. Il regime patrimoniale primario individua quindi un ambito distinto e complementare rispetto a quello che si designa come “regime patrimoniale secondario”, il quale si riferisce invece ai criteri che regolano, in un'ottica distributiva, le titolarità e i poteri dei coniugi in relazione all'acquisto e alla gestione dei beni durante il matrimonio, di cui agli artt. 159 ss. cod. civ.⁴⁰. Ai fini dell'individuazione della legge applicabile nelle fattispecie caratterizzate da elementi di transnazionalità, la qualificazione di una questione come inerente al regime patrimoniale primario comportava l'applicazione della disciplina di conflitto dettata per i rapporti personali tra coniugi dall'art. 29 della l. n. 218/1995, in luogo di quella dettata per i rapporti patrimoniali dall'art. 30 della stessa legge e, di conseguenza, l'esclusione dell'*optio legis*, contemplata solo da quest'ultima disposizione per le questioni riconducibili al regime patrimoniale secondario⁴¹.

La nozione di regimi patrimoniali accolta dal regolamento (UE) 2016/1103 trascende dunque i profili che attengono all'appartenenza e alla gestione dei beni in costanza di matrimonio, inglobando anche gli aspetti indisponibili sopra riferiti, e il carattere, come si è detto, autonomo che la contraddistingue preclude agli Stati membri partecipanti di modulare restrittivamente l'ambito di applicazione della disciplina europea. Viene meno, di conseguenza, il tradizionale assetto bipartito della disciplina internazionalprivatistica italiana, imperniato sulla ripartizione tra regime patrimoniale primario e regime patrimoniale secondario, con un corrispondente ridimensionamento del raggio applicativo dell'art. 29 della l. n. 218/1995⁴².

³⁷ L'esplicita e dettagliata determinazione dell'ambito di applicazione della legge applicabile contribuisce a ridurre le difficoltà derivanti dalla distinzione tra questioni di sostanza, sottoposte alle *lex causae*, e questioni procedurali, sottoposte alla *lex fori*: sul punto, v. J. M. CARRUTHERS, *Article 27. Scope of the Applicable Law*, in I. VIARENGO – P. FRANZINA (eds.), *The EU Regulations*, cit., 260 ss.

³⁸ In tal senso è utile richiamare ancora una volta il considerando n. 18, che opera puntuale riferimento alle “norme ai quali i coniugi non possono derogare”, precisando che la nozione di regimi patrimoniali tra coniugi “comprende non soltanto il regime dei beni specificamente ed esclusivamente contemplato da determinate legislazioni nazionali in caso di matrimonio, ma anche tutti i rapporti patrimoniali, tra i coniugi e rispetto ai terzi, che derivano direttamente dal vincolo coniugale o dallo scioglimento di questo”.

³⁹ Con riguardo all'ordinamento giuridico francese, v. N. JOUBERT, *La dernière pierre*, cit., 25 s.

⁴⁰ Sulla distinzione tra regime patrimoniale primario e regime patrimoniale secondario, v. M. SESTA, *Manuale di diritto di famiglia*, 11ª ed., Cedam, 2025, 68 s.; 77 ss.

⁴¹ Nelle ipotesi di mancata scelta, invece, l'art. 30, comma 1, l. 218/1995 rimanda *per relationem* ai criteri individuati dall'art. 29 per i rapporti personali tra coniugi, quali in prima battuta la cittadinanza comune dei coniugi e, in subordine, la legge dello Stato di prevalente localizzazione della vita matrimoniale.

⁴² Per tale rilievo, v. A. LAS CASAS, *La nozione*, cit., spec. 1549-1552. In senso analogo, v. F. MOSCONI, C. CAMPIGLIO,



Resta salva la possibilità per lo Stato del foro, ove si presentino circostanze eccezionali, di far valere specifiche norme di diritto materiale aventi natura inderogabile, tradizionalmente riconducibili in alcuni ordinamenti al regime patrimoniale primario, invocandone l'applicazione a titolo di norme di applicazione necessaria. Secondo quanto stabilito dall'art. 30 del regolamento, tali norme sono idonee a trovare applicazione indipendentemente dalla legge designata in applicazione delle norme di conflitto uniformi poste dallo stesso regolamento⁴³. Sul punto il considerando n. 53 evoca espressamente le norme di carattere imperativo relative alla protezione della casa familiare, prospettandone l'inquadramento nella categoria delle norme di applicazione necessaria.

Fuori da questa particolare ipotesi, che si pone come eccezione all'applicazione della legge applicabile designata in base alla disciplina posta dal regolamento e deve quindi essere interpretata restrittivamente per risultare compatibile con l'obiettivo generale dello stesso, il compito dell'interprete risulta notevolmente semplificato poiché la generalità delle questioni attinenti ai rapporti patrimoniali tra coniugi viene ricondotta ad una disciplina unitaria, con l'effetto di escludere qualsiasi frazionamento e il vantaggio di evitare questioni di qualificazione in molti casi di non facile soluzione⁴⁴.

Un ulteriore aspetto da sottolineare è che il regolamento include nel proprio ambito di applicazione anche le pattuizioni di carattere patrimoniale cui i coniugi addivengano in occasione della separazione e del divorzio, purché, come chiarito, non attinenti al sostentamento di un coniuge, ma alla ripartizione dei beni della coppia⁴⁵.

Venendo ora alla nozione di "matrimonio", la questione si profila in termini chiaramente opposti rispetto a quelli appena riferiti: invero, come osservato in dottrina, non è possibile allo stato attuale rinvenire "un *consensus* nitidamente coagulato, a livello europeo, attorno ad una visione tradizionale piuttosto che egualitaria in ordine all'istituto del matrimonio"⁴⁶. Non sussistono quindi i presupposti

Diritto internazionale privato e processuale. Volume II, Statuto personale e diritti reali, 6^a ed., Utet, 2023, 118. In senso analogo v. M. VINAIXA MIQUEL, *La autonomía de la voluntad en los recientes reglamentos UE en materia de regímenes económicos matrimoniales (2016/1103) y efectos patrimoniales de las uniones registradas (2016/1104)*, in AA. VV., *El orden público interno, europeo e internacional civil. Acto en homenaje a la Dra. Núria Bouza Vidal, catedrática de Derecho internacional privado*, in *InDret*, 2017, 1 ss.

⁴³ Quanto alla nozione di "norme di applicazione necessaria", l'art. 30, par. 2, del reg. (UE) 2016/1103 prevede che «[l]e norme di applicazione necessaria sono disposizioni il cui rispetto è ritenuto cruciale da uno Stato membro per la salvaguardia dei suoi interessi pubblici, quali la sua organizzazione politica, sociale o economica, al punto da esigerne l'applicazione a tutte le situazioni che rientrano nel loro ambito d'applicazione, qualunque sia la legge applicabile al regime patrimoniale tra coniugi ai sensi del presente regolamento», riproponendo la definizione offerta dall'art. 9, par. 2, del reg. (CE) n. 593/2008 del Parlamento europeo e del Consiglio del 17 giugno 2008 sulla legge applicabile alle obbligazioni contrattuali ("Roma I"), in GUUE L 176 del 4 luglio 2008, 6 ss. In argomento, v. M. GEBAUER, *Article 30, Overriding Mandatory Provisions*, in I. VIARENGO – P. FRANZINA (eds.), *The EU Regulations*, cit., 295 ss.; K. ROKAS, *Article 30. Lois de police*, in A. BONOMI, P. WAUTELET (a cura di), *Le droit européen*, cit., 1025 ss. La letteratura in tema di norme di applicazione necessaria è vastissima e non si presta ad essere qui richiamata. Per quanto riguarda il settore delle relazioni familiari, si rimanda senza pretesa di esautività a D. MARTINY, *Overriding Mandatory Provisions in EU Family Law Regulations*, in G. DOUGLAS – M. MURCH – V. STEPHENS, *International and National Perspectives on Child and Family Law. Essays in Honour of Nigel Lowe*, Intersentia, 2018, 297 ss.

⁴⁴ Con riguardo alle difficoltà applicative correlate all'estraneità della nozione di regimi patrimoniali tra coniugi all'ordinamento inglese, v. A. LAS CASAS, *La nozione*, cit., 1541 ss.; D. DAMASCELLI, *La legge applicabile ai rapporti patrimoniali tra coniugi, uniti civilmente e conviventi di fatto nel diritto internazionale ed europeo*, in *Riv. dir. int.*, 2017, 1103 ss., 1137. Sulle specificità che connotano i sistemi di *common law*, v. J. M. SCHERPE, *Rapporti patrimoniali tra coniugi e convenzioni patrimoniali nel common law – Alcuni suggerimenti pratici*, in *Riv. dir. civ.*, 2017, 920 ss.

⁴⁵ Per tale rilievo v. S. ARMELLINI, *Il regolamento 24 giugno 2016, n. 1103 che contiene la completa disciplina internazionale/privatistica in materia di regimi patrimoniali tra coniugi*, in *Riv. AIAF*, 2018, 88 ss., 91.

⁴⁶ F. PESCE, *La nozione di «matrimonio»: diritto internazionale privato e diritto materiale a confronto*, in *Riv. dir. int. priv. e proc.*, 2019, 777 ss., 798.



per procedere ad un'interpretazione autonoma e spetta ai singoli Stati partecipanti stabilire, in sede di applicazione del regolamento, se il rapporto familiare di cui si tratta possa qualificarsi come “vincolo coniugale” sulla base della *lex fori*.

Sul punto, il considerando n. 17 ha cura di precisare che il regolamento non riguarda la nozione di “matrimonio” e che quest'ultima è definita dal diritto interno degli Stati membri⁴⁷. A sua volta, l'art. 1, par. 2, lett. b), esclude espressamente dall'ambito di applicazione del regolamento l'esistenza, la validità e il riconoscimento di un matrimonio⁴⁸, con la conseguente applicazione del diritto nazionale, incluse le norme di diritto internazionale privato⁴⁹. Al riguardo è opportuno rilevare che l'art. 9 della Carta dei diritti fondamentali dell'Unione europea – come già l'art. 12 della Convenzione europea dei diritti umani – garantisce il diritto di sposarsi e di costituire una famiglia “secondo le leggi nazionali che ne disciplinano l'esercizio”, assicurando a tale stregua il rispetto dei particolarismi statali⁵⁰.

Ne risulta che l'ambito di applicazione dei regolamenti gemelli tende ad assumere una geometria variabile in funzione dell'ordinamento statale a cui appartiene il giudice adito e delle concezioni che vi sono accolte. In alcuni Stati, ove è stato introdotto il matrimonio egualitario come avvenuto per la prima volta nei Paesi Bassi nel 2001⁵¹, il regolamento (UE) 2016/1103 – di per sé neutro rispetto al genere dei membri della coppia – si applica indistintamente ai matrimoni eterosessuali e ai matrimoni *same-sex*. In altri Stati, che invece non ammettono il matrimonio tra persone dello stesso sesso, l'applicazione del

⁴⁷ Su come il richiamo operato dal regolamento al diritto nazionale possa ritenersi esteso anche alle norme di conflitto interne, e non già quindi esclusivamente alle norme di diritto materiale, v. A. DUTTA, *Matrimonial property regimes in European Private International Law. Beyond husband and wife – new couple regimes and the European Property Regulations*, in *Yearb. Priv. Int. Law*, 2017/2018, 145 ss.

⁴⁸ Il reg. (UE) 2016/1104 provvede invece a fornire una definizione di “unione registrata”. L'art. 3, par. 1, lett. a), dispone che, ai fini del regolamento, per “unione registrata” si intende “il regime di comunione di vita tra due persone previsto dalla legge, la cui registrazione sia obbligatoria a norma di legge e conforme alle formalità giuridiche prescritte da tale legge ai fini della sua creazione”. La nozione di unione registrata non ha quindi natura sostanziale, ma si limita a individuare come condizione di applicazione il requisito formale della registrazione, con conseguente esclusione dall'ambito di applicazione delle convivenze di fatto. Il considerando n. 17 dello stesso regolamento chiarisce che “[n]ulla nel presente regolamento dovrebbe imporre a uno Stato membro la cui legge non prevede l'istituto dell'unione registrata di prevederlo nel diritto nazionale”, mentre l'art. 1, par. 2, lett. b), esclude dall'ambito di applicazione le questioni relative all'esistenza, la validità e il riconoscimento di un'unione registrata. Per quanto riguarda l'ordinamento italiano, il requisito della registrazione è certamente soddisfatto dall'istituto dell'unione civile di cui alla l. 20 maggio 2016, n. 76, che, all'art. 1, 2° comma, prevede che l'unione civile sia costituita mediante dichiarazione resa dinanzi all'ufficiale di stato civile e alla presenza di due testimoni. Per le persone non coniugate, né unite civilmente, che siano legate da un legame affettivo di coppia e che abbiano stipulato un contratto di convivenza, viene in rilievo l'art. 30-*bis* l. 218/1995, che, riprendendo la disciplina dettata dall'art. 29 in tema di rapporti personali tra coniugi, prevede in via principale l'applicazione della legge nazionale comune dei contraenti, mentre per le ipotesi in cui essi abbiano diversa cittadinanza ovvero condividano una pluralità di leggi nazionali comuni l'applicazione della legge del luogo in cui la convivenza è prevalentemente localizzata.

⁴⁹ V. sul punto il considerando n. 21 del reg. (UE) 2016/1103.

⁵⁰ In tal senso v. Corte EDU, 26 giugno 2010, *Schalk e Kopf c. Austria*, cit., paragrafi 60-62. Peraltro, come chiarito nella stessa pronuncia, l'art. 12 CEDU non può più intendersi riferito esclusivamente alle persone di sesso diverso alla luce dell'evoluzione della società riflessa nella formulazione dell'art. 9 della Carta dei diritti fondamentali dell'Unione europea, che omette il riferimento testuale al diritto di sposarsi in capo rispettivamente all'uomo e alla donna, con ciò inglobando anche le unioni matrimoniali tra coniugi dello stesso sesso (ivi, par. 6). In senso analogo cfr. Corte EDU: 16 luglio 2014, *Hämäläinen c. Finlandia*, ric. n. 37359/09, par. 96; (GC), 17 gennaio 2023, *Fedotova et al. c. Russia*, ric. n. 40792/10 e altri 2, par. 165. È opportuno inoltre richiamare l'art. 67, par. 1, TFUE, ai sensi del quale l'obiettivo della realizzazione di uno spazio di libertà, sicurezza e giustizia è perseguito dall'Unione europea nel rispetto dei diritti fondamentali e, contestualmente, nel rispetto dei diversi ordinamenti giuridici e delle diverse tradizioni giuridiche degli Stati membri.

⁵¹ Da allora, gli Stati membri che hanno modificato le proprie normative aprendo l'istituto del matrimonio anche alle coppie *same-sex* sono 16, ultima l'Austria nel 2019. Per un quadro aggiornato sulla previsione nei diversi Stati dei matrimoni tra persone dello stesso sesso, v. *Same-Sex Marriage Around the World*, www.pewresearch.org/religion/fact-sheet/same-sex-marriage-around-the-world/.



regolamento (UE) 2016/1103 può essere scartata, optando per l'applicazione del regolamento (UE) 2016/1104, e ciò sulla base di una riqualificazione del rapporto giuridico sottostante come unione registrata. Gli Stati membri, infatti, conservano competenza esclusiva riguardo al riconoscimento degli *status* familiari acquisiti all'estero⁵², fatti salvi però gli aspetti, messi in risalto dalla Corte di Giustizia dell'Unione europea, che si ricollegano funzionalmente all'obbligo di garantire l'esercizio effettivo dei diritti che derivano dalla cittadinanza dell'Unione europea nel quadro della libera circolazione delle persone⁵³, con speciale riguardo al ricongiungimento familiare che della stessa costituisce un corollario⁵⁴.

In Italia, dove il matrimonio eterosessuale continua a costituire, *de lege lata*, l'unica forma di unione matrimoniale conosciuta all'interno dell'ordinamento⁵⁵, si confrontano diverse posizioni dottrinali.

⁵² Si veda in proposito l'art. 9 del reg. (UE) 2016/1103, che, sotto la rubrica "competenza alternativa", consente alle autorità giurisdizionali degli Stati partecipanti, individuate come competenti in applicazione dei criteri definiti dallo stesso regolamento, di declinare la competenza ove ritengano che il diritto internazionale privato interno non riconosca il matrimonio in questione ai fini del procedimento in materia di regime patrimoniale tra coniugi. Non è infine superfluo richiamare il Regolamento (UE) 2016/1191 del Parlamento europeo e del Consiglio del 6 luglio 2016, che promuove la libera circolazione dei cittadini semplificando i requisiti per la presentazione di alcuni documenti pubblici nell'Unione europea, in GUUE L 200 del 26 luglio 2016, 1 ss.: tale strumento si prefigge di conseguire una semplificazione amministrativa tramite la predisposizione di moduli standard multilingue, senza comportare in alcun modo il riconoscimento automatico dello *status* sottostante, come ad esempio l'atto redatto dalle autorità di uno Stato membro che attesta il matrimonio *same-sex*.

⁵³ CGUE, Grande Sez., 5 giugno 2018, causa C-673/16, *Coman*. Sull'incidenza indiretta che peraltro si prospetta anche sui profili sostanziali del diritto di famiglia e quindi sulla libertà degli Stati membri di riservare l'istituto del matrimonio alle persone di sesso diverso, v. G. ROSSOLILLO, *Corte di giustizia, matrimonio tra persone dello stesso sesso e diritti fondamentali: il caso Coman*, in *SIDIBlog*, 8 luglio 2018. In merito alle implicazioni della sentenza *Coman* sul diritto internazionale privato italiano rispetto alla questione della qualificazione dei matrimoni tra persone dello stesso sesso contratti all'estero, v. M. GRASSI, *Sul riconoscimento dei matrimoni contratti all'estero tra persone dello stesso sesso: il caso Coman*, in *Riv. dir. int. priv. proc.*, 2022, 739 ss. Per ricostruire le linee dell'evoluzione giurisprudenziale in materia, v. M. C. BARUFFI, *La libera circolazione degli status nell'Unione europea con particolare riguardo ai coniugi same-sex*, in E. AL MUREDEN, L. BALESTRA (a cura di), *Liber amicorum per Michele Sesta*, Tomo I, Milano, 2025, 209 ss.; Id., *Free Movement of Same-sex Spouses in the EU*, in *Yearb. Priv. Int. Law*, 2024, 157 ss. V. anche S. MARINO, J. CARRASCOSA GONZÁLEZ, *Marriages across borders within the European Union: Private international law vs. Mutual recognition perspectives*, in *Cuad. Der. trans.*, 2024, 403 ss. Di recente, si noti, la Corte di Giustizia è tornata a pronunciarsi sulla questione, con sentenza del 25 novembre 2025, causa C-713/23, *Wojewoda Mazowiecki*. I primi commenti rilevano come la pronuncia si collochi nel solco tracciato dalla sentenza *Coman*, senza che ne discenda pertanto l'obbligo generalizzato di riconoscere i matrimoni *same-sex*: sul punto v. L. ACCONCIAMESSA, *La sentenza Wojewoda Mazowiecki della Corte di giustizia ha davvero sancito un obbligo generale di riconoscere il matrimonio tra persone dello stesso sesso celebrato in altro Stato dell'Unione?*, in *eurojus.it*, 1° dicembre 2025. Per un'analisi che evidenzia al contempo gli elementi di discontinuità di questo nuovo approdo, v. M. GRASSI, *Finché patria non ci separi? La libera circolazione dei matrimoni same-sex all'interno dell'Unione europea nella recente sentenza Wojewoda Mazowiecki*, in *SIDIBlog*, 16 gennaio 2026.

⁵⁴ Viene in rilievo in particolare il diritto di soggiorno derivato di cui all'art. 7, par. 2, della Direttiva 2004/38/CE del Parlamento europeo e del Consiglio del 29 aprile 2004 relativa al diritto dei cittadini dell'Unione e dei loro familiari di circolare e di soggiornare liberamente nel territorio degli Stati membri, in GUCE L. 158 del 30 aprile 2004, 77 ss., che deve essere riconosciuto anche al coniuge dello stesso sesso, non avente la cittadinanza dell'Unione, sposato con un cittadino di uno Stato membro che faccia ritorno nel proprio Stato di cittadinanza dopo la celebrazione del matrimonio in un altro Stato membro. Il ricongiungimento familiare rileva contestualmente come espressione del diritto al rispetto della vita familiare garantito dall'art. 7 della Carta dei diritti fondamentali dell'Unione europea. In argomento, v. S. MONTALDO – F. COSTAMAGNA – F. ROMANELLI, *Family Reunification in the EU Law. Essential text, cases and materials*, Università degli Studi di Torino, 2022.

⁵⁵ La nozione di matrimonio, che pure certamente non può ritenersi cristallizzata all'epoca dell'entrata in vigore della Costituzione, dovendosi tener conto dell'evoluzione della società, deve anche nel quadro attuale intendersi riferita alle "unioni monogamiche stabili, contraddistinte da reciproca solidarietà affettiva e materiale, tra persone di sesso diverso che liberamente formalizzano il loro reciproco impegno dinanzi ad un'autorità investita di poteri pubblici": in tal senso v. F. MOSCONI – C. CAMPIGLIO, *Diritto internazionale privato e processuale. Volume II, Statuto personale e diritti reali*,



Secondo una prima linea di pensiero, i matrimoni *same-sex* sono in ogni caso da riqualificare come unioni civili, e da ricondurre pertanto all'ambito di applicazione del regolamento (UE) 2016/1104⁵⁶. Il *downgrading* che l'art. 32-*bis* della l. n. 218/1995 prevede per i soli casi che riguardano i matrimoni celebrati all'estero da cittadini italiani con una persona dello stesso sesso⁵⁷ – coppie formate da cittadini italiani e, al contempo, coppie miste, formate da un cittadino italiano e uno straniero⁵⁸ – troverebbe quindi applicazione generalizzata al fine di attribuire effetti giuridici ad un matrimonio validamente costituito all'estero, ma sconosciuto come istituto nell'ordinamento interno⁵⁹. I tempi non sarebbero pertanto ancora maturi per ritenere superata, all'interno dell'ordinamento italiano, la visione secondo la quale la diversità di sesso costituisce un elemento indefettibile per qualificare un matrimonio come tale⁶⁰. Altri ritengono invece che i matrimoni *same-sex*, nei casi in cui la coppia sia formata esclusivamente da cittadini stranieri – una fattispecie rispetto al quale le nuove norme di conflitto introdotte nella

cit., 214. È stata tuttavia abbandonata l'originaria e più radicale posizione della giurisprudenza di legittimità secondo la quale i matrimoni *same-sex* avrebbero dovuto considerarsi "inesistenti", optando per la diversa categoria della inidoneità a produrre effetti giuridici nell'ordinamento italiano: sul punto v. Cass. civ., sez. I, 15 marzo 2012, n. 4184, in *Giur. it.*, 2012, 1767 ss., con nota di L. MAROTTI.

⁵⁶ F. MOSCONI – C. CAMPIGLIO, *Diritto internazionale privato e processuale. Volume II*, cit., 97; C. CAMPIGLIO, *La disciplina delle unioni civili transnazionali e dei matrimoni esteri tra persone dello stesso sesso*, in *Riv. dir. int. priv. proc.*, 2017, 45 s. In senso analogo cfr. C. RICCI, *Giurisdizione*, cit., 75 ss.; F. PESCE, *La nozione*, cit., 810; M. GRASSI, *Sul riconoscimento*, cit., 772 ss.

⁵⁷ Contestualmente, secondo una logica anti-elusiva, l'art. 32-*bis* l. n. 218/1995 assoggetta la regolamentazione delle unioni civili riqualificate all'applicazione del diritto materiale italiano, inibendo pertanto il normale gioco delle norme di conflitto: sul punto, v. O. FERACI, *L'incidenza del nuovo regime europeo in tema di rapporti patrimoniali tra coniugi e parti di unioni registrate sull'ordinamento giuridico italiano e le interazioni con le novità introdotte dal D.lgs. 7/2017 attuativo della cd. legge Cirinnà*, in *Osservatorio sulle fonti*, 2-2017, 1 ss. I matrimoni *same-sex* contratti all'estero da cittadini italiani ricadono quindi nell'ambito di applicazione dell'art. 1, comma 13, l. n. 76/2016, ai sensi del quale il regime patrimoniale dell'unione civile tra persone dello stesso sesso, in mancanza di diversa convenzione patrimoniale, è costituito dalla comunione dei beni. Tuttavia, l'applicazione della legge materiale italiana non può predicarsi per gli aspetti che ricadono nell'ambito di applicazione della disciplina di diritto internazionale privato uniforme di cui ai regolamenti europei: sul punto cfr. I. VIARENCO, *Effetti patrimoniali delle unioni civili transfrontaliere: la nuova disciplina europea*, in *Riv. dir. int. priv. proc.*, 2018, 33 ss., 39; O. LOPES PEGNA, *Effetti dei matrimoni same-sex contratti all'estero dopo il «riordino» delle norme italiane di diritto internazionale privato*, in *Riv. dir. int.*, 2017, 527 ss., 536 ss.

⁵⁸ In merito a tale questione v. D. DAMASCELLI, *La legge*, cit., 1110, il quale rileva come sottrarre alla presa dell'art. 32-*bis* la fattispecie dei matrimoni misti condurrebbe al risultato paradossale che il coniuge italiano non potrebbe ritenersi capace a contrarre matrimonio in applicazione della legge di cittadinanza richiamata dall'art. 27 l. n. 218/1995. Nel senso dell'applicazione del regime di cui all'art. 32-*bis* ai matrimoni misti, v. Cass. civ., sez. I, 14 maggio 2018, n. 11696: tra i numerosi commenti, cfr. V. CAREDDA, *Matrimonio "misto": efficacia e trascrivibilità*, in *Nuova giur. civ. comm.*, 2018, 1436 ss. Desta perplessità, peraltro, il fatto che l'art. 32-*bis* – a differenza di quanto previsto dall'art. 32-*quinquies* ("Unione civile costituita all'estero tra cittadini italiani dello stesso sesso") – si applichi anche nelle ipotesi in cui i cittadini italiani non risultino residenti in Italia: sul punto, v. B. BAREL – A. ARMELLINI, *Diritto internazionale privato*, Giuffrè, 2022, 215.

⁵⁹ Per un inquadramento dalla questione, alla luce delle diverse posizioni dottrinali, v. S. MARINO, *I rapporti patrimoniali della famiglia*, cit., 28 ss. V. inoltre M. C. VITUCCI, *Il riconoscimento dei matrimoni e delle unioni civili contratti all'estero e altri profili di diritto internazionale privato*, in G. FERRANDO, M. FORTINO, F. RUSCELLO (a cura di), *Legami di coppia e modelli familiari*, I, *Trattato di diritto di famiglia. Le riforme*, diretto da P. Zatti, Giuffrè, 2019, 111 ss. Riguardo alla tecnica del *downgrading*, già accolta dall'art. 45, par. 3, della legge svizzera di diritto internazionale privato in relazione a tutti i matrimoni *same-sex* contratti all'estero, a prescindere dalla cittadinanza delle parti, cfr. K. BOELE-WOELKI, *The Legal Recognition of Same-Sex Relationships within the European Union*, in *Tulane Law Rev.*, 2008, 1968 ss.; P. WAUTELET, *Private International Law Aspects of Same-Sex Marriages and Partnerships in Europe – Divided We Stand?*, in K. BOELE-WOELKI – A. FUCHS (eds.), *Legal Recognition of Same Sex Relationships in Europe. National, Cross-Border and European Perspectives*, 2^a ed., Intersentia, 2012, 143 ss., 163 ss.

⁶⁰ Sul punto, v. F. PESCE, *La nozione di «matrimonio»: diritto internazionale privato e diritto materiale a confronto*, cit., 810, il quale evidenzia il pregio di questa prima prospettazione al fine di evitare discriminazioni inverse a detrimento dei cittadini italiani (ivi, 812).



l. n. 218/1995 con la novella di cui al d.lgs. n. 7/2017 risultano in effetti lacunose⁶¹ – possano essere riconosciuti come matrimoni e avere quindi riconoscimento pieno, senza alcun declassamento, e, per quanto qui rileva, con conseguente applicazione del regolamento (UE) 2016/1103⁶².

Allo stato attuale, la giurisprudenza della Corte europea dei diritti umani, sulla scorta della quale è assodato che la vita delle coppie omoaffettive debba trovare protezione a pieno titolo nell’ambito del diritto al rispetto della vita familiare di cui all’art. 8 CEDU⁶³, non impedisce in via di principio agli Stati che abbiano predisposto una regolamentazione giuridica delle unioni *same-sex* idonea ad apprestare una tutela sostanzialmente equivalente – come avvenuto in Italia con l’approvazione della l. n. 76/2016 – di riqualificare i matrimoni omosessuali validamente costituiti all’estero, riconducendoli allo schema delle unioni registrate attraverso la menzionata tecnica del *downgrade recognition*⁶⁴. Su questo punto sarà di indubbio interesse monitorare gli sviluppi della prassi, che potrebbero sollecitare – seppur verosimilmente non nel breve periodo – un intervento mirato da parte del legislatore italiano, che eventualmente riconsideri, in linea con l’evoluzione della società e dei modelli familiari, ma pur sempre nell’ambito del margine di apprezzamento statale, il nodo della qualificazione dei matrimoni *same-sex* celebrati all’estero e degli effetti giuridici da questi prodotti.

3. La scelta da parte dei coniugi della legge applicabile ai regimi patrimoniali (art. 22, reg. (UE) 2016/1103): disciplina e inquadramento

Secondo un approccio ormai consolidato nel sistema di diritto internazionale privato di matrice europea⁶⁵, nel quale si riflette la sempre più marcata *vis* espansiva dell’autonomia privata nel campo delle relazioni familiari⁶⁶, il regolamento (UE) 2016/1103 valorizza l’autonomia dei coniugi ai fini della

⁶¹ È opportuno qui ricordare che il Governo ha interpretato in termini restrittivi la delega ricevuta mediante l’art. 1, 28° comma, lett. b), della legge Cirinnà: l’applicazione della legge materiale italiana, infatti, è stata disposta limitatamente alle unioni omoaffettive celebrate o stipulate all’estero che presentino legami – più o meno stretti – con l’ordinamento italiano. Per una ricostruzione accurata dei lavori parlamentari, v. O. LOPES PEGNA, *Effetti dei matrimoni same-sex*, cit., 2017, 527 ss.

⁶² I. VIARENGO, *Effetti patrimoniali*, cit., 37 s.; O. FERACI, *L’incidenza*, cit., 12 s. In senso analogo v. G. BIAGIONI, *Unioni same-sex e diritto internazionale privato: il nuovo quadro normativo dopo il d.lgs. n. 7/2017*, in *Riv. dir. int.*, 2017, 496 ss., 522; O. LOPES PEGNA, *Effetti dei matrimoni same-sex*, cit., 536 ss.; B. BAREL – S. ARMELLINI, *Diritto internazionale privato*, cit., 215. V. inoltre, sulla pluralità semantica che contraddistingue il termine “riconoscimento” nello spazio giudiziario europeo, I. MARCHIORO, *Quali prospettive per il legislatore europeo dopo Coman e Pancharevo?*, in *Quaderni AISDUE*, 2023, 1 ss.

⁶³ V. *supra*, paragrafo 1.

⁶⁴ C. CAMPIGLIO, *La disciplina*, cit., 42. Si impone peraltro una valutazione caso per caso per verificare che la riqualificazione dello status acquisito all’esterno non comporti una violazione dei diritti protetti dalla Convenzione europea: sul punto, v. C. RAGNI, *Il riconoscimento degli status acquisiti all’esterno: diritto internazionale privato, diritto dell’Unione europea e giurisprudenza delle corti europee*, in A. CAGNAZZO – F. PREITE, *Il riconoscimento degli status familiari acquisiti all’estero*, Giuffrè, 2017, 1 ss., 16.

⁶⁵ Sull’inarrestabile ascesa del criterio della volontà delle parti in ambiti diversi da quello tradizionale dell’individuazione del diritto applicabile alle obbligazioni contrattuali, v. C. KOHLER, *L’autonomie de la volonté en droit international privé: un principe universel entre libéralisme et étatismes*, in *Recueil des cours*, t. 359, 2013, 289 ss. V. anche O. FERACI, *L’autonomia della volontà nel diritto internazionale privato dell’Unione europea*, in *Riv. dir. int.*, 2013, 424 ss.; A. PANET – H. FULCHIRON – P. WAUTELET (dir.), *L’autonomie de la volonté dans les relations familiales internationales*, Bruylant, 2017, 179 ss.

⁶⁶ Su come l’accordo sulla legge regolatrice si ponga in linea di continuità con l’assunzione dell’accordo a “strumento di governo dei rapporti familiari”, in coerenza con le scelte di valore operate con la riforma del diritto di famiglia di cui alla l. 19 maggio 1975 n. 151, v. F. PARENTE, *I rapporti*, cit., 1562 s. Per ulteriori riflessioni in merito alla valorizzazione dell’autonomia internazionaleprivatistica nel quadro della privatizzazione dei rapporti di famiglia v. S. MARINO, *I rapporti*, cit., 68 ss.



determinazione della legge applicabile ai regimi patrimoniali: l'*optio legis* è infatti assunta come criterio principale per rispondere alle esigenze di certezza del diritto e prevedibilità della legge applicabile diffusamente avvertite dalle coppie transnazionali e consentire alle stesse di pervenire a risultati congruenti con i propri interessi avendo riguardo al contenuto materiale della legge scelta⁶⁷.

Il tratto essenziale che definisce il ruolo attribuito alla volontà delle parti nell'individuazione della legge applicabile in materia di rapporti familiari è dato dal fatto che essa è guidata nel suo concreto esercizio dal legislatore europeo secondo una logica di prossimità. Lo spazio entro il quale i coniugi possono avvalersi dell'autonomia internazionalprivatistica è invero circoscritto ad un novero di leggi tassativamente indicate e – diversamente da quanto si ammette invece in materia di obbligazioni contrattuali⁶⁸ – resta preclusa la possibilità di selezionare una legge che non presenti alcun tipo di legame, o quanto meno una connessione minimamente significativa, con la fattispecie avendo riguardo al momento in cui viene concluso l'accordo⁶⁹.

Secondo quanto previsto dall'art. 22 del regolamento (UE) 2016/1103, l'accordo dei coniugi può avere ad oggetto la legge dello Stato della residenza abituale dei coniugi o nubendi⁷⁰, o di uno di essi, al momento della conclusione dell'accordo (lett. a)) oppure, in alternativa, la legge di uno Stato di cui uno dei coniugi o nubendi ha la cittadinanza, sempre avendo riguardo al momento della conclusione dell'accordo (lett. b)), con la precisazione che nei casi di cittadinanza plurima il ventaglio delle leggi designabili si estende in misura corrispondente⁷¹. In ogni caso, per espressa disposizione normativa, la residenza abituale e la cittadinanza sono riferite al momento della conclusione dell'accordo.

La facoltà di designare di comune accordo la legge applicabile è riconosciuta in modo simmetrico ai *partner* di un'unione registrata dall'art. 22 del regolamento (UE) 2016/1104⁷². In tal caso, però, la disposizione stabilisce che la legge applicabile può essere scelta – tra quelle ivi espressamente indicate – solo a condizione che la legge di tale Stato attribuisca effetti patrimoniali all'istituto dell'unione registrata: è evidente, infatti, la necessità di evitare che la scelta della legge regolatrice sia privata di qualsiasi

⁶⁷ Sulle molteplici giustificazioni che sorreggono l'autonomia della volontà con speciale riguardo ai regimi patrimoniali tra coniugi, v. P. WAUTELET, *Article 22. Choix de la loi applicable*, in A. BONOMI, P. WAUTELET (a cura di), *Le droit européen*, cit., 577 ss., 588 ss.; P. FRANZINA, I. VIARENGO, *General Introduction*, in I. VIARENGO – P. FRANZINA (eds.), *The EU Regulations*, cit., 1 ss., 11. Per ulteriori riferimenti, riguardo al più generale ambito delle relazioni familiari, v. P. FRANZINA, *L'autonomia della volontà nel regolamento sui conflitti di leggi in materia di separazione e divorzio*, in *Riv. dir. int.*, 488 ss., 489 s.; B. AÑOVEROS TERRADAS, *La autonomía de la voluntad como principio rector de las normas de Derecho internacional privado comunitario de la familia*, in J. FORNER DELAYGUA – C. GONZÁLEZ BEILFUSS – R. VIÑAS FARRÉ (coords.), *Entre Bruselas y La Haya. Estudios sobre la unificación interna – cional y regional del derecho internacional privado*. Liber Amicorum *Alegria Borrás*, Marcial Pons, 2013, 119 ss.

⁶⁸ Sulla disciplina dell'*optio legis* dettata dall'art. 3 del reg. Roma I, v. A. GARDELLA, *Art. 3, I*, in F. SALERNO, P. FRANZINA (a cura di), *Regolamento CE n. 593/2008 del Parlamento europeo e del Consiglio del 17 giugno 2008 sulla legge applicabile alle obbligazioni contrattuali («Roma I»)*, in *Nuove leggi civ.*, 2009, 521 ss., 568 ss.

⁶⁹ C. KOHLER, *Article 22, Choice of the Applicable Law*, in I. VIARENGO – P. FRANZINA (eds.), *The EU Regulations*, cit., 195 ss.; N. JOUBERT, *La dernière pierre*, cit., 16.

⁷⁰ A tal fine sarà sufficiente che i coniugi risiedano abitualmente nel medesimo Stato, senza che sia necessario che convivano sotto lo stesso tetto: C. KOHLER, *Article 22*, cit., 204.

⁷¹ In tal senso si veda quanto enunciato al considerando n. 50. Si noti ancora che i coniugi potranno optare liberamente per una delle diverse cittadinanze a prescindere dal fatto che essa sia effettiva o meno: sul punto v. P. WAUTELET, *Article 22*, cit., 602.

⁷² La mancata previsione nel testo originario della proposta di tale facoltà era stata ritenuta incompatibile con il divieto di discriminazione sancito dall'art. 21, par. 1, della Carta dei diritti fondamentali UE: si veda il parere n. 1/2012 del 31 maggio 2012 reso, su richiesta del Presidente del Parlamento europeo, dall'Agenzia europea dei diritti fondamentali sulla proposta della Commissione presentata il 16 marzo 2011, fra.europa.eu.



effetto lasciando la coppia in un vuoto giuridico⁷³. Per la stessa ragione, il novero delle leggi che possono formare oggetto di opzione da parte dei *partner* si estende alla legge dello Stato ai sensi della cui legge l'unione civile è stata costituita⁷⁴.

Il criterio della volontà delle parti, come ben noto, era stato introdotto anche dal legislatore della riforma del 1995, in coerenza con l'autonomia di cui i coniugi godono sul versante del diritto materiale⁷⁵. Ai sensi dell'art. 30, comma 2, l. n. 218/1995, infatti, i coniugi possono convenire per iscritto che i propri rapporti patrimoniali siano regolati dalla legge dello Stato di cui almeno uno di essi è cittadino oppure dalla legge dello Stato nel quale almeno uno di essi risiede⁷⁶: la cittadinanza e la residenza operano quindi come “parametri di riferimento (ovvero di delimitazione)” della volontà dei coniugi, proprio come nell'odierna disciplina uniforme⁷⁷ ed è precisamente la facoltà di *optio legis*, come già si è avuto modo di notare, a marcare l'unica differenza con la disciplina di conflitto dettata in materia di rapporti personali tra coniugi dall'art. 29 della stessa legge⁷⁸.

Un significativo elemento di novità è dato, tuttavia, dal rilievo attribuito dalla nuova disciplina uniforme, e più in generale nel diritto internazionale privato dell'Unione europea in materia di rapporti familiari, alla “residenza abituale” dei coniugi, secondo un approccio che si pone in linea di continuità con quello accolto dagli strumenti pattizi adottati nell'ambito dei lavori della Conferenza dell'Aja di diritto internazionale privato e, tra questi, in particolare dalla già richiamata Convenzione del 1978 sulla legge applicabile ai regimi patrimoniali tra coniugi⁷⁹: si intende con ciò valorizzare l'integrazione della coppia in un dato ambiente sociale così da favorire l'applicazione di una legge “vicina” alla coppia, e,

⁷³ Si veda sul punto il considerando n. 44 del reg. (UE) 2016/1104. Ad oggi, gli Stati membri che non ammettono nei rispettivi ordinamenti le unioni registrate sono Bulgaria, Lituania, Polonia, Romania e Slovacchia.

⁷⁴ Art. 22, par. 1, lett. c), reg. (UE) 2016/1104.

⁷⁵ Nell'art. 30 l. n. 218/1995 si scorge l'influenza della disciplina pattizia di cui alla Convenzione dell'Aja del 14 marzo 1978 sulla legge applicabile ai regimi patrimoniali tra coniugi, sebbene tale strumento non fosse stato ratificato dall'Italia, che aveva accolto riguardo alla volontà delle parti un approccio all'epoca minoritario nei sistemi diritto internazionale privato degli Stati europei. Nessun ruolo era infatti previsto per la *lex voluntatis* nell'ambito della disciplina di conflitto dettata dalle disp. prel. cod. civ. in materia di rapporti di famiglia.

⁷⁶ G. CONETTI, *Art. 30 (Rapporti patrimoniali tra coniugi)*, in S. BARIATTI (a cura di), *Legge 31 maggio 1995, n. 218, Riforma del diritto internazionale privato. Commentario*, in *Nuove leggi civ.*, 1996, 877 ss., 1176 ss. Il riferimento temporale per la rilevazione la cittadinanza o la residenza dei coniugi è quello del momento in cui è effettuata l'*optio legis*, che permette di addivenire alla stabilizzazione della legge applicabile, altrimenti soggetta alla variabilità dei criteri di collegamento operanti in mancanza di scelta (sul punto v. *infra*, paragrafo 7). Risulta inoltre pacificamente ammessa, sebbene non testualmente prevista, la possibilità per i coniugi di modificare la legge regolatrice attraverso un nuovo accordo.

⁷⁷ Così espressamente R. CLERICI, *Art. 30*, in *Riforma del sistema italiano di diritto internazionale privato: legge 31 maggio 1995, n. 218. Commentario*, in *Riv. dir. int. priv. proc.*, 1995, 907 ss., 1061 ss., 1064. Per un quadro delle soluzioni accolte dagli altri Stati membri in punto di autonomia della volontà, v. W. PINTENS, J. M. SCHERPE, *Matrimonial Property*, in J. BASEDOW – G. RÜHL – F. FERRARI – P. DE MIGUEL ASENSIO (eds.), *Encyclopedia of Private International Law*, Edward Elgar, 2017, II, 1234 ss.; A. BONOMI – M. STEINER (dir.), *Les régimes matrimoniaux en droit comparé et en droit international privé. Actes du Colloque de Lausanne du 30 septembre 2005*, Librairie Droz, 2006.

⁷⁸ V. *supra*, paragrafo 2.

⁷⁹ In base all'art. 3 della Convenzione dell'Aja del 1978 sulla legge applicabile ai regimi patrimoniali tra coniugi, gli sposi hanno la facoltà di optare per la legge dello Stato di cittadinanza di uno dei coniugi al momento dell'accordo, per la legge dello Stato di residenza abituale di uno dei coniugi al momento dell'accordo oppure per la legge del primo Stato in cui uno degli sposi ha stabilito una nuova residenza abituale dopo il matrimonio. Sull'opportunità *de jure condendo* di dare spazio al criterio di collegamento della residenza abituale nella prospettiva di una riforma della l. n. 218/1995, v. F. MOSCONI, *Sul criterio della cittadinanza: da Mancini ai giorni nostri*, in *Riv. dir. int. priv. proc.*, 2011, 625 ss.; R. CLERICI, *Alcune considerazioni sull'eventuale ampliamento del ruolo della residenza abituale nel sistema italiano di diritto internazionale privato*, in C. CAMPIGLIO (a cura di), *Un nuovo diritto internazionale privato*, Cedam, 2019, 55 ss.



nella peculiare prospettiva dello spazio di libertà, sicurezza e giustizia europeo, agevolare l'esercizio effettivo della libertà di circolazione⁸⁰.

La legge designata dai coniugi regolerà il regime patrimoniale per l'intero corso del matrimonio, a meno che gli stessi coniugi non decidano diversamente, effettuando una nuova scelta negli stessi termini previsti dall'art. 22, par. 1, e dunque all'interno del ventaglio di opzioni ivi previsto. Come risulta anche dalla disciplina dettata dall'art. 26 per le ipotesi di mancata scelta⁸¹, l'impostazione accolta dal regolamento è invero quella di escludere variazioni della legge regolatrice del regime matrimoniale indipendenti da un'espressa manifestazione di volontà da parte dei coniugi, indotte in modo automatico da un sopravvenuto mutamento delle circostanze di fatto o giuridiche, con evidenti vantaggi in termini di prevedibilità delle soluzioni e sicurezza giuridica⁸².

La scelta operata dai coniugi continuerà quindi a produrre i suoi effetti anche ove le connessioni rilevanti vengano meno, in particolare, come accade di frequente, a seguito dello spostamento della residenza abituale in un altro Stato oppure in seguito alla perdita o alla rinuncia della cittadinanza⁸³. In tali casi, saranno i coniugi a valutare se risulti conveniente operare una nuova scelta, modificativa di quella effettuata in precedenza, in modo da ripristinare la connessione tra la legge regolatrice e la vita della coppia venuta *medio tempore* a mancare e la volontà dei coniugi verrà allora ad operare, in un sistema improntato all'immutabilità della legge applicabile, come "fattore di variabilità" della legge regolatrice⁸⁴.

Deve rilevarsi tuttavia che per regola generale il mutamento della legge applicabile, derivante da una scelta operata dai coniugi nel corso del matrimonio, spiega effetti solo per il futuro, salvo diverso accordo degli stessi coniugi (art. 22, par. 2). Una scelta in questo senso potrà risultare utile per assicurare l'unitarietà della disciplina applicabile al regime patrimoniale, altrimenti soggetta all'applicazione, frazionata nel tempo, della legge di due diversi Stati⁸⁵. Qualunque cambiamento retroattivo della legge applicabile non potrà però pregiudicare i diritti dei terzi derivanti dalla stessa legge (art. 22, par. 3)⁸⁶.

⁸⁰ Per il rilievo secondo il quale la fisionomia e lo sviluppo del diritto internazionale privato dell'Unione europea risultano funzionalmente orientati al perseguimento dei fini dell'integrazione, v. P. FRANZINA, *Note minime in tema di adattamento, sostituzione ed equivalenza nel diritto internazionale privato dell'Unione europea*, in B. CORTESE (a cura di), *Studi in onore di Laura Picchio Forlatti*, Edizioni Scientifiche Italiane, 2014, 185 ss., 193. Riguardo alla nozione autonoma di "residenza abituale" e alla rilevanza che essa assume nel diritto internazionale privato dell'Unione europea si veda il paragrafo successivo.

⁸¹ V. *infra*, paragrafo 7.

⁸² In questi esatti termini v. il considerando n. 46. Sull'immutabilità della legge applicabile come filosofia generale del regolamento, v. A. BONOMI, P. WAUTELET, *Introduction*, in A. BONOMI, P. WAUTELET (a cura di), *Le droit européen*, cit., 22 ss., 38 ss.

⁸³ Sul punto, v. I. VIARENGO, *Effetti patrimoniali*, cit., 49, che rileva in proposito che non potrebbe essere diversamente, atteso che il criterio sul quale si fonda l'art. 22 è quello della volontà delle parti.

⁸⁴ I. VIARENGO, *Effetti patrimoniali*, cit., 50.

⁸⁵ In merito a tale aspetto, v. I. VIARENGO, *ibidem*, che evidenzia in particolare le difficoltà connesse al passaggio da un regime di comunione dei beni a un regime di separazione dei beni o viceversa.

⁸⁶ Per opportuni approfondimenti, v. L. RADEMACHER, *Changing the past: retroactive choice of law and the protection of third parties in the European regulations on patrimonial consequences of marriages and registered partnerships*, in *Cuad. der. trans.*, 2018, 7 ss. Le esigenze di tutela dei terzi ricevono ampia considerazione nella disciplina dettata dall'art. 28 del regolamento in relazione all'opponibilità a questi ultimi della legge applicabile ai regimi patrimoniali. Sebbene gli effetti del regime patrimoniale tra coniugi sui rapporti giuridici tra un coniuge e i terzi ricadano nell'ambito della legge applicabile per espressa previsione l'art. 27, lett. f), del regolamento, l'art. 28, par. 1, prevede che la legge applicabile al regime patrimoniale tra i coniugi non possa essere fatta valere da un coniuge contro un terzo in una controversia tra il terzo e uno o entrambi i coniugi, salvo che il terzo fosse a conoscenza di tale legge, o fosse tenuto ad esserne a conoscenza esercitando la dovuta diligenza. Al riguardo, il par. 2 provvede ad indicare in modo dettagliato le situazioni in cui è dato presumere che il terzo fosse a conoscenza della legge applicabile al regime patrimoniale vuoi perché la legge applicabile è una legge "vicina" al terzo (lett.



Riguardo al momento della scelta, la formulazione letterale della disposizione in esame, che fa riferimento agli “sposi” oppure in alternativa ai “futuri sposi”, è univoca: la scelta può essere effettuata in qualsiasi momento, e quindi non soltanto al momento della celebrazione del matrimonio, oppure, come appena riferito, nel corso del matrimonio, ma anche prima del matrimonio in vista della successiva celebrazione dello stesso⁸⁷. La scelta della legge applicabile ai regimi patrimoniali tra coniugi potrà dunque essere operata in sede di *prenuptial agreements*⁸⁸.

Discussa invece è la possibilità per i coniugi di esercitare l’*optio legis* anche nel corso del procedimento instaurato dinanzi all’autorità giurisdizionale, a fronte della mancanza di previsione specifica come quella contemplata invece dall’art. 5, par. 3, del regolamento (UE) n. 1259/2010 in materia di separazione e divorzio: in via di principio, tale possibilità non sembra necessariamente doversi escludere in relazione ai regimi patrimoniali tra coniugi, ma essa si presta ad essere revocata in dubbio nella sua utilità pratica⁸⁹.

Occorre poi inquadrare l’esercizio della facoltà di scelta della legge regolatrice nel contesto dei principi generali intorno ai quali si struttura la disciplina uniforme.

Anzitutto, in virtù del carattere universale o *erga omnes* del regolamento stabilito dall’art. 20, la legge richiamata dalle norme di conflitto ivi previste si applica anche non sia quella di uno Stato membro, senza alcuna distinzione tra fattispecie intraeuropee e fattispecie che presentino invece connessioni con Stati terzi. In tale carattere si rinviene, come noto, uno dei tratti tipici del diritto internazionale privato dell’Unione europea, che risponde ad esigenze di semplificazione connesse al corretto funzionamento dello spazio giuridico europeo: esso comporta che le norme di diritto internazionale privato interne risultino integralmente superate dalla nuova disciplina europea, escludendo uno spazio applicativo residuo in relazione alle fattispecie che non presentino collegamenti con gli Stati membri⁹⁰. Risulta

a)), vuoi perché sono stati adempiuti gli obblighi in materia di pubblicità o registrazione del regime patrimoniale prescritti sempre da una legge “vicina” al terzo (lett. b)). Secondo quanto specificato dalla stessa disposizione, tali sono ritenute: i) la legge dello Stato la cui legge è applicabile alla transazione tra un coniuge e il terzo; ii) la legge dello Stato in cui il coniuge contraente e il terzo hanno la loro residenza abituale; iii) in casi riguardanti beni immobili, la legge dello Stato in cui sono ubicati i beni. Da ultimo, il par. 3, prevede che se la legge applicabile al regime patrimoniale tra coniugi non può essere fatta valere da un coniuge contro un terzo in virtù del par. 1, gli effetti del regime patrimoniale tra coniugi rispetto al terzo sono disciplinati: a) dalla legge dello Stato la cui legge è applicabile alla transazione tra un coniuge e il terzo; o b) in casi riguardanti beni immobili o beni o diritti registrati, dalla legge dello Stato in cui è ubicato il bene o in cui sono registrati i beni o i diritti. La disciplina dettata dal regolamento risulta più analitica rispetto a quella prevista dall’art. 30 l. n. 218/1995, che, al 3° comma, si limita a prevedere che il regime dei rapporti patrimoniali fra coniugi regolato da una legge straniera è opponibile ai terzi solo se questi ne abbiano avuto conoscenza o lo abbiano ignorato per loro colpa, aggiungendo, relativamente ai diritti reali su beni immobili, che l’opponibilità è limitata ai casi in cui siano state rispettate le forme di pubblicità prescritte dalla legge dello Stato in cui i beni si trovano.

⁸⁷ Una precisazione in questo senso si rinviene nel considerando n. 45. Riguardo alla disciplina di cui all’art. 30 l. n. 218/1995, la dottrina era pervenuta ad una conclusione analoga ad onta del riferimento testuale agli “sposi”: v. per tutti G. Conetti, *Art. 30 (Rapporti patrimoniali tra coniugi)*, cit., 1176, che nota come l’efficacia della scelta effettuata prima del matrimonio sia in ogni caso subordinata alla condizione della valida celebrazione dello stesso.

⁸⁸ Per tale rilievo, v. I. VIARENGO, *Il coordinamento tra gli accordi di scelta della legge applicabile nei regolamenti comunitari in materia di famiglia e di successioni*, in E. TRIGGIANI (a cura di), *Dialoghi con Ugo Villani*, II, Cacucci, 2017, 1181 ss., 1185.

⁸⁹ Sul punto cfr. I. VIARENGO, *The Coordination of Jurisdiction and Applicable Law in Proceeding Related to Economic Aspects of family Law*, in *Riv. dir. int. priv. proc.*, 2022, 257 ss., 281. In senso analogo v. B. CAMPUZANO DÍAZ, *The Coordination of the EU Regulation on Divorce and Legal Separation with the Proposal on Matrimonial Property Regimes*, in *Yearb. Priv. Int. Law*, 2011, 246 ss. Sull’opportunità di mantenere in ogni caso un’uniformità interpretativa con quanto disposto dal reg. (UE) n. 1259/2010, v. J. GRAY, *Party Autonomy in EU Private International Law. Choice of Court and Choice of Law in Family Matters and Succession*, Intersentia, 2021, 220.

⁹⁰ Sulle ragioni che suggeriscono di adottare, sul piano del diritto internazionale privato dell’Unione europea, un approccio



pertanto ammessa la designazione da parte dei coniugi della legge di uno Stato terzo e, di pari passo, della legge di uno Stato membro che non partecipi alla cooperazione rafforzata.

Assume poi rilevanza centrale il principio dell'unità della legge applicabile: secondo quanto previsto dall'art. 21, la legge scelta dai coniugi – o altrimenti designata sulla base dei criteri oggettivi di cui all'art. 26 – trova applicazione con riguardo alla generalità dei beni del patrimonio familiare, indipendentemente dalla natura degli stessi e dal luogo di ubicazione. Resta quindi esclusa la possibilità di scegliere, con riguardo specifico ai beni immobili, la *lex rei sitae*⁹¹. Si è inteso con ciò evitare le difficoltà e le contraddizioni che potrebbero derivare da un frazionamento della legge regolatrice, in particolare quando si tratta di procedere alla liquidazione del patrimonio⁹². Nondimeno, il principio dell'unità della legge applicabile potrà subire temperamenti in circostanze eccezionali allorché ricorrano nelle circostanze concrete i presupposti per l'operatività della clausola di ordine pubblico (art. 30) ovvero per dare spazio alle norme di applicazione necessaria della legge del foro (art. 31)⁹³.

La scelta operata dai coniugi, inoltre, comporta l'applicazione del diritto materiale dello Stato richiamato, ad esclusione delle norme di diritto internazionale privato ivi vigenti: l'art. 32 del regolamento dispone infatti l'esclusione del rinvio, in coerenza con l'impostazione generalmente accolta negli strumenti di precedente adozione, per garantire maggiore certezza giuridica⁹⁴. Un'eccezione significativa, tuttavia, è rinvenibile nell'art. 34, par. 1, regolamento (UE) n. 650/2012 in tema di successioni⁹⁵ e, a partire da questo dato normativo, non sono mancate critiche autorevoli riguardo al mancato inserimento nel regolamento (UE) 2016/1103 di una disposizione analoga, formulata in modo da consentire quanto meno il rinvio indietro ove i coniugi non si siano avvalsi della facoltà di scelta e la legge designata dal regolamento sia quella di uno Stato terzo⁹⁶.

universalista, v. A. BONOMI, *Il diritto internazionale privato dell'Unione europea: considerazioni generali*, in ID. (a cura di), *Diritto internazionale comunitario e cooperazione giudiziaria in materia civile, Trattato di Diritto Privato dell'Unione Europea*, diretto da G. Ajani e G. A. Benacchio, vol. XIV, Giappichelli, 2009, 1 ss., 32; S. BARIATTI, *Casi e materiali di diritto internazionale privato e processuale*, 2ª ed., Giuffrè, 2009, 46.; P. FRANZINA, *Art. 2*, in F. SALERNO – P. FRANZINA (a cura di), *Regolamento CE n. 593/2008*, cit., 606 ss.

⁹¹ Si registra sotto tale aspetto un rilevante scostamento rispetto alla Convenzione dell'Aja del 1978 sulla legge applicabile ai regimi patrimoniali tra coniugi (art. 3, paragrafi 3 e 4).

⁹² V. in tal senso il considerando n. 43 del reg. (UE) 2016/1103.

⁹³ Dell'incidenza delle norme di applicazione necessaria si è già dato conto trattando dell'ambito di applicazione materiale del regolamento. Riguardo al limite dell'ordine pubblico, l'art. 31 stabilisce che l'applicazione della legge richiamata dalle norme del regolamento può essere esclusa solo qualora tale applicazione risulti manifestamente incompatibile con l'ordine pubblico del foro: tale difesa potrà essere avanzata, in particolare, contro l'applicazione di disposizioni straniere che conferiscano ad uno dei coniugi una posizione di preminenza rispetto all'altro nell'amministrazione dei beni. In merito a tali profili, e contestualmente riguardo ad altre questioni generali di diritto internazionale privato, che peraltro trovano solo parzialmente una disciplina *ad hoc* nei regolamenti gemelli, v. S. MARINO, *I rapporti patrimoniali della famiglia*, cit., 202 ss.

⁹⁴ Per una trattazione approfondita, v. A. DAVÌ, *Le renvoi en droit international privé contemporain*, in *Recueil des cours*, 2012, t. 353, 9 ss.

⁹⁵ L'art. 34, par. 1, reg. (UE) 650/2012 così dispone: "1. [q]uando il presente regolamento prescrive l'applicazione della legge di uno Stato terzo, esso si riferisce all'applicazione delle norme giuridiche in vigore in tale Stato, comprese le norme di diritto internazionale privato, nella misura in cui tali norme rinviino: a) alla legge di uno Stato membro; o b) alla legge di un altro Stato terzo che applicherebbe la propria legge. 2. Il rinvio non opera con riferimento alle leggi indicate all'articolo 21, paragrafo 2, all'articolo 22, all'articolo 27, all'articolo 28, lettera b), e all'articolo 30". Per un commento, v. A. BONOMI, *Rinvio. Art. 34*, in A. BONOMI, P. WAUTELET, *Il regolamento europeo delle successioni. Commentario al Regolamento UE 650/2012 applicabile dal 17 agosto 2015*, Giuffrè, 2015, 443 ss.

⁹⁶ In tal senso v. P. LAGARDE, *Règlements*, cit., 684 s. Ritieni invece che l'esclusione integrale del rinvio disposta dall'art. 32 dei regolamenti gemelli debba essere accolta con favore per rispondere alle esigenze di prevedibilità della legge applicabile, M. GEBAUER, *Article 32, Exclusion of renvoi*, in I. VIARENGO – P. FRANZINA (eds.), *The EU Regulations*, cit., 315.



Uno spazio per l'operatività del rinvio si configura invece nell'ambito dell'applicazione della disciplina di conflitto interna. Da un lato, infatti, il rinvio è escluso nelle ipotesi in cui i coniugi si siano avvalsi dell'*optio legis*, in applicazione della regola generale di cui all'art. 13, comma 2, lett. a), della l. n. 218/1995, che riflette l'intento di evitare che il rinvio rimetta in causa la scelta effettuata dalle parti⁹⁷. Per contro, nelle ipotesi di mancata scelta, il rinvio potrebbe in astratto operare nei termini previsti dallo stesso art. 13, al comma 1, ossia nell'ipotesi di rinvio altrove accettato (lett. a)) e di rinvio indietro alla legge italiana (lett. b))⁹⁸. Ciò potrebbe accadere in particolare nelle fattispecie in cui la legge applicabile debba essere individuata in base al criterio della cittadinanza comune dei coniugi, indicato come criterio di collegamento principale dall'art. 29, comma 1, l. 218/1995, mentre ove entri in gioco il criterio successivo della prevalente localizzazione della vita matrimoniale – previsto dall'art. 29, comma 2, nei casi in cui manchi una legge nazionale comune, nonché nei casi in cui sussista una pluralità di leggi nazionali comuni – l'operatività del rinvio appare difficilmente conciliabile con la ragione ispiratrice di tale criterio, che affida all'organo giudicante il compito di valutare e soppesare ogni circostanza della fattispecie onde identificare l'ordinamento statale rispetto al quale il rapporto presenti la connessione più stretta⁹⁹. In questo quadro, per le ipotesi in cui il matrimonio sia stato concluso anteriormente alla data del 29 gennaio 2019, l'esercizio dell'*optio legis* risulterà senz'altro utile per sottoporre il rapporto alla disciplina uniforme di cui al regolamento e scongiurare qualsiasi margine di incertezza correlato all'applicazione del rinvio¹⁰⁰.

È inoltre opportuno dar conto di come nel regolamento (UE) 2016/1103 trovino considerazione anche istanze tese a favorire la coincidenza tra *forum* e *ius*, attraverso la disciplina dell'*electio fori*: invero, secondo la previsione di cui all'art. 7, par. 1, del regolamento, i coniugi hanno la facoltà di attribuire di comune accordo la competenza esclusiva a decidere sulle questioni inerenti al regime patrimoniale tra coniugi in particolare alle autorità giurisdizionali dello Stato membro la cui legge è stata designata come applicabile ai sensi dell'art. 22¹⁰¹.

Da ultimo, appare meritevole di attenzione la disposizione di cui all'art. 29 in tema di adattamento ai diritti reali, direttamente mutuata dall'art. 31 del regolamento (UE) n. 650/2012 in tema di successioni. Se una persona invoca un diritto reale che le spetta secondo la legge applicabile al regime patrimoniale tra coniugi e la legge dello Stato membro in cui il diritto è invocato non conosce il diritto reale in questione, tale diritto è adattato, se necessario e nella misura del possibile, al diritto equivalente più vicino previsto dalla legge di tale Stato, tenendo conto degli obiettivi e degli interessi perseguiti dal diritto reale in questione nonché dei suoi effetti. Il considerando n. 26 precisa che «[l']adattamento di diritti reali non riconosciuti come esplicitamente previsto dal presente regolamento non dovrebbe precludere altre forme di adattamento nel contesto dell'applicazione del presente regolamento», in un'ottica che mira a

⁹⁷ In argomento, v. F. MOSCONI – C. CAMPIGLIO, *Diritto internazionale privato e processuale. Volume I, Parte generale e obbligazioni*, 11^a ed., Utet, 2024, 282.

⁹⁸ Con specifico riguardo alla materia qui trattata, v. per tutti I. VIARENGO, *Art. 30*, cit., 797 ss.

⁹⁹ Sul punto v. G. CONETTI, *Art. 29 (Rapporti personali tra coniugi)*, in S. BARIATTI (a cura di), *Legge 31 maggio 1995, n. 218*, cit., 1172 ss., 1175.

¹⁰⁰ Sulla scarsa propensione mostrata dalle corti interne rispetto all'applicazione del rinvio v. F. MOSCONI, C. CAMPIGLIO, *Diritto internazionale privato e processuale. Volume I*, cit., 287.

¹⁰¹ In relazione a tale aspetto v. I. VIARENGO, *The Coordination*, cit., 274. L'*electio fori* può altresì essere esercitata per attribuire competenza esclusiva alle autorità giurisdizionali dello Stato individuato alla stregua dei criteri oggettivi di cui all'art. 26, par. 1, lett. a) o lett. b), ovvero a quelle dello Stato membro di conclusione del matrimonio. Ai sensi dell'art. 7, par. 2, "l'accordo di cui al paragrafo 1 è espresso per iscritto, datato e firmato dalle parti. Si considera equivalente alla forma scritta qualsiasi comunicazione elettronica che consenta una registrazione durevole dell'accordo."



scongiurare che l'applicazione della legge scelta dai coniugi – o altrimenti richiamata in base ai criteri oggettivi di cui all'art. 26 – possa trovare ostacolo nella disparità esistenti tra i diversi ordinamenti giuridici¹⁰².

4. La scelta della legge applicabile tra cittadinanza e residenza abituale e i margini per realizzare un coordinamento con gli altri regolamenti adottati in materia di diritto di famiglia

All'interno del ventaglio delle leggi indicate dall'art. 22 del regolamento (UE) 2016/1103, come riferito, l'*optio legis* può essere effettuata liberamente: la residenza abituale e la cittadinanza – di entrambi i coniugi o di uno di essi soltanto, riferiti in ogni caso al momento della conclusione dell'accordo – sono ritenuti fattori atti ad esprimere connessioni egualmente significative e la scelta per l'una o per l'altra viene demandata dal legislatore agli stessi coniugi, i quali si vedono così conferita la possibilità di optare per la legge ritenuta più adatta rispetto alla realizzazione dei propri interessi¹⁰³. Come noto, la residenza abituale costituisce nell'architettura del sistema di diritto internazionale privato dell'Unione europea il criterio di collegamento privilegiato per ragioni di politica legislativa che mirano ad incentivare la mobilità transfrontaliera favorendo l'integrazione sociale dell'individuo nel luogo in cui ha fissato il centro effettivo dei propri interessi, evitando al contempo che si determinino discriminazioni basate sulla cittadinanza vietate dal diritto primario¹⁰⁴. Nondimeno, la facoltà di scegliere la legge regolatrice implica che i coniugi si trovino ad operare come "arbitres des rattachements", potendo quindi rifarsi al criterio della residenza abituale ovvero a quello della cittadinanza sulla base di autonome valutazioni di opportunità¹⁰⁵.

A differenza della cittadinanza, che costituisce materia di dominio riservato e per la quale strutturalmente si impone una qualificazione *lege causae*¹⁰⁶, la nozione di "residenza abituale" deve ricostruirsi in modo autonomo, in un'ottica funzionale ad assicurare l'applicazione uniforme del diritto dell'Unione europea e, con essa, parità di diritti e obblighi per i soggetti interessati in tutti gli Stati membri¹⁰⁷. Così,

¹⁰² Per un commento v. P. WAUTELET, *Article 29. Adaptation of rights in rem*, in I. VIARENGO – P. FRANZINA (eds.), *The EU Regulations*, cit., 283 ss. Per ulteriori riferimenti riguardo al meccanismo dell'adattamento nel diritto internazionale privato, v. P. FRANZINA, *Note minime in tema di adattamento*, cit., 185 ss. Con riguardo invece alla disciplina, assai articolata, posta dagli artt. 33 e 34 del reg. (UE) 2016/1103 per le ipotesi in cui la legge richiamata dalle norme di conflitto uniformi poste dal regolamento sia quella di un ordinamento plurilegislativo, rispettivamente a base territoriale o personale, si rimanda integralmente a B. CAMPUZANO DÍAZ, *Article 33. States with more than one legal system – Territorial conflicts of laws*, in I. VIARENGO – P. FRANZINA (eds.), *The EU Regulations on the Property Regimes*, cit., 319 ss.; ID., *Article 34. States with more than one legal system – Inter-personal conflicts of laws*, ivi, 327 ss.

¹⁰³ N. JOUBERT, *La dernière pierre*, cit., 17.

¹⁰⁴ Cfr. 18 TFUE; art. 21, par. 2, Carta dei diritti fondamentali UE.

¹⁰⁵ L'espressione è tratta da C. BIDAUD-GARON, *Les domaines orphelins de l'autonomie de la volonté: quels ersatz?*, in A. PANET – H. FULCHIRON – P. WAUTELET (dir.), *L'autonomie de la volonté*, cit., 91 ss., 109, che osserva come in questo modo si realizzi al meglio il coordinamento tra diversi sistemi giuridici così da "dépasser une fois pour toutes l'opposition entre les rattachements estimés d'égaux valeurs". In senso analogo, v. A. E. VON OVERBECK, *La professio iuris comme moyen de rapprocher les principes du domicile et de la nationalité en droit international privé*, in AA. VV., *Liber amicorum Baron Louis Frédéricq*, E. Story-Scientia, 1966, 1085 ss., 1091.

¹⁰⁶ V. per tutti F. MOSCONI, C. CAMPIGLIO, *Diritto internazionale privato e processuale. Volume I*, cit., 258.

¹⁰⁷ La letteratura in materia è molto ampia: cfr. R. LAMONT, *Habitual Residence and Brussels II-bis: Developing Concepts for European Private international Family Law*, in *Journ. Priv. Intern. Law*, 2007, 261 ss.; M. MELLONE, *La nozione di residenza abituale e la sua interpretazione nelle norme di conflitto comunitarie*, in *Riv. dir. int. priv. e proc.*, 2010, 685 ss.; C.



anzitutto, la Corte di Giustizia ha chiarito che il criterio della residenza abituale ha natura fattuale: si tratterà dunque di procedere ad una valutazione in concreto di tutte le circostanze della fattispecie in esame, a prescindere dalle risultanze anagrafiche. Risulta tuttavia necessario avere riguardo di volta in volta al contesto ed agli obiettivi del singolo atto normativo che viene in rilievo: le soluzioni raggiunte in ordine al significato da attribuire al concetto di residenza abituale in una determinata area non possono quindi essere trasposte automaticamente in altri settori¹⁰⁸.

Nonostante questa relatività intrinseca¹⁰⁹, è tuttavia possibile rintracciare nell'elaborazione giurisprudenziale un nucleo comune di significato¹¹⁰. In primo luogo, l'accertamento della residenza abituale richiede una presenza fisica territoriale, di durata apprezzabile, in un determinato Stato, caratterizzata da una certa stabilità. A questo elemento oggettivo si salda un elemento soggettivo, che richiede di tenere in considerazione l'intenzione del soggetto, o dei soggetti, di cui si tratta di stabilire la residenza abituale in un determinato Stato¹¹¹. La Corte di Giustizia ha altresì chiarito, con riguardo alle ipotesi in cui i coniugi dividano equamente il proprio tempo in Stati diversi, che resta preclusa la possibilità di individuare simultaneamente più di una residenza abituale¹¹².

Riguardo al momento rilevante per determinare lo Stato nel quale i coniugi hanno la residenza abituale, l'art. 22, lett. a), del regolamento (UE) 2016/1103 provvede testualmente a fissarlo al momento della conclusione dell'accordo come per la cittadinanza: la scelta, pertanto, può avere ad oggetto esclusivamente la legge dello Stato in cui i coniugi risiedono nel momento in cui effettuano l'*optio legis*. Questa limitazione, che si iscrive nel quadro dell'obiettivo generale di favorire maggior certezza giuridica, è stata criticata in relazione all'ipotesi in cui la coppia stia pianificando di trasferirsi in un altro Stato e abbia quindi interesse a sottoporre i rapporti patrimoniali alla legge dello Stato della futura

RICCI, *Habitual Residence as a Ground of Jurisdiction in Matrimonial Disputes: From Brussels II-bis to Rome III*, in S. BARIATTI – A. MALATESTA – F. POCAR (a cura di), *The External Dimension of EC Private International Law in Family and Succession Matters*, Cedam, 2008, 207 ss.; C. CAMPIGLIO, *Il foro della residenza abituale del coniuge nel regolamento (CE) n. 2201/2003: note a margine delle prime pronunce italiane*, in *Cuad. der. trans.*, 2010, 242 ss.; A. ZANOBETTI, *La residenza abituale nel diritto internazionale privato: spunti di riflessione*, in AA. VV., *Liber amicorum Angelo Davì. La vita giuridica internazionale nell'età della globalizzazione*, Editoriale Scientifica, 2019, 1361 ss.; T. KRUGER, *Finding a Habitual Residence*, in I. VIARENGO – F. C. VILLATA, *Planning the Future*, cit., 117 ss.

¹⁰⁸ In tal senso v. CGUE, 2 aprile 2009, causa C-523/07, *A.*, paragrafi 36-37.

¹⁰⁹ C. KOHLER, *Article 22*, cit., 205.

¹¹⁰ L'elaborazione della Corte di Giustizia risulta originariamente modellata sulla residenza abituale dei minori nell'ambito dei criteri di giurisdizione dettati dal regolamento Bruxelles II-bis in tema di responsabilità genitoriale: accanto alla sentenza *A.*, richiamata poc'anzi, v. CGUE, 22 dicembre 2010, causa C-497/10, *Mercredi*. Solo nel più recente arco temporale la Corte di Giustizia ha avuto modo di pronunciarsi anche con riguardo alla determinazione della residenza abituale degli adulti, la prima volta con la sentenza del 16 luglio 2020, causa C-80/19, *E.E.*, nel contesto del reg. (UE) n. 650/2012.

¹¹¹ Sul punto v. da ultimo CGUE, 20 marzo 2025, causa C-61/24, *Lindenbaumer*, in merito alla determinazione della residenza abituale in base all'art. 8, par. 1, lett. a) e lett. b), del reg. (UE) n. 1259/2010.

¹¹² Per l'affermazione di tale principio in situazioni di crisi matrimoniale, si veda la sentenza del 25 novembre 2021, C-289/20, *IB* con la quale la Corte di Giustizia si è pronunciata per la prima volta sull'interpretazione della nozione di residenza abituale di un adulto nel contesto del reg. (CE) n. 2201/2003. Per un commento, v. O. FERACI, *La sentenza IB sulla residenza abituale del coniuge nel regolamento Bruxelles II-bis*, in *Eurojus*, 2022, 10 ss. La Corte si è quindi pronunciata con la sentenza del 24 febbraio 2022, causa C-501/20, *MPA*, soffermandosi sull'interpretazione degli artt. 3 e 8 del reg. (CE) n. 2201/2003 nonché dell'art. 3 del reg. (CE) n. 4/2009 e, in particolare, sulla nozione di residenza abituale qualora i coniugi siano agenti contrattuali dell'Unione europea che svolgono le loro funzioni in uno Stato terzo in cui essi godono dello *status* diplomatico. Per ricostruire l'evoluzione giurisprudenziale in questa materia, v. C. FOSSATI, *La residenza abituale nei regolamenti europei di diritto internazionale privato della famiglia alla luce della giurisprudenza della Corte di Giustizia*, in *Riv. dir. int. priv. e proc.*, 2022, 233 ss.; M. N. SHÚILLEABHÁIN, *Adult habitual residence in EU private international law: An interpretative odyssey begins*, in *Journ. Priv. Int. Law*, 2025, 30 ss.; P. FRANZINA, *The CJEU on the Habitual Residence of Diplomatic Agents*, 28 April 2025, *capil.org*.



residenza abituale¹¹³. In questi casi sarà necessario attendere che si perfezioni il trasferimento affinché i coniugi possano optare per tale legge e, eventualmente, modificare la scelta operata in precedenza a favore della stessa¹¹⁴.

Ciò posto, risulta di particolare interesse notare come attraverso l'esercizio dell'*optio legis* sia possibile realizzare un coordinamento con gli altri strumenti di diritto internazionale privato uniforme adottati nel settore del diritto di famiglia. La scelta del diritto applicabile da parte dei coniugi si presta infatti ad operare come "strumento di razionalizzazione di regimi conflittuali complessi", particolarmente utile per tentare di mitigare "gli inconvenienti insiti nella diversificazione delle fonti e nella specializzazione delle regole di conflitto"¹¹⁵. Invero la facoltà di scelta della legge regolatrice – prevista, pur con modulazioni differenti, da tutti i regolamenti sinora adottati dal legislatore dell'Unione europea in questa materia¹¹⁶ – si presta ad essere esercitata in modo da ricondurre alla medesima legge applicabile i plurimi aspetti, concettualmente distinti l'uno dall'altro, ma al contempo strettamente connessi, per i quali si rende necessario, nel momento in cui insorge la crisi matrimoniale oppure quando si verifica decesso di uno dei coniugi, addivenire ad una composizione, sovente nell'ambito del medesimo procedimento giurisdizionale¹¹⁷.

Si noti a tale riguardo che il regolamento (UE) 2016/1103 non prevede direttamente la possibilità per le parti di designare la legge applicabile al divorzio oppure la legge applicabile alla successione del coniuge predefunto¹¹⁸. Nondimeno, i coniugi potranno usufruire dell'*optio legis* in questa prospettiva, ove giudichino concordemente che tale operazione sia effettivamente la più adatta a soddisfare i propri interessi: a tal fine, peraltro, una consulenza legale specializzata risulta essenziale, specialmente per non trascurare le esigenze di tutela del coniuge più debole¹¹⁹.

¹¹³ Si vedano in particolare le osservazioni critiche svolta da D. DAMASCELLI, *Determining the Applicable Law in Matrimonial Property Regimes. On the interpretation of Article 26 Regulation (EU) No 2016/1103 in the Absence of Choice-of-law and Common Habitual Residence*, in *RebelsZ*, 2024, 307 ss. Ritene invece giustificata tale limitazione N. JOUBERT, *La dernière pierre*, cit., 17, che osserva come laddove la residenza futura non venisse a concretizzarsi, disattendendo le previsioni dei coniugi, ciò comporterebbe un'incertezza giuridica sproporzionata. La possibilità di scegliere la legge del primo Stato in cui uno dei coniugi stabilisca una nuova residenza abituale dopo il matrimonio era ammessa nella cornice della Convenzione dell'Aja del 1978 sulla legge applicabile ai regimi patrimoniali tra coniugi (art. 3, par. 1, n. 3). Quanto alla disciplina di conflitto interna, la dottrina aveva ritenuto ammissibile l'opzione per una delle leggi indicate dall'art. 30, par. 1, prima della celebrazione del matrimonio, anche nel caso in cui il collegamento fosse sorto soltanto in seguito alla celebrazione del matrimonio: G. CONETTI, *Art. 30 (Rapporti patrimoniali tra coniugi)*, cit. 1178.

¹¹⁴ C. KOHLER, *Article 22*, cit., 206 s.

¹¹⁵ Così espressamente P. FRANZINA, *L'autonomia*, cit., 495. In argomento v. anche C. GONZÁLEZ BEILFUSS, *The Role of Party Autonomy in Pursuing Coordination*, in I. VIARENGO, F. C. VILLATA, *Planning the Future*, cit., 243 ss.; W. SCHRAMA, *Empowering Private Autonomy as a Means to Navigate the Patchwork of EU Regulations on Family Law*, in J. M. SCHERPE – E. BARGELLI, *The Interaction between Family Law, Succession Law and Private International Law. Adapting to Change*, Intersentia, 2021, 35 ss.

¹¹⁶ Vengono in rilievo segnatamente gli artt. 7 e 8 del Protocollo dell'Aja del 23 novembre 2007, richiamato dall'art. 15 del reg. (CE) n. 4/2009 in materia di legge applicabile alle obbligazioni alimentari; l'art. 5 del reg. (UE) n. 1259/2010 in tema di legge applicabile al divorzio e alla separazione personale, e l'art. 22 del reg. (UE) 650/2012 in tema di legge applicabile alle successioni.

¹¹⁷ Sul punto, v. I. VIARENGO, *Effetti patrimoniali*, cit., 53 ss.; ID., *The Coordination*, cit., 277 ss. Analogamente, con riguardo al regolamento Roma III, v. R. CLERICI, *Il nuovo regolamento dell'Unione europea sulla legge applicabile al divorzio e alla separazione personale*, cit., 1064.

¹¹⁸ Diversamente, l'art. 8, par. 1, del Protocollo dell'Aja del 23 novembre 2007 sulla legge applicabile alle obbligazioni alimentari contempla espressamente la possibilità per i coniugi di scegliere la legge designata dalle parti come applicabile al loro regime patrimoniale (lett. c)) oppure quella designata dalle parti come applicabile al loro divorzio o separazione personale (lett. d)).

¹¹⁹ Per un rilievo in questo senso, v. I. VIARENGO, *The Coordination*, cit., 278 e 280.



Così, la scelta da parte dei coniugi della legge dello Stato di comune residenza abituale o della cittadinanza di uno di essi, che sia l'art. 22, par. 1, del regolamento (UE) 2016/1103, sia l'art. 5, par. 1, del regolamento (UE) n. 1259/2010 includono tra le leggi designabili, riferendole in entrambi i casi al momento della conclusione dell'accordo¹²⁰, garantisce che trovi applicazione un'unica legge tanto agli aspetti relativi ai regimi patrimoniali, quanto agli aspetti che riguardano lo *status*¹²¹.

L'utile conseguimento di questo risultato si scontra tuttavia con difficoltà di diversa natura. Un primo ostacolo si rinviene nelle situazioni di elevata conflittualità tra coniugi in cui può risultare materialmente impossibile raggiungere un accordo sulla legge applicabile al divorzio o, eventualmente, modificare quello raggiunto in epoca anteriore rispetto all'insorgere della crisi matrimoniale¹²². Nell'esempio sopra riportato, ove i coniugi non abbiano provveduto ad esercitare l'*optio legis*, i criteri oggettivi previsti in sequenza rispettivamente dall'art. 26 del regolamento (UE) 2016/1103 e dall'art. 8 del regolamento (UE) n. 1259/2010 condurranno in un rilevante numero di ipotesi all'applicazione della legge di Stati diversi¹²³.

Un ulteriore elemento da considerare è che tra i diciotto Stati che hanno scelto di partecipare alla cooperazione rafforzata in materia di regimi patrimoniali tra coniugi non tutti risultano vincolati di pari passo a quella precedentemente istituita in materia di separazione e divorzio¹²⁴. È questo il caso dei Paesi scandinavi, la cui mancata adesione alla cooperazione rafforzata istituita dal regolamento (UE) n. 1259/2010 riflette la volontà di preservare l'applicazione sistematica della *lex fori*, garantita dall'applicazione delle norme di conflitto nazionali, in un'ottica funzionale ad assicurare il principio del *favor divortii*¹²⁵. Se a monte questo disallineamento acuisce la frammentarietà della disciplina internazionale-privatistica di matrice europea in materia di diritto di famiglia, a dispetto della stretta connessione tra i profili trattati nei due regolamenti¹²⁶, risulta altresì evidente che l'auspicato coordinamento, nei termini di cui si è riferito, risulterà in molti casi impraticabile.

Occorre considerare in particolare che la scelta operata dai coniugi in materia di regimi patrimoniali potrà essere privata di effetti ove il procedimento di divorzio sia radicato, sfruttando la pluralità di criteri di collegamento prevista nell'ambito del sistema Bruxelles II¹²⁷ dinanzi alle autorità giurisdizionali di

¹²⁰ È opportuno notare che non vi è piena coincidenza rispetto al novero delle leggi che possono essere designate dai coniugi, da un lato, in relazione alla separazione e al divorzio e, dall'altro, in relazione ai regimi patrimoniali. L'elenco di cui all'art. 5 del regolamento Roma III, infatti, include tra le leggi designabili oltre alla legge dello Stato della residenza abituale dei coniugi al momento della conclusione dell'accordo (lett. a)) e alla legge dello Stato di cui uno dei coniugi ha la cittadinanza al momento della conclusione dell'accordo (lett. c)), la legge dello Stato dell'ultima residenza abituale dei coniugi se uno di essi vi risiede ancora al momento della conclusione dell'accordo (lett. b)), nonché la legge del foro (lett. d)), quest'ultima da stabilire in applicazione dei criteri di cui all'art. 3 del regolamento Bruxelles II-ter.

¹²¹ Essenziale a tal fine è la coerenza tra le disposizioni dettate dai due regolamenti in punto di validità formale del *pactum de lege utenda* di cui all'art. 23, reg. (UE) 2016/1103 e all'art. 7, reg. (UE) n. 1259/2010: per tale rilievo, v. I. VIARENGO, *The Coordination*, cit., 279.

¹²² R. CLERICI, *Il nuovo regolamento*, cit., 1053. V. anche F. FALCONI, *Divorzio*, cit., 622.

¹²³ Sul punto, v. I. VIARENGO, *Effetti patrimoniali*, cit., spec. 53.

¹²⁴ Soltanto dodici sono gli Stati membri che hanno scelto di partecipare ad entrambe le cooperazioni rafforzate: Austria, Belgio, Bulgaria, Francia, Germania, Grecia, Italia, Lussemburgo, Malta, Portogallo, Slovenia e Spagna.

¹²⁵ V. sul punto P. FRANZINA, *The law applicable to divorce and legal separation under Regulation (EU) No. 1259/2010 of 20 December 2010*, in *Cuad. der. trans.*, 2011, 85 ss., 90.

¹²⁶ Per un rilievo in tal senso v. E. M. MAGRONE, *Un'Europa a geometria supervariabile in materia di regimi patrimoniali delle coppie internazionali? Prime considerazioni sui regolamenti 2016/1103 e 2016/1104*, in E. TRIGGIANI (a cura di), *Dialoghi*, cit., 1131 ss.

¹²⁷ Cfr. l'art. 3, reg. Bruxelles II-bis, cui corrisponde l'art. 3, reg. Bruxelles II-ter. Per un commento, v. M. ŽUPAN, *Art. 3, General jurisdiction*, in C. GONZÁLEZ BEILFUSS, L. CARPANETO, I. PRETELLI, M. ŽUPAN, *Jurisdiction, Recognition*



uno Stato membro non partecipante alla cooperazione rafforzata istituita con il regolamento (UE) 2016/1103¹²⁸.

Senza poter approfondire ulteriormente la questione in questa sede, si consideri infine che un utile coordinamento potrebbe essere operato, attraverso l'*optio legis*, tra la legge applicabile ai regimi patrimoniali e la legge che regola la successione¹²⁹. In questo caso, tuttavia, si prospettano margini più ristretti. Invero, l'art. 22, par. 1, del regolamento (UE) 650/2012, prevede che una persona possa scegliere come legge che regola la sua successione la legge dello Stato di cui ha la cittadinanza al momento della scelta o al momento della morte. Ove i coniugi abbiano diversa cittadinanza, non sarà dunque possibile pervenire all'applicazione della medesima legge¹³⁰.

5. La validità formale e sostanziale dell'accordo di scelta della legge applicabile

I regolamenti gemelli, come già il regolamento (UE) n. 1259/2010, si propongono di favorire una "scelta informata": i coniugi – e, a loro volta, i *partner* – che si apprestano a designare la legge regolatrice dovrebbero infatti avere cognizione delle conseguenze giuridiche che tale designazione comporta affinché la volontà delle parti possa validamente esplicare la propria funzione, mitigando il rischio di scelte operate in assenza di una base informativa adeguata, che si riverberano negativamente sul coniuge più debole¹³¹.

In tale orizzonte, viene in rilievo l'art. 23, par. 1, del regolamento (UE) 2016/1103, che provvede

and Enforcement in Matrimonial and Parental Responsibility Matters. A Commentary on Regulation 2019/1111 (Brussels IIb), Edward Elgar, 2023, 56 ss.

¹²⁸ Riguardo a tale criticità, v. I. VIARENGO, *The Coordination*, cit., 280.

¹²⁹ Sul punto, v. I. VIARENGO, *Il coordinamento*, cit., 1183, che evidenzia lo stretto legame che unisce, all'interno dei diversi ordinamenti, la disciplina sostanziale in materia di regimi patrimoniali con il sistema successorio con speciale riguardo al regime della comunione dei beni e alla determinazione della quota da attribuire al coniuge superstite. Sull'utilità di un esercizio dell'*optio legis* volto a far coincidere la legge applicabile ai rapporti patrimoniali con quella applicabile alle successioni, v. anche P. DE CESARI, *Rapporti tra coniugi*, in R. BARATTA (a cura di), *Diritto internazionale privato. Dizionario del Diritto privato promossi da Natalino Irti*, Giuffrè, 2010, 327 ss., 331.

¹³⁰ In argomento, v. C. GRIECO, *Il ruolo dell'autonomia della volontà nei regolamenti sui rapporti patrimoniali tra coniugi e sugli effetti patrimoniali delle unioni registrate. alcune considerazioni sul coordinamento tra il regime giuridico stabilito dai nuovi regolamenti e altri strumenti di diritto internazionale privato europeo*, in *Cuad. der. trans.*, 2018, 417 ss.; ID., *Il ruolo dell'autonomia della volontà nel diritto internazionale privato delle successioni transfrontaliere*, Milano, 2019, 69 ss.; F. MAOLI, *International Couples, Property Relations and Succession Matters in the new European Regulations*, in B. HEIDERHOFF – I. QUEIROLO (eds.), *Current legal challenges in European Private and Institutional Integration*, Aracne, 2017, 141 ss.; J. GRAY – P. QUIZA REDONDO, *The Coordination of Jurisdiction and Applicable Law in Related Proceedings: The Interaction Between the Proposal of Matrimonial Property Regimes and the Regulations on Divorce and Succession Law*, in J.-S. BERGÉ – S. FRANCO – M. GARDEÑES SANTIAGO (eds.) *Boundaries of European Private International Law*, Bruylant, 2015, 637 ss.

¹³¹ Il principio della scelta informata è richiamato al considerando n. 47 del reg. (UE) 2016/1103 e di pari passo al considerando n. 47 del regolamento (UE) 2016/1104. Più ampio è lo spazio riservato a tale principio nel preambolo del reg. Roma III: il considerando n. 18, invero, individua nella scelta informata "un principio essenziale" di tale regolamento, precisando che "[c]iascun coniuge dovrebbe sapere esattamente quali sono le conseguenze giuridiche e sociali della scelta della legge applicabile. La possibilità di scegliere di comune accordo la legge applicabile dovrebbe far salvi i diritti e le pari opportunità per i due coniugi. A tal fine i giudici negli Stati membri partecipanti dovrebbero essere consapevoli dell'importanza di una scelta informata per entrambi i coniugi riguardo alle conseguenze giuridiche dell'accordo raggiunto". Nondimeno, è largamente condivisa in dottrina l'opinione secondo cui le garanzie attualmente previste non risulterebbero sufficienti a garantire che i coniugi siano effettivamente consapevoli della portata delle implicazioni giuridiche di un accordo sulla legge applicabile: sul punto, v. per tutti J. CARRUTHERS, *Party Autonomy in the Legal Regulation of Adult Relationships: What Place for Party Choice in Private International Law?*, in *Int. & Comp. Law Quart.*, 2012, 881 ss., 908 ss.



anzitutto a fissare alcuni requisiti minimi in materia di validità formale: l'accordo di cui all'art. 22 deve essere redatto per iscritto, datato e firmato da entrambi i coniugi¹³². La stessa disposizione equipara alla forma scritta qualsiasi comunicazione elettronica che consenta una registrazione duratura dell'accordo. Risulta quindi esclusa una volontà tacita, per comportamenti concludenti, in quanto radicalmente incompatibile con il requisito minimo della forma scritta. Riguardo invece alla possibilità di una scelta implicita, è opinione diffusa che non vi siano ostacoli ad ammetterla purché tale scelta risulti in modo inequivocabile dal testo scritto¹³³.

Quel che è certo è che, in un numero prevedibilmente elevato di ipotesi, una scelta implicita non potrà in concreto esplicare validamente i propri effetti. Lo stesso art. 23 prevede infatti che al requisito minimo della forma scritta possano in alcuni casi aggiungersi requisiti di forma supplementari. In particolare, se la legge dello Stato membro in cui entrambi i coniugi hanno la residenza abituale al momento della conclusione dell'accordo prevede requisiti di forma supplementari per le convenzioni matrimoniali, si applicano tali requisiti (art. 23, par. 2). Così, ad esempio, se entrambi i coniugi hanno la residenza abituale in Italia, sarà richiesto l'atto pubblico sotto pena di nullità secondo quanto disposto dall'art. 162, comma 1, cod. civ.

Nei casi di residenza disgiunta, la soluzione cambia a seconda che tutti e due i coniugi ovvero uno soltanto di essi risiedano in uno Stato membro. Se al momento della conclusione dell'accordo la residenza abituale dei coniugi si trova in Stati membri diversi e se la legge di tali Stati prevede requisiti di forma differenti per le convenzioni matrimoniali, l'accordo è valido, quanto alla forma, se soddisfa alternativamente i requisiti di forma previsti dalla legge dell'uno o dell'altro Stato (art. 23, par. 3). Se invece, al momento della conclusione dell'accordo, soltanto uno dei coniugi ha la residenza abituale in uno Stato membro e se tale Stato prevede requisiti di forma supplementari per le convenzioni matrimoniali, è prevista l'applicazione di tali requisiti (art. 23, par. 4).

In tutti questi casi, quindi, oltre al requisito minimo della forma scritta devono essere rispettate anche le garanzie di autenticità previste per le convenzioni matrimoniali dalla legge degli Stati indicati al fine di garantire che la scelta sia operata dai coniugi nella consapevolezza delle conseguenze che ne derivano¹³⁴.

Il richiamo operato in base alle disposizioni richiamate ai requisiti di forma previsti per le "convenzioni matrimoniali", che rispetto all'accordo di scelta della legge applicabile hanno una natura giuridica intrinsecamente diversa¹³⁵, si spiega con il fatto che nella generalità dei casi i coniugi provvederanno ad effettuare la scelta della legge applicabile e contestualmente, nel medesimo atto, ad individuare il

¹³² Analogamente, l'art. 30, comma 1, l. n. 218/1995, prevede che "[i] coniugi possono ... convenire *per iscritto* che i loro rapporti patrimoniali sono regolati dalla legge dello Stato di cui almeno uno di essi è cittadino o nel quale almeno uno di essi risiede" (corsivo aggiunto).

¹³³ In tal senso v. G. KOHLER, *Article 22*, cit., 201 s. In senso analogo, v. P. WAUTELET, *Article 22*, cit., 630, e bibliografia ivi citata. In senso contrario, v. F. VISMARA, *Legge applicabile in mancanza di scelta e clausola di eccezione nel regolamento (UE) n. 2016/1103 in materia di regime patrimoniale tra coniugi*, in *Riv. dir. int. priv. proc.*, 2017, 357 ss., 359 s., *sub nota* 17; G. V. COLONNA, *I regolamenti europei sui regimi patrimoniali dei coniugi e delle unioni registrate*, in *Fam. e dir.*, 2019, 839 ss., 845. Un'indicazione apparentemente nel senso di escludere la validità di una scelta implicita potrebbe trarsi dal considerando n. 46, ove si legge che "[a] fine di garantire la certezza del diritto in ordine ai negozi giuridici e impedire che sia modificata la legge applicabile al regime patrimoniale tra coniugi senza che i coniugi ne siano a conoscenza, non dovrebbe esservi alcuna modifica di tale legge senza manifestazione *espressa* della volontà delle parti" (corsivo aggiunto). Come noto, tuttavia, gli enunciati contenuti nel Preambolo sono privi di effetti vincolanti.

¹³⁴ Cfr. la disposizione analoga di cui all'art. 7, reg. (UE) n. 1259/2010.

¹³⁵ V. *infra*, nel paragrafo successivo.



regime opzionale diretto a regolare la situazione patrimoniale, entro i limiti consentiti dalla stessa legge applicabile¹³⁶. Al riguardo, è utile rilevare che nell'ordinamento italiano la prassi è da tempo incline a ritenere che per il *pactum de lege utenda*, ove risulti applicabile la legge italiana, debbano essere rispettati i requisiti di validità formale e sostanziale previsti dal diritto italiano per la stipula delle convenzioni matrimoniali¹³⁷.

In merito all'esistenza e alla validità sostanziale dell'accordo dei coniugi sulla scelta della legge regolatrice, il regolamento (UE) 2016/1103 ripropone una soluzione ormai consolidata negli strumenti di diritto internazionale privato adottati dall'Unione europea¹³⁸. L'art. 24, par. 1, stabilisce come regola generale che tali questioni debbano essere definite sulla base della legge che sarebbe applicabile ai sensi dell'art. 22 ove l'accordo di scelta fosse valido¹³⁹, accostandovi, al par. 2 un correttivo, secondo il quale il coniuge che intenda dimostrare di non aver dato il proprio consenso può riferirsi alla legge dello Stato della propria residenza abituale nel momento in cui è adita l'autorità giurisdizionale ove dalle circostanze del caso risulti irragionevole stabilire l'effetto del suo comportamento alla stregua della legge individuata in base al par. 1.

6. *Optio legis* e convenzioni matrimoniali tra autonomia internazionalprivatistica e autonomia negoziale

Come è appena il caso di notare, l'*optio legis* costituisce espressione dell'autonomia internazionalprivatistica, integrando un accordo diretto ad individuare la legge statale applicabile ai rapporti patrimoniali tra coniugi nelle situazioni aventi implicazioni transfrontaliere. In assenza di ulteriori specificazioni, quindi, la scelta della legge di un determinato Stato ad opera dei coniugi comporta l'applicabilità del regime legale ivi vigente – in Italia, con la riforma del diritto di famiglia, la comunione dei beni ai sensi dell'art. 159 c.c.¹⁴⁰ – con contestuale assoggettamento dei rapporti patrimoniali tra coniugi alle modifiche normative del regime legale che intervengono nell'ordinamento designato¹⁴¹. Di pari passo,

¹³⁶ Per tale rilievo, v. I. VIARENGO, *Effetti patrimoniali*, cit., 51 s.

¹³⁷ Sul punto, v. P. DE CESARI, *Rapporti*, cit., 333. V. inoltre Consiglio Nazionale del Notariato, Studio 05.09.10.46/UE, *La forma dell'accordo di scelta della legge applicabile ai rapporti patrimoniali tra coniugi (art. 30 legge 218/1995)*, approvato dalla Commissione Affari europei e internazionali in data 10 settembre 2005, www.notariato.it

¹³⁸ Si veda l'analoga disciplina di cui all'art. 24, par. 2, reg. Roma III, a sua volta tratta dalla più risalente disciplina relativa alle obbligazioni contrattuali di cui all'art. 8 della Convenzione di Roma del 1980 sulla legge applicabile alle obbligazioni contrattuali, successivamente ripresa dall'art. 10, par. 2, del reg. Roma I.

¹³⁹ Vi è dunque solo parziale coincidenza con la disciplina di conflitto interna: invero, l'art. 30, comma 2, l. n. 218/1995, prevede attraverso la tecnica del concorso alternativo di criteri collegamento che l'accordo dei coniugi sul diritto applicabile è valido se è considerato tale dalla legge scelta oppure da quella del luogo in cui l'accordo è stato stipulato.

¹⁴⁰ Tale regime comporta in particolare che cadano automaticamente in comunione gli acquisti compiuti dai coniugi insieme o separatamente durante il matrimonio, ad esclusione di quelli relativi ai beni personali (art. 177, comma 1, lett. a), cod. civ.). Per un'illustrazione delle soluzioni accolte nell'ordinamento giuridico italiano riguardo ai regimi matrimoniali (comunione legale, separazione dei beni e regimi atipici), v. M. SESTA, *Il regime patrimoniale della famiglia*, in S. PATTI, *Diritto privato*, 3^a ed., Cedam, 2022, 869 ss.; G. FERRANDO, *Manuale di diritto famiglia*, Zanichelli, 2017, 91 ss.; L. LENTI, *Diritto della famiglia*, Giuffrè, 2021, 583 ss. Si vedano inoltre i contributi di M. PALAZZO, M. PALADINI E L. PELLEGRINI, in S. PATTI (a cura di), *Il nuovo diritto di famiglia*, cit., 180 ss. Con specifico riguardo ai rapporti patrimoniali nelle unioni civili, v. G. OBERTO, *I regimi patrimoniali delle unioni civili*, in *Giur. it.*, 2016, 1797 ss.; M. ASTONE, *I regimi patrimoniali delle unioni civili nella legge n. 76/2016: opzioni legislative e principio di non discriminazione*, in *Fam. e dir.*, 2016, 902 ss.

¹⁴¹ Si veda al riguardo l'art. 15 l. n. 218/1995, secondo il quale “[l]a legge straniera è applicata secondo i propri criteri di interpretazione e di applicazione nel tempo.”



l'opzione per un regime convenzionale in deroga al regime legale è consentita con i contenuti e nei limiti specificamente previsti dalla legge applicabile¹⁴².

Tra le definizioni offerte dall'art. 3, par. 1, del regolamento (UE) 2016/1103, figura alla lett. *b*), quella di "convenzione matrimoniale": tale deve intendersi qualsiasi accordo tra i coniugi o i nubendi con il quale essi organizzano il proprio regime patrimoniale. A sua volta, l'art. 3, par. 1, lett. *c*), del regolamento (UE) 2016/1104 definisce la nozione di "convenzione tra *partner*" come "qualsiasi accordo tra i *partner* o i futuri *partner* con il quale essi organizzano gli effetti patrimoniali della loro unione registrata".

Le convenzioni matrimoniali si collocano quindi sul piano dell'autonomia sostanziale e lo spazio per l'esercizio concreto di tale autonomia deve determinarsi di volta in volta in base alla legge che risulta applicabile secondo le norme di conflitto uniformi dettate dai regolamenti gemelli oppure, ove applicabili *ratione temporis*, in base all'art. 30 e all'art. 32-ter, comma 4, l. n. 218/1995.

Così, la disposizione di cui all'art. 161 cod. civ., secondo la quale "gli sposi non possono pattuire in modo generico che i loro rapporti patrimoniali siano in tutto o in parte regolati da leggi alle quali non sono sottoposti o dagli usi, ma devono enunciare in modo concreto il contenuto dei patti con i quali intendono regolare questi loro rapporti", si applica nei casi in cui la legge applicabile ai regimi patrimoniali sia quella italiana. Occorre cioè che, a monte, attraverso il gioco delle norme di conflitto, la questione della legge applicabile sia già stata risolta a favore del diritto materiale italiano. In tali ipotesi, l'art. 161 cod. civ. provvede a stabilire i limiti entro i quali può operare l'autonomia sostanziale dei coniugi in relazione alla recezione negoziale, nell'ambito delle cc.dd. convenzioni matrimoniali atipiche¹⁴³, di norme che appartengono ad un sistema giuridico straniero¹⁴⁴, con l'obiettivo di preservare il rigore formale richiesto dall'art. 162, comma 1, cod. civ. per la stipula delle convenzioni matrimoniali, e al contempo di evitare che le esigenze di tutela dei terzi risultino frustrate da un richiamo generico a riferimenti normativi che ne precluda, o renda comunque difficoltosa, l'immediata identificazione¹⁴⁵.

Ciò posto, occorre tuttavia rilevare che l'art. 25 del regolamento (UE) 2016/1103 provvede, attraverso una norma di diritto internazionale privato materiale, a dettare una disciplina *ad hoc* in punto di validità formale delle convenzioni matrimoniali, che riprende quanto disposto dall'art. 23 riguardo alla validità formale dell'*optio legis*. Tale disposizione, secondo quanto si legge nel Preambolo, si propone di "agevolare l'accettazione negli Stati membri che partecipano al regolamento dei diritti patrimoniali dei coniugi acquisiti per effetto di una convenzione matrimoniale"¹⁴⁶. La convenzione matrimoniale deve essere redatta per iscritto, datata e firmata da entrambi i coniugi (art. 25, par. 1). Oltre a questo requisito minimo, la convenzione matrimoniale dovrà rispettare i requisiti più rigorosi eventualmente previsti per la stipula delle convenzioni matrimoniali dalla legge dello Stato nel quale entrambi i coniugi

¹⁴² Per un'illustrazione comparatistica del quadro normativo vigente negli Stati europei si vedano i contributi richiamati *supra*, paragrafo 1, *sub* nota 7.

¹⁴³ Si veda sul punto Consiglio Nazionale del Notariato, Studio n. 04-2025/C, *Convenzioni matrimoniali atipiche e regimi patrimoniali atipici*, approvato dalla Commissione Studi Civilistici in data 15 gennaio 2025, www.notariato.it.

¹⁴⁴ Sul punto, v. G. CONETTI, *Art. 30*, cit., 1177 s. Si veda inoltre P. PICONE, *Modalità di designazione della legge applicabile nel diritto internazionale privato della famiglia*, in ID., *Studi di diritto internazionale privato*, Jovene, 2003, 677 ss., 689. Sull'applicazione delle disposizioni del diritto straniero fatte oggetto di recezione non spiegherà alcuna influenza il sopraggiungere, in tale ordinamento straniero, di una novella legislativa.

¹⁴⁵ Più ampiamente sulla *ratio* che ispira la disposizione di cui all'art. 161 cod. civ., v. M. SESTA, *Manuale*, cit., 102.

¹⁴⁶ Così espressamente il considerando n. 48.



hanno la residenza abituale. Nel caso in cui, al momento della conclusione della convenzione, la residenza abituale dei coniugi si trovi in Stati membri diversi e la legge di tali Stati preveda requisiti di forma differenti per le convenzioni matrimoniali, la convenzione è valida, quanto alla forma, se soddisfa alternativamente i requisiti della legge di uno dei due Stati. Se, uno solo dei coniugi ha la residenza abituale in uno Stato membro e se tale Stato prevede requisiti di forma supplementari per le convenzioni matrimoniali, si applicano tali requisiti (art. 25, par. 2).

In aggiunta, è previsto che se la legge applicabile al regime patrimoniale tra coniugi impone requisiti formali supplementari, si applicano tali requisiti (art. 25, par. 3).

Occorre rilevare che le condizioni di forma supplementari, previste dagli Stati indicati rispettivamente al par. 2 e al par. 3, non si pongono in termini alternativi, ma cumulativi: il *pactum de lege utenda* dovrà perciò soddisfare anche le condizioni di forma supplementari previste dalla *lex causae* ove queste ultime siano più stringenti¹⁴⁷. Se ne trae che, a dispetto di quanto enunciato nel Preambolo, la *ratio* che ispira tale disposizione è semmai quella di favorire un esercizio consapevole dell'autonomia sostanziale¹⁴⁸.

Quanto invece alle questioni che attengono alla validità sostanziale delle convenzioni matrimoniali, esse sono da risolvere, per espressa previsione dell'art. 27, lett. g), in applicazione della stessa legge applicabile al regime patrimoniale, così come designata dagli stessi coniugi tramite l'*optio legis* oppure, in mancanza, secondo i criteri stabiliti dall'art. 26.

Allargando lo sguardo al diverso versante che concerne l'armonizzazione delle norme di diritto materiale, risulta opportuno operare un rapido cenno all'accordo bilaterale stipulato tra Francia e Germania in data 24 febbraio 2010¹⁴⁹. In vigore dal 1° maggio 2013, l'accordo istituisce un regime opzionale che combina elementi del regime francese della *participation aux acquêts* con elementi del regime tedesco della *Zugewinnngemeinschaft*: i rispettivi patrimoni restano distinti durante il matrimonio, come in un regime di separazione dei beni, e, solo al termine del matrimonio, gli incrementi patrimoniali realizzati sono soggetti a conguaglio fra i coniugi¹⁵⁰. L'opzione per tale regime da parte dei coniugi è ammessa, come prescritto dall'art. 1, nei casi in cui le pertinenti norme di diritto internazionale privato conducano all'applicazione del diritto francese oppure del diritto tedesco. Così, una coppia composta da un cittadino italiano e da un cittadino francese, residenti abitualmente in Italia, potrà avvalersi dell'*optio legis* per designare come legge applicabile il diritto francese e avere accesso quindi al regime opzionale ivi previsto. Viceversa, tale possibilità è preclusa per le coppie internazionali che non abbiano legami – non la cittadinanza e nemmeno la residenza abituale – né con la Francia, né con la Germania.

¹⁴⁷ Sul punto v. D. DAMASCELLI, *La legge*, cit., 1144.

¹⁴⁸ Per tale rilievo, v. P. FRANZINA, *L'inserimento di norme materiali in misure legislative dell'Unione nel campo del diritto internazionale privato*, in *Riv. dir. int.*, 2018, 559 ss. L'A. mette peraltro in evidenza le criticità che si pongono avendo riguardo alla base giuridica: l'art. 81, par. 3, TFUE, invero, consente l'inserimento di norme materiali al solo fine di supportare la funzionalità delle norme di diritto internazionale privato uniformi europee.

¹⁴⁹ *Accord entre la République fédérale d'Allemagne et la République française instituant un régime matrimonial optionnel de la participation aux acquêts*: il testo è pubblicato in *United Nations Treaties Series. Vol. 2932*, 2013, no. 51009, 249 ss.

¹⁵⁰ In argomento, v. E. BECKER, *The Franco-German agreement on an elective 'community of accrued gains' matrimonial property regime*, 2010, www.europarl.europa.eu; M. G. CUBEDDU WIEDEMANN, *The Optional Matrimonial Property regime. The Franco-German community of accrued gains*, Intersentia, 2014. Per un quadro delle diverse posizioni espresse nella dottrina italiana circa il valore aggiunto apportato dall'istituzione di tale regime opzionale, v. G. SPELTA, *I rapporti patrimoniali della famiglia: il nuovo regime convenzionale franco-tedesco*, in www.comparazionedirittoecivile.it, dicembre 2015, 2, e bibliografia ivi citata. Per ulteriori riferimenti v. M. PINARDI, *I regolamenti europei del 24 giugno 2016 nn. 1103 e 1104 sui regimi patrimoniali tra coniugi e sugli effetti patrimoniali delle unioni registrate*, in *Europa e dir. priv.*, 2018, 733 ss.



Lo stesso schema troverebbe applicazione ove in futuro nuovi Stati aderissero a tale strumento pat-
tizio, come previsto dalla clausola di adesione di cui all'art. 21: il regime opzionale sarebbe allora frui-
bile in tutti i casi in cui risulti applicabile la legge di uno degli Stati che hanno ratificato l'accordo. Ne
deriverebbe un'ulteriore valorizzazione dell'autonomia sostanziale dei coniugi nell'ottica di consentire
loro di pervenire alle soluzioni più confacenti alla regolazione dei propri interessi patrimoniali. Ad oggi
solo alcuni Stati hanno manifestato interesse ad aderire, mentre, da altra prospettiva, si segnala il caso
del Belgio, che ha varato una riforma sul piano interno che riprende i contenuti del regime opzionale
istituito dall'accordo franco-tedesco ¹⁵¹.

Un'ultima riflessione può svolgersi riguardo alle fattispecie puramente interne all'ordinamento ita-
liano, ove i coniugi siano interessati ad organizzare il proprio regime patrimoniale prendendo a modello
il regime opzionale franco-tedesco. In tali ipotesi, i coniugi italiani potrebbero avvalersi dello strumento
della recezione negoziale, nei termini previsti dall'art. 161 cod. civ., per aver accesso alle disposizioni
che compongono il regime materiale uniforme di cui all'accordo bilaterale franco-tedesco, dovendosi
tuttavia precisare che in via di principio l'importazione di modelli stranieri nel nostro ordinamento, nel
perimetro dell'autonomia negoziale, potrà avere luogo soltanto a condizione che non ne risultino intac-
cati i diritti e i doveri inderogabili previsti dalla legge italiana per effetto del matrimonio ¹⁵².

7. La disciplina prevista per le ipotesi di mancata scelta (art. 26, reg. (UE) 2016/1103)

A completamento della disamina proposta, occorre aggiungere alcuni cenni riguardo ai criteri ogget-
tivi dettati dall'art. 26 del regolamento (UE) 2016/1103, destinati ad entrare in gioco nel caso in cui i
coniugi non abbiano concluso un accordo sulla legge applicabile oppure ove essi abbiano esercitato
l'*optio legis* senza però attenersi ai limiti fissati dall'art. 22.

L'art. 26 detta una disciplina articolata che si propone di conciliare le esigenze di certezza del diritto
e prevedibilità della legge applicabile con le circostanze della vita reale della coppia ¹⁵³, prevedendo una
serie di criteri di collegamento "a cascata", secondo la tecnica del concorso successivo.

Il criterio privilegiato è quello della residenza abituale dei coniugi indicata al primo posto della se-
quenza dei criteri in base ai quali deve essere determinata la legge applicabile al regime matrimoniale
(art. 26, par. lett. a)). Si determina quindi un rovesciamento di prospettiva rispetto alla disciplina inter-
nazionalprivatistica italiana, incentrata all'opposto sul criterio della cittadinanza comune dei coniugi per
effetto del richiamo operato dall'art. 30, comma 1, della l. 218/1995 alla disciplina dettata in tema di
rapporti personali tra coniugi dall'art. 29 della stessa legge ¹⁵⁴.

Più precisamente, l'operatività del criterio di cui si tratta è circoscritta alla "prima residenza abituale
comune dei coniugi dopo la conclusione del matrimonio". Tale potrà essere sicuramente la residenza
abituale comune già in essere al momento della conclusione del matrimonio, ma, di pari passo, anche
una residenza abituale che si stabilizzi, con i caratteri già illustrati in precedenza ¹⁵⁵, dopo la conclusione

¹⁵¹ Tra questi in particolare, il Lussemburgo, l'Ungheria e la Bulgaria. Su tali aspetti, v. H. THijs, *The Franco-German Common Optional Matrimonial Property Regime: A Guide for Future European Harmonization*, in *Eur. Rev. Priv. Law*, 2021, 489 ss.

¹⁵² Sul punto, v. M. SESTA, *Manuale*, cit., 109.

¹⁵³ Così espressamente il considerando n. 49.

¹⁵⁴ Per tale rilievo, v. P. FRANZINA, I. VIARENGO, *General Introduction*, cit., 1 ss., 10.

¹⁵⁵ V. *supra*, paragrafo 4.



del matrimonio, purché, però, entro un lasso temporale ragionevolmente breve. Così ove i coniugi concludano il matrimonio in Spagna, ma abbiano già pianificato di stabilire la propria residenza abituale in Italia e tale trasferimento venga a concretizzarsi nel volgere di alcuni mesi, la legge applicabile, quale legge dello Stato della prima residenza abituale comune dopo il matrimonio, sarà quella italiana. Viceversa, ove dopo il matrimonio i coniugi risiedano in Stati diversi senza ricongiungersi stabilmente in tempi ragionevolmente brevi il criterio della prima residenza abituale comune dovrà lasciare spazio ai criteri successivi.

La norma peraltro non fissa in alcun modo la durata del lasso temporale entro il quale dovrebbe essere stabilita la prima residenza abituale comune dopo la conclusione del matrimonio. Ciò ha generato posizioni discordanti in dottrina quanto alle precise circostanze che, in concreto, dovrebbero indurre a ripiegare sui criteri successivi e in particolare all'estensione del lasso temporale oltre il quale verrebbe a determinarsi una cesura temporale sproporzionata rispetto al momento in cui è stato concluso il matrimonio, inibendo l'operare del criterio in esame¹⁵⁶. Su questo punto si attendono gli sviluppi della prassi, ma l'impostazione corretta sembra quella di procedere ad una valutazione caso per caso, tenendo conto delle specificità della singola fattispecie concreta, mentre sembra doversi respingere l'impiego di parametri temporali rigidi, variamente proposti in dottrina, che non trovano alcun riscontro nel dettato normativo e rischiano pertanto di risultare arbitrari¹⁵⁷.

Al di là del profilo problematico ora indicato, la *ratio* della norma può cogliersi agevolmente: a fronte della variabilità intrinseca del criterio della residenza abituale, l'ancoraggio di tale criterio ad un certo momento temporale esclude che possano intervenire variazioni della legge applicabile per effetto di un semplice mutamento delle circostanze di fatto o giuridiche assunte dalla norma di conflitto come criteri di collegamento. Lo stesso vale per gli altri criteri previsti, in subordine, dall'art. 26, che, come si dirà subito, sono temporalmente riferiti alla conclusione del matrimonio.

Anche sotto tale aspetto si rinviene una radicale innovazione rispetto all'approccio accolto nella disciplina di cui all'art. 30 della l. n. 218/1995. Infatti, i coniugi che non si siano avvalsi dell'*optio legis* si trovano a dover fare i conti con l'incertezza giuridica derivante dal c.d. conflitto mobile: la legge applicabile al regime patrimoniale, individuata sulla base dei criteri dettati dall'art. 29, è infatti esposta alle variazioni indotte in modo automatico dal mutare della cittadinanza comune o, in mancanza di essa, delle circostanze atte a individuare la localizzazione prevalente della vita matrimoniale¹⁵⁸.

Tornando all'analisi della disciplina del regolamento, per le ipotesi sopra riferite in cui il criterio della prima residenza abituale comune dei coniugi non possa operare, subentra il criterio della cittadinanza comune dei coniugi al momento della conclusione del matrimonio (art. 26, par. 1, lett. b))¹⁵⁹. In

¹⁵⁶ Sul punto, v. D. MARTINY, *Article 26. Applicable law in the absence of choice by the parties*, in I. VIARENGO – P. FRANZINA (eds.), *The EU Regulations on the Property Regimes*, cit., 241 ss., 250. Cfr. D. DAMASCELLI, *Determining the Applicable Law*, cit., 315 ss.

¹⁵⁷ In questo senso v. A. BONOMI, *Article 26. Loi applicable à défaut de choix par les parties*, in A. BONOMI, P. WAUTELET (a cura di), *Le droit européen*, cit., 813 ss., 787. In senso analogo, v. D. DAMASCELLI, *Determining the Applicable Law*, cit., 316 s.

¹⁵⁸ V. sul punto G. CONETTI, *Art. 30*, cit., 1176 s., che rileva come l'esercizio da parte dei coniugi della facoltà di scegliere la legge regolatrice possa fungere da strumento per "sottrarre la disciplina dei rapporti patrimoniali alla mutabilità della legge applicabile", fermo restando che anche la designazione della legge applicabile da parte dei coniugi può, a sua volta, essere revocata o mutata. Più ampiamente sulle problematiche correlate alla variabilità della legge regolatrice dei regimi patrimoniali, v. N. CIPRIANI, *Rapporti patrimoniali tra coniugi, norme di conflitto e variabilità della legge applicabile*, in *Rass. dir. civ.*, 2009, 19 ss.

¹⁵⁹ Per l'eventualità in cui i coniugi abbiano più di una cittadinanza comune, l'art. 26, par. 2, stabilisce che l'applicazione



ulteriore subordine, ove i coniugi abbiano diverse cittadinanze o più cittadinanze comuni, entra in gioco un criterio più flessibile: la legge applicabile ai regimi patrimoniali tra coniugi dovrà infatti determinarsi in applicazione della legge dello Stato con il quale i coniugi presentano congiuntamente il collegamento più stretto al momento della conclusione del matrimonio, tenuto conto di tutte le circostanze (art. 26, par. 1, lett. c)).

Rispetto al criterio della prevalente localizzazione della vita matrimoniale impiegato nel quadro della disciplina internazionalprivatistica interna¹⁶⁰, si osservano ampie similitudini. Entrambi i criteri costituiscono infatti applicazioni del criterio del collegamento più stretto¹⁶¹ e, ai fini della loro applicazione concreta, occorre tener conto di tutti gli elementi del contesto sociale che consentono di individuare il centro degli interessi della coppia. Tuttavia, il criterio previsto dal regolamento ha una formulazione più rigida, che risponde alla più volte richiamata esigenza di garantire maggiore certezza giuridica: la valutazione di tutti gli indici significativi deve infatti essere effettuata avendo riguardo al momento della conclusione del matrimonio e non già all'intero arco della vita matrimoniale nel momento in cui sorge l'esigenza di regolare la questione. Nondimeno, anche in questo caso, le circostanze che potranno costituire oggetto di apprezzamento da parte dell'organo giudicante sono molteplici¹⁶² e la concreta applicazione di tale criterio è suscettibile di dar luogo ad incertezze¹⁶³.

La disciplina dettata dall'art. 26 per le ipotesi di mancata scelta contempla, al par. 3, una clausola d'eccezione¹⁶⁴, che consente di valorizzare ai fini dell'individuazione della legge regolatrice l'ultima residenza abituale comune, stabilita dai coniugi in un altro Stato per un periodo "significativamente più lungo" rispetto a quello della prima residenza abituale comune dopo la conclusione del matrimonio. Più precisamente, è previsto che l'autorità giurisdizionale competente a decidere su questioni inerenti al regime patrimoniale tra coniugi possa, su richiesta di uno dei coniugi, decidere in via d'eccezione che la legge di uno Stato diverso da quello la cui legge è applicabile ai sensi dell'art. 26, par. 1, lett. a), disciplini il regime patrimoniale tra coniugi¹⁶⁵.

Evidenti peculiarità connotano la clausola d'eccezione in esame in raffronto a quelle inserite in altri regolamenti. Anzitutto occorre notare che la sua applicazione è subordinata alla richiesta di una delle parti¹⁶⁶. Devono inoltre essere cumulativamente soddisfatte due condizioni sostanziali: in primo luogo,

della legge dello Stato della prima residenza abituale comune dei coniugi dopo la conclusione del matrimonio oppure, in subordine, della legge dello Stato con il quale i coniugi presentano assieme il collegamento più stretto al momento della conclusione del matrimonio, tenuto conto di tutte le circostanze.

¹⁶⁰ Art. 29, comma 2, l. n. 218/1995.

¹⁶¹ Sul criterio del collegamento più stretto, v. F. MOSCONI, C. CAMPIGLIO, *Diritto internazionale privato e processuale. Volume I*, cit., 243 ss.

¹⁶² In merito alla disciplina di cui all'art. 30 l. n. 218/1995, v. U. VILLANI, *I rapporti patrimoniali tra coniugi*, cit., 448, che osserva come "l'aderenza della legge regolatrice al dato reale della localizzazione della vita matrimoniale si realizza [...] al prezzo di un evitabile margine di incertezza circa l'individuazione della legge applicabile". Sui vantaggi insiti in un approccio flessibile, v. per tutti I. VIARENGO, *Autonomia della volontà*, cit., 80 ss.

¹⁶³ N. JOUBERT, *La dernière pierre*, cit., 20.

¹⁶⁴ Riguardo alla natura e alle funzioni delle clausole di eccezione nel diritto internazionale privato, con riguardo alla determinazione del diritto applicabile, v. J. D. GONZÁLEZ CAMPOS, *Diversification, spécialisation, flexibilisation et matérialisation des règles de droit international privé*, in *Recueil des cours*, t. 287, 2000, 253 ss.

¹⁶⁵ Per contro, la legge regolatrice individuata attraverso il criterio della cittadinanza nonché attraverso il criterio della legge dello Stato con il quale la coppia presenta il legame più stretto al momento della conclusione del matrimonio non può essere rimessa in causa mediante la clausola di eccezione.

¹⁶⁶ Tale requisito non trova corrispondenza nella clausola di eccezione di cui all'art. 4, par. 3, reg. Roma I in materia di obbligazioni contrattuali, né nella clausola omologa di cui all'art. 4, par. 3, del reg. (CE) n. 864/2007 del Parlamento europeo e del Consiglio dell'11 luglio 2007 sulla legge applicabile alle obbligazioni extracontrattuali («Roma II»), in GUCE, L 199/40



l'istante è tenuto a dimostrare la maggior estensione temporale dell'ultima residenza abituale stabilita in tale Stato, senza che, almeno in apparenza, sia possibile valorizzare circostanze di altra natura, tra cui in particolare il fatto che la nuova residenza abituale si prefiguri nel caso concreto come potenzialmente stabile¹⁶⁷. A questa prima condizione si affianca quella secondo cui entrambi i coniugi devono aver fatto affidamento su tale diversa legge nell'organizzazione o pianificazione dei propri rapporti patrimoniali: in concreto varie circostanze potranno essere tenute in considerazione purché siano rinvenibili riscontri oggettivi. Soltanto ove entrambe le condizioni riferite risultino soddisfatte, sarà possibile derogare alla legge applicabile individuata in base all'art. 26, par. 1, lett. a)¹⁶⁸.

L'orizzonte è quello di assicurare maggior prossimità tra la legge applicabile e la vita della coppia consentendo di pervenire, a seguito di una variazione significativa della residenza abituale, ad un aggiustamento della legge regolatrice che rispecchi il nuovo baricentro degli interessi patrimoniali della coppia, suffragato da un'imprescindibile verifica riguardo all'affidamento di entrambe le parti¹⁶⁹.

Il regime della clausola di eccezione è corredato dalla previsione secondo la quale legge dell'ultima residenza abituale si applica dalla conclusione del matrimonio, salvo disaccordo di uno dei coniugi. In quest'ultimo caso, gli effetti si producono a decorrere dallo stabilimento dell'ultima residenza abituale comune in tale altro Stato (art. 26, par. 3, 1° cpv.): ciò implica l'applicazione frazionata nel tempo della legge di Stati diversi che potrebbe generare difficoltà applicative. In ogni caso, l'applicazione di tale legge non pregiudica i diritti dei terzi derivanti dalla legge applicabile ai sensi del par. 1, lett. a) (art. 26, par. 3, 2° e 3° cpv.). Da ultimo, l'operatività della clausola di eccezione è esclusa nel caso in cui i coniugi abbiano concluso una convenzione matrimoniale prima della data di stabilimento dell'ultima residenza abituale comune in tale altro Stato (art. 26, par. 3, 4° cpv.), circostanza quest'ultima tale da escludere *a priori* qualsivoglia affidamento da parte dei coniugi circa l'applicazione della legge di uno Stato diverso da quello ai sensi della cui legge è stato raggiunto un accordo finalizzato all'organizzazione del proprio regime patrimoniale¹⁷⁰.

Nella sua applicazione concreta, per il potere di apprezzamento conferito all'organo giudicante¹⁷¹, la clausola d'eccezione potrebbe incidere negativamente sull'applicazione uniforme del regolamento, ma al contempo il rilievo conferito all'ultima residenza abituale comune, alle condizioni indicate, può risultare utile – sia pure in via eccezionale – per far coincidere la legge applicabile al regime matrimoniale con la legge applicabile al divorzio o alla successione¹⁷².

Per quanto attiene invece gli effetti patrimoniali delle unioni registrate, l'art. 26 del regolamento (UE) 2016/1104 prevede in via esclusiva l'applicazione della legge dello Stato ai sensi della cui legge

del 31 luglio 2007. Per un'analisi trasversale delle clausole di eccezione, e della natura poliedrica che le contraddistingue, v. C. CAMPIGLIO, *Poliedricità della clausola di eccezione*, in *Cuad. der. trans.*, 2024, 232 ss.

¹⁶⁷ F. VISMARA, *Legge applicabile in mancanza di scelta*, cit., 366.

¹⁶⁸ D. MARTINY, *Article 26*, cit., 256 s.

¹⁶⁹ Per tale rilievo, N. JOUBERT, *La dernière pierre*, cit., 22 s. V. inoltre A. BONOMI, *Article 26*, cit., 813 ss., che rileva come l'inserimento della clausola di eccezione sia il frutto di un compromesso teso a mitigare gli inconvenienti derivanti dal principio dell'immutabilità della legge applicabile.

¹⁷⁰ Sul punto, v. D. DAMASCELLI, *Rapporti patrimoniali tra coniugi e partner (legge applicabile)*, cit., 1092, *sub nota* 166.

¹⁷¹ Sull'ampiezza del margine di discrezionalità che l'art. 26, par. 3, reg. (UE) 2016/1103 consegna all'autorità giudicante v. I. VIARENGO, *The Coordination*, 277. V. anche F. MOSCONI, C. CAMPIGLIO, *Diritto internazionale privato e processuale. Volume II*, cit., 141.

¹⁷² Cfr. sul punto le disposizioni di cui rispettivamente all'art. 8, lett. b), reg. (UE) n. 1259/2010 e all'art. 21, par. 1, del reg. (UE) n. 650/2012.



l'unione registrata è stata costituita. Nessuna rilevanza è quindi attribuita alla legge dello Stato della prima residenza abituale comune o alla legge dello Stato di comune cittadinanza: ciò in considerazione delle disparità normative tra i diversi Stati *in primis* riguardo alla previsione dell'istituto delle unioni registrate, ma al contempo anche in relazione al relativo regime giuridico. Segue però, anche in questo caso, la previsione di una clausola di eccezione modellata sulla falsariga di quella prevista dall'omologa previsione del regolamento (UE) 2016/1103, sempre a condizione che la legge di tale altro Stato attribuisca effetti patrimoniali all'istituto dell'unione registrata.

8. Rilievi conclusivi

Seppur con i limiti connaturati allo strumento della cooperazione rafforzata, e dunque con effetti circoscritti ai soli diciotto Stati membri partecipanti, l'adozione di un pacchetto di norme di conflitto uniformi in materia di regimi patrimoniali tra coniugi e di effetti patrimoniali delle unioni registrate tramite i regolamenti gemelli del 2016 costituisce per la vita delle coppie che hanno una dimensione transnazionale un avanzamento di indubbio valore. La chiave di volta per quanto concerne la determinazione del diritto applicabile è rappresentata dalla *lex voluntatis*: come già la disciplina di cui all'art. 30, comma 1, della l. n. 218/1995, l'art. 22, par. 1, del regolamento (UE) 2016/1103 conferisce ai coniugi la facoltà di optare per la legge dello Stato di cittadinanza oppure in alternativa per la residenza abituale di entrambi i coniugi ovvero di uno soltanto di essi al momento della conclusione dell'accordo. A tale stregua, l'autodeterminazione dei coniugi si coniuga con l'esigenza di evitare in una materia così sensibile l'applicazione di leggi che non presentino alcun collegamento con la fattispecie.

Fermo il principio della scelta informata, che ispira le disposizioni uniformi dettate dal regolamento riguardo alla validità formale e sostanziale dell'accordo, l'*optio legis* può essere esercitata dai coniugi per designare la legge materialmente più adatta a regolare i propri interessi con riguardo alla totalità dei beni. I coniugi potranno poi optare per una legge diversa anche nel corso del matrimonio – tramite una manifestazione espressa – ove si trasferiscano in un altro Stato nell'ottica di adeguare la legge applicabile al regime patrimoniale al mutato contesto giuridico in cui si svolge la vita della coppia. Ciò eventualmente anche con effetti retroattivi, ma fatte salve le esigenze di tutela dei terzi, che assumono in materia rilievo preminente. La scelta della legge applicabile si pone dunque in linea di continuità con l'autonomia di cui i coniugi godono ampiamente, con modulazioni variabili da Stato e Stato, sul versante del diritto materiale.

L'autonomia internazionalprivatistica si proietta al contempo in un orizzonte funzionale a realizzare un coordinamento rispetto agli altri regolamenti adottati dall'Unione europea che compongono, settorialmente, il *corpus* delle fonti normative rilevanti ai fini della determinazione della legge applicabile nelle relazioni familiari transfrontaliere in modo da sottoporre ad un'unica legge i diversi aspetti che, con lo scioglimento del matrimonio, devono essere regolati.

Un accordo sulla legge regolatrice non potrà tuttavia essere raggiunto in tutti i casi oppure risultare produttivo di effetti. Per queste ipotesi, entra in gioco la disciplina dettata dall'art. 26, che assegna un ruolo privilegiato alla prima residenza abituale comune dei coniugi dopo la conclusione del matrimonio, innovando radicalmente rispetto all'approccio accolto nella disciplina di conflitto interna di cui all'art. 30 della l. 218/1995, incentrato sulla cittadinanza comune dei coniugi ed in ogni caso aperto a variazioni indotte dal mutamento delle circostanze di fatto secondo la tecnica del conflitto mobile.



Si prospettano peraltro tutt'altro che marginali le ipotesi in cui il criterio della prima residenza abituale comune dopo il matrimonio non risulterà idoneo a funzionare nel caso concreto, lasciando spazio all'applicazione a cascata degli ulteriori criteri contemplati dall'art. 26 – la cittadinanza e, in ulteriore subordine, il criterio flessibile della legge dello Stato con il quale coniugi presentano assieme il collegamento più stretto, entrambi riferiti al momento della conclusione del matrimonio. Inoltre, l'applicazione della legge dello Stato della prima residenza abituale comune potrà essere accantonata ove, su iniziativa di uno dei coniugi, il giudice adito ritenga soddisfatte le condizioni per l'applicazione della clausola di eccezione prevista dall'art. 26, par. 3, che, in deroga alla regola principale, conferisce risalto all'ultima residenza abituale comune stabilita dai coniugi in un altro Stato purché protrattasi per un periodo significativamente più lungo. Nella prassi dinanzi alle autorità giurisdizionali italiane, ad oggi non ancora ricostruibile nelle sue linee di sviluppo, l'applicazione dell'articolata disciplina dettata dall'art. 26 per le ipotesi di mancata scelta potrà generare incertezze. Di qui l'importanza per i coniugi di disporre di tutte le informazioni necessarie, accedendo a una consulenza legale specializzata, per avvalersi in modo consapevole della facoltà di scelta della legge regolatrice e mettersi al riparo da esiti applicativi non facilmente prevedibili.



EUGENIO FAZIO*

**PROPRIETÀ INTELLETTUALE CLAUDICANTE, *ARTIFICIAL INTELLIGENCE*
E CREAZIONE ARTISTICA******IMPERFECT INTELLECTUAL PROPERTY, ARTIFICIAL INTELLIGENCE,
AND ARTISTIC CREATION**

ABSTRACT: Il saggio affronta il complesso tema della tutela autorale e della intelligenza artificiale creativa, con particolare riferimento alla protezione attribuibile alle opere nuove create dall'AI generativa, senza trascurare la disamina del rapporto tra la proprietà intellettuale e il tradizionale carattere della perpetuità della situazione proprietaria; il venir meno del suddetto requisito e pertanto la sussistenza di situazioni proprietarie claudicanti o incerte risulta oggetto di considerazione specie riguardo al settore della creatività computazionale e dunque alla creazione artistica algoritmica.

All'indagine relativa alla attribuzione dei diritti di sfruttamento economico delle opere dell'ingegno create dall'AI segue l'analisi della articolata questione della protezione dei diritti anche d'autore dei titolari delle opere e dei testi elaborati dall'intelligenza artificiale generativa per apprendere e realizzare contenuti nuovi.

ABSTRACT: The essay addresses the complex topic of aural protection and creative artificial intelligence, with particular reference to the protection attributable to new works created by generative AI, without neglecting to examine the relationship between intellectual property and the traditional perpetual nature of the ownership situation; the failure of the aforementioned requirement and therefore the existence of claudicant or uncertain proprietary situations is the object of consideration especially with regard to the field of computational creativity and therefore to algorithmic artistic creation.

The investigation into the attribution of economic exploitation rights to intellectual works created by AI is followed by an analysis of the complex issue of protecting the copyright of the owners of works and texts developed by generative artificial intelligence to learn and create new content.

SOMMARIO: 1. *Tutela autorale e intelligenza artificiale creativa.* – 2. *Opera AI-generated, attribuzione di diritti patrimoniali e loro durata.* – 3. *Tutela a monte delle opere dalle quali l'AI generativa apprende.*

1. Tutela autorale e intelligenza artificiale creativa

Tradizionalmente la proprietà dei beni immateriali risulta finalizzata a promuovere lo sviluppo delle espressioni dell'ingegno e della creatività, sebbene nel contesto attuale di espansione vorticoso delle tecnologie la tutela autorale sembri porsi in contrasto con la destinazione delle opere dell'ingegno e anche di quelle prodotte dall'intelligenza artificiale alla fruizione collettiva, funzionale al progresso della cultura e della tecnica¹. In altri termini i diritti di esclusiva degli autori e le speculari possibilità di

* Professore associato di Diritto privato – Università degli Studi di Messina.

** Contributo sottoposto a revisione.

¹ Cfr. M. TRIMARCHI, *La proprietà. Per un sistema aperto italo-europeo*, Torino, 2015, pp. 167 ss.



sfruttamento economico delle opere, alla base del riconoscimento della proprietà intellettuale, appaiono soccombenti di fronte alla facilità e alla serialità delle riproduzioni, sì da imporre non solo un suo radicale ripensamento ma anche sul versante nazionale e internazionale l'elaborazione di nuovi strumenti di tutela e lo sviluppo di dispositivi tecnici che rendano difficili le duplicazioni.

La proprietà intellettuale, come altre tipologie proprietarie, pone poi questioni significative dal punto di vista sistemico-ricostruttivo con riferimento al tradizionale carattere della perpetuità, dovendosi accertare specie riguardo al settore della creatività computazionale e dunque alla creazione artistica algoritmica il venir meno del suddetto requisito e pertanto la sussistenza di situazioni proprietarie claudicanti o incerte.

Va preliminarmente rilevato come nel mutato orizzonte dell'espressività artistica le opere dell'ingegno realizzate dall'intelligenza artificiale in modo più o meno indipendente dal controllo e dall'intervento umano risultano frutto di un'attività *lato sensu* creativa, sicché la creatività computazionale comprende le applicazioni più semplici e quelle più complesse, dai traduttori agli applicativi utilizzati dalle redazioni giornalistiche per gli articoli di cronaca sino ai dischi musicali, come *Hello World* inciso da un'AI all'esito dell'elaborazione di dati di *input* costituiti dalla traduzione in linguaggio *machine-readable* di ritmi e melodie; senza trascurare ancora la diffusione di sistemi di AI fondati su algoritmi generativi (quali Chat GPT di OpenAI o Gemini di Google)², che, a seguito di specifiche "istruzioni" (*prompt*), creano testi nuovi e originali quale risultato dell'apprendimento dipendente dalla consultazione di dati e contenuti in rete³. Peraltro la creatività algoritmica determina il rischio dell'omogeneizzazione dei prodotti culturali in quanto l'approccio statistico del processo generativo dell'intelligenza artificiale rende fondamentale il ruolo dei *dataset* utilizzati, i quali non sono soggetti a frequenti modifiche e aggiornamenti e in ragione di ciò impediscono alle macchine di evidenziare il medesimo grado di adattamento dell'intelligenza umana.

Orbene in materia di proprietà intellettuale tali sistemi pongono due tipologie di problemi, la cui soluzione è preliminare alla disamina di alcuni profili della proprietà claudicante, incerta o instabile: il primo riguarda la tutela attribuibile alle "opere nuove" create dall'AI generativa⁴, nuove in quanto non

² *Amplius* sul tema v. U. RUFFOLO, in U. RUFFOLO – A. AMIDEI, *Diritto dell'intelligenza artificiale. Volume II – Proprietà industriale e intellettuale. CorpTech. Giustizia predittiva. Transumanesimo. AI generativa. Metaverso*, Roma, 2024, pp. 139 ss. Per una panoramica completa sulle tipologie di sistemi di intelligenza artificiale impiegati nell'industria creativa v. J. C. GINSBURG – L. A. BUDIARDJO, *Authors and Machines*, in *Berkeley Technology Law Journal*, XXXIV, 2, 2019.

³ Con riferimento alla generazione di immagini, talune applicazioni informatiche abilitano gli utenti a produrre celermente un notevole repertorio di opere visive partendo da istruzioni di semplice complessità; cfr. A. ROSSI, *Opere in cerca d'autore: creatività, copyright e sistemi di Intelligenza Artificiale generativa di immagini*, in *Dir. internet*, 2023, p. 617; di un livello di sofisticazione che spesso rende difficile distinguere tra creazioni umane e artificiali discorre E. C. RAFFIOTTA, *La tutela delle opere generate dall'intelligenza artificiale: il principio antropocentrico tra prospettive passate e future*, in *Il dir. ind.*, 2024, p. 528.

⁴ Sul tema cfr. P. GITTO, *New York Times vs. OPENAI, Microsoft et al.: conflitti attuali fra intelligenza artificiale e diritto d'autore*, in *Giust. civ.*, 2024, pp. 184 ss.; V. FRANCESCHELLI, *Il diritto americano, Copyright, e l'opera realizzata con l'Intelligenza Artificiale (a proposito di Stephen L. Thaler e dell'opera denominata "A Recent Entrance to Paradise")*, in *Riv. dir. ind.*, 2025, II, p. 49; G. SANSEVERINO, *Ex machina. La novità e l'originalità dell'invenzione "prodotta" dall'IA*, in *Annali italiani del Diritto d'Autore, della cultura e dello spettacolo*, 2018, I, p. 11; G. FROSIO, *L'(I)Autore inesistente: una tesi tecnologica contro la tutela dell'opera generata dall'intelligenza artificiale*, in *AIDA*, 2020, p. 52; N. MUCCIACCIA, *Diritti connessi e tutela delle opere dell'intelligenza artificiale*, in *Giur. comm.*, 2021, p. 761; C. DI BENEDETTO, *Creatività artificiale e diritti d'autore*, in *AIDA*, 2022, p. 388; G. DORIA, *Proprietà intellettuale e intelligenza artificiale*, Padova, 2023; V. IAIA, *L'originalità sostenibile nel diritto d'autore. Carattere creativo, tecnologie di frontiera, concorrenza*, Torino, 2024; ID., *La proprietà intellettuale nell'era dell'intelligenza artificiale*, Milano, 2025; A. SIROTTI GAUDENZI, *Il nuovo diritto d'autore. La tutela della proprietà intellettuale nell'era dell'intelligenza artificiale*, Sant'Arcangelo di Romagna, 2024; F. FERRARI, *La*



rappresentano *remake* dei modelli elaborati dalla macchina per giungere all'atto creativo né si limitano alla semplice sommatoria e combinazione degli stessi; il secondo concerne la protezione dei diritti anche d'autore dei titolari delle opere e dei testi elaborati dall'intelligenza artificiale generativa per apprendere e realizzare contenuti nuovi⁵.

Con riferimento al primo profilo si pone in particolare la questione della eventuale protezione degli *AI-generated work* alla stregua della normativa in materia di diritto d'autore e pertanto della ricorrenza per queste opere dei caratteri della originalità e creatività, necessari per la loro tutela e tradizionalmente imputati agli esseri umani⁶; nel caso di risposta positiva l'ulteriore dubbio ermeneutico attiene poi all'identificazione del soggetto da considerarsi autore, quantomeno con riferimento al diritto morale, oltre a doversi stabilire a chi spetti, invece, il diritto di sfruttamento economico delle opere dell'ingegno create dall'AI, specie in ragione del fatto che l'opacità dei sistemi più avanzati di intelligenza artificiale spesso non consente alla persona fisica di prevedere il risultato dell'elaborazione algoritmica⁷. Ciò condurrebbe alla inesistenza di un "autore" dell'*AI-generated work* e alla non tutelabilità di tali opere attraverso la normativa autorale, tesi a mio parere non condivisibile giacché il difetto di un "creatore umano" non deve necessariamente portare a concludere per l'integrale mancanza di protezione e il conseguente ingresso dell'opera *AI-generated* in pubblico dominio⁸.

2. Opera *AI-generated*, attribuzione di diritti patrimoniali e loro durata

Per risolvere le questioni poste in materia di arte algoritmica è opportuno allora richiamare la distinzione tra opera *AI-generated* e *AI-assisted*, laddove nel primo caso l'intelligenza artificiale assumerebbe decisioni creative indipendenti dall'essere umano e imprevedibili, mentre nell'altra ipotesi l'AI rilevarebbe quale strumento servente rispetto a una attività creativa che nel suo *input* iniziale come nella selezione degli *output* rimarrebbe in capo all'essere umano⁹.

tutela autorale dell'opera d'arte creata dall'intelligenza artificiale: qualche considerazione introduttiva, in *Arte dir.*, 2022, p. 97; S. LAVAGNINI, *Intelligenza Artificiale e proprietà intellettuale: proteggibilità delle opere e titolarità dei diritti*, in *Dir. aut.*, 2018, p. 360 ss.; D. FABRIS, *L'avvento dell'autore artificiale e l'appartenenza dei diritti d'autore sulle opere generate dall'AI: "vecchie" regole per nuovi fenomeni?*, in *AIDA*, 2022, p. 403 ss.; CUBERT – BONE, *The law of intellectual property created by artificial intelligence*, in BERFIELD – PAGALLO, *Law of artificial intelligence*, Edward Elgar, 2018, p. 411; SAMORE, *Artificial intelligence and the patent system: can a new tool render a once patentable idea obvious*, *ivi*, p. 471; A. MUSSO, *L'impatto dell'ambiente digitale su modelli e categorie dei diritti d'autore o connessi*, in *Riv. trim. dir. proc. civ.*, 2018, p. 471; G. GHIDINI – I. AUSTONI, *Una breve riflessione giuspolitica sulle creazioni realizzate attraverso robot "self-learning"*, in *Design e innovazione digitale. Dialogo interdisciplinare per un ripensamento delle tutele*, a cura di B. PASA, Napoli, 2021, p. 51 ss.; P. INIGUEZ ORTEGA, *Artificial Intelligence (special reference to Big Data) and Intellectual Property Law. Issues and opportunities*, in A. MIRONE – R. PENNISI, *Studi di diritto commerciale per Vincenzo Di Cataldo*, Torino, 2021, p. 277 ss.; M. D'ONOFRIO, *Azioni e creazioni dell'intelligenza artificiale: soggettività, responsabilità e diritti d'autore*, in *Tecn. e dir.*, 2024, p. 66 ss.

⁵ Cfr. A. AMIDEI, in U. RUFFOLO – A. AMIDEI, *Diritto dell'intelligenza artificiale. Volume II – Proprietà industriale e intellettuale. CorpTech. Giustizia predittiva. Transumanesimo. AI generativa. Metaverso*, Roma, 2024, p. 80.

⁶ Cfr. G. SPEDICATO, *Creatività artificiale, mercato e proprietà intellettuale*, in *Riv. dir. ind.*, 2019, pp. 253 ss.; M. GIgliOTTI, *Le nuove frontiere della Quantum Technology tra AI e "adattamenti" del diritto della proprietà intellettuale*, in *Tecn. e dir.*, 2025, pp. 380 ss.

⁷ Cfr. P. GITTO, *New York Times vs. OPENAI, Microsoft et al.: conflitti attuali fra intelligenza artificiale e diritto d'autore*, *cit.*, p. 194 ss.

⁸ Peraltro l'assenza di tutela giuridica per le opere realizzate con l'intelligenza artificiale, oltre a poter rappresentare un ostacolo per l'innovazione tecnologica e il progresso culturale, non sarebbe una via efficace per renderle fruibili dalla collettività, considerato che con grande probabilità tale misura indurrebbe gli esseri umani ad attribuirsi la paternità delle opere computazionali.

⁹ Cfr. G. SENA, *Intelligenza artificiale, opere dell'ingegno e diritti di proprietà industriale e intellettuale*, in *Riv. dir. ind.*,



Sebbene la distinzione predetta appaia non sempre agevole in ragione ad esempio della difficoltà di considerare l'AI mero ausilio a servizio della creazione umana quando l'autonomia del sistema raggiunga livelli elevati, in prima approssimazione qualora l'opera venga realizzata da una persona fisica che utilizzi un sistema di intelligenza artificiale con ruolo servente, l'attribuzione dei diritti di esclusiva non pare evidenziare profili problematici rispetto al quadro emergente dalla tradizione; in questi casi in altri termini il contributo umano, di portata non irrilevante, consiste nella istruzione e formulazione di specifici *task* assegnati alla macchina, nonché nella somministrazione di istruzioni, la cui elaborazione viene poi affidata all'intelligenza artificiale.

E in questa direzione sembra muoversi lo stesso legislatore italiano (v. l. n. 132 del 2025)¹⁰, il cui art. 25 estende la definizione dell'opera dell'ingegno umano anche a quelle “create con l'ausilio di strumenti di intelligenza artificiale, purché costituenti risultato del lavoro intellettuale dell'autore”¹¹; e nello stesso senso è andata, oltre alla nota pronuncia della Corte di Cassazione 16 gennaio 2023, n. 1107, relativa ad una controversia avente ad oggetto la tutela di una scenografia del Festival di Sanremo 2016¹², la decisione assunta nel novembre 2023 dalla Beijing Internet Court (caso n. 11279), la quale, in virtù delle norme di diritto d'autore della Repubblica Popolare Cinese, ha riconosciuto la protezione mediante *copyright* di immagini generate tramite un sistema di AI, basandosi su una interpretazione dell'intelligenza artificiale generativa come mero strumento a supporto dell'attività creativa umana, e facendo riferimento pertanto al contributo dato alla creazione da colui che se ne dichiarava autore¹³.

2020, I, p. 325 ss.; A. AMIDEI, in U. RUFFOLO – A. AMIDEI, *Diritto dell'intelligenza artificiale. Volume II – Proprietà industriale e intellettuale. CorpTech. Giustizia predittiva. Transumanesimo. AI generativa. Metaverso*, cit., p. 83; G. ANSELMO, *Le proprietà dell'immateriale. Il diritto d'autore nell'arte contemporanea tra nuove forme espressive e innovazioni tecnologiche*, Napoli, 2026, pp. 95 ss.

¹⁰ Sulla legge 23 settembre 2025, n. 132, denominata *Disposizioni e deleghe al Governo in materia di intelligenza artificiale*, il cui capo IV tratta delle disposizioni a tutela degli utenti e in materia di diritto d'autore, e sulle relative modifiche alla legge 22 aprile 1941, n. 633 cfr. V. FRANCESCHELLI, *La legge italiana sull'intelligenza artificiale e le modifiche alla legge sul diritto d'autore (Legge 23 settembre 2025, n. 132)*, in *Riv. dir. ind.*, 2025, p. 200 ss. Cfr. anche V. FRANCESCHELLI – A. SIROTTI GAUDENZI, *La legge italiana sull'Intelligenza Artificiale. Commento alla legge 23 settembre 2025, n. 132*, Santarcangelo di Romagna. Rimini, 2025.

Quanto alle finalità e all'ambito di applicazione la legge in esame “reca principi in materia di ricerca, sperimentazione, sviluppo, adozione e applicazione di sistemi e di modelli di intelligenza artificiale. Promuove un utilizzo corretto, trasparente e responsabile, in una dimensione antropocentrica, dell'intelligenza artificiale, volto a coglierne le opportunità. Garantisce la vigilanza sui rischi economici e sociali e sull'impatto sui diritti fondamentali dell'intelligenza artificiale” (così l'art. 1).

¹¹ L'art. 1 l. 22 aprile 1941, n. 633, come modificato dalla l. 23 settembre 2025, n. 132, va letto come segue: “Sono protette ai sensi di questa legge le opere dell'ingegno umano di carattere creativo che appartengono alla letteratura, alla musica, alle arti figurative, all'architettura, al teatro ed alla cinematografia, qualunque ne sia il modo o la forma di espressione, anche laddove create con l'ausilio di strumenti di intelligenza artificiale, purché costituenti risultato del lavoro intellettuale dell'autore”. Con riferimento all'utilizzo della intelligenza da parte dell'autore umano potrebbero sorgere problemi di identificazione del contributo dell'uno e dell'altro per determinare se l'opera creata dall'uomo con l'aiuto dell'intelligenza artificiale rappresenti il risultato del lavoro intellettuale dell'autore; in tal caso sarà necessario distinguere quanto ha fatto l'essere umano e quanto ha fatto l'intelligenza artificiale.

¹² Cfr. G. ANSELMO, *La protezione delle opere dell'ingegno umano prodotte tramite intelligenza artificiale: verso una “misurazione ragionevole” dell'apporto creativo*, in *Dir. fam. pers.*, 2024, p. 210 ss.; ID., *Le proprietà dell'immateriale. Il diritto d'autore nell'arte contemporanea tra nuove forme espressive e innovazioni tecnologiche*, cit., pp. 97 ss.; V. IAIA, *Il «maggiore rigore» nell'esame di originalità delle opere dell'ingegno realizzate con l'ausilio del software*, in *Riv. dir. ind.*, 2023, II, pp. 252 ss.; A. AMIDEI, *La tutela autoriale dell'opera generata dall'A.I. (o da un semplice software?)*, in *Giur. it.*, 2024, p. 571 ss.; A. BETTONI, *Opera d'arte algoritmica e tutela dell'autorialità*, in *Nuovo diritto civile*, 2023, pp. 123 ss.; G. DORIA, *Primi (accelerati) passi verso una regolazione della Proprietà intellettuale*, in *Il dir. ind.*, 2024, p. 62 ss.

¹³ Cfr. F. GROSSI, *La prima sentenza cinese che riconosce a certe condizioni all'utente del software il diritto d'autore sugli output ottenuti da un sistema di IA generativa (caso Li Yunkai v. Liu Yuanchun)*, in *Pers. merc.*, 2023, p. 818 ss.; A. AMIDEI,



Dunque nell'ipotesi di processo creativo svolto in prevalenza dalla persona fisica che usi il sistema di intelligenza artificiale come strumento, l'autore dell'opera dell'ingegno potrebbe rinvenirsi nell'essere umano che abbia condotto una attività di stimolo della macchina e di selezione dei risultati finali e di conseguenza allo stesso sarebbero riconosciuti i relativi diritti morali, restando da considerare l'applicabilità delle norme vigenti ai fini della attribuzione della titolarità dei diritti di natura patrimoniale collegati all'opera, ove emergono proprio le questioni relative a una eventuale proprietà claudicante o instabile.

A soluzioni diverse si dovrebbe invece giungere qualora l'opera dell'ingegno sia realizzata autonomamente dal sistema di AI¹⁴, in assenza di intervento o in presenza di un contributo minimo da parte dell'essere umano, cioè nei casi suddetti di *AI-generated work*. In quest'ambito sarebbe opportuna una distinzione a monte tra tutelabilità oggettiva dell'opera da un lato e attribuzione soggettiva dei diritti morali e patrimoniali dall'altro¹⁵, dovendosi in altri termini verificare se l'opera *AI-generated* quale oggetto abbia i requisiti necessari per il riconoscimento di tutela e, successivamente, in caso positivo, stabilire il titolare dei diritti su di essa.

È noto infatti come la tutela autoriale dell'opera dell'ingegno presupponga la creatività e dunque la individuale e personale espressione dell'idea da parte dell'autore dell'opera¹⁶, sicché il tema della creatività computazionale deve tener conto della tradizionale interpretazione del requisito summenzionato come riflesso del lavoro intellettuale dell'uomo; secondo un'impostazione antropomorfa del diritto d'autore, autore di un'opera suscettibile di aspirare alla protezione autoriale potrebbe essere solo una persona fisica, parte in tal senso del rapporto indissolubile che lega l'opera stessa e il suo autore, come emerge dall'art. 2576 c.c., che attribuisce rilievo alla creazione personale dell'opera "quale particolare espressione del lavoro intellettuale", e dalla previsione analoga dell'art. 6 l. sul diritto d'autore.

Accanto alle posizioni contrarie al riconoscimento del diritto di esclusiva nel caso dell'opera *AI-generated*, in ragione dell'asserita assenza del fattore umano sottostante all'atto creativo¹⁷ (tesi di per sé

in U. RUFFOLO – A. AMIDEI, *Diritto dell'intelligenza artificiale. Volume II – Proprietà industriale e intellettuale. CorpTech. Giustizia predittiva. Transumanesimo. AI generativa. Metaverso*, cit., p. 85.

¹⁴ Cfr. M. BOSSHARD, *La titolarità dei diritti esclusivi sui beni immateriali generati da software di intelligenza artificiale*, in *Riv. dir. ind.*, 2025, p. 5, secondo cui la caratteristica che distingue i programmi di intelligenza artificiale da altri *software* si rinviene nel significato del termine "autonomamente", giacché si parla di intelligenza artificiale quando «i contenuti generati dal programma non sono generati in applicazione di algoritmi deterministici (ossia che, ad una data serie di istruzioni di base e di dati forniti dal sistema, fanno corrispondere sempre un certo *output*), ma rappresentano il risultato di algoritmi la cui applicazione, dati i medesimi *input* e dati iniziali, fornisce di volta in volta risultati che, per un verso, non sono tra loro identici e, per altro verso, neppure vengono definiti sulla base di fattori totalmente randomici (ossia casuali)».

¹⁵ Cfr. A. AMIDEI, in U. RUFFOLO – A. AMIDEI, *Diritto dell'intelligenza artificiale. Volume II – Proprietà industriale e intellettuale. CorpTech. Giustizia predittiva. Transumanesimo. AI generativa. Metaverso*, cit., p. 86.

¹⁶ Sul punto G. SPEDICATO, *Creatività artificiale, mercato e proprietà intellettuale*, cit., p. 259, osserva che la difficoltà di confrontare «la peculiare capacità della mente umana cui si è soliti riferirsi con il termine creatività con l'analoga capacità manifestata da un sistema di intelligenza artificiale risiede, in primo luogo, nella difficoltà di definire la prima in termini generali e condivisi. La complessità della materia e delle sue innumerevoli manifestazioni rende infatti eccezionalmente complesso il tentativo di tracciare una chiara linea di demarcazione tra ciò che è creativo e ciò che, al contrario, non lo è: una contrapposizione, peraltro, che già a una prima analisi appare per molti aspetti arbitraria e forse eccessivamente manichea, suscettibile di condurre a risultati validi solo in via orientativa».

¹⁷ Cfr. G. SENA, *Intelligenza artificiale, opere dell'ingegno e diritti di proprietà industriale e intellettuale*, cit., p. 325 ss.; A. RAMALHO, *Will robots rule the artistic world?*, in *Journal of Internet Law*, 2017, 7, p. 1 ss.; M. ANTIKAINEN, *Copyright protection and AI-generated works. A fight we have already lost?*, in *AIDA*, 2018, pp. 243 ss.; G. FROSIO, *L'(I)Autore inesistente: una tesi tecno-giuridica contro la tutela dell'opera generata dall'intelligenza artificiale*, cit., p. 52 ss. V. anche C. VENANZONI, *Intelligenze umane e artificiali. Profili giuridici nella circolazione delle opere dell'ingegno e problematiche sull'identità autorale*, in *Diritto e intelligenza artificiale*, a cura di G. ALPA, Pisa, 2020, pp. 320-321, la quale ritiene che, al



opinabile dato che un collegamento anche minimo tra creazione della macchina e attività umana può rinvenirsi), si collocano quelle di coloro che suggeriscono l'introduzione di un nuovo "diritto *sui generis*" che tuteli le opere in esame¹⁸, alla stregua di quanto previsto dalla direttiva 96/9/CE in materia di protezione dei diritti sulle banche dati che non abbiano i requisiti necessari per mirare a forme di *copyright protection*. In tal modo verrebbero tutelate le creazioni *AI-generated* non in quanto opere creative in senso stretto, piuttosto in quanto frutto dei rilevanti investimenti fatti dagli ideatori e produttori del sistema di intelligenza artificiale che le ha generate; il diritto in esame sarebbe poi accordato al produttore del sistema di AI, o al suo titolare, o al suo utilizzatore.

Anche la soluzione di cui si discorre non appare tuttavia convincente in assenza di un intervento legislativo non ancora previsto, come del resto quella che rinviene nelle scelte compiute dal programmatore e nelle istruzioni poste alla base della creazione dell'AI l'elemento di creatività imprescindibile per la tutela dell'opera dell'ingegno *AI-generated*, ovvero l'intelletto del programmatore stesso; mentre la strada da percorrere appare semmai quella del ridimensionamento della natura necessariamente umana della creatività e dunque della interpretazione evolutiva di quest'ultimo requisito, autonomo cioè dalla espressione personale dell'autore essere umano¹⁹.

Difatti la lettura antropomorfa del regime di proprietà intellettuale si scontra innanzitutto con la dimensione di mercato assunta dall'industria creativa e poi con l'accresciuta importanza dei diritti patrimoniali sull'opera dell'ingegno e dei diritti connessi, cioè i diritti di natura patrimoniale per lo sfruttamento di opere riconosciuti dalla legge in capo non al loro creatore ma a soggetti terzi collegati alle opere medesime a vario titolo.

Preso atto che la creatività non sia una caratteristica esclusivamente umana, ma possa avere sfumature anche diverse, e che non coincida con la novità²⁰, prescindendo nel contempo la sua tutela dalla

fine della estensione della tutela autorale anche alle opere generate dall'intelligenza artificiale, sarebbe necessaria l'introduzione di una norma specifica che deroghi al principio di originalità nel caso di opere algoritmiche. M. BOSSHARD, *La titolarità dei diritti esclusivi sui beni immateriali generati da software di intelligenza artificiale*, cit., pp. 30-32, ritiene che le opere dell'ingegno generate dall'IA nascano prive di tutela di diritto d'autore, restando potenzialmente soggette solo ad una tutela di fonte contrattuale ovvero, in assenza di vincoli negoziali, agli ordinari rimedi extracontrattuali aquilani o di concorrenza sleale; secondo l'A. la tutela autorale sarebbe ammissibile invece nei casi «in cui le opere siano state generate dall'IA sulla base di istruzioni sufficientemente ampie, specifiche e dettagliate da definire la maggioranza degli elementi costitutivi della forma esterna dell'opera. In simili casi infatti l'opera, manifestando la personalità dell'utente che ha impartito le istruzioni, consentirà che i relativi diritti patrimoniali e morali sorgano in capo all'utente stesso. Lo stesso dovrebbe dirsi in presenza di un intervento "a valle" di un operatore umano che abbia elaborato e modificato in modo personale l'opera generata dall'IA».

¹⁸ Cfr. M. CAPPARELLI, *Le nuove frontiere del diritto d'autore alla prova dell'Intelligenza Artificiale*, in U. RUFFOLO (a cura di), *Intelligenza artificiale – Il diritto, i diritti, l'etica*, Milano, 2020, p. 339 ss.; ID., *Intelligenza Artificiale e nuove sfide del diritto d'autore*, in *Giur. it.*, 2019, p. 1743.

¹⁹ Cfr. sul tema M. FERRARI, *Intelligenza artificiale e titolarità dei diritti d'autore: il problema del "tasso di creatività"*, in *Foro it.*, 2023, p. 373 ss.; G. ROSSI, *L'intelligenza artificiale e la definizione di "opera dell'ingegno"*, in *AIDA*, 2018, p. 268 ss. Sulle tesi, da un lato, della creatività semplice e, dall'altro, della creatività qualificata cfr. E. C. RAFFIOTTA, *La tutela delle opere generate dall'intelligenza artificiale: il principio antropocentrico tra prospettive passate e future*, cit., p. 530, il quale osserva in premessa che la scienza giuridica «non essendo il terreno più promettente per un'analisi approfondita sull'essenza della creatività umana, deve puntare all'individuazione di una definizione che possa, almeno sotto il profilo applicativo, soddisfare le esigenze di tutela degli interessi e dei valori sottesi alla disciplina del diritto d'autore». Sui contorni diversi assunti dal concetto di creatività nelle tradizioni di *civil law* e di *common law* cfr. E. GRILLO, *Creatività artificiale e diritto d'autore alla prova dell'Intelligenza Artificiale: uno sguardo comparatistico*, in *Nuova giur. civ. comm.*, 2025, p. 791.

²⁰ *Amplius* sul tema cfr. F. ROTOLO, *Creatività vs originalità: la qualificazione di «opera dell'ingegno» nell'era dell'intelligenza artificiale*, in *Rass. dir. moda arti*, 2022, p. 469.

Parte della giurisprudenza europea e della dottrina comparatistica individuano quale elemento tipico delle opere dell'ingegno quello della originalità, più che quello della creatività; nella sentenza *Eva-Maria Painer c. Standard VerlagsGmbH e altri* (Corte Giust. UE 1.12.2011, causa C-145/10), ad esempio, la Corte definisce "originale" e non "creativa" l'opera frutto della



forma di rappresentazione dell'opera e dal suo valore economico, il criterio fondamentale per la valutazione della creatività stessa è la presenza del c.d. *creative space* precedente rispetto alla realizzazione dell'opera²¹, potendo invece eventuali vincoli esterni all'atto creativo rendere obbligate le scelte poste in essere nella creazione²².

Posto che nei processi intelligenti il confine tra idea, tradizionalmente non protetta dalla disciplina sul diritto d'autore, ed estrinsecazione dell'idea, protetta, diventa labile e non immediatamente riconoscibile in ragione dell'automaticità del processo che il sistema di intelligenza artificiale realizza²³, la sussistenza del carattere creativo dell'opera poi non è esclusa dalle attività di rielaborazione e manipolazione di elementi preesistenti necessarie per giungere alla sua realizzazione²⁴, così come il suddetto requisito quale *ars combinatoria* può manifestarsi in fasi differenti dello stesso processo realizzativo, da quella iniziale alla esecuzione o finalizzazione del risultato, purché sia idoneo a testimoniare la scelta personale dell'autore.

La questione fondamentale diviene allora l'individuazione dell'apporto umano proprio nella realizzazione dell'opera *AI-generated*, potendo non essere sufficiente talora l'immissione nel sistema di dati di *input* o *prompt* (come emerge dalla decisione dell'US Copyright Office del 5 settembre 2023 che ha escluso possa rappresentare un sufficiente contributo umano all'atto creativo l'immissione di 600 *prompt* in un sistema giunto alla elaborazione di un dipinto nuovo)²⁵; in tal caso dovrebbe forse aggiungersi ad essa anche un apporto nella fase conclusiva del processo, ad esempio nella selezione dell'*output* prodotto.

Del resto la mera realizzazione di un'opera su istruzioni altrui non consente la qualificazione dell'esecutore come suo autore, dovendo l'opera stessa essere ideata dal suo autore, come nel caso di chi si avvalga di *ghostwriter* per la redazione di un libro; e in tal senso sono previste nel nostro ordinamento ipotesi di attribuzione di diritti, a titolo originario, a soggetti diversi dai materiali realizzatori

“creazione intellettuale dell'autore”. Sul punto v. anche Corte Giust. UE 16.7.2009, causa C-5/08, *Infopaq International A/S c. Danske Dagblades Forening* (Racc. p. 16569, punto 35).

²¹ Cfr. P. GITTO, *New York Times vs. OPENAI, Microsoft et al.: conflitti attuali fra intelligenza artificiale e diritto d'autore*, cit., pp. 196-197.

²² La Corte Giust. CE, nella sentenza *Brompton Bicycle Ltd.*, C833/18, C-2020/461, al par. 31, ha chiarito che l'opera che “sia stata determinata da considerazioni tecniche, da regole o da altri vincoli che non hanno lasciato spazio all'esercizio di una libertà creativa o le hanno lasciato uno spazio talmente limitato che l'idea e la sua espressione si confondono» non può essere tutelata dal diritto d'autore.

²³ Cfr. L. NIVARRA, *Intelligenza artificiale e lesione della proprietà intellettuale*, in *Nuova giur. civ. comm.*, 2024, p. 156, secondo il quale «nelle mani dell'IA, il binomio idea/forma espressiva si opacizza, nel senso che perde quel tratto di affidabilità che ne ha fatto, da sempre, un dispositivo linguistico a partire dal quale impiantare il discorso sulla tutela d'autore». L'A. osserva ancora come si assista, nel caso delle opere generate dall'IA, ad una scissione del processo creativo: «la decisione di confezionare l'opera, ancora nella piena disponibilità dell'umano, le scelte che conducono all'elaborazione dell'opera, ormai affidate alla macchina. Questa scissione non soltanto rende difficile stabilire con esattezza l'incidenza dell'uno e dell'altro rapporto, ma finisce per imprimere all'opera dell'ingegno una fisionomia del tutto inedita, e ancora una volta, difficilmente riconducibile alle architetture della tutela d'autore tradizionalmente intesa» (ID., *ult. op. cit.*, p. 157).

²⁴ E. GRILLO, *Creatività artificiale e diritto d'autore alla prova dell'Intelligenza Artificiale: uno sguardo comparatistico*, cit., p. 796, osserva come l'IA destruttura le opere di cui si alimenta, «individua i metodi creativi e li riassume, creando un'opera artificiale che deriva da una creatività altrettanto artificiale, propria delle opere preesistenti e degli autori delle stesse».

²⁵ Cfr. A. AMIDEI, in U. RUFFOLO – A. AMIDEI, *Diritto dell'intelligenza artificiale. Volume II – Proprietà industriale e intellettuale. CorpTech. Giustizia predittiva. Transumanesimo. AI generativa. Metaverso*, cit., p. 95.

Su recenti iniziative dell'USCO relative alle implicazioni del diritto d'autore legate all'uso dell'IA, avuto riguardo alla protezione delle opere generate da IA e all'impiego di contenuti protetti per l'addestramento dei modelli, cfr. G. ANSELMO, *Le proprietà dell'immateriale. Il diritto d'autore nell'arte contemporanea tra nuove forme espressive e innovazioni tecnologiche*, cit., pp. 106 ss.



dell'opera, come nell'esempio della disciplina delle opere collettive ai sensi dell'art. 7 l. sul diritto d'autore.

Pertanto la presenza nel regime vigente di forme di separazione tra autore materiale dell'opera e titolarità dei relativi diritti evidenzia la congruenza della proposta ricostruttiva qui seguita, fondata sulla rielaborazione del requisito della creatività e sull'apprezzamento dell'apporto umano anche nell'opera *AI-generated*.

Questione ulteriore rimane quella della individuazione del titolare del diritto d'autore, specie patrimoniale, sull'opera stessa, considerato che alla realizzazione della creazione artistica robotica contribuiscono un elevato gruppo di soggetti, quali sviluppatori dei sistemi di intelligenza artificiale, addestratori, titolari dei diritti proprietari sull'AI, suoi utilizzatori. In tale contesto alla tesi della titolarità congiunta dei diritti tra ideatore e utilizzatore del sistema²⁶ si oppone quella che attribuisce la titolarità del diritto d'autore sull'*AI-generated work* in capo all'autore-programmatore dell'AI.

Come già evidenziato, nel settore della creatività computazionale, tuttavia, la dissociazione tra diritti morali e diritti di sfruttamento economico dell'opera può risultare determinante, anche allo scopo di sostenere gli investimenti che accompagnano la realizzazione di sistemi di intelligenza artificiale creativi, sicché sarebbe preferibile attribuire i diritti patrimoniali sull'opera all'utilizzatore dell'AI, cioè al soggetto che, titolare dei diritti di uso del sistema, abbia dato l'impulso alla creazione dello stesso con i relativi *input* e abbia esaminato e selezionato gli *output* prodotti²⁷.

Dunque, in ragione del riconoscimento del rischio imprenditoriale collegato all'immissione dell'opera sul mercato e in coerenza con la necessità di accertare l'apporto "umano" nell'allestimento del processo creativo macchinico, titolare dei diritti di sfruttamento sarebbe l'utilizzatore del sistema di AI creativa²⁸, mentre tale soggetto non dovrebbe essere necessariamente ritenuto titolare del diritto morale sull'opera stessa, con riferimento al quale se ne può ipotizzare l'attribuzione al creatore dell'AI.

Questo eventuale scollamento tra tali due tipologie di diritti, quello morale in capo al programmatore e quello patrimoniale in capo all'utilizzatore dell'AI, potrebbe dar luogo a una forma di proprietà claudicante o instabile a causa della mutilazione della pienezza della situazione proprietaria, il cui esercizio per l'ideatore del sistema non ricomprenderebbe i diritti di sfruttamento economico sull'opera *AI-generated*.

La rilevanza del tema delle proprietà claudicanti o incerte, esaminato sinora dal punto vista della titolarità dei diritti sulle opere dell'ingegno, appare più marcatamente poi con riferimento al profilo della

²⁶ Sul punto cfr. A. BETTONI, *Opera d'arte algoritmica e tutela dell'autorialità*, cit., p. 134, secondo la quale la frammentazione della proprietà intellettuale, oltre alla difficoltà collegate alla attuazione pratica, richiederebbe una complessa valutazione dei diversi contributi apportati dai soggetti coinvolti nella realizzazione di ogni opera.

²⁷ Cfr. A. AMIDEI, in U. RUFFOLO – A. AMIDEI, *Diritto dell'intelligenza artificiale. Volume II – Proprietà industriale e intellettuale. CorpTech. Giustizia predittiva. Transumanesimo. AI generativa. Metaverso*, cit., p. 97; S. GUIZZARDI, *La protezione d'autore dell'opera dell'ingegno creata dall'Intelligenza Artificiale*, in *Annali it. dir. aut.*, 2018, p. 61 ss., la quale ritiene che a favore di tale soluzione operino anche ragioni di ordine economico, quali la remunerazione dell'investimento dell'utente del *software* che ha acquistato la disponibilità della tecnologia di intelligenza artificiale in virtù di un contratto di compravendita o di licenza.

²⁸ Cfr. G. SPEDICATO, *Creatività artificiale, mercato e proprietà intellettuale*, cit., p. 283 ss., secondo il quale l'attribuzione in via esclusiva dei diritti sui risultati creativi prodotti da un sistema di IA al suo utilizzatore «parrebbe potersi giustificare con l'opportunità di tutelare un interesse che è tradizionalmente protetto dalla disciplina della proprietà intellettuale, e oggi in modo ancora più evidente quando si osservino le traiettorie seguite nel contesto di taluni accordi commerciali trans-nazionali, ossia l'interesse alla tutela degli investimenti imprenditoriali finalizzati a portare l'innovazione (*recte*, i prodotti innovativi) sul mercato, anche nel riflesso costituito dallo speculare interesse a scoraggiare e reprimere condotte parassitarie o comunque concorrenzialmente illecite in relazione ai risultati di tali investimenti».



durata della tutela patrimoniale da accordare al titolare dei diritti di sfruttamento economico dell'opera *AI-generated*, in ragione della previsione dell'art. 25 l. sul diritto d'autore, che limita la durata di siffatti diritti alla scadenza del settantesimo anno solare successivo alla morte dell'autore; in questo caso peraltro si è posta la rilevante questione dell'adeguamento del dettato della norma surriportata alla natura non umana e dunque eventualmente immortale dell'autore-macchina, proprio per impedire l'insorgenza di diritti patrimoniali perpetui che non consentano indefinitamente l'ingresso in pubblico dominio dell'opera *AI-generated*.

Nella nostra ipotesi pertanto il periodo settantennale di durata dei diritti patrimoniali potrebbe computarsi a partire dalla loro pubblicazione, sicché l'incertezza o il carattere claudicante della situazione proprietaria sarebbero evidenziati dal fatto che a prescindere dalla durata della vita dell'autore dell'opera i diritti di sfruttamento avrebbero durata di settant'anni; in modo corrispondente l'art. 26 l. sul diritto d'autore prevede che la durata del diritto patrimoniale sull'opera collettiva è pari a settant'anni dalla sua prima pubblicazione.

3. Tutela a monte delle opere dalle quali l'AI generativa apprende

Questioni differenti ma pur sempre collegate al tema delle proprietà incerte o claudicanti, in ragione del profilo della durata dei diritti, si pongono invece con riferimento alla tutela a monte delle opere dalle quali l'AI generativa apprende²⁹; si tratta di comprendere se e a quali condizioni tale sfruttamento di contenuti e materiali possa svolgersi senza ledere i diritti dei relativi titolari di *copyright* e in mancanza di loro espressa autorizzazione.

È noto come il modo di produzione tecnico dell'intelligenza artificiale richieda il rapido accesso e l'immediato uso di enormi quantità di dati. Con riferimento a questi ultimi, mentre alcuni sono di pubblico dominio, altri sono oggetto di diritti di proprietà intellettuale, ancora in vigore, di terzi; si pensi al campo delle arti visive, così come a quello delle opere letterarie, dalle quali l'AI attinga e utilizzi dati protetti da *copyright* per produrre nuove opere artistiche e letterarie³⁰.

Se è illecita la riproduzione di opere di titolarità di soggetti terzi che l'AI dovesse riprodurre in modo non autorizzato nel proprio *output*, differenti valutazioni si impongono nel caso in cui si traggano da tali opere fonti di apprendimento macchinico ai fini della creazione di un risultato non indebitamente riprodotto di tali fonti ma che le rielabori arrivando ad una produzione originale³¹. Il tema viene indagato in parallelo alle questioni relative alla protezione delle banche dati e al regime della titolarità dei dati singolarmente considerati, che non sono autonomamente tutelabili mediante gli strumenti del diritto d'autore; in tal senso è opportuno verificare se la non tutelabilità del dato in sé possa avallare attività contrastanti con il diritto d'autore, anche quale forma di sfruttamento economico di un'opera dalla quale i dati siano estratti, in assenza di consenso del titolare³².

In questo ambito risultano di ausilio le previsioni della direttiva 2019/790 (artt. 3 e 4) in tema di *text*

²⁹ Cfr. U. RUFFOLO, *Le responsabilità da intelligenza artificiale e le questioni di libertà d'espressione e copyright*, in *Contr. e impr.*, 2025, p. 502 ss.

³⁰ Cfr. G. GHIDINI, *Intelligenza artificiale: due questioni di proprietà intellettuale*, in *Riv. dir. ind.*, 2024, p. 144.

³¹ Cfr. A. AMIDEI, in U. RUFFOLO – A. AMIDEI, *Diritto dell'intelligenza artificiale. Volume II – Proprietà industriale e intellettuale. CorpTech. Giustizia predittiva. Transumanesimo. AI generativa. Metaverso*, cit., p. 100.

³² Cfr. A. AMIDEI, in U. RUFFOLO – A. AMIDEI, *Diritto dell'intelligenza artificiale. Volume II – Proprietà industriale e intellettuale. CorpTech. Giustizia predittiva. Transumanesimo. AI generativa. Metaverso*, cit., p. 101.



e data mining (TDM), definito all'art. 2 come qualsiasi tecnica di analisi automatizzata volta ad analizzare testi e dati in formato digitale avente lo scopo di generare informazioni³³; esse riconoscono implicitamente che le operazioni di TDM possono interferire con i diritti di esclusiva degli autori e dei titolari dei diritti connessi e dunque ne favoriscono la liberalizzazione, anche ai fini dello sviluppo dei sistemi di AI generativa³⁴.

Alle norme che hanno recepito le suddette disposizioni nel nostro ordinamento (artt. 70-ter e 70-quater l. sul diritto d'autore) rinvia la legge interna summenzionata sull'intelligenza artificiale (l. n. 132 del 2025), che introduce nella legislazione autorale l'art. 70-septies secondo cui le riproduzioni e le estrazioni da opere o altri materiali, contenuti in rete o in banche dati a cui si ha legittimamente accesso, attraverso modelli e sistemi di intelligenza artificiale anche generativa sono consentite in conformità alle disposizioni di cui agli artt. 70-ter³⁵ e 70-quater³⁶; in tal senso talune attività, riservate generalmente ai titolari di diritti esclusivi, possono essere in via eccezionale svolte da terzi a fini di TDM, anche in mancanza dell'espresso consenso del titolare del diritto, sebbene si ammetta con previsione non scevra da critiche la possibilità di formulazione di espressa riserva da parte del titolare per sottrarre la propria opera a tali operazioni (*opt-out*)³⁷. Inoltre la disciplina unionale in materia di TDM è menzionata dallo stesso AI ACT all'art. 53, 1, c)³⁸, che obbliga i *provider* dei sistemi di AI in esame ad approntare

³³ Cfr. G. ROSSI, *Opere dell'ingegno come dati: il text and data mining nella dir. 2019/790*, in *AIDA*, 2019, p. 239; M. CAPPARELLI, *A.I. e diritto d'autore: i problemi di tutela dei dati di apprendimento*, in *Tecn. e dir.*, 2024, pp. 52-53.

³⁴ Sull'ampio spettro delle soluzioni regolatorie europee ed extraeuropee cfr. A. OTTOLIA, *L'opt out commons nella nuova disciplina del data mining*, in *Giur. it.*, 2022, pp. 1255-1256.

³⁵ L'art. 70-ter, comma 1 e 2, l. sul diritto d'autore dispone: "1. Sono consentite le riproduzioni compiute da organismi di ricerca e da istituti di tutela del patrimonio culturale, per scopi di ricerca scientifica, ai fini dell'estrazione di testo e di dati da opere o da altri materiali disponibili in reti o banche di dati cui essi hanno lecitamente accesso, nonché la comunicazione al pubblico degli esiti della ricerca ove espressi in nuove opere originali. 2. Ai fini della presente legge per estrazione di testo e di dati si intende qualsiasi tecnica automatizzata volta ad analizzare grandi quantità di testi, suoni, immagini, dati o metadati in formato digitale con lo scopo di generare informazioni, inclusi modelli, tendenze e correlazioni".

³⁶ L'art. 70-quater l. sul diritto d'autore dispone: "Fermo restando quanto previsto dall'art. 70-ter, sono consentite le riproduzioni e le estrazioni da opere o da altri materiali contenuti in reti o in banche di dati cui si ha legittimamente accesso ai fini dell'estrazione di testo e di dati. L'estrazione di testo e di dati è consentita quando l'utilizzo delle opere e degli altri materiali non è stato espressamente riservato dai titolari del diritto d'autore e dei diritti connessi nonché dai titolari delle banche dati. 2. Le riproduzioni e le estrazioni eseguite ai sensi del comma 1 possono essere conservate solo per il tempo necessario ai fini dell'estrazione di testo e di dati. 3. Per lo svolgimento delle attività di cui al presente articolo sono in ogni caso garantiti livelli di sicurezza non inferiori a quelli definiti per lo svolgimento delle attività di cui all'art. 70-ter". Per una disamina approfondita cfr. A. OTTOLIA, *L'opt out commons nella nuova disciplina del data mining*, cit., p. 1253 ss., il quale evidenzia la liberalizzazione di una serie ampia di attività di estrazione di testo e dati funzionali all'organizzazione statistica di informazioni, all'educazione di modelli algoritmici predittivi o destinati a utilizzi espressivi fra cui i sistemi della *natural language processing* che consentono la produzione automatica di contenuti.

³⁷ Sull'utilizzazione in calce da parte degli articoli di giornale dell'espressione "Riproduzione riservata" e sull'eccezione diventata regola, con il risultato che nessuna opera è più riproducibile, cfr. V. FRANCESCHELLI, *Riproduzione riservata (ovvero di come l'eccezione diventi la regola, e la regola eccezione)*, in *Riv. dir. ind.*, 2021, p. 117. Sulla maggiore protezione ai titolari dei diritti offerta da un sistema basato sull'*opt-in* cfr. G. ANSELMO, *Le proprietà dell'immateriale. Il diritto d'autore nell'arte contemporanea tra nuove forme espressive e innovazioni tecnologiche*, cit., pp. 113-114.

³⁸ Si veda in particolare, il considerando 105: "I modelli di IA per finalità generali, in particolare i grandi modelli di IA generativa, in grado di generare testo, immagini e altri contenuti, presentano opportunità di innovazione uniche, ma anche sfide per artisti, autori e altri creatori e per le modalità con cui i loro contenuti creativi sono creati, distribuiti, utilizzati e fruiti. Lo sviluppo e l'addestramento di tali modelli richiedono l'accesso a grandi quantità di testo, immagini, video e altri dati. Le tecniche di estrazione di testo e di dati possono essere ampiamente utilizzate in tale contesto per il reperimento e l'analisi di tali contenuti, che possono essere protetti da diritto d'autore e da diritti connessi. Qualsiasi utilizzo di contenuti protetti da diritto d'autore richiede l'autorizzazione del titolare dei diritti interessato, salvo se si applicano eccezioni e limitazioni pertinenti al diritto d'autore. La direttiva (UE) 2019/790 ha introdotto eccezioni e limitazioni che consentono, a determinate condizioni, riproduzioni ed estrazioni effettuate da opere o altri materiali ai fini dell'estrazione di testo e di dati. In base a tali norme, i



misure tecniche idonee a garantire il rispetto di *copyright* di soggetti terzi con riferimento ai contenuti utilizzati per sostenere il processo di apprendimento dell'AI, e volte a individuare preventivamente quelli relativamente ai quali i titolari dei relativi diritti abbiano formulato riserva ai sensi dell'art. 4 della dir. 2019/790³⁹.

Sebbene l'analisi computazionale si distingua a livello tecnico dalle tradizionali forme umane di fruizione dell'opera dell'ingegno, tanto la persona umana quanto la macchina possono dunque legittimamente prendere in considerazione quanto abbiano appreso dalla consultazione di opere dell'ingegno nell'elaborazione di opere proprie, ferma rimanendo l'illiceità di ogni forma di plagio delle opere così apprese anche dalla macchina⁴⁰; non vi può essere alcuna violazione autoriale nella memorizzazione di opere altrui al fine della produzione di opere nuove, distinte quanto a forma espressiva⁴¹.

Per quanto detto non appare del tutto convincente la proposta di chi ha elaborato il paradigma dell'accesso aperto pagante per superare l'evocato conflitto tra la tutela di *copyright* e le necessità funzionali di produzione dell'IA, consentendo in altri termini la più ampia raccolta e utilizzazione dei dati per alimentare i robot e proteggendo al contempo il legittimo interesse dei creatori a ricevere un equo compenso per l'uso delle loro opere⁴².

Difatti il riconoscimento di un diritto a un equo compenso fondato sull'*output* generato da un sistema di IA, in ragione del presunto uso come *input* di materiale protetto da *copyright* di terzi, presuppone sì un'estrazione non autorizzata ma diversa dalla condotta illecita della contraffazione, sicché la mera consultazione di dati altrui al fine della produzione di opere nuove e il conseguente sviluppo delle innovazioni tecnologiche non dovrebbero necessariamente passare a mio avviso da forme di monetizzazione, semmai in un'ottica progressista da un'ulteriore liberalizzazione che prescindendo dalla riserva del titolare⁴³.

titolari dei diritti hanno la facoltà di scegliere che l'utilizzo delle loro opere e di altri materiali sia da essi riservato per evitare l'estrazione di testo e di dati, salvo a fini di ricerca scientifica. Qualora il diritto di sottrarsi sia stato espressamente riservato in modo appropriato, i fornitori di modelli di IA per finalità generali devono ottenere un'autorizzazione dai titolari dei diritti, qualora intendano compiere l'estrazione di testo e di dati su tali opere».

³⁹ Cfr. sul tema M. RICOLFI, *L'impiego di opere protette come input e come output dell'intelligenza artificiale*, in *Il diritto ind.*, 2024, p. 422 ss.; G. GHIDINI, *Intelligenza artificiale: due questioni di proprietà intellettuale*, cit., p. 145; G. ANSELMO, *Le proprietà dell'immateriale. Il diritto d'autore nell'arte contemporanea tra nuove forme espressive e innovazioni tecnologiche*, cit., pp. 111 ss.

⁴⁰ Così A. AMIDEI, in U. RUFFOLO – A. AMIDEI, *Diritto dell'intelligenza artificiale. Volume II – Proprietà industriale e intellettuale. CorpTech. Giustizia predittiva. Transumanesimo. AI generativa. Metaverso*, cit., p. 103. Cfr. anche M. CAPPARELLI, *A.I. e diritto d'autore: i problemi di tutela dei dati di apprendimento*, cit., p. 46 ss. Sul punto U. RUFFOLO, in U. RUFFOLO – A. AMIDEI, *Diritto dell'intelligenza artificiale. Volume II – Proprietà industriale e intellettuale. CorpTech. Giustizia predittiva. Transumanesimo. AI generativa. Metaverso*, cit., pp. 174-175 scrive: «Giornali, libri, stampati, prodotti grafici o filmici sono “pubblicizzati” perché offerti al “pubblico” apprendimento (ancorché coperti da *copyright* in varie misure). Non contengono dati riservati ma vengono offerti, appunto, alla apprensione di chi li legge perché da essi “impari”..... Dobbiamo tutti (anche i “regolatori” comunitari) considerare che tali opere vengono pubblicate affinché sulla base di esse ci si possano formare conoscenza e opinioni; e si ha il diritto di comunicare le opinioni e conoscenze formate anche grazie al processo di apprendimento: certo non “plagiando” come copia o parafrasi pedissequa i brani “appresi” però potendo tener conto della conoscenza loro tramite acquisita».

⁴¹ G. GHIDINI, *Intelligenza artificiale: due questioni di proprietà intellettuale*, cit., p. 146.

⁴² G. GHIDINI, *Intelligenza artificiale: due questioni di proprietà intellettuale*, cit., p. 148 ss.

⁴³ Sul tema cfr. A. OTTOLIA, *L'opt out commons nella nuova disciplina del data mining*, cit., p. 1256 ss.



ANDREA GORINI*

**ECCEZIONE DI ECCESSIVA ONEROSITÀ E MANCATO ADEMPIMENTO:
UNA LETTURA *EX FIDE BONA*****

**EXCESSIVE ONEROUSNESS DEFENCE AND WITHHOLDING OF PERFORMANCE:
A GOOD-FAITH APPROACH**

ABSTRACT: Muovendo da un recente contrasto tra l'AGCM e il giudice ordinario, il contributo indaga se, e a quali condizioni, il debitore gravato dall'eccessiva onerosità della prestazione (art. 1467 cod. civ.) sia legittimato a sospendere l'adempimento prima della pronuncia di risoluzione. Dopo una ricostruzione del dibattito dottrinale e giurisprudenziale, l'Autore riconosce alla parte onerata la titolarità di un'eccezione di impugnativa idonea a contrastare la pretesa all'adempimento, cui si affianca l'obbligo, imposto dalla buona fede oggettiva, di comunicare alla controparte l'intenzione di astenersi dalla prestazione. Dal coordinamento tra profili processuali e sostanziali emerge così un meccanismo che, senza compromettere la funzionalità del potere di riduzione ad equità, legittima la sospensione dell'adempimento già in sede stragiudiziale e incentiva le parti a ricercare una soluzione concordata alla crisi determinata dalla sopravvenienza.

ABSTRACT: Against the backdrop of a recent disagreement between the Italian Competition Authority and an ordinary court, this essay explores whether the party entitled to seek contract termination on the ground of excessive onerousness under Article 1467 of the Italian Civil Code may withhold performance before a judgment is issued. After reviewing the doctrinal and case-law debate, the Author argues that the burdened party is entitled to raise an avoidance defence to resist a claim for performance. At the same time, under the duty of good faith, that party is required to inform the other party of its intention to withhold performance. This mechanism enables the debtor to withhold performance and thereby promotes contractual renegotiation at the out-of-court stage, while safeguarding the counterparty's right to prevent termination by offering an equitable adjustment to the contract.

SOMMARIO: 1. *Crisi energetica ed eccessiva onerosità sopravvenuta nei contratti di fornitura: il nodo dell'astensione dell'adempimento tra AGCM e giudice ordinario (Trib. Firenze, 13 aprile 2024).* – 2. *Rilevanza pratica e inquadramento dogmatico dell'indagine. La risoluzione per eccessiva onerosità tra le tecniche di produzione degli effetti sostanziali.* – 3. *Questioni collegate: la deduzione ope exceptionis; la rilevanza di una denuncia stragiudiziale della sopravvenienza.* – 4. *Piccola archeologia. La risoluzione per eccessiva onerosità nella giurisprudenza del Secondo Dopoguerra: l'astensione dell'adempimento tra azione ed eccezione.* – 5. *L'orientamento maggioritario: l'eccessiva onerosità come fattispecie di potere di azione costitutiva; il debitore può astenersi dall'adempimento solo dopo l'azione in giudizio.* – 6. *L'efficacia di una denuncia stragiudiziale dell'eccessiva onerosità. Breve excursus sulla eccezione di risoluzione per inadempimento. Esclusione di una risoluzione per atto unilaterale.* – 7. *La giustificazione del mancato adempimento: ipotesi dottrinali e giurisprudenziali.* – 8. *La posizione del Tribunale di Firenze. L'eccezione di eccessiva onerosità come eccezione di impugnativa e la legittimità dell'astensione dall'adempimento: conferme.* – 9. *Critica. In particolare: l'impossibilità di ricavare un onere di denuncia stragiudiziale dalle ipotesi codificate di eccezioni di impugnativa.* – 10. *L'eccezione di eccessiva onerosità: spunti ricostruttivi. Possibili ostacoli: l'astensione della prestazione e la ratio del potere di impedire la risoluzione.* – 11. *Superamento degli ostacoli: la configurabilità di un onere di comunicazione ex*

* Dottore di ricerca – Università di Pisa.

** Contributo sottoposto a revisione.



fide bona che si accompagni al potere di eccezione. – 12. Confronto con le tesi già avanzate in dottrina. Profili di differenziazione e preferibilità della soluzione proposta. – 13. Conclusioni. L'eccezione di eccessiva onerosità come incentivo alla rinegoziazione spontanea. Potenzialità e limiti.

1. Crisi energetica ed eccessiva onerosità sopravvenuta nei contratti di fornitura: il nodo dell'astensione dell'adempimento tra AGCM e giudice ordinario (Trib. Firenze, 13 aprile 2024)

Come noto, nel biennio 2021-2022 il mercato dell'energia è stato investito da una crisi che l'*International Energy Agency* ha definito «senza precedenti», per la complessità delle sue cause e l'estensione delle sue ricadute a livello globale¹. In questo periodo, a una forte crescita della domanda mondiale di gas naturale² si è sommata un'improvvisa turbolenza di natura geopolitica: l'invasione russa dell'Ucraina e l'inasprimento dei rapporti tra l'Unione europea e Mosca, che ha reagito con un drastico taglio delle forniture di gas agli Stati membri³. La combinazione di questi fattori ha determinato un'eccezionale impennata dei prezzi del gas e dell'energia elettrica, che sul mercato italiano – all'apice della crisi – hanno toccato valori fino a dieci volte superiori alle medie di lungo periodo⁴.

In questo contesto di forte pressione sul mercato dell'energia si colloca una vicenda di grande interesse per il diritto dei contratti. Tra la fine della primavera e l'inizio dell'autunno del 2022 – come risulta dall'attività istruttoria svolta dall'Autorità Garante della Concorrenza e del Mercato (AGCM) – due società fornitrici di energia elettrica e di gas al dettaglio, Iberdrola Clienti Italia S.r.l. (di seguito “Iberdrola”) ed E.ON Energia S.p.A. (di seguito “E.ON”), hanno comunicato a decine di migliaia di propri clienti l'intenzione di risolvere, per eccessiva onerosità sopravvenuta, i contratti di fornitura con offerte a prezzo fisso stipulati prima della crisi energetica. Ai clienti veniva concesso un breve termine per scegliere se aderire a condizioni contrattuali peggiorative – allineate all'aumento dei prezzi dell'energia registrati sui mercati all'ingrosso – ovvero rivolgersi a un altro fornitore. Decorso tale termine, le società avrebbero considerato il contratto risolto ai sensi dell'art. 1467 cod. civ., procedendo all'interruzione

¹ IEA, *World Energy Outlook 2022*, ottobre 2022, URL: “<https://www.iea.org/reports/world-energy-outlook-2022>”, *passim*, in part. 32 ss.

² Tra le cause di questa crescita, possono qui ricordarsi: la rapida ripresa economica seguita al termine della pandemia da Covid-19, che ha portato la domanda energetica globale per l'anno 2021 a superare del 4% i livelli pre-pandemici; l'intervento di alcune contingenze meteorologiche, che hanno determinato al contempo un aumento dei consumi e un calo nella generazione di energia da fonti rinnovabili, con particolare riguardo ai comparti eolico in Europa e a quello idroelettrico in Brasile. Cfr. IEA, *World Energy Outlook 2021*, ottobre 2021, URL: “<https://www.iea.org/reports/world-energy-outlook-2021>”, 88 ss.; ENEA, *Analisi trimestrale del sistema energetico italiano – III trimestre 2021*, n. 4/2021, URL: “<https://www.pubblicazioni.enea.it/le-pubblicazioni-enea/analisi-trimestrale-del-sistema-energetico-italiano/fascicoli-2021/analisi-trimestrale-del-sistema-energetico-italiano-iii-trimestre-2021.html>”, *passim*, in part. 12 ss.

³ Tra il 2021 e il 2023, le importazioni di gas tramite gasdotto dalla Russia all'Unione europea sono scese da oltre 150 miliardi di metri cubi (più del 40% dei volumi totali importati) a poco meno di 43 miliardi (circa l'8% dei volumi totali): cfr. i dati forniti dal Consiglio dell'Unione Europea, *Where does the EU's gas come from?*, 21 marzo 2024, URL: “<https://www.consilium.europa.eu/en/infographics/eu-gas-supply/>”.

⁴ Il dato si riferisce ai prezzi registrati sul mercato all'ingrosso italiano nel terzo trimestre del 2022: cfr. ENEA, *Analisi trimestrale del sistema energetico italiano – II e III trimestre 2022*, n. 3/2022, URL: “<https://www.pubblicazioni.enea.it/le-pubblicazioni-enea/analisi-trimestrale-del-sistema-energetico-italiano/fascicoli-2022/analisi-trimestrale-del-sistema-energetico-italiano-ii-trimestre-2022.html>”, 5 ss.; e Anno 2022, n. 1/2023, URL: “<https://www.pubblicazioni.enea.it/le-pubblicazioni-enea/analisi-trimestrale-del-sistema-energetico-italiano/fascicoli-2023/analisi-trimestrale-del-sistema-energetico-italiano-anno-2022.html>”, 6 ss.



della fornitura e richiedendo l'attivazione del servizio di ultima istanza⁵. Tali condotte venivano poste in essere nonostante l'art. 3 del d.l. 9 agosto 2022, n. 115 (cd. decreto *Aiuti bis*, conv. mod. l. 21 settembre 2022, n. 142) avesse temporaneamente sospeso l'efficacia delle clausole di *ius variandi* dirette a consentire «all'impresa fornitrice di energia elettrica e gas naturale di modificare unilateralmente le condizioni generali di contratto relative alla definizione del prezzo»⁶.

Nella valutazione di queste condotte, si è delineato un contrasto a distanza tra l'AGCM e l'autorità giudiziaria in merito alla ricostruzione dei profili di operatività del rimedio risolutorio. L'Autorità Garante, nell'ambito della sua attività istruttoria, ha ritenuto che le condotte delle società fornitrici configurassero pratiche commerciali aggressive ai sensi degli artt. 24 e 25 cod. cons., in quanto idonee a indurre consumatori e microimprese ad accettare modifiche *in peius* delle clausole relative al prezzo, in contrasto con il loro diritto – risultante dall'inibitoria di cui all'art. 3, d.l. 115/2022 – di conservare invariate le condizioni economiche della fornitura⁷.

Senza scendere nel merito di siffatta conclusione, interessa qui osservare che secondo l'Autorità la prospettata risoluzione per via unilaterale del contratto, e la conseguente interruzione della fornitura, costituisce un'«azione illegittima ed arbitraria da parte del Professionista», giacché «l'eventuale eccessiva onerosità, potrebbe, in astratto, giustificare l'interruzione dell'adempimento contrattuale solo a seguito di decisione costitutiva dell'Autorità giudiziaria»⁸. Nel provvedimento sanzionatorio a carico di Iberdrola si specifica ulteriormente che la «mera comunicazione da parte del contraente colpito

⁵ Per quanto riguarda la vicenda di Iberdrola cfr. AGCM, provv. 30340, 27 ottobre 2022, PS12450 – *Iberdrola-Modifiche unilaterali condizioni di contratto*, §§1-4; provv. n. 30866, 31 ottobre 2023, PS12450 – *Iberdrola-Modifiche unilaterali condizioni di contratto*, §§14-19. In particolare, risulta che nel periodo maggio-settembre 2022, la società avesse proposto ai clienti sottoscrittori di contratti di somministrazione di energia elettrica e/o gas a prezzo fisso il passaggio a un'offerta a prezzo indicizzato – e pertanto variabile a seconda delle oscillazioni del prezzo di mercato – al dichiarato fine di «riequilibrare il rapporto contrattuale» a fronte delle «circostanze eccezionali, straordinarie e imprevedibili» occorse nel settore energetico. Se il cliente non avesse accettato la proposta, e non avesse individuato un nuovo fornitore entro il termine indicato nella comunicazione, il contratto avrebbe dovuto «intendersi risolto da parte di Iberdrola per eccessiva onerosità sopravvenuta ai sensi e per gli effetti dell'art. 1467 c.c. (...) senza necessità di ulteriore comunicazione o avviso». Con riguardo a E.ON, invece, cfr. AGCM, provv. 30341, 27 ottobre 2022 PS12451 – *E.ON-Modifiche unilaterali condizioni di contratto*, §§1-5. In questo caso, i destinatari della comunicazione di risoluzione erano consumatori e microimprese a cui E.ON forniva energia elettrica in forza di un contratto di somministrazione a prezzo fisso, che prevedeva l'applicazione di particolari scontistiche rispetto alle tariffe praticate sul mercato di tutela. Nel settembre 2022, richiamando l'instabilità dei mercati e l'«aumento esponenziale dei prezzi dell'energia elettrica», la società rappresentava ai detti clienti «l'impossibilità di garantire la (...) fornitura a condizioni economiche allineate alle attuali condizioni di mercato», e dichiarava l'intenzione di «risolvere il contratto di fornitura in corso, anche ai sensi dell'articolo 1467 c.c.», a far data del 30 settembre 2022. In alternativa, si prospettava la possibilità di «continuare a beneficiare dei vantaggi del libero mercato» stipulando un nuovo contratto con la stessa E.ON.

⁶ La durata della sospensione, inizialmente prevista fino al 30 aprile 2023, è stata estesa fino al 30 giugno dello stesso anno in forza dell'art. 11, co. 8, d.l. 29 dicembre 2022, n. 198 (cd. decreto *Milleproroghe*, conv. l. mod. 24 febbraio 2023, n. 14), che ha altresì specificato come il bando all'esercizio dello *ius variandi* non si applichi «alle clausole contrattuali che consentono all'impresa fornitrice di energia elettrica e gas naturale di aggiornare le condizioni economiche contrattuali alla scadenza delle stesse, nel rispetto dei termini di preavviso contrattualmente previsti e fermo restando il diritto di recesso della controparte». Con questo intervento, il legislatore ha recepito l'interpretazione restrittiva della norma data dalla giurisprudenza amministrativa: cfr. Cons. Stato, 22 dicembre 2022, n. 5986, in *Pactum*, 2023, 279 ss., con nota di C. ATTANASIO, *Ius variandi, aggiornamento delle condizioni economiche del contratto e pratiche commerciali scorrette*.

⁷ AGCM, provv. 30340, cit., §§15-25, *passim*; AGCM, provv. 30341, cit., 13-21, *passim*. Secondo l'AGCM non rileva che, nella realtà dei fatti, non vi fosse alcun rischio di interruzione della fornitura, poiché energia elettrica e gas sarebbero stati comunque erogati al consumatore nell'ambito, rispettivamente, del Servizio di salvaguardia e del Servizio di ultima istanza. Infatti, anche laddove il professionista rassicuri il cliente circa la continuità della fornitura, la prospettiva di una prossima risoluzione del contratto resta idonea a condizionare il processo decisionale del consumatore medio, dato che la disciplina di salvaguardia «non rappresenta una condizione nota e facilmente conoscibile dal consumatore mediamente informato».

⁸ AGCM, provv. 30340, cit., in part. §20; cfr. AGCM, provv. 30341, cit., in part. §18.



dall'eccessiva onerosità» non può avere «alcuna conseguenza sul rapporto contrattuale»: «l'unica modalità per far venir meno l'obbligo di adempiere è proporre domanda giudiziale (anche in via riconvenzionale)»⁹.

Di segno opposto è l'opinione del Tribunale di Firenze, adito con ricorso *ex art. 702-bis c.p.c.* da un cliente di Iberdrola – titolare di un contratto di fornitura di energia elettrica e gas per uso domestico – che domandava l'accertamento dell'inefficacia della risoluzione stragiudiziale e la condanna della società al ripristino delle condizioni contrattuali originariamente pattuite¹⁰. Il giudice – una volta accertata la sussistenza dei presupposti *ex art. 1467, co. 1, cod. civ.* – si è pronunciato a favore della società fornitrice, riconoscendo che il debitore di una prestazione divenuta eccessivamente onerosa può legittimamente sospendere l'adempimento, purché abbia previamente manifestato alla controparte, in via stragiudiziale, l'intenzione di avvalersi del rimedio risolutorio.

Sullo sfondo del contrasto appena delineato – e, in particolare, della singolare presa di posizione del giudice fiorentino – il presente contributo riprende le fila di un discorso che tende a riaffiorare nelle fasi storiche segnate da gravi crisi del mercato, quando gli operatori economici ricorrono con maggiore frequenza e urgenza ai rimedi per l'eccessiva onerosità sopravvenuta. La questione oggetto d'indagine riguarda i rapporti tra l'intervento di una sopravvenienza rilevante *ex art. 1467 cod. civ.* e l'obbligo di adempimento; più in particolare, si tratta di stabilire se, e a quali condizioni, la parte gravata da un'onerosità eccessiva sia legittimata a rifiutare o sospendere l'esecuzione della prestazione prima di un eventuale accertamento giudiziale.

2. Rilevanza pratica e inquadramento dogmatico dell'indagine. La risoluzione per eccessiva onerosità tra le tecniche di produzione degli effetti sostanziali

Prima di entrare nel vivo dell'indagine, è bene chiarire i termini della questione in esame. Si supponga che, durante l'esecuzione di un contratto a prestazioni corrispettive¹¹, l'evolversi delle circostanze provochi

⁹ Cfr. AGCM, provv. 30866, cit., in part. §§25-32, dove l'Autorità garante contesta alla società fornitrice di essersi arrogata un diritto che in realtà non le spettava – quello di sospendere unilateralmente l'adempimento a seguito della semplice denuncia della sopravvenienza – per indurre i consumatori a aderire a condizioni peggiorative, aggirando il divieto posto dall'art. 3, d.l. 115/2022. Per quanto riguarda E.ON, invece, il procedimento si è concluso con l'assunzione di impegni da parte del professionista, ai sensi dell'art. 27, co. 7, cod. cons.: cfr. AGCM, provv. 30752, PS12451 – *E.ON-Modifiche unilaterali condizioni di contratto*.

¹⁰ Trib. Firenze, 13 aprile 2024, pubblicata *in extenso* in calce alla nota *Crisi energetica ed eccessiva onerosità sopravvenuta*, in *Diritto di internet*, URL: “<https://dirittodiinternet.it/crisi-energetica-ed-eccessiva-onerosita-sopravvenuta-tribunale-di-firenze-13-aprile-2024/>”. Che la società fornitrice convenuta in giudizio fosse Iberdrola è facilmente desumibile da fatto che la stessa, nel procedimento di fronte dall'AGCM, avesse prodotto a proprio favore il provvedimento giudiziario in esame: cfr. AGCM, provv. 30752, cit., §22, nt. 11.

¹¹ L'art. 1467 cod. civ., come noto, circoscrive il proprio ambito di applicazione ai «contratti a esecuzione continuata o periodica, ovvero a esecuzione differita». Nel linguaggio legislativo, la formula «contratti a esecuzione continuata o periodica» individua una specifica categoria di contratti, noti sotto il *nomen* di «contratti di durata», che si contraddistinguono, sul piano dogmatico, per la rilevanza causale che il fattore tempo assume nell'economia del regolamento di interessi: cfr. G. OPPO, *I contratti di durata* (I), in *Riv. dir. comm.*, 1943, 143 ss. e 227 ss. (II), *ivi*, 1944, 18 ss. (oggi Id., *Scritti giuridici*, III, *Obbligazioni e negozio giuridico*, Padova, 1992, 200 ss); più recentemente, per una rivisitazione dei tratti caratteristici della categoria, cfr. A. LUMINOSO, *Il rapporto di durata*, in *Riv. dir. civ.*, 2010, 501 ss.; F. LONGOBUCCO, *Rapporti di durata e divisibilità del regolamento contrattuale*, Napoli-Roma, 2012, 22 ss. È pacifico, tuttavia, che questa particolare caratterizzazione non assume rilievo nella disciplina dell'eccessiva onerosità, dove la legge richiama le nozioni di contratti a esecuzione continuata o periodica e di contratto a esecuzione differita in quanto espressive di fattispecie negoziali caratterizzate da un intervallo temporale tra la conclusione del contratto e la definitiva esecuzione di una o di entrambe le prestazioni: in questo senso cfr. già Rel. Re,



un oggettivo aggravio dell'impegno economico a carico di una delle parti; aggravio che eccede il normale margine di oscillazione nel valore delle prestazioni, ragionevolmente prevedibile in relazione alla struttura del regolamento di interessi e al settore di mercato in cui si colloca la vicenda negoziale¹². In questi casi, quale contegno può assumere il contraente debitore della prestazione divenuta eccessivamente onerosa, a norma dell'art. 1467 cod. civ.? Può egli interrompere senz'altro l'esecuzione della prestazione e limitarsi ad allegare, qualora convenuto in giudizio, l'intervento della sopravvenienza? Oppure, l'obbligo di adempimento permane – sicché la sua interruzione costituisce fonte di responsabilità – fino a quando il giudice non dispone, su istanza dello stesso debitore onerato, la risoluzione del contratto?

Si tratta di interrogativi di indubbia rilevanza pratica. Come osserva con asciutto pragmatismo un Autore «al contraente colpito dalla sopravvenienza di un aggravio insostenibile interessa sapere, soprattutto, se può, o non può, cessare la prestazione in corso o astenersi dalla prestazione non ancora eseguita»¹³. Se è vero che l'onerosità rilevante ex art. 1467 va apprezzata in termini rigorosamente oggettivi – e, in particolare, a prescindere da eventuali situazioni di sofferenza finanziaria del debitore (cd. *difficultas praestandi*)¹⁴ –, nondimeno l'esecuzione di una prestazione eccessivamente onerosa implica di regola *anche* un sacrificio economico intollerabile per l'obligato. È dunque verosimile che a costui di proseguire l'adempimento per un tempo prolungato finisca per compromettere irreparabilmente la organizzazione patrimoniale, e, se imprenditore, l'esercizio stesso della sua attività, privando così il rimedio ex art. 1467 di gran parte della sua efficacia¹⁵.

La soluzione è relativamente agevole qualora l'eccessiva onerosità si manifesti successivamente alla costituzione in mora della parte interessata. A quest'ultima, infatti, è radicalmente preclusa la possibilità di avvalersi del rimedio ex art. 1467 cod. civ., giacché il debitore moroso, sul quale già grava il rischio dell'impossibilità sopravvenuta della prestazione (art. 1221 cod. civ.), deve *a fortiori* farsi carico della

§665; in dottrina, per tutti, G. OPPO, *I contratti*, cit., (I), 239 ss.; F. MACARIO, *Le sopravvenienze*, in *Trattato del contratto*, 2 ed., V, *Rimedi-2*, a cura di V. Roppo, Milano, 2022, 759 ss., 894. Muovendo in questa prospettiva, gli interpreti estendono l'ambito applicativo dell'art. 1467 ai casi in cui il differimento della prestazione dovuta sia conseguenza di vicissitudini non programmate, intervenute durante la vita del rapporto (cfr., *ex multis*, G. TERRANOVA, *L'eccessiva onerosità nei contratti*. Artt. 1467-1469, in *Il Codice civile. Commentario* diretto da P. Schlesinger, Milano, 1995, 61 ss.; A. RICCIO, *Dell'eccessiva onerosità*. Art. 1467-1469, in *Commentario del Codice civile Scialoja-Branca*, a cura di F. Galgano, Bologna-Roma, 2010, 58 ss.); si esclude, però, che il rimedio possa operare se detto differimento sia dovuto all'inadempimento del debitore onerato (v. *infra*).

¹² Cfr., F. MACARIO, *Le sopravvenienze*, cit., *passim* e, in sintesi, 905. Per una approfondita disamina dei requisiti della fattispecie rilevante ex art. 1467 cod. civ., cfr. recentemente G. TERRANOVA, *L'eccessiva onerosità*, cit., 109 ss.; A. RICCIO, *Dell'eccessiva onerosità*, cit., 135 ss.; P. GALLO, *Eccessiva onerosità sopravvenuta e presupposizione*, in *Dig. disc. priv., Sez. civ.*, Agg. VII, 2012, 439 ss.

¹³ G. MIRABELLI, *Eccessiva onerosità e inadempimento* in *Riv. dir. comm.*, 1953, 84 ss., 84 (nota a Cass. 6 ottobre 1952, n. 2939).

¹⁴ Per tutti, G. TERRANOVA, *L'eccessiva onerosità*, cit., 111 ss., che osserva come, per contro, «in presenza dell'eccessiva onerosità, potrà pervenirsi all'applicazione del rimedio risolutorio anche quando, in concreto, il debitore non avesse avuto alcuna difficoltà di adempiere»; sul punto cfr. anche le osservazioni di R. SACCO [e G. DE NOVA], *Il contratto*, 3 ed., II, in *Trattato di diritto civile*, diretto da R. Sacco, Torino, 2004, 713 ss.

¹⁵ Cfr. ancora G. MIRABELLI, *Eccessiva onerosità*, cit., 84 s., che osserva come «il più delle volte nessuna pronuncia di risoluzione e reintegrazione o di equa modificazione può sanare il guasto che nell'economia del debitore è stato provocato dall'esecuzione di una prestazione eccessivamente gravosa». Il problema era già stato colto da A. DE MARTINI, *Mancato o ritardato adempimento del contratto ed eccessiva onerosità*, in *Id.*, *L'eccessiva onerosità nell'esecuzione dei contratti*, Milano, 1950, 86 ss. in part. 108 s.; e successivamente E. QUADRI, *Il comportamento del debitore nella dinamica nella risoluzione per eccessiva onerosità*, in *Riv. dir. civ.*, 1976, I, 333 ss., 334.



sopraggiunta onerosità¹⁶. Esclusa, dunque, la possibilità di invocare la sopravvenuta onerosità della prestazione, non residuano dubbi circa la permanenza dell'obbligo di adempimento.

Ben più complesso è il caso in cui la prestazione divenga eccessivamente onerosa prima della costituzione in mora, o comunque prima della scadenza del termine per l'adempimento. In tali ipotesi, il problema dell'astensione dall'adempimento investe altri profili relativi all'operatività della risoluzione ex art. 1467, che si collocano all'intersezione tra il diritto civile e il diritto processuale.

Il primo passo è chiarire come si produca l'effetto estintivo, proprio del rimedio risolutorio, che la legge collega alla fattispecie "eccessiva onerosità". In breve: questo effetto si produce *ipso iure* al semplice verificarsi della fattispecie prevista, o richiede anche una manifestazione di volontà della parte interessata? Oppure, ancora, a questi elementi deve aggiungersi un provvedimento costitutivo del giudice, che disponga la risoluzione previa verifica dei presupposti stabiliti dalla legge¹⁷?

3. Questioni collegate: la deduzione *ope exceptionis*; la rilevanza di una denuncia stragiudiziale della sopravvenienza

La risposta agli interrogativi formulati in chiusura del paragrafo precedente si collega ad altre questioni, anch'esse rilevanti per sciogliere il nodo relativo all'interruzione dell'attività esecutiva. In particolare, occorre considerare: a) la natura del mezzo processuale attraverso cui l'eccessiva onerosità può essere fatta valere in giudizio – il debitore convenuto per l'adempimento o la risoluzione del contratto deve proporre una domanda riconvenzionale, oppure può limitarsi a sollevare l'eccessiva onerosità *ope exceptionis*, al fine di ottenere il rigetto della domanda avversaria? –; b) il valore da attribuire, nella

¹⁶ Si tratta di un orientamento pacifico e assolutamente consolidato: cfr. già A. DE MARTINI, *Mancato o ritardato adempimento*, cit., 92 ss. e A. BOSELLI, *La risoluzione del contratto per eccessiva onerosità*, Torino, 251. Oggi, per tutti, cfr. F. MACARIO, *Le sopravvenienze*, cit., 896. In giurisprudenza, limitandoci agli ultimi decenni: cfr. Trib. Ascoli Piceno, 7 settembre 1980 in *Foro it.*, I, 3090 ss.; Cass. 15 dicembre 1984, n. 6582, in *Rep. Foro it.*, 1983, voce *Contratto in genere*, n. 1219; App. Catania, 18 settembre 1985, in *Foro pad.*, 1986, I, 68; Cass. 31 ottobre 1989, n. 4554, in *Rass. giur. en. elettr.*, 1991, 523; Cass. 27 settembre 1991 n. 10139, in *Rep. Foro it.*, 1991, voce *Contratto in genere*, n. 398; Trib. Reggio Emilia, 10 novembre 2004, in *One LEGALE*; Trib. Pordenone, 27 gennaio 2022, in *One LEGALE*.

È discusso, invece, il caso della sopravvenienza che intervenga quando il debitore era già inadempiente, ma non formalmente costituito in mora. La giurisprudenza appare in prevalenza orientata a escludere l'applicabilità dell'art. 1467 cod. civ.: così, in modo espresso, Cass. 5 marzo 1948, in *Giur. compl. cass. civ.*, 1948, II, 754 ss. e, più di recente, Cass., 25 maggio 1983 n. 3618, in *Rep. Foro it.*, 1983, voce *Contratto in genere, atto e negozio giuridico*, n. 362; Cass. 13 gennaio 2005, n. 583, in *extenso* su *Foroplus*; nello stesso senso, seppur più genericamente (nella misura in cui si limitano a precludere al debitore inadempiente la possibilità di avvalersi del rimedio risolutorio), cfr. Cass. 26 marzo 1953, n. 767, *Giur. it.*, 1953, I, 1, 659; Cass. 17 febbraio 1983 n. 1219, in *Rep. Foro it.*, 1983, voce *Contratto in genere, atto e negozio giuridico*, n. 361; Cass. 17 giugno 1983 n. 4177, *ivi*, voce cit., n. 360; Cass. 28 febbraio 1985, n. 1739, *ivi*, 1985, voce cit., n. 286; Cass. 10 marzo 1987 n. 2468, *ivi*, 1987, voce cit., n. 461. *Contra*, larga parte della dottrina, distinguendo la mora – quale situazione di ritardo qualificato – dalla semplice scadenza del termine dell'adempimento, ammette che il debitore non (formalmente) moroso possa domandare la risoluzione per eccessiva onerosità, salvo il diritto della controparte al risarcimento del danno: cfr. A. DE MARTINI, *Mancato o ritardato adempimento*, cit., 98 ss.; A. BOSELLI, *La risoluzione*, cit., 251; P. TARTAGLIA, *Onerosità eccessiva*, in *Enc. dir.*, XXX, 1980, 155 ss., 170; A. RICCIO, *Dell'eccessiva onerosità*, cit., 60 ss.

¹⁷ In relazione alle tecniche di produzione degli effetti sostanziali, cfr. S. MENCHINI, *I limiti oggettivi del giudicato civile*, Milano, 1987, 151 s., (ripreso letteralmente da R. ORIANI, *Eccezione*, in *Dig. disc. priv., sez. civ.*, Torino, 1991, VII, 262 ss., 271): «talvolta il legislatore collega immediatamente la produzione di un effetto a certi fatti, cosicché, col semplice verificarsi di questi, sorge la conseguenza giuridica prevista dalla norma; talaltra costruisce la fattispecie in modo tale che non per la presenza di determinate circostanze si realizza la nuova situazione sostanziale, ma è necessaria anche una manifestazione di volontà dell'interessato, nonché in altre ipotesi, oltre a questa, una pronuncia giurisdizionale che verifichi preliminarmente l'avvenuta integrazione della fattispecie».



dinamica applicativa dell'art. 1467, alla dichiarazione stragiudiziale con cui la parte onerata manifesta l'intenzione di avvalersi del rimedio risolutorio.

Il collegamento tra le questioni appena individuate può riassumersi come segue. Ammettiamo che, una volta verificatasi l'eccessiva onerosità, la risoluzione del contratto si produca automaticamente ovvero in forza di una semplice manifestazione di volontà dell'interessato, titolare di un diritto potestativo diretto a modificare unilateralmente la realtà sostanziale. In questo caso, l'eccessiva onerosità può sicuramente essere fatta valere in via di eccezione, al fine di ottenere il rigetto delle pretese avversarie fondate su un rapporto contrattuale ormai risolto. Questa conclusione, coerente con la nozione di eccezione quale deduzione di fatti estintivi, modificativi o impeditivi rispetto al diritto *ex adverso* affermato, prescinde dal dibattito relativo alla natura dell'eccezione di merito in senso stretto¹⁸ e trova conferma nella possibilità, pacificamente riconosciuta, di far valere *ope exceptionis* le fattispecie di risoluzione stragiudiziale¹⁹.

Per contro, la deducibilità in via di eccezione non è affatto scontata se si accoglie la posizione – oggi unanime in dottrina e in giurisprudenza (v. *infra*, §5) – secondo cui l'art. 1467 attribuisce al debitore della prestazione eccessivamente onerosa un potere di azione costitutiva ai sensi dell'art. 2908 cod. civ., diretto a ottenere, dietro proposizione di una domanda giudiziale, la pronuncia di una sentenza che disponga la risoluzione del contratto previo accertamento dei presupposti stabiliti dalla legge²⁰. In questa

¹⁸ Per recente quadro di sintesi, A. MOTTO, *Poteri sostanziali e tutela giurisdizionale*, Torino, 2012, 204 ss.; F. RUSSO, *Contributo allo studio dell'eccezione nel processo civile. Concetti e principi generali*, Roma, 2013, 126 ss.; 164 ss.

¹⁹ Con riferimento all'impossibilità sopravvenuta totale della prestazione (art. 1463 cod. civ.) – che risolve di diritto il contratto: v. *infra*, §5 – l'eccezione è ammessa da Cass. 28 gennaio 1995, n. 1037, in *Rep. Foro it.*, 1995, voce *Contratto in genere, atto e negozio giuridico*, n. 512 (in *estenso su Foroplus*); Cass., 1° aprile 2004 n. 6450, in *Rep. Foro it.*, 2004, voce *Procedimento civile*, n. 164. In dottrina, riferimenti all'eccezione di impossibilità sopravvenuta si trovano in A. DALMARTELLO, "Solve et repete" (*Patto o clausole del*), in *Noviss. dig. it.*, XVII, Torino, 1970, 847 ss., 850; C. MIRAGLIA, *Solve et repete*, in *Enc. dir.*, XLII, Milano, 1990, 1255 ss., 1260; nella processualciviltistica cfr. C. CONSOLO, *Spiegazioni di diritto processuale civile*, 19 ed., I, *Le tutele (di merito, sommarie ed esecutive) e il rapporto giuridico processuale*, Torino, 2019, 159 s.

Nel contesto dei rimedi contro l'inadempimento, assumono rilevanza le ipotesi di risoluzione cd. di diritto – diffida a adempiere: art. 1454 cod. civ.); clausola risolutiva espressa (art. 1456 cod. civ.); termine essenziale (art. 1457 cod. civ.) – in cui l'effetto risolutorio si produce, seconda delle singole ipotesi, *ipso iure* ovvero su dichiarazione di parte. In dottrina, ammettono la deducibilità *ope exceptionis* della risoluzione (salvo discutere, in relazione ai singoli casi, se si tratti di eccezione in senso stretto o in senso lato) A. DALMARTELLO, "Solve et repete", cit., 850; COSTANZA, *sub Art. 1454*, in A. LUMINOSO, U. CARNEVALI, M. COSTANZA, *Della risoluzione per inadempimento*, t. I, 1, in *Commentario del Codice Civile Scialoja-Branca*, a cura di F. Galgano, Bologna-Roma, 1990, 447 s.; C. MIRAGLIA, *Solve et repete*, cit., 1260; M. DELLACASA, *Le risoluzioni di diritto: la diffida ad adempiere*, in *Trattato del contratto*, diretto da V. Roppo, 2 ed., V, *Rimedi-2*, cit., 349 ss., 389; ID., *La clausola risolutiva espressa*, *ivi*, 391 ss., 437; ID., *Il termine essenziale*, *ivi*, 439 ss., 462. Per la giurisprudenza, alle pronunce menzionate nei luoghi appena citati, *adde* Cass. civ., 21 novembre 2016, n. 23667, in *Rep. Foro it.*, 2016, voce *Procedimento civile*, n. 270 (in *estenso in Foroplus*), con riguardo all'eccezione di risoluzione per attivazione della clausola risolutiva.

Fuori dal campo dei rimedi sinallagmatici, può opporsi in via di eccezione la risoluzione del contratto per avveramento della condizione risolutiva: cfr., in dottrina, R. ORIANI, *Eccezione*, cit., 263; in giurisprudenza, da ultimo Cass. 17 giugno 2021, n. 1743, in *Giur. it.*, 2022, 352 ss. con nota D. BUONCRISTIANI, *Alternatività 'sostanziale' e passaggio da mera difesa ad eccezione in senso stretto*; Cass. 31 luglio 2014, n. 17474, in *Rep. Foro it.*, 2014, voce *Contratto in genere, atto e negozio giuridico*, n. 331.

²⁰ Secondo la moderna processualciviltistica, nelle fattispecie di tutela costitutiva, la produzione di un effetto modificativo della realtà sostanziale è mediata dall'attribuzione al soggetto interessato di un potere a necessario esercizio giudiziale, che si attua attraverso la proposizione di un'apposita domanda diretta a ottenere la modificazione prevista. Quest'ultima trova il suo titolo esclusivo nella pronuncia del giudice che, accogliendo la domanda, dispone la produzione dell'effetto previsto dalla legge, mentre la domanda giudiziale, quale atto di esercizio del potere di parte, assume una rilevanza meramente endoprocedimentale. In questo senso cfr. A. CERINO CANOVA, *La domanda giudiziale e il suo contenuto*, in *Commentario del codice di procedura civile*, diretto da E. Allorio, II, 1, Torino, 1980, 1 ss.; cfr. C. FERRI, *Profili dell'accertamento costitutivo*, Padova, 1970, 39; 212 s.; S. MENCHINI, *I limiti*, cit., 168; C. CONSOLO, *Oggetto del giudicato e principio dispositivo*, I. *Dei limiti*



prospettiva, l'eccezione di eccessiva onerosità potrebbe essere ammessa solo ove si riconosca la possibilità di far valere *ope exceptionis* fattispecie corrispondenti a un potere di azione costitutiva, pur in assenza di un'espressa previsione di legge (v. *infra*, §§8; 10).

Nell'uno e nell'altro caso, ad ogni modo, la titolarità del potere di eccezione avrebbe le medesime conseguenze sul piano sostanziale. Il debitore legittimato all'eccezione potrebbe interrompere l'esecuzione fin dal momento in cui la prestazione diventa eccessivamente onerosa, senza pericolo di incorrere in responsabilità per inadempimento²¹.

4. Piccola archeologia. La risoluzione per eccessiva onerosità nella giurisprudenza del Secondo Dopoguerra: l'astensione dell'adempimento tra azione ed eccezione

Delle questioni individuate in chiusura del paragrafo precedente, quella di natura processuale ha attirato, più di tutte, l'attenzione degli interpreti. Specie in giurisprudenza, infatti, la questione del mancato adempimento della prestazione eccessivamente onerosa è stato solitamente trattato come corollario della questione relativa alla deducibilità *ope exceptionis* dell'onerosità sopravvenuta²².

La *vis attractiva* del nodo processuale è ben comprensibile, se si rammenta che fino alla riforma attuata con l. 26 novembre 1990, l'art. 345 cod. proc. civ. assoggettava al divieto di *nova* solo le domande, consentendo invece alle parti di introdurre liberalmente nuove eccezioni²³. In questa cornice normativa, l'ammissibilità di una "eccezione di eccessiva onerosità" assumeva un rilievo cruciale, perché apriva al debitore la possibilità di contrastare la pretesa attorea facendo valere la sopravvenienza per la prima volta nel giudizio di appello.

L'ipotesi di un'eccezione di eccessiva onerosità è stata particolarmente dibattuta nella giurisprudenza del secondo Dopoguerra. Erano anni di grande attenzione per l'istituto disciplinato dall'art. 1467, che rappresentava una delle novità più significative introdotte dal Codice civile del 1942²⁴. Gli interpreti si confrontavano con un rimedio inedito nel panorama giuridico occidentale²⁵ – benché la sua introduzione fosse stata anticipata da una feconda stagione di dibattito dottrinale²⁶ – che fu subito largamente invocato dagli

oggettivi e del giudicato costitutivo, in *Riv. trim. dir. proc. civ.*, 1991, 215 ss., 248 ss.; I. PAGNI, *Le azioni di impugnativa negoziale*, Milano, 1998, 2 s.; M. FORNACIARI, *Situazioni potestative, tutela costitutiva e giudicato*, Torino, 1999, 40 ss.; A. PROTO PISANI, *Le tutele giurisdizionali dei diritti*, Napoli, 2003, 211 ss.; A. MOTTO, *Poteri*, cit., 189 ss.; 269 ss.; 307 ss.

²¹ Sul punto si ritornerà più ampiamente *infra*, §6. In generale, nel senso che la titolarità del potere di eccezione legittimi l'interessato a rifiutare l'adempimento, cfr. S. PUGLIATTI, *Eccezione (teoria generale)*, in *Enc. dir.*, IV, Milano, 1965, 151 ss., 164, con riferimento all'eccezione di prescrizione.

²² In questa prospettiva cfr. sin d'ora le sintesi di G. ACCARDO, *L'istituto della risoluzione per eccessiva onerosità sopravvenuta della prestazione nei più recenti orientamenti giurisprudenziali*, in *Nuova giur. civ. comm.*, 1996, II, 1 ss., 23 ss. e di E. PESCE, *Dinamiche processuali dell'eccessiva onerosità sopravvenuta*, nota a Cass. 7 novembre 2017, n. 26363, *ivi*, 631 ss.

²³ Il limite originariamente previsto, quello dei «gravi motivi», era stato abolito dalla l. 14 luglio 1950, n. 581.

²⁴ In pochi anni si contano ben quattro lavori monografici sul tema: oltre alla raccolta di saggi di A. DE MARTINI, *L'eccessiva onerosità*, cit. e al volume di A. BOSELLI, *La risoluzione*, cit., v. anche C. BRACCANTI, *Degli effetti della eccessiva onerosità sopravvenuta nei contratti*, Milano, 1946; A. PINO, *La eccessiva onerosità della prestazione*, Padova, 1952.

²⁵ Cfr. P. TARTAGLIA, *Onerosità*, cit., 157. Prima di allora, una disciplina organica della sopravvenienza era già stata prevista dall'art. 269 del Codice civile polacco del 1933, che viene ricordato da A. H. PUELINCKX, *Frustration, Hardship, Force Majeure, Imprévision, Wegfall der Geschäftsgrundlage, Un-möglichkeit, Changed Circumstances; A Comparative Study in English, French, German and Japanese Law*, 3 *J. Int. Arbitr.*, 1986, 47 ss., 54 come «the first sophisticated frustration and amending clause in modern times».

²⁶ Per un disegno storico del trattamento giuridico delle sopravvenienze, con particolare riguardo alle posizioni emerse nella



operatori economici, per sottrarsi all'esecuzione di contratti resi più onerosi o comunque ostacolati dalle vicissitudini belliche e dall'inflazione galoppante.

Secondo l'orientamento maggioritario della Cassazione, il debitore onerato poteva far valere l'eccessiva onerosità anche in via di eccezione, al limitato fine di ottenere il rigetto della domanda di adempimento e conseguire così la liberazione dall'obbligazione²⁷. Ne derivava, sul piano processuale, la possibilità di dedurre l'eccessiva onerosità per la prima volta in sede di appello; sotto il profilo sostanziale, invece, la titolarità del potere di eccezione consentiva al debitore colpito dalla sopravvenienza di astenersi senz'altro dall'esecuzione della prestazione, senza necessità di agire in giudizio per la risoluzione²⁸.

Tuttavia, il fondamento dogmatico di tale soluzione rimaneva incerto²⁹. Per quanto è dato ricavare dalle massime e, ove disponibili, dalle motivazioni dei provvedimenti dell'epoca, il riconoscimento del potere di eccezione veniva talvolta ricondotto a una concezione della sopravvenienza quale fatto estintivo idoneo a incidere sulle posizioni giuridiche nascenti dal contratto quasi *ex se* e – per quello che più conta – a prescindere dall'intervento del giudice, che si limitava a prendere atto dell'avvenuta modificazione della realtà sostanziale³⁰. Altre pronunce, invece, si richiamavano alla nozione di eccezione riconvenzionale: l'eccessiva onerosità veniva così considerata come una fattispecie che, pur essendo suscettibile di essere azionata in via autonoma per ottenere la risoluzione, poteva essere opposta anche in via di eccezione, al solo fine di contrastare la domanda attorea³¹.

Non mancavano, tuttavia, pronunce che ammettevano la sola possibilità di domandare in giudizio la risoluzione del contratto. In questa prospettiva, si escludeva che la parte colpita dall'eccessiva onerosità

civilistica primonovecentesca, cfr. G. B. FERRI, *Dalla clausola «rebus sic stantibus» alla risoluzione per eccessiva onerosità*, in *Quadrimestrale*, 1988, 54 ss. Cfr. anche C. G. TERRANOVA, *L'eccessiva onerosità*, cit., 6 ss.

²⁷ Questo principio di diritto, fissato da Cass. 7 febbraio 1949, n. 190, in *Giur. it.*, 1949, I, 683, è stato ribadito da numerose pronunce successive, fino ai primi anni '80. Alle pronunce indicate nelle note che seguono, *adde* Cass. 24 aprile 1952, n. 1126, in *Rep. Giur. it.*, voce *Obbligazioni e contratti*, n. 395; Cass. 5 ottobre 1954, n. 3291, in *Giust. civ.*, 1954, 2219.

²⁸ Nel senso del testo cfr. rispettivamente, in motivazione, Cass. 21 febbraio 1951, n. 439, in *Foro it.*, 1951, I, 866 ss.; e Cass. 11 aprile 1953, n. 954, in *Giust. civ.* 1953, 1207 s.

²⁹ Secondo la recente intuizione di E. PESCE, *Dinamiche*, cit., *passim*, il principio della opponibilità in via di eccezione si è inizialmente affermato non tanto «per ragioni tecniche», quanto piuttosto «per dare più *chance* di difesa alle vittime di sopravvenienze patite durante il conflitto mondiale»: si consentiva infatti ai contraenti impediti dall'agire in giudizio, o che fosse rimasti contumaci nel processo di primo grado – «condotta processuale tutt'altro che eccezionale in tempo di guerra» – di far valere comunque sopravvenienza per ottenere il rigetto della domanda di condanna all'adempimento e la conseguire così la liberazione dal vincolo.

³⁰ Cfr. in part. Cass. sez. un. 8 giugno 1951, n. 1469, in *Giur. it.*, I, 1, 280 s., che considera la sopravvenienza quale «fatto giuridicamente capace di liberare [il debitore] dall'obbligazione assunta» e che pertanto il debitore può limitarsi ad eccepire in giudizio quale «diritto già acquisito contro l'adempimento dell'obbligazione». Può ascriversi a questo indirizzo anche Cass. 2 agosto 1950, n. 2315, in *Giur. it.*, 1952, I, 66 ss., con nota critica di A. BOSELLI, *Se l'eccessiva onerosità della prestazione possa essere dedotta in giudizio anche in via di eccezione*, che riconduce l'eccezione di eccessiva onerosità alla nozione di «eccezione in senso tecnico», intesa come «contrapposizione al fatto costitutivo affermato dall'attore, dai fatti impeditivi ed estintivi tali, che di per sé stessi non escludono l'azione, ma danno al convenuto il potere giuridico annullarla». È evidente qui il richiamo all'insegnamento di Chiovenda, che configura l'eccezione di merito in senso stretto come potere sostanziale diretto a «all'annullamento dell'azione» esercitata dalla parte avversaria: sul punto cfr. G. CHIOVENDA, *Principii di diritto processuale*, 3 ed., Napoli, 1912, 268 ss. e *Id.*, *Istituzioni di diritto processuale civile*, 2 ed., Napoli, 1935, 304 ss.; F. ESCOBEDO, *L'eccezione in senso sostanziale*, Milano, 1927, *passim*.

³¹ Così Cass. 21 febbraio 1951, n. 439, cit.; Cass. 24 giugno 1952, n. 1870, in *Rep. Giur. it.* 1952, voce *Obbligazioni e contratti*, n. 392. Evoca l'immagine di un'eccezione riconvenzionale anche Cass. 11 aprile 1953, n. 954, cit. (poi ripresa, in massima, da Cass. 7 giugno 1957, n. 2109, in *Foro it. Rep.*, 1957, voce *Obbligazioni e contratti*, n. 443), secondo cui «se è vero (come è vero) che il più comprende il meno, deve ammettersi che nell'ampia facoltà di chiedere la risoluzione del contratto sia compresa quella più ristretta di eccepire il venir meno dell'obbligo e della responsabilità in virtù di quello stesso evento che autorizza a chiedere la risoluzione del contratto».



potesse limitarsi a sospendere l'adempimento³² e, successivamente, porre la sopravvenienza a fondamento di una semplice eccezione, suscettibile di essere fatta valere per la prima volta in sede di appello³³.

5. L'orientamento maggioritario: l'eccessiva onerosità come fattispecie di potere di azione costitutiva; il debitore può astenersi dall'adempimento solo dopo l'azione in giudizio

Presso la dottrina civilistica, l'ipotesi di un'eccezione di eccessiva onerosità – idonea, *inter alia*, a giustificare il mancato adempimento della prestazione colpita dalla sopravvenienza – non ha trovato accoglienza. Il punto di partenza dell'elaborazione dottrinale è che l'eccessiva onerosità, così come disciplinata dall'art. 1467 cod. civ., non configura un fatto estintivo immediatamente incidente sul rapporto giuridico-contrattuale, tale da determinare *ipso iure* la liberazione del debitore. Solo la sopravvenienza che risulta nell'impossibilità della prestazione per causa non imputabile estingue senz'altro l'obbligazione a carico del debitore (art. 1256 cod. civ.)³⁴ e determina la risoluzione di diritto del contratto (art. 1463 cod. civ.)³⁵. La sopravvenuta onerosità, invece, «rende il contratto risolubile, ma non lo risolve»³⁶.

Fin dai primi commenti all'art. 1467, la dottrina ha concordemente ritenuto che il debitore della prestazione eccessivamente onerosa sia legittimato ad agire in giudizio per ottenere una pronuncia costitutiva che disponga la caducazione del rapporto giuridico-contrattuale e, di conseguenza, l'estinzione degli obblighi a carico delle parti³⁷. Da un punto di vista processualistico, la posizione soggettiva della

³² Cfr. Cass. 7 aprile 1952, n. 927, in *Giur. compl. cass. civ.*, 1952, 267 ss., con nota di B. BRUNETTI, *In tema di interrogatorio libero*, secondo cui «l'art. 1467 non consente alla parte tenuta alla prestazione divenuta eccessivamente onerosa di rendersi inadempiente e ritenere risoluto il contratto, sibbene di chiederne la risoluzione». Nella giurisprudenza di merito, si esprimono in termini analoghi le massime di App. Firenze, 16 giugno 1950, in *Giur. tosc.*, 1950, 327; App. Genova, 19 febbraio 1951, in *Temi gen.*, 1951, 234; App. Milano 12 giugno 1956, in *Foro pad.*, 1956, II, 283. Nel senso che per servirsi della tutela ex art. 1467 il debitore onerato debba agire con domanda giudiziale cfr. già Trib. Torino 13 marzo 1948, in *Foro it.*, I, 580 (in massima, ma con spiegazione della vicenda e delle conclusioni nella nota redazionale).

³³ Cfr. Cass. 18 dicembre 1952, n. 3232, in *Rep. Foro it.*, 1952, voce *Obbligazioni e contratti*, n. 497, secondo cui «l'eccessiva onerosità, tendendo alla risoluzione del contratto, forma oggetto di una vera e propria domanda la quale (...) non può essere proposta per la prima volta in appello (...)». Cfr. anche Trib. Roma, 28 aprile 1959, in *Temi romana*, 1959, I, 571 ss.

³⁴ Cfr. A. DE MARTINI, *Profilo storico e giuridico*, in ID., *L'eccessiva onerosità*, cit., 1 ss., 16 (e similmente ID., *Mancato o ritardato adempimento*, cit., 107) che ricorda come solo ai sensi del d. lgt. 27 maggio 1915, n. 739 l'eccessiva onerosità per cause di guerra era stata equiparata *quoad effectum* all'impossibilità per forza maggiore (art. 1226 cod. civ. 1865), comportando così l'automatica estinzione dell'obbligazione. In giurisprudenza, il punto è colto da Cass. 28 gennaio 1946, n. 72, in *Rep. Foro it.*, 1946, voce *Obbligazioni e contratti*, n. 272; successivamente, tra le pronunce già richiamate, cfr. App. Genova, 19 febbraio 1951, cit.; Trib. Roma, 28 aprile 1959, cit. (in motiv.).

³⁵ Cfr., *ex multis*, L. MOSCO, *Impossibilità sopravvenuta della prestazione*, in *Enc. dir.*, XX, Milano, 1970, 405 ss., 439 s.; R. SACCO [e G. DE NOVA], *Il contratto*, cit., 690; F. MACARIO, *Le sopravvenienze*, cit., 827.

³⁶ Così efficacemente R. SACCO [e G. DE NOVA], *Il contratto*, cit., 718.

³⁷ Cfr. A. DE MARTINI, *Profilo*, cit., 16 ss. e ID.; *Mancato o ritardato adempimento*, cit., 107 ss.; 112; a cui *adde* ID., *Sopravenienza e dovere di adempimento del contratto*, in nota a App. Torino, 18 gennaio 1949, in *Foro it.*, 1950, I, 1533 ss.; e A. BOSELLI, *Se l'eccessiva onerosità*, cit., 68; ID., *La risoluzione*, cit., 254 ss. Nella dottrina più recente: cfr. L. BIGLIAZZI GERI, U. BRECCIA, F. D. BUSNELLI, U. NATOLI, *Diritto civile*, 1.2, *Fatti e atti giuridici*, Torino, 1987, 885 ss.; SCALFI, *Risoluzione del contratto*, I) *Diritto civile*, in *Enc. giur.*, XXVII, 1991, 16 ss.; R. SACCO [e G. DE NOVA], *Il contratto*, cit., 716 ss., in part. 718 s.; E. GABRIELLI, *La risoluzione per eccessiva onerosità sopravvenuta*, in U. CARNEVALI, E. GABRIELLI, M. TAMPONI, *Il contratto in generale. La risoluzione*, in *Trattato di diritto privato* diretto da M. Bessone, vol. XIII, t. VIII, Torino, 2011, 407 ss.; C. M. BIANCA, *Diritto civile*, V, *La responsabilità*, 2° ed., 2012, 400. Sul *modus operandi* dei rimedi per l'eccessiva onerosità sopravvenuta, cfr. L. CABELLA PISU, *I rimedi per l'eccessiva onerosità sopravvenuta*, in *Trattato della responsabilità contrattuale*, diretto da G. Visentini, I, *Inadempimento e rimedi*, Padova, 2009, 538 ss., 568: «le norme sull'eccessiva onerosità



parte onerata si esprime nella titolarità di un potere di azione da ricondurre – al pari di quelli di annullamento, rescissione e risoluzione del contratto per inadempimento *ex art.* 1453 cod. civ. – al novero delle cd. impugnative negoziali, intese quali poteri di azione costitutiva diretti a ottenere dal giudice, ai sensi dell'art. 2908 cod. civ., la rimozione degli effetti di un atto (nel caso che qui interessa, di un contratto)³⁸.

A sostegno di questa soluzione si richiama, solitamente, il dato letterale. Dalla formulazione dell'art. 1467 cod. civ., che fa espresso riferimento alla “domanda” proveniente dal debitore onerato, si ricava che la legge sancisce un «potere di scelta affidato alla parte pregiudicata dal nuovo evento, e ne regola l'esercizio perfezionato in sede processuale»³⁹. Il termine “domanda” deve pertanto essere inteso in senso tecnico, come esercizio di una «azione giudiziale di risoluzione», analogamente a quanto previsto dall'art. 1453 cod. civ. in materia di risoluzione per inadempimento (v. anche *infra*, §6)⁴⁰.

Qualificare l'eccessiva onerosità come fattispecie costitutiva di un'azione di impugnativa negoziale porta a escludere che il debitore, se convenuto in giudizio, possa eccepire l'avvenuta estinzione del rapporto contrattuale posto a fondamento della pretesa attorea⁴¹. Resta tuttavia da valutare se l'eccessiva onerosità possa essere sollevata nella veste di eccezione riconvenzionale, o comunque eccepita quale fattispecie posta a fondamento di un potere di azione costitutiva. Non mancano, infatti, disposizioni che riconoscono un potere di eccezione in capo alla parte legittimata all'impugnativa negoziale (artt. 1442,

(...) non disciplinano direttamente le vicende del rapporto obbligatorio su cui incidono le circostanze sopravvenute, ma piuttosto la sorte del contratto che di tale rapporto obbligatorio è fonte, e solo indirettamente la ripercussione di tali vicende sul rapporto obbligatorio, che a seconda dei casi si estingue o viene modificato».

³⁸ Come si è osservato già molto anni fa, la nozione di “impugnativa” appare «oltremodo generica e fungibile, priva cioè di un ben preciso significato tecnico» (così G. IUDICA, *Impugnative contrattuali e pluralità di interessati*, Padova, 1973, 25).

La dottrina più moderna tende a parlare di «impugnative» – o, più precisamente, di «impugnative negoziali» – per designare, in senso ampio, qualsiasi mezzo di «contestazione» o di «reazione» avverso atti negoziali, volti, in vario modo, a impedirne, o paralizzarne o eliminarne gli effetti (oltre alle ipotesi delle cd. «impugnative contrattuali», sui cui *infra*, si pensi, per es., alle azioni di invalidità del matrimonio, del testamento o delle delibere assembleari): in questo senso, cfr. G. IUDICA, *Impugnative*, cit., 26 ss. e, in senso affine, I. PAGNI, *Le azioni di impugnativa negoziale*, Milano, 1998, 13 ss. In questa prospettiva, l'espressione in esame – e, più correttamente, quella di «impugnative contrattuali» – viene così utilizzata per indicare tutte le azioni fondate su vizi genetici o funzionali che la legge sanziona con l'inefficacia del contratto, comprese le azioni di nullità, di simulazione, e di risoluzione per impossibilità sopravvenuta, che hanno natura di mero accertamento rispetto a un effetto impeditivo o estintivo già verificatosi sul piano sostanziale: cfr. F. DE GIORGIS, *Nullità del contratto e nullità del brevetto: due regimi processuali non assimilabili*, in *Riv. dir. ind.*, 2022, 55 ss., 57; I. PAGNI, *Il processo nelle impugnative negoziali: in particolare, nella risoluzione per inadempimento del contratto*, in *Tratt. contratto Roppo*, 2 ed., V, *I rimedi-2*, cit., 855 ss., 856 (pur nel quadro di una ricostruzione che affermare la riconduzione di tutte le impugnative contrattuali all'ambito delle azioni di mero accertamento: v. *infra*, *passim*).

In una prospettiva più ristretta – seguita anche da chi scrive — le espressioni «impugnative negoziali», «impugnative contrattuali» vengono riservate alle sole azioni costitutive dirette a provocare la rimozione degli effetti del contratto per tramite di una sentenza di modificazione giuridica *ex art.* 2908 cod. civ.: in questo senso, cfr. M. FORNACIARI, *Situazioni*, cit., 42; S. MENCHINI, *Nullità del contratto e impugnative negoziali*, in *Treccani. Il libro dell'anno del diritto 2016*, Roma, 2016, 516 ss. In giurisprudenza, cfr. le pronunce gemelle Cass., sez. un., 12 dicembre 2014, nn. 26242 (che può leggersi, *ex mutis*, in *Foro it.*, 2015, I, 859 ss., con note di A. Palmieri R. Pardolesi, F. Di Ciommo, S. Pagliantini, A. Proto Pisani, S. Menchini) e 26243 (in *Giur. comm.*, 2015, II, 970 ss.), che hanno affermato l'obbligo del giudice di rilevare d'ufficio la nullità del contratto nei giudizi di adempimento, risoluzione, rescissione e annullamento.

³⁹ Così R. SACCO [e G. DE NOVA], *Il contratto*, cit., 716.

⁴⁰ Cfr. A. DE MARTINI, *Mancato o ritardato adempimento*, cit., 112; ID., *Sopravvenienza*, cit., 1584.

⁴¹ Cfr. A. BOSELLI, *Se l'eccessiva onerosità*, cit., 68, secondo cui «il potere che la legge attribuisce al debitore, nel caso di eccessiva onerosità della prestazione, non è quello di rifiutarsi la prestazione cui è obbligato, sibbene quello ben diverso e molto più ampio di provocare, mediante l'ottenimento dal giudice di una pronuncia di carattere costitutivo, un mutamento un mutamento profondo e *definitivo* dell'intera situazione giuridica anteriore». Nello stesso senso ID., *La risoluzione*, cit., 257 ss., in part. 260.



co. 4; 1449, co. 2; 1460; 1495, co 3, e 1667, co. 3, cod. civ.). Rinviando, per il momento, una più estesa indagine sul punto (v. *infra*, §§8-9) basti qui osservare come la scarsa dottrina che ha affrontato direttamente la questione esclude la deducibilità *ope exceptionis* della sopravvenienza *ex art.* 1467, richiamandosi all'assenza di una specifica previsione di legge⁴².

Muovendo da queste premesse – 1) l'obbligazione si estingue per effetto della sentenza costitutiva del giudice, su domanda della parte colpita dalla sopravvenienza; 2) quest'ultima non può essere opposta in via di eccezione – una cospicua parte della dottrina giunge alla conclusione che la parte onerata sia responsabile per l'inadempimento se rifiuta o sospende l'esecuzione della prestazione eccessivamente onerosa prima che della pronuncia di risoluzione, salvo che tale sospensione sia stata autorizzata da un provvedimento d'urgenza *ex art.* 700 cod. proc. civ. Solo successivamente alla proposizione della domanda giudiziale il debitore potrebbe – a proprio rischio – astenersi dalla prestazione, confidando sull'effetto retroattivo dell'auspicata pronuncia di risoluzione, la quale, rimontando alla data della domanda giudiziale, sanerebbe l'inadempimento *medio tempore* verificatosi⁴³.

Dalla fine degli anni Settanta, le posizioni della dottrina hanno fatto breccia anche in giurisprudenza, la quale – superando il pregresso orientamento⁴⁴ – afferma ormai in modo costante che il debitore non può sospendere l'adempimento e difendersi in giudizio eccependo l'eccessiva onerosità, bensì solamente agire per la risoluzione del contratto⁴⁵. A supporto di questa tesi, una formula tralatizia, diffusa nelle pronunce di legittimità, afferma che la risoluzione per eccessiva onerosità non può formare oggetto di un'eccezione avverso la domanda di adempimento (o di risoluzione), in quanto siffatta deduzione è «diretta al conseguimento di una pronuncia esorbitante dal mero rigetto della domanda attrice»⁴⁶. Il che, in buona sostanza, equivale a dire: non può ammettersi un'eccezione di eccessiva onerosità, perché

⁴² Ancora A. BOSELLI, *Se l'eccessiva onerosità*, cit., 68 ss.; e ID., *La risoluzione*, cit., 260 ss. All'eccezione di eccessiva onerosità fa riferimento la letteratura in tema di clausola *solve et repete*, senza tuttavia affrontare la questione relativa all'ammissibilità del relativo potere in assenza di un'espressa previsione di legge: cfr., per es., C. MIRAGLIA, *Solve et repete*, cit., 1260; F. BRAVO, *La clausola solve et repete tra autonomia privata e giustizia contrattuale*, Milano, 2021, 204.

⁴³ A. DE MARTINI, *Mancato o ritardato adempimento*, cit., 109 ss.; concorda TARTAGLIA, *Onerosità*, cit., 170. In giurisprudenza, nel senso che gli effetti della risoluzione per eccessiva onerosità retroagiscono alla data della domanda, cfr. Cass. 20 luglio 1956, n. 2809, in *Giust. civ.*, 1956, I, 1641 ss. *Contra*, A. BOSELLI, *La risoluzione*, cit., 254, secondo cui per giustificare l'astensione dall'adempimento è sempre necessaria una richiesta *ex art.* 700; nello stesso senso, cfr. oggi E. GABRIELLI, *La risoluzione*, cit., 412.

⁴⁴ Le ultime pronunce di legittimità che ribadirono l'orientamento più risalente, favorevole alla deducibilità *ope exceptionis*, furono Cass. 13 dicembre 1980, n. 6470, in *Foro it.*, 1981, I, 713 ss., con nota di A. SILVESTRINI e, sia pure solo incidentalmente, Cass. 27 gennaio 1981 n. 608, in *Rep. Foro it.*, voce *Contratto in genere, atto e negozio giuridico*, n. 349.

⁴⁵ L'indirizzo è inaugurato, a quanto sembra, da Cass. 11 luglio 1978, n. 3492, in *Rep. Foro it.*, voce *Contratto in genere*, n. 299: «Il contraente a carico del quale si verifica l'eccessiva onerosità sopravvenuta della prestazione può solo agire in giudizio per la risoluzione del contratto, ma non può astenersi dalla prestazione (...) promosso il giudizio di risoluzione del contratto per inadempimento, la parte convenuta non può eccepire la sopravvenuta onerosità della prestazione per giustificare la mancata esecuzione del contratto».

⁴⁶ Cfr. Cass. 26 febbraio 1982, n. 1233, in *Rep. Foro it.*, 1982, voce *Appello civile*, n. 33, secondo cui «la richiesta di risoluzione del contratto per eccessiva onerosità da parte del contraente convenuto per l'esecuzione del contratto medesimo, integra una domanda riconvenzionale, non una semplice eccezione, in quanto è diretta al conseguimento di una pronuncia esorbitante dal mero rigetto della domanda attrice, e, pertanto, non può essere proposta per la prima volta in grado d'appello». A questo principio fa capo oggi una giurisprudenza costante e incontrastata della Suprema Corte: cfr. Cass. 8 giugno 1984, n. 3450, in *Giur. it.*, 1984, I, 1666, con nota di GALBIATI, *Sulla deducibilità in via di eccezione della eccessiva onerosità*; Cass. 28 aprile 1986 n. 2926, *ivi*, 1986, voce *Contratto in genere, atto e negozio giuridico*, n. 382; Cass. 6 aprile 1987, n. 3321, *ivi*, 1987, voce cit., n. 459; Cass. 22 ottobre 1988, n. 5724, in *ivi*, 1988, voce cit., n. 432; Cass. 10 febbraio 1990, n. 955, in *ivi*, 1990, voce cit., n. 393; Cass. 30 gennaio 1995, n. 1090, in *ivi*, 1995, voce *Appello civile*, n. 43; Cass. 26 ottobre 2004 n. 20744, in *Contratti*, 2005, 566; Cass. 7 novembre 2017, n. 263, in *Nuova giur. civ. comm.*, 2018, 633 ss., con nota di E. E. PESCE, *Dinamiche*, cit.



l'effetto estintivo proprio della risoluzione *ex art.* 1467 non preesiste alla cognizione del giudice, ma può discendere solo dalla pronuncia di una sentenza di modificazione della realtà sostanziale. Da ultimo, siffatte conclusioni sono state confermate anche da alcune pronunce di merito relative all'esecuzione di contratti investiti dagli effetti della pandemia da Covid-19⁴⁷.

6. L'efficacia di una denuncia stragiudiziale dell'eccessiva onerosità. Breve *excursus* sulla eccezione di risoluzione per inadempimento. Esclusione di una risoluzione per atto unilaterale

Il ruolo della comunicazione stragiudiziale con cui il debitore manifesta l'intenzione di avvalersi della risoluzione è rimasto in larga parte inesplorato in dottrina e giurisprudenza. In particolare, per quanto qui interessa, ci si chiede se questa comunicazione possa sollevare il debitore onerato dall'obbligo di adempimento o comunque giustificare la mancata esecuzione della prestazione.

Va esclusa sin da subito l'ipotesi di una risoluzione per atto unilaterale. L'art. 1467, infatti, non attribuisce al contraente svantaggiato il potere di sciogliere il vincolo negoziale con una semplice dichiarazione stragiudiziale. A supporto di questa conclusione si osserva – come già ricordato *supra*, §5– che il termine «domanda», contenuto nella disposizione in esame, va inteso in senso tecnico, quale riferimento a un'azione giudiziale di risoluzione.

La pregnanza dell'argomento letterale trova conferma nel raffronto con la tradizione interpretativa dell'art. 1453 cod. civ., che fa anch'esso riferimento alla possibilità, per il contraente vittima di un inadempimento di «non scarsa importanza» (art. 1455 cod. civ.), di «domandare» la risoluzione del contratto. Secondo l'orientamento maggioritario, la legge attribuisce al creditore deluso un potere di azione costitutiva, che si attegga a «regola generale» nell'ambito dei rimedi contro l'inadempimento: al di fuori delle fattispecie tipiche in cui la legge dispone che il contratto si risolva «di diritto» (artt. 1454, 1456, 1457 cod. civ.) o attribuisce un diritto di recesso (art. 1385, co. 2), il creditore che intenda affrancarsi dal vincolo è tenuto ad agire in giudizio *ex art.* 1453⁴⁸.

⁴⁷ Cfr. Trib. Rimini, 28 giugno 2020, in *One LEGALE*: «la risoluzione del contratto per eccessiva onerosità sopravvenuta non opera di diritto e deve essere oggetto di una pronuncia giudiziale avente natura costitutiva; l'intenzione manifestata da una delle parti di avvalersi di tale rimedio, dunque, non la autorizza a sospendere l'esecuzione della prestazione, posto che non vi è estinzione dell'obbligazione»; e similmente Trib. Milano, 28 giugno 2021, in *Foroplus*; Trib. Roma, 8 luglio 2021, *ivi*; Trib. Roma, 26 ottobre 2021, *ivi*; Trib. Roma, 22 luglio 2021, *ivi*.

⁴⁸ Cfr. G. AULETTA, *La risoluzione per inadempimento*, Milano, 1942, 397 s.; 407 s.; A. DALMARTELLO, *Risoluzione del contratto*, in *Noviss. Dig. it.*, vol. XVI, Torino, 1969, 126 ss., 140 ss.; L. BIGLIAZZI GERI, U. BRECCIA, F. D. BUSNELLI, U. NATOLI, *Diritto civile*, 1.2, cit., 865 ss.; F. GAZZONI, *Manuale di diritto privato*, Napoli, 2024, 1028 ss., in part. 1031. Dell'«atteggiarsi (...) dell'art. 1453 c.c. a «regola generale»», e della conseguente tendenza ad affermare la «tipicità dei modi extragiudiziali di pervenire alla risoluzione per inadempimento» parla D. CARUSI, *sub. Art. 1454*, in *Commentario del Codice civile*, diretto da E. Gabrielli, *Dei contratti in generale. Art. 1425-1469 bis. Leggi collegate*, a cura di E. Navarretta, A. Orestano, Milano 2011, 420; l'A., tuttavia dubita della «reale consistenza del «principio»», facendo riferimento – oltre che alle tesi che considerano l'inadempimento come giusta causa di recesso nei contratti a esecuzione continuata (v. G. GABRIELLI, nota successiva) – alla riconosciuta possibilità di dedurre l'inadempimento come condizione risolutiva del contratto. In relazione a quest'ultimo profilo, cfr. in dottrina: G. AMADIO, *La condizione di inadempimento*, Padova, 1996; R. LENZI, *sub Art. 1453*, in *Commentario del Codice civile*, diretto da E. Gabrielli, *Dei contratti in generale*, Artt. 1350-1386, a cura di E. Navarretta e Andrea Orestano, Torino, 2011, 247 ss.; I. RIVA, *A proposito della condizione risolutiva unilaterale di adempimento*, in *Riv. trim. proc. civ.*, 2013, 203 ss.; in giurisprudenza: C. Cass. 24 novembre 2003, n. 17859, *ex plurimis* in *Giust. civ.*, 2004, I, 935, con nota di G. GIACOBBE, *La deducibilità in condizione dell'adempimento della prestazione, tra libertà contrattuale e mera potestatività*; Cass. 15 novembre 2006, n. 24299, *ex plurimis* in *Giur. it.*, 2007, 2183, con nota di G. BOSCHETTI.



Va segnalato, peraltro, che proprio con riferimento alla risoluzione per inadempimento una autorevole corrente dottrinale ha revocato in dubbio che il riferimento alla «domanda di risoluzione» rappresenti l'epifania di un potere a necessario esercizio giudiziale. Secondo questa impostazione, il creditore vittima di un grave inadempimento sarebbe titolare – anche al di fuori delle ipotesi di risoluzione *ope legis* – del potere di sciogliere il contratto attraverso una manifestazione di volontà immediatamente efficace sul piano sostanziale⁴⁹. L'intervento del giudice si renderebbe necessario solo qualora il creditore, oltre a liberarsi del vincolo contrattuale, miri anche a ottenere la condanna della controparte alla restituzione della prestazione già ricevuta e al risarcimento del danno sofferto⁵⁰.

Sul versante processualistico, queste ipotesi ricostruttive si richiamano a quelle tesi che – mettendo in discussione il tradizionale inquadramento delle impugnative contrattuali nell'ambito della tutela costitutiva – riconducono l'effetto impeditivo o estintivo di rimedi quali l'annullamento, la rescissione e la risoluzione per inadempimento all'esercizio di un potere sostanziale – *sub specie* di diritto potestativo – spettante al contraente legittimato all'impugnativa⁵¹. In questa prospettiva, l'eventuale pronuncia del giudice avrebbe funzione di mero accertamento, perché la caducazione del contratto trova titolo nella manifestazione di volontà dell'interessato, suscettibile di esplicarsi sia attraverso il mezzo processuale (domanda o eccezione) diretto a introdurre in giudizio il fatto costituente motivo di impugnativa; sia mediante una dichiarazione stragiudiziale resa prima e a prescindere dal processo. Nel contesto dell'inadempimento, ciò significa che il contraente fedele potrebbe sollevare, accanto all'eccezione dilatoria *ex art. 1460*, anche – sempre che ricorra la condizione prevista all'art. 1455 – un'«eccezione di risoluzione», con cui far valere, già in sede stragiudiziale, l'inadempimento in funzione estintiva, e conseguire così l'immediata liberazione dal contratto e dagli obblighi che ne derivano⁵².

⁴⁹ Cfr. M. PALADINI, *L'atto unilaterale di risoluzione per inadempimento*, Torino, 2013; M. DELLACASA, *Risoluzione per inadempimento e ricorso al processo*, in *Riv. dir. civ.* 2015, 40 ss.; ID., *L'ambiente della risoluzione per inadempimento*, in *La risoluzione per inadempimento. Poteri del giudice e poteri delle parti*, a cura di C. Consolo, I. Pagni, S. Pagliantini, V. Roppo, M. Maugeri, Bologna, 2018, 163 ss.; *Risoluzione giudiziale e "di diritto": orientamento e problemi*, in *Trattato del contratto*, 2 ed., V, *Rimedi-2*, cit., 163 ss.; S. PAGLIANTINI, *Eccezione (sostanziale) di risoluzione e dintorni: appunti per una nuova mappatura dei rimedi risolutivi*, in *Oss. dir. civ. comm.*, 2016, 9 ss.; ID., *La risoluzione per inadempimento tra legge e giudizio (studio sull'inadempimento definitivo)*, in *La risoluzione*, cit., 99 ss. Nella letteratura precedente, cfr. G. GABRIELLI, *Recesso e risoluzione per inadempimento*, in *Riv. trim. dir. proc. civ.*, 1974, 725 ss., che aveva ammesso un recesso per inadempimento nel contesto dei contratti a esecuzione continuata, all'insegna di un «opportuno adattamento della figura generale di risoluzione stragiudiziale, prevista nell'art. 1454»; e R. SACCO [e G. DE NOVA], *Il contratto*, cit., 646 ss.

⁵⁰ Cfr. M. DELLACASA, *Risoluzione per inadempimento*, cit., 46 ss.; 87 ss.: poiché il risarcimento e le restituzioni «postulano la cooperazione della controparte», in mancanza di un accordo «al creditore non resta che agire in giudizio ed esercitare le corrispondenti azioni di condanna», il cui accoglimento presuppone «necessariamente l'accertamento giudiziale della risoluzione» e ID., *Risoluzione giudiziale*, cit., 188, dove si richiama «il principio che riserva allo stato il monopolio legale dei mezzi di coercizione». Nello stesso senso S. PAGLIANTINI, *Eccezione*, cit., 13 s.; 36 s. *Contra*, M. PALADINI, *L'atto*, cit., 225 ss., secondo cui dall'atto unilaterale di risoluzione conseguono effetti (non solo liberatori, ma anche) restitutori.

⁵¹ La più recente e compiuta sistemazione di questa teoria si deve I. PAGNI, *Le azioni*, cit., *passim*. In precedenza, per una simile impostazione cfr. E. ALLORIO, *L'ordinamento giuridico nel prisma dell'accertamento giudiziale e altri studi*, Milano, 1957, 110 ss.; A. ATTARDI, *Conflitto di decisioni e sospensione necessaria del processo*, in *Giur. it.*, 1987, IV, 417 ss. (ma diversamente in ID., *In tema di limiti oggettivi della cosa giudicata*, in *Riv. trim. dir. proc. civ.*, 1990, 475 ss., 535 ss.); A. PROTO PISANI, *Appunti sulla tutela costitutiva (e sulle tecniche di produzione degli effetti sostanziali)*, in *Riv. dir. proc.*, 1991, 60 ss.

⁵² Cfr. in part. I. PAGNI, *Le azioni*, cit., 340 ss.; EAD., *La risoluzione del contratto tra azione ed eccezione: ancora sulla natura dichiarativa della sentenza che pronuncia sulla risoluzione*, in *La risoluzione*, cit., 75 ss.; EAD., *Il processo*, cit. Nella dottrina civilistica cfr. soprattutto S. PAGLIANTINI, *Eccezione*, cit., *passim*. La distinzione tra eccezione (dilatoria) di inadempimento ed eccezione di risoluzione è ben chiarita da E. GABRIELLI, *Domanda di risoluzione per inadempimento e "sfida processuale all'ultimo sangue"*, in *Giur. it.*, 2018, 47 ss. (in nota a Cass. 17 luglio 2017, n. 17665).



Questo «ridimensionamento selettivo del ruolo del processo nell'economia del rimedio risolutorio» – oltre a trovare già impliciti, ma significativi riscontri nel diritto applicato⁵³ – comporterebbe, a detta dei suoi promotori, notevoli vantaggi. L'ipotesi di una risoluzione per atto unilaterale si apprezzerrebbe non solo dal punto di vista sistematico – offrendo anche al creditore che lamenti un inadempimento definitivo la possibilità di un *commodus discessus* da un vincolo contrattuale⁵⁴ – ma anche sotto un profilo pratico, perché permette di adeguare la funzionalità dei rimedi contro l'inadempimento alle concrete esigenze degli operatori economici⁵⁵. Il ricorso al giudice verrebbe infatti circoscritto ai soli casi in cui esso si renda effettivamente necessario per garantire la realizzazione agli interessi delle parti; altrimenti, queste ultime potrebbero ottenere la liberazione immediata dal contratto rimasto inattuato e procedere alla stipula di un eventuale accordo sostitutivo, evitando così le incertezze e i costi del contenzioso.

Tornando al tema che qui interessa, ci si può domandare se anche in relazione all'art. 1467 cod. civ. vi siano margini per riconsiderare il nesso tra il riferimento testuale alla “domanda” di risoluzione e la configurazione, in capo al debitore onerato, di un potere a esercizio necessariamente giudiziale. Anche nel contesto dell'eccessiva onerosità, dopotutto, non mancano buone ragioni per estromettere l'autorità giudiziaria dall'amministrazione del rimedio. Infatti, è ragionevole pensare che una denuncia stragiudiziale della sopravvenienza potrebbe incentivare le parti, nell'esercizio dell'autonomia privata, a cercare una soluzione concordata alla crisi del contratto, con conseguente risparmio dei costi del contenzioso.

Potrebbe così immaginarsi che la parte colpita dalla sopravvenienza acquisti il diritto potestativo di produrre, tramite una propria manifestazione di volontà, lo scioglimento del contratto. L'eccessiva onerosità potrebbe così diventare oggetto di un'eccezione di risoluzione, quale dispositivo idoneo a provocare, a prescindere dalla mediazione del giudice, lo scioglimento del contratto, giustificando così chi se ne avvale a interrompere l'adempimento a prescindere dall'azione in giudizio.

Per la verità, la stessa dottrina favorevole all'introduzione, nel contesto dei rimedi contro l'inadempimento, di una risoluzione per atto unilaterale esclude che una simile soluzione possa trovare applicazione anche nelle ipotesi di eccessiva onerosità della prestazione. A riguardo, si osserva che in questi casi – come in quello della rescissione – la fattispecie dell'effetto estintivo si compone di requisiti di tipo qualitativo (l'imprevedibilità della sopravvenienza) e quantitativo (l'onerosità eccedente l'alea normale), «la prova dei quali è così delicata ed evanescente da rendere necessario un sollecito accertamento giudiziale»⁵⁶.

⁵³ Si rimanda alla recente sintesi di M. DELLACASA, *Risoluzione giudiziale*, cit., 176 ss.; 192 ss.

⁵⁴ A proposito, bisogna ricordare che la risoluzione mediante diffida, essendo subordinata alla concessione di un termine per adempiere, non può essere utilmente sfruttata dal creditore il cui interesse alla prestazione sia già irrimediabilmente compromesso dall'inadempimento. Si appalesa così un'evidente contraddizione: proprio nei casi «potrebbe essere più sentita l'esigenza di una rapida risoluzione del rapporto» il creditore non può provocare la risoluzione in via stragiudiziale, ma è tenuto ad agire in giudizio e a sottostare alle lungaggini del processo. In questo senso cfr., A. SMIRLODO, *Profili della risoluzione per inadempimento*, Milano, 1982, 104 s.; ma la contraddizione era già stata rilevata da G. AULETTA, *La risoluzione per inadempimento*, Milano, 1942, 407 s., secondo il quale tuttavia «l'interprete non può (...) che denunciare il difetto del sistema legislativo, ma non può introdurre di suo arbitrio una norma, per cui, in tutti i casi di inadempimento assoluto, il potere di risoluzione si avrebbe senz'altro *ex lege*». Nella dottrina che ammette la risoluzione unilaterale, cfr. M. PALADINI, *L'atto*, cit., 67 e M. DELLACASA, *Risoluzione per inadempimento*, cit., 43 s.

⁵⁵ Cfr. ancora M. DELLACASA, *Risoluzione per inadempimento*, cit., 48 s.

⁵⁶ Così M. DELLACASA, *Risoluzione per inadempimento*, cit., 88 s. In una prospettiva simile già A. DE MARTINI, *Sopravenienza*, cit., 1535: «solo l'esercizio dell'azione può dare quell'affidamento di certezza e di serietà, su cui si basa una sanzione così grave quale quella contemplata dall'art. 1467, che è una vera e propria revisione autoritativa del precetto contrattuale».



A parere di chi scrive, la conclusione è corretta, ma l'argomentazione non persuade appieno. Non sembra, infatti, che l'accertamento dell'eccessiva onerosità sia esposto a margini di incertezza o di discrezionalità superiori rispetto a quelli caratterizzanti il giudizio sulla gravità dell'inadempimento, che – lungi dal potersi fondare su parametri astratti e univocamente interpretabili – richiede pur sempre una valutazione in concreto, da condurre alla luce dell'interesse creditorio. Per di più, bisogna considerare che in non pochi casi la verifica dell'eccessiva onerosità risulta meno complessa e rarefatta di quanto la formulazione dell'art. 1467 possa far supporre. L'onerosità rilevante, infatti, potrebbe apprezzarsi *ictu oculi* a fronte di un aumento dei prezzi – e quindi dei costi necessari per l'adempimento del contratto – talmente anomalo da eccedere qualsiasi soglia di ragionevole prevedibilità; soglia che può identificarsi in modo sufficientemente certo e circostanziato, facendo riferimento all'andamento storico delle quotazioni in un determinato settore del mercato⁵⁷. Il rincaro dei prezzi del gas e dell'energia elettrica conseguenti allo scoppio della guerra in Ucraina è un esempio paradigmatico⁵⁸.

L'inammissibilità di una risoluzione per atto unilaterale da parte del debitore della prestazione eccessivamente onerosa non si fonda tanto su ragioni di opportunità, quanto su un'esigenza di logica del sistema. La facoltà di evitare la risoluzione «offrendo di modificare equamente le condizioni del contratto» (art. 1467, co. 3) non avrebbe modo esplicarsi se si ammettesse che il contratto possa sciogliersi *sic et simpliciter* in forza di una mera dichiarazione stragiudiziale: come si potrebbe, infatti, ridurre a equità il regolamento di interessi relativo a un rapporto contrattuale ormai estinto⁵⁹? Tanto basta per escludere che il debitore onerato sia titolare del potere di produrre una modificazione immediata della realtà sostanziale, e per confermare la tesi tradizionale secondo cui l'art. 1467 configura un potere di azione costitutiva.

⁵⁷ L'affermazione contenuta nel testo si fonda sui seguenti presupposti. Il primo è che i requisiti dell'eccessiva onerosità e del superamento dell'alea normale si integrano a vicenda nella configurazione di un fatto costitutivo sostanzialmente e funzionalmente unitario, espressiva di un metro di giudizio insuscettibile di essere articolato in momenti distinti. In questa prospettiva, una prestazione diventa eccessivamente onerosa nel momento in cui l'aggravio dell'onere economico a carico del debitore esorbita da quel margine di rischio che le parti avrebbero dovuto aspettarsi in relazione all'affare concluso e alle normali dinamiche del mercato. Sul punto, cfr. F. MACARIO, *Le sopravvenienze*, cit., 902 e in part. 968; *en passant* già E. TURNATURI, *Sacrificio economico del debitore e risoluzione per eccessiva onerosità*, in *Riv. trim. dir. proc. civ.*, 1973, 125 ss., 157. Non sono mancate autorevoli voci in senso contrario, come quelle di R. NICOLÒ, *Alea*, *Enc. dir.*, II, 1958, 1024 ss., 1026, e di O. CAGNASSO, *Appalto e sopravvenienza contrattuale: contributo a una revisione della dottrina dell'eccessiva onerosità*, Milano, 1979, 178 ss., secondo cui – in sintesi – il requisito l'eccessiva onerosità esprimerebbe un criterio di giudizio prettamente quantitativo, riferito all'apprezzamento della variazione di valore (o di costo) della prestazione; mentre l'alea normale identificherebbe un criterio di tipo qualitativo, atto a valutare se quella variazione (e il correlativo sacrificio economico imposto alle parte onerata) esorbiti dal margine di rischio che le parti avrebbero dovuto attendersi in relazione all'affare concluso, secondo un canone di normalità o comunque di non eccezionalità. Questa ricostruzione, tuttavia, non convince: o si ammette che l'eccessiva onerosità indentifichi un criterio astratto, avulso dalle specificità dell'operazione economica programmata e quindi, in definitiva, risolto nell'arbitrio dell'organo giudicante; oppure si riconosce, come sembra ragionevole, che l'eccessività del sacrificio possa apprezzarsi solo in relazione al ragionevole margine di rischio che caratterizza ciascun affare, *i.e.*, alla sua alea normale.

Il secondo presupposto è che, secondo la giurisprudenza prevalente, un evento può essere considerato imprevedibile anche tenendo conto della magnitudine delle sue conseguenze: in questo senso, anche un fenomeno assolutamente consueto e di comune esperienza, quale la progressiva svalutazione della moneta, legittimi la richiesta di risoluzione ex art. 1467 c.c. qualora il tasso di inflazione assuma in concreto una misura abnorme e insolita, non pronosticabile al tempo della conclusione del contratto: cfr. *ex multis* Cass., 9 giugno 1987, n. 5036, in *Foro it.*, 1988, I, 2934; Cass., 30 ottobre 1991, n. 11637, *ivi*, 1992, I, 1819; Cass., 13 febbraio 1995, n. 1559, *ivi*, 1995, I, 2897.

⁵⁸ Oltre alla vicenda da cui hanno preso avvio le presenti riflessioni, il rincaro delle tariffe determinato dalla crisi energetica è stato qualificato come ipotesi di eccessiva onerosità sopravvenuta da Trib. Arezzo 22 giugno 2022, in *Foro it. Rep.* 2022, voce *Contratto in genere*, n. 219.

⁵⁹ Cfr. SCALFI, *Risoluzione*, cit., 16, che si domanda «Se la risoluzione fosse automatica e la relativa sentenza fosse dichiarativa, come si spiegherebbe la modificazione della modificazione?»



7. La giustificazione del mancato adempimento: ipotesi dottrinali e giurisprudenziali

Esclusa l'ipotesi di una risoluzione per atto unilaterale, in quanto incompatibile con l'assetto rimediabile previsto per l'eccessiva onerosità, resta da chiarire se la denuncia stragiudiziale della sopravvenienza consenta al debitore di sospendere l'adempimento, nonostante la permanenza dell'obbligazione fino al passaggio in giudicato della sentenza costitutiva. In questo senso muovono alcune sporadiche pronunce⁶⁰ e un autorevole indirizzo dottrinale⁶¹.

L'idea che la denuncia stragiudiziale possa giustificare la mancata esecuzione della prestazione anche per il tempo precedente l'azione in giudizio – sempreché, ovviamente, venga accertata in concreto la sussistenza di un'onerosità rilevante ex art. 1467 cod. civ. – trova sponda in considerazioni di tipo pragmatico e di economia dei rimedi contrattuali. È ragionevole pensare che il debitore della prestazione eccessivamente onerosa, di fronte all'alternativa tra la responsabilità per inadempimento e l'onere di una tempestiva iniziativa processuale, sia indotto fin da subito a proiettare la gestione della sopravvenienza in una dinamica di tipo contenzioso, che mortifica l'autonomia privata e spinge verso l'alto i costi necessari per l'amministrazione dei rapporti contrattuali. Al contrario, riconoscere al debitore la facoltà di astenersi dall'adempimento prima – e a prescindere – dall'instaurazione del giudizio, purché vi sia stata una comunicazione adeguata alla controparte, può incentivare le parti alla ricerca di una soluzione concordata alla crisi del contratto, meno onerosa e più tempestiva di quella che può raggiungersi in sede giudiziale⁶². E questo, è lecito ritenere, specie nei casi in cui l'intervento di una sopravvenienza rilevante ex art. 1467 sia di palmare evidenza e il creditore abbia piena consapevolezza della fondatezza della pretesa della controparte.

Inoltre, la soluzione in esame risulta compatibile con la peculiare dinamica rimediabile consacrata dall'art. 1467. Il diritto del creditore di offrire la riduzione ad equità del contratto, se da lato è incompatibile con l'ipotesi di una risoluzione *ipso iure* o per atto unilaterale del vincolo negoziale, dall'altro lato non implica necessariamente che la parte onerata debba far valere la sopravvenienza mediante una domanda giudiziale.

Infatti, affinché il creditore possa utilmente sfruttare i diritti riconosciutigli dalla legge, è sufficiente che il debitore della prestazione eccessivamente onerosa assuma un'iniziativa idonea a metterlo nella condizione di formulare, se del caso, una proposta di riduzione. In altre parole, deve ritenersi sufficiente una comunicazione stragiudiziale, adeguatamente circostanziata, con cui il debitore denuncia l'intervento di una sopravvenienza ex art. 1467 e manifesta l'intenzione di astenersi dalla prestazione⁶³. A

⁶⁰ Cfr. in part. App. Torino, 18 gennaio 1949, in *Foro it.*, I, 583 ss.; Cass. 6 ottobre 1952, n. 2939, in *Riv. dir. comm.*, 1953, II, 84 ss., con nota adesiva di G. MIRABELLI, *Eccessiva onerosità*, cit.; Trib. Napoli, 10 marzo 1975, in *Dir. e giur.*, 1975, 899, con nota redazionale.

⁶¹ Cfr. in part. G. MIRABELLI, *Eccessiva onerosità*, cit.; E. QUADRI, *Il comportamento*, cit.; P. GALLO, *Eccessiva onerosità*, cit., 458 ss.

⁶² Per un riscontro giurisprudenziale, cfr. App. Torino 18 gennaio 1949, cit., che denuncia l'impostazione di chi vuole costringere il contraente «assistito da sostanziale ragione» a «saltare ogni onesto approccio stragiudiziale e subito e issodatto, costi quello che costi [portare] quella sua ragione, davanti al giudice» e Cass. 6 ottobre 1952, n. 2939, cit., che ritiene meritevole di tutela il comportamento del debitore che provvede alla denuncia stragiudiziale della sopravvenienza «confidando nella ragionevolezza della controparte, anziché affrettarsi ad instaurare, con vera e non encomiabile precipitazione, un giudizio, le cui spese avrebbero finito, in definitiva, per gravare su quella». Fa riferimento al risparmio dei costi relativi al processo P. GALLO, *Eccessiva onerosità*, cit., 459.

⁶³ Cfr. E. QUADRI, *Il comportamento*, cit., 339 ss.; P. GALLO, *Eccessiva onerosità*, cit., 459. Più in generale, cfr. le osservazioni di R. SACCO [e G. DE NOVA], *Il contratto*, cit., 716 («affinché il contratto si risolva o si modifichi, occorrono ancora le



questo punto, infatti, il creditore «sarà messo in condizione di provvedere come meglio crede»⁶⁴: egli potrà agire in giudizio per l'adempimento, ovvero offrire, *extra iudicium*, un'equa modificazione delle condizioni contrattuali⁶⁵.

Dottrina e giurisprudenza favorevoli a riconoscere efficacia esimente alla denuncia stragiudiziale della sopravvenienza hanno seguito, in proposito, due distinti percorsi argomentativi. Un primo indirizzo – che rintraccia le proprie origini in una lontana pronuncia della Cassazione⁶⁶ – colloca la questione in esame sul piano della responsabilità per inadempimento, sostenendo che il debitore che abbia comunicato l'intenzione di astenersi dalla prestazione eccessivamente onerosa non risponde dei danni per il successivo mancato adempimento poiché difetterebbe, nella sua condotta, l'elemento (soggettivo) del dolo o della colpa⁶⁷. In questo senso, si è detto che il debitore convenuto per l'adempimento o per la risoluzione del contratto può abbinare alla domanda (riconvenzionale) di risoluzione per eccessiva onerosità un'eccezione di incolpevolezza dell'inadempimento – fondata non tanto sull'eccessiva onerosità *in sé*, quanto sulla sua tempestiva e leale comunicazione alla controparte – per ottenere il rigetto di un'eventuale pretesa risarcitoria⁶⁸.

dichiarazioni degli interessati, ciò per due ragioni. Innanzitutto, il contraente su cui non grava l'onerosità deve essere messo in grado di sapere che non può più contare sul contratto, per lo meno nei suoi termini iniziali. Inoltre, egli dev'essere messo nei termini per paralizzare la risoluzione proponendo, ove lo ritenga, la riduzione ad equità») e di C. GIANNATTASIO, *sub art.* 1467, in *Rassegna di giurisprudenza sul Codice civile*, diretta da R. Nicolò e R. Stella Richer, Libro IV, Tomo III, (art. 1411-1469),

⁶⁴ Così GALLO, *Eccessiva onerosità*, cit., 459.

⁶⁵ In questo senso cfr. già E. REDENTI, *L'offerta di riduzione ad equità*, in *Riv. trim. dir. proc. civ.*, 1947, 576 ss., 579 s.: «il contraente, al quale sia stata stragiudizialmente minacciata la domanda di rescissione o di risoluzione, può senza dubbio «evitarla», prevenendola con una propria offerta a sua volta stragiudiziale e, se questa sia accettata, estingue l'azione altrui facendo venire meno la *causa petendi* prima ancora che sia stata prospettata al giudice». Il fondamento di questa possibilità si ravvisa nel fatto che l'offerta «è atto di diritto sostanziale, con conseguenze che si possono attuare anche nel processo o mediante il processo». Sulla scia del Redenti, ritengono che le parti possano definire in via stragiudiziale la questione dell'eccessiva onerosità «con la stipula di un contratto modificativo di quello precedente» anche F. PANUCCIO DATTOLA, *L'offerta di riduzione ad equità*, Milano, 1990, 79; e C. G. TERRANOVA, *L'eccessiva onerosità*, cit., 186. Cfr. anche E. QUADRI, *La rettifica del contratto*, Milano, 1973, 132 ss., secondo cui l'offerta, in quanto espressione di un potere di natura sostanziale, può essere avanzata anche *extra iudicium*; se congrua, essa è di per sé idonea a modificare il regolamento contrattuale – a prescindere, dunque, dall'accettazione della controparte – e il giudice si limiterà a prenderne atto con sentenza dichiarativa. Aderiscono a questa impostazione V. ROPPO, *Il contratto*, cit., 842 s.; e P. GALLO, *Eccessiva onerosità*, cit., 461.

Anche la giurisprudenza ha sempre ammesso la possibilità di un'offerta stragiudiziale: cfr. Cass. 16 aprile 1951, n. 431, in *Giur. compl. cass. civ.*, 1951, II, 320, con nota di G. FORTUNATO, *Natura dell'offerta di reductio ad aequitatem e limiti per farla valere nel processo*; Cass. 6 febbraio 1970, n. 257, in *Giust. civ.*, 1970, I, 562 ss.; Cass. 13 febbraio 1951, n. 351, in *Riv. dir. proc.*, 1953, II, p. 108, con nota di F. CARNELUTTI, *Preclusione dell'offerta di riduzione del contratto ad equità*; Cass. 25 maggio 1991, n. 5922, in *Foro It. Rep.* 1991, voce «Contratto in genere», n. 359, poi ripresa Cass., 23 aprile 1994, n. 3891, *ivi*, 1994, voce cit., n. 456 (ambidue *in extenso* su *Foroplus*).

⁶⁶ È la già più volte richiamata Cass. 6 ottobre 1952, n. 2939, cit.

⁶⁷ Nelle parole dei giudici di Cass. 6 ottobre 1952, n. 2939, cit., «è (...) da escludersi, come incompatibile per definizione col concetto della risoluzione per eccessiva onerosità, ogni idea di dolo o di colpa, non potendo seriamente ravvisarsi una colpa qualsiasi, e tanto meno da sanzionare così gravemente, nel comportamento di chi si sia dato cura di precisare per iscritto le ragioni di eccessiva onerosità che determinavano la sospensione della prestazione, confidando nella ragionevolezza della controparte, anziché affrettarsi ad instaurare, con vera e non encomiabile precipitazione, un giudizio, le cui spese avrebbero finito, in definitiva, per gravare su quella».

⁶⁸ Cfr. G. MIRABELLI, *Eccessiva onerosità*, cit., 90 ss., secondo cui questo è «l'unico ragionamento che permetta una costruzione sistematicamente corretta della cosiddetta [sic!] «eccezione di eccessiva onerosità»». Cfr. anche P. TARTAGLIA, *Onerosità eccessiva*, cit., 171; E. PESCE, *Dinamiche*, cit., 636.

In una prospettiva simile a quella accennata nel testo potrebbero forse leggersi anche Cass. 10 luglio 1952, n. 2116, in *Giur. compl. cass. civ.*, 1952, II, 661 ss., con nota di P. GASPARRI: «la eccessiva onerosità può eccepirsi sia in via di azione, sia in via di eccezione, purché non solo al fine di respingere la richiesta avversaria della prestazione originaria o di quella sostitutiva dei danni, ma unita alla domanda di risoluzione del contratto».



Allo stesso indirizzo possono ricondursi quanti hanno escluso la responsabilità del debitore onerato facendo riferimento – piuttosto che al profilo della colpevolezza – a quello della giustificazione del mancato adempimento. Tale giustificazione risiederebbe nella circostanza che il contraente onerato, denunciando tempestivamente la sopravvenienza, assume un «comportamento conforme a buona fede e correttezza», perché consente alla controparte di esercitare utilmente il suo diritto di far salvo il contratto, offrendo la riduzione ad equità⁶⁹.

Secondo altra parte della dottrina, invece, l'astensione dalla prestazione eccessivamente onerosa può essere legittimata in base a un principio di tutela dell'affidamento. Se il creditore, una volta ricevuta la denuncia della sopraggiunta onerosità, dimostra di comprendere le ragioni che spingono il contraente onerato a sospendere la prestazione, quest'ultimo, se successivamente convenuto in giudizio, può valersi dell'eccezione di dolo generale, «così svuotando di contenuto la domanda di adempimento – e la stessa pretesa sostanziale all'adempimento della controparte»⁷⁰.

8. La posizione del Tribunale di Firenze. L'eccezione di eccessiva onerosità come eccezione di impugnativa e la legittimità dell'astensione dall'adempimento: conferme

Alla luce del complesso mosaico di tesi e di indirizzi giurisprudenziali ora ricostruiti, risulta evidente che i provvedimenti dell'AGCM – da cui hanno preso avvio le presenti riflessioni – si collocano in sostanziale continuità con l'indirizzo dominante, tanto in dottrina quanto, soprattutto in giurisprudenza. L'Autorità garante, infatti, nel ribadire che l'eccessiva onerosità forma necessariamente oggetto di un'azione costitutiva, esclude decisamente che la parte interessata sia legittimata a sospendere l'esecuzione della prestazione, a nulla rilevando l'eventuale comunicazione stragiudiziale dell'intenzione di avvalersi del rimedio risolutorio.

Abbastanza singolare, in quanto irriducibile all'orientamento giurisprudenziale oggi dominante, è invece la posizione del Tribunale di Firenze. Secondo la corte, è vero che ai sensi dell'art. 1467 la caducazione degli effetti negoziali può discendere solo da «una sentenza costitutiva emessa a seguito della proposizione della domanda giudiziale di risoluzione». Tuttavia, la mancata esecuzione della prestazione eccessivamente onerosa può essere legittima in forza del «principio generale per cui non può considerarsi illecito il mancato adempimento di un'obbligazione esistente, ma nondimeno suscettibile di estinzione in ragione di un fatto costituente ragione di impugnativa, allorché il debitore abbia sollevato, benché in via stragiudiziale, tale fatto».

Nella giurisprudenza arbitrale, cfr. Lodo 26 gennaio 1971, in *Giur. it.*, 1972, I, 2, 692 ss.; Lodo 5 giugno 1975, in *Giust. civ.*, 1975, 1589 ss.

⁶⁹ Cfr. in part. E. QUADRI, *Il comportamento del debitore*, cit., 342 ss., richiamato più recentemente da P. GALLO, *Eccessiva onerosità sopravvenuta e presupposizione*, cit., 459 Di comportamento conforme a buona fede o correttezza parlano già G. MIRABELLI, *Eccessiva onerosità*, cit., 90 – sia pure nel mezzo a richiami all'incolpevolezza dell'inadempimento (v. nota precedente) – e R. SCOGNAMIGLIO, *Contratti in generale*, in *Trattato di diritto civile*, diretto da G. Grosso e F. Santoro Passarelli, IV, 2, Milano, 1961, 283. In giurisprudenza, cfr. Trib. Napoli, 10 marzo 1975, *Dir. giur.*, 1975, 899 ss., con nota di E. QUADRI, secondo cui addirittura la comunicazione stragiudiziale della volontà di avvalersi della risoluzione si configura come una sorta di onere a carico della parte onerata, pena l'impossibilità di far valere in giudizio l'eccessiva onerosità della prestazione, tanto di via di eccezione quanto di domanda riconvenzionale.

⁷⁰ Cfr. R. SACCO [e G. DE NOVA], *Il contratto*, II, cit., 719 s., che osserva come, in questo modo, «le scelte stragiudiziali vengono a svuotare di effetto, per il gioco delle eccezioni delle esimenti, l'efficacia del contratto, e allora la funzione costitutiva della sentenza, e il correlato onere di proporre al domanda giudiziale, diverrà in molti casi un dato puramente formale»; seguito da V. ROPPO, *Il contratto*, cit., 957, che chiarisce come, invece, se «controparte non risponde o addirittura contesta, la parte gravata ha l'onere di passare all'iniziativa giudiziale».



Il ragionamento del giudice fiorentino è il seguente: a) la legge prevede molte ipotesi in cui «in presenza di un titolo impugnabile, al debitore è espressamente attribuita un'eccezione in grado di paralizzare la richiesta di adempimento della controparte»: il riferimento – come già ricordato *supra*, §5 – alle ipotesi contenute agli artt. 1442, co. 4; 1449, co. 2; 1460; 1495 co. 3; 1667, co. 3 cod. civ.; b) la possibilità di eccepire il fatto costituente motivo di impugnativa per ottenere il rigetto della domanda di adempimento «presuppone la liceità, sul piano sostanziale, del mancato adempimento»; c) queste ipotesi costituiscono espressione di un principio generale, in forza del quale «il debitore non può essere costretto all'adempimento qualora il titolo possa essere sciolto o annullato»: pertanto, nonostante il silenzio della legge, anche l'eccessiva onerosità può essere dedotta in giudizio in via di eccezione, come già ammesso nella giurisprudenza più risalente. Sulla base di questi elementi, conclude la corte, «il rifiuto di eseguire la prestazione sollevando l'eccessiva onerosità sopravvenuta del contratto è lecito, in quanto volto ad impedire l'attuazione di un assetto di interessi valutato con disvalore dall'ordinamento».

Dal tenore dell'argomentazione e dal linguaggio usato nella sentenza, risulta evidente che il Tribunale di Firenze concepisce l'eccezione di eccessiva onerosità alla stregua di una «eccezione di impugnativa negoziale»⁷¹. Con questa espressione si denotano quelle eccezioni che sorgono in corrispondenza di un potere di impugnativa, inteso – come chiarito più sopra – come un potere di azione costitutiva *ex art.* 2908 cod. civ. Si tratta, dunque, di casi in cui la legge, anziché collegare direttamente a un determinato fatto la produzione di un effetto impeditivo o estintivo in relazione a un rapporto giuridico contrattuale, attribuisce alla parte interessata il potere di ottenere una sentenza che disponga la rimozione degli effetti contratto, riconoscendole al contempo la possibilità di far valere lo stesso fatto anche in via di eccezione. In questa prospettiva, rientrano nella nozione in esame le eccezioni di annullabilità (art. 1442, co. 4, cod. civ.), di rescindibilità (art. 1449, co. 2, cod. civ.) e di garanzia per i vizi nella vendita e nell'appalto (rispettivamente, artt. 1495, co. 3, e 1667, co. 3, cod. civ.).

La peculiarità dell'eccezione di impugnativa – che consente di ottenere il rigetto della pretesa avversaria in base a un effetto non ancora prodotto, ma destinato a scaturire da una pronuncia costitutiva del giudice – ha alimentato un intenso dibattito dottrinale sulla natura di tale potere e sulle conseguenze del suo esercizio⁷².

In questa sede, peraltro, interessa porre l'attenzione sul riflesso sostanziale connesso alla titolarità dell'eccezione di impugnativa, che – come emerge dalla stessa sentenza del Tribunale di Firenze – consiste nel legittimare la parte interessata ad astenersi dall'adempimento. Chi dispone di tale eccezione è infatti esonerato dall'onere di chiedere preventivamente lo scioglimento del contratto, potendo senz'altro rifiutare l'esecuzione della prestazione, e, qualora convenuto in giudizio, eccepire il fatto costituente motivo di impugnativa per evitare la condanna all'adempimento e conseguire l'estinzione del credito azionato⁷³. In questa prospettiva, la legittimità dell'astensione non presuppone l'estinzione del vincolo,

⁷¹ Seguiamo sul punto la ricostruzione proposta da A. MOTTO, *Poteri*, cit., 242 ss., il cui periodare sembra essere abbondantemente ripreso dalla stessa sentenza in commento.

⁷² Per A. MOTTO, *Poteri*, cit., 269 ss.; 309 ss. l'eccezione di impugnativa si presenta come un potere strutturalmente omologo al potere di azione costitutiva, perché volto a realizzare, per tramite della sentenza di rigetto della domanda, la medesima modificazione della realtà sostanziale. La differenza sta nella latitudine di questa modificazione: se il potere di azione costitutiva è diretto alla rimozione dell'intero rapporto contrattuale, con l'eccezione di impugnativa il contraente interessato si limita a chiedere l'estinzione del diritto di credito fatto valere dall'avversario. Nello stesso senso cfr. già C. CONSOLO, *Oggetto*, cit., 280, nt. 47. Per altre impostazioni cfr. A. ATTARDI, *In tema*, cit., 535 ss.; M. FORNACIARI, *Situazioni*, cit., 43 ss.

⁷³ Con riferimento all'ipotesi dell'eccezione di annullabilità, cfr. C. CONSOLO, *"Imprescrittibilità" della c.d. eccezione di annullabilità e parte convenuta per l'esecuzione: spunti sistematici*, in *Corr. giur.*, 2000, 93 ss., 97; ID., voce *Contratto e processo*,



ma risponde alla diversa regola operativa per cui «non è illecito il mancato adempimento all'obbligazione esistente, ma nondimeno suscettibile di estinzione in ragione di un fatto costituente ragione di impugnativa, o, più in generale, alla quale sia opponibile un'eccezione»⁷⁴.

9. Critica. In particolare: l'impossibilità di ricavare un onere di denuncia stragiudiziale dalle ipotesi codificate di eccezioni di impugnativa

La pronuncia del Tribunale di Firenze ha il merito di aver inquadrato correttamente i termini della questione relativa all'eccezione di eccessiva onerosità. Infatti, preso atto che la legge spesso attribuisce al titolare dell'impugnativa anche un potere di eccezione, non è affatto conclusiva l'affermazione – diffusa nella giurisprudenza tralatizia – per cui l'art. 1467 cod. civ. individua tutela «esorbitante dal mero rigetto della domanda attrice», insuscettibile, in quanto tale, di essere fatta valere *ope exceptionis*. Ciò che bisogna chiedersi, semmai, è se l'eccessiva onerosità, intesa non quale fatto già immediatamente produttivo di effetti estintivi, ma proprio quale fattispecie di un potere di azione costitutiva, possa costituire altresì il fondamento di un'eccezione da far valere contro la pretesa avversaria. Si tratta di un itinerario di indagini già in parte battuto da quella giurisprudenza che aveva ricondotto l'eccessiva onerosità alla figura dell'«eccezione riconvenzionale» (v. *supra*, §4), e che oggi deve essere riconsiderato alla luce dell'elaborazione processualciviltistica in tema di eccezioni di impugnativa, e, più in generale, del dibattito relativo alla possibilità di configurare un'eccezione in capo al titolare di un'azione costitutiva, anche in assenza di un'espressa previsione di legge.

La soluzione proposta di Tribunale di Firenze, tuttavia, non convince. Anche ammettendo che esista un principio generale secondo cui la fattispecie costituenti motivo di impugnativa sono sempre deducibili *ope exceptionis* – ma su questo v. sempre *infra*, §9 – ciò che desta perplessità è il riferimento alla denuncia stragiudiziale proveniente del debitore onerato, che sembra configurare sorta di onere per consentire l'esercizio del potere di eccezione e quindi, in definitiva, per giustificare l'astensione dall'adempimento.

Infatti, l'onere di una preventiva denuncia – diversamente da come ritiene il giudice fiorentino – non può configurarsi come regola generale ricavabile dalle ipotesi codificate di eccezione di impugnativa. Invero, solo la possibilità di eccepire la garanzia per vizi della cosa venduta (art. 1495, co. 3 cod. civ.) e dell'*opus* (art. 1667, co. 3 cod. civ.) viene espressamente subordinata all'onere di una tempestiva denuncia del vizio (rispettivamente, entro otto e sessanta giorni dalla scoperta). Negli altri casi di eccezione di impugnativa, così come nel contesto dell'eccezione di inadempimento, pure richiamata dal giudice fiorentino, la legge non dispone niente di simile. In queste ipotesi, pertanto, il titolare dell'eccezione è senz'altro legittimato ad astenersi dall'adempimento e valersi dell'eccezione, senza che su di lui incomba alcun preventivo obbligo di informare la controparte.

in *Enc. dir. – I tematici*, 2021, 384 ss., 405. Collega la titolarità dell'eccezione di impugnativa con «la liceità sul piano sostanziale del mancato adempimento» A. MOTTO, *Poteri*, cit., 262 ss., che generalizza, sul punto, le conclusioni di L. BIGLIAZZI GERI in relazione all'eccezione di inadempimento: cfr. EAD., *Profili sistematici dell'autotutela privata*, Milano, 1974, *passim*; EAD., *Eccezione di inadempimento*, in *Dig. disc. priv., sez. civ.*, Torino, 1991, VII, 331 ss., 334 (dove però, come nota anche Motto, si esclude espressamente che una simile soluzione possa valere per le eccezioni di impugnativa negoziale, in quanto «dirette ad ottenere un risultato raggiungibile solo attraverso una pronuncia *costitutiva* del giudice»).

⁷⁴ Così, ancora, A. MOTTO, *Poteri*, cit., 262, che fa riferimento a soluzioni analoghe emerse nella letteratura giuridica tedesca.



In definitiva, il Tribunale di Firenze, sia pure procedendo a un corretto inquadramento sistematico del problema in esame, ricava per via analogica una regola generale – quella dell'onere, per la parte interessata, di denunciare in via stragiudiziale l'intervento del motivo di impugnativa al fine di poter opporre l'eccezione – che trova solo parziale corrispondenza nelle fattispecie normative richiamate, trattandosi piuttosto di una soluzione dettata in relazione a particolari ipotesi di eccezioni di impugnativa. Nelle pagine che seguono, si tenterà una ricostruzione dell'eccezione di eccessiva onerosità assistita da un obbligo di comunicazione fondato sulla buona fede.

10. L'eccezione di eccessiva onerosità: spunti ricostruttivi. Possibili ostacoli: l'astensione della prestazione e la ratio del potere di impedire la risoluzione

A parere di chi scrive, la soluzione del problema relativo alla legittimità dell'astensione dalla prestazione eccessivamente onerosa deve essere affrontata muovendo dall'interrogativo introdotto nel precedente paragrafo: è possibile configurare un'eccezione in capo al titolare di un'azione di impugnativa, e, più in generale, di un'azione costitutiva, al di fuori dei casi previsti dalla legge? Il che, *a contrario*, equivale a chiedersi «se esistono diritti che possono essere fatti valere solo in via di azione e non in via di eccezione»⁷⁵.

Si tratta di una questione dibattuta nell'ambito della dottrina processualcivilistica, dalla quale tuttavia non emerge un orientamento univoco⁷⁶. In questa sede, si intende seguire la proposta di un'autorevole dottrina, secondo cui occorrerebbe rifuggire da soluzioni aprioristiche e, piuttosto, saggiare, caso per caso, «la fondatezza di una discriminazione tra le varie ipotesi di sentenze costitutive in rapporto alla idoneità delle situazioni giuridiche sottostanti ad essere fatte valere non esclusivamente in via di azione, ma anche in via di eccezione»⁷⁷.

In via preliminare, si può affermare che l'ipotesi di un'eccezione costitutiva o di impugnativa non risulta, in astratto, incompatibile, con l'assetto rimediabile dell'art. 1467, e in particolare con il diritto, spettante alla parte non colpita dalla sopravvenienza, di impedire la risoluzione del contratto. Come titolare di un'eccezione di impugnativa, infatti, il debitore onerato andrebbe esente da responsabilità in relazione al mancato adempimento di un'obbligazione che, tuttavia, resta pur sempre formalmente esistente sino al passaggio in giudicato della sentenza costitutiva con cui il giudice dispone l'estinzione delle situazioni giuridiche aventi causa nel contratto impugnato. Nella piena permanenza degli effetti contrattuali, *nulla osta*, perciò, che il creditore della prestazione eccessiva onerosa agisca in giudizio per l'adempimento e che, a fronte dell'eccezione sollevata dal debitore, proponga la *reductio*, facendo così salvo il proprio diritto di credito.

Va, tuttavia, tenuto presente che la possibilità di opporre l'eccessiva onerosità in via di eccezione potrebbe compromettere in concreto la funzionalità del potere di ridurre a equità il contratto. Per comprendere la portata di questa potenziale ragione ostativa, è necessario tenere in considerazione due

⁷⁵ Così R. ORIANI, *Eccezione*, cit., 289.

⁷⁶ In senso contrario, da ultimo, C. CONSOLO, *Spiegazioni*, cit., I, 166, secondo cui, in relazione alle azioni costitutive «la deducibilità del relativo potere anche in via di eccezione esige una previsione espressa, che manca ad esempio nel campo delle azioni di risoluzione contrattuale»;

⁷⁷ Così ancora R. ORIANI, *Eccezione*, cit., 292, che, in questa prospettiva, sembra ritenere ammissibile l'eccezione «con riguardo a fatti che potrebbero essere fatti valere con un'azione diretta ad estinguere un rapporto giuridico», come nei casi di risoluzione per inadempimento e per eccessiva onerosità.



elementi. Il primo è che il contraente titolare dell'eccezione deve ritenersi legittimato, in linea di principio, ad astenersi dall'esecuzione del contratto senza alcun onere di preventiva comunicazione o denuncia nei confronti della controparte. Il secondo elemento attiene, invece, alla *ratio* sottesa al riconoscimento, in capo al creditore della prestazione eccessivamente onerosa, del diritto di impedire la risoluzione del contratto tramite l'offerta di *reductio*.

In generale, il diritto di impedire la risoluzione «offrendo di modificare equamente le condizioni del contratto» – giuste le parole dell'art. 1467 – assieme all'analogo 'contro-rimedio' previsto in materia di contratto rescindibile (art. 1450 cod. civ.)⁷⁸, costituiscono espressione di quel «principio di conservazione del negozio giuridico», che «è stato largamente accolto nel sistema del codice vigente, al fine di garantire la certezza delle contrattazioni»⁷⁹. Più in particolare, può dirsi che il potere di *reductio* mira a evitare che il contraente in posizione favorevole – e ancora interessato alla prestazione, sia pure a condizioni più gravose – sia costretto a tornare sul mercato per procurarsi le stesse utilità in vista delle quali aveva originariamente contrattato. La possibilità di mantenere in vita il contratto consente così di evitare la dispersione dei costi già sostenuti per la negoziazione e l'esecuzione, ogniqualvolta l'affare sottostante conservi ancora – sia pur a diverse condizioni – una razionalità economica⁸⁰. Si può dunque affermare che a fondamento del potere di *reductio* vi è l'interesse a evitare – per quanto possibile – la duplicazione dei costi di transazione.

Concentrando l'attenzione sull'istituto dell'eccessiva onerosità, la razionalità sottesa all'offerta di *reductio* assume tuttavia anche un'altra funzione, che emerge con chiarezza se si cala il funzionamento del contro-rimedio nella dinamica dei rapporti contrattuali di medio-lungo periodo, che rappresentano il terreno d'elezione per l'applicazione dei rimedi contro l'eccessiva onerosità. Si tratta di contratti diretti ad assicurare una fornitura stabile e duratura di beni e servizi essenziali, sia per la soddisfazione dei bisogni – spesso primari – della persona, sia per il regolare funzionamento dei cicli produttivi nell'ambito dell'attività d'impresa. Da questa prospettiva, l'interesse alla conservazione del contratto assume un significato più concreto ed economicamente pregnante: esso si riconfigura come l'interesse di evitare, o quantomeno di ridurre temporalmente ai minimi termini, soluzioni di continuità nella fornitura di un bene o di un servizio necessario e non sostituibile ovvero, pur a un prezzo maggiorato, il creditore reputa ancora utile per l'organizzazione della propria sfera personale ed economica⁸¹.

⁷⁸ Secondo un orientamento largamente condiviso in dottrina, l'offerta di riduzione ad equità costituisce un istituto unitario, sebbene diversamente modulato in funzione della specifica razionalità che informa, rispettivamente, la disciplina dell'eccessiva onerosità e quella della rescissione per lesione.

Sul punto – oltre alla bibliografia già richiamata con riferimento al rimedio *ex art.* 1467 c.c. – si vedano, tra gli altri: E. REDENTI, *L'offerta di riduzione ad equità*, in *Riv. trim. dir. proc. civ.*, 1947, 576 ss.; F. PANUCCIO DATTOLA, *L'offerta di riduzione ad equità*, Milano, 1990; S. D'ANDREA, *L'offerta di equa modificazione del contratto*, Milano, 2006. Limitatamente alla disciplina dell'eccessiva onerosità, cfr. anche L. PADULA, *L'offerta di equa modifica delle condizioni: un escamotage per evitare la risoluzione del contratto eccessivamente oneroso*, in *Giust. civ.*, 1991, II, 3 ss.

⁷⁹ Così, nell'ambito di un'indagine volta a ricondurre a una matrice comune i diversi strumenti che l'ordinamento civile predispose per salvaguardare degli effetti del contratto – pur adeguati per eliminare il vizio o la disfunzione a fondamento dell'impugnativa – cfr. E. QUADRI, *La rettifica del contratto*, Milano, 1973, 111 ss., (per la cit. 115 s.), che accosta alla *reductio ad aequitatem* anche la rettifica del contratto viziato da errore (art. 1432 c.c.) e la convalida del contratto annullabile (art. 1444 c.c.). Riconducono l'offerta al principio di conservazione anche P. GALLO, *Eccessiva onerosità*, cit., 461; F. PANUCCIO DATTOLA, *L'offerta*, cit., 5 ss. In giurisprudenza, il riferimento al principio di conservazione è avvalorato da Cass. 6 febbraio 1970, n. 257, in *Giust. civ.*, 1970, I, 562 ss.

⁸⁰ Cfr. C. G. TERRANOVA, *L'eccessiva onerosità*, cit., 198.

⁸¹ In questo senso cfr. E. QUADRI, *Il comportamento*, cit., 346, che, ragionando *a contrario* osserva come «il mancato conferimento al creditore della prestazione eccessivamente onerosa del potere di mantenere in vita, con la sua offerta il



Il potenziale ostacolo al riconoscimento dell'eccezione di eccessiva onerosità sta, allora, in questo: la legittimità dell'astensione dell'adempimento – quale riflesso, sul piano sostanziale, dell'attribuzione alla parte onerata di un potere di eccezione – se non accompagnata da una tempestiva denuncia dell'intenzione di avvalersi del rimedio risolutorio, rischia di frustrare quell'interesse alla conservazione del contratto, declinato come interesse a evitare soluzioni di continuità nel conseguimento del risultato utile atteso dall'esecuzione dell'altrui prestazione, che sottostà al riconoscimento del potere di *reductio ad aequitatem*. A riguardo non basta obiettare – come sottolineato da un'attenta dottrina – che «questo potere potrebbe esercitarsi in un tempo successivo» rispetto all'interruzione dell'adempimento «perché si deve ammettere l'ipotesi che alla controparte» – i.e.: la parte contro cui è fatta valere l'eccessiva onerosità – «la controprestazione sia indispensabile proprio in un determinato periodo o momento, mentre può accadere che tale indispensabilità più non sussista al momento della formulazione dell'eccezione in sede giudiziaria»⁸².

A parere di chi scrive, tuttavia, attribuire alla parte onerata un potere di eccezione non deve necessariamente – *rectius*: non può – implicare che quest'ultima sia legittimata senz'altro ad astenersi dalla prestazione senza avvertire la controparte. Una soluzione del genere, infatti, sarebbe assolutamente contraria a una ricostruzione del contenuto del contratto alla luce della regola di buona fede.

11. Superamento degli ostacoli: la configurabilità di un onere di comunicazione ex fide bona che si accompagni al potere di eccezione

A ben vedere, il potenziale ostacolo all'introduzione di un'eccezione di eccessiva onerosità, evidenziato nel paragrafo precedente, può essere superato se si ricostruisce il contenuto del rapporto contrattuale alla luce della clausola generale di buona fede, intesa – secondo l'insegnamento di un'autorevole dottrina – come canone oggettivo ed elastico di valutazione *a posteriori* della vicenda negoziale, volto a individuare i comportamenti che le parti devono – o avrebbero dovuto – assumere nell'attuazione del rapporto obbligatorio, tenuto contro dell'interesse della controparte e delle circostanze del caso concreto⁸³. Si tratta, cioè, di intraprendere un'attività ermeneutica «costruttiva» – in quanto diretta a «dare pienezza di estrinsecazione al contenuto dell'obbligo»⁸⁴, rimediando alle conseguenze negative di un'applicazione meccanica dello *strictum ius*⁸⁵ – che, avvalendosi di un metro di giudizio «tipicamente bilaterale», perché incentrato su una valutazione comparativa delle posizioni delle parti⁸⁶, «fissa i confini di

contratto, sia pure adeguato alle nuove circostanze (...) avrebbe come conseguenza, con il venir meno del "valore economico rappresentato dal contratto", l'impossibilità per tale soggetto di servirsi della prestazione, costituente oggetto del contratto, ai fini della propria attività economica».

⁸² Così C. GIANNATTASIO, *sub art.* 1467, cit., 381.

⁸³ Cfr. in part. U. NATOLI, *L'attuazione del rapporto obbligatorio. Il comportamento del creditore*, in *Trattato di diritto civile e commerciale*, diretto da A. Cicu e F. Messineo, XVI, t. 1, Milano, 1974, 1 ss.; U. BRECCIA, *Diligenza e buona fede nell'attuazione del rapporto obbligatorio*, Milano, 1968, 88 ss.; 126 ss.; L. BIGLIAZZI GERI, *Buona fede nel diritto civile*, in *Dig. disc. priv., Sez. civ.*, II, 1988, 153 ss. Più recentemente, cfr. E. NAVARRETTA, *Buona fede oggettiva, contratti di impresa e diritto europeo*, in *Riv. dir. priv.*, 2005, 508 ss.; V. CALDERAI, *Buona fede oggettiva*, in *Il Diritto – Enciclopedia giuridica de Il Sole24Ore*, II, 2008, 609 ss.; A. CIONI, *Caduta dell'interesse alla prestazione e risoluzione per impossibilità sopravvenuta*, in *Giust. civ.*, 2024, 553 ss., 591 ss.

⁸⁴ Così U. BRECCIA, *Diligenza*, cit., 131.

⁸⁵ Sull'attitudine correttiva della buona fede, cfr. in part. U. NATOLI, *L'attuazione*, cit., *passim*, in part. 4 ss.; 37 ss.; L. BIGLIAZZI GERI, *Buona fede*, cit., 172. Cfr. anche F. D. BUSNELLI, *Note in tema di buona fede ed equità*, in *Riv. dir. civ.*, 2001, 541 ss.

⁸⁶ La bilateralità del giudizio *ex fide bona* è rimarcata da L. BIGLIAZZI GERI, *Buona fede*, cit., 172.



quel che è dovuto e di quel che può essere preteso»⁸⁷ all'esito di un contemperamento tra gli interessi in conflitto, suscettibile di definirsi solo alla luce delle «caratteristiche particolari di ogni singola vicenda»⁸⁸ e del contesto economico e sociale in cui la transazione si colloca⁸⁹.

In questa prospettiva, l'attribuzione di un'eccezione alla parte colpita dalla sopravvenienza non si esaurisce nell'astratta possibilità di interrompere l'esecuzione della prestazione eccessivamente onerosa – che pure costituisce, da un punto di vista formale, il primo e immediato riflesso del potere di eccezione. La buona fede, infatti, impone di ricostruire la posizione complessiva della parte onerata tenendo conto della concreta fisionomia assunta, in relazione alle circostanze del caso e alla natura dell'affare, dall'interesse della controparte a evitare la risoluzione, interesse che l'art. 1467 cod. civ. tutela tramite l'attribuzione del potere di *reductio*.

In una valutazione *ex fide bona* dell'eccessiva onerosità, è dunque necessario prendere in considerazione gli interessi contrapposti delle parti contraenti. Da un lato, c'è l'interesse del debitore onerato ad astenersi il prima possibile dall'esecuzione di una prestazione divenuta troppo gravosa rispetto a quanto fosse stato ragionevolmente possibile preventivare, onde evitare il rischio di un pregiudizio irreparabile nella propria organizzazione patrimoniale ed economico-produttiva. Garantire la soddisfazione di questo interesse, riconoscendo all'onerato un potere di eccezione da far valere in giudizio contro la richiesta di adempimento, appare senza dubbio necessario affinché la tutela *ex art. 1467* possa dirsi effettiva.

Dall'altro lato, si staglia l'interesse del creditore della prestazione eccessivamente onerosa a impedire lo scioglimento del contratto. Questo interesse, genericamente volto a impedire un'inutile duplicazione dei costi di transazione, può assumere tuttavia una particolare caratterizzazione nell'ambito dei rapporti di fornitura di beni o servizi essenziali per la persona o l'attività di impresa: in tali casi, l'interesse del creditore sotteso al potere di *reductio* diventa (anche) quello di evitare ritardi o interruzioni, improvvisi e non preventivati, nel conseguimento del risultato utile programmato in contratto.

A parere di chi scrive, il punto di mediazione tra questi due interessi è rappresentato dalla configurazione di un obbligo, in capo alla parte onerata che voglia giovarsi del riflesso sostanziale del potere di eccezione, di denunciare alla controparte, con adeguato preavviso, la sopravvenuta onerosità e la conseguente intenzione di astenersi dall'adempimento. Questo obbligo di comunicazione è funzionale a mettere la controparte – come già ricordato *supra*: §7 – in condizione di assumere le iniziative che ritiene più opportune per salvaguardare i propri interessi. Essa può diffidare il debitore dal sospendere l'esecuzione della prestazione e, se del caso, agire in giudizio per l'adempimento, qualora non ritenga sussistenti – alla luce delle circostanze rappresentate – gli estremi di una sopravvenienza rilevante ai sensi dell'art. 1467. Altrimenti – se non intende contestare le ragioni della controparte – può avvalersi del diritto di *reductio ad aequitatem* o, più realisticamente, dare avvio a una trattativa per la rinegoziazione delle condizioni contrattuali; oppure, qualora ritenga di non poter sostenere i maggiori costi necessari a riequilibrare il sinallagma, attivarsi per reperire altrove un'utilità idonea a soddisfare i propri bisogni.

Ricostruire le posizioni delle parti alla luce della clausola generale di buona fede oggettiva rende sostenibile l'ipotesi di un'eccezione di eccessiva onerosità, che si accompagni al potere di azione costitutiva

⁸⁷ Così U. BRECCIA, *Le obbligazioni*, in *Trattato di diritto privato*, a cura di G. Iudica e P. Zatti, Milano, 1991, 470.

⁸⁸ Così, ancora, L. BIGLIAZZI GERI, *Buona fede*, cit., 172.

⁸⁹ Cfr. V. CALDERAI, *Buona fede*, cit., che osserva come oggi la clausola buona fede, per effetto delle normative europee in materia di diritto dei contratti e della concorrenza, è attratta in plessi disciplinari che attribuiscono «rilevanza giuridica a elementi selezionati dal contesto sociale ed economico delle transazioni: la struttura del mercato, certe tipiche modalità di conclusione del contratto, le tecniche di comunicazione commerciale, le qualità dei contraenti, ecc.».



codificato dall'art. 1467. L'introduzione di un obbligo di comunicazione *ex fide bona*, che preceda (o preannunci) l'intenzione di astenersi dall'adempimento, assicura infatti la piena ed effettiva operatività del diritto di impedire la risoluzione, superando così l'obiezione opposta dalla dottrina al riconoscimento di un'eccezione di impugnativa in capo alla parte debitrice della prestazione eccessivamente onerosa.

La soluzione qui proposta è funzionalmente analoga a quella elaborata, in tema di sopravvenuta impossibilità non imputabile, da un autorevole studioso della buona fede, secondo cui il debitore è tenuto *ex fide bona* ad avvisare tempestivamente la controparte dell'intervento della sopravvenienza liberatoria, affinché questa sappia di non poter più contare sull'esecuzione della prestazione nei termini programmati⁹⁰. A riguardo, può notarsi che, nella prospettiva del creditore, è sostanzialmente indifferente che il mancato adempimento derivi dall'estinzione totale o parziale dell'obbligazione quale conseguenza diretta e immediata dell'impedimento sopravvenuto – come nel caso dell'impossibilità – ovvero che esso costituisca il riflesso dell'esercizio di un potere di eccezione – come accade, secondo la ricostruzione qui sostenuta, nell'ipotesi di eccessiva onerosità. In ogni caso, il creditore è esposto al potenziale pregiudizio derivante dall'impossibilità di impiegare il risultato utile che deriva dall'esatto e puntuale compimento della prestazione. Tanto nel contesto dell'impossibilità, quanto in quello dell'eccessiva onerosità, la configurazione di un onere di comunicazione risponde dunque alla medesima esigenza: quella di consentire al creditore di attivarsi per salvaguardare al meglio i propri interessi, evitando, o quanto meno riducendo ai minimi termini, il pregiudizio derivante dal mancato conseguimento della prestazione.

Del resto, ritenere la buona fede porti a emersione – *inter alia* – «la necessità di avvisare la controparte in ordine a determinati eventi che incidono sull'attuazione della prestazione, sino a metterla in pericolo, o (...) ad impedirla»⁹¹ appare pienamente coerente con la logica operativa del legislatore codicistico. Nella disciplina dei contratti tipici non mancano disposizioni che gravano il contraente dell'obbligo di avvisare la controparte dell'intervento di impedimenti o disfunzioni, sopravvenuti *in executivis*, suscettibili di pregiudicare, in tutto o in parte, l'interesse al conseguimento della prestazione nei termini programmati, affinché questa possa adottare opportuni provvedimenti. In questo senso, possono richiamarsi alcune discipline in tema di trasporto (art. 1686, co. 1 e 2 cod. civ.), mandato (art. 1710, co. 2, cod. civ.), agenzia (1747 cod. civ.).

In questa prospettiva, la proposta di un obbligo di comunicazione *ex fide bona* nel contesto del contratto travolto dalla sopravvenienza si rivela meno audace di quanto potrebbe inizialmente sembrare. Il ricorso alla clausola generale si limita, infatti, a specificare, in relazione alle circostanze del caso concreto, il contenuto dell'obbligazione sulla base di un bilanciamento di interessi già inscritto nella *ratio* del diritto positivo.

A questa ricostruzione, si potrebbe obiettare che le eccezioni di impugnativa previste espressamente nella disciplina di parte generale – segnatamente: le eccezioni di annullabilità (art. 1442, co. 2, cod. civ.) e di rescindibilità (art. 1449, co. 2, cod. civ.) – non impongono alla parte interessata alcun obbligo di denuncia nei confronti della controparte. Va tuttavia osservato che siffatta comunicazione sarebbe del tutto superflua, posto che, nelle ipotesi considerate, la controparte è normalmente già al corrente del vizio che sta alla base dell'impugnativa e che – secondo la tesi qui accolta in ordine ai riflessi sostanziali del potere di eccezione – legittima la sospensione dell'adempimento già in sede stragiudiziale. Si tratterebbe,

⁹⁰ Cfr. U. BRECCIA, *Diligenza*, cit., 113, in sintonia con la decisione di Trib. Milano, 29 marzo 1962, in *Temi*, 1962, 182 ss., con nota redazionale.

⁹¹ Ancora U. BRECCIA, *Diligenza*, cit., 116.



infatti, del contraente che con la propria condotta ha dato causa al vizio – così nel caso della violenza (art. 1434 cod. civ.) o del dolo proveniente dalla controparte (art. 1439 cod. civ., co. 1) – o che ha comunque tratto vantaggio da una situazione di debolezza o di ignoranza dell'altro contraente, che conosceva o che avrebbe dovuto conoscere – così, nel caso dell'errore (art. 1428 cod. civ.), del dolo del terzo (art. 1439, co. 2), del contratto concluso con l'incapace legale (art. 1425, co. 1, cod. civ.) o con l'incapace di intendere e di volere (art. 1425, in relazione all'art. 428 cod. civ.), o ancora del contraente che approfitta dello stato di pericolo (art. 1447 cod. civ.) o di bisogno della controparte (art. 1448 cod. civ.)⁹².

12. Confronto con le tesi già avanzate in dottrina. Profili di differenziazione e preferibilità della soluzione proposta

L'ipotesi ricostruttiva finora illustrata riprende e sviluppa quelle tesi dottrinali che già da tempo avevano ricollegato la denuncia stragiudiziale dell'eccessiva onerosità, quale contegno conforme a buona fede, alla giustificazione del successivo, mancato adempimento della prestazione divenuta eccessivamente onerosa (v. *supra*, §7). L'obiettivo è quello di sviluppare una teoria dell'eccezione di eccessiva onerosità che definisca le condizioni alle quali la parte gravata dalla sopravvenienza possa sospendere l'esecuzione della prestazione – nella pur formale sussistenza del vincolo obbligatorio fino al passaggio in giudicato della sentenza di risoluzione – e restare indenne da responsabilità per inadempimento, in un quadro sistematico che coordina i profili processuali e sostanziali della vicenda in esame.

A scanso di equivoci, è opportuno sottolineare che, secondo la soluzione qui proposta, la legittimità del mancato adempimento costituisce il riflesso sostanziale della titolarità di un'eccezione di impugnativa che sorge in corrispondenza del potere di azione costitutiva diretto a chiedere la risoluzione del contratto ai sensi dell'art. 1467 cod. civ. (v. *supra*, §8). Il riconoscimento dell'eccezione in capo alla parte onerata si fonda sulla tesi, a fronte di un'ipotesi di azione costitutiva non accompagnata da una previsione espressa del potere di eccezione, l'ammissibilità di quest'ultimo dipende dall'idoneità delle situazioni giuridiche sottostanti a essere fatte valere *ope exceptionis* (v. *supra*, §9).

In questo quadro, la possibilità di configurare un obbligo di comunicazione *ex fide bona* in capo alla parte onerata che intende astenersi dall'adempimento costituisce la condizione di esistenza necessaria per il riconoscimento di un'eccezione di eccessiva onerosità. Grazie alla comunicazione tempestiva, infatti, l'astensione stragiudiziale può avvenire con minimo pregiudizio per l'interesse del creditore, e senza compromettere l'effettiva funzionalità del potere di riduzione ad equità che la legge gli attribuisce (v. *supra*, §10). In mancanza di comunicazione – e di rispetto di un congruo periodo di preavviso, da commisurarsi in relazione alla natura dell'affare e del contesto di mercato – la parte onerata, nonostante il mancato adempimento sia formalmente giustificato, sarà tenuta comunque a risarcire il pregiudizio sofferto dall'altra parte per l'improvvisa e non preannunciata interruzione dell'attività esecutiva, che non gli ha consentito di adottare misure adeguate per la soddisfazione dei bisogni sottesi al suo interesse al conseguimento della prestazione.

⁹² L'unica ipotesi che non calza con la conclusione riportata nel testo è quella della violenza del terzo, che costituisce causa di annullamento del contratto anche se sconosciuta all'altro contraente (art. 1434 cod. civ.). C'è ragione di credere, tuttavia, che questa deviazione non comprometta la tenuta complessiva del ragionamento, potendo essere giustificata alla luce della particolare gravità del vizio in questione.



Ben distinte da questa impostazione restano, invece, le altre soluzioni individuate in dottrina e in giurisprudenza per sottrarre il contraente che sospende stragiudizialmente l'esecuzione della prestazione alle conseguenze dell'inadempimento. Si allude alle tesi – anch'esse esaminate *supra*, §7 – che, sia pure collegando la giustificazione del debitore alla preventiva denuncia dei motivi che legittimano la sospensione, le attribuiscono rilevanza: a) in quanto condotta che esclude l'elemento soggettivo del dolo o della colpa, legittimando «un'eccezione di incolpevolezza dell'inadempimento»⁹³; ovvero b) in quanto fatto che, assistito da un contegno comprensivo e consenziente della controparte, fonda un'eccezione di dolo, quale strumento di reazione a una eventuale, successiva, richiesta di adempimento⁹⁴.

La tesi *sub a)*, presuppone, evidentemente, l'idea che il debitore risponde del mancato dell'adempimento solo a titolo di colpa, secondo una linea di pensiero già diffusa sotto il Codice del 1865⁹⁵. Una simile impostazione, pertanto, non potrebbe trovare spazio ove si ritenga il debitore sia responsabile ai sensi dell'art. 1218 cod. civ. per il «solo fatto obiettivo di non adempiere o di ritardare ad adempiere», salvo il limite dell'impossibilità sopravvenuta della prestazione⁹⁶. In questa prospettiva, infatti, affermare l'«incolpevolezza» del debitore che si astiene dall'adempimento non varrebbe, di per sé, a esonerarlo da responsabilità nei confronti della controparte.

La tesi in esame non appare persuasiva neanche alla luce di quell'autorevole indirizzo dottrinale che – rivalutando la funzione della colpa nella responsabilità per inadempimento – individua nella regola della diligenza (art. 1176 cod. civ.) il criterio normativo per determinare se il mancato adempimento sia imputabile o meno al debitore a norma dell'art 1218⁹⁷. Come noto, tale orientamento muove da una concezione «relativa» dell'impossibilità liberatoria, il cui perimetro è definito, in negativo, da «i mezzi e le modalità con cui il debitore si è obbligato a procurare il risultato promesso al creditore», individuati alla stregua di una lettura *ex fide bona* del titolo⁹⁸. In tale quadro, il debitore si comporta in modo diligente – e quindi il mancato adempimento non gli è imputabile – se adopera tutte quelle risorse e quelle cautele che possono essere da lui pretese, in relazione al contenuto dell'obbligazione, per garantire la soddisfazione del creditore e prevenire i fatti ostativi suscettibili di compromettere la realizzazione del risultato promesso⁹⁹.

Ebbene, è chiaro l'equivoco in cui incorre la soluzione qui criticata. A fronte di una prestazione che,

⁹³ È la tesi che emerge da Cass. 6 ottobre 1952, n. 2939, cit., e avvalorata nel suo commento da G. MIRABELLI, *Eccessiva onerosità*, cit., da cui le parole citate nel testo.

⁹⁴ È questa, invece, la posizione di R. SACCO [e G. DE NOVA], *Il contratto*, cit., 719.

⁹⁵ Cfr., tra gli Autori più autorevoli, N. COVIELLO, *Del caso fortuito in rapporto alla estinzione delle obbligazioni*, Lanciano 1895; P. CHIRONI, *La colpa nel diritto civile odierno. Colpa contrattuale*, 2 ed., Torino 1897. In generale, per un recente quadro di sintesi delle principali teorie sulla responsabilità contrattuale, v. G. D'AMICO *L'inadempimento in generale*, in *Trattato del Diritto Privato*, diretto da S. Mazzamuto, vol. IV, *Le obbligazioni*, t. 2, Torino, 2023, 16 ss.

⁹⁶ Si tratta, come noto, della tesi di G. OSTI, affermata per la prima volta sotto il vigore del Codice del 1865 (*Revisione critica della teoria sulla impossibilità sopravvenuta della prestazione*, in *Riv. dir. civ.*, 1918, 209 ss., 313 ss. e 417 ss.) e poi ribadita anche in relazione alla disciplina vigente: cfr. ID., *Deviazioni dottrinali in tema di responsabilità per inadempimento delle obbligazioni*, in *Riv. trim. dir. proc. civ.*, 1954, 593 ss. (da cui la cit. nel testo); ID., *Impossibilità sopravveniente*, in *Noviss. dig. it.*, VIII, Torino, 1967, 287 ss. Nello stesso senso, cfr. L. MOSCO, *Impossibilità*, cit., 425.

⁹⁷ Cfr. U. NATOLI, *L'attuazione del rapporto obbligatorio. Il comportamento del debitore*, in *Trattato di diritto civile e commerciale*, diretto da A. Cicu e F. Messineo, XVI, t. 2, Milano, 1984, 41 ss.

L. MENGONI, *Responsabilità contrattuale (dir. vig.)*, in *Enc. dir.*, XXXIX, 1988, 1072 ss., 1086 ss.; U. BRECCIA, *Le obbligazioni*, cit., 468 ss.; e, da ultimo, A. NICOLUSSI, *Le obbligazioni*, 2021, Milano, 141 ss.

⁹⁸ Così L. MENGONI, *Responsabilità*, cit., 1088 s.; ma v. già U. BETTI, *Teoria generale delle obbligazioni*, I, Milano, 1953, 65 ss.

⁹⁹ Sul punto, v. le precisazioni di U. NATOLI, *L'attuazione del rapporto obbligatorio. Il comportamento del debitore*, cit., 80 ss.



anche se divenuta più onerosa, resta «eseguibile» – e quindi dovuta, perché idonea a procurare il risultato promesso senza richiedere l'impiego di mezzi anomali rispetto alla concreta dimensione dell'obbligo –¹⁰⁰, la diligenza, intesa come metro di valutazione del comportamento tenuto in funzione dell'adempimento, non può giustificare la condotta di chi volontariamente si astiene dalla prestazione, limitandosi ad allegare che l'attività esecutiva è divenuta economicamente troppo gravosa.

La tesi *sub b)*, invece, si ricollega anch'essa una valutazione *ex fide bona* della vicenda contrattuale, intesa quale attività diretta a «fissare i limiti di legittimità dell'esercizio in sé discrezionale del diritto di credito»¹⁰¹. Si evoca così la figura dell'abuso del diritto, che ricorre quando il comportamento di un soggetto «pur esattamente corrispondente al contenuto formale e sostanziale di un diritto, si sia determinato, in concreto, prescindendo dalla considerazione di un interesse altrui» che l'ordinamento configura come limite operativo all'esercizio del diritto stesso¹⁰². Nel caso di specie, si tratta di verificare se l'interesse del creditore a ottenere l'esecuzione della prestazione divenuta eccessivamente onerosa trovi come contrappeso l'affidamento maturato dalla controparte nell'esonero dall'adempimento, ingenerato dallo stesso creditore che, in precedenza, aveva acconsentito – o, quanto meno, tollerato – la sospensione dell'attività esecutiva.

La tesi in esame, tuttavia, non convince per due ordini di ragioni. Anzitutto, quanto alla scelta del rimedio: se è vero che in presenza di un comportamento contrario a buona fede di uno dei contraenti – sia pure formalmente conforme al contenuto della rispettiva situazione giuridica soggettiva – il rimedio dell'*exceptio doli* può operare quale «correttivo delle conseguenze più ripugnanti dell'applicazione dello *strictum ius*»¹⁰³, d'altra parte questa soluzione appare inadeguata nei casi in cui all'esercizio (sia pure abusivo) del diritto di credito si contrapponga un affidamento “a non adempiere” dell'obbligato.

¹⁰⁰ Si parla di «non eseguibilità» o «ineseguibilità» della prestazione quando, in base a una valutazione in termini relativi dell'impossibilità liberatoria, «il risultato atteso dal creditore diventa irraggiungibile (temporaneamente o definitivamente) con i mezzi dedotti in obbligazione, mentre si qualifica non dovuto in rapporto ai mezzi con cui potrebbe essere attuato, ma al cui impiego il debitore, secondo la legge del contratto, non è obbligato»: così L. MENGONI, *Responsabilità*, cit., *passim*, e in part. 1089. Cfr. anche U. BRECCIA, *Le obbligazioni*, cit., 468 ss.

La prestazione eccessivamente onerosa *ex art. 1467 cod. civ.* resta comunque una prestazione “eseguibile”. Infatti, delle due l'una: o la sopravvenienza è tale che il risultato promesso può realizzarsi solo facendo ricorso a mezzi o modalità esecutive non solo più onerosi, ma anche estranei, secondo una ricostruzione *ex fide bona*, al contenuto dell'obbligazione – in qual caso la prestazione diventa impossibile e il contratto si risolve *ipso iure* –; oppure, pur senza richiedere mezzi anomali, la sopravvenienza comporta per il debitore un impiego di lavoro o di capitali superiore a quello preventivato ai fini dell'adempimento, legittimandolo a chiedere la risoluzione per eccessiva onerosità qualora l'aggravio superi la soglia dell'alea normale.

¹⁰¹ Così U. BRECCIA, *Le obbligazioni*, cit., 356.

¹⁰² Così L. BIGLIAZZI GERI, *Buona fede*, cit., 186 ss. In prospettiva analoga, ravvisano il fondamento dell'abuso in una valutazione *ex fide bona* della condotta del titolare del diritto anche U. NATOLI, *Note preliminari ad una teoria dell'abuso del diritto*, in *Riv. trim. dir. proc. civ.*, 1958, 18 ss.; U. BRECCIA, *L'abuso del diritto*, in *Diritto privato* 1997, III, *L'abuso del diritto*, a cura di Giovanni Furguele, Padova 1998, 19 ss.; F. D. BUSNELLI, E. NAVARRETTA, *Abuso del diritto e responsabilità civile*, *ivi*, 171 ss. Il collegamento con la buona fede è sostenuto F. GALGANO, *Qui suo iure abutitur neminem laedit?*, in *Contr. impr.*, 2011, 318 ss. Di un'indagine volte a stabilire «se le norme in tema di correttezza e buona fede consentano un controllo dell'esercizio “abusivo” del diritto di credito» dà conto S. PATTI, *Abuso del diritto*, in *Dig. disc. priv., sez. civ.*, Torino, 1987, 1 ss., 6 s.

È peraltro opportuno ricordare come altra parte della dottrina distingua tra abuso del diritto e buona fede: cfr., di recente, A. ALBANESE, *Buona fede contratto legge*, in *Eur. dir. priv.*, 2021, 31 ss., in part. 64 ss.; C. M. NANNA, *Prescrizione, Verwirkung e buona fede, tra certezza del diritto e prospettive di riforma*, in *Pactum*, 2022, 193 ss., 196 s.

¹⁰³ Così U. NATOLI, *Attuazione*, cit., 37 ss., che apre «al riconoscimento della ammissibilità della *exceptio doli generalis* entro quegli stessi limiti nei quali s'impone la valutazione del comportamento delle parti *secundum bonam fidem*». Cfr. anche L. BIGLIAZZI GERI, *Buona fede*, cit., 173, che individua nelle «disposizioni sulla correttezza e buona fede» il fondamento della «attuale validità di un'*exceptio doli generalis*»; U. BRECCIA, *Le obbligazioni*, cit., 368.



Può richiamarsi, in questa prospettiva, il dibattito sollevato dalla recente pronuncia della Cassazione che, in applicazione dell'istituto della *Verwirkung*¹⁰⁴ ha qualificato come abusivo, sanzionandolo con la decadenza dall'esercizio della pretesa creditoria, il contegno del locatore che, dopo una prolungata inerzia nella riscossione dei canoni scaduti – idonea a ingenerare nella controparte un ragionevole affidamento nella remissione del debito – aveva poi formulato una repentina richiesta di integrale adempimento¹⁰⁵. Secondo una dottrina attenta ai profili operativi della buona fede, questa soluzione non opera un adeguato bilanciamento tra le posizioni delle parti, giacché finisce per sacrificare integralmente l'interesse del locatore, trascurando la «pregnanza del diritto di credito di matrice contrattuale» – non ancora prescritto, né oggetto di rinuncia – e omettendo di considerare, al contempo, che il conduttore astenutosi dal pagamento è pur sempre inadempiente rispetto ai propri obblighi contrattuali¹⁰⁶.

Queste considerazioni valgono, *mutatis mutandis*, per il caso che qui interessa. L'astensione dalla prestazione eccessivamente onerosa, se anteriore all'esercizio dell'azione di risoluzione, costituisce comunque un inadempimento, anche se l'altra parte si mostra dapprima comprensiva o consenziente. Quest'ultima conserva la possibilità di far valere successivamente la pretesa creditoria, a meno che nel suo contegno possa ravvisarsi, in modo inequivoco, quel carattere di incompatibilità con la volontà di avvalersi del proprio diritto, che integra gli estremi di una rinuncia tacita¹⁰⁷. Si pensi al caso in cui il creditore, ricevuta notizia dell'onerosità sopravvenuta, abbia acconsentito alla sospensione stragiudiziale dell'adempimento per consentire al debitore onerato di adeguare la propria organizzazione economico-produttiva alle mutate circostanze, oppure per favorire un tentativo di composizione amichevole della crisi. In queste ipotesi, anche se la sospensione si svolge «sotto il controllo della controparte»¹⁰⁸, sembra difficile ritenere che, alla luce di un bilanciamento secondo buona fede tra gli interessi coinvolti, la tutela dell'affidamento possa, di per sé, legittimare l'applicazione di un rimedio –

¹⁰⁴ Sulla *Verwirkung*, v. senza pretese di completezza, F. RANIERI, *Rinuncia tacita e Verwirkung*, Padova, 1971; S. PATTI, *Verwirkung*, in *Dig. disc. priv., Sez. civ.*, XIX, 1999, 722 ss. e più recentemente ID., *Tempo, prescrizione e Verwirkung*, Modena, 2020.

¹⁰⁵ Cass. 14 giugno 2021, n. 16743, che può leggersi, *ex multis*, in *Foro it.* 2022, I, 1407. Più recentemente, tuttavia, la Cassazione ha sconfessato questa soluzione, ritenendo che «il solo ritardo nell'esercizio del diritto, per quanto imputabile al titolare dello stesso e per quanto tale da far ragionevolmente ritenere al debitore che il diritto non sarà più esercitato, non può costituire motivo per negare la tutela giudiziaria dello stesso, salvo che tale ritardo sia la conseguenza fattuale di una inequivoca rinuncia tacita o di una modifica della disciplina contrattuale»: così Cass. civ., 26 aprile 2024, n. 11219, che conferma un indirizzo, già invalso nella giurisprudenza della Suprema Corte, contrario ad ammettere l'operatività della *Verwirkung* nell'ordinamento giuridico italiano (cfr., ad es., Cass. civ. 15 marzo 2004, n. 5240, in *Giust. civ.*, 2005, I, 2179, con nota di L. RACHELI, *Ritardo sleale nell'esercizio del diritto (Verwirkung): tra buona fede, abuso del diritto e prescrizione*). Sul punto, per un commento che «ripercorre le ragioni sistematiche ostative alla *Verwirkung*», confrontando le due pronunce del 2021 e del 2024, v. A. RENDA, *La Cassazione torna sulla Verwirkung per negarla*, in *Nuova giur. civ. comm.*, 2024, 1142 ss.

¹⁰⁶ Per queste osservazioni, cfr. E. STRACQUALURSI, *L'abuso del diritto del locatore, l'affidamento sulla rinuncia al canone e la Verwirkung: un buon bilanciamento tra gli interessi?* (nota a Cass. 14 giugno 2021, n. 16743), in *Resp. civ. prev.*, 2022, 297 ss., in part. 306 ss. Secondo l'Autrice, a fronte della complessità della situazione concreta, un miglior contemperamento tra gli interessi contrapposti – volto a dare adeguato risalto al diritto del creditore di ottenere la prestazione promessa – avrebbe potuto essere raggiunto garantendo al conduttore una rateizzazione del pagamento e l'inesigibilità dei danni da ritardo, abbinati, ove provato, al risarcimento del danno extracontrattuale per la lesione di un affidamento giuridicamente rilevante.

¹⁰⁷ Cfr. F. MACIOCE, *Rinuncia (dir. priv.)*, in *Enc. dir.*, XL, 1989, 923 ss., 947 s.; G. SICCHIERO, *Rinuncia (I agg.)*, in *Dig. disc. priv., sez. civ.*, IX agg., Torino, 2014, 604 ss., 613 ss. In giurisprudenza, recentemente, cfr. Cass. 27 novembre 2024, n. 30543, in *Proc. concurs. crisi impr.*, 2025, 183 (in relazione al diritto di ipoteca e alle prerogative connesse allo status di creditore chirografario, in sede di composizione della crisi da sovraindebitamento); Cass. 31 agosto 2022, n. 25680, *Foro it.*, 2023, I, 2241 (in relazione all'azione di riduzione delle disposizioni testamentarie lesive della propria quota di riserva); Cass. 14 giugno 2021, n. 16743, cit.

¹⁰⁸ Così R. SACCO [e G. DE NOVA], *Il contratto*, cit., 719.



quale quello *dell'exceptio doli* – che obliteri la sostanza del diritto di credito, «svuotando» – come suppone la dottrina qui criticata – «di contenuto la domanda di adempimento – e la stessa pretesa sostanziale all'adempimento», e finendo così per sanzionare, di fatto, una risoluzione stragiudiziale del contratto eccessivamente oneroso ¹⁰⁹.

L'altra ragione per cui la tesi in esame non convince è di ordine eminentemente pratico. Risolvere la questione dell'astensione dalla prestazione eccessivamente onerosa sul piano della tutela dell'affidamento significa, in definitiva, rimettere la decisione sulla legittimità del mancato adempimento a una valutazione giudiziale connotata da ampi margini di discrezionalità. Se la parte colpita dalla sopravvenienza sospende in via stragiudiziale l'esecuzione della prestazione e viene successivamente convenuta per l'adempimento – eventualmente abbinato al risarcimento del danno – il giudice sarà chiamato non solo a verificare la sussistenza dei presupposti di cui all'art. 1467 c.c., ma anche a valutare se il comportamento tenuto in precedenza dal creditore fosse tale da ingenerare nella controparte un affidamento ragionevole nell'esonero dalla prestazione, così da stabilire se vi siano o meno le condizioni per opporre l'eccezione di dolo. In questo senso, è evidente che le parti restano esposte a un'elevata incertezza circa le conseguenze delle rispettive condotte. Il debitore, in particolare, non è in grado di prevedere con sufficiente probabilità se il mancato adempimento sia destinato a essere ritenuto legittimo; è dunque plausibile che egli sceglierà comunque di agire in giudizio, per evitare di incorrere in responsabilità.

La soluzione che qui si propone, invece, non presenta siffatti inconvenienti. La legittimazione del mancato adempimento non dipende dalla valutazione di una vicenda successiva al sopravvento dell'eccessiva onerosità, ma è il riflesso del semplice intervento di quest'ultima, o, meglio, della configurazione di un potere di eccezione in capo alla parte onerata. Le posizioni delle parti sono chiare fin dall'inizio: in particolare, la prestazione divenuta eccessivamente onerosa può essere sospesa, e un'eventuale successiva azione di adempimento potrà essere efficacemente contrastata sollevando l'eccezione; qualora, tuttavia, il contraente onerato non abbia preannunciato le proprie intenzioni all'altra parte, questa potrà chiedere il risarcimento per i danni subiti a causa dell'interruzione *ex abrupto* dell'adempimento.

13. Conclusioni. L'eccezione di eccessiva onerosità come incentivo alla rinegoziazione spontanea. Potenzialità e limiti

Al termine della presente riflessione, pare opportuno riepilogare i tratti salienti della tesi qui proposta. Al verificarsi dell'eccessiva onerosità, la parte interessata può sospendere l'adempimento già in sede stragiudiziale. Ciò costituisce il riflesso, sul piano sostanziale, della titolarità di un'eccezione di eccessiva onerosità, riconducibile al modello delle cd. eccezioni di impugnativa (artt. 1442, co. 4; 1449, co. 2; 1460; 1495, co. 3, e 1667, co. 3, cod. civ.), ancorché non espressamente prevista dalla legge. Tuttavia, la buona fede impone alla parte che intenda astenersi dall'esecuzione della prestazione di preannunciare le proprie intenzioni alla controparte, così da consentirle di adottare tempestivamente le misure più opportune a tutela del proprio interesse; in mancanza, sarà tenuta al risarcimento del danno.

Da un punto di vista pratico – come si è già avuto modo di accennare nel corso dell'esposizione – questa soluzione presenta i seguenti punti di forza. Essa assicura, anzitutto, la piena funzionalità della

¹⁰⁹ Ancora R. SACCO [e G. DE NOVA], *Il contratto*, cit., 719, quando afferma che «le scelte stragiudiziali vengono a svuotare di effetto, per il gioco delle eccezioni e delle esimenti, l'efficacia del contratto, e allora la funzione costitutiva della sentenza, e il correlato onere di proporre la domanda giudiziale, diverrà in molti casi un dato puramente formale».



tutela prevista dalla legge, definendo in modo chiaro i presupposti logico-normativi e le condizioni che consentono al debitore della prestazione eccessivamente onerosa, in modo semplice e veloce, di interrompere l'adempimento già sul piano stragiudiziale e andare indenne da responsabilità. Al contempo, si salvaguarda la posizione della controparte, sia pure modificando l'oggetto della sua pretesa: a seguito del verificarsi dell'eccessiva onerosità, essa non può esigere la prestazione promessa – un'eventuale richiesta in tal senso potrebbe essere contrastata avvalendosi dell'eccezione – ma ha il diritto di essere tempestivamente informata dell'iniziativa dell'onerato, così da poter intraprendere le azioni funzionali a minimizzare il potenziale pregiudizio derivante dall'interruzione dell'attività esecutiva, se del caso avvalendosi del potere di *reductio ad aequitatem*.

Inoltre, la combinazione del potere di eccezione con l'obbligo di comunicazione *ex fide bona* rappresenta una cornice normativa particolarmente idonea a favorire una gestione concordata della sopravvenienza. La parte onerata è infatti distolta dall'adire tempestivamente il giudice per legittimare la sospensione dall'adempimento; la controparte, dal canto suo – specie quando la sopraggiunta onerosità sembra ragionevolmente certa ed essa non ha interesse a constatare in giudizio la pretesa avversaria – è incentivata a rinegoziare il contenuto del contratto, o ad avvalersi senza indugio del proprio diritto di ridurre ad equità il contratto. In questo modo, la questione dell'eccessiva onerosità può trovare una soluzione sul piano stragiudiziale – dalla risoluzione per mutuo consenso all'adeguamento delle condizioni economiche dell'affare, dalla rimodulazione del *quantum* delle rispettive attribuzioni alla dilazione dei termini – minimizzando i costi, individuali e collettivi, connessi a procedimenti di tipo contenzioso.

Questi esiti si apprezzano particolarmente nel contesto dei rapporti d'affari tra imprese. Qui, alla dimensione archetipica del contratto quale strumento diretto al trasferimento della ricchezza nell'ambito di un'operazione economica puntuale e isolata – secondo il modello del cd. *discrete contract*¹¹⁰ – la dottrina commercialistica più recente contrappone la diffusione di «forme di collaborazione strategica a metà strada fra contratto e organizzazione produttiva integrata»¹¹¹, che si prolungano nel tempo per programmare l'organizzazione e il materiale svolgimento di una o più fasi dei processi economico-

¹¹⁰ Cfr. ampiamente M. GRANIERI, *Il tempo e il contratto*, Milano, 2007, 35 ss. Sul punto anche F. MACARIO, *Adeguamento e rinegoziazione nei contratti a lungo termine*, Napoli 1996, 56 s.; A. F. FONDRIESCHI, *Contratti relazionali e tutela del rapporto contrattuale*, Milano, 2017, 53 ss.; M. LIBERTINI, *Dalla dicotomia fra contratti civili e contratti commerciali alla frammentazione della disciplina del contratto. Nuove riflessioni sui contratti d'impresa*, in *Orizzonti dir. comm.*, 2022, 373 ss., *passim*. La nozione di cd. *discrete contract*, che denota il modello archetipico di contratto incorporato nella civilistica classica, fa parte dell'armamentario teorico della dottrina del contratto relazionale (*relational contract theory*), sviluppata dal giurista statunitense I. R. MACNEIL: tra le molte opere dell'A., v. in part. *Contracts: adjustment of long-term economic relations under classical, neoclassical, and relational contract law*, in 72 *Northwest. Univ. Law Rev.*, 1978, 854 ss.; *The New Social Contract: An Inquiry into Modern Contractual Relations*, New Haven, 1980; nonché gli ulteriori chiarimenti forniti in ID., *Relational Contract Theory: Challenges and Queries*, in 94 *Northwest. Univ. Law Rev.*, 1999, 877 ss. Per una guida alla lettura del complesso pensiero di Macneil, si può fare riferimento a D. CAMPBELL, *Ian Macneil and the Relational Theory of Contract*, CDAMS Discussion Paper 04/1E, Kobe University, 2004 (reperibile su < <http://alliancecontractingelectroniclawjournal.com/wp-content/uploads/2017/04/Campbell-D.-2004-'Ian-Macneil-and-the-Relational-Theory-of-Contract'.pdf> >).

¹¹¹ Così P. LUCARELLI, *Crisi del contratto commerciale e produzione privata dei rimedi*, in *Principi, regole, interpretazione. Contratti e obbligazioni, famiglie e successioni*. Scritti in onore di Giovanni Furguele, III, a cura di G. Conte, S. Landini Mantova, 2017, 131 ss., 135 ss., con riferimento, a strutture formali quali il contratto di rete (alla bibliografia ivi riportata, adde I. CAFAGGI, *Contratti di rete e le nuove frontiere del contratto*, a cura di L. Bullo, Padova, 2017; G. SPOTO, *I contratti di rete tra imprese*, Torino, 2018), al consorzio, e alla *joint venture* (contrattuale); nonché a forme di coordinamento non formalizzato a cui prendono parte operatori economici che svolgono attività complementari o comunque collegate, come quelle che si instaurano tra imprese appartenenti allo stesso distretto produttivo.



produttivi¹¹². Si tratta di fenomeni contrattuali contraddistinti da ragioni pratiche ulteriori – e in parte confliggenti – rispetto a quelle che caratterizzano i contratti di scambio, quali la «continuità» e l'«efficienza dell'attività svolta»¹¹³, «il bisogno di flessibilità, fiducia reciproca e predisposizione spontanea alla cooperazione»¹¹⁴, che avvicinano la contrattazione d'impresa a una dimensione negoziale più spiccatamente “relazionale”¹¹⁵.

Ebbene, un'ipotesi ricostruttiva come quella qui proposta, che rimodula la dinamica rimediale dell'eccessiva onerosità in modo da stimolare il confronto stragiudiziale tra le parti, ben si attaglia alla logica appena accennata, che privilegia interventi di «cura» *in itinere* della relazione contrattuale, mediati dall'esercizio dell'autonomia privata¹¹⁶. Per converso, non sembra esservi dubbi che una tradizione interpretativa come quella oggi dominante – nella misura in cui induce il contraente onerato a proiettare sin da subito la gestione della sopravvenienza nell'arena giudiziale – si riveli inadeguata ad assecondare una rinegoziazione spontanea dei termini dell'affare, che – come suggerito da più parti – rappresenta la strada maestra per affrontare e superare le contingenze intervenute *in executivis*.

Un'ultima nota deve essere riservata al caso da cui hanno preso le mosse queste riflessioni. Ci si può domandare, infatti, se una soluzione che come quella raggiunta dal Tribunale di Firenze, e – sia pure seguendo a un diverso itinerario argomentativo – anche da questo scritto, sia opportuna e auspicabile anche laddove il contraente colpito dalla sopravvenienza, che decide di sospendere l'adempimento in sede stragiudiziale, sia un professionista, e la controparte un consumatore.

A parere di chi scrive, la risposta è negativa. Questa conclusione, tuttavia, non dipende tanto dalla soluzione rimediale qui prospettata, in sé e per sé, quanto dalla sua interazione con il sistema dei poteri di azione e reazione introdotto dall'art. 1467 c.c. Si è detto, infatti, che nulla osta a far valere l'eccessiva onerosità in via di eccezione – e, conseguentemente, a sospendere l'adempimento già in sede stragiudiziale – nella misura in cui la controparte, adeguatamente informata, può sempre attivarsi per tutelare il proprio interesse, e, in particolare, avvalersi del diritto di ridurre a equità il contratto riconosciutole dalla legge. Quest'ultima prerogativa, tuttavia, rischia di ridursi a poco più di un orpello formale quando l'eccessiva onerosità investe la prestazione che il professionista si è obbligato a fornire al consumatore. Soprattutto nel caso in cui il professionista sia un'impresa che opera sui mercati estremamente complessi e articolati, dove le dinamiche di prezzo e le valutazioni di convenienza dipendono da variabili difficilmente accessibili dai non addetti ai lavori – come, appunto, nel settore delle *utilities* – è quasi impensabile che il consumatore possa formulare una proposta adeguata «a modificare equamente le condizioni

¹¹² Che la strumentalità del contratto rispetto all'esercizio dell'attività produttiva di beni e servizi assurge a cifra distintiva del fenomeno contrattuale d'impresa è riconosciuto dalla più autorevole dottrina: cfr. per es. A. DALMARTELLO, *I contratti delle imprese commerciali*, Padova, 1962, 94 ss.; G. COTTINO, O. CAGNASSO, *Contratti commerciali*, in *Tratt. dir. comm. Cottino*, IX, Padova, 2000, 1 ss.; V. BUONOCORE, *Contrattazione d'impresa e nuove categorie contrattuali*, Milano, 2000, *passim*, 37. Più di recente cfr. M. LIBERTINI, *Dalla dicotomia*, cit., part. 379 ss.; 387 s.

¹¹³ M. LIBERTINI, *Dalla dicotomia*, cit., 382.

¹¹⁴ P. LUCARELLI, *Crisi*, cit., 136.

¹¹⁵ Nella teoria del contratto relazionale, la nozione di *relational contract* individua i fenomeni contrattuali che si collocano all'opposto di quelli rispondenti al paradigma *discrete*. Si tratta di contratti che si inseriscono, in genere, in una rete di legami, rapporti o collaborazioni consolidate tra le parti, e che si proiettano nel medio lungo periodo per disciplinare assetti di interessi complessi, relativi a operazioni economiche che richiedono un alto grado di specializzazione del lavoro, oppure che non è possibile o economicamente razionale realizzare mediante il ricorso ripetuto a transazioni isolate. In questi contesti, le condotte delle parti rispondono sovente a dinamiche di tipo cooperativo, volte a assecondare la continuità della relazionale attraverso una gestione non conflittuale delle contingenze che possono manifestarsi durante la fase esecutiva. Può farsi riferimento alla bibliografia citata in nt. 110.

¹¹⁶ In termini di «cura» della relazione commerciale si esprime diffusamente P. LUCARELLI, *Crisi*, cit., *passim*.



del contratto», o comunque a intavolare una rinegoziazione con la controparte. Non è un caso, del resto, che una simile eventualità non venga mai evocata nelle vicende richiamate in apertura del presente saggio: né nelle comunicazioni indirizzate ai consumatori dalle società interessate, né tantomeno nei provvedimenti dell'AGCM e dell'autorità giudiziaria.

In conclusione, quando è il professionista a invocare l'art. 1467 cod. civ., non sussiste, nei fatti, quel presupposto – la possibilità per la controparte tutelare adeguatamente il proprio interesse mediante un'opportuna iniziativa stragiudiziale – che, secondo la tesi qui proposta, rappresenta la precondizione per l'ammissibilità di un potere di eccezione in capo alla parte che lamenta l'eccessiva onerosità.



FRANCESCO MARIA MOGLIA*

LA RINUNZIA AL DIRITTO DI SUPERFICIE**

THE WAIVER TO SURFACE RIGHT

ABSTRACT: il presente contributo è diretto ad indagare l'ammissibilità della rinunzia al diritto di superficie, da parte del relativo titolare, alla luce delle incertezze che ne avvolgono la natura giuridica. La disposizione di cui all'art. 952 cod. civ., invero, delinea il suddetto diritto reale nel suo duplice profilo, distinguendo il caso in cui il proprietario conceda ad altri il diritto di fare e mantenere una nuova costruzione sul proprio suolo (così detta concessione *ad aedificandum*), dal caso in cui la costruzione già esista sul fondo e il proprietario ne alieni la proprietà, separatamente dalla proprietà del suolo. Al netto dei differenti spunti dottrinali emersi a tale riguardo, è condivisibile l'indirizzo interpretativo prevalente, secondo il quale deve ritenersi che la disposizione in esame non disciplini due distinte fattispecie, bensì una figura unitaria, comprensiva sia del diritto di superficie, sia della proprietà superficiaria. Pertanto, condivisa l'unitarietà della fattispecie e riconosciuta, in ogni caso, a favore del titolare della costruzione, l'esistenza di un diritto sul suolo, vantato nei confronti del *dominus soli*, deve ammettersi la rinunziabilità del diritto spettante al superficiario, non solo prima dell'inizio della costruzione, bensì anche successivamente all'ultimazione dell'edificio.

ABSTRACT: this article aims to examine the admissibility of the holder's waiver of surface right, in light of the uncertainties surrounding its legal nature. The provision set out in Article 952 of the Civil Code, in fact, outlines the aforementioned right in rem in its twofold aspect, distinguishing between the case where the owner grants others the right to erect and maintain a new building on their land (the so-called 'concessione ad aedificandum'), and the case where the building already exists on the land and the owner disposes of the ownership of the building, separately from the ownership of the land. Setting aside the various doctrinal views that have emerged in this regard, the prevailing interpretative approach is to be endorsed, according to which it must be held that the provision in question does not regulate two distinct cases, but rather a single concept, encompassing both the right of superficies and the ownership of the superstructure. Therefore, having accepted the unity of the legal situation and recognised, in any event, in favour of the owner of the building, the existence of a right over the land, held against the owner of the land, it must be accepted that the right belonging to the surface owner may be waived, not only before the start of construction, but also after the building has been completed.

SOMMARIO: 1. *Il diritto di superficie: origini storiche e spunti comparatistici.* – 2. *Riflessioni in merito alla sua natura giuridica.* – 3. *Tesi tripartita e tesi unitaria.* – 4. *I profili strutturali della rinunzia.* – 5. *Cenni sul relativo elemento causale.* – 6. *L'estinzione del diritto di superficie.* – 7. *La rinunzia ai diritti reali.* – 8. *Vicende abdicative e diritto di superficie, nella sua duplice (o triplice) veste: ammissibilità.*

1. Il diritto di superficie: origini storiche e spunti comparatistici

«La legge ha codificato l'istituto vivente nella prassi più che non ne abbia modificata la fisionomia»¹:

* Dottorando – Università degli Studi di Parma.

** Contributo sottoposto a revisione.

¹ G. PUGLIESE, *Superficie*, in *Comm. cod. civ.*, a cura di A. Scialoja, G. Branca, Bologna-Roma, 1976, IV ed., p. 556.



così veniva commentata dal Pugliese l'introduzione, nel Codice civile del 1942, di una disciplina *ad hoc* in merito al diritto di superficie, assente, invero, nel precedente impianto codicistico del 1865.

Muovendo da un'analisi storica (e comparatistica) che, seppur sommaria, deve dirsi necessaria per la comprensione dell'istituto, può osservarsi che la nozione di «*superficies*», nelle fonti romane, veniva intesa, originariamente, come tutto ciò che si trova sul suolo e ad esso è congiunto (così detto *supra factum*)².

Nella logica romanistica, caratterizzata, notoriamente, dall'intangibile centralità del diritto di proprietà, specie immobiliare, considerato assoluto – senza eccezioni –, quanto edificato sopra il suolo non poteva essere percepito e qualificato come bene distinto da esso, in forza del principio di accessione necessaria, che imponeva di considerare la superficie un mero accessorio del suolo³. Il principio dell'accessione, di antichissime origini⁴, oggi codificato all'art. 934 cod. civ., e consacrato dal noto brocardo *superficies solo cedit*, viene ricondotto dai giuristi romani alla *naturalis ratio*, presentando un rigore tale da escludere la possibilità di una configurazione giuridica dell'edificio (o della piantagione) distinta da quella del suolo⁵.

In definitiva, per i giuristi romani, in linea con le costanti elaborazioni della giurisprudenza romano-classica, l'accessione rappresentava un assoluto e inderogabile assioma⁶.

Dall'originaria negazione del diritto di superficie, ben presto, però, la società romana, già in epoca repubblicana, giunse alla progressiva affermazione del medesimo, come *ius in re aliena*. Il progressivo ampliamento dell'assetto urbanistico della città di Roma, infatti, generò rilevanti criticità strutturali, atteso che, già in epoca repubblicana, la titolarità del suolo urbano si era consolidata nelle mani di ristrette corporazioni e di pochi soggetti privati.

Per ovviare a tali inconvenienti, il Diritto romano inizia a conoscere fattispecie di concessione di suoli a terzi *ad aedificandum*, elargite, prima, da soggetti pubblici e, in un secondo momento, anche da privati⁷; ciò nonostante, solo in una seconda fase, l'autonomia del diritto di superficie ottenne espresso riconoscimento, per opera, soprattutto, del pretore. In particolare, grazie all'accrescimento delle tutele giudiziarie previste in capo al concessionario, il diritto di superficie inizia ad assumere i connotati del

² In questi termini, v. A. GUARNERI, voce *Superficie*, in *Dig. Disc. priv., Sez. civ.*, vol. XIX, Torino, 1999, p. 207; A. GUARNERI, *La Superficie. Artt. 952-956*, in *Cod. civ. Comm.*, fondato da P. Schlesinger, dir. da F. D. Busnelli, Milano, 2007, p. 2.

³ Cfr. A. PALADINI, voce *Superficie (diritto romano)*, in *Noviss. Dig. It.*, vol. XVIII, Torino, 1971, p. 942; A. GUARNERI, voce *Superficie*, cit., p. 207; A. GUARNERI, *La Superficie. Artt. 952-956*, cit., p. 2; M. ROBLES, *Della superficie. Art. 952-956*, in *Comm. cod. civ. Scialoja-Branca-Galgano*, a cura di G. De Nova, Bologna, 2024, p. 9.

⁴ Sul principio di accessione necessaria, in epoca romana, v., almeno, P. BONFANTE, *Istituzioni di diritto romano*, Milano, 1932, p. 340 ss.; G. BRANCA, voce *Accessione*, in *Enc. dir.*, vol. I, Milano, 1958, p. 261 ss.; C. SANFILIPPO, voce *Accessione (diritto romano)*, in *Noviss. Dig. It.*, vol. I, 1957, p. 129 ss.; V. ARANGIO RUIZ, *Istituzioni di diritto romano*, Napoli, 1980, XIV ed., p. 258 ss.; F. SITZIA, voce *Superficie (dir. rom.)*, in *Enc. dir.*, vol. XLIII, Milano, 1990, p. 1459 ss. In particolare, come rilevato da A. GUARNERI, *La Superficie. Artt. 952-956*, cit., p. 2, nota 2, numerosi sono i giuristi romani, assai prestigiosi, che associano il principio di accessione al diritto naturale: Ulpiano (Dig. 9, 2, 50) discorre di «naturale jus, quod superficies ad dominum soli pertinet»; Paolo (Dig. 44, 7, 44) osserva che «sic et in tradendo si quis dixerit se solum sine superficie tradere, nihil proficit quo minus et superficies transeat, quae natura solo cohaeret».

⁵ Così, F. SITZIA, voce *Superficie (dir. rom.)*, cit., p. 1459.

⁶ In questi termini, v. D. SIMONCELLI, voce *Superficie (diritto di)*, in *Nuovo Dig. It.*, vol. XVIII, Torino, 1940, p. 1215; L. SALIS, *La superficie*, in *Tratt. dir. civ. it.*, dir. da F. Vassalli, vol. IV, Torino, 1958, II ed., p. 1; A. PALADINI, voce *Superficie (diritto romano)*, cit., p. 942; A. GUARNERI, voce *Superficie*, cit., p. 207; A. GUARNERI, *La Superficie. Artt. 952-956*, cit., p. 2 ss.; G. GIACOBBE, *La superficie*, in *Tratt. dir. civ. e comm.*, già dir. da A. Cicu, F. Messineo, L. Mengoni, continuato da P. Schlesinger, Milano, 2003, p. 7 ss.; M. ROBLES, *Della superficie. Art. 952-956*, cit. p. 9.

⁷ Cfr., A. GUARNERI, *La Superficie. Artt. 952-956*, cit., p. 2.



diritto reale e, in ossequio al principio che il proprietario del suolo è proprietario anche di ciò che si trova sul suolo e sotto di esso, viene concepito come *ius in re aliena*⁸.

È soprattutto con l'avvento del diritto giustiniano che l'istituto della superficie, pur mantenendosi in linea con la tradizione romana, assunse forma e caratteri maggiormente definiti: infatti, il diritto di superficie viene concepito quale *ius in re aliena*, di contenuto assai ampio, sostanzialmente assimilabile al diritto di enfiteusi⁹; per altro verso, il superficiario poté usufruire, altresì, dei rimedi giurisdizionali tradizionalmente spettanti al proprietario.

Proseguendo nel tempo, e giungendo, così, al diritto intermedio, si osserva che l'esperienza medievale presenta ampi margini di incertezza, all'interno dei quali, tuttavia, la *superficies* viene concepita come epifania del dominio utile¹⁰. In particolare, infatti, l'evolversi dei tempi, il mutamento politico-sociale e, soprattutto, la "contaminazione" dell'esperienza romana con influenze straniere – segnatamente con il diritto germanico¹¹ – condussero, sia pure gradatamente, a un abbandono dell'originaria e assoluta concezione della proprietà, a favore di nuovi istituti, che iniziano a delinearli con caratteristiche proprie.

Il diritto germanico, invero, non conobbe una rigida affermazione del principio dell'accessione; anzi, in netto contrasto con tale logica, individuò il fondamento del diritto di proprietà nel differente principio del lavoro: «chi impegna capitali e lavoro nella terra, quegli era il proprietario»¹².

Conseguentemente, tali influenze avallarono quel lento declino dell'assolutistica concezione della proprietà e, soprattutto, l'interesse a favorire il migliore sfruttamento delle terre e le varie e diversificate forme di contrattazioni agrarie facilitarono quella divisione tra dominio diretto e dominio utile¹³, grazie alla quale, il diritto di superficie acquisterà autonoma dignità.

«Il fulcro dell'ordinamento medievale è rappresentato non più tanto, o almeno solo, dal proprietario, bensì dai concessionari di terre, i quali, in virtù di differenziate fattispecie contrattuali, quasi tutte accomunate dalla lunga durata e dall'attribuzione molto ampia di poteri al concessionario, venivano considerati appartenenti alla categoria dei proprietari, ancorché solo utili»¹⁴. In forza di contratti mediante i quali il proprietario si spoglia di facoltà sue proprie, si inizia, così, ad affermare la scissione del dominio: al proprietario concedente resta il dominio diretto, mentre al concessionario viene riconosciuto il dominio utile¹⁵.

⁸ Così, G. GIACOBBE, *La superficie*, cit., p. 11.

⁹ L'ampiezza del contenuto del diritto di superficie lo ha fatto considerare, da parte di taluni Autori, una vera e propria anomalia giuridica; sul punto, v. A. LUCCI, *Del diritto di superficie e proprietà del sottosuolo*, Napoli-Torino, 1927, p. 35 ss.; A. PALADINI, voce *Superficie (diritto romano)*, cit., p. 942 ss. Osserva, in particolare, P. BONFANTE, *Istituzioni di diritto romano*, cit., p. 342 che «il diritto del superficiario è anche più assoluto di quello dell'enfiteuta. Egli non ha limiti, né obblighi verso il proprietario e nemmeno l'annua retribuzione che ha nome *solarium*, pure essenziale alla superficie». Da tali premesse, l'Autore deduce che la causa del contratto costitutivo del diritto di superficie poteva essere la più diversa: vendita, se veniva corrisposto un prezzo una volta per tutte; locazione, se veniva pattuito un *solarium*; donazione, infine, se si rinunciava a qualunque corrispettivo. *Contra*, v. L. SALIS, *La superficie*, cit., p. 2.

¹⁰ Così, A. GUARNERI, *La Superficie. Artt. 952-956*, cit., p. 4.

¹¹ Sul punto, v. V. SIMONCELLI, *Il principio del lavoro come elemento di sviluppo di alcuni istituti giuridici*, in *Riv. it. sc. giur.*, 1888, IV, p. 65 ss.; L. COVIELLO, *La proprietà*, cit., p. 168; A. LUCCI, *Del diritto di superficie e proprietà del sottosuolo*, cit., p. 57; L. BARASSI, *Proprietà e comproprietà*, Milano, 1951, p. 609.

¹² Così, L. COVIELLO, *La proprietà*, cit., p. 169.

¹³ La bipartizione concettuale della proprietà in "utile" e "diretta" ebbe una decisiva influenza nell'elaborazione del diritto di superficie; a tale riguardo, v. G. MIRABELLI, *Del diritto dei terzi secondo il codice civile italiano*, Torino, 1889, p. 501; L. COVIELLO, *La proprietà*, cit., p. 169 ss.; A. LUCCI, *Del diritto di superficie e proprietà del sottosuolo*, cit., p. 72 ss.; L. CARIOTA FERRARA, *L'enfiteusi*, in *Tratt. dir. civ.*, dir. da F. Vassalli, vol. IV, Torino, 1950, p. 32 ss.; A. GUARNERI, voce *Superficie*, cit., p. 208.

¹⁴ Così, G. GIACOBBE, *La superficie*, cit., p. 15.

¹⁵ Come osservato da G. PUGLIESE, *Dominium ex iure Quiritium – proprietà – property*, in *Studi per Satta*, vol. II, Padova,



Le altalenanti vicende concernenti il diritto di superficie sembrano giungere alla conclusione con la codificazione francese, che, caratterizzata da un silenzio assoluto in tema di superficie (e di enfiteusi), mostra di ri-abbracciare, con nuova fermezza, il modello romano di proprietà¹⁶. Il *Code Napoléon* rappresentò espressione e sintesi della profonda insoddisfazione verso lo “smembramento” della proprietà, cui il sistema feudale aveva dato luogo; pertanto, la proprietà torna ad essere intesa come il diritto più completo ed esteso che si possa avere su una cosa, espressione diretta della libertà della persona, nonché diritto sacro e inviolabile, coerentemente in linea con l’anima della Costituzione del 1791. Ciò rappresenta una consapevole rottura con la tradizione giuridica dell’*ancien régime*, che discende da una scelta ideologica precisa a favore della più ampia affrancazione delle terre dai vincoli reali altrui e a favore di un’enfaticizzazione delle prerogative della classe dei proprietari immobiliari, uscita vittoriosa dalla Grande Rivoluzione¹⁷.

Tale disfavore verso vincoli, di qualsivoglia natura, volti a ostacolare, in qualche modo, le prerogative proprietarie, trova concreta realizzazione nella formalizzazione dei diritti reali, così detti, minori, considerati diritti, in virtù dei quali una persona è autorizzata a trarre un certo utile dalla cosa altrui¹⁸, che, nell’impianto codicistico francese, vennero sostanzialmente ricondotti alla categoria generale delle servitù.

Nonostante l’assenza di un’espressa disciplina in merito al diritto di superficie, tuttavia, non si pervenne al suo completo ostracismo¹⁹, in quanto, prendendo le mosse dal principio desumibile dall’art. 554 *Code Napoléon* – per cui ciascuno può disporre della sua proprietà nella maniera più assoluta –, se ne dedusse che il proprietario, a sua scelta, avrebbe potuto privarsi di facoltà insite e racchiuse nel diritto di proprietà, in sua titolarità, pur sempre nel rispetto delle leggi e dell’ordine pubblico²⁰.

In altri termini, il generale principio sancito dagli artt. 551 ss. del Codice francese – tale per cui la proprietà del suolo comprendeva, ugualmente, la proprietà della superficie e della parte ad esso sottoposta – era considerato espressione di una presunzione generale, nonché conseguenza legale e ordinaria del diritto di proprietà, pur, tuttavia, suscettibile di prova contraria.

Il modello legislativo napoleonico, successivamente, circola nell’area italiana e viene recepito, dapprima, nelle codificazioni preunitarie²¹, che seguono il modello francese, e, poi, nel Codice civile del

1982, p. 1233, e come riportato da A. GUARNERI, *La Superficie. Artt. 952-956*, cit., p. 5, «l’impatto del feudalesimo, il quale per le caratteristiche e le esigenze dell’assetto socio-politico che instaurava e per l’influenza germanica che ampiamente risentiva, non ammetteva una signoria fondiaria assoluta come la proprietà e determinava la nascita, al posto di questa, di signorie minori concepibili come sue frazioni di diverso contenuto. Tuttavia, il prestigio dei modelli culturali romani fu tale che non si rinunziò al termine *dominium* e lo si adattò a tali signorie».

¹⁶ Cfr., G. GIACOBBE, *La superficie*, cit., p. 18; A. GUARNERI, *La Superficie. Artt. 952-956*, cit., p. 7.

¹⁷ Ai fini di un approfondimento sull’esperienza francese, v. C. B. M. TOULLIER, *Il diritto civile francese secondo l’ordine del codice*, vol. II, Napoli, 1857, p. 33 ss.; M. PLANIOL, *Droit civil*, vol. I, Parigi, 1920, p. 715 ss.; S. RODOTÀ, *La definizione della proprietà nella codificazione napoleonica*, in *Il terribile diritto*, Milano, 1981, p. 75 ss.; G. GIACOBBE, *La superficie*, cit., p. 19 ss.; A. GUARNERI, *La Superficie. Artt. 952-956*, cit., p. 7 ss.

¹⁸ Cfr., K. S. ZACHARIAE, *Corso di diritto civile francese*, vol. I, Napoli, 1851, p. 145.

¹⁹ Così, G. GIACOBBE, *La superficie*, cit., p. 22.

²⁰ A tale proposito, osserva C. B. M. TOULLIER, *Il diritto civile francese secondo l’ordine del codice*, cit., p. 32 che «il proprietario può distaccarne quei diritti che meglio a lui pare [...], in una parola smembrare la sua proprietà in quel modo che stima a proposito, purché non vi sia cosa contraria alle leggi o all’ordine pubblico».

²¹ A tale riguardo, G. GIACOBBE, *La superficie*, cit., p. 26 ss. – a cui si rinvia, ai fini di una disamina sistematica del Codice per il Regno delle due Sicilie, del Codice per gli Stati di Parma, Piacenza e Guastalla, nonché il Codice per gli Stati di S.M. il Re di Sardegna –, rileva come, effettivamente, al descritto modello francese si ispirarono le codificazioni italiane preunitarie, non senza, però, differenze significative.



1865, così come in Belgio, in Spagna e nella Provincia canadese del Québec²²; diversamente, si discostano da tale impostazione le legislazioni dell'area germanica – Austria, Germania e Svizzera²³ –, in cui, in vario modo, il diritto di superficie rinvia una propria specifica previsione.

Come già rimarcato, specchio quasi fedele del *Code Napoléon*²⁴, il Codice civile del 1865²⁵ non prevede una disciplina *ad hoc* per il diritto di superficie. Ciò nonostante, argomentando dalla lettera dell'art. 448 del Codice previgente, dottrina e giurisprudenza ritenevano ammissibile una proprietà superficiaria, quale deroga al principio generale dell'accessione. Infatti, proclamato in termini generali dall'art. 446 del Codice, il principio di accessione trovava concreta attuazione in relazione al disposto dell'art. 448, il quale statuiva che qualsiasi costruzione, piantagione e opera, sopra o sotto il suolo, dovesse presumersi fatta dal proprietario a sue spese e che gli appartenesse, salvo prova contraria.

Dalla disposizione in parola, quindi, furono enucleate due presunzioni, ossia che l'opera fosse realizzata a spese del proprietario e che la medesima appartenesse a costui, nonché la possibilità giuridica di costituire diverse e distinte proprietà sovrapposte; «in breve, in deroga al principio di accessione, era ammessa una disintegrazione del diritto di proprietà, relativo ad un immobile, in autonome e distinte forme di godimento, incidenti separatamente sul sottosuolo, sul suolo e sul soprasuolo e corrispondenti a distinte titolarità soggettive»²⁶.

2. Riflessioni in merito alla sua natura giuridica

Nella vigenza codicistica del 1865, l'assenza di una espressa previsione legislativa ha provocato ampi e diffusi dibattiti, sia in dottrina sia in giurisprudenza, circa la ricostruzione della natura giuridica del diritto spettante al superficiario; proprio a causa di tale lacuna, diffusa era la tendenza ad inquadrare la

²² Il silenzio del legislatore del Codice civile in tali esperienze, peraltro, non ha comportato la scomparsa di tale antico diritto, che, al contrario, ha conosciuto una diffusione già nella successiva legislazione, all'interno e all'esterno dei singoli Codici, nonché in dottrina e in giurisprudenza. In Belgio, a titolo di esempio, a integrazione del *Code civil*, è stata emanata la L. 10 gennaio 1824, la quale ha espressamente definito e disciplinato il diritto di superficie; in Spagna, da tempo, dottrina e giurisprudenza ritengono derogabile il principio di accessione, di cui agli artt. 353 ss. del *Código civil*, riconoscendo, pertanto, al proprietario la facoltà di alienare a terzi il diritto di costruire, usare e conservare la costruzione, piantare alberi, a titolo gratuito o oneroso; ancora, nella Provincia canadese del Québec, la superficie è conosciuta e praticata secondo gli insegnamenti di una giurisprudenza sempre più liberale e permissiva. Per un più analitico approfondimento, v. A. GUARNERI, *La Superficie. Artt. 952-956*, cit., p. 8 ss.

²³ Ai fini di un approfondimento, in merito alla disciplina dell'istituto della superficie nelle legislazioni straniere, v. D. SIMONCELLI, voce *Superficie (diritto di)*, cit., p. 1215 ss.; L. SALIS, *La superficie*, cit., p. 3 ss.; L. SALIS, voce *Superficie (diritto vigente)*, in *Noviss. Dig. It.*, vol. XVIII, Torino, 1971, p. 945; A. GUARNERI, voce *Superficie*, cit., p. 208 ss.; G. GIACOBBE, *La superficie*, cit., p. 28 ss.; A. GUARNERI, *La Superficie. Artt. 952-956*, cit., p. 8 ss.

²⁴ L'apparente rigore dell'impostazione spiccatamente individualista, propria della codificazione francese, non fu accolta in tutte le sue conseguenze dal Codice italiano, il quale, infatti, agli artt. 1556 ss., accolse e disciplinò l'enfiteusi. In tal senso, v. L. BORSARI, *Commentario del codice civile italiano*, vol. II, Torino, 1872, p. 571; G. LOMONACO, *Della distinzione dei beni e del possesso*, Napoli, 1891, p. 90 ss.

²⁵ In merito al diritto di superficie sotto la vigenza del Codice civile del 1865, v. N. COVIELLO, *Della superficie considerata anche in rapporto al suolo e al sottosuolo*, Bologna, 1892.

²⁶ Così, A. GUARNERI, *La Superficie. Artt. 952-956*, cit., p. 20. Nello stesso senso, in giurisprudenza, v. Cass., 16 settembre 1981, n. 5130, in *Vita not.*, 1982, p. 259 ss., a mezzo della quale i giudici di legittimità osservano che «già sotto il vigore del cod. civ. 1865 era configurabile, in base al combinato disposto degli artt. 440 e 448, una divisione del diritto di proprietà relativo a un immobile in autonome e distinte forme incidenti separatamente sul suolo, sul sottosuolo e sul soprasuolo».



fattispecie in esame in una delle categorie dei diritti reali già esistenti, in ossequio al principio del *numerus clausus*²⁷.

Le difficoltà, sottese a tali ricostruzioni giuridiche, erano strettamente legate alla necessità di tenere conto e soddisfare, nello stesso tempo, le esigenze della pratica – per la quale si rendeva sempre più impellente l'individuazione di una giustificazione *ex lege* alla fattispecie della superficie –, e quelle del diritto positivo, che non ammetteva deroghe al numero chiuso di diritti reali²⁸.

Nei primi Lavori preparatorii del Codice civile, poi emanato nel 1942, non compare una disciplina legislativa autonoma e distinta del diritto reale di superficie²⁹; poi, però, vista l'importanza dell'istituto e la sua accresciuta applicazione nell'edilizia moderna, il legislatore del nuovo Codice ha introdotto una disciplina *ad hoc* per la superficie³⁰, dettando, a tale riguardo, cinque articoli all'interno del Libro III (artt. 952-956), nonché altre disposizioni di legge, conservate, altresì, nella legislazione *extra-codificata*³¹. Nonostante l'importante innovazione legislativa, la sintetica disciplina, racchiusa nel Titolo III del Libro III del Codice civile, non è stata sufficiente ad offrire adeguata risposta ai diversi interrogativi, che, nel corso dei secoli, l'istituto ha fatto sorgere³².

3. Tesi tripartita e tesi unitaria

Prima tra tutte le questioni, si pone quella concernente la natura giuridica del diritto *de quo*: a tale riguardo, infatti, l'art. 952 cod. civ. delinea il diritto di superficie nel suo duplice profilo, distinguendo il caso in cui il proprietario conceda ad altri il diritto di fare e mantenere una nuova costruzione sul proprio suolo (così detta concessione *ad aedificandum*), dal caso in cui la costruzione già esista sul fondo e il proprietario ne alieni la proprietà separatamente dalla proprietà del suolo³³; pertanto, sulla base del tenore letterale di tale disposizione di legge, la dottrina ha proposto diverse teorie innovative³⁴.

²⁷ A tale riguardo, M. MAGRI, E. SCILHANIK, *Diritto di superficie*, in *Tratt. dir. it.*, dir. da P. Cendon, Milano, 2006, p. 38 ss. – a cui si rinvia ai fini della individuazione delle svariate teorie ideate sotto la vigenza del Codice civile del 1865 – osservano che alcuni Autori risolvevano il problema della qualificazione del diritto del superficiario sul suolo altrui attribuendo allo stesso mera efficacia obbligatoria; altri, invece, ne vedevano una limitazione legale della proprietà del suolo; per altri ancora, la proprietà superficiaria veniva ricompresa nel diritto di usufrutto o di enfiteusi; altri, infine, affermavano l'esistenza di un vero diritto di superficie, pur non trovandone riscontri certi nel diritto positivo. Per la ricostruzione delle diverse opinioni dottrinali, sotto la vigenza del Codice previgente, v., altresì, D. SIMONCELLI, voce *Superficie (diritto di)*, in *Nuovo Dig. It.*, vol. XVIII, Torino, 1940, p. 1217 ss.

²⁸ In questi termini, v. M. MAGRI, E. SCILHANIK, *Diritto di superficie*, cit., p. 38.

²⁹ Per i criteri proposti circa l'individuazione della realtà, nonché per tracciare le distinzioni tra i diritti reali minori, v., tra tutti, M. COMPARTI, *Diritti reali in generale*, in *Tratt. dir. civ. e comm.*, già dir. da A. Cicu, F. Messineo, continuato da L. Mengoni, vol. VIII, t. I, Milano, 1980, p. 232 ss.

³⁰ Ai fini dell'individuazione delle ragioni, che hanno determinato l'introduzione, nel nostro ordinamento, dell'istituto della superficie, v., in particolare, L. SALIS, *La superficie*, cit., p. 11 ss.

³¹ Si possono richiamare, a titolo di esempio, la L. 22 ottobre 1971, n. 865 (così detta legge sulla casa), con la quale si è previsto per i suoli espropriati, o ceduti bonariamente, per fini di edilizia economica e popolare la cessione di parte delle aree in proprietà e di parte delle aree in superficie; la L. 24 marzo 1989, n. 122 (così detta legge Tognoli), dettata in materia di parcheggi, la quale prevede la realizzazione su aree comunali, o nel sottosuolo delle stesse, di parcheggi, da destinare a pertinenze di immobili privati, consentendo l'alienabilità di tali parcheggi sotto forma di cessione del corrispondente diritto di superficie, con durata *infra novantenne*.

³² Tale critica osservazione venne attentamente mossa da G. BALBI, *Il diritto di superficie*, Torino, 1947, p. 23.

³³ Così, G. GIACOBBE, *La superficie*, cit., p. 74.

³⁴ A tale riguardo, M. MAGRI, E. SCILHANIK, *Diritto di superficie*, cit., p. 51 ss. osservano che «la codificazione del diritto di superficie e lo sdoppiamento di ipotesi previsto dall'art. 952 c.c. sia tipico di tutti quegli ordinamenti in cui il principio



Due sono le prevalenti linee interpretative in seno alla dottrina: secondo l'opinione così detta tripartita³⁵, nel quadro disegnato dall'art. 952 cod. civ. andrebbero distinte tre fattispecie: i) lo *ius ad aedificandum*, che costituirebbe il diritto di superficie in senso stretto (art. 952, primo comma, prima parte); ii) la proprietà superficiaria, corrispondente al diritto di “mantenere” la costruzione realizzata in forza dello *ius ad aedificandum* (che, pertanto, rappresenterebbe, soltanto, l'effetto e la conseguenza del diritto di cui sopra, art. 952, primo comma, seconda parte); iii) la proprietà separata, ossia quella alienata, separatamente dal suolo, dopo l'ultimazione dell'edificio costruito dal proprietario del fondo (art. 952, secondo comma). Tale dottrina, pertanto, scindendo le ipotesi previste dai due commi dell'articolo in esame, ritiene che il diritto di fare una costruzione sul suolo altrui rappresenti il vero diritto di superficie, mentre il diritto di mantenere la suddetta costruzione, acquisendone la proprietà, configurerebbe la proprietà superficiaria; invece, quanto previsto al secondo comma (ossia l'alienazione di una costruzione già esistente), non costituirebbe un vero diritto di superficie, bensì un diritto di proprietà, e, precisamente, una proprietà separata orizzontalmente, che, in quanto tale, non presupporrebbe, necessariamente, la concessione di un vero diritto di superficie³⁶.

In antitesi alla tesi testé richiamata, si è sviluppata, e fortemente consolidata, nel corso del tempo, l'opinione che ritiene che la disposizione in esame non disciplini due distinte fattispecie, bensì una figura unitaria, comprensiva sia del diritto di superficie, sia della proprietà superficiaria³⁷. Sulla scia di tale indirizzo, pertanto, si ritiene che, oltre al diritto di costruire – diritto di superficie in senso stretto –, non esistano due diversi tipi di proprietà (superficiaria e separata), atteso che, entrambe le ipotesi previste dalla norma di legge, costituiscono il diritto di superficie³⁸. In altri termini, la proprietà superficiaria e la proprietà separata, riguardo alle cose per le quali è ammesso il diritto di superficie, sono coincidenti: a séguito della venuta ad esistenza dell'edificio, la posizione di chi l'ha costruito o di chi l'ha acquistato

dell'accessione non è conosciuto, o in cui, come nel nostro caso, allo stesso vengono ammesse deroghe legali». Nello stesso senso, v. G. PUGLIESE, *Superficie*, cit., p. 558.

³⁵ Principale esponente della suddetta tesi fu L. SALIS, *La superficie*, cit., p. 5 ss., ad opinione del quale: «Se, per diritto di superficie, si intende il diritto di fare e mantenere sopra o sotto il suolo una costruzione (art. 952, prima parte), dovrebbe concludersi che, una volta che la costruzione già esiste, di un diritto di superficie non possa più ovviamente parlarsi: esisterebbe una proprietà superficiaria sulla costruzione e, sino a che questa esiste, non sarebbe esatto parlare di un diritto di superficie, dato che questo presupporrebbe una costruzione ancora da compiere». Al netto di tale bipartizione, conclude l'Autore, considerando «assolutamente autonomo diritto di superficie e proprietà superficiaria nel senso che, mentre mediante la costituzione del diritto di superficie si giunge alla formazione della proprietà superficiaria, la proprietà separata sulla costruzione può essere costituita ed esistere indipendentemente dalla costituzione ed esistenza di un diritto di superficie».

³⁶ Come messo in luce da M. MAGRI, E. SCILHANIK, *Diritto di superficie*, cit., p. 53, tale orientamento dottrinale trova un riferimento, sia pur debole, in quanto apparentemente non molto significativo, nella circostanza che il termine “proprietà” venga impiegato dal legislatore nel solo secondo comma della norma in oggetto, così, sostanzialmente, giustificando la sopra descritta prospettiva, che identifica il vero diritto di superficie nel diritto di “fare” la costruzione. La così detta teoria tripartita è stata avallata da un'isolata pronunzia della Corte di cassazione (Cass., 13 febbraio 1993, n. 1844, in *Riv. giur. edilizia*, 1993, I, p. 1023 ss.).

³⁷ La tesi viene, primariamente, ricondotta al pensiero di G. PUGLIESE, *Superficie*, cit., p. 566 ss., il quale, osservando la portata innovativa del Codice civile del 1942, ritiene che l'art. 952 cod. civ., da un lato, ribadisca l'ammissibilità di una proprietà della costruzione separata da quella del suolo, e, dall'altro lato, configura una nuova specie di diritto reale: il diritto di costruire sul suolo altrui e di mantenere su tale suolo, la costruzione compiuta o già esistente.

³⁸ Tale tesi ha trovato il conforto dell'opinione maggioritaria in epoca moderna; sul punto, v. G. IANNUZZI, *L'art. 952, comma 2, c.c. e la costituzione del diritto di superficie*, in *Giust. civ.*, 1965, I, p. 488 ss.; A. QUARANTA, *Della superficie*, in *Comm. cod. civ.*, dir. da F. De Martino, Roma, 1972, p. 10 ss.; G. PUGLIESE, *Superficie*, cit., p. 566 ss.; G. PASETTI BOMBARELLA, voce *Superficie (dir. priv.)*, in *Enc. dir.*, vol. XLIII, Milano, 1990, p. 1472 ss.; A. CHIANALE, *Il diritto di superficie: epitomi giudiziarie ed occasioni perdute*, in *Giur. it.*, 1994, I, p. 1851 ss.; P. GALLO, *La superficie*, in *Tratt. dir. priv.*, dir. da M. Bessone, vol. VII, *Beni, proprietà e diritti reali*, t. II, a cura di P. Gallo, A. Natucci, Torino, 2001, p. 7 ss.; G. GABRIELLI, *Diritto di superficie e pubblicità nei registri immobiliari e nei libri fondiari*, in *Vita not.*, 2008, I, p. 81.



costruito da altri è la medesima, poiché entrambi hanno la proprietà dell'edificio ed entrambi possono mantenerlo sul suolo, in forza di un diritto, che loro spetta verso il proprietario del suolo³⁹.

Aderendo a tale ultima opinione, è possibile concludere nel senso che la distinzione tra il primo e il secondo comma dell'art. 952, cod. civ. dipenda, esclusivamente, dal momento temporale in cui si realizza l'acquisto del diritto: nella prima ipotesi, inizialmente si acquista il solo diritto di superficie⁴⁰, al quale si affiancherà, in seguito alla realizzazione della costruzione, la proprietà superficiaria sulla stessa; nella seconda ipotesi, il diritto di superficie e la proprietà superficiaria sulla costruzione si acquistano contestualmente⁴¹.

È bene notare che le conclusioni, a cui è giunta la dottrina, aderendo alle diverse opinioni di cui sopra, differiscono profondamente: infatti, i sostenitori della teoria tripartita – sostenendo che il diritto di “mantenere” sussista quando la costruzione sia effettuata in base a una concessione *ad aedificandum*, diversamente dall'ipotesi in cui la costruzione, già esistente, venga alienata – ritengono inapplicabile, alla proprietà “separata”, la disposizione di cui all'art. 954, terzo comma, cod. civ., ossia il principio per cui il perimento della costruzione non importa, salvo patto contrario, l'estinzione del diritto di superficie; diversamente, l'opinione maggioritaria ritiene che non sia possibile tenere distinto il diritto di “costruire” e il diritto di “mantenere” la costruzione nelle diverse ipotesi (di costruzione edificata in forza di concessione *ad aedificandum* e di costruzione già esistente alienata), poiché, quanto previsto dal terzo comma di cui sopra, non essendovi alcuna disposizione in senso contrario, altro non può essere se non la regola generale⁴².

4. I profili strutturali della rinuncia

Ripercorse le principali tappe storiche, che hanno condotto il Codificatore del 1942 a dettare disposizioni di legge specifiche sul diritto di superficie; dopo aver indagato l'atteggiamento di alcuni legislatori stranieri e dopo aver riproposto le svariate opinioni dottrinali in merito alla natura giuridica del diritto di superficie, è bene ora individuare, per cenni, i caratteri della rinuncia, per giungere a domandarsi se sia possibile – ed, eventualmente, in quali termini – rinunciare al diritto di superficie.

La nostra legislazione non conosce una norma generale in merito alla rinuncia⁴³, sebbene numerose

³⁹ Così, G. PUGLIESE, *Superficie*, cit., p. 566.

⁴⁰ In tale ipotesi, M. ROBLES, *Della superficie. Art. 952-956*, cit. p. 40, riferendosi alla concessione *ad aedificandum*, discorre di un «primo germe di futura proprietà».

⁴¹ Ad ulteriore chiarimento della fattispecie, *ex multis*, v. G. PUGLIESE, *Superficie*, cit., p. 568 ss.; G. PASETTI BOMBARELLA, voce *Superficie (dir. priv.)*, cit., p. 1472, i quali rilevano come sia pacifico che il diritto del superficiario sulla costruzione sia il diritto di proprietà, sia nel caso in cui egli abbia acquistato la costruzione eseguendola in conformità ad una concessione *ad aedificandum*, sia nell'ipotesi in cui la proprietà della costruzione, già esistente, gli sia stata trasferita separatamente dalla proprietà del suolo. Invece, la natura del diritto del superficiario su quest'ultimo (ossia il diritto di superficie in senso stretto), non è espressamente indicata nell'art. 952 cod. civ., ma essa può dedursi da altre disposizioni di legge: in particolare, dagli artt. 2810, primo comma, n. 3 e 2816 cod. civ., i quali prevedono l'ipoteca del diritto di superficie; dall'art. 2812, terzo comma, cod. civ., il quale dispone, a favore di chi acquisti un diritto di superficie sopra un suolo ipotecato, l'applicazione delle disposizioni relative ai terzi acquirenti, così assimilando il diritto di superficie al diritto di proprietà; nonché dall'art. 954, quarto comma, cod. civ., che sottopone il diritto di superficie alla prescrizione ventennale, in quanto tale prescrizione è prevista per i diritti reali su cosa altrui. In definitiva, grazie alla codificazione del 1942, il diritto di superficie sul suolo, quale diritto reale, viene ad aggiungersi agli altri già previsti dal Codice civile del 1865, così, superando legislativamente la tipicità dei diritti reali.

⁴² Così, M. MAGRI, E. SCILHANIK, *Diritto di superficie*, cit., p. 58 ss.

⁴³ Sul punto, R. QUADRI, *La rinuncia al diritto reale immobiliare. Spunti di riflessione sulla causa dell'atto unilaterale*, Napoli, 2018, p. 2 ss., osserva che tale carenza normativa potrebbe essere dipesa dalla scarsa inclinazione del legislatore italiano verso la definizione di concetti e categorie dommatiche, oppure potrebbe essere stata il frutto di una vera e propria scelta di politica legislativa.



siano le disposizioni che vi fanno riferimento: si pensi, a titolo di esempio, alle disposizioni in materia di eredità⁴⁴ e legato (artt. 478, 519 ss., 649, 650 cod. civ.), alla forma e alla pubblicità (artt. 1350 e 2643 cod. civ.), così come in merito all'estinzione dei diritti reali di godimento, segnatamente in tema di enfiteusi (art. 963 cod. civ.) e di servitù (art. 1070 cod. civ.). Pertanto, di fronte a una diffusa varietà di disposizioni, da sempre compito dell'interprete è quello di tentare una sistemazione dell'istituto in sede dommatica, cercando di individuarne, con quanta più precisione possibile, la natura, gli effetti e i limiti⁴⁵.

A tale riguardo, è stato sostenuto che «l'istituto della rinuncia, sia nel campo del diritto privato sia in quello del diritto pubblico, ha confini e contenuto sufficientemente certi e costanti»⁴⁶; sebbene buona parte della dottrina ritenga infruttuoso il tentativo volto alla ricerca di costanti requisiti in capo alla figura della rinuncia, sembra, comunque, possibile, anche sulla base dei molteplici riferimenti normativi, fissare un "minimo comune denominatore"⁴⁷.

La rinuncia, sebbene priva di definizione legislativa, si suole comunemente identificare quale atto di dismissione di un diritto⁴⁸, che si verifica per effetto dell'unilaterale volontà del titolare⁴⁹. Più nello specifico, l'atto di rinuncia viene considerato come il tipico esempio di negozio giuridico (estintivo), unilaterale, non recettizio e irrevocabile⁵⁰.

In primo luogo, infatti, la dottrina⁵¹, avallata dalla giurisprudenza⁵², quasi senza eccezioni, definisce la rinuncia quale negozio giuridico⁵³, in quanto l'attività rinunciativa si manifesta, in genere, attraverso

⁴⁴ In merito alla rinuncia all'eredità e alla sua natura giuridica, v., tra tutti, C. COPPOLA, *La rinuncia all'eredità*, in *Tratt. dir. delle successioni e donazioni*, dir. da G. Bonilini, vol. I, *La successione ereditaria*, Milano, 2009, p. 1527 ss.

⁴⁵ Sulla rinuncia, vasta è la letteratura; in particolare, v. F. ATZERI-VACCA, *Delle rinunzie secondo il codice civile italiano*, Torino, 1915, II ed., p. 1 ss.; A. BOZZI, voce *Rinuncia*, in *Nuovo Dig. It.*, vol. XVIII, Torino, 1939, p. 711 ss.; S. PIRAS, *La rinuncia nel diritto privato*, Napoli, 1940; L. CARIOTA FERRARA, *Il negozio giuridico nel diritto privato italiano*, Napoli, 1949, p. 20 ss.; M. ALLARA, *Le fattispecie estintive del rapporto obbligatorio*, Torino, 1952, p. 223 ss.; G. GIAMPICCOLO, *La dichiarazione recettizia*, Milano, 1959, p. 86 ss.; E. BETTI, *Teoria generale del negozio giuridico*, in *Tratt. dir. civ. it.*, dir. da F. Vassalli, vol. XV, t. II, Torino, 1960, II ed., p. 300 ss.; L. FERRI, *Rinuncia e rifiuto nel diritto privato*, Milano, 1960, p. 1 ss.; A. BOZZI, voce *Rinuncia (diritto pubblico e privato)*, in *Noviss. Dig. It.*, vol. XV, Torino, 1968, p. 1140 ss.; P. PERLINGIERI, *Remissione del debito e rinuncia al credito*, Napoli, 1968; F. MACIOCE, voce *Rinuncia (dir. priv.)*, in *Enc. dir.*, vol. XL, Milano, 1989, p. 923 ss.; F. SANTORO-PASSARELLI, *Dottrine generali del diritto civile*, Napoli, 1989, IX ed., p. 218; F. MACIOCE, *Il negozio di rinuncia nel diritto privato*, Napoli, 1990, p. 77 ss.; M.E. LA TORRE, *Abbandono e rinuncia liberatoria*, Milano, 1993; G. SICCHIERO, voce *Rinuncia*, in *Dig. Disc. priv., Sez. civ.*, vol. XVII, Torino, 1998, p. 652 ss.; C. COPPOLA, *La rinuncia ai diritti futuri*, Milano, 2005; L. BOZZI, *La negoziabilità degli atti di rinuncia*, Milano, 2008, p. 1 ss. In merito alla rinuncia al legato, v. G. BONILINI, *Dei legati. Artt. 649-673*, in *Cod. civ. Comm.*, fondato da P. Schlesinger, dir. da F. D. Busnelli e G. Ponzanelli, Milano, 2020, III ed., p. 209 ss.

⁴⁶ Così, A. BOZZI, voce *Rinuncia (diritto pubblico e privato)*, cit., p. 1140.

⁴⁷ In questi termini, v. L. FERRI, *Rinuncia e rifiuto nel diritto privato*, cit., p. 4 ss.; F. MACIOCE, voce *Rinuncia (dir. priv.)*, cit., p. 924 ss.; R. QUADRI, *La rinuncia al diritto reale immobiliare. Spunti di riflessione sulla causa dell'atto unilaterale*, cit., p. 3.

⁴⁸ Sul concetto di "abbandono", talvolta impiegato per riferirsi alla rinuncia di diritti, v. G. DEIANA, voce *Abbandono (derelictio)*, in *Enc. dir.*, vol. I, Milano, 1958, p. 5 ss.

⁴⁹ Così, F. ATZERI-VACCA, *Delle rinunzie secondo il codice civile italiano*, cit., p. 1.

⁵⁰ In questi termini, v. L. FERRI, *Rinuncia e rifiuto nel diritto privato*, cit., p. 2. Si rinvia all'opera dell'Autore (L. FERRI, *Rinuncia e rifiuto nel diritto privato*, cit., p. 42 ss.) ai fini della distinzione tra rinuncia e rifiuto nell'ordinamento giuridico italiano.

⁵¹ Cfr., F. ATZERI-VACCA, *Delle rinunzie secondo il codice civile italiano*, cit., p. 47 ss.; S. PIRAS, *La rinuncia nel diritto privato*, cit., p. 15 ss.; L. CARIOTA FERRARA, *Il negozio giuridico nel diritto privato italiano*, cit., p. 128 ss.; F. CARNELUTTI, *Teoria generale del diritto*, Roma, 1951, p. 65 ss.; L. FERRI, *Rinuncia e rifiuto nel diritto privato*, cit., p. 2; P. PERLINGIERI, *Remissione del debito e rinuncia al credito*, cit., p. 88; F. SANTORO-PASSARELLI, *Dottrine generali del diritto civile*, cit., p. 218; M.E. LA TORRE, *Abbandono e rinuncia liberatoria*, cit., p. 52 ss.; G. SICCHIERO, voce *Rinuncia*, cit., p. 654; F. GAZZONI, *Manuale di diritto privato*, Napoli, 2021, XX ed., p. 871.

⁵² Sulla definizione della rinuncia quale negozio giuridico, in giurisprudenza, v. Cass., 27 giugno 1990, n. 6546, in *Vita not.*, 1990, p. 533 ss.; Cass. 19 marzo 2024, n. 7341, in *Guida al diritto*, 2024, p. 18 ss.

⁵³ Sul concetto di negozio giuridico, v., *ex multis*, R. SCOGNAMIGLIO, *Contributo alla teoria del negozio giuridico*, Napoli, 1950; E. BETTI, *Teoria generale del negozio giuridico*, cit.; E. BETTI, voce *Negozio giuridico*, in *Noviss. Dig. it.*, vol. XI, Torino, 1965, p. 208 ss.; F. SANTORO-PASSARELLI, *Dottrine generali del diritto civile*, cit., p. 125 ss.



una dichiarazione di volontà, diretta al perseguimento di un effetto, ossia la dismissione della situazione giuridica di cui è titolare il rinunciante. Si osserva, a tale riguardo, che la nozione di atto giuridico in senso stretto non sarebbe, infatti, sufficiente a giustificare l'effetto della fattispecie, che appare una diretta conseguenza della volontà espressa dal rinunciante⁵⁴.

In secondo luogo, con riguardo al profilo strutturale, deve rilevarsi che il titolare del diritto, che voglia rinunciare al medesimo, esaurisce il potere, contenuto nel suo diritto di rinunziarvi, mediante la sua unilaterale volontà; di fronte al potere di rinunzia e all'atto, che ne è modo di esercizio, non vi sono più parti, né destinatari in senso tecnico e ogni altro soggetto, al di fuori del dichiarante, è terzo, non essendo chiamato a fare, a dichiarare o a ricevere la suddetta dichiarazione.

Alla luce di tali ragioni, pertanto, la dottrina assolutamente prevalente attribuisce alla rinunzia il carattere della unilateralità⁵⁵, sebbene taluni la definiscano quale atto strutturalmente indifferente⁵⁶, e altri, infine, sostenendo una posizione intermedia, affermino che la rinunzia avrebbe solo astrattamente, ma non necessariamente, carattere unilaterale⁵⁷.

Diverse, invece, sono le opinioni in merito alla recettività, o no, della rinunzia: se è vero che parte della dottrina sostiene che tale carattere debba essere accertato caso per caso, non potendosi fornire una soluzione unitaria⁵⁸, è altrettanto vero che la prevalente opinione dottrinale⁵⁹ esclude il carattere recettizio del negozio rinunziativo, argomentando dalla natura degli effetti tipici del negozio, che, esaurendosi questi nella sfera del dichiarante, non postulano, per la loro realizzazione, la necessità di alcuna

⁵⁴ In questi termini, v. F. MACIOCE, voce *Rinuncia (dir. priv.)*, cit., p. 926. *Contra*, v. L. BOZZI, *La negoziabilità degli atti di rinunzia*, cit., p. 27 ss., la quale critica la ricostruzione prospettata dalla prevalente dottrina, in quanto giudica scorretta e aprioristica la necessaria equazione tra atto di autonomia privata e atto negoziale; secondo l'Autrice, invero, è discutibile l'assunto secondo cui l'atto giuridico in senso stretto sia incapace di produrre modificazioni sul piano giuridico e, sebbene il negozio giuridico costituisca il precipitato logico dell'autonomia privata, deve escludersi che quest'ultima possa, o debba, esplicarsi solo tramite l'attività negoziale. Conclude, pertanto, l'Autrice nel senso di ritenere impossibile la ricostruzione di una figura generale di rinunzia unitaria – sotto il profilo definitorio, disciplinatorio e strutturale –, potendo, tutt'al più, delineare una definizione del fenomeno in termini estremamente generali e meramente descrittivi, inquadrando le fattispecie rinunciative disciplinate dal legislatore talvolta nella categoria dei negozi giuridici (rinunzia ai diritti di credito), talaltra in quella degli atti giuridici in senso stretto (rinunzia ai diritti reali).

⁵⁵ In tal senso, v. F. ATZERI-VACCA, *Delle rinunzie secondo il codice civile italiano*, cit., p. 47; S. PIRAS, *La rinunzia nel diritto privato*, cit., p. 40 ss.; A. BOZZI, voce *Rinunzia (diritto pubblico e privato)*, cit., p. 1146; P. PERLINGIERI, *Remissione del debito e rinunzia al credito*, cit., p. 87; F. MACIOCE, voce *Rinuncia (dir. priv.)*, cit., p. 934; F. SANTORO-PASSARELLI, *Dottrine generali del diritto civile*, cit., p. 218; G. SICCHIERO, voce *Rinuncia*, cit., p. 654; F. GAZZONI, *Manuale di diritto privato*, cit., p. 871.

⁵⁶ Cfr., M. ALLARA, *Le fattispecie estintive del rapporto obbligatorio*, cit., p. 227, a parere del quale l'attività rinunciativa può assumere sia la configurazione del negozio unilaterale, sia quella del negozio bilaterale, a seconda dei casi.

⁵⁷ L. CARIOTA FERRARA, *Il negozio giuridico nel diritto privato italiano*, cit., p. 142 ss.

⁵⁸ In tal senso, v. G. SICCHIERO, voce *Rinuncia*, cit., p. 655, il quale ritiene la recettività, talora, insita in relazione al rapporto in cui la rinunzia medesima opera. Pertanto, l'Autore conclude nel senso di dover essere accertato caso per caso, il carattere recettizio, o no, della rinunzia, senza che una delle ipotesi legislativamente previste possa valere come modello generale, a fronte di altre che dovrebbero rappresentare eccezioni ad un principio così individuato.

⁵⁹ In dottrina, v. F. ATZERI-VACCA, *Delle rinunzie secondo il codice civile italiano*, cit., p. 102; A. BOZZI, voce *Rinunzia (diritto pubblico e privato)*, cit., p. 1146; F. MACIOCE, voce *Rinuncia (dir. priv.)*, cit., p. 937; F. GAZZONI, *Manuale di diritto privato*, cit., p. 871. Nello stesso senso si pone anche l'opinione di G. GIAMPICCOLO, *La dichiarazione recettizia*, p. 86 ss., il quale, peraltro, precisa che le conclusioni a cui si è giunti riguardino, esclusivamente, la rinunzia abdicativa intesa in senso "puro", ossia quella rinunzia effettuata al solo fine di far fuoriuscire un diritto dalla propria sfera giuridica; diversamente, nel caso in cui la rinunzia avesse come effetto quello di liberare il rinunciante dalle obbligazioni *propter rem* derivanti dalla titolarità del diritto (così detta rinunzia liberatoria), sarebbe necessario che essa sia portata a conoscenza degli altri soggetti (un esempio, in tal senso, può ritrovarsi nell'ipotesi di cui all'art. 1104 cod. civ.). In giurisprudenza, v. Cass., 29 aprile 1965, n. 761, in *Rep. giust. civ.*, 1958; Cass., 2 marzo 2015, n. 4162, in *Giust. civ. Mass.*, 2015; Comm. trib. Reg., Napoli, 25 novembre 2021, n. 8417, in *Red. Giuffrè*, 2022.



comunicazione al terzo⁶⁰. Invero, soltanto l'effetto abdicativo del diritto presenta una diretta relazione causale con la dichiarazione, in quanto, eventuali ulteriori effetti che da questa dovessero scaturire e prodursi nei confronti dei terzi, costituiscono mere conseguenze riflesse, che, seppur prevedibili, variano in base alle circostanze concrete.

Strettamente correlata alla natura unilaterale e non recettizia della rinuncia, poi, si pone la soluzione al quesito circa l'eventuale revocabilità del negozio: avendo precedentemente osservato che la produzione degli effetti dell'atto di rinuncia non dipenda dalla notificazione o comunicazione della dichiarazione a eventuali terzi interessati, si è concluso ritenendo che essa, in genere, sia immediatamente perfetta ed efficace, non appena manifestata la volontà, diretta alla dismissione del diritto. Diretto corollario di tale condiviso postulato – sebbene si rintracci qualche isolata voce contraria al riguardo⁶¹ – è la qualificazione della rinuncia quale atto irrevocabile⁶², poiché, come avviene per la generalità dei negozi giuridici, la manifestazione di volontà, che abbia prodotto effetti giuridici, non può essere posta nel nulla, per mera determinazione del dichiarante, mediante una nuova e contraria dichiarazione di volontà.

Prima di addivenire alla determinazione dell'elemento causale della rinuncia, è bene precisarne gli effetti, in quanto tale operazione può ritenersi utile a tal fine. Concentrando l'attenzione unicamente sulla così detta rinuncia abdicativa, e distinguendo da essa la così detta rinuncia traslativa – che, per struttura e funzioni, si differenzia fortemente dalla prima⁶³ –, la dottrina ha osservato che essa produca

⁶⁰ Così, F. MACIOCE, voce *Rinuncia (dir. priv.)*, cit., p. 937.

⁶¹ Di altro avviso, infatti, sono coloro i quali negano il carattere generalmente irrevocabile della rinuncia, ritenendo che l'irrevocabilità si determini solo nel momento in cui la dichiarazione giunga a conoscenza dei terzi interessati ad approfittarne (in tal senso, v. G. STOLFI, *In tema di revocabilità della rinuncia*, in *Foro it.*, 1933, vol. LVIII, I, c. 756 ss.; L. COVIELLO, *Delle ipoteche nel diritto civile italiano*, Roma, 1936, II ed., p. 459 ss.), nonché quelli che, affermata la temporanea vacanza del diritto rinunciato, ammettono la possibilità di revoca fin tanto che non si sia verificata l'apprensione del diritto dismesso da parte del terzo.

⁶² Si esprimono in questo senso: S. PIRAS, *La rinuncia nel diritto privato*, cit., p. 40 ss.; G. GIAMPICCOLO, *La dichiarazione recettizia*, cit., p. 86 ss.; E. BETTI, *Teoria generale del negozio giuridico*, cit., p. 301; A. BOZZI, voce *Rinuncia (diritto pubblico e privato)*, cit., p. 1146; p. 87; R. CICALA, *L'adempimento indiretto del debito altrui*, Napoli, 1968, p. 188. Sul punto, F. MACIOCE, voce *Rinuncia (dir. priv.)*, cit., p. 940, precisa che al nostro ordinamento giuridico non sono estranei negozi unilateralmente revocabili, come il negozio di fondazione (art. 15 cod. civ.), il testamento (art. 587 cod. civ.), la procura (art. 1396 cod. civ.); tuttavia, si tratta di ipotesi in cui la revocabilità, prevista per ragioni diverse, si giustifica per la peculiarità dei singoli negozi e si delinea, dunque, come eccezione al principio generale accolto nel sistema, secondo cui, appunto, il negozio giuridico è generalmente irrevocabile. In linea con la prevalente dottrina, si esprime, altresì, la costante giurisprudenza; a tale riguardo, *ex multis*, v. Cass., 23 luglio 1997, n. 6872, in *Giust. civ. Mass.*, 1997, p. 1254 ss.

⁶³ Sulla rinuncia traslativa – che, a giudizio della prevalente e dominante opinione dottrinale, non può sussumersi nella fattispecie abdicativa, non costituendo una vera rinuncia (intesa questa in senso stretto) –, v. F. ATZERI-VACCA, *Delle rinunzie secondo il codice civile italiano*, cit., p. 50 ss.; L. CARIOTA FERRARA, *Il negozio giuridico nel diritto privato italiano*, cit., p. 124 ss.; E. BETTI, *Teoria generale del negozio giuridico*, cit., p. 292 ss.; G. BENEDETTI, *Struttura della remissione. Spunti per una dottrina del negozio unilaterale*, in *Riv. trim. dir. proc. civ.*, 1962, III, p. 1316; P. PERLINGIERI, *Remissione del debito e rinuncia al credito*, cit., p. 86 ss.; L. BOZZI, *La negoziabilità degli atti di rinuncia*, cit., p. 7. Come osservato dalla dottrina che si è occupata della fattispecie, il concetto di rinuncia è essenzialmente legato alla perdita del diritto da parte del suo titolare; pertanto, di rinuncia traslativa non può parlarsi che impropriamente, essendo questa, di fatto, un contratto traslativo. In particolare, quindi, l'elemento differenziale tra le due figure (rinuncia abdicativa e traslativa) consiste nella causa del negozio, in quanto nella seconda sono gli effetti riflessi a costituire l'elemento essenziale della fattispecie; se il vantaggio altrui – che, come osservato, potrà costituire un mero risultato indiretto della rinuncia abdicativa – diviene la causa stessa del negozio posto in essere, inevitabilmente si realizza un diverso schema negoziale, che nulla ha più in comune con la rinuncia. Da tali premesse, derivano numerose conseguenze, soprattutto di notevole interesse pratico (anche notarile): la rinuncia traslativa, infatti, presenta una struttura bilaterale, essendo, quindi, necessaria l'accettazione da parte degli altri soggetti e, in merito alla forma, trattandosi di un atto traslativo, dovranno necessariamente inserirsi tutte le dichiarazioni necessarie per il compimento di atti che comportano il trasferimento di diritti (si pensi, sempre in merito a riflessioni di stampo notarile, alla disciplina urbanistica, alla normativa sull'attestazione delle prestazioni energetiche degli edifici, così come a quella in tema di conformità catastale). Su tali ultimi aspetti di interesse notarile, v. L. GENGHINI, T. CAMPANILE, F. CRIVELLARI, *I diritti reali*, Milano, 2024, II ed., p. 382 ss.



due differenti tipologie di effetti: l'effetto primario o essenziale, che consiste nella dismissione del diritto e, quindi, nella sua fuoriuscita dalla sfera giuridica del titolare, e gli effetti indiretti, o riflessi, i quali, seppur sommariamente prevedibili, variano in base alle circostanze che caratterizzano il caso concreto⁶⁴.

Come è stato attentamente posto in luce⁶⁵, gli effetti indiretti, nella maggior parte delle ipotesi, consistono nell'estinzione del diritto, dimostrando, quindi, un nesso di frequente correlazione tra l'effetto abdicativo e quello estintivo; ma, l'esistenza di fattispecie in cui quest'ultimo non si produce, rompe l'unità concettuale della classificazione dommatica e impedisce, così, di assumere l'effetto estintivo quale effetto essenziale della fattispecie rinunciativa. A dimostrazione di quanto appena affermato, può osservarsi, infatti, che, talvolta, alla rinuncia di un diritto, non segue l'estinzione dello stesso, bensì la sua sopravvivenza in capo ad altri soggetti⁶⁶.

Sotto altro profilo, tuttavia, se l'effetto estintivo del diritto non può assurgere a elemento strutturale della rinuncia, lo stesso non può altrettanto dirsi per l'effetto modificativo del rapporto giuridico sottostante; in altri termini, la fattispecie abdicativa, determinando la perdita del diritto da parte del suo titolare, può dare luogo a diverse conseguenze giuridiche – ora il semplice mutamento del soggetto, rimanendo inalterata la struttura del rapporto, ora l'estinzione di quest'ultimo –, pur comportando, altresì, un effetto modificativo, in chiave soggettiva, o estintivo del rapporto giuridico postone alla base⁶⁷.

5. Cenni sul relativo elemento causale

Indagati i profili strutturali che connotano la rinuncia, non resta che domandarsi quale ne sia causa. La difficoltà di fornire una definizione puntuale della causa del negozio giuridico – che, peraltro, costituisce un requisito essenziale del contratto, ai sensi dell'art. 1325 cod. civ. – dipende, principalmente, dall'assenza di una chiara definizione normativa al riguardo, al punto da condurre un noto civilista a definire l'elemento causale quale «oggetto molto vago e misterioso»⁶⁸. Pertanto, nel corso del tempo, di concerto al mutamento della nozione del negozio giuridico⁶⁹, varie opinioni si sono susseguite, al fine di tentare di dare una risposta al quesito.

In particolare, l'opinione dottrinale (e giurisprudenziale) più recente ha proposto una definizione di causa, ormai fortemente consolidata, quale funzione economico-individuale, detta anche causa in

⁶⁴ In questi termini, v. P. PERLINGIERI, *Appunti sulla rinuncia*, in *Riv. notariato*, 1968, p. 345 ss.

⁶⁵ Sul punto, in particolare, v. P. PERLINGIERI, *Appunti sulla rinuncia*, cit., p. 348; F. MACIOCE, voce *Rinuncia (dir. priv.)*, cit., p. 925.

⁶⁶ Basti pensare all'accrescimento, che segue alla rinuncia della quota da parte di un condomino (artt. 882 e 1104 cod. civ.), oppure alla disciplina dell'ipoteca sui diritti reali di godimento (artt. 2814 e 2816 cod. civ.); a tale riguardo, a titolo di esempio, la prima norma da ultimo citata, dispone che se la cessazione dell'usufrutto avvenga per rinuncia, l'ipoteca, costituita sul diritto reale di godimento, perdura fino a che non si verifichi l'evento che avrebbe altrimenti prodotto l'estinzione dell'usufrutto.

⁶⁷ Ai fini di un accurato approfondimento sui legami tra rinuncia e rapporto giuridico, v. F. MACIOCE, voce *Rinuncia (dir. priv.)*, cit., p. 924 ss.; C. COPPOLA, *La rinuncia all'eredità*, cit., p. 1532 ss.

⁶⁸ Così, F. FERRARA, *Teoria dei contratti*, Napoli, 1940, p. 127.

⁶⁹ A tale riguardo, in particolare, v. M. GIORGIANNI, voce *Causa del negozio giuridico (dir. priv.)*, in *Enc. dir.*, vol. VI, Milano, 1960, p. 561 ss. Sempre in merito al dibattito in ordine alle problematiche attinenti all'individuazione dell'elemento causale, v. C. SCOGNAMIGLIO, *Problemi della causa e del tipo*, in *Tratt. del contratto*, dir. da V. Roppo, vol. II, *Regolamento*, a cura di G. Vettori, Milano, 2006, p. 85 ss.



concreto⁷⁰. Come attentamente rilevato, «ciò che importa sapere è la funzione pratica che effettivamente le parti hanno assegnato al loro accordo», individuando «l'effettiva funzione pratica» del negozio, «l'interesse concretamente perseguito»⁷¹.

Sebbene una parte minoritaria della dottrina definisca la rinuncia quale schema negoziale incompleto, ritenendo che il relativo profilo causale debba individuarsi nel singolo negozio in cui essa, di volta in volta, trova realizzazione⁷², è opinione prevalente che la rinuncia sia un negozio causale (e non un negozio astratto), la cui causa consiste esclusivamente nella mera dismissione del diritto⁷³; invero, esiste una nota relazione di corrispondenza biunivoca tra il momento causale e la sfera effettuale dell'atto, tale per cui gli effetti finali assolvono alla funzione negoziale e, al contempo, il negozio costituisce il mezzo per realizzarli⁷⁴.

Sulla scia di tali premesse, può osservarsi che una comune giustificazione causale, inscindibilmente correlata alla perdita di un diritto, possa riscontrarsi nelle varie ipotesi di rinuncia previste dalla legge. Si tratta, in particolare, di un negozio causalmente incolore, sotto il profilo del titolo posto alla base dell'atto, essendo, quindi, estraneo alla distinzione tra causa onerosa e causa gratuita⁷⁵.

6. L'estinzione del diritto di superficie

Anche il diritto di superficie, così come ogni altro diritto reale, è soggetto ad estinzione; a tale riguardo, quali cause estintive, gli artt. 953 e 954 cod. civ. contemplano la scadenza del termine apposto, la prescrizione del diritto per effetto del non uso, protratto per venti anni, nonché il perimento

⁷⁰ Cfr., M. GIORGIANNI, voce *Causa del negozio giuridico (dir. priv.)*, cit., p. 561; G. TAMBURRINO, *Scritti giuridici in memoria di Barberio Corsetti*, Milano, 1965, p. 721; L. FERRI, *Lezioni sul contratto. Corso di diritto civile*, Bologna, 1982, II ed., p. 196; C. M. BIANCA, *Diritto civile*, vol. III, *Il contratto*, Milano, 2000, II ed., p. 425 ss.; V. ROPPO, *Il contratto*, in *Tratt. dir. priv.*, a cura di G. Iudica, P. Zatti, Milano, 2001, p. 364; F. GALGANO, *Diritto civile e commerciale*, vol. II, *Le obbligazioni e i contratti*, t. I, *Obbligazioni in generale. Contratti in generale*, Padova, 2004, IV ed., p. 228 ss.; F. GAZZONI, *Manuale di diritto privato*, cit., p. 813 ss.; M. C. DIENER, *Il contratto in generale*, Milano, 2021, IV ed., p. 335 ss. La teoria della causa in concreto ha incontrato, altresì, il favore della giurisprudenza, che, oramai, in tal senso è copiosa. Cfr., per tutte, Cass., 4 marzo 1996, n. 1657, in *Notariato*, 1996, p. 409 ss.; Cass., 10 febbraio 1997, n. 1233, in *Riv. notariato*, 1997, p. 299 ss.; Cass. 3 febbraio 1999, n. 893, in *Notariato*, 1999, p. 419 ss.; Cass., 8 maggio 2006, n. 10490, in *Giust. civ. Mass.*, 2006, p. 5 ss.; Cass., 9 luglio 2020, n. 14595, in *Giust. civ. Mass.*, 2020; Cass., 13 giugno 2023, n. 16785, in *Giust. civ. Mass.*, 2023; Cass., 15 maggio 2024, n. 13435, in *Guida al diritto*, 2024, p. 23 ss.

⁷¹ In tal senso, v. C. M. BIANCA, *Diritto civile*, cit., p. 425. Corollario di tale tesi, è che anche un negozio tipico può risultare nullo per illiceità della causa, ex art. 1343 cod. civ., qualora sia illecito l'interesse concreto perseguito.

⁷² In questi termini, v. L. V. MOSCARINI, voce *Rinuncia*, in *Enc. giur.*, vol. XXVII, Roma, 1991, p. 5; G. SICCHIERO, voce *Rinuncia*, cit., p. 661.

⁷³ Sia pure con diverse sfumature, la maggior parte della dottrina configura la rinuncia come un negozio causale. Cfr., S. PIRAS, *La rinuncia nel diritto privato*, cit., p. 120 ss.; D. BARBERO, *Negozi unilaterali e titoli di credito astratti sotto il profilo della «causa»*, in *Riv. banc.*, 1941, p. 305; M. GIORGIANNI, voce *Causa del negozio giuridico (dir. priv.)*, cit., p. 569 ss.; A. BOZZI, voce *Rinuncia (diritto pubblico e privato)*, cit., p. 1147; E. BETTI, voce *Astrazione (negozi astratti)*, in *Noviss. Dig. It.*, vol. I, Torino, 1968, p. 1469 ss.; P. PERLINGIERI, *Remissione del debito e rinuncia al credito*, cit., p. 86 ss.

⁷⁴ Così, C. COPPOLA, *La rinuncia all'eredità*, cit., p. 1535.

⁷⁵ Cfr., C. COPPOLA, *La rinuncia all'eredità*, cit., p. 1534 ss. Nel medesimo senso, v. G. OPPO, *Adempimento e liberalità*, Milano, 1947, p. 293; A. BOZZI, voce *Rinuncia (diritto pubblico e privato)*, cit., p. 1147; F. SANTORO-PASSARELLI, *Dottrine generali del diritto civile*, cit., p. 224. Tuttavia, ciò che è discusso, è se sia necessario il compimento di un'indagine volta alla ricerca di un interesse meritevole di tutela, sotteso all'azione compiuta dal titolare: i) secondo un primo orientamento dottrinale, il legislatore non avrebbe imposto alcun controllo, di tipo sostanziale, in ordine a tale atto di autonomia (in tal senso, v. S. PUGLIATTI, A. FALZEA, *I fatti giuridici*, Milano, 1996, p. 41; G. SICCHIERO, voce *Rinuncia*, cit., p. 661.); ii) diversamente, secondo altra opinione, si ritiene necessario accertare che il soggetto abbia agito nel perseguimento di uno scopo meritevole di tutela (F. MACIOCE, voce *Rinuncia (dir. priv.)*, cit., p. 930).



della costruzione (in quest'ultimo caso, solo ove ciò sia stato pattuito, *ex art. 954*, terzo comma, cod. civ.).

Pertanto, stante la lettera della legge, da sempre la dottrina si interroga se il diritto di superficie sia suscettibile di rinuncia, e, più in generale, se esistano altre cause di estinzione non codificate.

A tale ultimo riguardo, in particolare, il riferimento è, principalmente, al perimento della cosa su cui grava la costruzione, al verificarsi del fenomeno della confusione o di una condizione risolutiva: seguendo l'opinione della dominante dottrina sul punto ⁷⁶, ai suddetti quesiti viene data, in genere, risposta positiva, ritenendosi, all'uopo, che il diritto *de quo* venga meno in caso di perimento del suolo (si pensi, a titolo di esempio, al suo sprofondamento nel mare, o al suo inghiottimento a causa di una voragine) ⁷⁷, oppure nel caso in cui si verifichi il fenomeno della confusione (ossia l'ipotesi in cui si riuniscano, nella stessa persona, la titolarità del diritto di superficie e quella del diritto di proprietà del suolo), così come una condizione risolutiva, eventualmente apposta nel titolo costitutivo del diritto ⁷⁸.

7. La rinuncia ai diritti reali

Decisamente più discussa e dibattuta, invece, è la possibilità, da parte del superficiario, di rinunciare al diritto di cui è titolare; peraltro, la questione assume connotati assai peculiari, vista la particolare natura giuridica del diritto di superficie, e, quindi, data la sua duplice (o triplice) veste.

Procedendo con ordine, è bene ricordare, in primo luogo, che l'ammissibilità di una rinuncia, che abbia a oggetto il diritto disciplinato dagli artt. 952 ss. cod. civ., si colloca, più in generale, all'interno della nota questione concernente la rinuncia ai diritti reali, che ha visto, recentemente, anche l'intervento del legislatore. Come rilevato, infatti, la rinuncia non gode di una propria disciplina generale, nemmeno nel campo dei diritti reali, pur essendo numerose le disposizioni di legge aventi a oggetto specifiche questioni ad essa correlate.

A tale riguardo, può rilevarsi che, secondo la prevalente opinione, il diritto di proprietà immobiliare, primo tra tutti, sia suscettibile di rinuncia, e le principali ragioni sottese a tale argomentazione risiedono nella natura disponibile del diritto in questione, nonché in una serie di disposizioni legislative: i) l'art. 827 cod. civ., secondo cui i beni immobili, che non sono di proprietà di alcuno, spettano automaticamente al patrimonio dello Stato; ii) gli artt. 882 e 1104 cod. civ., che ammettono la rinuncia liberatoria della quota di comproprietà; iii) l'art. 1118, secondo comma, cod. civ., che esclude, per il condomino,

⁷⁶ In tal senso, v. G. PUGLIESE, *Superficie*, cit., p. 619 ss.; G. PASETTI BOMBARELLA, voce *Superficie (dir. priv.)*, cit., p. 1484 ss.; A. GUARNIERI, voce *Superficie*, cit., p. 223 ss.; P. GALLO, *La superficie*, cit., p. 27; G. GIACOBBE, *La superficie*, cit., p. 147 ss.; M. MAGRI, E. SCILHANIK, *Diritto di superficie*, cit., p. 231 ss.; A. GUARNIERI, *La Superficie. Artt. 952-956*, cit., p. 179 ss.; R. CATERINA, *I diritti reali*, vol. III, *Usufrutto, uso, abitazione, superficie*, in *Tratt. dir. civ.*, dir. da R. Sacco, Milano, 2009, p. 223 ss.

⁷⁷ Qualora, invece, il perimento avesse ad oggetto la costruzione su cui insista altra costruzione, deve ritenersi che il perimento della prima lasci intatto, se questa venga ricostruita, il diritto di ricostruire la seconda, in quanto il suolo su cui grava mediamente il diritto di superficie relativo a quest'ultima è rimasto intatto. In questi termini, v. G. PASETTI BOMBARELLA, voce *Superficie (dir. priv.)*, cit., p. 1484.

⁷⁸ Sul punto, si veda G. PUGLIESE, *Superficie*, cit., p. 619, il quale precisa che, tecnicamente, la condizione risolutiva non costituisca una specifica causa estintiva, ma ponga nel nulla, con efficacia *ex tunc*, *ex art. 1360* cod. civ., tutti gli effetti del titolo in cui sia contenuta, tra cui anche il diritto di superficie.



la possibilità di rinunciare al diritto sulle parti comuni, così, implicitamente, ammettendo, *a contrario*, la possibilità di rinunziarvi nelle altre ipotesi, poste al di fuori del campo applicativo della norma⁷⁹.

In merito a tale facoltà, peraltro, deve segnalarsi il recente intervento della Corte di cassazione, a Sezioni unite, a mezzo del quale i giudici di legittimità, riconoscendo espressamente l'ammissibilità della rinuncia al diritto di proprietà immobiliare, hanno ritenuto che essa costituisca una «modalità di esercizio e di attuazione della facoltà di disporre della cosa accordata dall'Art. 832 cod. civ.», la quale, a giudizio della Corte, «trova causa», e quindi anche riscontro della meritevolezza dell'interesse perseguito, in sé stessa, e non nell'adesione di un "altro contraente"⁸⁰.

Pertanto, è stato sostenuto che, dalla cornice ordinamentale, non emerge un generale potere-dovere del proprietario di esercitare il diritto, di cui è titolare, esclusivamente per finalità e scopi che possano ritenersi funzionali al sistema socio-economico nel suo complesso, poiché le facoltà di godimento del bene sono, e restano, forme di esercizio del diritto di proprietà, utili al soddisfacimento di un personale interesse disponibile⁸¹.

Peculiare, in un certo senso (ma prevedibile, da altra angolazione), è stata la risposta del legislatore, il quale, infatti, con la L. 30 dicembre 2025, n. 199 (legge di bilancio 2026), all'art. 1, comma 731, in materia di rinuncia alla proprietà immobiliare⁸², ha disposto che, al relativo atto notarile, debba essere allegata, a pena di nullità, la documentazione attestante la conformità del bene alla normativa vigente, ivi compresa quella in materia urbanistica, ambientale e sismica: pertanto, se, da un lato, viene confermata l'ammissibilità dell'atto di rinuncia, in linea con l'ultimo orientamento della giurisprudenza di legittimità, dall'altro lato – al fine di impedire pratiche elusive e, quindi, per consentire allo Stato di acquisire solo beni effettivamente utilizzabili o valorizzabili – è stata prescritta, a pena di nullità, l'allegazione della documentazione attestante la conformità urbanistica, catastale, ambientale e sismica rispetto alla normativa vigente⁸³.

In linea con quanto osservato, la dottrina dà, ugualmente, risposta positiva al quesito attinente alla rinuncia ai diritti reali di godimento, diversi dalla proprietà⁸⁴, osservando che la rinunziabilità

⁷⁹ In dottrina, v. F. ATZERI-VACCA, *Delle rinunzie secondo il codice civile italiano*, cit., p. 102; S. PIRAS, *La rinuncia nel diritto privato*, cit., p. 91 ss.; L. CARIOTA FERRARA, *Il negozio giuridico nel diritto privato italiano*, cit., p. 137; A. BOZZI, voce *Rinuncia (diritto pubblico e privato)*, cit., p. 1149; F. MACIOCE, voce *Rinuncia (dir. priv.)*, cit., p. 942; L. V. MOSCARINI, voce *Rinuncia*, cit., p. 3; G. SICCHIERO, voce *Rinuncia*, cit., p. 659; C. M. BIANCA, *Diritto civile*, vol. IV, *La proprietà*, Milano, 1999, p. 406.

⁸⁰ In questi termini, v. Cass., Sez. un., 11 agosto 2025, n. 23093, in *Guida al diritto*, 2025, p. 38 ss.

⁸¹ Cfr., D. RIVA, *La rinuncia abdicativa al diritto di proprietà immobiliare: cos'è cambiato dopo l'intervento delle Sezioni Unite*, in www.federnotizie.it; G. GUIZZI, *Dopo le Sezioni Unite: ancora qualche riflessione sulla rinuncia abdicativa alla proprietà immobiliare*, in *Accademia*, 2025, IX, p. 979 ss.

⁸² In dottrina, in senso contrario all'ammissibilità della rinuncia alla proprietà immobiliare, v. A. DE MAURO, *La rinuncia alla proprietà immobiliare*, Napoli, 2018, p. 190 ss.; U. LA PORTA, *La rinuncia alla proprietà*, in *Rass. dir. civ.*, 2018, p. 484 ss.

⁸³ È evidente l'intento legislativo; tuttavia, uno dei profili maggiormente controversi della disposizione introdotta nella legge di bilancio 2026 appare proprio l'allegazione della documentazione richiesta, in quanto il legislatore impone di allegare documenti che attestino la conformità del bene – da un punto di vista urbanistico, catastale, ambientale e sismico – ma: i) omette di indicare quale sia il documento idoneo; ii) omette di indicare quale sia l'autorità competente al rilascio; iii) inoltre, la documentazione attinente alla vigente normativa in materia ambientale e sismica è del tutto sconosciuta nel contesto degli atti traslativi immobiliari.

⁸⁴ Cfr., F. ATZERI-VACCA, *Delle rinunzie secondo il codice civile italiano*, cit., p. 113 ss.; L. BARASSI, *I diritti reali limitati. In particolare l'usufrutto e le servitù*, Milano, 1947, p. 181 ss.; G. GROSSO, G. DEIANA, *Le servitù prediali*, in *Tratt. dir. civ. it.*, dir. da F. Vassalli, vol. II, Torino, 1963, p. 1145; B. BIONDI, *Le servitù*, in *Tratt. dir. civ. e comm.*, dir. da A. Cicu, F. Messineo, vol. XII, Milano, 1967, p. 511 ss.; G. PESCATORE, R. ALBANO, F. GRECO, *Della proprietà*, in *Comm. cod. civ., Libro III*, vol. II, Torino, 1968, p. 249 ss.; G. PUGLIESE, *Usufrutto, uso e abitazione*, in *Tratt. dir. civ. it.*, dir. da F. Vassalli, vol. IV,



costituisca un predicato del diritto reale, una delle residue facoltà di quello *ius utendi et abutendi* che, nel tempo, è stato sempre più eroso, sia pure legittimamente, dal sopravvivere di rilevanti esigenze collettive e dal perseguimento di una funzione sociale della proprietà⁸⁵.

8. Vicende abdicative e diritto di superficie, nella sua duplice (o triplice) veste: ammissibilità

Quanto all'ammissibilità della rinuncia al diritto di superficie – la quale potrebbe essere posta in essere per il perseguimento di disparate finalità, anche liberali –, è d'uopo rilevare che detto diritto reale incarna due situazioni giuridiche: il diritto di fare e mantenere una costruzione sul suolo altrui e la proprietà della costruzione alienata separatamente dalla proprietà del suolo. Secondo la prevalente dottrina, alla quale si intende qui aderire, la reale ed effettiva distinzione tra le fattispecie di cui al primo e secondo comma dell'art. 952, cod. civ. dipende, esclusivamente, dal momento temporale in cui trova realizzazione l'acquisto del diritto: nella prima ipotesi, infatti, inizialmente si acquista il solo diritto di superficie (in senso stretto), al quale si affiancherà, in séguito alla realizzazione della costruzione, la proprietà superficiaria sulla stessa; nella seconda ipotesi, invece, il diritto di superficie e la proprietà superficiaria sulla costruzione si acquistano contestualmente.

All'interno di tale cornice descrittiva, è possibile distinguere, astrattamente, tre principali ipotesi: i) la rinuncia dello *ius aedificandi* prima dell'inizio della costruzione; ii) la rinuncia posta in essere dopo l'inizio della costruzione, ma prima che la stessa sia ultimata; iii) la rinuncia che interviene dopo che la costruzione risulti ultimata.

Qualora la rinuncia intervenga prima dell'inizio della costruzione oppure dopo l'inizio dei lavori, ma prima che questi siano terminati, l'opinione dottrinale sembra univoca nell'affermare la legittimità dell'atto: in particolare, tale conclusione incontra il positivo riscontro sia tra gli Autori⁸⁶ che distinguono la proprietà superficiaria dalla proprietà separata, sia tra coloro che, invece, rigettano tale bipartizione, reputando unitaria la fattispecie di cui all'art. 952 cod. civ.⁸⁷

Più soluzioni, invece, vengono proposte in merito all'ammissibilità della rinuncia alla proprietà della costruzione, una volta venuta ad esistenza, nonché ai relativi effetti: invero, quella parte della dottrina, che distingue la proprietà "superficiaria" dalla proprietà "separata" sostiene che, una volta eseguita la costruzione, l'effetto della rinuncia non può essere quello di porre nel nulla gli effetti che il diritto di superficie ha già prodotto. In particolare, seguendo tale filone interpretativo, si osserva che la proprietà superficiaria, una volta costituita, non può estinguersi e, conseguentemente, la costruzione non può

Torino, s.d., ma 1972, II ed., p. 605 ss.; F. DE MARTINO, *Dell'usufrutto*, in *Comm. cod. civ.*, a cura di A. Scialoja, G. Branca, Bologna-Roma, 1978, p. 334 ss. In giurisprudenza, v. Cass., 30 marzo 1985, n. 2228, in *Giust. civ. Mass.*, 1985, p. 697 ss.; Cass., 30 dicembre 1977, n. 13117, in *Notariato*, 1998, V, p. 407 ss.; Cass., 28 novembre 2012, n. 21127, in *Riv. notariato*, 2013, II, p. 365 ss.

⁸⁵ Così, M. BELLINIA, *La rinuncia alla proprietà e ai diritti reali di godimento. Studio CNN n. 216-2014/C*, in www.notariato.it.

⁸⁶ Cfr., primo tra tutti, L. SALIS, *La superficie*, cit., p. 133 ss., principale sostenitore della tesi così detta tripartita.

⁸⁷ In tal senso, v. C. MAIORCA, *Della trascrizione degli atti relativi ai beni immobili*, in *Cod. civ. comm.*, dir. da M. D'Amelio, Firenze, 1943, p. 113 ss.; G. PUGLIESE, *Superficie*, cit., p. 620 ss.; G. PASETTI BOMBARELLA, voce *Superficie (dir. priv.)*, cit., p. 1485; A. GUARNERI, voce *Superficie*, cit., p. 224; P. GALLO, *La superficie*, cit., p. 27; G. GIACOBBE, *La superficie*, cit., p. 151 ss.; M. MAGRI, E. SCILHANIK, *Diritto di superficie*, cit., p. 229 ss.; A. GUARNERI, *La Superficie. Artt. 952-956*, cit., p. 185; R. CATERINA, *I diritti reali*, cit., p. 223.



passare in proprietà del *dominus soli se*, a favore di costui, manchi un negozio di trasferimento della costruzione (oppure, in alternativa, una rinunzia traslativa)⁸⁸.

Segnatamente, quindi, secondo la teoria tripartita: i) venuta ad esistenza la proprietà superficaria, pur non potendosi questa estinguere, sarebbe unicamente ammissibile la rinunzia al diritto di superficie, la quale rinunzia produrrebbe il più limitato effetto di estinguere il solo diritto di superficie inteso in senso stretto, con la conseguenza che, in caso di perimento della costruzione, il superficario non potrebbe più ricostruirla⁸⁹; ii) diversamente, la proprietà separata – non costituendo un vero diritto di superficie, bensì un diritto di proprietà, e, precisamente, una proprietà separata orizzontalmente –, non presupporrebbe la concessione di un vero diritto di superficie, che, quindi, non sarebbe rinunziabile⁹⁰.

In antitesi con l'orientamento sopra descritto, si pone l'opinione della prevalente dottrina, ispirata, in particolare, dalle riflessioni di Giovanni Pugliese⁹¹: condivisa l'unitarietà della fattispecie di cui all'art. 952 cod. civ. e riconosciuta, in ogni caso, a favore del titolare della costruzione, l'esistenza di un diritto sul suolo, vantato nei confronti del *dominus soli*, tale dottrina ammette la rinunziabilità del diritto spettante al proprietario superficario, anche successivamente all'ultimazione dell'edificio. E se l'effetto primo e immediato, che detto atto produce, consiste nella mera dismissione del diritto, l'effetto indiretto e riflesso deve essere individuato nel ripristino del principio dell'accessione, determinando, così, l'acquisto della costruzione – a titolo originario – a favore del proprietario del suolo⁹².

Come condivisibilmente affermato, infatti, il diritto di superficie, così come qualsiasi *ius in re aliena*, costituisce un peso e un limite che comprime la proprietà, il cui venir meno (per rinunzia) non può che comportare l'espansione di quest'ultima, in forza del principio di elasticità del dominio; alla luce di quanto osservato, deve escludersi una situazione di *vacantia*, stante l'assenza di soluzione di continuità tra la rinunzia e l'espansione della proprietà⁹³.

Ai sensi del combinato disposto degli artt. 1350, n. 5 e 2643, n. 5, cod. civ., per la rinunzia, quale atto unilaterale, non recettizio, l'ordinamento giuridico impone la forma scritta *ad substantiam* e la trascrizione nei registri immobiliari.

In particolare, la trascrizione della rinunzia del diritto di superficie – il cui atto, *ex art. 2657 cod. civ.*, dovrà necessariamente compiersi nella forma dell'atto pubblico, o della scrittura privata con

⁸⁸ Così, L. SALIS, *La superficie*, cit., p. 135.

⁸⁹ In questi termini, v. L. SALIS, *La superficie*, cit., p. 135.

⁹⁰ In ogni caso, l'Autore che sostiene la tesi tripartita – L. SALIS, *La superficie*, cit., p. 134, nota 1 –, sebbene escluda la rinunziabilità del diritto di superficie, a fronte della costruzione già eseguita, e quindi nel caso di proprietà superficaria (se non nei limiti sopra descritti) o separata, ammette la rinunziabilità alla proprietà *tout court*. Gli effetti di tale atto, pertanto, saranno quelli propri di una rinunzia al diritto di proprietà su un bene immobile, ossia il sorgere dello stato di vacanza e l'acquisto, a titolo originario, in favore allo Stato, in forza dell'automatismo di cui all'art. 827 cod. civ.

⁹¹ Cfr., G. PUGLIESE, *Superficie*, cit., p. 620 ss.

⁹² In tal senso, v. G. PUGLIESE, *Superficie*, cit., p. 621, nota 12, il quale, segnatamente, rileva che «la costruzione forma giuridicamente una cosa sola col suolo e che intanto appartiene a persona diversa dal proprietario del suolo, in quanto essa ha un diritto sul suolo. L'abbandono della costruzione comprende la rinunzia a questo diritto, come la rinunzia a questo diritto implica l'abbandono della costruzione, a meno che non siano limitati i suoi effetti all'obbligo di rimuoverla dal suolo. Di conseguenza, la proprietà del suolo si espande e assorbe anche la costruzione in virtù del principio dell'accessione reso nuovamente operante. Nessun campo rimane dunque all'applicazione dell'art. 827». Nel medesimo senso, v. G. PASETTI BOMBARELLA, voce *Superficie (dir. priv.)*, cit., p. 1485; F. GAZZONI, *La trascrizione immobiliare. Artt. 2643-2645*, in *Cod. civ. Comm.*, dir. da P. Schlesinger, Milano, 1991, p. 241 ss.; A. GUARNERI, voce *Superficie*, cit., p. 224; P. GALLO, *La superficie*, cit., p. 27; G. GIACOBBE, *La superficie*, cit., p. 151 ss.; M. MAGRI, E. SCILHANIK, *Diritto di superficie*, cit., p. 229 ss.

⁹³ In questi termini, v. F. GAZZONI, *La trascrizione immobiliare. Artt. 2643-2645*, cit., p. 241.



sottoscrizione autenticata⁹⁴ –, è pretesa al fine della produzione degli effetti di cui all'art. 2644 cod. civ., con la conseguenza che solo i terzi che dovessero acquistare dal rinunziante prima della trascrizione dell'atto di rinunzia potrebbero opporre il loro diritto al proprietario del suolo⁹⁵. Inoltre, al *dominus soli* spetterebbero le azioni di danno nei confronti del superficiario, qualora quest'ultimo dovesse disporre del diritto di superficie dopo avervi rinunziato, in quanto, in tale ipotesi, disporrebbe di un bene non più proprio, incorrendo in un atto illecito⁹⁶.

Da ultimo, resta ferma, in ogni caso, la disciplina dettata dall'art. 2816 cod. civ.; pertanto, la rinunzia non produce effetti pregiudizievoli per le eventuali ipoteche costituite sul diritto di superficie, le quali, infatti, continuano a permanere sul suo valore, fino all'operare di una diversa causa di estinzione. La norma consente di affermare che le ipoteche costituite sul suolo o sulla superficie continuano a gravare separatamente questi diritti a séguito della rinunzia, sia nell'ipotesi in cui esistano soltanto ipoteche sul suolo o sulla superficie, sia qualora esistano ipoteche sull'uno e ipoteche sull'altra. In altri termini, l'ipoteca sulla superficie non si estende al suolo e l'ipoteca sul suolo non si estende alla superficie, mantenendo, così, una propria autonomia⁹⁷.

⁹⁴ In merito alla necessità, o no, di inserire nell'atto notarile di rinunzia le menzioni richieste notoriamente per il compimento di atti traslativi, v. P. ZANELLI, *La forma delle rinunce*, in www.fondazioneedelnotariato.it, il quale rileva una contraddizione tra teoria e pratica, in quanto a livello teorico dette menzioni non risultano necessarie ai fini della validità dell'atto (essendo la rinunzia meramente abdicativa), mentre la prassi ritiene opportuno, a fini prudenziali, che queste vengano inserite. Nello stesso senso, v. C. CARBONE, *Formulario notarile commentato*, t. II, *Atti tra vivi*, Milano, 2020, p. 2360 ss.

⁹⁵ In questi termini, v. G. PUGLIESE, *Superficie*, cit., p. 621; M. MAGRI, E. SCILHANIK, *Diritto di superficie*, cit., p. 230.

⁹⁶ Cfr., G. GIACOBBE, M. NARDOZZA, *La superficie*, in *Tratt. dir. e comm.*, già dir. da A. Cicu, F. Messineo, continuato da L. Mengoni, vol. X, Milano, 1998, p. 102.

⁹⁷ In tal senso, v. G. GORLA, P. ZANELLI, *Del pegno, delle ipoteche. Art. 2784-2899*, in *Comm. cod. civ. Scialoja-Branca*, a cura di F. Galgano, Bologna-Roma, 1992, IV ed., p. 271; D. RUBINO, *L'ipoteca immobiliare e mobiliare*, in *Tratt. dir. civ. e comm.*, dir. da A. Cicu, F. Messineo, vol. XIX, Milano, 1956, p. 178.

GIURISPRUDENZA EUROPEA



CGUE, 20 OTTOBRE 2025, C. 143-23, KI, FA C. MERCEDES-BENZ BANK AG, VOLKSWAGEN BANK GMBH

In materia di credito ai consumatori, l'art. 10, par. 2, lett. l), e l'art. 14 della direttiva 2008/48/CE devono essere interpretati nel senso che il termine per l'esercizio del diritto di recesso non decorre qualora il contratto di credito ometta di indicare, in forma percentuale concreta, il tasso di interesse di mora applicabile al momento della conclusione del contratto, sino a quando tale informazione non sia stata debitamente comunicata al consumatore; in tale ipotesi, il creditore non può eccepire il carattere abusivo del recesso in ragione del comportamento tenuto dal consumatore successivamente alla conclusione del contratto o all'esercizio del diritto medesimo. In caso di recesso da un contratto di credito collegato all'acquisto di un veicolo, il principio di effettività osta, inoltre, a criteri di calcolo dell'indennità compensativa per perdita di valore che includano elementi estranei all'uso del bene da parte del consumatore, quali quelli derivanti dalla differenza tra il prezzo di vendita praticato dal concessionario e il prezzo di riacquisto del veicolo al momento della restituzione. La direttiva 2008/48/CE non armonizza integralmente le conseguenze del recesso nei contratti di credito collegati e, pertanto, non osta a una normativa nazionale che imponga al consumatore il pagamento degli interessi debitori maturati tra il versamento delle somme al venditore e la restituzione del veicolo.

CAROLINA RENDINA *

IL RECESSO-RIMEDIO CONTRO LA VIOLAZIONE DI OBBLIGHI INFORMATIVI TIPICI: APPUNTI A MARGINE DI UNA RECENTE PRONUNCIA DELLA CORTE DI GIUSTIZIA **

WITHDRAWAL AS A REMEDY AGAINST THE BREACH OF PRE-CONTRACTUAL INFORMATION DUTIES: NOTES ON A RECENT JUDGMENT OF THE COURT OF JUSTICE

ABSTRACT: La sentenza in commento si inserisce nel quadro di una più generale evoluzione della disciplina europea e nazionale del credito ai consumatori, segnata dal progressivo superamento di modelli di tutela marcatamente protettivi in favore di un più equilibrato bilanciamento degli interessi coinvolti. La decisione sembra infatti orientarsi verso una maggiore responsabilizzazione del consumatore, pur senza trasformare il diritto di recesso in uno strumento oneroso, in linea con le più recenti scelte legislative che hanno introdotto un limite temporale massimo al suo esercizio al fine di prevenirne utilizzi opportunistici. In tale contesto, il contributo propone una lettura del recesso esercitato a fronte dell'inadempimento degli obblighi informativi in chiave rimediale, evidenziandone le ricadute sul piano delle conseguenze restitutorie nei contratti di credito collegati.

ABSTRACT: The paper examines a recent judgment of the European Court of Justice in the broader context of the evolving European framework on consumer credit. The decision reflects a shift from highly protective approaches towards a more

* Ricercatrice di Diritto privato – Unitelma Sapienza.

** Contributo sottoposto a revisione.



balanced model, aimed at preventing opportunistic uses of the right of withdrawal without depriving consumers of effective protection. The paper argues that, where withdrawal is triggered by breaches of mandatory information duties, it should be understood primarily as a remedial device, with significant implications for the restitutionary consequences in the field of linked credit agreements.

SOMMARIO: 1. *Il fatto*. – 2. *Corsi e ricorsi del recesso abusivo*. – 3. *Conseguenze del “recesso” da contratti di credito collegati*. – 3.1. *L’indennità compensativa per la perdita di valore del bene restituito*. – 3.2. *La questione degli interessi sulla somma mutuata*. – 4. *Appunti per un inquadramento degli obblighi restitutori alla luce della lettura rimediale del recesso per inadempimento di obblighi informativi*.

1. Il fatto

La sentenza in commento¹ offre all’interprete l’occasione per tornare a riflettere su alcune linee evolutive del diritto europeo del credito ai consumatori e sulle modalità con cui tali scelte sono state recepite negli ordinamenti nazionali, nonché su alcuni orientamenti sviluppatasi nella giurisprudenza interna.

Essa assume, peraltro, particolare interesse alla luce del recentissimo intervento del legislatore italiano, il quale, con il d.lgs. 31 dicembre 2025, n. 212, ha dato attuazione alla direttiva (UE) 2023/2225 (c.d. CCD 2). Pur innovando taluni aspetti della disciplina del credito ai consumatori, tale riforma ripropone nondimeno alcune delle questioni interpretative già emerse sotto la vigenza della direttiva 2008/48/CE, che la sentenza qui annotata – anche grazie ai puntuali rilievi sollevati dal giudice del rinvio – consente nuovamente di mettere a fuoco.

La decisione prende le mosse da una vicenda piuttosto lineare. Due consumatori tedeschi concludevano altrettanti contratti di credito finalizzati all’acquisto di un’autovettura destinata a uso privato. Come frequentemente accade nella prassi del mercato automobilistico, i concessionari presso i quali i veicoli erano stati acquistati avevano agito quali intermediari del credito per conto della Mercedes-Benz Bank e della Volkswagen Bank e gli importi finanziati, destinati all’acquisto delle automobili, venivano versati direttamente ai concessionari stessi.

A distanza di tempo dalla conclusione delle operazioni negoziali, entrambi i consumatori recedevano (ex art. 14 dir. 2008/48/CE)² dai contratti di credito. Essi sostenevano, tra le altre cose, che il recesso dovesse ritenersi tempestivo, poiché in nessuno dei contratti risultava indicato il tasso di interesse di mora applicabile. Tale omissione, a loro avviso, impediva il decorso del termine di quattordici giorni previsto dal diritto tedesco e, a monte, dall’art. 14 dir. 2008/48 cit., (cfr. altresì il nostro art. 125-ter

¹ CGUE, 20 ottobre 2025, c. 143-23, *KI, FA c. Mercedes-Benz Bank AG, Volkswagen Bank GmbH*.

² Una disambiguazione terminologica, anche se ai più nota, è d’obbligo sin d’ora: come si tenterà di chiarire in queste pagine, infatti, la scelta del legislatore italiano di qualificare lo strumento in parola mediante l’utilizzo del termine *recesso*, se da un lato riflette un’opzione dogmatica non del tutto peregrina (sul punto cfr., *infra*, nt. 11), dall’altro si rivela inidonea a dar conto dell’ampia fenomenologia di forme che esso assume. Difatti, non solo il recesso consumeristico differisce ampiamente, quanto a presupposti e funzione, da quello disciplinato all’art. 1373 c.c., ma anche nell’ambito del diritto dei contratti del consumatore – e financo nel contesto di un medesimo *corpus* normativo (quali, ad es., il TUB, il TUF o il codice del consumo) – l’uso del medesimo termine non corrisponde a una effettiva unità di disciplina.



TUB) per l'esercizio del diritto di recesso, in quanto incideva sulla completezza delle informazioni obbligatorie che il contratto di credito, ai sensi dell'art. 10 della dir. 2008/48, deve contenere.

A fronte delle disposizioni del diritto tedesco applicabili alla fattispecie e degli orientamenti giurisprudenziali interni relativi agli effetti del recesso nei contratti di credito collegati, i giudici nazionali, chiamati a pronunciarsi sulla validità dei recessi e sulle relative conseguenze, hanno ritenuto necessario sottoporre alla Corte di giustizia dell'Unione europea alcune questioni pregiudiziali.

Queste vertono, in definitiva, sull'interpretazione dell'art. 10, par. 2, lett. l), nonché dell'art. 14, par. 1 e par. 3, lett. b) della direttiva 2008/48/CE, con particolare riguardo agli effetti dell'inosservanza degli obblighi informativi gravanti sul finanziatore³ e alle conseguenze derivanti dall'esercizio del diritto di recesso da contratti di credito collegati.

2. Corsi e ricorsi del recesso abusivo

In primo luogo, il giudice del rinvio si interroga sulla possibilità di qualificare come abusivo il recesso esercitato nel caso di specie dai consumatori. Le criticità derivano sia dal considerevole lasso di tempo intercorso tra la conclusione del contratto e la manifestazione dell'intenzione di sciogliersi dal medesimo, sia dalla circostanza che i debitori hanno continuato a utilizzare il veicolo finanziato fino alla pronuncia dei giudici nazionali sulla validità del recesso.

Con riguardo alla decorrenza del termine di quattordici giorni per l'esercizio del recesso, la Corte distingue tra l'ipotesi di informazione incompleta e quella di omissione totale delle informazioni richieste dalla direttiva. Nel primo caso, essa afferma che occorre verificare se la lacuna informativa sia idonea ad incidere sulla capacità del consumatore di valutare la portata dei propri diritti e obblighi. Difatti, il termine per l'esercizio del recesso potrebbe iniziare a decorrere anche in presenza di informazioni incomplete, purché le lacune non siano tali da privare il consumatore della possibilità di comprendere adeguatamente la portata dei suoi diritti o di esercitarli alle stesse condizioni che si sarebbero realizzate qualora le informazioni fossero state fornite in modo completo e corretto.

Diversamente, nell'ipotesi di omissione totale delle informazioni prescritte, la Corte ritiene che il termine di recesso non inizi affatto a decorrere⁴.

Quanto alla questione dell'abuso del diritto, la Corte richiama la giurisprudenza secondo la quale esisterebbe un principio generale secondo cui i privati non possono avvalersi abusivamente o fraudolentemente delle prerogative loro riconosciute dal diritto dell'Unione (cfr. CGUE, 21 dicembre 2023, BMW

³ La dottrina in materia è vasta. Per considerazioni di carattere generale, si rinvia, tra gli altri, a DE POLI, *Gli obblighi gravanti sui «creditori» nella fase anteriore e posteriore alla stipulazione del contratto e le conseguenze della loro violazione*, in *La nuova disciplina europea del credito al consumo. La direttiva 2008/48/Ce e il diritto italiano*, a cura di De Cristofaro, Giappichelli, 2009 55 ss.; MIRONE, *L'evoluzione della disciplina sulla trasparenza bancaria in tempo di crisi: istruzioni di vigilanza, credito al consumo, commissioni di massimo scoperto*, in *Banca, borsa, tit. cred.*, 2010, I, 592 ss.; 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 e tit. cred.*, 2018, I, 134 ss.

⁴ In tal senso, già CGUE, Grande Camera, 13 dicembre 2001, *Heininger*, ove si afferma che, nei contratti negoziati fuori dei locali commerciali, la mancata informazione del consumatore sul diritto di recesso impedisce la decorrenza del relativo termine di esercizio, con la conseguenza che lo *spatium deliberandi* resta potenzialmente indefinito, salva l'incidenza di eventuali limiti derivanti dal deterioramento o dal perimento del bene ovvero dall'avvenuta esecuzione della prestazione.



Bank e a., C-38/21, C-47/21 e C-232/21, EU:C:2023:1014⁵). Tuttavia, la pronuncia in commento sembra attribuire a tale principio una portata assai limitata, escludendo la necessità di verificare l'eventuale carattere abusivo del recesso quando il contratto non contenga una delle informazioni obbligatorie previste dalla direttiva⁶.

Questa impostazione si discosta dall'approccio adottato, sia pure con diversi limiti, nella citata sentenza *BMW Bank*, nella quale la Corte aveva individuato un argine all'esercizio del diritto di recesso nel caso in cui il contratto fosse stato integralmente eseguito. Difatti, sebbene tale soluzione sia stata oggetto di critiche in dottrina – che ha, in taluni casi, evidenziato come l'avvenuta esecuzione del contratto non costituisca necessariamente l'unico strumento di contenimento di potenziali comportamenti opportunistici⁷ – essa rappresentava comunque un tentativo di delimitare l'ambito operativo del rimedio.

La sentenza in commento sembra, invece, adottare un approccio più rigido, escludendo in via generale la possibilità di qualificare come abusivo il recesso esercitato in presenza di un'omissione informativa, così riducendo ulteriormente lo spazio per un controllo sul suo eventuale uso opportunistico da parte del consumatore.

Vero è che il quadro normativo è stato nel frattempo profondamente mutato dall'adozione della direttiva (UE) 2023/2225, relativa ai contratti di credito ai consumatori e sostitutiva della precedente direttiva 2008/48/CE. Tra le innovazioni più rilevanti introdotte dalla nuova disciplina vi è la previsione, all'art. 26, par. 2, di un termine di prescrizione dell'esercizio del diritto di recesso, il quale, laddove il consumatore non abbia ricevuto le informazioni prescritte, scade comunque dodici mesi e quattordici giorni dopo la conclusione del contratto di credito (v. nuovo art. 125-ter, comma 1-bis TUB, intro dal D.Lgs. 31 dicembre 2025, n. 212, di recepimento della dir. 2023/2225).

⁵ Senza considerare, tuttavia, che nella pronuncia richiamata la motivazione della Corte appare in realtà incentrata sulla circostanza che il contratto dal quale il consumatore intendeva recedere fosse ormai integralmente eseguito. Non a caso, parte della dottrina ha osservato come, nell'argomentare della Grande Chambre, il richiamo al principio del divieto di abuso del diritto assuma un ruolo sostanzialmente recessivo rispetto alla concreta configurazione della fattispecie: il recesso, infatti, non sarebbe stato privo di utilità – poiché avrebbe comunque comportato effetti restitutori, consentendo al consumatore di ottenere la differenza tra quanto versato e il credito restitutorio – ma è stato nondimeno escluso proprio in ragione dell'avvenuta esecuzione del contratto: sul punto, cfr. SANTARPIA, *Recesso di pentimento e abuso del diritto: il c.d. decalogo della grande sezione*, in *Foro it.*, 2024, n. 3, par. 2. Per un commento della pronuncia cfr. altresì PAGLIANTINI, *Non tutte le civette sono la nottola di Minerva che inizia il suo volo sul far del crepuscolo: chiose, sul recesso di pentimento, a margine di 'BMW Bank'*, *ivi*, 158 ss. Sul punto, si noti che è recentemente intervenuta un'ulteriore pronuncia (CGUE, 5 marzo 2026, *Eisenberger Gerüstbau*, C-564/24), resa in una controversia relativa a un contratto di servizi astrattamente soggetto alla disciplina dei contratti a distanza prevista dalla direttiva 2011/83/UE, avente ad oggetto la fornitura e il montaggio di ponteggi, nella quale la Corte ha nuovamente aperto alla possibilità di valutare l'abusività del recesso del consumatore, qualora esso, alla luce delle circostanze del caso, si risolva in un uso distorto della tutela predisposta dalla normativa consumeristica e sia diretto a procurare un vantaggio indebito in danno del professionista.

⁶ In tal senso, v. anche CGUE, 09 settembre 2021, n. 33/20, UK c. V.B. GmbH, Cause riunite C-33/20, C-155/20 e C-187/20, stando alla quale «la direttiva 2008/48 deve essere interpretata nel senso che essa osta a che il creditore possa validamente ritenere che il consumatore abbia abusato del suo diritto di recesso, previsto dall'articolo 14, paragrafo 1, di tale direttiva, ove una delle indicazioni obbligatorie di cui all'articolo 10, paragrafo 2, di detta direttiva non figurasse nel contratto di credito né sia stata debitamente comunicata in un momento successivo, indipendentemente dalla questione se detto consumatore ignorasse l'esistenza del proprio diritto di recesso».

⁷ Si vedano i rilievi mossi da PAGLIANTINI, *Non tutte le civette sono la nottola di Minerva che inizia il suo volo sul far del crepuscolo: chiose, sul recesso di pentimento, a margine di 'BMW Bank'*, *cit.*, 163, stando al quale, in particolare, «non è attraverso la variabile eccettuativa di un contratto interamente estinto che si confeziona costruttivamente un bilanciamento» tra interessi dell'impresa e tutela del consumatore.



L'introduzione di un *dies ad quem* sembra rispondere all'esigenza – espressamente richiamata dal considerando 64 della direttiva⁸ – di rafforzare la certezza del diritto e di evitare che l'esercizio del recesso possa essere procrastinato indefinitamente nel tempo. Sotto questo profilo, la nuova disciplina si inserisce in una più ampia tendenza del legislatore europeo volta a rendere più omogenei i regimi dello *jus poenitendi* consumeristico, attraverso la fissazione di un termine finale di esercizio che oggi accomuna una pluralità di fattispecie⁹.

Tuttavia, tale soluzione non elimina del tutto il problema dell'eventuale abuso del diritto di recesso. Il medesimo art. 26, al par. 2, esclude infatti l'operatività del termine massimo qualora il consumatore non sia stato informato del proprio diritto di recesso (cfr. altresì art. 125-ter, comma 1-ter TUB). Ne deriva che, in tal caso, lo *jus poenitendi* resta esercitabile senza limiti temporali e ciò, verosimilmente, tornerà a sollevare questioni in ordine al possibile esercizio abusivo dello stesso.

Una soluzione analoga è stata adottata anche nella disciplina della commercializzazione a distanza dei servizi finanziari. Il d.lgs. 209/2025, di recepimento della direttiva (UE) 2023/2673, ha infatti introdotto nel codice del consumo l'art. 59-octies, il cui comma 4 prevede che, qualora il consumatore non abbia ricevuto le condizioni contrattuali e le informazioni prescritte, il termine di recesso scada comunque dopo dodici mesi e quattordici giorni dalla conclusione del contratto a distanza, salvo – ancora una volta – l'ipotesi in cui il consumatore non sia stato informato del proprio diritto di recesso.

La cifra del pentimento consumeristico resta, tuttavia, ancora l'eterogeneità dei suoi statuti¹⁰: permane infatti una differenza significativa – eppure, non necessariamente intenzionale – tra le due ipotesi. Nella disciplina della commercializzazione a distanza dei servizi finanziari è, invero, previsto che l'efficacia dei contratti relativi ai servizi di investimento resti sospesa durante la decorrenza del termine per l'esercizio del diritto di recesso. Una soluzione analoga avrebbe potuto essere adottata anche nel settore del credito al consumo, dacché già la direttiva 2008/48 consentiva agli Stati membri di prevedere la sospensione dell'efficacia del contratto durante il periodo di recesso e tale facoltà è stata ribadita anche dalla direttiva 2023/2225.

Il legislatore nazionale, tuttavia, non ha colto tale occasione¹¹ e ciò inevitabilmente solleva, come a breve si avrà modo di rilevare, problemi in ordine alla doverosità della corresponsione degli interessi

⁸ Nel quale si legge che «i consumatori dovrebbero avere il diritto di recesso senza penali e senza obbligo di giustificazione. Tuttavia, al fine di aumentare la certezza del diritto, il periodo di recesso dovrebbe in ogni caso scadere 12 mesi e 14 giorni dopo la conclusione del contratto di credito se il consumatore non ha ricevuto le condizioni contrattuali e le informazioni di cui alla presente direttiva. Il periodo di recesso non dovrebbe scadere se il consumatore non è stato informato del suo diritto di recesso».

⁹ Oggi il termine di prescrizione del diritto di recesso, diretto ad evitare che esso resti esercitabile *sine die* in presenza di omissioni informative (e decorrente da *dies a quo* variabili a seconda del tipo di contratto) è previsto da diverse disposizioni: cfr. artt. 53, (sia pure con alcune differenze) 73 e 59-octies, comma 4 cod. cons. In passato, invece, si tendeva a distinguere tra il recesso nei contratti di vendita e quello nelle operazioni creditizie e tale distinzione era stata da parte della dottrina ricondotta a una sorta di *ratio* europea del c.d. recesso duale. In questa prospettiva, mentre il contratto di vendita e quello di servizi risultavano soggetti ad un termine di prescrizione del diritto di recesso, analogo limite temporale non si sarebbe rinvenuto nelle operazioni creditizie in ragione delle specificità proprie di tali contratti. Su tale base si era quindi ritenuto giustificato un approccio differenziato alle diverse epifanie dello *jus poenitendi* (PAGLIANTINI, *L'ibridazione del nuovo recesso di pentimento*, in *Riv. dir. civ.*, 2015, 279).

¹⁰ La varietà degli statuti del recesso consumeristico è illustrata, tra gli altri, da PAGLIANTINI, *op. ult. cit.*

¹¹ Nel vigore della normativa precedente, parte della dottrina sottolineava l'opportunità della previsione dell'inefficacia del contratto nella pendenza del termine per recedere: cfr. GORGONI, *Spigolature su luci (poche) e ombre (molte) della nuova disciplina dei contratti di credito ai consumatori*, in *Resp. civ. prev.*, 4, 2011, 773, stando al quale, perché l'istituto del recesso-pentimento, previsto dall'art. 125-ter TUB, «sortisse l'effetto di rappresentare per il consumatore un effettivo rafforzamento di tutela [...] il legislatore avrebbe dovuto prevedere la sospensione dell'esecuzione del contratto in attesa dello spirare dello



sulla somma mutuata¹² (oggetto dell'obbligazione restitutoria a seguito del recesso)¹³ e, conseguentemente, in ordine alla stessa effettività del diritto riconosciuto al consumatore¹⁴.

3. Conseguenze del “recesso” da contratti di credito collegati

Posto dunque che il recesso deve ritenersi, nel caso di specie, tempestivo e non abusivo, l'argomentare della Corte volge alle conseguenze derivanti dal suo esercizio¹⁵.

Se la piena gratuità del recesso affermata nella sentenza *DC c. HJ*¹⁶ – nella quale la Corte ha escluso che il consumatore che abbia ricevuto una prestazione in virtù di un contratto negoziato fuori dai locali commerciali (nella specie, la ristrutturazione dell'impianto elettrico di un'abitazione), senza essere stato informato del diritto di recesso, possa essere tenuto a pagare alcunché per il servizio (comunque) ottenuto – è parsa emblematica di una stagione interpretativa fortemente orientata nel senso di una protezione del consumatore dai tratti quasi paternalistici¹⁷, la pronuncia in commento segna indubbiamente un passo in avanti rispetto a tale precedente. Essa non sembra, tuttavia, sciogliere tutti i nodi problematici che la materia continua a presentare.

La sentenza riconosce, infatti, la compatibilità con il diritto dell'Unione del sistema tedesco che, in caso di recesso da un contratto di credito collegato all'acquisto di un veicolo, addebita al consumatore

spatium deliberandi di quattordici giorni concesso al consumatore; solo la sospensione dell'efficacia impedirebbe la decorrenza degli interessi sulla somma mutuata dalla data del prelievo, oggetto dell'obbligazione restitutoria gravante sul consumatore pentito (che si somma a quella di restituzione del capitale avuto a credito: restituzione che dovrà avvenire per intero, non risultando normativamente giustificata l'idea che il consumatore non perda, esercitato il recesso, il beneficio della restituzione rateale». Nello stesso senso, BONGIOVANNI, *L'estinzione unilaterale del contratto di credito ai consumatori*, in *Eur. dir. priv.*, 2, 2014, 488, nt. 64, la quale sostiene che il legislatore italiano avrebbe potuto allineare la soluzione in tema di credito al consumo a quelle accolte dall'art. 30, co. 6, t.u.f., in materia di contratti di collocamento di strumenti finanziari o di gestione di portafogli individuali conclusi fuori sede, e dall'art. 67-*duodecies*, co. 4, cod. cons., relativo ai servizi di investimento stipulati a distanza.

¹² Segnala chiaramente il legame tra le due questioni MODICA, *Il contratto di credito ai consumatori nella nuova disciplina comunitaria*, in *Eur. dir. priv.*, 2009, §10, stando alla quale la sospensione dell'efficacia del contratto di credito fino allo spirare del termine per recedere avrebbe esonerato «il consumatore dalla restituzione (oltre al capitale) degli interessi maturati nel periodo intercorrente fra la conclusione del contratto e l'esercizio del recesso e da un eventuale rimborso delle spese non suscettibili di ripetizione».

¹³ La mancata sospensione dell'efficacia del contratto contribuisce a spiegare la qualificazione dello *jus poenitendi* riconosciuto al consumatore come atto unilaterale di scioglimento di un contratto già validamente concluso ed efficace: cfr. DE CRISTOFARO, *La disciplina unitaria del «diritto di recesso»: struttura e contenuti essenziali*, in *I «principi» del diritto comunitario dei contratti. Acquis communautaire e diritto privato europeo*, a cura di De Cristofaro, Giappichelli, 2009, 351. V. anche GRISI, *Lo ius poenitendi tra tutela del consumatore e razionalità del mercato*, in *Riv. crit. dir. priv.*, 2006, 569.

¹⁴ In tal senso, BARGELLI, *Effetti del recesso nei Principi Acquis del diritto comunitario dei contratti*, in *I «principi» del diritto comunitario dei contratti. Acquis communautaire e diritto privato europeo*, a cura di De Cristofaro, Giappichelli, 2009, 393, la quale sottolinea lo stretto nesso che intercorre tra effetti del recesso ed effettività dello stesso.

¹⁵ Da questo punto di vista, la pronuncia in commento si pone in stretta continuità con il tritico *Heininger* (CGUE, Grande Camera, 13 dicembre 2001, cit.), *Schulte* (CGUE, Grande Camera, 25 ottobre 2005, C-350/03, in *Corriere Giur.*, 2006, 4, 481, con nota di CONTI, *Vendita c.d. porta a porta. La Corte di Giustizia prosegue il percorso tracciato dal caso Heininger*) e *Crailsheimer* (CGUE, 25 ottobre 2005, C-229/04, anch'essa in, in *Corriere Giur.*, 2006, 4, 481, con nota di CONTI, cit.), che ha affrontato il tema della compatibilità delle normative interne in materia di conseguenze del recesso con la *ratio* sottesa alla disciplina consumeristica.

¹⁶ CGUE, 17 maggio 2023, causa C-97/22.

¹⁷ PAGLIANTINI, *Non tutte le civette sono la nottola di Minerva che inizia il suo volo sul far del crepuscolo: chiose, sul recesso di pentimento, a margine di 'BMW Bank'*, cit., 159 discorre, in proposito, di «consumerismo rampante».



recedente: a) un'indennità compensativa per la perdita di valore del bene restituito; b) gli interessi maturati tra il versamento delle somme al venditore da parte del finanziatore e la restituzione del veicolo.

Sul punto, la Corte innanzitutto osserva che la direttiva 2008/48 (ma lo stesso vale per la dir. 2023/2225, cit.) non contiene disposizioni che disciplinino le conseguenze del recesso da un contratto di credito collegato sul contratto di fornitura di beni. Essa, invero, non procede ad un'armonizzazione completa sul punto, l'art. 14, paragrafo 3, lettera b), limitandosi a prevedere che, se il consumatore esercita il diritto di recesso dal (solo) contratto di credito, egli deve rimborsare al creditore il capitale ricevuto, nonché gli interessi dovuti su tale capitale.

3.1. L'indennità compensativa per la perdita di valore del bene restituito

Per quanto riguarda le conseguenze del recesso dal contratto di credito *sul contratto di fornitura*, la pronuncia sembra segnare un'evoluzione rispetto a quanto affermato in occasione del precedente caso *Messner*¹⁸. Invero, la Corte afferma che il solo fatto che l'indennità compensativa per la perdita di valore del bene restituito possa risultare elevata rispetto al prezzo di acquisto del veicolo non è di per sé sufficiente a dimostrarne la sproporzione né a ritenere che il relativo metodo di calcolo renda praticamente impossibile o eccessivamente difficile l'esercizio del diritto di recesso. Ciò che rileva è, piuttosto, che l'importo dell'indennità rifletta l'effettivo deprezzamento del veicolo, risultante dal suo utilizzo e dal suo stato al momento della restituzione. Ne consegue che essa può essere richiesta anche quando di importo significativo, purché determinata sulla base di criteri idonei a misurare tale deprezzamento (condizione non soddisfatta dalla regola posta dalla giurisprudenza tedesca, stando alla quale l'importo dell'indennità compensativa dovuta al concessionario è calcolato deducendo dal prezzo di vendita da questi «praticato al momento dell'acquisto del veicolo da parte del consumatore» il «prezzo di acquisto pagato dal concessionario al momento della sua restituzione»¹⁹, e dunque facendo gravare sul consumatore oneri indipendenti da qualsiasi suo utilizzo del veicolo).

Si tratta, a ben vedere, di un approdo francamente condivisibile: la soluzione adottata dalla Corte evita, infatti, tanto il rischio di addossare al consumatore oneri non dipendenti dal suo comportamento quanto quello, opposto, di consentirgli di avvalersi dello *ius poenitendi* per conseguire vantaggi economici derivanti dall'utilizzo del bene senza sopportarne alcun costo.

¹⁸ Nella causa *Messner* (CGUE, 3 settembre 2009, C-489/07), relativa alla tutela dei consumatori nei contratti a distanza, la Corte di giustizia è stata chiamata a pronunciarsi sulla possibilità di imporre al consumatore il pagamento di un'indennità per l'uso del bene nel caso di esercizio del diritto di recesso. La Corte ha chiarito che l'art. 6, nn. 1, secondo periodo, e 2, della direttiva 97/7/CE deve essere interpretato nel senso che esso osta a una normativa nazionale che preveda in via generale il diritto del venditore di pretendere dal consumatore un'indennità per l'uso del bene acquistato a distanza qualora quest'ultimo eserciti il diritto di recesso entro i termini previsti. Una simile previsione, infatti, finirebbe per subordinare l'esercizio del diritto di recesso al pagamento di un corrispettivo e per comprimere la libertà del consumatore di avvalersi del periodo di riflessione garantito dalla direttiva, compromettendone l'effettività. La Corte ha tuttavia precisato che la direttiva non osta, in linea di principio, alla possibilità di imporre al consumatore il pagamento di un'indennità qualora egli abbia utilizzato il bene in modo incompatibile con i principi generali del diritto civile, quali la buona fede o il divieto di arricchimento senza causa, sempre che non risultino pregiudicati lo scopo della direttiva e l'effettività del diritto di recesso, valutazione rimessa al giudice nazionale.

¹⁹ Così CGUE, 20 ottobre 2025, c. 143-23, cit., § 29 e 86 ss. In sostanza, da quanto è dato intendere, il criterio seguito dalla giurisprudenza tedesca confronta non già due valori di mercato del bene, bensì il prezzo *retail* praticato dal concessionario al momento della vendita e il prezzo di ritiro del medesimo veicolo, usato, al momento della restituzione; così facendo, però, l'indennità finisce per riflettere non solo il deprezzamento del bene, ma anche la fisiologica differenza tra prezzo di vendita e prezzo di riacquisto del concessionario.



Un criterio di calcolo più aderente alla logica indicata dalla Corte potrebbe essere, allora, quello fondato sulla differenza tra il valore di mercato del veicolo al momento dell'acquisto e il valore di mercato del medesimo veicolo usato al momento della restituzione, che consentirebbe di isolare il deprezzamento effettivo del bene, evitando che la quantificazione dell'indennità risenta di variabili di natura commerciale, quali il margine di guadagno solitamente incamerato dal concessionario.

3.2. La questione degli interessi sulla somma mutuata

Venendo alla questione relativa all'obbligo di corresponsione degli interessi sulla somma mutuata, essa si inserisce nel più ampio tema del collegamento negoziale che, per chiara previsione del legislatore europeo – ieri all'art. 15 della direttiva 2008/48/CE, oggi all'art. 27 della direttiva (UE) 2023/2225 (v., altresì, art. 125 *quinquies* TUB) –, lega il contratto di finanziamento a quello di acquisto del bene (nel caso di specie, l'automobile)²⁰.

In tale prospettiva, infatti, l'art. 125-*quinquies* TUB chiarisce che, nel caso di inadempimento del fornitore e conseguente risoluzione del contratto di fornitura con scioglimento del contratto di finanziamento, il finanziatore deve rivolgersi al fornitore per ottenere la restituzione del capitale erogato.

Anche al di fuori dell'ambito applicativo di tale disposizione, la giurisprudenza nostrana appare ormai piuttosto uniforme nell'affermare che, in caso di scioglimento della complessa operazione²¹, l'obbligo di restituzione del capitale finanziato gravi sul prestatore del bene o del servizio (che abbia ricevuto l'importo) e non sul consumatore, argomentando tale soluzione proprio alla luce del collegamento negoziale che lega il contratto di credito al contratto di acquisto²².

²⁰ Prima della trasposizione, ad opera del D.Lgs. 13 agosto 2010, n. 141 di recepimento della direttiva 2008/48/CE, della disciplina del credito ai consumatori all'interno del TUB (sul punto, cfr., tra tutti, MACARIO, *Il percorso dell'armonizzazione nel credito al consumo: conclusione di un iter ventennale?*, in *La nuova disciplina europea del credito al consumo. La direttiva 2008/48/Ce e il diritto italiano*, cit., 8 ss., nonché DE CRISTOFARO, *La nuova disciplina dei contratti di credito ai consumatori e la riforma del t.u. bancario*, in *Contratti*, 2010, 1048 ss.), l'art. 42 cod. cons. circoscriveva in modo significativo l'area del collegamento rilevante, subordinandone l'operatività alla sussistenza di un accordo di esclusiva in favore del finanziatore per la concessione del credito ai clienti del fornitore. Tale scelta normativa aveva suscitato, in chi proponeva di ricostruire operazioni di questo tipo secondo la logica del collegamento negoziale anche oltre i confini applicativi della disciplina consumeristica, il dubbio che una simile impostazione – restringendo la «portata effettiva di *consumer protection* della disposizione ai casi delle cosiddette finanziarie “di marca” (quale può essere quello, ad esempio, di Sava Leasing e Fiat Auto)» – finisse per determinare «in fin dei conti, una sorte di *deminutio capitis* del consumatore rispetto al comune debitore obbligato al ripagamento di un mutuo finalizzato» (in tal senso, MACARIO, *Collegamento negoziale e principio di buona fede nel contratto di credito per l'acquisto: l'opponibilità al finanziatore delle eccezioni relative alla vendita*, in *Foro it.*, 1994, 3104). Per un'ampia disamina della disciplina all'indomani del recepimento della direttiva del 2008 e, in particolare, delle questioni che il collegamento negoziale rilevante ai sensi del TUB solleva in ordine alle ipotesi di inadempimento del fornitore, cfr. D'ADDA, *Collegamento negoziale e inadempimento del venditore nei contratti di credito al consumo*, in *Eur. dir. priv.*, 3, 2011, 725 ss.

²¹ Le fattispecie più comuni riguardano, come dimostrano le pronunce cit. alla nt. seguente, la risoluzione per inadempimento del contratto di vendita ed il conseguente scioglimento del mutuo ad esso collegato.

²² V. già Cass., 20 gennaio 1994, n. 474, in *Foro it.*, 1994, 3093 ss., con nota redazionale di Scoditti e meditato commento di Macario, *Collegamento negoziale e principio di buona fede nel contratto di credito per l'acquisto: l'opponibilità al finanziatore delle eccezioni relative alla vendita*. Nello stesso senso, Cass., 16 febbraio 2010, n. 3589, in *Giur. It.*, 2011, 2, 307, nota di Nigro, la quale afferma che «nel contratto di mutuo in cui sia previsto lo scopo del reimpiego della somma mutuata per l'acquisto di un determinato bene, il collegamento negoziale tra il contratto di finanziamento e quello di vendita, in virtù del quale il mutuatario è obbligato all'utilizzazione della somma mutuata per la prevista acquisizione, comporta che *della somma concessa in mutuo beneficia il venditore del bene* [corsivo nostro, n.d.a.], con la conseguenza che la risoluzione della compravendita ed il correlato venir meno dello scopo del contratto di mutuo, legittimano il mutuante a richiedere la restituzione



Se così è, sembra tuttavia difficile negare che anche in una fattispecie come quella in esame – nella quale il consumatore esercita il recesso *dal contratto di finanziamento*, determinando solo di riflesso lo scioglimento del contratto di acquisto (vicenda che, seguendo la logica fatta propria dalle nostre corti, dovrebbe giustificarsi per via del collegamento sussistente tra i due negozi²³) – debba essere il finanziatore a rivolgersi al venditore per ottenere la restituzione delle somme erogate. Non si vede, infatti, per quale ragione una simile soluzione debba essere prevista nel caso di inadempimento del fornitore e non anche nell'ipotesi in cui lo scioglimento dell'operazione economica derivi dall'esercizio del diritto di recesso del consumatore, peraltro in presenza di una violazione degli obblighi informativi gravanti sul finanziatore. Non sembra del resto peregrina l'idea che anche operazioni economiche di questo tipo finiscano spesso per agevolare non tanto (e non solo) l'acquisto, ma piuttosto la vendita di beni di consumo, favorendo un più disinvolto accesso al mercato. Ciò contribuirebbe a giustificare, anche sul piano economico, la collocazione dell'obbligo restitutorio in capo al venditore²⁴.

Sotto questo profilo, occorre tuttavia considerare che, come si anticipava, il diritto dell'Unione non procede a una completa armonizzazione delle conseguenze del recesso da contratti di credito collegati. In mancanza di una disciplina uniforme, i legislatori nazionali – e, in sede interpretativa, i giudici nazionali – restano dunque liberi di individuare le soluzioni più appropriate.

Proprio tale margine di autonomia sembra spiegare perché la Corte di giustizia abbia ritenuto, in linea d'altronde con alcuni precedenti²⁵, compatibile con la direttiva 2008/48 la scelta del legislatore

dell'importo mutuato non al mutuatario ma direttamente ed esclusivamente al venditore»; 19 luglio 2012, n. 12454, in *Contratti*, 2012, 12, 993, nota di Caradonna (su tale pronuncia Cfr. altresì D'Amico, *Credito al consumo e principio di relatività degli effetti contrattuali (considerazioni "inattuali" su collegamento negoziale e buona fede)*, in *Contratti*, 2012, 7, 712 ss.) stando alla quale «la concessione di un finanziamento per l'acquisto di un autoveicolo, attuata attraverso il pagamento diretto del venditore da parte del mutuante, dà vita ad un collegamento negoziale tra il contratto di mutuo di scopo e quello di compravendita, a nulla rilevando che l'acquirente sia persona diversa dal mutuatario. Ne consegue che, in caso di risoluzione del contratto per inadempimento del venditore, l'obbligo di restituzione al mutuante della somma ricevuta grava sul venditore e non sul mutuatario». V. altresì Tribunale Guastalla, 24 marzo 2015, n. 445. Non manca tuttavia, in dottrina, chi ha contestato che tale conclusione possa fondarsi sul solo richiamo alla teoria del collegamento negoziale. In particolare, si è osservato che il principio di relatività degli effetti del contratto sancito dall'art. 1372 c.c. impedirebbe di far discendere automaticamente dal collegamento tra i contratti un obbligo restitutorio a carico del venditore nei confronti del finanziatore, sicché una simile soluzione sarebbe giustificabile soltanto in presenza di una previsione normativa espressa, quale appunto quella contenuta nell'art. 125-*quinquies* TUB: in tal senso, D'Amico, *op. ult. cit.*, spec. 714 ss.

²³ Trattasi, tuttavia, di esito tutt'altro che scontato, se si considera che, come si dirà tra breve nel testo, anche nella pronuncia in commento, così come già avvenne, sia pure in sede di interpretazione della direttiva 85/577/CEE in materia di contratti negoziati fuori dei locali commerciali, nella sentenza CGUE, Grande Camera, 25 ottobre 2005, C-350/03, *Schulte*, la Corte rimette ai giudici nazionali il compito di individuare le conseguenze che il recesso dal contratto di finanziamento produce sul contratto ad esso collegato. In quel precedente, infatti, la Corte, disattendendo la tesi del consumatore e del Governo italiano circa la necessaria estensione degli effetti del recesso anche al contratto di acquisto immobiliare, affermò che spetta agli ordinamenti nazionali disciplinare non solo gli effetti del recesso sugli obblighi derivanti dal contratto di mutuo, ma anche le ricadute dell'eventuale scioglimento sul contratto di acquisto del bene finanziato e sulle garanzie ad esso accessorie. Ne derivava, nel sistema tedesco allora vigente, che, esclusa l'unità economica dell'operazione, il recesso dal mutuo non si sarebbe esteso automaticamente al contratto di acquisto dell'immobile.

²⁴ Cfr. DE POLI, *Gli effetti sul contratto di credito al consumo del recesso da un contratto concluso a distanza o a domicilio*, in *NGCC*, 2008, 23.

²⁵ Cfr., ad es., il caso *Crailsheimer*, cit., nonché il caso *Schulte*, cit., nel quale la CGUE affermò che «la direttiva 85/577 non osta a che: [...] una normativa nazionale preveda l'obbligo per il consumatore, nell'ipotesi di recesso da un contratto di mutuo ipotecario, non solo di restituire gli importi percepiti in base al detto contratto, ma anche di versare al mutuante gli interessi al tasso di mercato. Tuttavia, in una fattispecie nella quale, se la banca avesse adempiuto l'obbligo di informare il consumatore in merito al suo diritto di recesso, questi avrebbe potuto evitare di esporsi ai rischi inerenti ad investimenti come quelli oggetto della causa principale, l'art. 4 della direttiva fa obbligo agli Stati membri di garantire che le rispettive normative



tedesco di porre a carico del consumatore l'obbligo di corrispondere gli interessi debitori (corrispettivi) per il periodo compreso tra il versamento delle somme al venditore del veicolo e la restituzione di quest'ultimo. In proposito, la Corte osserva che gli interessi rappresentano la contropartita dell'accesso al credito – operazione che resta, in linea di principio, a titolo oneroso – sicché l'obbligo di corrisponderli non può essere considerato di per sé incompatibile con la libertà di recesso del consumatore né con la natura non onerosa di tale rimedio.

Tale soluzione, se trasposta nel nostro ordinamento, richiederebbe tuttavia qualche precisazione. Difatti, in un sistema, qual è quello nostrano, nel quale la giurisprudenza di legittimità non esita ad affermare che, nell'ambito delle operazioni di credito collegato, la restituzione del capitale deve essere richiesta al venditore *in quanto è quest'ultimo a beneficiare in via immediata della somma concessa a mutuo*²⁶, difficilmente si giustificerebbe la possibilità di pretendere dal consumatore il pagamento degli interessi sul capitale finanziato²⁷.

La questione si porrebbe, poi, in termini ancora più evidenti allorché il consumatore, a seguito dello scioglimento (riflesso) del contratto di compravendita, si ritenesse tenuto a corrispondere al venditore non solo un'indennità per l'eventuale perdita di valore del bene, ma anche una somma corrispondente al valore di godimento del medesimo per il periodo anteriore all'esercizio del recesso (ad esempio parametrata al costo di noleggio di un veicolo analogo per quel dato periodo)²⁸.

In una simile ipotesi, il cumulo tra interessi dovuti al finanziatore e valore di godimento da corrispondere al venditore rischierebbe infatti di tradursi in un eccessivo aggravio di oneri a carico del consumatore.

In altri termini, delle due l'una: o il consumatore corrisponde al venditore il valore di godimento del bene (utilizzato e) restituito, oppure è tenuto a pagare al finanziatore gli interessi sulla somma mutuata per il periodo intercorrente tra il versamento della stessa al venditore e la restituzione del veicolo²⁹.

nazionali tutelino i consumatori che non abbiano potuto evitare di esporsi a tali rischi, adottando provvedimenti tali da evitare che essi si trovino esposti alle conseguenze della realizzazione dei rischi medesimi».

²⁶ È questo, come visto, uno degli argomenti addotti dalle pronunce cit. alla nt. 17 al fine di giustificare la collocazione dell'obbligo di restituzione al mutuante della somma ricevuta in capo al venditore, anziché al mutuatario.

²⁷ D'altronde, già la dottrina chiamata a confrontarsi con la disciplina previgente sottolineava che, a fronte dell'obbligo di corresponsione degli interessi al finanziatore, lo slittamento del termine per l'esercizio dello *jus poenitendi* nell'ipotesi di lacune ovvero omissioni informative, sarebbe rimasto rimedio scarsamente effettivo. In tal senso, cfr., tra gli altri, DE CRISTOFARO, *La nuova disciplina dei contratti di credito ai consumatori e la riforma del t.u. bancario*, cit., 1054 ss.; PADOVINI, *I contratti di credito ai consumatori. Il recesso e l'estinzione del rapporto*, in *Banca, borsa, titoli di credito*, 2011, 701; BONGIOVANNI, *L'estinzione unilaterale del contratto di credito ai consumatori*, in *Eur. dir. priv.*, 2014, 463, la quale rileva che «sarebbe forse stato preferibile prevedere, a fronte dell'inadempimento degli obblighi informativi da parte del finanziatore in sede di stipula del contratto (se non un sistema unitario, fondato sull'idea di attribuire a qualsiasi violazione di tal genere la medesima importanza, quanto meno) conseguenze che fossero concretamente sanzionatorie, consistenti, ad esempio, nella preclusione della possibilità di pretendere il pagamento degli interessi maturati».

²⁸ Sul punto, V. anche CONTI, *Vendita c.d. porta a porta. La Corte di Giustizia prosegue il percorso tracciato dal caso Heininger*, cit., 494, il quale ritiene che, a seguito dello scioglimento della vendita conseguente al recesso del consumatore dal contratto di finanziamento, il «venir meno dell'effetto traslativo imporrebbe [...] l'obbligo di ristorare il venditore per il mancato godimento dell'immobile nel periodo in cui ha spiegato effetto il contratto. Ma proprio il collegamento negoziale [...] farebbe venir meno la causa della dazione della somma in favore dell'alienante che sarebbe così onerato, egli stesso e direttamente, di restituire le somme ricevute dal mutuante a tale soggetto. E sarebbe così sempre tale soggetto a dovere eventualmente sopportare il pagamento degli interessi, avendo egli goduto medio tempore delle somme ricevute».

²⁹ Nota, invero, CONTI, *op cit.*, 493, che, in simili casi, non si farebbe riferimento «agli interessi quale corrispettivo della somma data a mutuo – art. 1815 c.c. – quanto alla necessità di far gravare sul debitore il mancato godimento della somma versata dal mutuante».



4. Appunti per un inquadramento degli obblighi restitutori alla luce della lettura rimediale del recesso per inadempimento di obblighi informativi

Al di là del rischio di onerose duplicazioni e di disincentivo dell'esercizio del recesso, la giustificazione della non doverosità degli interessi maturati sulla somma finanziata (i quali, dunque, se corrisposti, diverrebbero oggetto di obbligazione restitutoria in favore del consumatore) può rinvenirsi anche altrove. In particolare, essa sembra risiedere nella chiara torsione in senso rimediale del recesso in parola³⁰.

Nelle riflessioni intorno alle *conseguenze* del recesso consumeristico si rivela, infatti, scarsamente valorizzata la distanza che separa il ripensamento del consumatore che, reso edotto delle condizioni contrattuali, semplicemente ritratta (per le ragioni più disparate, alle quali corrispondono altrettante *rationes* sottese agli *iura poenitendi* contemplati dal legislatore europeo³¹) il proprio consenso, dal "recesso" che, a distanza di tempo dalla conclusione del contratto, il consumatore (più o meno opportunisticamente: e qui si colloca la riflessione sull'abuso³²) esercita adducendo un'incompletezza informativa ovvero la scoperta di condizioni contrattuali che, se conosciute sin da principio, lo avrebbero condotto ad un diverso apprezzamento dell'affare.

Nel primo caso, lo *iura poenitendi* poggia su un quadro informativo completo, alla luce del quale è offerta al consumatore la possibilità di riponderare l'opportunità di rimanere vincolato al contratto. Qui, l'opzione normativa per il termine "recesso" costituisce, come si accennava³³, indice di una (più o meno consapevole) scelta del legislatore, il quale, pur autorizzato dalla normativa europea a prevedere la sospensione dell'efficacia del contratto di credito sino allo scadere del *temps deliberandi* riconosciuto al consumatore, ha nondimeno inteso mantenere il riferimento ad un atto unilaterale, non retroattivo, di scioglimento di un contratto (già) valido ed efficace.

Al contrario, laddove il consumatore non sia stato adeguatamente informato in merito alle condizioni dell'operazione negoziale, difficilmente può parlarsi di un vero e proprio pentimento, giacché mancano le stesse premesse per una scelta consapevole da ritrattare. E anche quando tali condizioni vengano conosciute solo in un momento successivo e si rivelino non convenienti, il recesso esercitato a distanza

³⁰ Sulla categoria del rimedio e sulla prospettiva rimediale cfr., tra tutti e con diversità di accenti, DI MAJO, *La tutela civile dei diritti*, Milano 2003, *passim*; ID., *La tutela dei diritti tra diritto sostanziale e diritto processuale*, in *Riv. dir. civ.*, 1989, 363 ss.; ID., *Forme e tecniche di tutela*, in *Processo e tecniche di attuazione dei diritti*, a cura di Mazzamuto, Napoli, 1989, 11 ss.; ID., *Il linguaggio dei rimedi*, in *Eur. dir. priv.*, 2005, p. 341 ss.; ID., *Rimedi e dintorni*, *ivi*, 2015, 703 ss.; ID., voce *Rimedi contrattuali*, in *Enc. dir.*, *I Tematici*, vol. I, *Contratto*, diretto da D'Amico, Milano, 2021, 1031 ss.; DI MAJO, MATTEI, *I rimedi*, in Alpa, Graziadei, Guarnieri, Mattei, Monateri, Sacco, *La parte generale del diritto civile. Il diritto soggettivo*, in *Tratt. dir. civ.* diretto da Sacco, Torino, 2001, 105 ss.; MESSINETTI, *Sapere complesso e tecniche giuridiche rimediali*, in *Eur. dir. priv.*, 2005, 605 ss.; ID., *Processi di formazione della norma e tecniche «rimediali» della tutela giuridica*, in *Scienza e insegnamento del diritto civile in Italia. Convegno di studi in onore del prof. Angelo Falzea*, a cura di Scalisì, Milano, 2004, 209 ss.; MAZZAMUTO, *La nozione di rimedio nel diritto continentale*, in *Eur. dir. priv.*, 2007, 585 ss.; ID., *La prospettiva dei rimedi in un sistema di Civil Law: il caso italiano*, in *Jus Civile*, 2019, 720 ss.; MAZZAMUTO, PLAIA, *I rimedi nel diritto privato europeo*, Torino, 2012; PIRAINO, *Alcune osservazioni in tema di rimedi*, in *Riv. dir. ec. trasp. amb.*, 2010, 35 ss.; NICOLUSSI, *Diritto soggettivo e rapporto giuridico. Cenni di teoria generale tra diritto privato e diritto pubblico*, in *Eur. dir. priv.*, 2014, 1211 ss.; NIVARRA, *Rimedi: un nuovo ordine del discorso civilistico?*, *ivi*, 2015, 583 ss.

³¹ Sulla *ratio* della norma attributiva del diritto di recesso da contratti di credito al consumo, cfr., tra gli altri, DE CRISTOFARO, *Il recesso del consumatore dal contratto di credito*, in *La nuova disciplina europea del credito al consumo*, cit., 125 ss. e, da una diversa prospettiva, MODICA, *op. loc. cit.*

³² Sul punto, cfr. *infra*, nt. 32.

³³ V. *supra*, nt. 11.



di tempo dalla conclusione del contratto non appare più riconducibile a una logica di ripensamento, ma piuttosto a quella di uno scioglimento conseguente all'inadempimento degli obblighi informativi³⁴. In tali ipotesi, insomma, il "recesso" risponde ad una logica propriamente rimediabile, mostrandosi quale forma di tutela a fronte dell'inadempimento di obblighi informativi tipici³⁵. Ciò giustifica la deviazione dal regime dello *ius poenitendi* e l'applicazione di conseguenze restitutorie analoghe a quelle proprie di una risoluzione per inadempimento retroattiva, tra le quali può ricomprendersi, in fattispecie come quella oggetto della sentenza in commento, la ripetibilità degli interessi sulla somma data a mutuo³⁶ (ovvero la loro ripetibilità, ove già corrisposti³⁷).

D'altra parte, alla funzione (rimediabile) del recesso è giocoforza ricollegare effetti congruenti³⁸. I quali ben potrebbero coincidere, appunto, con gli effetti restitutori di uno scioglimento del contratto causato dall'inadempimento (di un obbligo sì informativo, ma di fonte legale) della controparte.

³⁴ In questo orizzonte concettuale, allora, il sindacato circa l'abusività del recesso potrebbe assumere, in concreto, la sostanza di un controllo giudiziale circa la connessione teleologica tra la scelta, operata dal consumatore, del rimedio ablativo e l'omissione informativa da questi lamentata. In altre parole, se anche si volesse ritenere che la valutazione circa la non scarsa importanza dell'inadempimento informativo, agli effetti dell'art. 1455 c.c., sia già effettuata dal legislatore in via tipica (per via dell'elencazione tassativa delle informazioni obbligatorie: cfr. artt. 20 e 21 TUB), potrebbe forse residuare uno spazio per l'indagine in ordine all'effettiva correlazione tra il recesso e la scoperta delle condizioni contrattuali taciute dal finanziatore, e questo potrebbe risiedere, appunto, nel sindacato sull'eventuale utilizzo abusivo del rimedio (il quale, pur presupponendo la sussistenza dei requisiti per l'esercizio del rimedio, è volto a verificare che esso non venga impiegato per il perseguimento di finalità estranee a quelle tutelate dalla norma). Occorre, tuttavia, ribadire che siffatto ordine di considerazioni appare estraneo alla pronuncia in commento, la quale esclude la sindacabilità del recesso esercitato in presenza di omissioni informative e, forse non del tutto casualmente, ne oblitera la funzione rimediabile, trattandolo alla stregua di un ripensamento.

³⁵ Per una lettura del recesso in questione in chiave rimediabile, cfr. DEL PRATO, *Ai confini della risoluzione per inadempimento*, in *Contratti*, 7, 2013, 653 ss., spec. 656-657, il quale prospettò la possibilità di attingere allo strumentario della risoluzione per inadempimento a fronte della violazione di obblighi informativi tipici. Un superamento di tale limite (e, dunque, un'apertura verso la sussumibilità delle violazioni di doveri informativi atipici entro il sistema posto dagli artt. 1453 ss.) sembra sottesa a Cass., 12 dicembre 2019, n. 32694, in *Nuova giuris. civ. comm.*, 2020, 3, 529 ss., con nota di RENDINA, *Un dovere informativo atipico. Fondamento e rimedi*, la quale, non senza esporsi a critiche (v., infatti, CONSOLO, *La Suprema Corte e la circolazione dei (tanti, o quanti...) beni di provenienza donativa o successoria: quando la cura è (gran) peggio del male*, in *Corr. giur.*, 2020, 5, 616 ss.), riconobbe al promittente acquirente di un immobile, al quale era stata taciuta la provenienza donativa del medesimo, la facoltà di rifiutare, ai sensi dell'art. 1460 c.c., la stipula del contratto definitivo. Si tratterebbe, al postutto, di un rimedio soggetto ad un regime affatto peculiare, che andrebbe esercitato entro un termine di decadenza di quattordici giorni dall'adempimento tardivo (ossia dal ricevimento delle informazioni obbligatorie) e comunque non oltre dodici mesi e quattordici giorni dopo la conclusione del contratto di credito. In questa prospettiva, può forse avanzarsi l'idea che, nelle ipotesi di omissione informativa, non sia del tutto corretto discorrere, come fanno i più, di un mero differimento del termine di quattordici giorni per l'esercizio dello *ius poenitendi*, poiché non sembra trattarsi del medesimo diritto il cui termine di esercizio inizi semplicemente a decorrere da un momento successivo, bensì di un rimedio che, per presupposti, funzione e regime, si atteggia in termini diversi dal suo omologo.

³⁶ E, si noti, a tale risultato può giungersi trattando, come si propone nel testo, il rimedio in questione alla stregua di una tutela caducatoria a fronte dell'inadempimento di doveri informativi, con conseguente applicazione dell'intero regime della risoluzione del contratto (inclusa la sua retroattività e la conseguente ripetibilità di quanto prestato: tuttavia, per la riconducibilità del mutuo alla categoria dei contratti di durata v. LUMINOSO, *Il rapporto di durata*, in *Riv. dir. civ.*, 2010, 512 ss.).

³⁷ Sul momento a partire dal quale maturano gli interessi sulla somma da restituire potrebbe, poi, giocare un ruolo l'art. 2033 c.c. e, in particolare, la possibilità di valorizzare la mala fede del finanziatore-*accipiens* consapevole di non avere informato correttamente. Anche in questo contesto, tuttavia, si potrebbero sollevare i consueti rilievi relativi alla difficoltà di rintracciare la mala fede in capo a chi riceve una prestazione in virtù di un contratto valido ed efficace (qual è, in linea di principio, il contratto di credito, benché privo del supporto informativo richiesto dalla normativa consumeristica) e, solo in un secondo momento, sciolto. La complessa e dibattuta questione, coinvolgente la possibilità di trarre dalla normativa dell'indebito oggettivo la disciplina applicabile alle restituzioni nelle ipotesi di inefficacia successiva del titolo in forza del quale la prestazione venne effettuata, esula tuttavia dallo scopo di questa breve nota.

³⁸ È proprio la prospettiva rimediabile, quale metodo che «mira a conoscere quale soluzione concretamente l'ordinamento offre ad un individuo di fronte alla violazione del suo interesse» (MATTEI, *I rimedi*, cit., 107), che consente di strutturare la



Se così è, l'esigenza di responsabilizzare il consumatore ed evitare che il recesso si traduca in uno strumento di arricchimento ingiustificato appare senz'altro condivisibile, anche alla luce delle possibili derive opportunistiche cui il rimedio può prestarsi³⁹. Tuttavia, ove si intenda valorizzare la logica del collegamento negoziale, tale impostazione dovrebbe essere perseguita in modo coerente e accompagnata da un adeguato bilanciamento tra gli interessi delle parti coinvolte. Sotto questo profilo, se la normativa di derivazione europea non sembra ancora matura per fissare soluzioni univoche e definitive, ciò rischia però di lasciare ancora una volta alla giurisprudenza il compito di governare, caso per caso, fattispecie analoghe a quella oggetto della pronuncia in commento. Spetta dunque all'interprete percorrere fino in fondo la via rimediale, distinguendo tra le diverse logiche sottese agli strumenti consumeristici, nel tentativo di ricondurre a coerenza un sistema che, allo stato, presenta non poche disarmonie.

risposta dell'ordinamento alla luce del bisogno di tutela manifestato dal soggetto che la norma intende, di volta in volta, proteggere. Nella prospettiva di cui al testo, il recesso, letto quale rimedio che si colloca a stretto ridosso della violazione (così DI MAJO, *Il linguaggio dei rimedi*, cit., 2005, 341) dell'obbligo informativo, deve essere orientato nel senso della tutela del consumatore, sul quale sarebbe ultroneo far gravare, a seguito dello scioglimento dei contratti collegati, non solo l'obbligo di corrispondere al concessionario il valore di godimento dell'automobile, ma anche quello di pagare al finanziatore gli interessi sulla somma concessa proprio in vista dell'acquisto.

³⁹ Le quali non sono prive di riflessi, tra le altre cose, sul piano della sostenibilità dei consumi. Per una riflessione sul punto con riferimento agli acquisti online, cfr. MARINO, *L'insostenibile leggerezza del recesso del consumatore nei contratti online: il problema della sostenibilità ambientale delle restituzioni*, in *Rev. Boliv. de Derecho*, 39, enero 2025, 332 ss.

RECENSIONI



GIANFRANCO LIACE E FABIO FIORUCCI, *CONTO CORRENTE. CONTRATTI BANCARI*, IN COMM. SCIALOJA-BRANCA-GALGANO, ZANICHELLI EDITORE, BOLOGNA, 2025, PP. 504

PAOLO GALLO

Il lavoro in forma di commentario di Liace e Fiorucci è dedicato allo studio dei contratti bancari, una tematica di estremo interesse a cavallo tra diritto civile, commerciale e bancario in senso stretto, senza trascurare ovviamente il diritto dei consumatori. Si tratta di uno studio molto approfondito e realizzato con estrema cura dei dettagli, il quale è preceduto da una vasta introduzione finalizzata all'inquadramento in generale della categoria. Gli autori partono dall'ovvia considerazione che i contratti bancari sono contratti di massa conclusi in virtù dell'adesione del cliente a schemi predisposti in modo unilaterale dagli istituti di credito. Si tratta di un dato di grande rilievo, gravido di innumerevoli conseguenze. Si aggiunga ancora che in materia di contratti bancari i singoli istituti di credito in genere si uniformano alle n.u.b., vale a dire alle norme bancarie uniformi, predisposte dall'ABI, che consistono in condizioni generali di contratto a predisposizione unilaterale che in genere derogano o integrano le norme di diritto dispositivo in materia di contratti bancari nell'interesse degli istituti di credito; la conseguenza è che in virtù della predisposizione delle n.u.b. gli istituti di credito non sono solo parte del contratto, ma anche artefici della disciplina normativa applicabile ai contratti in sostituzione del legislatore. Ne consegue un forte squilibrio a favore degli istituti di credito, dato che i clienti in genere si limitano ad aderire alle condizioni generali di contratto senza aver contribuito in alcun modo alla loro redazione.

Per molto tempo allo squilibrio di potere contrattuale non è stato facile porre rimedio, dato che il codice civile del 1942, pur molto avanzato per l'epoca, da un lato considera efficaci le condizioni generali di contratto purché conosciute o conoscibili con l'ordinaria diligenza da parte dell'altro contraente (art. 1341, primo comma, c.c.) e dall'altro lato ritiene sufficiente che le clausole vessatorie siano specificamente approvate per iscritto; è ben vero che a questi fini la giurisprudenza non si accontenta che le clausole vessatorie siano approvate in blocco, ma richiede che siano indicate in modo specifico con lettere o numeri in modo tale che il consumatore abbia modo di conoscerle, ma è anche risaputo che un tale controllo è puramente formale e non è sufficiente a tutelare in modo effettivo l'aderente.

Come rilevano gli autori, l'evoluzione successiva, specie a partire dagli anni settanta e ottanta del ventesimo secolo, ha però condotto ad una progressiva erosione di una tale asimmetria contrattuale. Una prima tappa è costituita dalla l. 17 febbraio 1992, n. 154, la quale come è ben noto ha modificato l'art. 1938 c.c. ponendo un limite alle c.d. *fideiussioni omnibus* in virtù della previsione di un tetto massimo garantito. A questo si aggiunga che ai sensi dell'art. 1956 c.c. il fideiussore per un'obbligazione futura è liberato se il creditore, senza speciale autorizzazione del fideiussore, ha fatto credito al terzo, pur conoscendo che le condizioni patrimoniali di questo erano divenute tali da rendere notevolmente più difficile la soddisfazione del credito; come precisa inoltre l'art. 1956, secondo comma, sempre introdotto dalla l. 17 febbraio 1992, n. 154, non è valida la preventiva rinuncia del fideiussore ad avvalersi della liberazione.

Sempre secondo gli autori, la tappa successiva è costituita dal t.u.b. (d. lgs. 1° settembre 1993, n. 385), il quale ha cercato di contrastare il più possibile l'asimmetria di potere contrattuale che tradizionalmente connota i contratti bancari. In particolare, il t.u.b. ha insistito molto sulla trasparenza e sui conseguenti doveri di informazione, nonché sull'impiego della forma scritta, sempre in funzione informativa e protettiva del cliente. In primo luogo vengono configurati obblighi reciproci di informazione, dato



che non solo la banca (art. 116 t.u.b.), ma anche il cliente è gravato di ben precisi obblighi di informazione nei confronti dell'istituto di credito; si pensi per esempio a chi sia interessato a un mutuo. Funzione dei doveri di informazione è senza dubbio quella di contrastare le asimmetrie informative che sussistono tra le parti e quindi far sì che il consenso sia sufficientemente informato e consapevole. Non valgono però a contrastare eventuali contenuti abusivi insiti nel contratto o nelle n.u.b. In altri casi il legislatore è invece specificamente intervenuto per escludere la comunicazione di determinate informazioni, considerate non rilevanti, come la legge sull'oblio oncologico (l. 7 dicembre 2023, n. 193).

Fondamentale appare poi la previsione della forma scritta a pena di nullità, sempre con finalità di tipo protettivo nei confronti del cliente, al quale deve anche essere consegnata una copia del contratto con tutte le informazioni richieste (art. 117 t.u.b.). Nonostante l'apparente semplicità di questa disposizione, notevoli sono i dubbi interpretativi che sono sorti a questo riguardo. Come è ben noto, un primo dubbio interpretativo ha riguardato i c.dd. contratti monofirma; nella pratica si è in altre parole posto il problema se i contratti sottoscritti dal solo cliente siano validi o meno e le sezioni unite si sono espresse in senso favorevole. In una prospettiva che enfatizza la funzione protettiva dei clienti della forma in materia di contratti bancari pare, infatti, evidente che una tale funzione di protezione è assoluta anche da un documento sottoscritto dal solo cliente, purché una copia di esso gli sia stata debitamente consegnata; in quest'ottica, sempre secondo le sezioni unite, il consenso dell'istituto di credito si può giustamente desumere per fatti concludenti.

Gli autori ricordano anche l'art. 4 l. 17 febbraio 1992, n. 154, il quale ha stabilito per la prima volta la nullità delle clausole contrattuali che per la determinazione del tasso di interessi prevedono un rinvio agli usi; in seguito, tale disposizione è stata abrogata dall'art. 161 t.u.b., ma il relativo contenuto è stato trasfuso nell'art. 117 t.u.b., che ha ribadito la nullità delle clausole contrattuali di rinvio agli usi per la determinazione del tasso d'interessi.

Sempre con riferimento al t.u.b., gli autori si soffermano poi sullo *jus variandi* riconosciuto alle banche; in particolare ai sensi dell'art. 118 t.u.b. viene specificamente riconosciuto all'intermediario il diritto di modificare in modo unilaterale le condizioni economiche del contratto, purché ciò sia previsto da una clausola specificamente approvata dal cliente. Specie in passato la modifica unilaterale del contratto era considerata una specie di tabù, che peraltro è stato specificamente infranto da parte del legislatore, purché la proposta sia comunicata con un preavviso minimo di due mesi, sempreché compaia la dicitura "Proposta di modifica unilaterale del contratto" e salvo il diritto di recesso del cliente, senza costi aggiuntivi; la proposta di modifica presuppone una sopravvenienza, vale a dire un giustificato motivo, che deve essere debitamente comunicato al cliente, in modo tale da consentirgli di valutare il da farsi; si tratta quindi in definitiva di uno strumento che consente l'adeguamento dei rapporti di durata in virtù di proposte di modifica unilaterali e quindi l'adattamento del contratto alle sopravvenienze.

Sempre secondo gli autori, la tappa ancora successiva è costituita dal codice del consumo (d. lgs. 6 settembre 2005, n. 206), che, in attuazione della Direttiva 93/13 CEE, ha previsto un controllo contenutistico dei contratti del consumatore particolarmente invasivo; proprio per contrastare adeguatamente la prassi di predisporre condizioni generali di contratto in favore del professionista, si è prevista la nullità delle clausole che determinano un significativo squilibrio dei diritti e dei doveri che nascono dal contratto (art. 33, primo comma, c.d.c.), salvo che siano stati oggetto di specifica trattativa (art. 34, quarto comma, c.d.c.); il che ovviamente ha costituito un grosso passo in avanti rispetto alla disciplina della doppia firma di cui all'art. 1341, secondo comma, c.c. A questo si aggiunga ancora che si tratta di nullità di protezione, come tale azionabile solo dietro istanza del consumatore e rilevabile d'ufficio, ma solo



nell'interesse di quest'ultimo (art. 36, terzo comma, c.d.c.). In caso di dubbio, le clausole devono inoltre essere interpretate nel senso più favorevole al consumatore (art. 35, secondo comma, c.d.c.).

Dopo una prima parte introduttiva di carattere generale, fa seguito l'esame più in dettaglio dei singoli contratti bancari.

In materia di depositi bancari, particolare interesse assume la disciplina della cointestazione; come precisa il codice, nel caso in cui il conto sia intestato a più persone, gli intestatari sono considerati creditori o debitori in solido (art. 1854 c.c.); questo significa che nei confronti della banca ciascun contitolare può esigere il prelievo anche dell'intero saldo; diverso è il discorso per quel che riguarda i rapporti interni; a questi fini occorre far riferimento al disposto dell'art. 1298, secondo comma, c.c., ai sensi del quale nei rapporti interni le parti si presumo uguali, se non risulta diversamente, perciò si presume la contitolarità dei depositi, salva la prova che essi appartengono in tutto o in proporzione maggiore ad un cointestatario. Le stesse regole si applicano anche nel caso in cui ad un contraente succedano uno o più eredi.

Per quel che riguarda le cassette di sicurezza un primo problema concerne l'individuazione della natura delle clausole che prevedono massimali per quel che riguarda il valore degli oggetti depositati; come è ben noto potrebbe trattarsi di clausole limitative della responsabilità ai sensi dell'art. 1229 c.c., le quali operano solo in caso di colpa lieve, o viceversa di clausole che limitano l'oggetto del contratto. Come giustamente ricordano gli autori la giurisprudenza ha per lo più optato per la prima soluzione; ne consegue non solo che tali clausole devono essere considerate vessatorie, con conseguente sottoposizione al relativo regime, ma che esse non valgono ad escludere la responsabilità della banca in caso di dolo o colpa grave.

Sempre con riferimento alle cassette di sicurezza particolarmente delicato è il profilo dell'estensione della responsabilità della banca. In particolare, ai sensi dell'art. 1839 c.c. la banca risponde verso l'utente salvo il caso fortuito; trattandosi di deposito professionale è più che ovvio che lo *standard* di diligenza richiesto alla banca è particolarmente elevato; in nessun caso il furto o più in generale il fatto umano potrebbe essere considerato idoneo ad escludere la responsabilità della banca; più delicato è il discorso per quel che riguarda i fenomeni naturali; secondo gli autori la banca dovrebbe farsi carico non solo dei rischi conseguenti a condotte umane, ma anche di quelli conseguenti ad eventi naturali, come per esempio terremoti, alluvioni, incendi e così via. Diverso è peraltro il parere della giurisprudenza, la quale con riferimento alla ben nota vicenda dell'alluvione di Firenze aveva escluso che l'istituto bancario sia altresì tenuto a rendere stagni i locali in cui sono custodite le cassette di sicurezza.

Notevoli dubbi interpretativi sono sorti anche in materia di apertura di credito bancario; anche in questo caso in applicazione dei principi generali il contratto richiede in genere la forma scritta (art. 117 t.u.b.); si consideri tuttavia che, sempre in conformità ai principi generali, le nullità di protezione possono essere fatte valere solo dal consumatore (art. 36, terzo comma, c.d.c.), sicché la nullità del contratto di apertura di credito amorfo o fido di fatto può essere fatta valere solo dal consumatore e non anche dalla banca; parimenti come riconosciuto anche da parte della giurisprudenza, la nullità del contratto per carenza di forma può essere rilevata d'ufficio dal giudice, ma solo nell'interesse del consumatore. Ne consegue un indubbio ridimensionamento della disciplina vincolistica della forma scritta dei contratti bancari, la quale ha una funzione protettiva dei consumatori e deve pertanto essere intesa esclusivamente con questa finalità.

In definitiva, non sono ovviamente sufficienti queste poche notazioni per dar conto di un libro molto accurato, ben scritto, estremamente completo e ricco di spunti, la cui consultazione appare imprescindibile per chiunque si occupi di contratti bancari e più in generale del consumatore.