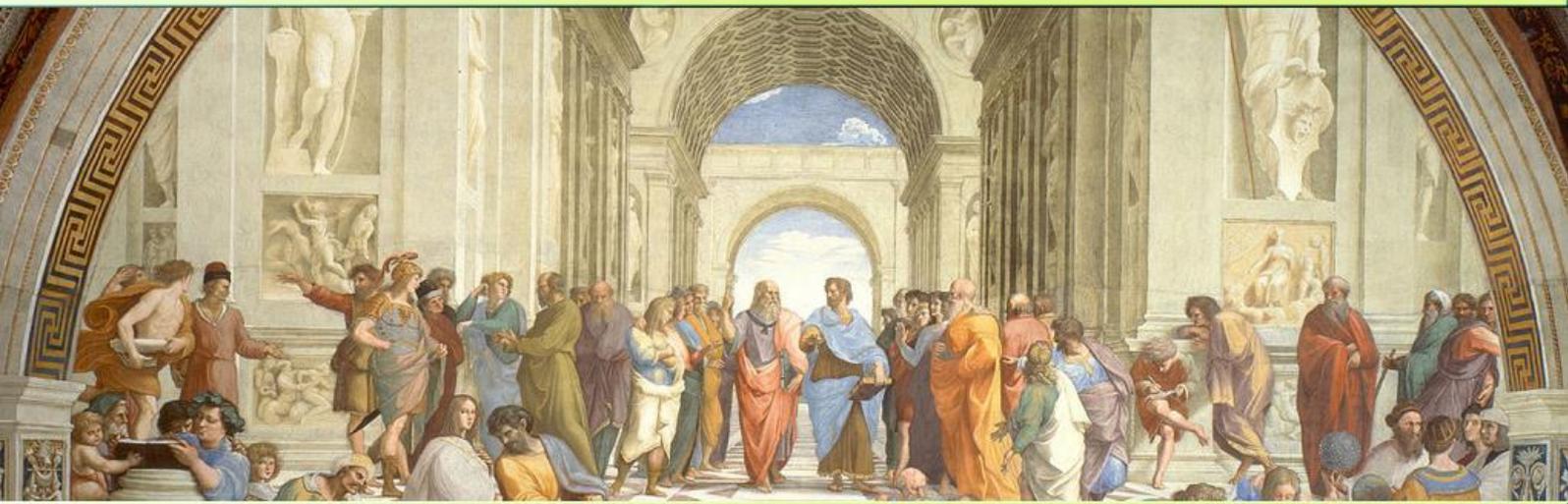


# JUS CIVILE

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



**3/2024**

*maggio-giugno*



**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

*pag.*

### **Articoli e Saggi**

Il ricongiungimento familiare tra <i>partner</i> stranieri nel diritto dell'immigrazione* <i>di Luisa Pascucci</i>	456
Responsabilità contrattuale e intelligenza artificiale* <i>di Mirko Faccioli</i>	472
La terza direttiva sul credito al consumo ed il rimborso anticipato del credito: un'occasione per discutere di questioni ancora aperte* <i>di Tiziana Rumi</i>	491
Mercato digitale e danno da prodotti* <i>di Carlotta De Menech</i>	512
Negoziare la convivenza. Note di diritto comparato ed europeo* <i>di Marina Federico</i>	528
Clausola penale, risarcimento del danno, e autonomia privata* <i>di Andrea Arfani</i>	548
La conclusione degli accordi di conciliazione alla luce della riforma c.d. Cartabia, loro pubblicità ed esecuzione* <i>di Massimo Saraceno</i>	559
<b>Giurisprudenza italiana</b>	
La servitù di parcheggio al vaglio delle Sezioni Unite* <i>di Luigi Alfonso Vitolo</i>	577

---

\* Contributo sottoposto a revisione.

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



LUISA PASCUCCI

Professoressa associata di Diritto privato – Università degli Studi di Brescia

## IL RICONGIUNGIMENTO FAMILIARE TRA PARTNER STRANIERI NEL DIRITTO DELL'IMMIGRAZIONE \*

SOMMARIO: 1. La nozione di «familiare» ammesso al ricongiungimento nella tratatizia formulazione dell'art. 29 t.u.imm. – 2. Il ricongiungimento familiare dopo la legge 76/2016: l'insufficienza del dato positivo. – 3. La questione (residua) del ricongiungimento familiare fra partner di unioni registrate di diritto straniero. – 4. Il ricongiungimento tra conviventi more uxorio: un vuoto di tutela da (ri)comporre in via ermeneutica.

1. – Il ricongiungimento familiare – una delle principali declinazioni del più ampio diritto all'unità familiare – consente al cittadino extraeuropeo che soggiorni regolarmente in Italia di essere raggiunto dai familiari provenienti da altri Paesi (artt. 28, 29 e 30 D.Lgs. 25 luglio 1998, n. 286, «Testo unico delle disposizioni concernenti la disciplina dell'immigrazione e norme sulla condizione dello straniero», *infra* t.u.imm.)<sup>1</sup>. Un diritto che, sebbene da annoverare tra i diritti fondamentali dell'uomo<sup>2</sup>, stenta a trovare una tutela di caratte-

\* Il saggio è destinato agli *Studi in onore di Michele Sesta*, di prossima pubblicazione.

<sup>1</sup> In senso tecnico, è dunque predicabile (*recte*, esercitabile) nei confronti dei familiari *che risiedono all'estero*, ai fini del rilascio di un visto di ingresso e conseguentemente di un permesso di soggiorno per motivi familiari (art. 29 e art. 30, comma 1, lett. a, t.u.imm.). Mentre la coesione familiare – ipotesi specificamente disciplinata dall'art. 30, comma 1, lett. c, t.u.imm. – è una particolare *species* di ricongiungimento familiare *effettuato direttamente in Italia*, dato che non presuppone la preventiva richiesta da parte del cittadino straniero del nulla osta allo Sportello Unico Immigrazione della Prefettura competente, né la successiva richiesta da parte del familiare di un visto d'ingresso per motivi familiari: la richiamata norma prevede che il permesso di soggiorno per motivi familiari sia rilasciato al familiare straniero già regolarmente soggiornante in Italia, con titolo al soggiorno per motivo diverso da quello per famiglia, in possesso di tutti i requisiti previsti per il ricongiungimento con altro cittadino straniero regolarmente soggiornante sul territorio, nel qual caso il permesso di soggiorno del familiare è convertito in permesso per motivi familiari.

<sup>2</sup> Oltre a potersi genericamente ricondurre nell'alveo delle norme costituzionali a tutela dell'unità familiare (artt. 2, 29, 30, 31 Cost.), detto diritto è altresì positivamente riconosciuto da innumerevoli accordi internazionali, quali l'art. 10 della Convenzione internazionale sui diritti del fanciullo firmata a New York il 20 novembre 1989; l'art. 44, n. 2 della Convenzione internazionale sui diritti dei lavoratori migranti e delle loro famiglie firmata a New York il 18 novembre 1990; l'art. 17 del Patto internazionale sui diritti civili e politici firmato a New York il 16 dicembre 1966; l'art. 8 della Convenzione europea per la salvaguardia dei diritti dell'uomo e delle libertà fondamentali (di seguito CEDU), firmata a Roma il 4 novembre 1950, a tutela del diritto al rispetto della vita privata e familiare, e il pressoché omologo art. 7 della Carta dei diritti fondamentali dell'Unione europea, proclamata a Nizza il 7 dicembre 2000, che con l'entrata in vigore del Trattato di Lisbona (1° dicembre 2009) ha acquisito il medesimo valore giuridico dei Trattati. Nella giurisprudenza europea, per la qualificazione del diritto al ricongiungimento familiare quale diritto fondamentale dell'uomo: Corte giust., Grande Sez., 27 giugno 2006, c. 540/03, Parlamento europeo c. Consiglio dell'Unione europea, in <https://eur-lex.europa.eu>, e in *Fam. pers. succ.*, 2006, 957 ss.; nella giurisprudenza costituzionale italiana cfr. Corte cost., 18 luglio 2013, n. 202, in *De Jure*, anche se è costante l'affermazione per cui il diritto al ricongiungimento familiare assurge a diritto inviolabile dell'uomo solo con riferimento alla famiglia nucleare: fra tante, Corte cost., ord. 26 settembre 2007, n. 335, in *Fam. dir.*, 2008, 117 ss., con nota



re assoluto, tanto nella giurisprudenza della Corte costituzionale<sup>3</sup>, quanto in quella della Corte europea dei diritti dell'uomo<sup>4</sup> e della Corte di giustizia<sup>5</sup>, essendo da bilanciare con il concorrente interesse dello Stato ospitante a controllare i flussi migratori in entrata. Questo in considerazione del fatto che l'ingresso dello straniero nel territorio nazionale coinvolge svariati interessi pubblici (sicurezza, ordine pubblico, sanità), la cui ponderazione spetta al legislatore interno, chiamato a bilanciare il diritto al ricongiungimento familiare con il diritto, preteso di pari dignità e rango, di presidiare le proprie frontiere e di regolamentare, nell'esercizio della propria sovranità, il flusso migratorio in entrata, con l'unico limite che le scelte, pur discrezionali, non risultino manifestamente irragionevoli<sup>6</sup>. Peraltro, con l'entrata in vigore del Trattato di Amsterdam (1° maggio 1999), è stata riconosciuta alla (allora) Comunità europea una competenza concorrente in materia di immigrazione, essendosi "comunitarizzate" materie (immigrazione, rilascio di visti, concessione di asilo, cooperazione giudiziaria in materia civile) sino ad allora trattate esclusivamente in ambito intergovernativo, ossia interamente rimesse al potere decisionale degli Stati membri. Al Consiglio è stato così attribuito il compito di adottare misure in materia di politica di immigrazione, fatto salvo il diritto degli Stati membri di mantenere o introdurre *ex novo* norme di diritto interno compatibili con il Trattato medesimo. E sulla base di ciò è stata adottata – in funzione di armonizzazione – la direttiva 2003/86/CE relativa al diritto al ricongiungimento familiare dei cittadini extra U.E. legalmente soggiornanti nel territorio di uno Stato membro dell'Unione. Una direttiva a lungo osteggiata dagli Stati membri, perché giudicata poco sensibile alle prerogative dagli stessi vantate in materia di immigrazione. E, verosimilmente per questo, recepita con notevole ritardo dall'Italia, con D.Lgs. 8 gennaio 2007, n. 5 («Attuazione della direttiva 2003/86/CE relativa al diritto di ricongiungimento familiare»), che ha emendato in più punti il D.Lgs. n. 286/1998, già precedentemente modificato con legge 30 luglio 2002, n. 189 (c.d. legge Bossi-Fini), la quale aveva introdotto sensibili limitazioni alla concessione del visto di ingresso per ricongiungimento familiare.

In attuazione della direttiva, il decreto n. 5/2007, oltre a disciplinare *ex novo* il ricongiungimento familiare del rifugiato (art. 29-*bis* t.u.imm.), ha semplificato le procedure e mitigato le condizioni per la riunificazione familiare dei cittadini di Paesi terzi legalmente soggiornanti in Italia, espungendo dalla pregressa formulazione (artt. 28, 29, 30 t.u.imm.) tutta una serie di requisiti difficilmente accertabili nella prassi operativa, che la legge Bossi-Fini aveva introdotto nell'intento di contenere le riunificazioni familiari entro i limiti di un ordinato flusso migratorio. In particolare, non è stata più richiesta, per i figli minori con cui ricongiungersi, la condizione di familiari «a carico»; né, per i figli maggiorenni, una «invalidità totale», essendo divenuta sufficiente un'impossibilità di provvedere alle indispensabili esigenze di vita in ragione del loro stato di salu-

di L. PASCUCCI, *Il ricongiungimento familiare nell'interpretazione della Corte Costituzionale*; Corte cost., ord. 23 dicembre 2005, n. 464, in *De Jure*; Ead., 8 giugno 2005, n. 224, in *Riv. dir. int. priv. proc.*, 2005, 851; Ead., ord. 9 novembre 2006, n. 368, in *De Jure*.

<sup>3</sup> Fra tante, Corte cost., 21 novembre 1997, n. 353, in *Dir. e giur.*, 1998, 203; Corte cost., ord. 4 luglio 2001, n. 232, in *Giur. cost.*, 2001, 2066; Corte cost., 14 maggio 2006, n. 158, in *D&G*, 2006, 22, 36; Corte cost., ord. 26 settembre 2007, n. 335, cit.; Corte cost., 8 luglio 2010, n. 250, in *De Jure*; Corte cost., 6 luglio 2012, n. 172, in *De Jure*; Corte cost., 18 luglio 2013, n. 202, cit.

<sup>4</sup> Cfr. Corte EDU, 19 febbraio 1996, ric. n. 23218/94, *Gul v. Svizzera*; Ead., 21 giugno 1988, ric. n. 10730/84, *Berrehab c. Olanda*; Ead., 28 maggio 1985, ric. nn. 9214/80, 9473/81, 9474/81, *Abdulaziz, Cabales and Balkandali c. Regno Unito*: tutte reperibili in [www.echr.coe.int](http://www.echr.coe.int); similmente Ead., 11 luglio 2002, ric. n. 56811/00, *Amrollahi c. Danimarca*; Ead., 24 novembre 2009, ric. n. 1820/08, *Omojudi c. Regno Unito*; Ead., 22 marzo 2007, ric. n. 1638/03, *Maslov c. Austria*; Ead., 17 aprile 2003, ric. n. 52853/99, *Ylmaz c. Germania*: tutte reperibili in [www.echr.coe.int](http://www.echr.coe.int); e, più di recente, Corte EDU, Grande Camera, 9 luglio 2021, ric. n. 6697/18, *M.A. c. Danimarca*, in *Giur. it.*, 2021, 2060 ss.

<sup>5</sup> Cfr., fra tante, Corte giust., Grande Sez., 27 giugno 2006, c. 540/03, *Parlamento europeo c. Consiglio dell'Unione europea*, cit.

<sup>6</sup> In tal senso Corte cost., ord. 4 luglio 2001, n. 232, cit.; Corte cost., ord. 26 settembre 2007, n. 335, cit.; Corte cost., 16 maggio 2008, n. 148, in *Foro it.*, 2008, I, c. 2774; Corte cost., 18 luglio 2013, n. 202, cit.; Corte EDU, Grande Camera, 9 luglio 2021, ric. n. 6697/18, *M.A. c. Danimarca*, cit.



te; quanto ai genitori dell'avente diritto al ricongiungimento, è stata eliminata la necessità dell'accertamento dell'esistenza o meno di «altri figli nel Paese d'origine», limitandosi la legge a richiedere la mancanza di un adeguato sostegno familiare nel Paese di provenienza (art. 29 t.u.imm., *post* modifiche 2007). Ma per quello che più interessa in questa sede, e cioè lo specifico tema del ricongiungimento tra parti di unioni non coniugali, l'attuazione della direttiva europea si arresta qui, posto che il D.Lgs. n. 5/2007 non ha (ac)colto i segnali di apertura con cui la medesima aveva – pur timidamente – inteso allargare la cerchia, se non strettamente dei «familiari» (art. 4, parr. 1 e 2), in ogni caso dei beneficiari di ricongiungimento, riconoscendo agli Stati membri la possibilità di autorizzare, per via legislativa o regolamentare, il ricongiungimento con il «partner non coniugato cittadino di un paese terzo che abbia una relazione stabile duratura debitamente comprovata con il soggiornante» o con il «cittadino di un paese terzo legato al soggiornante da una relazione formalmente registrata», nel quale ultimo caso anche «decide[ndo] ... di riservar[gli] ... lo stesso trattamento previsto per i coniugi» (art. 4.3). E, stando al tenore letterale delle disposizioni europee, neutro sotto il profilo del “genere” (non essendo richiesta la diversità di sesso tra i *partner*), erano da intendersi incluse le coppie non sposate omosessuali, purché ovviamente legate da una relazione stabile duratura provata o da una unione formalmente registrata.

Invero, la disciplina interna di attuazione – pur, come accennato, eliminando alcuni requisiti restrittivi – non ha punto ampliato la cerchia dei familiari ammessi al ricongiungimento ai sensi dell'art. 29 t.u.imm., ricomprendendo unicamente: *a*) il coniuge; *b*) i figli minori, anche del coniuge o nati fuori del matrimonio, non coniugati a condizione che l'altro genitore, qualora esistente, abbia dato il suo consenso; *c*) i figli maggiorenni non autosufficienti per ragioni di salute; *d*) i genitori a carico che non dispongano di adeguato sostegno familiare nel Paese d'origine o di provenienza. Tantomeno l'elenco dei familiari è stato integrato dagli emendamenti successivi, che, anzi, hanno reintrodotta la più parte dei requisiti restrittivi di cui alla legge Bossi-Fini<sup>7</sup>, ammettendo al ricongiungimento: *a*) il coniuge non legalmente separato e di età non inferiore ai diciotto anni<sup>8</sup>; *b*) i figli minori, anche del coniuge o nati fuori del matrimonio, non coniugati, a condizione che l'altro genitore, qualora esistente, abbia dato il suo consenso; *c*) i figli maggiorenni a carico, impossibilitati alle proprie indispensabili esigenze di vita in ragione di uno stato di salute che comporti invalidità totale; *d*) i genitori a carico che non abbiano altri figli nel Paese di origine ovvero i genitori ultrasessantacinquenni qualora gli altri figli siano impossibilitati al loro sostentamento per gravi motivi di salute. Con il che, ad immutato (*ad caput rationem*) testo dell'art. 29 t.u.imm., al *partner* straniero è rimasto inibito l'accesso al ricongiungimento familiare con lo straniero legalmente soggiornante in Italia<sup>9</sup> a lui legato da una relazione stabile duratura debitamente attestata o da una relazione formalmente registrata.

Dal canto suo, la giurisprudenza di legittimità<sup>10</sup> non ha ritenuto di poter procedere ad alcuna interpreta-

<sup>7</sup> Il riferimento è, in particolare, alla modifica del 2008 (D.Lgs. 3 ottobre 2008, n. 160), che ci consegna la norma – osserva P. MOROZZO DELLA ROCCA, *Il diritto all'unità familiare e le sue discipline*, in Id. (a cura di), *Immigrazione, asilo e cittadinanza*, 5. ed., Santarcangelo di Romagna, 2021, 133 – «nella sua formulazione storicamente più severa». I successivi emendamenti apportati all'art. 29 t.u.imm. con l. n. 94/2009, D.Lgs. n. 18/2014, d.l. n. 13/2017 e d.l. n. 18/2020 non hanno, invece, inciso sulla cerchia dei «familiari» ammessi al ricongiungimento, che, dunque, rimane invariata dal 2008.

<sup>8</sup> Dunque, il matrimonio del minorenni, pur ammesso in Italia ai sensi dell'art. 84 c.c., non dà diritto al ricongiungimento familiare rispetto agli stranieri.

<sup>9</sup> Per quanto riguarda, invece, il ricongiungimento del cittadino di Stato extra U.E. con cittadino italiano o con cittadino U.E. soggiornante in Italia, vige la diversa disciplina – di maggior favore – di cui al D.Lgs. n. 30/2007, attuativo della direttiva 2004/38/CE relativa al diritto dei cittadini dell'Unione e dei loro familiari di circolare e di soggiornare liberamente nel territorio degli Stati membri, su cui v. cenni in par. 4, e, *funditus*, L. PASCUCCI, *Diritto all'unità familiare dello straniero e “nuovi” modelli di convivenza*, Napoli, 2023, 25 ss., 68 ss., 87 ss., 133 ss.

<sup>10</sup> Cass., 17 marzo 2009, n. 6441, in *Nuova giur. civ. comm.*, 2009, pt. I, 829 ss., con nota di L. PASCUCCI, *Coppie di fatto e ricongiungimento familiare: la messa a punto della Cassazione*, in *Fam. dir.*, 2009, 454 ss., con nota di M. ACIERNO, *Ricongiungimento*



zione estensiva della nozione di «familiare» delineata dalla legislazione sull'immigrazione, sulla base del rilievo che alcuna norma costituzionale impone una tale opzione interpretativa. Invero – osserva la S.C. – la Corte costituzionale, chiamata a verificare la compatibilità della ristretta cerchia di familiari di cui agli artt. 29 e 30 t.u.imm. con gli artt. 2, 3 e 29 Cost., ha avuto modo di escludere il contrasto sulla base del rilievo che «l'inviolabilità del diritto all'unità familiare [...] deve ricevere la più ampia tutela con riferimento alla famiglia nucleare, eventualmente in formazione, e quindi in relazione al ricongiungimento dello straniero con il coniuge e i figli minori» mentre negli altri casi il legislatore, che in materia gode di un'ampia discrezionalità limitata solo dal vincolo che le scelte non risultino manifestamente irragionevoli, può bilanciare il diritto dello Stato a regolamentare l'ingresso in Italia e il diritto degli stranieri all'unità familiare, che rispetto al primo assume pari dignità e rango [...]»<sup>11</sup>.

2. – L'Italia ha regolamentato le unioni civili tra persone dello stesso sesso e le convivenze di fatto omo o eterosessuali con l. 20 maggio 2016, n. 76 («Regolamentazione delle unioni civili tra persone dello stesso sesso e disciplina delle convivenze»). La legge, al comma 20 del suo unico articolo, dispone che «al solo fine di assicurare l'effettività della tutela dei diritti e il pieno adempimento degli obblighi derivanti dall'unione civile tra persone dello stesso sesso, le disposizioni che si riferiscono al matrimonio e le disposizioni contenenti le parole “coniuge”, “coniugi” o termini equivalenti, ovunque ricorrono nelle leggi, *negli atti aventi forza di legge*, nei regolamenti nonché negli atti amministrativi e nei contratti collettivi, si applicano anche ad ognuna delle parti dell'unione civile tra persone dello stesso sesso». Con il che, già in virtù di questa previsione<sup>12</sup>, si potevano estendere al cittadino di Stato terzo parte di un'unione civile omosessuale – quantomeno di diritto italiano – le disposizioni del t.u.imm. sul ricongiungimento familiare tra *coniugi* (art. 29 e art. 30, comma 1, lett. *a*) e sul permesso di soggiorno per motivi familiari (art. 30, comma 1, lettere *b* e *c*). Per fugare (*recte*, con pretesa di fugare) qualsivoglia dubbio interpretativo è, in ogni caso, intervenuto il Ministero dell'Interno, con Circolare n. 3511 del 5 agosto 2016, che ha precisato che, data la disposizione del comma 20 di cui all'art. 1 della legge 76/2016, «in virtù delle nuove disposizioni normative, il diritto al ricongiungimento familiare di cui all'art. 29 e seguenti del D.Lgs. n. 286/1998 (T.U. Immigrazione), si estende ai cittadini stranieri dello stesso sesso uniti civilmente. Pertanto, sarà possibile richiedere il nulla osta al ricongiungimento familiare a favore del *partner* unito civilmente purché maggiorenne e non legalmente separato». Dunque le disposizioni del testo unico sull'immigrazione in materia di ricongiungimento familiare tra coniugi (art. 29) e di rilascio di permesso di soggiorno per motivi familiari al coniuge o comunque al familiare (art. 30) si estendono anche alle parti dell'unione civile tra persone dello stesso sesso «costituita» – precisa la Circolare – «in Italia o all'estero». Nella Circolare viene, altresì, esplicitato che la domanda di ricongiungi-

---

*familiare per le coppie di fatto: la pronuncia della Cassazione*, in *Corr. giur.*, 2010, 91, con nota di B. NASCIMBENE, *Unioni di fatto e matrimonio fra omosessuali. Orientamenti del giudice nazionale e della Corte di Giustizia*, in *Giur. it.*, 2009, 2644, con nota di R. DE MEIO e V. MANCINELLI, *Convivenza e ricongiungimento familiare*, *ivi*, 2009, 2644, con nota di P. VALORE, *Identità di sesso e ricongiungimento familiare*.

<sup>11</sup> Cass., 17 marzo 2009, n. 6441, cit.

<sup>12</sup> Ordinariamente letta come una «clausola generale di equivalenza» al matrimonio (così è definita nel parere approvato dalla 2<sup>a</sup> Commissione permanente: cfr. il resoconto sommario n. 351 del 16 novembre 2016), almeno con riguardo ai cosiddetti effetti “pubblicistici” o “indiretti”, quali quelli prevalentemente disciplinati al di fuori del codice civile, le cui disposizioni, invece, valgono per l'unione civile solo se espressamente richiamate dalla l. n. 76/2016: cfr. R. CAMPIONE, *L'unione civile tra disciplina dell'atto e regolamentazione dei rapporti di carattere personale*, in M. Blasi-R. Campione-A. Figone-F. Mecenate-G. Oberto, *La nuova regolamentazione delle unioni civili e delle convivenze*, Torino, 2016, 6.



mento deve essere corredata dalla documentazione prevista dall'art. 29, comma 3, t.u.imm., e cioè atta a comprovare la disponibilità di un alloggio e di un reddito rispondenti a determinati parametri; ed aggiunto che la documentazione comprovante l'unione civile, costituita tanto in Italia quanto all'estero, va prodotta alla Rappresentanza Diplomatica o Consolare Italiana competente, per la verifica dell'autenticità della stessa e il conseguente rilascio del visto di ingresso per motivi familiari. Si dispone, infine, che permangono in vigore le disposizioni più favorevoli previste all'art. 29-*bis* t.u.imm. per i rifugiati e i beneficiari di protezione sussidiaria. Vero è che, nonostante la positiva equiparazione degli uniti civilmente ai *coniugi* ai sensi del comma 20 della legge 76/2016 e le precisazioni contenute nella Circolare ministeriale, la mancanza di un coordinamento legislativamente (im)posto tra discipline normative o comunque di una "disciplina" attuativa più pregnante di quella (pur utilmente) resa in via amministrativa, con un adeguamento, se del caso, anche testuale delle norme del t.u.imm. alla novella del 2016, lascia residuare – come si dirà nel prosieguo dell'indagine – questioni interpretative di non sempre agevole composizione.

Venendo alle convivenze *more uxorio*, la legge n. 76/2016 non ha – come noto – carattere generale e omnicomprensivo, avendo sostanzialmente equiparato i conviventi ai coniugi soltanto in relazione a taluni profili, quali – ivi in estrema sintesi – ordinamento penitenziario, malattia e ricovero, abitazione nella casa di comune residenza, accesso agli alloggi dell'edilizia popolare, diritti nell'impresa familiare, risarcimento del danno per morte del convivente di fatto, diritto agli alimenti in caso di cessazione della convivenza per il *partner* che versi in stato di bisogno e non sia in grado di provvedere al proprio mantenimento. Sì che, *stricto iure*, le convivenze di fatto (omo o eterosessuali) rimangono attualmente prive di tutela in ordine al ricongiungimento familiare, giacché non testualmente ammesse all'esercizio di detto diritto da alcuna norma espressa o di rinvio contenuta nella legge 76/2016, tantomeno da qualsivoglia clausola generale di equiparazione al matrimonio (operante per le sole unioni civili). Vige, dunque, inalterato il "vecchio" testo di cui all'art. 29 t.u.imm., che ammette al ricongiungimento – per quel che riguarda le relazioni affettive – soltanto i coniugi, e va ora esteso, come visto, ai soli uniti civilmente (art. 1, comma 20, l. 76/2016). Sì che si tratterà di ragionare della legittimità ed opportunità di detta scelta legislativa e del diverso regime vigente per modelli familiari.

**3.** – Volendo esplicitare la clausola di equiparazione ai coniugi (art. 1, comma 20, l. 76/2016) ai fini che ci occupano, deve dunque ritenersi che, come previsto dagli artt. 29 e 30 t.u.imm. nei riguardi del *coniuge* (e più in generale dei *familiari*, primo fra tutti il coniuge), il cittadino di Stato terzo:

I) se *non residente in Italia*, possa ivi ricongiungersi con il *partner* omosessuale straniero che soggiorni regolarmente in Italia, o con il cittadino italiano o con il cittadino U.E. residente in Italia<sup>13</sup>, a lui legato da unione civile (art. 29 e art. 30, comma 1, lett. *a*, t.u.imm.); e potrebbe essere – stando alla summenzionata Circolare – un'unione civile di diritto italiano, eventualmente celebrata all'estero presso un consolato italiano allorché la coppia sia formata da un cittadino italiano, quanto un'unione civile costituita all'estero secondo legge straniera. È, in sostanza, la fattispecie "tipica" di ricongiungimento familiare: allo straniero *provenien-*

---

<sup>13</sup> Riguardo al ricongiungimento con il cittadino europeo (compreso il cittadino italiano) va, però, segnalata la sovrapposizione dell'ambito di applicazione dell'art. 30, comma 1, t.u.imm. con la disciplina (di maggior favore) di derivazione europea a tutela della libertà di circolazione e soggiorno dei familiari di cittadini europei (D.Lgs. n. 30/2007), a norma dell'art. 28, comma 2, t.u.imm. e dell'art. 23 D.Lgs. n. 30/2007. Si che l'art. 30 t.u.imm. conserva, a ben vedere, un (più) utile ambito di applicazione relativamente alle fattispecie di ricongiungimento (e coesione familiare) fra *partner* entrambi stranieri. V. *infra*, par. 4.



te da Paese terzo<sup>14</sup>, se comprovati documentalmente i presupposti per essere ammesso al ricongiungimento con il familiare (tra cui la disponibilità di un alloggio e di un reddito rispondenti a determinati parametri), viene rilasciato un visto di ingresso e, conseguentemente, un permesso di soggiorno per motivi familiari ex art. 30, comma 1, lett. a, t.u.imm., avente la stessa durata del permesso di soggiorno del soggetto rispetto al quale si esercita il ricongiungimento e rinnovabile con quest'ultimo;

II) se già regolarmente soggiornante, ad altro titolo, da almeno un anno, in Italia, ed ivi contraiga unione civile con cittadino italiano o con cittadino di uno Stato membro dell'Unione europea ovvero con cittadini stranieri regolarmente soggiornanti, potrà ottenere il permesso di soggiorno per motivi familiari che l'art. 30, comma 1, lett. b, t.u.imm. testualmente riserva a chi contraiga matrimonio in Italia;

III) se già legalmente soggiornante in Italia, potrà ivi ricongiungersi (*recte*, esercitare il diritto alla coesione familiare) con lo straniero regolarmente soggiornante o con cittadino italiano o con cittadino di altro Stato U.E. residente in Italia a lui legato da unione civile (contratta in Italia o all'estero), ottenendo all'uopo un permesso di soggiorno per motivi familiari con cui si converte il titolo di soggiorno precedente purché non scaduto da oltre un anno (art. 30, comma 1, lett. c, t.u.imm.).

Tra le principali questioni che si pongono (*recte*, residuano) all'attenzione dell'interprete in ragione, come si accennava, da un lato, di un coordinamento (quello attuato dalla Circolare) "debole" e non perspicuo in ogni suo punto, dall'altro, e, a monte, delle stesse zone d'ombra della legge 76/2016, v'è quella dell'ammissibilità del ricongiungimento familiare fra *partner* di unioni civili (*recte*, unioni non coniugali omosessuali) contratte all'estero (*recte*, di diritto straniero). Dal canto suo, la menzionata Circolare ha espressamente ammesso al ricongiungimento familiare anche le unioni civili di cittadinanza interamente non europea formalizzatesi all'estero (costituite «in Italia o all'estero»). Tuttavia, il Ministero dell'Interno si è limitato a disporre che l'unito civilmente che invoca il ricongiungimento deve produrre «la documentazione comprovante l'unione civile alla rappresentanza Diplomatica o Consolare Italiana competente per la verifica di autenticità e conseguente rilascio del visto di ingresso per motivi familiari». Come opportunamente rilevato in dottrina, è da presumere che sia onere dei richiedenti il ricongiungimento familiare «dimostrare che la loro relazione assume, nel Paese dove è stata costituita, una rilevanza giuridica equivalente a quella assunta dall'unione civile nell'ordinamento interno»<sup>15</sup>, e cioè sia sostanzialmente equivalente al matrimonio. «Onere di certo semplificato ove sia la stessa autorità diplomatica italiana a certificare detta equivalenza, ma è facile prevedere che non sempre *partnership* confrontabili per la loro rilevanza giuridica nel Paese di costituzione all'unione civile di diritto italiano saranno considerate equivalenti dagli uffici consolari, a causa di differenze più o meno rilevanti»<sup>16</sup>. Con il che, al cospetto di una minoranza di stranieri che riuscirà a provare la sostanziale equivalenza del vincolo affettivo contratto nello Stato terzo all'unione civile di diritto italiano, e per tale via ad essere ammessa al ricongiungimento, è presumibile che la più parte delle coppie di cittadini (entrambi) stranieri legati da una relazione omosessuale pur disciplinata dall'ordinamento giuridico di appartenenza si troverà inibita all'esercizio del ricongiungimento ove il vincolo non sia riconducibile all'istituto dell'unione civile di diritto italiano, e cioè non risulti equiparabile per effetti al matrimonio. Per esempio ove il Paese

<sup>14</sup> Le lettere b) e c) dell'art. 30 t.u.imm. – su cui v. immediatamente *infra*, nel testo – riguardano, invece, i familiari già presenti in Italia, i quali non sono quindi entrati a titolo di ricongiungimento familiare. Anche ad essi, alle condizioni ivi previste, può essere rilasciato il permesso di soggiorno per motivi familiari, c.d. ricongiungimento familiare *sur place*, che costituisce «una preziosa occasione di consolidamento della regolarità del soggiorno o anche di regolarizzazione»: così P. MOROZZO DELLA ROCCA, *Il diritto all'unità familiare e le sue discipline*, cit., 142.

<sup>15</sup> P. MOROZZO DELLA ROCCA, *Il diritto alla coesione familiare prima e dopo la legge n. 76 del 2016*, in *Giur. it.*, 2017, 587.

<sup>16</sup> P. MOROZZO DELLA ROCCA, *Immigrazione e modelli familiari*, in *Enc. dir.*, I *Tematici*, IV, Milano, 2022, 634, che pur precisa che «questa operazione ermeneutica trova ... limite nella necessità di governo dei fenomeni migratori, richiedendo comunque una ragionevole consistenza dell'istituto straniero oggetto della comparazione».



terzo presso cui si è costituito il vincolo non preveda né il matrimonio né l'unione civile per persone dello stesso sesso, ma ammetta una forma di convivenza registrata (*recte*, formalizzata) con effetti minori e non assolutamente equivalenti a quelli del matrimonio. In dottrina, in relazione a dette fattispecie (*id est*, un rapporto affettivo registrato o comunque attestato presso lo stato civile di uno Stato terzo, ma non equiparabile al matrimonio e per l'effetto nemmeno all'unione civile di diritto italiano) è stato proposto di adottare una interpretazione costituzionalmente orientata atta a «ritenere equivalente all'unione civile di diritto italiano anche forme straniere di riconoscimento del rapporto di coppia omosessuale operate dal diritto straniero mediante effetti giuridici di minore consistenza, in quanto, al di là del contenuto, esse costituiscono l'unica forma ammessa che *in loco* consenta la costituzione di una famiglia *same-sex*, svolgendo così, sia pure con diversità di contenuto performativo, la medesima funzione fondamentale che caratterizza l'istituto dell'unione civile nel diritto italiano»<sup>17</sup>. Va da sé che ove il ricongiungimento familiare tra stranieri (*id est*, tra soggetti entrambi stranieri) fosse stato *de plano* concesso, *ex lege* 76/2016, anche ai conviventi di fatto (oltre che agli uniti civilmente), ecco allora che le unioni non coniugali omosessuali di diritto straniero che pur non potessero trovare tutela – per non equiparabilità, nello Stato di costituzione, al matrimonio – *sub specie* di «unione civile» di diritto italiano, o comunque ad essa riconducibile, potrebbero quantomeno ricevere protezione – ai fini del ricongiungimento che ci occupa – *sub specie* di (*id est*, riqualificate in) «convivenze di fatto» ai sensi della legge 76/2016 e correlative norme di conflitto. Ma, come vedremo<sup>18</sup>, è solo con uno sforzo interpretativo (se non manipolativo) che anche l'istituto della convivenza formalizzata di cui alla legge 76/2016 (tanto etero quanto omosessuale) può valere ai fini del ricongiungimento familiare fra stranieri, *id est* tra cittadini (entrambi) di Stati terzi, rispetto ai quali – come si dirà – non potrebbero supplire le norme più favorevoli di derivazione unionale a tutela della convivenza.

Problematico è, del pari, il ricongiungimento per le unioni non coniugali eterosessuali di diritto straniero, e cioè forme di unione dagli effetti pur sostanzialmente equipollenti al matrimonio e dunque tecnicamente equiparabili all'unione civile di diritto italiano, se non per il fatto di essere formate da persone non dello stesso sesso, e che allora fuoriescono dal perimetro di tutela della legge 76/2016 (o quantomeno dalle norme di essa dedicate all'unione civile) e dai conseguenti effetti utili, ai sensi del comma 20, quale quello del ricongiungimento familiare. Invero, il D.Lgs. 19 gennaio 2017 n. 7 («Modifiche e riordino delle norme di diritto internazionale privato per la regolamentazione delle unioni civili, ai sensi dell'articolo 1 comma 28, lettera b), della legge 20 maggio 2016, n. 76»), in vigore dall'11 febbraio 2017, ha lasciato totalmente irrisolta la sorte (*id est*, gli effetti in Italia) delle unioni civili costituite all'estero tra *partner* di sesso opposto. Con il che, posto che l'unione civile eterosessuale non è prevista nell'ordinamento né è (*stricto iure*) riconoscibile quella contratta all'estero, secondo taluni interpreti<sup>19</sup> per risolvere il problema non rimarrebbe che fare ricorso, nel silenzio normativo, all'applicazione analogica dei nuovi artt. 32-*ter* e ss. l. 218/1995 concernenti l'unione civile *same-sex*. Sì che l'unione eterosessuale produrrebbe effetti in Italia alla stregua dei criteri di collegamento dettati dal richiamato art. 32-*ter*, ossia, in linea di principio, ai sensi della legge del Paese di costituzione dell'unione (comma 4), sempre che il vincolo sia valido per requisiti di capacità e forma e, cioè, se contratto all'estero da cittadini (come ai fini che interessano in questo studio) entrambi stranieri, ove la

<sup>17</sup> P. MOROZZO DELLA ROCCA, *Immigrazione e modelli familiari*, cit., 634.

<sup>18</sup> V. *infra*, par. 4.

<sup>19</sup> C. CAMPIGLIO, *La disciplina delle unioni civili transnazionali e dei matrimoni esteri tra persone dello stesso sesso*, in *Riv. dir. int. priv. proc.*, 2017, 39 ss., spec. 66, che osserva: «Il rifiuto di riconoscere *status* personali validamente costituiti all'estero potrebbe esporre il nostro Paese a censure a livello sovranazionale per violazione del principio comunitario di libera circolazione delle persone e dei relativi *status*, nonché del principio di non discriminazione in base all'orientamento sessuale»; F. PESCE, *Forum: La disciplina internazionalprivatistica italiana delle unioni civili/4*, in <https://crossborder.live>; D. ZANNONI, *Gli effetti nell'ordinamento italiano delle unioni civili e dei matrimoni "same-sex" conclusi all'estero*, in DPCE online, 2020, fasc. 1, 255.



legge nazionale consenta le unioni civili fra persone di sesso diverso (comma 1) e, quanto alla forma, l'unione sia valida ai sensi della legge del luogo di costituzione (o in base agli ulteriori criteri dettati dal comma 3). Salvo ipotizzare – laddove si ritenesse l'unione straniera rigorosamente irriducibile, in ragione della diversità di sesso dei contraenti, al modello italiano di unione civile – una riqualificazione (declassamento) dell'unione eterosessuale in convivenza, con conseguente applicazione, in via analogica, dell'art. 30-*bis* l. 218/1995<sup>20</sup>. Vero è che, da un lato, è solo in via interpretativa che – come accennato e come meglio osserveremo – i conviventi di fatto stranieri possono essere ammessi al ricongiungimento familiare. Dall'altro, rimane comunque il fatto che la correlativa norma di conflitto (art. 30-*bis* l. 218/1995) offre una soluzione soltanto parziale, atteso che si limita a designare la legge applicabile al «contratto di convivenza», che le parti possono stipulare per regolare gli aspetti patrimoniali<sup>21</sup> dell'unione, mentre risultano attualmente sfornite di disciplina di conflitto tutte le questioni non suscettibili di essere regolate su base contrattuale<sup>22</sup>.

In conclusione, pare potersi ritenere che il ricongiungimento familiare ai sensi dell'art. 29 t.u.imm. sia da intendersi esteso, come peraltro emerge dalla Circolare, anche ai *partner* di unioni costituite all'estero secondo il diritto straniero, ma – salvo interpretazioni particolarmente estensive –: a condizione di una loro equiparabilità per effetti al matrimonio (anche) nel Paese di costituzione; e in ogni caso nei limiti di riconoscibilità internazionalprivatistica dettati dall'art. 32-*ter* l. 218/1995. Nella delineata prospettiva, le unioni omosessuali non riducibili – per minori effetti – al modello di unione civile di diritto italiano o le unioni che esulano totalmente dal perimetro di tutela della legge e (che si ritiene esulino) anche dalle correlative norme di conflitto (quali le unioni eterosessuali) potrebbero ricevere tutela nei limiti di una riqualificazione/degradazione in convivenze *more uxorio*; ma il condizionale è d'obbligo, date – come accennato e come *infra* meglio osserveremo – l'irrelevanza, a rigor di legge, della convivenza *more uxorio* ai fini del ricongiungimento familiare e in ogni caso la insufficienza dei criteri dettati dalle novelle norme di conflitto, di cui pur fare applicazione analogica.

Va infine dato conto – posto che è sempre questione di riconoscimento in Italia di un'unione contratta all'estero, sia pur, nella specie, coniugale – che, nel silenzio normativo, rimane allo stato dibattuta l'ammissibilità del ricongiungimento familiare fra coniugi *same-sex*, o, ciò che è lo stesso, la riconoscibilità in Italia del matrimonio omosessuale contratto all'estero come situazione legittimante – *inter alia* – il ricongiungimento familiare<sup>23</sup>. Ora, come noto, a seguito della entrata in vigore della legge Cirinnà, e della relativa disciplina attuativa, è stato testualmente previsto che i matrimoni omosessuali celebrati da cittadini italiani all'estero producano gli effetti dell'unione civile regolata dalla legge italiana (neo-introdotta art. 32-*bis* l. 218/1995 e art. 1, comma 28, l. 76/2016). Tuttavia, l'art. 32-*bis* non interviene sull'efficacia in Italia dei matrimoni omosessuali contratti all'estero da due cittadini stranieri, e la sua formulazione è dubbia anche con riguardo a quelli celebrati fra uno straniero ed un cittadino italiano (c.d. matrimoni misti). Sul punto è intervenuta la Corte di Cassazione, la quale ha applicato il medesimo regime giuridico di cui all'art. 32-*bis* ai ma-

<sup>20</sup> C. CAMPIGLIO, *La disciplina delle unioni civili transnazionali e dei matrimoni esteri tra persone dello stesso sesso*, cit., 66; D. ZANNONI, *Gli effetti nell'ordinamento italiano delle unioni civili e dei matrimoni "same-sex" conclusi all'estero*, cit., 254.

<sup>21</sup> Tuttavia, sull'utilizzo – e pretesa utilità – del «contratto di convivenza» agli specifici fini (pur extrapatrimoniali) che ci occupano, o, più esattamente, al fine di comprovare la convivenza sulla cui base poi richiedere un permesso di soggiorno per motivi familiari, sia consentito rinviare a L. PASCUCCI, *Diritto all'unità familiare dello straniero e "nuovi" modelli di convivenza*, cit., 87 ss. Si veda, comunque, un accenno alla questione in par. 4, nota 45.

<sup>22</sup> Il rilievo è di D. ZANNONI, *Gli effetti nell'ordinamento italiano delle unioni civili e dei matrimoni "same-sex" conclusi all'estero*, cit., 255.

<sup>23</sup> Potendo ivi limitare a brevi cenni, sia consentito rinviare a L. PASCUCCI, *Diritto all'unità familiare dello straniero e "nuovi" modelli di convivenza*, cit., 114 ss.



trimoni misti, con dunque necessaria conversione dell'unione coniugale in unione civile, mentre ha escluso l'applicazione della norma all'ipotesi in cui venga richiesto il riconoscimento di un matrimonio contratto all'estero da due cittadini stranieri, il quale andrà trascritto «come tale, senza operare alcuna conversione», conservando l'efficacia originaria<sup>24</sup>. Di conseguenza, per il matrimonio *same-sex* contratto all'estero da cittadini entrambi di Stati terzi, il meccanismo di riconoscimento sarà quello generalmente applicabile in base alle norme di diritto internazionale privato, con conseguente operatività dei criteri di collegamento stabiliti negli articoli da 26 a 30 l. 218/1995 o, ove applicabili, dei regolamenti U.E. in materia matrimoniale<sup>25</sup>; il riconoscimento sarà cioè «subordinato – oltre che all'accertamento della validità formale del matrimonio sulla base delle leggi alternativamente richiamate dall'art. 28 della legge n. 218/1995 – al fatto che, fatti salvi gli effetti del rinvio, la legge nazionale di entrambi i coniugi, richiamata dal precedente art. 27, preveda il matrimonio omosessuale»<sup>26</sup>. Ecco allora che dovendosi riconoscere piena efficacia di matrimonio – in base alla legge nazionale dello straniero che lo ammetta – alle unioni coniugali omosessuali contratte all'estero da cittadini entrambi stranieri, ai componenti di dette unioni dovrebbe, per l'effetto, essere consentito, in quanto a tutti gli effetti coniugi, di godere – *inter alia* – del diritto al ricongiungimento familiare come positivamente riconosciuto ai coniugi (eterosessuali) dall'art. 29 t.u.imm. Peraltro, ove uno dei coniugi sia un cittadino U.E. avvalsi della libertà di circolazione e soggiorno in altro Stato membro (ma lo stesso varrebbe per il cittadino U.E. che facesse rientro nel suo Stato d'origine dopo aver esercitato la libertà di circolazione)<sup>27</sup> e, cioè, ove il cittadino di Stato terzo abbia contratto matrimonio omosessuale con un cittadino dell'Unione durante il soggiorno in altro Stato membro, la questione si fa più piana, posto che il diritto unionale – *recte* l'interpretazione dello stesso fornita dalla Corte di giustizia – si è in tempi recenti aperto al ricongiungimento fra coniugi dello stesso sesso divenuti tali in uno Stato membro<sup>28</sup>. Invero, nel noto caso *Coman*, la Corte di Giustizia, rovesciando il suo iniziale approccio, ha per la prima volta preso posizione sulla nozione di «coniuge» ai sensi dell'art. 2, par. 2, lett. a, direttiva 2004/38/CE<sup>29</sup>, accogliendone una nozione evolutiva e autonoma, neutra sotto il profilo del genere, idonea a ricomprendere qualunque persona legata al cittadino dell'Unione da un valido vincolo matrimoniale, a prescindere dal sesso<sup>30</sup>. Di qui, a pena di determinare un trattamento differenziato basato sulla nazionalità, privo di una giustificazione oggettiva e ragionevole, la lettura evolutiva di coniuge fatta propria dalla Corte di Giustizia pur agli specifici fini della direttiva 2004/38/CE dovrebbe

<sup>24</sup> Cass., 14 maggio 2018, n. 11696, in *Nuove leg. civ. comm.*, 2018, 1436 ss., con nota (critica) di V. CAREDDA, *Matrimonio "misto": efficacia e trascrivibilità*, e in *Fam. dir.*, 2019, 136 ss., con nota di M.L. SERRA, *Sulla trascrizione del matrimonio omosessuale estero e diritti fondamentali della persona*.

<sup>25</sup> Cass., 14 maggio 2018, n. 11696, cit.

<sup>26</sup> D. DAMASCELLI, *La legge applicabile ai rapporti patrimoniali tra coniugi, uniti civilmente e conviventi di fatto nel diritto internazionale privato italiano e europeo*, in *Riv. dir. int.*, 2017, 1103 ss., spec. par. 2.

<sup>27</sup> V. *infra*, in nota 43.

<sup>28</sup> Per una più approfondita disamina della questione cfr. L. PASCUCI, *Diritto all'unità familiare dello straniero e "nuovi" modelli di convivenza*, cit., 126 ss.

<sup>29</sup> Direttiva 2004/38/CE del Parlamento europeo e del Consiglio, relativa al diritto dei cittadini dell'Unione e dei loro familiari di circolare e di soggiornare liberamente nel territorio degli Stati membri, che modifica il regolamento (CEE) n. 1612/68 ed abroga le direttive 64/221/CEE, 68/360/CEE, 72/194/CEE, 73/148/CEE, 75/34/CEE, 75/35/CEE, 90/364/CEE, 90/365/CEE e 93/96/CEE (su cui v. ancora *infra*, par. 4).

<sup>30</sup> Corte giust., Grande Sez., 5 giugno 2018, n. 673, *Coman e a. c. Inspectoratul General pentru Imigrari e Ministerul Afacerilor Interne*, in *Fam. dir.*, 2019, 113, con nota di E. AMBROSINI, *Matrimoni omosessuali e libera circolazione. Regole europee e interpretazioni evolutive*, in *Ilfamiliarista.it*, 4 luglio 2018, con nota di G. PIZZOLANTE, *Matrimonio same-sex quale presupposto giuridico per l'applicazione di norme materiali europee*, e in *Nuova giur. civ. comm.*, 2018, 1573, con nota di E. CHIARETTO, *Libera circolazione dei coniugi dello stesso sesso nell'Unione Europea*.



essere importata anche nel diritto dell'immigrazione (art. 29, comma 1, lett. *a*, t.u.imm. e art. 4.1, lett. *a*, direttiva 2003/86/CE), offrendo così un ulteriore e più certo indice a favore del ricongiungimento familiare fra coniugi omosessuali di cittadinanza interamente extraeuropea.

4. – *Stricto iure*, i conviventi di fatto (omo o eterosessuali) non sono ammessi al ricongiungimento familiare, essendo mancata qualsivoglia norma espressa o di rinvio nella legge 76/2016 che (quantomeno formalmente) autorizzi a ciò. Vige, dunque, inalterato il “vecchio” testo di cui all’art. 29 t.u.imm., la cui formulazione restrittiva, anche per come emendata nel 2007 in attuazione della direttiva 2003/86/CE (che pur aveva formalmente aperto ai partenariati) e dai successivi interventi normativi<sup>31</sup>, ammette al ricongiungimento soltanto il coniuge, i figli ed i genitori, e nulla concede ai conviventi, inibendo dunque il ricongiungimento del *partner* straniero con il cittadino di Stato terzo già legalmente soggiornante in Italia. *Si mantiene*, con ciò, il differente regime tra matrimonio e convivenze di fatto (*recte*, la totale assenza di tutela per il ricongiungimento fra conviventi). Epperò, al contempo *si introduce*, con la legge medesima, una differenza di regime tra convivenze di fatto (omo o eterosessuali) e unioni civili (omosessuali), queste ultime soltanto ammesse al ricongiungimento per effetto della clausola di estensione del comma 20. Una esclusione, o, più correttamente, dato il silenzio legislativo, una omissione – *cave*, più realisticamente deliberata<sup>32</sup>, anziché frutto di un mancato coordinamento – che non si spiega agevolmente, ora che (anche) la convivenza di fatto<sup>33</sup> di cui alla legge 76/2016, pur riconducibile all’art. 2 Cost., anziché all’art. 29 Cost., assurge a «*famiglia in senso formale*, elevandosi ... su un piano diverso dal fatto sociale della convivenza e dunque della vita familiare senza qualificazione»<sup>34</sup>, sì che anche detto modello familiare dovrebbe rilevare ai fini del riconoscimento del ricongiungimento in quanto – appunto – anche i conviventi assurgono a (nuovi) «*familiari*» da poter includere nell’elenco di cui all’art. 29 t.u.imm. Come rilevato dal Tar Calabria – in materia di ricongiungimento familiare in ambito militare (normativa interna dell’Arma dei carabinieri) – si deve «dare atto dell’evoluzione del concetto di famiglia comprensivo anche delle unioni di fatto tra individui (anche dello stesso sesso), e della progressiva valorizzazione della convivenza stabile quale fonte di effetti giuridici rilevanti» (par. 6.3 della

<sup>31</sup> V. *supra*, par. 1, nota 7.

<sup>32</sup> Trattasi, invero, di una precisa opzione – rispetto agli istituti non richiamati – di “non tutela”. Del resto, con specifico riferimento al ricongiungimento familiare, che qui ci occupa, i tentativi (ed *input*) di modifica dell’art. 29 t.u.imm., volti ad estendere il ricongiungimento anche fra *partner* di fatto, sono tutti andati deserti. Invero, non solo il legislatore del 2007 non ha punto recepito – come visto – le (pur prudenti) aperture contenute nella direttiva 2003/86/CE a favore del ricongiungimento fra *partner* di «relazioni stabili durature debitamente comprovate» (oltre che fra *partner* di «relazioni formalmente registrate»). Ma anche dopo l’entrata in vigore della legge 76/2016, quando i tempi potevano – e possono – ritenersi ormai maturi per una mutata sensibilità e percezione delle categorie di «*familiari*» da ammettere al ricongiungimento, ogni proposta di integrazione in tal senso (*id est*, di inclusione dei conviventi di fatto nel catalogo dei «*familiari*» da ammettere al ricongiungimento) è naufragata. Si pensi, in particolare, alla proposta di legge recante «Modifiche alla disciplina in materia di immigrazione e condizione dello straniero. [...]», presentata alla Camera il 6 agosto 2018, in Atti parl. Cam., XVIII legislatura, doc. n. 1076, ove all’art. 24 si propone di equiparare alle unioni civili le stabili convivenze registrate ai fini del diritto all’unità familiare. Ciò mediante l’aggiunta all’art. 29 t.u.imm. del seguente comma 2-*bis*: «Ai fini di cui al presente testo unico sono equiparati al coniuge la persona che ha legalmente costituito con il soggiornante un’unione civile non sciolta o un altro tipo di unione legalmente riconosciuta nello Stato di origine con un’altra persona dello stesso sesso, il *partner* non coniugato che ha una relazione stabile e duratura debitamente comprovata con il soggiornante e lo straniero non coniugato legato al soggiornante da una relazione formalmente registrata».

<sup>33</sup> Con la precisazione che «L’espressione “di fatto” connota semplicemente il modo il cui la fattispecie viene in essere (*rebus ip-sis et factis*, appunto, e non per effetto di un negozio giuridico)», ferme restando le conseguenze che ne derivano in base alla legge: G. OBERTO, *La famiglia di fatto. Introduzione alla “Riforma Cirinnà”*, in *Dir. fam. pers.*, 2019, 711.

<sup>34</sup> P. MOROZZO DELLA ROCCA, *Immigrazione e modelli familiari*, cit., 636.



sentenza), sì che «l'esclusione della convivenza *more uxorio* – stabile ed accertata secondo la legge 76/2016 – dal novero delle situazioni che legittimano il ricongiungimento familiare, appare irragionevole» (par. 7.1 della sentenza)<sup>35</sup>.

*Cave*, ciò della cui ragionevolezza si dubita non è l'esclusione dei soli conviventi di fatto *eterosessuali* dal novero dei soggetti ammessi al ricongiungimento familiare, bensì la scelta di escludere i conviventi *tout court* (tanto eterosessuali quanto omosessuali). La legge 76/2016 non ha, invero, perpetrato alcuna discriminazione in ragione dell'orientamento sessuale, nella misura in cui non ha comunque ammesso al ricongiungimento tanto i conviventi di fatto omosessuali quanto quelli eterosessuali. Né può dirsi aver discriminato le coppie non coniugate eterosessuali rispetto alle coppie non coniugate dello stesso sesso per aver ammesso al ricongiungimento le sole unioni civili (omosessuali): invero, a fondamento della predetta scelta legislativa, milita il “consueto” argomento per cui i conviventi di fatto eterosessuali possono scegliere, in alternativa, la tutela piena del matrimonio, viceversa inibita alle coppie omosessuali; in altri termini, le coppie eterosessuali, avendo libero accesso all'istituto del matrimonio, ove vogliano *inter alia* ricongiungersi, possono (*recte*, debbono) sposarsi. Infatti, posto che, ai sensi della legge 76/2016, l'unione civile omosessuale si atteggia pressoché a tutti gli effetti a matrimonio, mentre le convivenze di fatto (aperte tanto agli eterosessuali quanto agli omosessuali) no, si realizza una tutela quasi perfettamente simmetrica (c.d. a doppio binario) tra coppie omosessuali, che possono scegliere tra unione civile e convivenza di fatto, e coppie eterosessuali, che possono scegliere tra matrimonio e convivenza di fatto.

Ecco allora che la scelta di denegar tutela – agli effetti, *inter alia*, del ricongiungimento familiare – ai conviventi di fatto, proprio perché tanto eterosessuali quanto omosessuali, non può reputarsi illegittima – *id est* discriminatoria – sotto il profilo dell'orientamento sessuale, ma semmai inopportuna, o financo irragionevole, nel contesto di valorizzazione del modello pluralistico e, dunque, in ragione della pari dignità assunta – per effetto delle indicazioni provenienti dalla Corte costituzionale<sup>36</sup> e dalla Corte europea dei diritti dell'uomo<sup>37</sup> – dai nuovi modelli familiari, e dunque in ossequio ad un fondamentale principio di uguaglianza sostanziale che, in relazione a specifiche situazioni, conduce (*recte*, può condurre) ad un trattamento omogeneo tra la condizione della coppia coniugata e quella della coppia non coniugata (tanto eterosessuale, quanto omosessuale)<sup>38</sup>, specie laddove siano coinvolti *diritti fondamentali* della persona. Del resto, pur se appaiono

<sup>35</sup> TAR Calabria, 10 maggio 2019, n. 321, in *Foro it.*, 2019, 10, III, c. 561, e in *Ifamiliarista.it*, 2019.

<sup>36</sup> Per formazione sociale *ex art. 2 Cost.* dovendosi, invero, intendere ogni forma di comunità, semplice o complessa, idonea a consentire e favorire il libero sviluppo della persona nella vita di relazione, nel contesto di una valorizzazione del modello pluralistico; nella quale nozione è da annoverare anche la stabile convivenza tra due persone, di sesso opposto o dello stesso sesso, cui spetta il diritto fondamentale di vivere liberamente una condizione di coppia: cfr. Corte cost., 15 aprile 2010, n. 138, in *Giust. civ.*, 2010, I, 1294, e in *Iustitia*, 2010, 311, con nota di M. COSTANZA

<sup>37</sup> Cfr., fra tante, Corte EDU, 13 giugno 1979, ric. n. 6833/74, Marckx c. Belgio; Ead., Grande Camera, 22 aprile 1997, ric. n. 21830/93, X., Y. e Z. c. Regno Unito; Ead., 1° giugno 2004, ric. n. 45582/99, L. c. Paesi Bassi: tutte reperibili in [www.echr.coe.int](http://www.echr.coe.int); v. anche Ead., 23 febbraio 2016, ric. n. 68453/13, Pajic c. Croazia, in *Giur. it.*, 2016, 2336, con nota di C. SPERTI, *Rilascio del permesso di soggiorno per motivi familiari anche a partner dello stesso sesso*. Con specifico riferimento alle coppie omosessuali, Corte Edu, 24 giugno 2010, ric. n. 30141/04, Schalk e Kopf c. Austria, in [www.echr.coe.int](http://www.echr.coe.int); Ead., Grande Camera, 7 novembre 2013, ric. nn. 29381/09 e 32684/09, Vallianatos e a. c. Grecia, *ibidem*; Ead., 21 luglio 2015, ric. nn. 18766/11 e 36030/11, Oliari e altri c. Italia, *ibidem*; Ead., 30 giugno 2016, ric. n. 51362/09, Taddeucci e McCall c. Italia, in *Giur. it.*, 2017, 584 ss., con nota di P. MOROZZO DELLA ROCCA, *Il diritto alla coesione familiare prima e dopo la legge n. 76 del 2016*, cit.; Ead., 14 dicembre 2017, ric. nn. 26431/12, 26742/12, 44057/12 e 60088/12, Orlandi and others vs Italy, in *Rivista di Diritti Comparati*, 2019, 1 ss., con nota di F. DEANA, *Diritto alla vita familiare e riconoscimento del matrimonio same-sex in Italia: note critiche alla sentenza Orlandi e altri contro Italia*.

<sup>38</sup> Sull'impiego del controllo di ragionevolezza in funzione della tutela di specifiche situazioni, rispetto alle quali può porsi la necessità di un trattamento omogeneo tra la condizione della coppia coniugata e quella della coppia non coniugata (tanto eterosessuale, quanto, come nella specie esaminata dalla Corte, omosessuale): Corte cost., 15 aprile 2010, n. 138, cit.



ragionevoli i minori effetti ricollegati a forme di tutela meno intense e più leggere, quale la convivenza di fatto regolamentata, in ragione di quel bisogno di degiuridificazione, di «rivendicazione di libertà e di autonomia», di «rifiuto di burocratizzare il rapporto», di «ricerca di una più autentica spontaneità dei sentimenti»<sup>39</sup> che ha indotto le parti a sottrarsi, per ragioni pratiche ovvero ideologiche, alla vincolatività del matrimonio o comunque (specie quanto alle coppie omosessuali) ad un modello di unione ad esso equipollente, non per questo però le coppie possono essere private di taluni diritti, specie se *fondamentali*, quale certamente è il diritto al ricongiungimento familiare<sup>40</sup>, da ricondurre ai diritti della personalità e che assurge a principale (e pressoché unico) strumento di attuazione e soddisfazione del diritto alla «vita familiare» fra persone provenienti da Paesi diversi (nella specie, l'una legalmente soggiornante in Italia e l'altra residente all'estero).

È sotto altro profilo che si perpetra, invece, a tutti gli effetti, una discriminazione. Invero, laddove la coppia sia formata da *almeno un cittadino U.E.* si applica, in luogo del (più restrittivo) testo unico sull'immigrazione, il regime di maggior favore di cui al D.Lgs. 6 febbraio 2007, n. 30, disciplina di recepimento della direttiva 2004/38/CE sul ricongiungimento familiare dei cittadini U.E. che abbiano (*recte*, purché abbiano) esercitato la libertà di circolazione e soggiorno in uno Stato membro diverso da quello di origine, che ha esteso il diritto alla riunificazione familiare a ben altri modelli di convivenza rispetto al “mero” coniugio eterosessuale di cui all'art. 29 t.u.imm. Invero, oltre al ricongiungimento fra *partner* di una «unione registrata» (art. 2, lett. *b*, punto 2, D.Lgs. n. 30/2007, conforme all'art. 2.2, lett. *b*, direttiva 2004/38/CE), l'art. 3, comma 2, lett. *b*, D.Lgs. n. 30/2007, in attuazione<sup>41</sup> dell'omologa previsione della direttiva (art. 3.2, lett. *b*), ammette – *recte*, prescrive che gli Stati membri ospitanti *agevolino*<sup>42</sup> – il ricongiungimento fra il cittadino U.E. spostatosi tra almeno due Stati membri (nella specie, il cittadino proveniente da un diverso Stato U.E. che soggiorni in Italia) ed il *partner* straniero a lui legato da una «relazione stabile debitamente attestata con documentazione ufficiale». E la medesima disciplina opera nei confronti del cittadino italiano che, dopo essersi spostato in altro Stato membro, abbia fatto rientro nel suo Paese d'origine e ivi intenda godere del diritto all'unità familiare con il *partner* a lui legato da una relazione stabile, stante la previsione dell'art. 23, comma 1, D.Lgs. n. 30/2007, che estende le disposizioni del decreto medesimo, se più favorevoli (come senz'altro sono quelle che accolgono una nozione ampia di «familiare», o comunque di «altro familiare» o «avente diritto» all'ingresso e soggiorno in territorio U.E.), ai familiari non aventi la cittadinanza italiana di cittadini italiani che abbiano esercitato il diritto di libera circolazione in ambito europeo<sup>43</sup>. Per il vero, un analogo di-

<sup>39</sup> I virgolettati da E. ROPPO, *Come tutelare la famiglia di fatto?*, in *Pol. dir.*, 1980, 18 ss.

<sup>40</sup> Sul diritto alla vita familiare (anche) dello straniero quale diritto fondamentale dell'uomo, protetto dalla Costituzione e dall'art. 8 CEDU, fra tante, Corte cost., 18 luglio 2013, n. 202, cit.; Ead., 25 luglio 2011, n. 245, in *Giust. civ.*, 2011, I, 1933, e in *Foro it.*, 2012, I, c. 362. V. anche Cass., 6 ottobre 2023, n. 28612, in *De Jure*.

<sup>41</sup> Attuazione, per il vero, *restrittiva*, per quel che concerne i mezzi di prova atti ad accertare la relazione di fatto: non potendosi trattare in questa sede, sia consentito rinviare a L. PASCUCCI, *Diritto all'unità familiare dello straniero e “nuovi” modelli di convivenza*, cit., 38 ss., e *ivi* ogni ulteriore riferimento bibliografico.

<sup>42</sup> Invero, a differenza di quanto previsto con riguardo ai *coniugi* nonché ai *partner* di una *unione registrata*, il godimento della vita familiare fra *partner* di una *relazione stabile debitamente attestata* (art. 3, comma 2, lett. *b*, D.Lgs. n. 30/2007) è ammesso – conformemente alla direttiva (art. 3.2, lett. *b*) – non *sub specie* di diritto *pieno* ed *automatico* all'ingresso e soggiorno, bensì nei termini di un diritto *all'agevolazione* dell'ingresso e del soggiorno.

<sup>43</sup> Ricordiamo, peraltro, che è pacifico nella stessa giurisprudenza della Corte di Giustizia che, sebbene la direttiva 2004/38/CE si applichi a tutti i cittadini dell'Unione che si spostano in uno Stato membro diverso (c.d. Stato ospitante) da quello di cui hanno la cittadinanza, la stessa possa essere applicata anche ai cittadini dell'Unione che *ritornano* nel proprio Stato di origine dopo aver esercitato il diritto alla libera circolazione (e dunque soggiornato) in altro Stato dell'Unione, i quali dunque godono degli stessi diritti derivanti dalla direttiva, posto che, diversamente, il cittadino U.E. verrebbe dissuaso dall'esercitare il proprio diritto di circolazione, atte-



ritto di ingresso e soggiorno spetta al familiare (compreso il *partner*, data la più generosa elencazione contenuta nella normativa di derivazione europea) extra U.E. del cittadino italiano che non abbia esercitato la libertà di circolazione in territorio U.E. e, cioè, del cittadino italiano c.d. statico che intenda vivere in Italia con il – come qui rileva – *partner* straniero a lui legato da una relazione stabile debitamente attestata, posto che l'art. 23, comma 1-*bis*, D.Lgs. n. 30/2007 (comma introdotto dal d.l. n. 69/2023) dispone che al familiare extra U.E. sia rilasciato un permesso di soggiorno per motivi di famiglia, della durata di cinque anni, rinnovabile a scadenza e convertibile in permesso di soggiorno per motivi di lavoro, con le modalità di cui all'art. 5, comma 8, t.u.imm.<sup>44</sup>.

Dunque, una coppia di fatto, tanto etero quanto omosessuale, formata da almeno un cittadino europeo (compreso il cittadino italiano), rispetto ad una coppia formata da cittadini entrambi stranieri (recte, entrambi cittadini di Stati terzi), sarà ammessa a godere del diritto all'unità familiare ai sensi della disciplina di derivazione europea (eventualmente combinata, al cospetto di un cittadino italiano c.d. statico, con le norme del t.u.imm. per quel che concerne le modalità di rilascio e il diverso tipo e regime del titolo di soggiorno)<sup>45</sup>. Più

---

sa l'incertezza di poter mantenere, una volta rientrato nello Stato di origine, la vita familiare eventualmente iniziata nello Stato membro ospitante: cfr. Corte giust., 7 luglio 1992, c. 370/90, Singh, in <https://eur-lex.europa.eu>; Corte giust., 11 luglio 2002, c. 60/00, Carpenter, in <https://eur-lex.europa.eu>; Corte giust., 14 novembre 2017, c. 165/16, Lounes, in <https://eur-lex.europa.eu>. Ciò che è ribadito, più di recente, da Corte giust., Grande Sez., 5 giugno 2018, n. 673, Coman, cit.

<sup>44</sup> Si noti, peraltro, che, fino alle sopravvenute modifiche del 2023 (interventive con d.l. 13 giugno 2023, n. 69), l'originario testo dell'art. 23 del D.Lgs. n. 30/2007 prevedeva che «Le disposizioni del presente decreto legislativo, se più favorevoli, si applicano ai familiari di cittadini italiani non aventi la cittadinanza italiana»; e, cioè, (anche) alle fattispecie meramente interne (*id est*, che si esauriscono entro un solo Stato membro per mancato esercizio della libertà di circolazione in altro Stato membro) si applicavano le disposizioni, ove più favorevoli, di derivazione europea (ovverosia le stesse disposizioni del decreto).

<sup>45</sup> Va, comunque, precisato che per quanto piano sia – *in abstracto* – il riconoscimento del diritto all'unità familiare fra *partner* di una relazione stabile debitamente attestata ove uno dei componenti la coppia sia cittadino U.E., in ogni caso – sul piano applicativo – si pongono problemi di coordinamento della normativa di derivazione europea con la sopravvenuta legge 76/2016. Invero, l'art. 3, comma 2, D.Lgs. n. 30/2007, in attuazione dell'art. 3.2 della direttiva 2004/38/CE, rimette alla legislazione dello Stato ospitante («conformemente alla sua legislazione nazionale») la scelta se autorizzare o meno l'ingresso ed il soggiorno del *partner* di fatto (*recte*, la scelta in ordine alla *agevolazione* dell'ingresso ed il soggiorno); sì che, dacché è intervenuta la legge 76/2016 a regolamentare le convivenze di fatto, si tratta di indagare se il presupposto della convivenza, da dimostrarsi, ai sensi della normativa di derivazione europea, con «documentazione ufficiale» (art. 3, comma 2, lett. *b*, D.Lgs. n. 30/2007), sia ora necessariamente da accertare mediante la dichiarazione anagrafica cui l'art. 1, comma 37, l. 76/2016 rinvia, e attorno alla quale ruota non solo il dibattito inerente la sua natura di elemento costitutivo (*id est*, presupposto della convivenza) o di strumento, pur privilegiato, di prova, ma rispetto alla quale (e, anzi, ai fini della quale) si pone anche l'interrogativo se sia, o meno, necessario il prerequisite di un titolo di soggiorno del *partner* straniero. Al riguardo si registra un contrasto, ormai radicato, tra le prassi amministrative seguite dai Comuni in ottemperanza alle indicazioni ministeriali sul punto (fra tante, Circolare 21 settembre 2021, n. 78 del Ministero dell'Interno-Dipartimento per gli affari interni e territoriali) e una più estensiva giurisprudenza (*specie*) di merito. Invero, mentre gli Uffici Anagrafe non ritengono possibile dichiarare la convivenza di fatto – presupposto per l'ammissione all'unità familiare – in mancanza del requisito previsto dall'art. 1, c. 37, l. 76/2016 e, cioè, della iscrizione anagrafica di cui al D.P.R. 223/1989, per la quale ritengono imprescindibile un valido titolo di soggiorno dello straniero, la giurisprudenza è più elasticamente orientata a non richiedere la precondizione della regolarità di soggiorno del *partner* straniero e a ritenere comprovabile la stabile convivenza con il cittadino europeo od italiano, ai fini dell'iscrizione in anagrafe, con qualunque mezzo idoneo (fra tante, Trib. Modena, 7 febbraio 2020, in *Stato civ. it.*, 2020, 5, 49 ss., con nota di P. MOROZZO DELLA ROCCA, *Può il convivente straniero del cittadino italiano o europeo iscriversi all'anagrafe senza il permesso di soggiorno?*; Trib. Milano, ord. 24 aprile 2021, in [https://www.meltingpot.org/app/uploads/2021/05/tribunale\\_milano\\_ordinanza\\_24042021.pdf](https://www.meltingpot.org/app/uploads/2021/05/tribunale_milano_ordinanza_24042021.pdf); Trib. Bologna, 3 febbraio 2020, in *Dir. imm. e citt.*, 2022, n. 2, 1; Trib. Mantova, 1° aprile 2022, in *Dir. fam. pers.*, 2022, I, 596; Trib. Venezia, 27 agosto 2021, n. 4354, in [https://www.meltingpot.org/app/uploads/2021/09/ord.\\_venezia\\_27.8.2021.pdf](https://www.meltingpot.org/app/uploads/2021/09/ord._venezia_27.8.2021.pdf); sulla non necessità di un previo soggiorno regolare, con riferimento al *partner de facto* ex art. 3, comma 2, lett. *b*, D.Lgs. n. 30/2007, v. anche Cass., 17 febbraio 2020, n. 3876, in *Guida dir.*, 2020, 12, 30; *contra*, Trib. Prato, 31 agosto 2022, in *Stato civ. it.*, 2023, 43 ss., con osservazioni di S. RAFANELLI, *Il convivente di fatto privo di permesso di soggiorno in possesso del contratto di convivenza: l'iscrizione anagrafica non è dovuta e lo dice anche il Tribunale*), specialmente mediante «contratto di convivenza», che, oltre ad essere strumento espressamente previsto dalla legge 76/2016 per regolamentare i rapporti (pur, a rigore, patrimoniali) tra conviventi e da redigersi per atto pubblico o scrittura privata



esplicitamente, il cittadino di Stato terzo, se *partner* di un cittadino U.E. o di un cittadino italiano, vedrà garantito il suo diritto all'unità familiare al seguito del convivente<sup>46</sup>, mentre il cittadino di Stato terzo *partner* di un connazionale o comunque di un cittadino di (altro) Stato extra U.E. si vedrà negata ogni possibilità di ricongiungimento. E pur pare a chi scrive che una differenza di regime tra conviventi a seconda che sia, o meno, coinvolta (e da tutelare e rendere effettiva), in ragione della nazionalità della coppia (coppia con almeno un cittadino U.E.), la libertà di circolazione in territorio U.E., materia di competenza unionale, dovrebbe (o al più potrebbe) investire le concrete *modalità di esercizio* (il *quomodo*) del diritto all'unità familiare, giustificando eventualmente un *surplus* di tutela in termini di condizioni di ingresso e soggiorno di maggior favore (agevolazioni e semplificazioni), non già *l'ammissibilità stessa* (*l'an*) di un diritto *fondamentale* della persona, che, in quanto tale, dovrebbe spettare a prescindere. Del resto, la Corte di giustizia è costante nell'affermare che il carattere *fondamentale* del diritto all'unità familiare impone, per quanto possibile, di interpretare in senso ampio le disposizioni delle direttive europee che riconoscono detto diritto e restrittivamente invece quelle che impongono limiti al suo esercizio<sup>47</sup>.

In conclusione, sia per scongiurare derive discriminatorie in ragione della nazionalità della coppia, sia per rimanere fedeli (o, più correttamente, adeguarsi) al pluralismo delle relazioni familiari<sup>48</sup> e correlativa libertà di scelta del modello d'unione cui affidare i propri sentimenti<sup>49</sup>, sia per non privare le coppie (a tutti gli ef-

---

autenticata da notaio o avvocato e da registrare all'anagrafe (art. 1, commi 50 ss., l. 76/2016), al contempo, proprio in quanto atto dotato di ufficialità, è strumento idoneo ad integrare la «documentazione ufficiale» richiesta dalla normativa di derivazione europea e dunque atto a consentire il rilascio dell'autorizzazione al soggiorno al *partner* straniero che sia privo di autonomo titolo (fra tante, Trib. Modena, 7 febbraio 2020, cit.; Trib. Bologna, 3 febbraio 2020, cit.; Trib. Milano, 24 aprile 2021, cit.; Trib. Mantova, 1° aprile 2022, cit.; Trib. Genova, 22 luglio 2022, n. 874, in <https://immigrazione.it/giurisprudenza/ambito/31/1>; Trib. Catania, 3 febbraio 2021, in [www.meltingpot.org](http://www.meltingpot.org); Trib. Benevento, 19 gennaio 2022, r.g. 4387/2021, in [www.meltingpot.org](http://www.meltingpot.org); Trib. Foggia, 30 novembre 2022, Trib. Torre Annunziata, 9 dicembre 2022, Trib. Napoli, 27 giugno 2022, Trib. Torre Annunziata, 11 novembre 2022, tutte reperibili in <https://www.questionegiustizia.it/articolo/ordinanze-contratto-convivenza>; Trib. Milano, 30 giugno 2023, in <https://www.primogrado.com/convivenza-tra-cittadino-italiano-e-cittadino-straniero-ai-fini-dell-iscrizione-anagrafica>; v. anche Cass., sez. pen., 18 ottobre 2016, n. 44182, in *De Jure*). Sia consentito rinviare a L. PASCUCCI, *Diritto all'unità familiare dello straniero e "nuovi" modelli di convivenza*, cit., 87 ss.

<sup>46</sup> Ricordiamo in ogni caso – come già accennato in nt. 42 – che il diritto all'unità familiare tra *partner* di una relazione stabile debitamente attestata, ai sensi della normativa di derivazione europea (art. 3, comma 2, lett. b, D.Lgs. n. 30/2007), non è comunque un diritto pieno ed automatico, com'è viceversa tra coniugi (art. 2, lett. b, punto 1, D.Lgs. n. 30/2007) o tra *partner* di una unione registrata in Stato U.E. (art. 2, lett. b, punto 2, D.Lgs. n. 30/2007), bensì condizionato da meccanismi di autorizzazione scervi da ogni automatismo e rimessi sostanzialmente alla discrezionalità dello Stato ospitante, cui il legislatore europeo richiede meramente di «agevolare» l'ingresso e il soggiorno del *partner* con cui il cittadino dell'Unione abbia una relazione stabile debitamente attestata (art. 3, comma 2, D.Lgs. n. 30/2007). Sia consentito rinviare a L. PASCUCCI, *Diritto all'unità familiare dello straniero e "nuovi" modelli di convivenza*, cit., 25 ss.

<sup>47</sup> Nella specie, si trattava proprio della direttiva 2003/86/CE sul ricongiungimento familiare fra cittadini entrambi di Stati extra U.E.: cfr. Corte giust., 4 marzo 2010, c. 578/08, Chakroun c. Minister van Buitenlandse Zaken, su cui A. ADINOLFI, *Il diritto alla vita familiare nella giurisprudenza della Corte di Giustizia dell'Unione europea*, in *Riv. dir. int.*, 2011, 1, 14 ss.

<sup>48</sup> Sull'evoluzione della famiglia italiana e della sua disciplina giuridica, attraverso i numerosi passaggi che hanno condotto alle nuove regole delle odierne multiformi e plurali relazioni familiari, cfr. M. SESTA, *Mezzo secolo di riforme (1970-2020)*, in *Fam. dir.*, 2021, 17 ss.; ID., *Matrimonio e famiglia a cinquant'anni dalla legge suo divorzio*, in *Riv. dir. civ.*, 2020, 1177 ss.; ID., *La disciplina dell'unione civile tra tutela dei diritti della persona e creazione di un nuovo modello familiare*, in *Fam. dir.*, 2016, 881 ss.; ID., *Unione civile e convivenze: dall'unicità alla pluralità dei legami di coppia*, in *Giur. it.*, 2016, 1792 ss.; L. BALESTRA, *Diritto di famiglia, prerogative della persona e Carta costituzionale: settant'anni di confronto*, in *Giust. civ.*, 2018, 245 ss.; e già ID., *L'evoluzione del diritto di famiglia e le molteplici realtà affettive*, in *Riv. trim. dir. proc. civ.*, 2010, 1105 ss.

<sup>49</sup> Invero, mentre coppie con *almeno un cittadino U.E.* avrebbero (*recte*, hanno) effettiva libertà di scelta in ordine al modello d'unione entro cui ricondurre la propria relazione, potendo in ogni caso beneficiare (sia pur con un diverso grado di intensità della tutela) dei diritti ricollegati alla formalizzazione, nell'una o nell'altra veste, dell'unione, le coppie formate da *cittadini entrambi di Stati terzi*, per godere del diritto all'unità familiare, dovrebbero (*recte*, devono) necessariamente scegliere, se eterosessuali, il modello



fetti formazioni sociali ex art. 2 Cost.) di diritti fondamentali, parrebbe corretto adottare – sulla scia, peraltro, di attenta giurisprudenza amministrativa<sup>50</sup> – una interpretazione correttiva (estensiva) del t.u.imm. (e per il vero, a monte, della stessa legge 76/2016), da (etero) integrare con le norme costituzionali e con le norme convenzionali a tutela dei diritti fondamentali della persona, qual è il diritto al godimento della vita familiare *sub specie* di diritto all’unità familiare, da riconoscersi – per un fondamentale principio di uguaglianza sostanziale ex art. 3, comma 2, Cost. e connesso controllo di ragionevolezza<sup>51</sup> – anche ai *partner* di fatto<sup>52</sup>, giacché – come chiarito dalla Corte EDU anche in questa materia<sup>53</sup> – la nozione di «vita privata e familiare» di cui all’art. 8, par. 1, CEDU include ormai non solo le relazioni consacrate nel matrimonio, ma anche le unioni di fatto e, più in generale, ogni legame personale esistente nella prassi i cui membri (omo o eterosessuali) vivano insieme e stabilmente<sup>54</sup>. Del resto, il “crisma” di una relazione non dovrebbe costituire un di-

---

dell’unione coniugale, e, se omosessuali, quello dell’unione civile: l’incentivo alla celebrazione di matrimoni, per le coppie (straniere) eterosessuali, e di unioni civili per le coppie (straniere) omosessuali, sarebbe allora evidente (ancor più che per la celebrazione di unione civile, così come per la celebrazione del matrimonio, e diversamente dalla dichiarazione anagrafica riguardante la stabile convivenza, non sarebbe richiesta la condizione di regolarità del soggiorno).

<sup>50</sup> Cons. St., sez. IV, 17 giugno 2020, n. 3896, in *Foro amm. CDS*, 2020, 1189 (in una fattispecie di ricongiungimento familiare in ambito militare, ai sensi della normativa interna dell’Arma dei carabinieri). Il Consiglio di Stato, già in suo primo intervento del 2017, aveva accolto – ai precisi fini del diritto dell’immigrazione e nella specie con riguardo al rilascio del permesso di soggiorno per motivi familiari ai sensi dell’art. 30, comma 1, lett. b, t.u.imm. – una nozione nuova ed evolutiva del concetto di famiglia, comprensiva anche delle convivenze *more uxorio* tra individui (tanto eterosessuali, quanto omosessuali): Cons. St., sez. III, 31 ottobre 2017, n. 5040, in *D&G*, 6 novembre 2017, con nota di M. BOMBI.

<sup>51</sup> Ricordiamo, infatti, che l’ormai costante giurisprudenza della Corte costituzionale è nel senso di accordare, sì, discrezionalità al Parlamento nell’individuare le forme di garanzia e di riconoscimento per le unioni affettive diverse da quella matrimoniale, ma senza per questo denegare la possibilità di intervenire a tutela di specifiche situazioni con il controllo di ragionevolezza, come infatti più volte occorso per le convivenze *more uxorio*: cfr. Corte cost., 15 aprile 2010, n. 138, cit.; Ead., 23 settembre 2016, n. 213, in *Giur. cost.*, 2016, 5, 1659; Ead., 7 aprile 1988, n. 404, in *Giust. civ.*, 1988, I, 1654, in *Giur. cost.*, 1988, I, 1789, in *Foro it.*, 1988, I, c. 2515; Ead., 20 dicembre 1989, n. 559, in *Giust. civ.*, 1990, I, 612; Ead., 6 luglio 1994, n. 281, in *Fam. dir.*, 1994, 485 ss. In dottrina, sull’argomento (ivi senza alcuna pretesa di esaustività), G. PERLINGIERI, *Profili applicativi della ragionevolezza nel diritto civile*, Napoli, 2015, *passim*. Secondo N. LIPARI, *Dottrina e giurisprudenza quali fonti integrate del diritto*, in *Riv. trim. dir. proc. civ.*, 2016, 1153 ss., ora in ID., *Il diritto civile tra legge e giudizio*, Milano, 2017, 44, «il principio di ragionevolezza ha soppiantato ogni modo di argomentare in chiave di deduttività ed è diventato il metodo giuridico fondamentale». In argomento v. anche A. RICCI, *Il criterio della ragionevolezza nel diritto privato*, Padova, 2007, *passim*. Approfondita indagine sul criterio ermeneutico di ragionevolezza *in subiecta materia* in A. ALPINI, *Ragionevolezza e proporzionalità nel processo di erosione del c.d. automatismo espulsivo dello straniero*, in G. Perlingieri-A. Fachechi (a cura di), *Ragionevolezza e proporzionalità nel diritto contemporaneo*, I, Napoli, 2017, 47 ss.; e in G. CARAPEZZA FIGLIA, *Condizione giuridica dello straniero e legalità costituzionale*, in *Riv. dir. civ.*, 2018, 950 ss., spec. par. 3.

<sup>52</sup> Naturalmente, in un’ottica di estensione della disciplina del ricongiungimento familiare anche ai conviventi di fatto ai sensi del testo unico dell’immigrazione (*id est*, tra *partner* entrambi di Stati terzi), si rende necessario individuare un modello di convivenza che possa risultare concretamente e utilmente “servibile”, posto che – come accennato in nota 45 – l’adempimento costituito dall’iscrizione anagrafica di cui alla legge Cirinnà «sembra ... comportare, a sua volta, la necessità dell’attualità della residenza di entrambi i conviventi nel territorio comunale dell’ufficio anagrafico dove viene operata la registrazione (...); nonché (e soprattutto) il possesso da parte di entrambi dei documenti di autorizzazione al soggiorno (senza i quali la legge anagrafica non consente la registrazione)» (così P. MOROZZO DELLA ROCCA, *Il ricongiungimento con il familiare residente all’estero: categorie civilistiche e diritto dell’immigrazione*, Torino, 2020, 27-28), sicché lo straniero non ancora soggiornante in Italia come potrebbe divenire formalmente parte di tale convivenza? Dovrebbe, cioè, munirsi – per fare ingresso in Italia – di un titolo di soggiorno per motivi diversi ed autonomi (per es., turismo, lavoro, studio) rispetto alla sussistenza del rapporto affettivo che sta alla base della convivenza ancora da costituire tramite la richiesta – *recte*, finché è richiesta – iscrizione anagrafica alla preconditione della regolarità del soggiorno.

<sup>53</sup> Corte EDU, 23 febbraio 2016, ric. n. 68453/13, Pajic c. Croazia, cit.; Ead., 15 giugno 2016, n. 31039, ric. n. 31039/11, Novruk e altri c. Russia, in <https://hudoc.echr.coe.int/eng#%7B%22itemid%22:%5B%22001-161379%22%5D%7D>.

<sup>54</sup> La Corte EDU, al riguardo, statuisce che «l’esistenza o la non esistenza della vita familiare [...] è essenzialmente una questione di fatto che dipende dalla reale esistenza nella prassi di stretti legami personali»: cfr. ad es. Corte EDU, 1° giugno 2004, ric. n. 45582/99, L. c. Paesi Bassi, cit., e Ead., 23 febbraio 2016, ric. n. 68453/13, Pajic c. Croazia, cit. Ciò che rileva a tal fine sono la stabilità e l’intenzione delle parti (tra tante, Corte EDU, Grande Camera, 22 aprile 1997, ric. n. 21830/93, X., Y. e Z. c. Regno Unito, cit.,



scrimine costituzionalmente legittimo atto a consentire al legislatore di disporre tutele così differenziate, a fronte di un bene – quale quello del pluralismo dei modelli familiari tutelato dalle norme sovranazionali e interne – che è quello di «un legame affettivo in concreto significativo, la cui riconoscibilità costituisce la condizione di tutela ma non la sua ragione prima»<sup>55</sup>. Riconoscibilità certamente garantita al massimo grado dalla registrazione del matrimonio o dell'unione civile, ma che pur può essere resa evidente anche in altri modi (come da una debita attestazione della convivenza).

Da ultimo, si consideri che la preoccupazione legata al rischio di un flusso di ingresso incontrollato ed al pericolo (pur concreto) di un esercizio pretestuoso e opportunistico del diritto all'unità familiare, al solo fine di regolarizzare la condizione dello straniero già presente sul territorio nazionale (*id est*, al solo fine di ottenere un visto d'ingresso od un titolo di soggiorno), si può vincere in altro modo che non sia una restrittiva e angusta individuazione – *ex ante* – della cerchia dei soggetti da ammettere al ricongiungimento, come senz'altro ai sensi delle norme del t.u.imm. volte a contrastare i c.d. negozi familiari di comodo, ossia esclusivamente preordinati a scopi estranei alla «causa familiare»<sup>56</sup> (art. 29, comma 9<sup>57</sup>, e art. 30, comma 1-*bis*<sup>58</sup>, t.u.imm.) e, sempre connesso a ciò, attraverso un effettivo ed individualizzato esame della situazione del richiedente, atto a vagliare elementi concreti dell'effettività del rapporto familiare addotto (art. 5, comma 5, t.u.imm.)<sup>59</sup>.

---

che ha statuito che per stabilire se una relazione rientri nella nozione di vita familiare rilevano fattori quali la convivenza, la durata della relazione, l'impegno reciproco nella cura dei figli, etc.). V. anche Cass., 6 ottobre 2023, n. 28612, cit., che rileva come, nel primo dell'art. 8 CEDU, «il concetto di relazione familiare si amplia, perché il riferimento non è solo alla famiglia fondata sul matrimonio di cui all'art. 29 Cost., ma a quello più ampio e mobile dato dalla giurisprudenza della Corte di Strasburgo; ciò in particolare è rilevante per le famiglie di fatto e per altri legami affettivi che, pur non trovando riconoscimento giuridico, potrebbero comunque fondarsi su un solido rapporto *de facto* [...]», sì che occorre, in linea con la nozione di diritto all'unità familiare indicata dalla giurisprudenza della Corte EDU e fatta propria dalla sentenza n. 202 del 2013 della Corte costituzionale, «una concreta valutazione, condotta caso per caso, su natura ed effettività dei legami personali».

<sup>55</sup> P. MOROZZO DELLA ROCCA, *Cittadinanza europea, libertà di circolazione e famiglie senza matrimonio*, in *Fam. dir.*, 2010, 849 ss.

<sup>56</sup> Espressione di P. MOROZZO DELLA ROCCA, *Il diritto all'unità familiare e le sue discipline*, cit., 155.

<sup>57</sup> Alla stregua del quale: «la richiesta di ricongiungimento familiare è respinta se è accertato che il matrimonio o l'adozione hanno avuto luogo allo scopo esclusivo di consentire all'interessato di entrare o soggiornare nel territorio dello Stato». Ed ora da estendersi, ai sensi del comma 20 della legge 76, anche alle parti di un'unione civile.

<sup>58</sup> Ai sensi del quale, con riferimento alla specifica ipotesi di cui all'art. 30, comma 1, lett. *b*, t.u.imm., e cioè al matrimonio – ma ora compresa l'unione civile – contratto/a dallo straniero già regolarmente soggiornante in Italia con un cittadino italiano o europeo o con altro straniero regolare: «Il permesso di soggiorno ... è immediatamente revocato qualora sia accertato che al matrimonio (n.d.r.: o all'unione civile) non è seguita l'effettiva convivenza ...».

<sup>59</sup> Oltre a ciò, naturalmente, il diniego del ricongiungimento familiare può trovare giustificazione nel fatto che l'interessato rappresenti un pericolo per l'ordine o la sicurezza pubblica: cfr., tra tanti, artt. 4 e 13 t.u.imm.



MIRKO FACCIOLI

Professore associato di Diritto privato – Università degli Studi di Verona

## RESPONSABILITÀ CONTRATTUALE E INTELLIGENZA ARTIFICIALE

SOMMARIO: 1. Introduzione. – 2. L'impossibilità di considerare i sistemi di IA ausiliari del debitore ai sensi dell'art. 1228 cod. civ. – 3. Il criterio di imputazione della responsabilità contrattuale e la distinzione tra obbligazioni di mezzi e di risultato. – 4. Le ricadute dell'utilizzo dell'IA sul regime della responsabilità del debitore. – 5. L'allocazione del rischio dell'inadempimento desumibile dal contenuto dell'accordo. – 6. La rilevanza della normativa europea in tema di IA.

1. – Com'è stato autorevolmente osservato, da qualche anno a questa parte la riflessione dottrinale sulla responsabilità civile extracontrattuale per danni cagionati dai sistemi di intelligenza artificiale (d'ora in avanti, IA) ha assunto dimensioni di tale rilievo, sia sul piano quantitativo che sotto il profilo qualitativo, da suscitare l'impressione che ogni ulteriore trattazione dell'argomento non possa che risultare meramente compilativa<sup>1</sup>. Lo stesso non può dirsi, invece, della responsabilità contrattuale conseguente all'inadempimento di obbligazioni implicanti l'impiego di dispositivi di IA.

Non che manchino settori, che per esempio vanno dalla sanità ai trasporti passando per i servizi finanziari e l'assistenza legale, nei quali vengono sempre più spesso conclusi contratti aventi per oggetto prestazioni da eseguirsi con sistemi di IA che possiedono caratteristiche, ormai note, suscettibili di mettere in crisi le categorie e le ricostruzioni giuridiche tradizionali, quali: la capacità di funzionare in maniera automatica e produrre risultati in tutto o in parte imprevedibili; il *machine learning*, ovvero sia l'attitudine all'apprendimento automatico che consente alla macchina di raggiungere obiettivi assegnati dall'uomo senza che quest'ultimo abbia indicato come procedere al sistema, in grado di modificare il suo stesso funzionamento nel corso del tempo<sup>2</sup>; l'opacità, detta anche effetto *black box*, cioè la mancanza dell'indicazione delle ragioni delle proprie decisioni da parte dei sistemi di IA, le risposte dei quali rimangono pertanto prive di una spiegazione comprensibile per l'essere umano; il carattere aperto, o *openness*, che di nuovo evidenzia l'attitudine dei sistemi in parola a modificare le proprie caratteristiche una volta messi in funzione in conseguenza dell'interazione con altre macchine intelligenti e dell'intervento di aggiornamenti e *upgrades*<sup>3</sup>.

<sup>1</sup>C. SCOGNAMIGLIO, *Responsabilità civile ed intelligenza artificiale: quali soluzioni per quali problemi?*, in *Resp. civ. prev.*, 2023, 1073 s., al quale si rimanda anche per ampi riferimenti sulla riflessione dottrinale in discorso.

<sup>2</sup>In questo ambito si parla, poi, di *deep learning* quando il sistema è basato su reti neurali artificiali riprodotte alcune caratteristiche del cervello umano, le connessioni delle quali possono essere modificate dall'algoritmo in modo che la rete stessa risponda agli stimoli nella maniera più appropriata.

<sup>3</sup>Su questi aspetti, ormai ampiamente conosciuti anche dagli studiosi del diritto e facilmente reperibili nelle trattazioni giuridiche della materia, v., *ex multis*, M. TAMPIERI, *L'intelligenza artificiale e le sue evoluzioni. Prospettive civilistiche*, Cedam, 2022, 59 ss.;



Le interrelazioni tra il contratto e l'IA sono state, tuttavia, finora approfondite concentrando l'attenzione quasi esclusivamente sulle fattispecie nelle quali gli apparati tecnologici entrano in gioco nella fase della formazione del negozio e sollevano, pertanto, questioni relative ad aspetti quali la conclusione dell'accordo, l'imputazione dei suoi effetti, la definizione della causa e dell'oggetto, i profili formali, la rilevanza dei vizi della volontà, e così via<sup>4</sup>. Solamente poche e generalmente anche fugaci riflessioni sono state, invece, riservate al tema dell'inadempimento delle obbligazioni coinvolgenti l'IA, all'analisi del quale si vogliono pertanto dedicare le pagine che seguono.

Più precisamente, la questione di fondo da indagare è se e fino a che punto il debitore che impiega strumenti di IA nell'esercizio della sua attività sia tenuto a rispondere della mancata o cattiva esecuzione della prestazione dovuta riconducibile all'utilizzo di macchine intelligenti che presentano le caratteristiche di autonomia, imprevedibilità e opacità in precedenza evidenziate.

2. – Una soluzione alla questione appena sopra formulata è stata da taluno individuata nell'istituto della responsabilità indiretta e oggettiva del debitore per il fatto degli ausiliari contemplata dall'art. 1228 cod. civ.<sup>5</sup>, ritenuto applicabile alle vicende che vedono coinvolti l'essere umano obbligato all'esecuzione della prestazione e lo strumento di adempimento costituito dal sistema di IA in via di interpretazione analogica<sup>6</sup>.

---

G. SARTOR, F. LAGIOIA, *Le decisioni algoritmiche tra etica e diritto*, in U. RUFFOLO (a cura di), *Intelligenza artificiale. Il diritto, i diritti, l'etica*, Giuffrè, 2020, 68 ss.; P. BUONO, G. DESOLDA, R. LANZILLOTTI, *Interazione con sistemi intelligenti*, in V. CUOCCI, F.P. LOPS, C. MOTTI (a cura di), *La responsabilità civile nell'era digitale*, Cacucci, 2022, 116 ss.; L. DI DONNA, *Intelligenza artificiale e rimedi risarcitori*, Cedam, 2022, 1 ss.; E. FAZIO, *Intelligenza artificiale e diritti della persona*, Esi, 2023, 1 ss.

<sup>4</sup> Su questi temi v., *ex multis* e senza pretese di completezza, E. FAZIO, *op. cit.*, 181 ss.; G. FINOCCHIARO, *Il contratto nell'era dell'intelligenza artificiale*, in *Riv. trim. dir. proc. civ.*, 2018, 441 ss.; R. TREZZA, *Il contratto nell'era del digitale e dell'intelligenza artificiale*, in *Dir. econ.*, 2021, 287 ss.; D. POLETTI, *L'intelligenza artificiale e le prove di resistenza delle regole contrattuali*, in U. RUFFOLO (a cura di), *XXVI Lezioni di diritto dell'intelligenza artificiale*, Giappichelli, 2021, 193 ss.; F. DI GIOVANNI, *Sui contratti delle macchine intelligenti*, in U. RUFFOLO (a cura di), *Intelligenza artificiale*, cit., 251 ss.; ID., *Attività contrattuale e Intelligenza artificiale*, in *Giur. it.*, 2019, 1677 ss.; M.F. TOMMASINI, *Lo smart contract e il diritto dei contratti*, in *Jus Civile*, 2022, 831 ss.

<sup>5</sup> Sul punto v., per tutti, G. VISINTINI, *Trattato breve della responsabilità civile. Fatti illeciti, inadempimento, danno risarcibile*, 3<sup>a</sup> ed., Cedam, 2005, 773 ss.: «il fondamento della responsabilità contrattuale per fatto altrui viene [...] individuato nell'idea che il debitore deve garantire il creditore per l'operato delle persone di cui si avvale nell'esecuzione dell'obbligazione, perché il creditore non ha alcun rapporto con gli ausiliari e può esercitare la sua pretesa al risarcimento del danno solo nei confronti del debitore, che è il solo titolare dell'obbligazione. Tanto più è complessa l'organizzazione e l'esecuzione di certe prestazioni, tanto più il titolare del diritto di credito deve poter contare sull'estensione della responsabilità del debitore in modo da comprendervi l'inadempimento causato dal fatto degli ausiliari, e non soltanto quello dovuto al fatto proprio. [...] Si tratta, in breve, dell'opportunità di accollare il rischio dell'attività degli ausiliari a chi se ne serve nel proprio vantaggio, soprattutto quando la rete degli ausiliari è ampia e costituisce un elemento di organizzazione dell'impresa. [...] Per tutte queste ragioni la responsabilità dell'art. 1228 cod. civ. è strutturata anche come una responsabilità oggettiva: il debitore risponde dei danni anche se non gli si può imputare alcuna colpa personale, ad esempio nella scelta dell'ausiliario, nell'averlo adibito a mansioni per cui non era competente, per avergli dato istruzioni errate o per non aver vigilato sul suo operato».

<sup>6</sup> V., in questo senso, A. D'ADDA, *Danni «da robot» (specie in ambito sanitario) e pluralità di responsabili tra sistema della responsabilità civile ed iniziative di diritto europeo*, in *Riv. dir. civ.*, 2022, 813, il quale ritiene «ragionevole imputare a chi decide di servirsi della macchina di intelligenza artificiale nell'esercizio della propria attività professionale o d'impresa i danni che il difettoso funzionamento di quest'ultima arreca al creditore: in una logica analoga a quella che imputa al debitore la responsabilità per il fatto dell'ausiliario»; E. FAZIO, *op. cit.*, 188, secondo cui l'art. 1228 cod. civ. potrebbe trovare applicazione «qualora [...] i dispositivi di intelligenza artificiale abbiano una funzione meramente servente, sulla base della programmazione ricevuta». Per analoghe considerazioni riferite all'ordinamento tedesco e al § 278 BGB, v. poi G. TEUBNER, *Soggetti giuridici digitali? Sullo status privatistico degli agenti software autonomi*, a cura di P. FEMIA, Esi, 2019, 82 ss., nonché, in una ancora più ampia prospettiva comparatistica, E. KARNER, *Liability for Robotics: Current Rules, Challenges, and the Need for Innovative Concepts*, in S. LOHSSE, R. SCHULZE, D. STAUDENMAYER (eds.), *Liability for artificial intelligence and the Internet of things. Münster Colloquia on EU Law and Digital Economy*



A favore di questa soluzione si è anche ritenuto possibile osservare che, diversamente opinando, i dispositivi di IA potrebbero essere strumentalmente impiegati dal debitore al solo e deplorabile scopo di sottrarsi alla responsabilità vicaria alla quale egli andrebbe incontro impiegando esseri umani per svolgere le stesse mansioni, con il risultato di indebolire la fiducia della collettività nei confronti dell'IA<sup>7</sup> e disincentivare lo sviluppo e la diffusione di questa importantissima tecnologia<sup>8</sup>.

Per quanto suggestiva, tale proposta ermeneutica non può essere tuttavia condivisa, in quanto presuppone di potere riconoscere ai sistemi di IA un attributo, quello della soggettività giuridica, che almeno allo stato attuale dell'evoluzione tecnologica – ma, secondo molti, anche a prescindere dagli ulteriori avanzamenti della stessa – è manifestamente irriferribile a macchine e dispositivi artificiali<sup>9</sup>.

Anche volendo per ipotesi superare questo ostacolo, inoltre, rimarrebbe l'impossibilità di rimproverare ai sistemi di IA l'elemento soggettivo del dolo o della colpa richiesto dall'art. 1228 cod. civ. per la concretizzazione della responsabilità del debitore per i fatti dei suoi ausiliari<sup>10</sup>.

Tali rilievi, che vengono del resto diffusamente richiamati anche per disconoscere l'operatività dell'art. 2049 cod. civ. nell'ambito dei danni di natura extracontrattuale cagionati da sistemi di IA<sup>11</sup>, mettono invero

---

*IV*, Nomos, 2019, 120, il quale si esprime a favore della «*analogical application of the rules on vicarious liability for auxiliaries, insofar as technological assistance functionally comparable to human labour is employed*».

<sup>7</sup> Recenti indagini hanno infatti messo in evidenza che nella collettività è diffuso un atteggiamento di diffidenza verso l'IA che occorrerebbe superare, anche negli auspici delle istituzioni europee, per favorire la produzione e la diffusione delle macchine intelligenti: sul punto v., *ex multis*, S. LOHSSE, R. SCHULZE, D. STAUDENMAYER, *Liability for AI – Opening a new chapter of adapting European private law to the digital transition*, in S. LOHSSE, R. SCHULZE, D. STAUDENMAYER (eds.), *Liability for AI. Münster Colloquia on EU Law and Digital Economy VII*, Nomos, 2023, 11.

<sup>8</sup> Cfr. G. TEUBNER, *op. cit.*, 84 s.; M.A. GEISTFELD, E. KARNER, B.A. KOCH, *Comparative Law Study on Civil Liability for Artificial Intelligence*, in M.A. GEISTFELD, E. KARNER, B.A. KOCH, C. WENDEHORST (eds.), *Civil Liability for Artificial Intelligence and Software*, De Gruyter, 2023, 69; U. SALANITRO, *Intelligenza artificiale e responsabilità: la strategia della Commissione europea*, in *Riv. dir. civ.*, 2020, 1255.

<sup>9</sup> G. PROIETTI, *La responsabilità nell'intelligenza artificiale e nella robotica. Attuali e futuri scenari nella politica del diritto e nella responsabilità contrattuale*, Giuffrè, 2020, 176 s. Della tesi propensa a riconoscere la qualità di soggetto di diritto ai sistemi di IA, con conseguente diretta attribuzione della responsabilità per i danni arrecati a terzi (sulla quale v., per esempio, G. TEUBNER, *op. cit.*, *passim*; L. ARNAUDO, R. PARDOLESI, *Ecce robot. Sulla responsabilità dei sistemi adulti di intelligenza artificiale*, in *Danno resp.*, 2023, 409 ss.), sono ormai state ampiamente dimostrate tanto l'insostenibilità teorica quanto la scarsa utilità sul piano pratico, ove l'impostazione in discorso parrebbe, anzi, sollevare maggiori questioni di quelle che vorrebbe risolvere: v., fra i tanti, C. SCOGNAMIGLIO, *op. cit.*, 1083 s.; L. DI DONNA, *op. cit.*, 48 ss.; G. DI ROSA, *Quali regole per i sistemi automatizzati "intelligenti"?*, in *Riv. dir. civ.*, 2021, 823 ss.; G. FINOCCHIARO, *Intelligenza artificiale e responsabilità*, in *Contr. impr.*, 2020, 728 ss.; E. PALMERINI, *Soggettività e agenti artificiali: una soluzione in cerca di un problema?*, in *Osserv. dir. civ. comm.*, 2020, 461 ss.

<sup>10</sup> G. PROIETTI, *op. cit.*, 177; A. ASTONE, *Sistemi intelligenti e regole di responsabilità*, in *Pers. merc.*, 2023, 496; G. BORGES, *Liability of the Operator of AI Systems De Lege Ferenda*, in S. LOHSSE, R. SCHULZE, D. STAUDENMAYER (eds.), *Liability for AI*, cit., 182 s. Il punto non sfugge a G. TEUBNER, *op. cit.*, 85 s., il quale ritiene «il problema [...] disinnescato dalle tendenze alla obiettivazione del diritto privato attuale, che hanno mutato i requisiti della colpevolezza. Queste tendenze finiscono quasi per confondere insieme, entro una 'colpa oggettiva', l'illiceità e il momento soggettivo. In effetti, nell'inadempimento del contratto la colpevolezza è stata oramai ridotta ad un caso speciale dell'illiceità. Mentre l'illiceità definisce i requisiti generali dell'inadempimento contrattuale, la colpevolezza determina i requisiti legati specificamente al ruolo ed alla situazione, che sono imposti al comportamento concreto. Ciò facilita il ricorso all'analogia. Ed infatti nella filosofia dell'informazione, impegnata ad interrogarsi sulla responsabilità morale degli algoritmi, si sostiene che le capacità cognitive degli agenti *software* autonomi siano elaborate in modo tale che in effetti potrebbe esser loro ascritta non una 'responsibility' in senso pieno, ma piuttosto una 'accountability'. Nella lingua del diritto ciò significa che può essere loro imputata l'illiceità ma nessuna colpevolezza, nel senso di rimproverabilità soggettiva».

<sup>11</sup> V., fra i tanti, M. RATTI, *Riflessioni in materia di responsabilità civile e danno cagionato da dispositivo intelligente alla luce dell'attuale scenario normativo*, in *Contr. impr.*, 2020, 1181; M. COSTANZA, *L'Intelligenza artificiale e gli stilemi della responsabilità civile*, in *Giur. it.*, 2019, 1688 s.; U. RUFFOLO, *Le responsabilità da artificial intelligence, algoritmo e smart product: per i fondamenti di un diritto dell'intelligenza artificiale self-learning*, in U. RUFFOLO (a cura di), *Intelligenza artificiale*, cit., 116; ID., *Intelligenza Artificiale, machine learning e responsabilità da algoritmo*, in *Giur. it.*, 2019, 1698 s.; C. SCOGNAMIGLIO, *op. cit.*, 1086 s., il



in luce che soluzioni di questo tipo, in sé certo non prive di razionalità ed efficienza pratica, dovrebbero essere espressamente introdotte in via legislativa, perché le discipline degli Stati membri dell'Unione europea in materia di responsabilità vicaria sono chiaramente modellate sugli *human auxiliaries* e non appaiono suscettibili di essere applicate alle macchine intelligenti né in via diretta né in via di interpretazione analogica<sup>12</sup>.

3. – Preso atto che il sistema di IA costituisce non l'ausiliario, ma lo «strumento tecnico utilizzato dal debitore nell'esecuzione della propria obbligazione»<sup>13</sup> e che nelle fattispecie in esame «non viene dunque in rilievo una responsabilità per fatto altrui bensì per fatto proprio ex art. 1218 cod. civ.»<sup>14</sup>, l'attenzione si deve spostare sulla più generale questione attinente alla ricostruzione del criterio di imputazione della responsabilità contrattuale nell'ordinamento italiano<sup>15</sup>.

Il tema è, come noto, alquanto complesso e nell'economia di questo lavoro non potrebbe certamente essere approfondito in modo compiuto. Ai nostri fini appare peraltro sufficiente rilevare che, seppure con talune eccezioni<sup>16</sup>, nella dottrina più moderna incontra sempre maggiore consenso la tesi della variabilità del criterio di imputazione dell'inadempimento<sup>17</sup>.

---

quale peraltro afferma che, all'obiezione fondata sull'impossibilità di muovere ai sistemi di IA il rimprovero soggettivo della colpevolezza, «si potrebbe replicare [...] che è stato ormai da tempo consumato, anche nell'elaborazione giurisprudenziale della materia, il passaggio che attribuisce all'espressione “fatto illecito”, contenuta nell'art. 2049, semplicemente il significato di “fatto produttivo di responsabilità”: passaggio che potrebbe accreditare l'assunto che il criterio di ascrizione della responsabilità al preposto, necessario per affermarne la propagazione al preponente, possa ormai integralmente prescindere da una valutazione in termini di colpevolezza della posizione del medesimo preposto. Resta tuttavia insuperabile [...] l'obiezione di fondo, relativa [...] alla insostenibilità dei tentativi di costruire come “soggetto” il dispositivo, ancorché “animato”, per così dire, dalla applicazione di intelligenza artificiale».

<sup>12</sup> Sul punto v., *amplius*, C. WENDEHORST, *Product Liability or Operator Liability for AI – What is the Best Way Forward?*, in S. LOHSE, R. SCHULZE, D. STAUDENMAYER (eds.), *Liability for AI*, cit., 121 ss.; ID., *Liability for Artificial Intelligence. The Need to Address Both Safety Risks and Fundamental Rights*, in S. VOENEKY, P. KELLMEYER, O. MUELLER, W. BURGARD (eds.), *The Cambridge Handbook of Responsible Artificial Intelligence*, Cambridge University Press, 2022, 207 s. Per una parzialmente diversa prospettiva, v., poi, l'approfondita indagine di M.W. MONTEROSSO, *Il risarcimento dei danni da intelligenza artificiale nello spettro della responsabilità “vicaria”*, in *Jus Civile*, 2024, 175 ss., il quale nel complesso ritiene (177) che, «ove oggetto di un'opportuna reinterpretazione in chiave evolutiva, la regola di responsabilità “vicaria” non solo offre – *de iure condendo* – un valido modello di base su cui elaborare il completamento del sistema di regole diviso dal legislatore europeo, evitando la frammentazione delle istanze di tutela che esibisce il quadro normativo per come attualmente prospettato, ma può altresì rappresentare – *de iure condito* e, dunque, anche a prescindere da una sua formale riedizione in chiave algoritmica – una base normativa potenzialmente idonea a fondare un addebito di responsabilità entro i confini nazionali».

<sup>13</sup> G. PROIETTI, *op. cit.*, 178.

<sup>14</sup> A. ASTONE, *op. cit.*, 496 s., il quale prosegue affermando che «la responsabilità debitoria è meramente oggettiva, derivante dal fatto inadempimento e non fondata sulla colpa» e che, pertanto, «il comportamento [...] causativo di danno [...] del dispositivo autonomo determina di per sé solo la responsabilità dell'operatore umano con conseguente irrilevanza della valutazione del comportamento di quest'ultimo in termini di diligenza se non al limitato fine di stabilire se vi sia stato o meno esatto adempimento. [...] Nella specie pertanto l'operatore umano [...] sul quale, se portatore dell'interesse programmato dal contratto, ricadono gli effetti dell'agire dei dispositivi autonomi, dovrà fornire la non agevole prova che l'evento dannoso deriva da un rischio atipico del tutto estraneo alla propria sfera di azione». Queste argomentazioni non possono essere, però, condivise alla luce della tesi della variabilità del criterio di imputazione della responsabilità contrattuale della quale si dirà subito oltre nel testo.

<sup>15</sup> Imposta la sua indagine in questi termini anche G. PROIETTI, *op. cit.*, 180 ss.

<sup>16</sup> Tra i sostenitori dell'impostazione secondo cui il nostro sistema della responsabilità contrattuale conoscerebbe un unico criterio di imputazione, in particolare costituito dall'elemento soggettivo del dolo o della colpa del debitore, corre l'obbligo di menzionare quantomeno C.M. BIANCA, *Diritto civile*, 5, *La responsabilità*, 3<sup>a</sup> ed., Giuffrè, 2021, 11 ss. Per una recente e articolata teorizzazione dell'idea secondo cui la responsabilità per inadempimento avrebbe, invece, un fondamento non colposo, v. F. PIRAINO, *Sulla natura non colposa della responsabilità contrattuale*, in *Eur. e dir. priv.*, 2011, 1023 ss.; ID., *Adempimento e responsabilità contrattuale*, Jovene, 2011, 509 ss.

<sup>17</sup> In questo senso v., oltre agli Autori che saranno citati nelle note successive, A. ZACCARIA, *Obligatio est iuris vinculum... Lineamenti di diritto delle obbligazioni*, Giappichelli, 2015, 59; A. TRABUCCHI, *Istituzioni di diritto civile*, 50<sup>a</sup> ed. a cura di G. TRABUC-



Quanti sostengono questa impostazione hanno, difatti, efficacemente messo in luce che affannarsi a discutere, in termini generali e facendo leva unicamente sull'esegesi delle disposizioni normative rilevanti in materia, se il debitore risponda dell'inadempimento sulla base del criterio soggettivo della colpevolezza piuttosto che in forza di un più severo parametro di carattere oggettivo<sup>18</sup> appare tanto inutile dal punto di vista strettamente teorico, quanto inappropriato sul piano pratico: inutile dal punto di vista teorico, perché le indicazioni normative rinvenibili nel sistema non consentono di giungere ad alcuna soluzione che possa reputarsi univoca, definitiva e universalmente valida<sup>19</sup>; inappropriato sul piano operativo, perché tradisce l'enorme varietà concreta delle caratteristiche specifiche dei rapporti obbligatori e finisce per appiattire una realtà multiforme, come tale naturalmente bisognosa di criteri di giudizio flessibili ed elastici, allo scopo di farla a tutti i costi rientrare in schemi di ragionamento rigidamente precostituiti dall'interprete<sup>20</sup>.

È, pertanto, anche allo scopo di rispondere ad innegabili esigenze di razionalità e di efficienza economica che sembra senz'altro preferibile ricostruire diversamente il criterio di imputazione della responsabilità contrattuale tenendo conto del modo in cui si atteggiavano gli elementi della fattispecie di volta in volta presa in considerazione, quali, principalmente, il contenuto e le caratteristiche della prestazione dovuta, le qualità soggettive delle parti, la fonte del vincolo obbligatorio e l'allocatione del rischio delle sopravvenienze che possono compromettere l'esecuzione del rapporto<sup>21</sup>.

Muovendosi in questa prospettiva, diversi Autori hanno in particolare rilevato come un fondamentale ruolo nel giudizio in tema di responsabilità contrattuale venga svolto dalla distinzione tra obbligazioni di mezzi e obbligazioni di risultato<sup>22</sup>, la quale «si candida a costituire il criterio più adatto per costruire un'articolazione della responsabilità per inadempimento delle obbligazioni che tenga conto (come sembra ragionevole e – si direbbe – inevitabile) fare del diverso contenuto (o – se si preferisce – del diverso oggetto) che i vari tipi di obbligazione (in particolare, di fonte contrattuale) presentano»<sup>23</sup>.

CHI, Cedam, 2022, 962 ss.; A. TORRENTE, P. SCHLESINGER, *Manuale di diritto privato*, 26<sup>a</sup> ed. a cura di F. ANELLI e C. GRANELLI, Giuffrè, 2023, 472 ss.; P. PERLINGIERI, *Manuale di diritto civile*, 11<sup>a</sup> ed., Esi, 2022, 362 ss.

<sup>18</sup> Come evidenzia G. VISINTINI, *Inadempimento e mora del debitore. Artt. 1218-1222*, in *Il codice civile. Commentario*, fondato da P. SCHLESINGER e diretto da F.D. BUSNELLI, 2<sup>a</sup> ed., Giuffrè, 2006, 4, «occorre chiarire [...] che nel linguaggio dei civilisti si è parlato di responsabilità contrattuale oggettiva a due livelli. In un primo significato si è inteso semplicemente affermare che soltanto l'inadempimento, staccato dal presupposto della colpa, costituisce il fondamento della responsabilità del debitore, e riservare l'uso linguistico del termine colpa contrattuale alla colpa-negligenza nell'adempimento di determinate prestazioni. In un secondo significato lo schema della responsabilità oggettiva mira invece a far gravare sul debitore il peso del danno contrattuale derivante da cause interne alla sua organizzazione economica, e inerenti a rischi da lui controllabili. A questo secondo e più pregnante significato non sono estranee le implicazioni economiche insite nell'uso dei diversi criteri di responsabilità contrattuale».

<sup>19</sup> Ciò che del resto si spiega considerando che, all'epoca della codificazione, non vi era una posizione pacifica e ben definita intorno alla questione in esame, sicché tanto il modello soggettivo quanto il modello oggettivo della responsabilità contrattuale riuscirono a penetrare nel tessuto del nuovo codice così come nella riflessione degli studiosi che fin da subito se ne occuparono: per maggiori dettagli sul punto, v. G. VILLA, *Inadempimento contrattuale e risarcimento*, in *Trattato del contratto*, diretto da V. ROPPO, V, *Rimedi* – 2, 2<sup>a</sup> ed., Giuffrè, 2022, 1043 ss.

<sup>20</sup> Per queste considerazioni v., in particolare, E. CARBONE, *Diligenza e risultato nella teoria dell'obbligazione*, Giappichelli, 2007.

<sup>21</sup> G. VILLA, *op. cit.*, 1051 ss.; P. TRIMARCHI, *Incentivi e rischio nella responsabilità contrattuale*, in *Riv. dir. civ.*, 2008, 341 ss.; ID., *Il contratto: inadempimento e rimedi*, Milano, 2010, IX ss.; A. D'ANGELO, *Senso attuale e condizioni d'uso della disciplina generale delle obbligazioni*, in *Annuario del contratto 2009*, Giappichelli, 2010, 93 ss.; I.A. CAGGIANO, *La prova liberatoria*, in M. MAGGIOLIO (a cura di), *Il regime probatorio nel giudizio sulla responsabilità per inadempimento*, Giuffrè, 2022, 379 ss.; G. D'AMICO, *L'inadempimento in generale*, in *Trattato del diritto privato*, diretto da S. MAZZAMUTO, Vol. IV, *Le obbligazioni*, Tomo II, *L'inadempimento. Le vicende. Le specie*, Giappichelli, 2024, 16 ss.

<sup>22</sup> Ritiene utile richiamare la distinzione in esame nello studio delle obbligazioni eseguite impiegando sistemi di IA anche G. PROIETTI, *op. cit.*, 185 ss.

<sup>23</sup> G. D'AMICO, *op. cit.*, 52.



A dispetto delle critiche, ormai davvero «troppo note perché sia il caso di illustrarle»<sup>24</sup>, alle quali essa viene da sempre sottoposta, la distinzione in esame invero possiede un ineliminabile «momento di verità»<sup>25</sup> che senz'altro ne preclude l'eliminazione dall'apparato concettuale di sistemazione e studio del diritto privato<sup>26</sup>. Ne costituisce riprova l'atteggiamento della giurisprudenza, che dopo un lungo periodo di piena adesione alla concezione in parola ne aveva apparentemente declamato l'abbandono attorno alla metà degli anni Duemila<sup>27</sup>, senza però mai dismetterne effettivamente l'utilizzo nel periodo successivo, fino ad arrivare ai

<sup>24</sup> Sono parole, senz'altro condivisibili, di M. PARADISO, *La responsabilità medica: dal torto al contratto*, in *Riv. dir. civ.*, 2001, I, 329.

Nei tempi più recenti, una rivisitazione in chiave critica della distinzione è stata operata da F. PIRAINO, *Obbligazioni «di risultato» e obbligazioni «di mezzi» ovvero dell'inadempimento incontrovertibile e dell'inadempimento controvertibile*, in *Eur. dir. priv.*, 2008, 83 ss.; ID., *Corsi e ricorsi delle obbligazioni «di risultato» e delle obbligazioni «di mezzi»*, in *Contr.*, 2014, 899 ss., il quale, in particolare, ritiene (*Corsi e ricorsi*, cit., 904) che «la distinzione tra le obbligazioni «di mezzi» e le obbligazioni «di risultato» non poggia su una diversità di oggetto dei due tipi di obbligazione e non determina conseguenze in punto di responsabilità. L'unico elemento reale su cui essa insiste è la varietà fenomenica delle obbligazioni pur all'interno dell'unitario schema concettuale di riferimento e il tratto distintivo delle obbligazioni «di risultato» dalle obbligazioni «di mezzi» è ben più sottile della contrapposizione tra un vincolo che porta a conseguire un obiettivo finale apprezzabile in termini obiettivi e un vincolo che si esaurisce in un'attività strumentale. Anche nelle obbligazioni «di mezzi» opera l'imprescindibile correlazione tra condotta strumentale e risultato e, proprio sulla base di tale consapevolezza, [...] il ruolo del risultato nella valutazione dell'inadempimento nelle c.d. obbligazioni «di mezzi» può essere esaltato strutturando tale giudizio secondo uno schema che si può designare come «modello teleologico a posteriori». Esso comporta l'individuazione dell'effettiva modificazione o dell'effettivo atto di conservazione della sfera giuridica del creditore o di terzi realizzato dal debitore (risultato in concreto) da assumere come oggetto di un raffronto il cui termine di comparazione è costituito dal risultato cui si sarebbe dovuti pervenire ove si fossero adottati contegni diversi e più adeguati rispetto a quelli posti in essere dal debitore (risultato in astratto). Quale sia questo risultato-modello (risultato in astratto) che il debitore perito avrebbe dovuto realizzare è questione non sempre risolvibile *a priori*, ma anzi è sovente frutto di una valutazione, anch'essa, *a posteriori*, che tiene conto di tutte le circostanze del caso concreto e della natura del vincolo assunto. Qui risiede la diversità morfologica delle obbligazioni «di mezzi» rispetto alle obbligazioni «di risultato»: la natura mobile del risultato dovuto e, dunque, la possibilità di farne oggetto di una valutazione caso per caso, rendendolo un elemento controvertibile». Secondo questo Autore, quindi, riportata (*Corsi e ricorsi*, cit., 905 s.) «sul piano della conformazione dell'inadempimento la distinzione, perduta qualsiasi attitudine ad incidere sulla distribuzione dei temi di prova, sulla causa di esonero e sul fondamento della responsabilità, si limita a segnalare che nelle obbligazioni «di risultato» tale qualificazione è agevolata dall'automatismo di un termine finale ben definito, tanto da consentire una tipizzazione della figura di inadempimento; mentre nelle obbligazioni «di mezzi» diviene necessario ripercorrere, a partire dal risultato in concreto ottenuto, la condotta del debitore attuativa del vincolo per verificarne l'adeguatezza».

Contro questa ricostruzione è stato, però, a ragione osservato che «il tentativo di creare un modello a cose fatte e sulla base del contesto non è d'aiuto ove non si spieghi in base a quali indici si giudichi o meno positivamente il comportamento che si sarebbe dovuto adottare. [...] Valutare *ex post* a cose fatte ma senza aver preventivamente individuato i criteri di riferimento è [...] come dire che tutto è bene quel che finisce bene, mentre solo ipotesi francamente abnormi consentono di fondare la decisione su un'evidenza incontestabile. Ma quel che serve, invece, è sapere prima quel che occorre perché le cose finiscano bene e ciò per la quasi totalità dei casi o, altrimenti, cercare un criterio che aiuti nella decisione» (G. SICCHIERO, *Dell'adempimento. Artt. 1176-1179*, in *Il codice civile. Commentario*, fondato da P. SCHLESINGER e diretto da F.D. BUSNELLI, Giuffrè, 2016, 29 ss.). Da un diverso punto di vista, la teoria del «modello teleologico a posteriori» è stata inoltre contestata in quanto «porta a sconvolgere le regole logico-temporali del rapporto obbligatorio, per le quali prima è stabilito l'obbligo e il contenuto dell'obbligo, poi si attua l'adempimento del debitore, indi si verifica se vi sia stato o meno esatto adempimento o inadempimento», nonché per l'ambiguità dell'utilizzo di termini quali «risultato concreto» e «risultato astratto» (V. DE LORENZI, *Diligenza, obbligazioni di mezzi e di risultato*, in *Contr. impr.*, 2016, 479, nt. 101).

<sup>25</sup> Così L. MENGONI, *Obbligazioni «di risultato» e obbligazioni «di mezzi»*, in ID., *Scritti*, II, *Obbligazioni e negozio*, a cura di C. CASTRONOVO, A. ALBANESE, A. NICOLUSSI, Giuffrè, 2011, 166.

<sup>26</sup> Ciò che è stato ribadito con forza, in particolare, da V. DE LORENZI, *op. cit.*, 457 ss. Sull'utilità delle categorie in esame, v. pure G. VISINTINI, *Trattato breve*, cit., 204 ss.

<sup>27</sup> Il riferimento va, in particolare, a Cass., sez. un., 28 luglio 2005, n. 15781 (in *Eur. e dir. priv.*, 2006, 781, con nota di A. NICOLUSSI, *Il commiato della giurisprudenza dalla distinzione tra obbligazioni di risultato e obbligazioni di mezzi*), concernente l'obbligazione del progettista direttore dei lavori. Successivamente, si erano mosse nella stessa direzione trattando delle prestazioni mediche Cass., 13 aprile 2007, n. 8826 e Cass., sez. un., 11 gennaio 2008, n. 577 (in *Giur. it.*, 2008, 1653, con nota di A. CIATTI, *Crepuscolo della distinzione tra le obbligazioni di mezzi e le obbligazioni di risultato*).



giorni nostri<sup>28</sup>, nei quali la distinzione è stata dai nostri giudici pure ripresa e riplasmata nella strutturazione del giudizio sul nesso causale nella responsabilità per inadempimento delle obbligazioni di *facere* professionale<sup>29</sup>.

Alla base della distinzione in discorso, difatti, si trova un innegabile «dato pregiuridico» che l'interprete, nel momento in cui ricostruisce il contenuto e la struttura del rapporto obbligatorio, non potrebbe in alcun modo ignorare né tantomeno manipolare<sup>30</sup> senza «tradire la complessità materiale dei fenomeni sociali»<sup>31</sup>: alla luce dello stato attuale della scienza e della tecnica, ogni obbligazione si caratterizza – tra le altre cose – per il diverso grado di controllo che il debitore esercita sulla prestazione dovuta e, conseguentemente, per la differente possibilità dell'obligato di garantire alla controparte il raggiungimento di un determinato esito utile quale conseguenza normale e ordinaria del corretto svolgimento della propria attività<sup>32</sup>.

Tali elementi appaiono talvolta preponderanti, perché il buon esito dell'operato del debitore non dipende – o dipende solo per una trascurabile parte – dall'intervento di fattori che fuoriescono dalla sua sfera di controllo, tanto che egli si assume il rischio che questi ultimi determinino l'insuccesso della prestazione impegnandosi a realizzare il risultato avuto di mira dal creditore<sup>33</sup>: in questi casi si parla, per l'appunto, di obbli-

<sup>28</sup> Lo evidenziano, tra gli altri, G. VILLA, *op. cit.*, 1075; G. D'AMICO, *op. cit.*, 82 ss., 94 ss., 104 ss.; P. GALLO, *Obbligazioni di mezzi e di risultato e allocazione del rischio*, in *Rass. dir. civ.*, 2023, 915 ss.; G. GRISI, *La categoria dell'obbligazione*, in *Trattato del diritto privato*, diretto da S. MAZZAMUTO, Vol. IV, *Le obbligazioni*, Tomo I, *Le disposizioni preliminari. L'adempimento*, Giappichelli, 2024, 137 s., il quale dal canto suo ritiene (136 s.) che «si può esaltare o sminuire il rilievo della distinzione, constatarne il progressivo declino, ma non negare, tuttavia, che essa si presti ad essere posta in relazione con effetti giuridici rilevanti su diversi piani. Le aree di incidenza sono chiare e rimandano all'apprezzamento di ciò che costituisce adempimento ed inadempimento e, dunque, all'identificazione del confine – unico e fisso o mobile – tra i due e finanche all'individuazione delle regole che disciplinano l'inadempimento e il relativo giudizio di responsabilità». Tra le più recenti e nitide manifestazioni della vitalità della distinzione in parola nella giurisprudenza, v., per esempio, Trib. Torino, sez. spec. impresa, 25 settembre 2023, n. 3658: «ogni obbligazione tende a riversare nella sfera giuridica del creditore una *utilitas* oggettivamente apprezzabile (il c.d. risultato) per il tramite di un'attività imputabile al debitore. Nell'obbligo di risultato, tuttavia, il risultato stesso è in rapporto di causalità necessaria con l'attività del debitore, non dipendendo da alcun fattore ad essa estraneo [...]. Altrimenti detto, il conseguimento dell'*utilitas* dipende qui da fattori che, nella normalità dei casi, si trovano nella sfera di controllo del debitore e nelle sue possibilità, secondo il canone della diligenza (ordinaria o professionale) esigibile. Pertanto, la prova liberatoria deve vertere sulla causa non imputabile, consistente nel caso fortuito o nella forza maggiore (compreso il fatto del terzo), imprevedibile o inevitabile. Per contro, nell'obbligo di mezzi, il risultato dipende, oltre che dal comportamento del debitore, da fattori ulteriori e concomitanti, che il debitore non è in grado di controllare. Da ciò segue che, se la *utilitas* attesa non è stata conseguita, il debitore è nondimeno liberato, se prova di aver osservato le regole dell'arte nell'esecuzione della prestazione, *i.e.* per la parte che concerne gli elementi di cui ha il controllo, mentre non ha l'onere di provare che il risultato è mancato per cause a lui non imputabili».

<sup>29</sup> Il riferimento va al noto indirizzo sull'onere della prova del nesso causale nella responsabilità contrattuale medica inaugurato da Cass., 11 novembre 2019, n. 28991-28992, che si fonda sulla distinzione tra l'interesse primario che muove il creditore alla stipulazione del negozio (che ha per oggetto il miglioramento della salute o il contenimento della patologia in atto) e l'interesse strumentale rilevante ai fini della delimitazione dell'oggetto dell'obbligazione (che mira alla corretta esecuzione della prestazione sanitaria): *ex plurimis* v., anche per ampi riferimenti alla giurisprudenza in materia, R. FRANCO, *La disputa intorno alla distinzione tra obbligazioni di mezzi e di risultato si rinnova: dalla dogmatica al nesso di causalità. L'«esatto» adempimento e gli obblighi di protezione*, in *Rass. dir. civ.*, 2022, 94 ss.; F. PIRAINO, *Causalità e responsabilità contrattuale (tenzone tra un giudice e un professore). Parte II: La causalità materiale e obbligazioni di facere professionale*, in *Foro it.*, 2022, V, 327 ss.; N. RIZZO, *La causalità civile*, Giappichelli, 2022, 72 ss.

<sup>30</sup> M. FRANZONI, *Le obbligazioni di mezzi e di risultato*, in *Le obbligazioni*, I, *L'obbligazione in generale (1173-13420 c.c.)*, a cura di M. FRANZONI, Utet, 2004, 1343 s., a cui appartengono anche le parole riportate nel testo.

<sup>31</sup> E. CARBONE, *op. cit.*, 3.

<sup>32</sup> Sul punto v., oltre agli Autori citati nelle note successive, G. D'AMICO, *La responsabilità ex recepto e la distinzione tra obbligazioni «di mezzi» e «di risultato»*. *Contributo alla teoria della responsabilità contrattuale*, Esi, 1999, spec. 157 ss.

<sup>33</sup> La circostanza che un fattore anche minimo di incertezza del conseguimento del risultato avuto di mira dalle parti sia ineliminabile e, quindi, sempre presente anche in questo tipo di obbligazioni viene efficacemente evidenziata da G. D'AMICO, *La responsabilità*, cit., nel testo e in nt. 44.



gazioni di risultato ovvero, volendo seguire altre proposte terminologiche, di obbligazioni «governabili»<sup>34</sup> o «completamente specificate nel contenuto»<sup>35</sup>.

In altri casi, invece, l'operato del debitore interagisce con una serie di circostanze esterne, sulle quali egli non può esercitare alcuna influenza, che rivestono un ruolo significativo nel processo che porta alla concretizzazione dell'esito finale ambito dal creditore, al quale l'obbligato promette, quindi, soltanto la corretta esecuzione della propria attività ma non anche il buon esito della stessa: in queste ipotesi, in cui la prestazione è in definitiva caratterizzata da una (più o meno marcata) nota di aleatorietà, si discorre allora di obbligazioni di mezzi o «di comportamento»<sup>36</sup>, ovvero di obbligazioni «non governabili»<sup>37</sup> o «non completamente specificate nel contenuto»<sup>38</sup>.

Orbene, al di là di queste variazioni semantiche<sup>39</sup>, partendo dal rilievo secondo cui «il debitore è il soggetto che deve realizzare l'interesse contrattuale sotteso alla prestazione dovuta», è stata convincentemente dimostrata l'attendibilità del tradizionale orientamento secondo cui, «ove dovuta sia una misura di diligenza, perché questa soltanto sia dedotta in obbligo, l'art. 1176 [cod. civ.] ed il parametro del buon padre di famiglia determineranno, in via ordinaria, il contenuto del debito e, in uno con questo, senza soluzione di continuità, il confine esterno dell'inadempimento; superato il quale, il debitore dovrà giustificarsi per la causa non imputabile ex art. 1218 [cod. civ.], senza che il giudizio d'imputabilità possa restare insensibile all'oggetto del debito. Ove dovuta sia una prestazione di risultato, perché questa sia stata costituita ad oggetto del programma obbligatorio, la non-esecuzione imporrà al debitore quella medesima giustificazione, che, avendo le parti o la legge estromesso dal programma obbligatorio ogni verifica di contegno, sarà refrattaria al modello di giudizio rinvenibile nell'art. 1176» cod. civ.<sup>40</sup>: per concludere, quindi, nel senso che «nelle obbligazioni di mezzi il parametro della diligenza s'impone [...] anche sullo *standard* di forza maggiore, colorandolo in senso soggettivo. Nei rapporti di risultato, invece, il giudizio di imputabilità resterà ancorato a parametri rigorosamente oggettivi»<sup>41</sup>. Seguendo la scia di questi ragionamenti, è stato pure messo in evidenza come la distinzione in parola serva anche a ripartire in maniera appropriata l'onere della prova dell'impossibilità sopravvenuta e, conseguentemente, il rischio della causa ignota: da questo punto di vista, nelle obbligazioni di mezzi, una volta che il debitore abbia dato prova della propria diligenza, spetterà al creditore dimostrare che l'inadempimento è stato determinato da impossibilità della prestazione – all'ulteriore scopo di dimostrare che il debitore avrebbe potuto prevederla e/o evitarla e che egli deve, quindi, comunque rispondere dell'inadempimento –, così che finirà per essere il creditore a dovere sopportare il rischio della causa ignota; nelle

<sup>34</sup> G. SICCHIERO, *Dell'adempimento*, cit., 148 ss.; ID., *Dalle obbligazioni "di mezzi e di risultato" alle "obbligazioni governabili o non governabili"*, in *Contr. impr.*, 2016, 1391 ss.

<sup>35</sup> V. DE LORENZI, *op. cit.*, 485 ss.

<sup>36</sup> Secondo la terminologia prediletta da L. MENGONI, *op. cit.*, *passim*, ma spec. 151.

<sup>37</sup> G. SICCHIERO, *Dell'adempimento*, cit., spec. 148 ss.; ID., *Dalle obbligazioni*, cit., spec. 1417 ss.

<sup>38</sup> V. DE LORENZI, *op. cit.*, 485 ss.

<sup>39</sup> Invita a non dare troppo peso a questo profilo G. VILLA, *op. cit.*, 1074: «tralasciando qui ogni inutile discussione di carattere nominalistico su come etichettare ("di risultato", "di mezzi" o altro) i rapporti obbligatori [...], nel programma stabilito dalle parti non sempre viene dedotto il raggiungimento di un risultato finale per la semplice ragione che tale risultato è aleatorio e l'alea non può essere governata dal debitore [...], così che l'adempimento si esaurisce con l'attuazione del fare secondo un parametro di diligenza commisurato alle caratteristiche del servizio promesso [...]. In altri casi, invece, non sussistono margini di incertezza rilevanti circa il raggiungimento di un esito finale favorevole al creditore [...]; l'eventuale mancanza del risultato, quindi, non dipende da un'alea intrinseca alle caratteristiche della prestazione, ma rappresenta un inadempimento, salvo che il debitore non dimostri che si è materializzato un rischio estraneo alla sua sfera di controllo e, quindi, un'impossibilità liberatoria ai sensi dell'art. 1218».

<sup>40</sup> E. CARBONE, *op. cit.*, 96.

<sup>41</sup> E. CARBONE, *op. cit.*, 111.



obbligazioni di risultato, invece, l'onere della prova dell'impossibilità sopravvenuta dell'adempimento della prestazione graverà più correttamente sul debitore, che solo fornendo detta prova – intesa come prova del sopravvenire di una causa estranea e a lui non imputabile – potrà andare esente da responsabilità di fronte al mancato conseguimento del risultato dovuto al creditore. Da quanto appena detto risulta confermato, quindi, che nelle obbligazioni di mezzi la responsabilità riveste un fondamento colposo, perché il debitore *prima facie* adempiente sarà chiamato a rispondere solo se il creditore riesca a provare l'impossibilità della prestazione per causa a lui imputabile; nelle obbligazioni di risultato, invece, la responsabilità ha natura oggettiva, il debitore che non riesca a fornire la prova della causa di esonero risultando responsabile nonostante nessuna specifica colpa possa essergli addebitata<sup>42</sup>.

A risultati del tutto analoghi è giunto, del resto, pure chi ha proposto di sostituire la tradizionale distinzione tra obbligazioni di risultato e di mezzi con la differenziazione tra obbligazioni «governabili» e obbligazioni «non governabili», affermando che le prime sono interamente riconducibili alla disciplina dell'art. 1218 cod. civ. e alla regola secondo cui a liberare il debitore dispiega la sua forza soltanto il caso fortuito, irrilevante essendo la sola diligenza prestata, mentre le seconde, in cui l'esito voluto dal creditore non può essere ragionevolmente garantito con certezza, sono invece assoggettate al principio che vuole essere l'adeguata diligenza utilizzata a dimostrare l'adempimento, cosicché, in assenza di errori, l'attività svolta dal debitore non sarà censurabile<sup>43</sup>.

Nell'ottica della nostra indagine, va inoltre evidenziato come uno degli ulteriori elementi da considerare nell'opera di ricostruzione del criterio di imputazione della responsabilità contrattuale sia costituito, soprattutto nelle obbligazioni di *facere*, dalle caratteristiche soggettive del debitore, le quali impongono di riconoscere «una notevole diversità di disciplina, secondo che si tratti di prestazioni da rendersi mediante un'organizzazione di uomini e mezzi, o invece di un “fare” infungibile e da rendersi personalmente, come nel caso della prestazione artistica, della prestazione professionale infungibile o della prestazione di lavoro subordinato»<sup>44</sup>. In particolare va messo in rilievo che, quando la prestazione dev'essere eseguita da un soggetto che si avvale di un'organizzazione imprenditoriale, si giustifica l'allontanamento dal criterio della colpa in favore dell'utilizzo di parametri di responsabilità oggettiva, tanto più rigorosi quanto più tale organizzazione è complessa e strutturata, ma che in ogni caso facciano ricadere sul debitore tutte le disfunzioni, anche incolpevoli e non accertate/accertabili, attinenti alla propria sfera di programmazione e controllo<sup>45</sup>: in queste ipotesi, difatti, si può affermare che il debitore garantisce il creditore circa il buon funzionamento e l'efficienza del proprio apparato organizzativo, assumendosi il rischio dell'inadempimento derivante da tutte le anomalie che si possano verificare all'interno di quest'ultimo a prescindere dalle misure che egli possa o meno avere adottato al fine di prevenirle o correggerle<sup>46</sup>.

<sup>42</sup> G. D'AMICO, *L'inadempimento*, cit., 97 ss.; ID., *La responsabilità*, cit., 130 ss.

<sup>43</sup> G. SICCHIERO, *Dell'adempimento*, cit., 148 ss.; ID., *Dalle obbligazioni*, cit., 1417 ss.

<sup>44</sup> P. TRIMARCHI, *Incentivi*, cit., 356; ID., *Il contratto*, cit., 39.

<sup>45</sup> Condivide tale impostazione anche G. VISINTINI, *Inadempimento e mora del debitore*, cit., 163 s., soggiungendo però che «a questo punto ci si può chiedere: è ragionevole e razionale limitare il regime di responsabilità oggettiva alle imprese? Non sarebbe altrettanto razionale estendere il regime anche alle prestazioni dei privati sia per quanto concerne la messa a carico delle cause ignote, sia per la imputabilità delle cause interne all'organizzazione della prestazione e alle possibilità di controllo del debitore? Così, ad es., si potrebbe giustificare la messa a carico del rischio dell'errore professionale (anche se incolpevole alla stregua della diligenza professionale ordinaria) sui notai e sui medici, o sui consigli di amministrazione [...]. La giurisprudenza largamente prevalente [...] ha risposto fino ad ora negativamente. Ma restringere il discorso della responsabilità oggettiva alle imprese può avere effetto paralizzante di una evoluzione in tal senso nel campo delle prestazioni professionali [...]».

<sup>46</sup> P. TRIMARCHI, *Incentivi*, cit., 348, 356 ss.; ID., *Il contratto*, cit., 15, 39 ss.; G. VILLA, *op. cit.*, 1102; F. CAFAGGI, *Responsabilità del professionista*, in *Dig. disc. priv. – Sez. civ.*, XVII, Utet, 1998, 202.



4. – Calate nell’ambito di nostro interesse, le concezioni in precedenza esposte porterebbero, secondo taluno, a riconoscere che «un elemento dirimente sarà valutare se l’agente artificiale di cui si avvale il debitore [...] rientri o meno nei rischi della propria sfera organizzativa; se esso renda perciò l’obbligazione governabile o non governabile. [...] In altre parole, [...] occorre stabilire se l’attività compiuta dall’agente artificiale deve essere considerata tra i fattori estranei all’attività del debitore da cui dipende il soddisfacimento dell’interesse primario del creditore oppure tra i fattori, per così dire, interni»<sup>47</sup>. In quest’ultimo caso, l’obbligazione sarebbe di risultato e pertanto, «al cospetto sia di un errore di natura tecnica, sia di una disfunzione propria dell’automa, rientrando lo stesso nella sfera organizzativa del debitore, [...] esso comporterà una diretta responsabilità di quest’ultimo, salvo l’ipotesi di caso fortuito e di forza maggiore»<sup>48</sup>. Nella prima ipotesi, invece, «il debitore avrebbe una maggiore possibilità di andare esente da responsabilità», pur dovendosi distinguere a seconda della «singola circostanza produttiva dell’evento lesivo»: qualora si tratti di «una disfunzione tecnica propria dello strumento», «il debitore [...] dovrebbe essere ritenuto responsabile, poiché l’evento lesivo deriva da inefficienze interne alla propria sfera organizzativa»; laddove venga, invece, in rilievo «una valutazione e/o decisione tecnica opinabile» del sistema di IA, «il rischio dell’attività realizzata dalla macchina intelligente non sarà considerato un fattore interno all’attività del debitore, qualificando così la fattispecie come un’obbligazione non governabile»<sup>49</sup>.

Pur avendo il merito di sottolineare l’importanza rivestita, nella materia che ci occupa, dalla distinzione tra obbligazioni di mezzi e di risultato quale criterio di articolazione del fondamento della responsabilità contrattuale, l’impostazione surriferita è formulata in termini troppo vaghi e generici per offrire una sistemazione soddisfacente delle questioni sulle quali ci stiamo interrogando.

Al fine di stabilire quali siano le ripercussioni dell’impiego di sistemi di IA sul regime della responsabilità del debitore, appare in realtà necessario considerare, in prima battuta, a quale dei due ambiti la prestazione dovuta venga tradizionalmente ricondotta in virtù delle sue intrinseche caratteristiche.

All’esito di tale verifica si potrebbe constatare la sussistenza di un’obbligazione di mezzi, la quale, per esempio, ricorre in presenza della prestazione sanitaria, dell’attività forense, della realizzazione di una campagna promozionale, dell’amministrazione di una società di capitali, della gestione di un portafogli di investimento<sup>50</sup>, e così via<sup>51</sup>. Considerato quanto l’IA possa incrementare l’accuratezza, la precisione e l’efficacia delle attività umane, pare che i progressi apportati dall’impiego delle macchine intelligenti possano allora condurre, alla luce delle specifiche peculiarità del caso concreto, alla riqualificazione quale obbligazione di risultato delle prestazioni in discorso, essendo del tutto plausibile e già sperimentato nella pratica il fenomeno della conversione di determinati rapporti da obbligazioni di mezzi a obbligazioni di risultato in conseguenza dell’evoluzione scientifica e tecnologica<sup>52</sup>; né sembra doversi escludere l’eventualità che tale fenomeno, come riconosciuto dalla più attenta dottrina, riguardi una o alcune soltanto delle obbligazioni assunte dallo stesso debitore o, a limite, uno o alcuni soltanto dei segmenti della medesima prestazione<sup>53</sup>. Non sa-

<sup>47</sup> G. PROIETTI, *op. cit.*, 188 s.

<sup>48</sup> G. PROIETTI, *op. cit.*, 189.

<sup>49</sup> G. PROIETTI, *op. cit.*, 190 s.

<sup>50</sup> V., in materia, la recente e approfondita analisi di U. MALVAGNA, *Benchmark e gestione di portafoglio: tra «mezzi» e «risultato»*, Esi, 2023.

<sup>51</sup> Per queste e altre esemplificazioni delle obbligazioni di mezzi, v. P. GALLO, *op. cit.*, 925 ss.; G. VILLA, *op. cit.*, 1075 ss.; A. TRABUCCHI, *op. cit.*, 887 ss.

<sup>52</sup> Sul fenomeno in discorso, v. G. VILLA, *op. cit.*, 1074 s.; P. GALLO, *op. cit.*, 920; G. D’AMICO, *L’inadempimento*, cit., 87 s.; G. VISINTINI, *Trattato breve*, cit., 207.

<sup>53</sup> Cfr. P. TRIMARCHI, *Incentivi*, cit., 359; G. D’AMICO, *Responsabilità per inadempimento e distinzione tra obbligazioni di mezzi*



rebbe tuttavia corretto sviluppare *sic et simpliciter* un siffatto ragionamento sulla base della mera constatazione dell'utilizzo dell'IA, il quale va di per sé considerato un fattore neutrale, sul piano della ricostruzione della prestazione dovuta e del regime della responsabilità del debitore, fino a che l'accertamento dei benefici effettivamente guadagnati grazie al suo impiego non giustifichi una diversa soluzione<sup>54</sup>.

La preliminare verifica della natura della prestazione dovuta potrebbe poi evidenziare la sussistenza di un'obbligazione di risultato, qualificazione normalmente attribuita, per esempio, alle prestazioni rese dal trasportatore, dall'appaltatore, dal *tour operator*, dal progettista, da colui che ha promesso il fatto del terzo, e così via<sup>55</sup>. La circostanza che prestazioni di questo tipo vengano realizzate impiegando sistemi di IA non dovrebbe, tuttavia, implicare l'introduzione nelle fattispecie in esame di un margine di aleatorietà tale da comportarne il mutamento in obbligazioni di mezzi, in quanto il ricorso a questo tipo di tecnologia serve proprio ad accrescere il livello di affidabilità, di precisione e di sicurezza che di per sé le caratterizza, riducendo il rischio dell'errore umano<sup>56</sup>: in altre parole, di fronte all'utilizzo di macchine intelligenti la natura delle obbligazioni di risultato dovrebbe plausibilmente rimanere invariata o, al limite, uscire "rafforzata" dai vantaggi derivanti dall'impiego di questa tecnologia.

Sulla scorta delle riflessioni fin qui svolte, il ricorso a sistemi di IA nell'adempimento del vincolo obbligatorio parrebbe allora ripercuotersi sulla responsabilità del debitore nei termini che seguono.

In presenza di un'obbligazione di mezzi e, quindi, nella prospettiva della responsabilità per colpa che abbiamo visto ricollegarsi a questo tipo di rapporti, si dovrebbe escludere che il debitore sia chiamato a rispondere del malfunzionamento di un sistema di IA che fuoriesce dall'ambito del proprio controllo in virtù del suo elevato grado di autonomia, opacità e imprevedibilità, la sua responsabilità rimanendo circoscritta alle sole ipotesi in cui il danno sia derivato da uno scorretto utilizzo della macchina imputabile alla propria negligenza. Esemplificativamente, il debitore potrà essere ritenuto responsabile per essersi avvalso dell'IA senza avere le competenze necessarie, per avere utilizzato un sistema intelligente nella consapevolezza o nella colpevole ignoranza della sua difettosità, per non avere rilevato la scorrettezza delle indicazioni fornite dalla

---

e di risultato, in *Il diritto delle obbligazioni e dei contratti: verso una riforma? Atti del Convegno per il cinquantenario della Rivista di diritto civile*, Cedam, 2006, 146, nt. 13.

<sup>54</sup> In questo senso v., con riguardo a quelle che sono considerate l'esempio paradigmatico delle prestazioni di mezzi, vale a dire le prestazioni sanitarie, M. FACCIOLI, *Intelligenza artificiale e responsabilità sanitaria*, in *Nuova giur. civ. comm.*, 2023, 736; A. FIORENTINI, *Machine learning e dispositivi medici: riflessioni in materia di responsabilità civile*, in *Corr. giur.*, 2021, 1261; G. VOTANO, *Intelligenza artificiale in ambito sanitario: il problema della responsabilità civile*, in *Danno resp.*, 2022, 674 s.; A. COLARUOTOLO, *Intelligenza artificiale e responsabilità medica: novità, continuità e criticità*, in *Resp. med.*, 2022, 306; V. DI GREGORIO, *Robotica e intelligenza artificiale: profili di r.c. in campo sanitario*, *ivi*, 2019, 442.

<sup>55</sup> Per queste e altre esemplificazioni delle obbligazioni di risultato, v. P. GALLO, *op. cit.*, 930 s.; G. D'AMICO, *La responsabilità*, *cit.*, 186 ss.; G. SICCHIERO, *Dell'adempimento*, *cit.*, 181 ss.

<sup>56</sup> È sulla scorta di tali osservazioni che, del resto, viene efficacemente criticata (per esempio da M. COSTANZA, *op. cit.*, 1688; U. SALANITRO, *op. cit.*, 1256 s.; G. D'ALFONSO, *Il regime di responsabilità da cose in custodia tra questioni tradizionali e "responsabilità da algoritmo"*, in *EJPLT*, 2022, 104; V. DI GREGORIO, *Intelligenza artificiale e responsabilità civile: quale paradigma per le nuove tecnologie?*, in *Danno resp.*, 2022, 59 s.; M. GRONDONA, *Intelligenza artificiale e responsabilità da attività pericolose. Una prospettiva ideologicamente orientata e un inventario di problemi*, in V. CUOCCL, F.P. LOPS, C. MOTTI (a cura di), *La responsabilità civile*, *cit.*, 181 ss.; C. DEL FEDERICO, *Intelligenza artificiale e responsabilità civile. Alcune osservazioni sulle attuali proposte europee*, in *Jus Civile*, 2023, 1045 s.) la tesi, invero piuttosto diffusa in dottrina, che ritiene applicabile la disciplina dettata dall'art. 2050 cod. civ. in tema di attività pericolose alle fattispecie di responsabilità aquiliana per danni cagionati da sistemi di IA (v., in tal senso, M. RATTI, *op. cit.*, 1183; C. SCOGNAMIGLIO, *op. cit.*, 1087 s.; E. FAZIO, *op. cit.*, 210 ss.; A. ASTONE, *op. cit.*, 499 s.; C. LEANZA, *Intelligenza artificiale e diritto: ipotesi di responsabilità civile nel terzo millennio*, in *Resp. civ. prev.*, 2021, 1023 s.; A. PROCIDA MIRABELLI DI LAURO, *Le intelligenze artificiali tra responsabilità civile e sicurezza sociale*, in P. PERLINGIERI, S. GIOVA, I. PRISCO (a cura di), *Rapporti civilistici e intelligenze artificiali: attività e responsabilità*, *Esi*, 2020, 333).



macchina nei limiti in cui questa fosse rilevabile con una verifica diligente, o ancora per avere impiegato tale tecnologia all'interno di un contesto le cui specificità imponevano il ricorso a metodi di lavoro tradizionali<sup>57</sup>.

A diverse conclusioni pare che si debba giungere, invece, quando l'obbligazione considerata è di risultato, per sua stessa natura o proprio in ragione dell'utilizzo di sistemi di IA, gli errori e i malfunzionamenti dei quali dovrebbero pertanto ricadere sul debitore nell'ottica della responsabilità oggettiva che secondo i principi generali scaturisce dall'inadempimento di questa tipologia di rapporti obbligatori. Tale conclusione appare tanto più giustificata, in particolare, quando il debitore è un soggetto di natura imprenditoriale, il quale come abbiamo visto garantisce il creditore circa il buon funzionamento e l'efficienza del proprio apparato organizzativo assumendosi il rischio dell'inadempimento riconducibile alle anomalie verificabili all'interno del medesimo fino al limite dell'impossibilità sopravvenuta non imputabile<sup>58</sup>.

Occorre da ultimo chiedersi, sotto un diverso ma complementare punto di vista, se l'utilizzo di sistemi di IA nell'adempimento del rapporto obbligatorio possa influire sull'applicazione della limitazione della responsabilità del debitore ai soli casi di dolo o colpa grave prevista dall'art. 2236 cod. civ. per il caso di prestazioni implicanti «la soluzione di problemi tecnici di speciale difficoltà»<sup>59</sup>. Al di là della controversa ricostruzione del significato attribuibile a tale disposizione<sup>60</sup>, la questione sembra dover essere, in linea di principio, risolta in senso positivo, non essendovi dubbi circa la necessità di valutare i presupposti di applicazione della norma in esame alla luce dello stato di avanzamento della scienza e della tecnica del momento storico nel quale si deve giudicare la responsabilità del professionista<sup>61</sup>, per il quale una prestazione in passato considerata di speciale difficoltà potrebbe, quindi, non dover essere più reputata tale in ragione dei vantaggi apportati dall'impiego dell'IA. Non si può peraltro sottacere come la giurisprudenza sia, da sempre, estremamente riluttante a dare concreta applicazione all'art. 2236 cod. civ.<sup>62</sup> e ne circoscriva l'ambito di operati-

<sup>57</sup> In tal senso v., sempre con riguardo alla responsabilità del professionista sanitario, M. FACCIOLI, *op. cit.*, 736, nt. 32; G. VOTANO, *op. cit.*, 676; A. COLARUOTOLO, *op. cit.*, 306.

<sup>58</sup> In questa prospettiva viene, per esempio, da più parti riconosciuta, seppure con una certa varietà di accenti, la responsabilità di natura oggettiva della struttura sanitaria per i danni cagionati al paziente dal malfunzionamento dei sistemi di IA utilizzati per le cure, ciò costituendo l'esito dell'inadempimento dei doveri organizzativi, considerati obbligazioni di risultato, che scaturiscono in capo al nosocomio dal contratto di ospitalità concluso con il malato: v., tra gli altri, M. FACCIOLI, *op. cit.*, 738 s.; A. FIORENTINI, *op. cit.*, 1262 s.; C. PERLINGIERI, *Responsabilità civile e robotica medica*, in *Tecn. dir.*, 2020, 170; G. SALITO, *La responsabilità da algoritmo tra (teoria della) finzione e realtà sanitaria: una nuova declinazione della responsabilità medica?*, in *Riv. it. med. leg.*, 2022, 859 s.; A. DI MARTINO, *Intelligenza artificiale e responsabilità civile in ambito sanitario*, Giuffrè, 2022, 91 s.

<sup>59</sup> Sulle origini della norma e sulla sua notoriamente infelice formulazione letterale, in virtù della quale «sembrerebbe [...] che proprio in ipotesi in cui le difficoltà della prestazione esigono un maggior grado di "perizia" [...], il legislatore si accontenti invece di un minimo di diligenza, limitando la responsabilità a una misura elevata di colpa, con esclusione, cioè, della colpa lieve», v. G. VISINTINI, *Inadempimento e mora del debitore*, cit., 224 ss.

<sup>60</sup> Sul punto v., per tutti, M. TESCARO, *L'art. 2236 cod. civ. e l'auspicabile contenimento della responsabilità civile del prestatore d'opera*, in *Studium iuris*, 2021, 32 ss., il quale evidenzia come la disciplina dell'art. 2236 cod. civ. sia stata nel corso del tempo interpretata in quattro modi diversi, ovverosia: considerando la colpa professionale come sinonimo di colpa grave, con l'effetto di esonerare il professionista intellettuale da qualsivoglia responsabilità per colpa lieve; restringendo il campo applicativo della norma alla sola imperizia e lasciando fuori dal suo ambito di riferimento i profili della diligenza e della prudenza (è questa, in particolare, la tesi fatta propria dalla giurisprudenza); riferendo, di contro, la sfera di operatività della disposizione alla sola imprudenza e non anche all'imperizia; ricostruendo la norma come una mera precisazione del criterio della natura dell'attività esercitata di cui all'art. 1176, comma 2°, cod. civ. diretta a stabilire che, nei casi di speciale difficoltà tecnica, il comportamento del professionista dev'essere valutato secondo il parametro della *diligentia quam in concreto*.

<sup>61</sup> P. GALLO, *op. cit.*, 905; F. MARINELLI, F. CAROCCIA, *Contratto d'opera e prestazione d'opera intellettuale*, in *Trattato di diritto civile del Consiglio nazionale del notariato*, diretto da P. PERLINGIERI, Esi, 2013, 271.

<sup>62</sup> Evidenziano come sia estremamente difficile, se non impossibile, rinvenire precedenti che hanno mandato esente da responsabilità un professionista sulla scorta dell'applicazione della norma in parola, che pure viene costantemente richiamata dalla giurisprudenza in materia di responsabilità professionale, M. GAZZARA, *"In difesa" dell'art. 2236 cod. civ.*, in *Nuovo dir. civ.*, 2020, 53; M.



vità entro confini che in dottrina sono prevalentemente e a ragione considerati, seppure non senza eccezioni<sup>63</sup>, eccessivamente restrittivi<sup>64</sup>: prima di delimitarne ulteriormente la sfera di operatività facendo leva sull'utilizzo dell'IA, quindi, occorrerebbe restituire a tale norma un ruolo adeguato alla sua fondamentale *ratio* di conciliare «due opposte esigenze, quella di non mortificare l'iniziativa del professionista col timore di ingiustificate rappresaglie da parte del cliente in caso di insuccesso e quella inversa di non indulgere verso non ponderate decisioni o riprovevoli inerzie del professionista» stesso<sup>65</sup>.

---

FRANZONI, *Dalla colpa grave alla responsabilità professionale*, 4<sup>a</sup> ed., Giappichelli, 2023, 60 s. La più vistosa manifestazione di questa tendenza si riscontra nell'area della responsabilità sanitaria, ove i nostri giudici ritengono che il caso affidato al medico possa veramente considerarsi di particolare difficoltà solo quando esso richieda un impegno intellettuale e una preparazione professionale superiori a quelli del professionista medio, il che dovrebbe intendersi accadere, precisamente, soltanto quando il caso stesso si presenti come eccezionale e straordinario, per non essere ancora stato adeguatamente studiato nella scienza e sperimentato nella pratica, ovvero per essere oggetto di dibattiti scientifici con sperimentazione di sistemi diagnostici, terapeutici e di tecnica chirurgica diversi o incompatibili (così, *ex multis*, già Cass., 26 marzo 1990, n. 2428; ma per affermazioni del tutto simili riferite alla responsabilità dell'ingegnere, v. Cass., 31 luglio 2015, n. 16275). Con puntuali interventi la Suprema Corte ha, inoltre, ulteriormente precisato: che la difficoltà dell'intervento non si identifica con l'aleatorietà, perché anche l'effetto di una prestazione terapeutica di facilissima esecuzione, come un'iniezione o la somministrazione di un farmaco, può in talune ipotesi apparire del tutto aleatorio (Cass., 21 giugno 2004, n. 11488); che anche quando ci si trovi di fronte ad un intervento chirurgico che presenta il carattere della speciale difficoltà, la limitazione di responsabilità prevista dall'art. 2236 cod. civ. non si estende alla fase post-operatoria, nella quale il medico risponde, anche per colpa lieve, dell'inadempimento del dovere di vigilare attentamente sul paziente e adottare tutte le precauzioni e i rimedi conosciuti dalla scienza e dalla pratica medico-specialistica al fine di evitare che insorgano complicazioni (Cass., 28 settembre 2009, n. 20790); che il requisito della speciale difficoltà della prestazione non è integrato dall'incompletezza o dalla reticenza delle informazioni fornite dal paziente circa le proprie condizioni di salute, laddove queste ultime siano accertabili attraverso la corretta esecuzione della prestazione curativa (Cass., 12 settembre 2013, n. 20904); ancora, che un intervento chirurgico di norma routinario non può mai ritenersi di speciale difficoltà per il solo fatto che nel corso di esso si verificano delle complicanze (Cass., 22 novembre 2012, n. 20586).

<sup>63</sup> V., per esempio, A.P. UGAS, *Art. 2236 – Responsabilità del prestatore d'opera*, in *Dell'impresa e del lavoro. Artt. 2188-2246. Norme collegate*, a cura di O. CAGNASSO e A. VALLEBONA, in *Commentario del codice civile*, diretto da E. GABRIELLI, Torino, 2014, 889 ss., la quale ritiene opportuno circoscrivere il campo d'applicazione dell'art. 2236 cod. civ. a «casi limitati» e «caratterizzati sia dalla incertezza del conseguimento del risultato sia soprattutto dalla incertezza della prestazione richiesta per raggiungerlo», che per l'appunto si concretizzerebbero «qualora il debitore assuma un impegno rispetto al quale non esiste né un percorso causale definito scientificamente, né, tanto meno, regole scientifiche ed operazioni tramite le quali intraprenderlo e seguirlo» e, pertanto, «manchi una regola di condotta o essa sia del tutto confusa o incerta».

<sup>64</sup> Tra gli altri v., anche per ulteriori citazioni in tal senso, M. TESCARO, *op. cit.*, spec. 35 ss., il quale in particolare evidenzia che «quanto alla formulazione letterale [...], non si vede per quale motivo “la soluzione di problemi tecnici di speciale difficoltà” [...] non possa essere, molto più ampiamente, riferita alla frequente, per non dire quotidiana, trattazione di situazioni particolarmente complicate che sempre più caratterizza l'esperienza del lavoratore autonomo. L'aggettivo “speciale” (posto accanto a “difficoltà”) non è, infatti, sinonimo, nel linguaggio giuridico, di straordinario e nemmeno di eccezionale, ma semmai di particolare, prestandosi dunque a essere impiegato anche in relazione a situazioni, sia pure in un ambito non generale, ordinarie e frequenti»; M. GAZZARA, *op. cit.*, spec. 72 ss., il quale considera la norma «una opportuna valvola di sicurezza» e «un salutare presidio avverso astratti proclami rigoristi, avulsi spesso dalla concreta e sempre più convulsa e complessa realtà della pratica professionale». La prospettiva in esame è, poi, particolarmente diffusa negli studi sulla responsabilità professionale medica (sulla quale, v. pure quanto evidenziato *infra*, alla nota 62): v., per esempio, C. GRANELLI, *La medicina difensiva in Italia*, in *Resp. civ. prev.*, 2016, 32; M. ROSSETTI, *Unicum suum, ovvero le regole di responsabilità non sono uguali per tutti (preoccupate considerazioni sull'inarrestabile fuga in avanti della responsabilità medica)*, in *Giust. civ.*, 2010, I, 2224 ss.; M. FOGLIA, *Il prisma della prestazione medica e l'“azzeramento” dell'art. 2236 cod. civ.*, in *Nuova giur. civ. comm.*, 2010, I, 372 ss.

<sup>65</sup> Così la *Relazione al codice*, n. 917. Per un'approfondita riflessione sul fondamento dell'art. 2236 cod. civ. svolta anche alla luce dell'evoluzione storica delle attività liberali, v. G. MUSOLINO, *Contratto d'opera professionale. Artt. 2229-2238*, in *Il codice civile. Commentario*, fondato da P. SCHLESINGER e diretto da F.D. BUSNELLI e G. PONZANELLI, 3<sup>a</sup> ed., Giuffrè, 2020, 581 s.



5. – Come si è avuto modo di accennare, nella definizione del criterio di imputazione della responsabilità contrattuale occorre tenere in considerazione anche l’allocazione del rischio degli accadimenti atti a impedire la corretta esecuzione del rapporto obbligatorio concordata dalle parti e desumibile, in via esplicita o anche solo implicita, dalla ricostruzione del contenuto complessivo dei termini del negozio<sup>66</sup>.

Applicato all’ambito di nostro interesse, quanto riferito conduce a riconoscere che nel giudizio sulla responsabilità per la mancata o difettosa esecuzione di una prestazione coinvolgente l’impiego di sistemi di IA occorrerà considerare anche la distribuzione del rischio dell’inadempimento concordata dalle parti, in particolare mediante lo scambio di informazioni avvenuto nel corso delle trattative: laddove il creditore non venga reso (in tutto o in parte) edotto dell’utilizzo di macchine intelligenti, né tale circostanza sia rilevabile dal contesto o dalle qualità soggettive del debitore<sup>67</sup>, si giustificherà un irrigidimento del giudizio sulla responsabilità dell’obligato per malfunzionamenti dei dispositivi in suo possesso del possibile verificarsi dei quali la controparte è stata lasciata all’oscuro; diversamente, quest’ultima sarà tenuta a condividere il rischio di tali accadimenti con il debitore nella misura che apparirà più adeguata e proporzionata rispetto alle circostanze concrete del caso di specie<sup>68</sup>.

In questa prospettiva occorre pure chiedersi se la mancata comunicazione, da parte del debitore, dell’utilizzo di sistemi di IA, da reputarsi doverosa sulla scorta della teoria degli obblighi d’informazione precontrattuale, possa anche tradursi nell’attribuzione alla controparte della pretesa all’annullamento del contratto per dolo ai sensi dell’art. 1439 cod. civ. e/o al risarcimento del danno a titolo di responsabilità precontrattuale ex art. 1337 cod. civ.<sup>69</sup>. La questione non può essere però indagata a fondo nell’economia di questo contributo, in quanto implica la trattazione di due più vaste e assai complesse tematiche alle quali è in questa sede possibile solamente fare un accenno: innanzitutto, la rilevanza della reticenza (o c.d. dolo omissivo) nel contesto della ricostruzione della portata e dell’estensione degli obblighi d’informazione precontrattuale<sup>70</sup>; in secondo luogo, la sopravvivenza dei rimedi dell’invalidità negoziale e della *culpa in contrahendo* nelle ipotesi in cui l’informazione omessa dal debitore riguardi cause di inadempimento che pertanto assumono rilievo, una volta concluso il contratto, sotto il profilo della responsabilità contrattuale<sup>71</sup>.

6. – Sebbene non si occupino espressamente del tema di nostro interesse, possono, infine, contribuire alla ricostruzione della responsabilità contrattuale per l’inadempimento di obbligazioni implicanti l’impiego dell’IA anche due atti normativi provenienti dall’Unione europea.

<sup>66</sup> V., per tutti, P. TRIMARCHI, *Incentivi*, cit., *passim*.

<sup>67</sup> Che potrebbe per esempio essere un’impresa *high tech*, nota per l’utilizzo dell’IA nell’erogazione delle sue prestazioni.

<sup>68</sup> G. PROIETTI, *op. cit.*, 198 ss., 213 s.

<sup>69</sup> In tal senso sembra essere orientato G. PROIETTI, *op. cit.*, 208 ss., il quale in particolare sostiene (211) «l’effettiva possibilità di configurare fattispecie di responsabilità ex art. 1337 cod. civ. ogni qualvolta in cui la violazione di un obbligo informativo coinvolga il mezzo tecnologico utilizzato, ovvero la sua capacità di esecuzione autonoma, allorché lo stesso obbligo non rientri nell’ambito del contenuto del contratto ma si assesta ad informazioni che il principio di correttezza e buona fede, nel caso concreto, e secondo parametri di ragionevolezza, pretende ed esaurisce nella fase prodromica delle trattative».

<sup>70</sup> In materia v., *ex multis* e per limitarsi solo ad alcuni dei contributi più recenti, A. ALBANESE, *Errore e reticenza tra regole di validità e regole di responsabilità*, in *Eur. dir. priv.*, 2023, 57 ss.; ID., *L’obbligo di informazione nelle trattative: proposta di riforma e sistema del codice civile*, in *Jus*, 2020, 141 ss.; A. RENDA, *Obblighi di informazione e responsabilità precontrattuale da contratto valido*, *ivi*, 109 ss.; G. D’AMICO, *La responsabilità precontrattuale*, in *Trattato del contratto*, cit., 1308 ss.

<sup>71</sup> Nel senso che, dopo la conclusione del contratto, la mancata comunicazione di tali elementi rilevarebbe esclusivamente sul piano della valutazione della responsabilità per inadempimento del debitore, v. G. D’AMICO, *op. ult. cit.*, 1324 ss., nel testo e in nt. 103; C.M. BIANCA, *Diritto civile*, 3, *Il contratto*, 3<sup>a</sup> ed., Giuffrè, 2019, 143.



Il primo è costituito dall'ormai celebre e recentemente approvato Regolamento contenente regole armonizzate sull'intelligenza artificiale<sup>72</sup>, conosciuto anche come *AI Act*, che come noto disciplina la materia suddividendo i sistemi di IA secondo quattro livelli di rischio: quelli che presentano un rischio inaccettabile sono di principio vietati; quelli che presentano un rischio elevato sono ammessi, ma sono soggetti a rigorosi obblighi e requisiti prima di poter essere immessi sul mercato e/o utilizzati; quelli che presentano un rischio limitato devono rispettare requisiti di trasparenza, che consentono agli utenti di essere consapevoli di interagire con un sistema di IA e di comprenderne le caratteristiche e le limitazioni; quelli che presentano un rischio minimo o nullo, infine, possono essere liberamente commerciati e utilizzati senza doversi conformare a particolari prescrizioni normative. Per quanto l'*AI Act* non disciplini le conseguenze della violazione degli obblighi previsti al suo interno, appare infatti chiaro che l'inosservanza dei medesimi è inevitabilmente destinata a ripercuotersi nel giudizio di responsabilità civile, anche contrattuale, del soggetto irrispettoso del provvedimento normativo in esame<sup>73</sup>.

Considerato che la congerie di questioni sollevate dalla responsabilità per inadempimento di obbligazioni coinvolgenti sistemi intelligenti «si presenta in termini non dissimili nel caso di responsabilità extracontrattuale»<sup>74</sup>, spunti di riflessione utili a indagare il tema che ci occupa possono essere, inoltre, rinvenuti nella proposta di direttiva sulla responsabilità extracontrattuale da IA (*AI Liability Directive*, d'ora in poi *AILD*)<sup>75</sup> del 28 settembre 2022, attualmente all'esame delle istituzioni europee insieme alla coeva proposta di direttiva sulla responsabilità per danno da prodotti difettosi (*Product Liability Directive*, o *PLD*)<sup>76</sup>.

La *AILD* mira infatti a regolamentare la responsabilità – oltre che del fornitore, anche – dell'utilizzatore di sistemi intelligenti attraverso un apparato di norme diretto non a stravolgere la disciplina del fatto illecito degli ordinamenti nazionali, bensì a realizzare un'armonizzazione minima e mirata. Oltre a lasciare agli Stati membri la facoltà di adottare o mantenere norme interne più favorevoli per il danneggiato, la proposta in esame si occupa essenzialmente di profili probatori senza intervenire sugli aspetti generali della responsabilità civile, che rimangono affidati alle peculiarità dei singoli ordinamenti nazionali, quali la definizione di colpa, il concetto di causalità, le tipologie di pregiudizi risarcibili, la ripartizione della responsabilità tra i coautori del medesimo illecito, la quantificazione del danno, la prescrizione, e così via<sup>77</sup>.

<sup>72</sup> Il provvedimento, nel momento in cui si scrive, è stato definitivamente approvato dalle istituzioni europee e attende di essere pubblicato nella Gazzetta ufficiale dell'Unione.

<sup>73</sup> G. PROIETTI, *Responsabilità civile, inadempimento e sistemi di intelligenza artificiale*, in *Giustiziacivile.com*, *Approfondimento* del 7 febbraio 2023, 19 s. In termini analoghi, seppure non specificamente riferiti alla responsabilità contrattuale, v. pure G. DI ROSA, *op cit.*, 852; A. AMIDEI, *La proposta di Regolamento UE per un Artificial Intelligence Act: prime riflessioni sulle ricadute in tema di responsabilità da Intelligenza Artificiale*, in *Tecn. dir.*, 2022, 1 ss.

<sup>74</sup> Così U. SALANITRO, *op. cit.*, 1255.

<sup>75</sup> Proposta di Direttiva del Parlamento europeo e del Consiglio sulla responsabilità extracontrattuale da intelligenza artificiale COM(2022) 496 final.

<sup>76</sup> Proposta di Direttiva del Parlamento europeo e del Consiglio sulla responsabilità per danno da prodotti difettosi COM(2022) 495 final.

<sup>77</sup> A chi lamenta la mancanza di uniformità tra gli ordinamenti degli Stati membri che deriva da questa scelta del legislatore europeo (G. D'ALFONSO, *Danni algoritmici e sviluppi normativi europei tra "liability" e "permissance" rules*, in *EJPLT*, 2022, 65; D. MESSNER-KREUZBAUER, J. PEHM, *Taming AI Through Presumptions: a Softer Approach to Tort Law Harmonisation?*, in *ZEuP*, 2024, 174 ss.) si può ribattere innanzitutto osservando come «ragioni che depongono a favore di un intervento di modifica normativa, che sia calibrato sulle sole innovazioni individuate come strettamente necessarie per assicurare una risposta regolatoria congrua all'evoluzione del referente fattuale tecnologico, possono essere ravvisate nella elasticità propria di ogni sistema normativo e che si presenta, del resto, particolarmente accentuata nella materia della responsabilità civile. [...] Né deve essere trascurato il rischio [...] di entropia connesso ad ogni intervento normativo: e cioè il rischio di accrescere il tasso di disordine del sistema, che si presenta particolarmente accentuato proprio quando si tratti di normare le acquisizioni dello sviluppo tecnologico, al punto che [...] costituisce



Più nel dettaglio, la proposta in esame contempla due strumenti volti ad alleggerire l'onere probatorio incombente su chi esercita un'azione di responsabilità extracontrattuale per colpa allo scopo di ottenere il risarcimento del danno causato da un sistema di IA.

Innanzitutto, si attribuisce al danneggiato il diritto di accedere ad elementi che possano costituire una prova della sua pretesa nei casi in cui venga in rilievo un sistema di IA considerato ad alto rischio alla stregua dell'*AI Act*<sup>78</sup>. A tale scopo, gli Stati membri devono predisporre un meccanismo procedurale per mezzo del quale, in sede contenziosa quanto precontenziosa, l'autorità giudiziaria possa ordinare al fornitore o all'utente del sistema di esibire gli elementi di prova pertinenti a sua disposizione relativi al sistema stesso. Al fine di ottenere tale ordine, il ricorrente deve presentare fatti e prove sufficienti a sostenere la plausibilità della sua domanda nonché avere già compiuto invano ogni tentativo proporzionato per ottenere dalla controparte gli elementi dei quali chiede l'esibizione; inoltre, l'ordine dell'autorità è subordinato alla duplice circostanza che uno dei soggetti menzionati si sia rifiutato di esibire spontaneamente gli elementi di prova e che si sospetti che il sistema di IA abbia causato il danno del quale si chiede il risarcimento<sup>79</sup>. Qualora l'intimato non rispetti l'ordine di esibizione, opera a suo carico la presunzione relativa dell'inosservanza di un pertinente obbligo di diligenza che gli elementi di prova richiesti dall'attore erano diretti a dimostrare.

Il meccanismo di *disclosure* testé descritto appare senza dubbio innovativo per i sistemi di *civil law* e va salutato con favore per la sua capacità tanto di disincentivare pretese risarcitorie temerarie<sup>80</sup> quanto di favorire una chiusura transattiva della controversia<sup>81</sup>, in particolare contrastando la riluttanza con la quale fornitori e utilizzatori di sistemi di IA sono soliti divulgare informazioni sui dispositivi in loro possesso<sup>82</sup>. La sua implementazione pratica non è, peraltro, priva di insidie, tra le quali va soprattutto richiamata l'eventualità che il giudice, non potendo conoscere preventivamente le informazioni in possesso del convenuto né la rilevanza delle stesse ai fini della domanda risarcitoria, ricalcando fedelmente il dettato normativo ordini genericamente di esibire i pertinenti elementi di prova a disposizione del medesimo, con l'effetto di scatenare un contenzioso tra le parti circa l'oggetto, l'entità e la rilevanza delle informazioni fornite<sup>83</sup>.

Il secondo strumento contemplato dalla *AILD* in soccorso dei soggetti danneggiati da un sistema di IA è costituito da un complesso sistema di presunzioni relative concernenti il nesso causale. Più precisamente, è

---

oggetto di un consenso largamente diffuso l'esistenza del principio di neutralità tecnologica» (C. SCOGNAMIGLIO, *op. cit.*, 1082 s.). A giustificare un approccio di armonizzazione minima e mirata nella materia in esame, inoltre, contribuisce pure l'esigenza di trovare un delicato bilanciamento tra la tutela delle vittime di incidenti causati da sistemi di IA e la necessità di non disincentivare la diffusione di questa tecnologia tramite un regime di responsabilità eccessivamente rigoroso (G. DONZELLI, *Intelligenza artificiale e responsabilità. Verso un nuovo modello europeo*, in *Contr. impr. Eur.*, 2023, 557 ss.; E. DACORONIA, *Burden of proof – How to handle a possible need for facilitating the victim's burden of proof for AI damage?*, in S. LOHSSE, R. SCHULZE, D. STAUDENMAYER (eds.), *Liability for AI*, cit., 213).

<sup>78</sup> Secondo L.M. LUCARELLI TONINI, *L'IA tra trasparenza e nuovi profili di responsabilità: la nuova proposta di "AI Liability Directive"*, in *Dir. inf.*, 2023, 357, tale previsione, trovando fondamento nel generale principio di trasparenza dell'IA, potrebbe avere potenziali ricadute anche rispetto ai sistemi considerati non ad alto rischio.

<sup>79</sup> Sul piano dei contenuti, l'ordine di esibizione deve poi rispondere ai principi di necessità e di proporzionalità, tenuto conto degli interessi di tutte le parti, compresi i terzi interessati, specialmente in relazione alla normativa in tema di protezione dei segreti commerciali di cui alla Dir. 2016/943/UE, la riservatezza dei quali dev'essere tutelata, anche d'ufficio, mediante l'adozione di specifiche misure.

<sup>80</sup> P. HACKER, *The European AI Liability directives – Critique of a half-hearted approach and lessons for the future*, in *Computer Law & Security Review*, 2023, vol. 51, 18.

<sup>81</sup> E. BELLISARIO, *Il pacchetto europeo sulla responsabilità per danni da prodotti e intelligenza artificiale. Prime riflessioni sulle Proposte della Commissione*, in *Danno resp.*, 2023, 161 s.

<sup>82</sup> A. ASTONE, *op. cit.*, 506.

<sup>83</sup> G. BORGES, *op. cit.*, 173.



presunta fino a prova contraria l'esistenza del nesso di causalità tra la colpa del convenuto e l'*output* prodotto da un sistema intelligente o la mancata generazione di un *output* da parte del sistema, quando ricorrano cumulativamente tre condizioni: l'attore ha provato, o il giudice ha presunto secondo quanto sopra esposto, l'inosservanza colposa, da parte del convenuto o di una persona della cui condotta costui è responsabile, degli obblighi di diligenza, previsti dalla disciplina nazionale o europea, posti a prevenire il danno verificatosi; appare ragionevolmente probabile, sulla base delle circostanze del caso concreto, che tale condotta colposa abbia influito sull'*output* creato dal sistema o sulla sua mancata produzione; l'attore ha dimostrato che l'*output* prodotto dal sistema digitale, o la sua incapacità di elaborarlo, ha provocato il danno. Per i sistemi intelligenti ad alto rischio è poi previsto un regime differenziato, ai sensi del quale, nell'ambito delle azioni promosse contro i fornitori o gli utenti, la presunzione di causalità è limitata al caso del mancato rispetto degli obblighi in capo a costoro previsti dall'*AI Act*; inoltre, per tale categoria di sistemi intelligenti sussiste un'eccezione all'operatività della presunzione di causalità per il caso in cui il convenuto dimostri che all'attore siano ragionevolmente accessibili le prove e le competenze sufficienti a provare il nesso causale. Quando la richiesta risarcitoria invece riguardi un sistema non ad alto rischio, la presunzione in discorso può trovare spazio solo quando la prova del nesso di causalità sia ritenuta eccessivamente difficile per l'attore. Infine, qualora il convenuto usi il sistema intelligente nell'ambito di un'attività personale non professionale, la presunzione di causalità si applicherà unicamente quando egli abbia interferito materialmente con le sue condizioni di funzionamento oppure quando fosse obbligato e capace di determinarle ma abbia ommesso di farlo.

A differenza dello strumento di *disclosure* in precedenza esaminato, il meccanismo presuntivo è assai familiare agli ordinamenti giuridici europei e, in particolare, al sistema italiano, nel quale la giurisprudenza è, come noto, da sempre incline ad alleggerire l'onere probatorio incombente sull'attore in via ermeneutica<sup>84</sup>. Per comprenderne appieno la portata, va evidenziato che nella *AILD* viene presunto il nesso causale tra la colpa del convenuto e l'*output* prodotto dal sistema intelligente o la mancata generazione di un *output* da parte del sistema, ma non il nesso causale tra il (mal)funzionamento della macchina e il danno cagionato, che dev'essere provato dall'attore<sup>85</sup>: in questo modo, la disciplina europea mira a superare le difficoltà di attribuzione della responsabilità innescate dal *black box effect* che caratterizza molti sistemi di IA, sebbene richiedendo una serie di presupposti applicativi talmente ampia ed articolata da restringerne probabilmente l'utilità pratica a casi piuttosto delimitati<sup>86</sup>. La complessità della disciplina in esame è, in effetti, tale da suscitare in alcuni studiosi dubbi di non poco momento circa l'effettiva possibilità di farne applicazione pratica nelle aule giudiziarie<sup>87</sup>, anche se rimane l'apprezzamento di fondo per l'intento del legislatore europeo di rimediare al-

---

<sup>84</sup> Lo evidenzia E. BELLISARIO, *op. cit.*, 160 s., la quale precisa che ciò non significa svalutare l'importanza dell'eventuale introduzione nel sistema positivo della disciplina in esame, posto che, rispetto all'elaborazione giurisprudenziale, la previsione normativa di *regulae iuris* concernenti l'*onus probandi* consentirebbe di agevolare il compito del giudice, ridurre i margini di discrezionalità della sua decisione e garantire maggiore certezza del diritto.

<sup>85</sup> *Amplius* sul punto, v. P. HACKER, *op. cit.*, 21 ss.; G. WAGNER, *Liability Rules for the Digital Age*, in *JETL*, 2022, 225 ss.

<sup>86</sup> D. MESSNER-KREUZBAUER, J. PEHM, *op. cit.*, 172 s., i quali evidenziano come, una volta che l'attore abbia provato la colpa del convenuto, la probabilità che la medesima abbia influito sull'*output* creato dal sistema di IA o sulla sua mancata produzione, nonché il nesso causale tra l'*output* prodotto dal sistema digitale o la sua incapacità di elaborarlo e il danno subito, con ogni probabilità la sua pretesa verrebbe accolta già sulla scorta dei principi generali della responsabilità civile della maggioranza dei Paesi europei, senza bisogno della presunzione introdotta dalla *AILD*. Quest'ultima potrebbe in realtà svolgere un ruolo effettivo solo nei casi più complessi, nei quali occorre accertare le corresponsabilità di molteplici fornitori e/o utilizzatori di sistemi di IA oppure vengono in rilievo aggiornamenti di parti terze o altre influenze esterne che potrebbero avere compromesso il funzionamento dei dispositivi intelligenti.

<sup>87</sup> G. BORGES, *op. cit.*, 173 s.; E. DACORONIA, *op. cit.*, 212.



le difficoltà probatorie cui vanno incontro le pretese risarcitorie dei soggetti danneggiati da sistemi di IA<sup>88</sup>.

Al di là di questi e numerosi altri rilievi che si potrebbero formulare intorno alla proposta in corso di elaborazione presso le istituzioni europee, l'ingresso della *AILD* e della sua disciplina di recepimento interno nell'ordinamento italiano potrebbe ripercuotersi sul tema di nostro interesse sotto (quantomeno) due punti di vista.

Innanzitutto, qualora l'inadempimento dell'obbligazione coinvolgente sistemi di IA abbia cagionato un danno ingiusto al creditore e così realizzato il fenomeno del concorso di responsabilità contrattuale ed extra-contrattuale<sup>89</sup>, andrebbe riconosciuta al danneggiato la facoltà di invocare direttamente in giudizio la disciplina di attuazione della *AILD*, pacifico essendo che, nelle ipotesi in cui coesistono le fattispecie dell'inadempimento e dell'illecito civile, nel nostro ordinamento l'attore ha la facoltà di agire, a sua scelta, in via contrattuale o in via aquiliana<sup>90</sup>.

In secondo luogo, la disciplina in esame potrebbe rappresentare il sostrato normativo sulla base del quale la nostra magistratura potrebbe sviluppare "presunzioni giurisprudenziali" operanti nell'ambito della responsabilità contrattuale per danni cagionati da sistemi di IA, ovverosia regole di ripartizione dell'onere della prova, per l'appunto generalmente formulate sotto la veste di presunzioni *juris tantum*, che vanno a distribuire gli oneri probatori fra le parti in maniera differente da quanto risulterebbe dall'applicazione dell'art. 2697 cod. civ. e delle altre norme in materia di *onus probandi* sparse nel sistema<sup>91</sup>. Al di là delle (non poche) perplessità che possono suscitare sul piano dogmatico<sup>92</sup>, tali orientamenti infatti si ispirano a «criteri di ragione-

<sup>88</sup> Sul punto v., *ex multis*, D.M. LOCATELLO, *Osservazioni sulla costruzione di un regime europeo di responsabilità civile per l'Intelligenza Artificiale*, in *Jus Civile*, 2022, 137 ss.

<sup>89</sup> Si pensi, per esempio, ai settori dell'attività sanitaria e del trasporto di persone, dove la cattiva esecuzione della prestazione quasi inevitabilmente si traduce in un danno alla persona e/o ai beni del creditore.

<sup>90</sup> V., per tutti, C.M. BIANCA, *La responsabilità*, cit., 536 ss. Per una riflessione sul punto, v. pure D. MESSNER-KREUZBAUER, J. PEHM, *op. cit.*, 182 s., i quali evidenziano come la *AILD* sia destinata ad avere un'applicazione differenziata negli Stati membri a seconda del fatto che questi accolgano il principio del concorso delle due forme di responsabilità oppure adottino la regola che preclude al titolare dell'azione contrattuale la facoltà di agire in via aquiliana nei confronti dell'autore del danno.

<sup>91</sup> In argomento v., in particolare, G. VERDE, *Le presunzioni giurisprudenziali (introduzione a un rinnovato studio sull'onere della prova)*, in *Foro it.* 1971, V, 177 ss.; ID., *L'onere della prova nel processo civile*, Esi, 1974, 135 ss.; L.P. COMOGGIO, *Le prove civili*, 3ª ed., Utet, 2010, 322 s.; S. PATTI, *Delle prove. Art. 2697-2739*, in *Commentario del codice civile Scialoja-Branca-Galgano*, a cura di G. DE NOVA, Zanichelli, 2015, 700 ss.; ID., *Le prove*, in *Trattato di diritto privato*, a cura di G. IUDICA e P. ZATTI, 2ª ed., Giuffrè, 2021, 774 ss.; M. TARUFFO, *La valutazione delle prove*, in M. TARUFFO (a cura di), *La prova nel processo civile*, in *Trattato di diritto civile e commerciale Cicu-Messineo-Mengoni*, diretto da P. SCHLESINGER, Giuffrè, 2012, 254 ss.; M. DE MARIA, *Delle presunzioni. Artt. 2727-2729*, in *Il codice civile. Commentario*, fondato da P. SCHLESINGER e diretto da F.D. BUSNELLI, Giuffrè, 2014, 90 ss.; M. GOLIA, *Onere della prova e presunzioni giurisprudenziali*, in *Riv. trim. dir. proc. civ.*, 2023, 243 ss.

<sup>92</sup> Oltre ad osservarsi che, a differenza di altri sistemi giuridici, l'ordinamento italiano non attribuisce al giudice alcun potere discrezionale di decidere quale debba essere il riparto degli oneri probatori delle parti, va messo in evidenza che il fenomeno delle presunzioni è disciplinato attraverso disposizioni generalmente considerate eccezionali e pertanto insuscettibili di estensione analogica al di fuori dei casi da esse considerati. Le "presunzioni giurisprudenziali" vengono inoltre criticate dal punto di vista della certezza del diritto e del rispetto del principio del contraddittorio: le parti, conoscendo già prima del processo l'esistenza delle presunzioni legali *juris tantum*, possono adeguatamente preparare le loro strategie difensive e probatorie in modo da potere fornire la prova contraria, mentre hanno assai minori possibilità di fronteggiare le "presunzioni giurisprudenziali", che vengono formulate dal giudice in base a considerazioni attinenti alle peculiarità della singola situazione dedotta in giudizio e rischiano pertanto di sfociare nell'emanazione di una sentenza "a sorpresa". Né a tali considerazioni vale obiettare che le presunzioni in discorso si formano sulla base di orientamenti giurisprudenziali spesso consolidati e facilmente conoscibili consultando repertori e banche dati: invero, prima che un determinato indirizzo giurisprudenziale nasca e si consolidi, lo stesso non esiste, per cui ci sarà sempre un significativo numero di soggetti che subiscono gli spiacevoli inconvenienti di una sentenza "a sorpresa"; inoltre, la giurisprudenza italiana è particolarmente varia e mutevole, sicché non sembra che si possa davvero fare riferimento ad essa con la stessa affidabilità che si può invece riporre su di una norma di legge che stabilisce una presunzione. Per questi ed altri rilievi critici in materia, v. la dottrina citata alla nota precedente.



## JUS CIVILE

volezza e di “vicinanza alla prova” che tengono conto degli interessi sottostanti e spesso della esigenza di tutela della parte debole»<sup>93</sup>, tutti elementi, questi, che astrattamente parrebbero poter giocare in favore dell’estensione, quantomeno entro certi limiti, dei meccanismi presuntivi previsti dalla *AILD* in tema di responsabilità aquiliana al settore della responsabilità per inadempimento di obbligazioni contemplanti l’utilizzo dell’IA.

---

<sup>93</sup> Così S. PATTI, *Le prove*, cit., 775, secondo cui «i suddetti orientamenti giurisprudenziali meritano comunque apprezzamento» nonostante i profili di criticità evidenziati alla nota precedente.



TIZIANA RUMI

*Professoressa aggregata di Diritto privato – Università degli Studi Mediterranea di Reggio Calabria*

## LA TERZA DIRETTIVA SUL CREDITO AL CONSUMO ED IL RIMBORSO ANTICIPATO DEL CREDITO: UN'OCCASIONE PER DISCUTERE DI QUESTIONI ANCORA APERTE

SOMMARIO: 1. Le novità introdotte con la direttiva 2023/2225 relativa ai contratti di credito ai consumatori. – 2. Il rimborso anticipato del credito dopo Lexitor. – 3. L'art. 29 della nuova direttiva sul credito al consumo ed il criterio di calcolo applicabile alla restituzione dei costi *up front*. – 3.1. (Segue) Le più importanti voci di costo riducibili in ipotesi di estinzione anticipata del finanziamento e l'inopportunità di un generico criterio di quantificazione. – 4. Il contemperamento degli interessi del consumatore e del professionista quale fondamento delle modalità di calcolo dell'indennizzo dovuto al finanziatore. – 5. Considerazioni conclusive.

1. – La disciplina europea sui contratti di credito al consumo ha subito, nel tempo, diverse modifiche con l'obiettivo di garantire un più elevato livello di tutela dei consumatori e di promuovere lo sviluppo di un mercato unico del credito.

Già nel 2008, la direttiva n. 48 aveva previsto tutta una serie di interventi di armonizzazione volti a realizzare la finalità di incrementare le transazioni transfrontaliere aventi ad oggetto finanziamenti al consumo, avendo presenti i limiti della prima direttiva in materia (la n. 87/102/CEE), anche in considerazione del carattere minimale dell'armonizzazione e dalla conseguente creazione e/o conservazione di profonde differenze nei regimi normativi dei diversi Paesi Ue sui contratti di credito al consumo; inoltre, il legislatore del 2008 ha dato rilievo alle nuove modalità di finanziamento e all'impiego di tecniche di comunicazione a distanza (*in primis* il commercio elettronico), che hanno messo in risalto l'obsolescenza dell'apparato di regole contenute nella prima direttiva sul *consumer credit*<sup>1</sup>.

Da allora, la Commissione europea ha – tuttavia – presentato ben due relazioni (una nel 2014 e l'altra nel 2020) sull'attuazione della direttiva 2008/48/CE, dalle quali è emersa la sua parziale efficacia nel perseguire gli obiettivi dell'Unione<sup>2</sup>, anche per l'imprecisa formulazione di alcuni articoli (con conseguente frammentazione del quadro normativo unionale), oltre che per l'operare di fattori esterni, come gli sviluppi legati alla digitalizzazione ed al fatto che taluni aspetti del mercato del credito al consumo non fossero contemplati dal-

---

<sup>1</sup> Per un'analisi delle ragioni e degli obiettivi che hanno indotto il legislatore comunitario ad innovare la disciplina sul credito al consumo vedi, per tutti, G. DE CRISTOFARO, *La nuova disciplina comunitaria del credito al consumo: la direttiva 2008/48/CE e l'armonizzazione «completa» delle disposizioni nazionali concernenti «taluni aspetti» dei «contratti di credito ai consumatori»*, in *Riv. dir. civ.*, 3/2008, 255 ss., ma vedi, altresì, i considerando nn. 5, 6, 7 e 8 della direttiva 2008/48/CE.

<sup>2</sup> Sul punto vedi anche la Proposta di Direttiva del Parlamento Europeo e del Consiglio relativa ai crediti al consumo COM (2021)347 *final* dove si afferma (p.1) che gli obiettivi della direttiva del 2008 (garantire standard elevati di protezione dei consumatori e promuovere lo sviluppo di un mercato interno del credito) pur essendo ancora pertinenti nel contesto normativo frammentato dell'UE sono stati solo parzialmente raggiunti.



la direttiva. Tra gli effetti negativi le relazioni registravano distorsioni alla concorrenza tra i creditori all'interno dell'Unione ed ostacoli al buon funzionamento del mercato interno con conseguente contrazione della possibilità, per i consumatori, di beneficiare della crescente offerta di credito transfrontaliero (favorita dalla digitalizzazione), ed abbassamento del livello della loro tutela.

Da qui gli ulteriori correttivi veicolati dalla direttiva UE n. 2023/2225 del 18 ottobre 2023 relativa ai contratti di credito ai consumatori, che abroga la direttiva 2008/48/CE<sup>3</sup>. Si tratta di una disciplina di armonizzazione piena, con la conseguenza di precludere agli Stati membri di mantenere e/o introdurre disposizioni nazionali divergenti da quelle previste dalla direttiva medesima, salvo che quest'ultima non preveda altrimenti<sup>4</sup>. E' prevista, comunque, la possibilità per gli Stati membri di estendere l'applicazione delle disposizioni della direttiva a settori non rientranti nel suo ambito applicativo, come nel caso di contratti di credito per la conclusione dei quali il consumatore è tenuto a depositare presso il creditore un bene a titolo di garanzia e la responsabilità del consumatore è limitata esclusivamente al bene depositato, o in materia di contratti di credito per un importo totale del credito superiore a 100.000 euro, o ancora di contratti di credito collegati che non rientrano nella corrispondente definizione contenuta nella direttiva. In questa prospettiva, gli Stati membri potrebbero applicare le nuove regole a contratti che erano esclusi dall'ambito applicativo della direttiva 2008/48/CE (ad es. i contratti a breve termine e ad alto costo, il cui ammontare è generalmente inferiore alla soglia minima di 200 euro, i contratti di locazione o di *leasing* con opzione di acquisto, i contratti di credito sotto forma di concessione di scoperto e in cui il credito deve essere rimborsato entro un mese, i contratti di credito senza interessi e senza altre spese e i contratti di credito in forza dei quali il credito deve essere rimborsato entro tre mesi e che comportano solo spese di entità trascurabile, i contratti «compra ora, paga dopo»)<sup>5</sup>.

Tra i contratti esclusi dall'applicazione delle nuove regole figurano, invece, alcune dilazioni di pagamento, le carte di debito differito, i contratti di locazione e di *leasing* senza opzione di acquisto, i contratti di credito fino a 100.000 euro, i contratti di somministrazione ed i contratti di credito ipotecario soggetti alla direttiva 2014/17/UE.

La nuova disciplina attribuisce particolare importanza al c.d. *crowdfunding* (finanziamento collettivo) ai consumatori per spese e investimenti modesti<sup>6</sup>. Il prestatore di servizi di credito tramite *crowdfunding* gestisce una piattaforma digitale aperta al pubblico per realizzare o facilitare l'abbinamento tra potenziali erogatori di prestiti, che operano o meno nell'ambito della loro attività commerciale o professionale, e consumatori che cercano finanziamenti.

Sotto il profilo soggettivo, destinatari delle nuove regole sono, oltre ai creditori, anche gli intermediari del credito<sup>7</sup>. E poiché vi è l'esigenza di rispettare il più possibile i diritti dei consumatori sono dettate regole sia

<sup>3</sup> In GUUE – Serie L del 30.10.2023, consultabile in <http://data.europa.eu/eli/dir/2023/2225/oj>.

<sup>4</sup> Ovviamente, la preclusione concerne le disposizioni armonizzate dal legislatore europeo dandosi la possibilità, per i profili non armonizzati, agli Stati membri di mantenere o introdurre le proprie norme nazionali (come quelle sulla responsabilità solidale del fornitore delle merci o prestatore di servizi e del creditore, sull'annullamento del contratto di vendita di merci o di prestazione di servizi a seguito dell'esercizio del recesso dal contratto di credito da parte del consumatore). Vedi cons. 13 direttiva n. 2023/2225.

<sup>5</sup> Si tratta di ipotesi già previste già all'art.2, par. 2, lett. c), d), e) ed f) direttiva 2008/48/CE. Con riferimento ai contratti «compra ora, paga dopo» detti anche BNPL (*Buy now, pay later*) si pone il problema dell'assenza di controllo sulla capacità di rimborso da parte dei consumatori, con conseguente rischio di sovraindebitamento. Per una prima lettura della direttiva 2023/2225/UE vedi E. GRIPPO e A.M. PAVONE, *La protezione del consumatore. Oltre Lexitor c'è di più*, in [www.diritto bancario.it](http://www.diritto bancario.it), 22 febbraio 2023.

<sup>6</sup> Sul *crowdfunding* e la disciplina delle varie tipologie in cui si articola il fenomeno, incluso il *lending – crowdfunding*, è intervenuto, com'è noto, il Regolamento UE 2020/1503. Per una trattazione generale dell'istituto, cfr. di recente P. SPOLAORE, *Il regime del crowdfunding tra fonti europee e nazionali*, in *Nuove leggi civ. comm.*, 2/2024, 393 ss.

<sup>7</sup> L'estensione della disciplina contenuta nella direttiva del 2023 anche agli intermediari del credito rappresenta una novità rispetto alla definizione di creditore contenuta nella precedente normativa del 2008, il cui art. 3, lett. b) accoglieva nella nozione di creditore soltanto il soggetto titolare del rapporto contrattuale scaturente dalla stipulazione del contratto di credito da parte del consumatore.



sulla gratuità delle informazioni dovute a questi ultimi sia sul rispetto dei diritti fondamentali riconosciuti dalla Carta di Nizza (proprietà, non discriminazione, tutela della vita familiare e professionale, protezione dei consumatori).

Con riguardo alla pubblicità ed alle informazioni, si ribadisce quanto previsto nella direttiva del 2008, con alcune precisazioni rese necessarie dalla digitalizzazione e, in particolare, dalla possibilità che tali informazioni vengano lette su dispositivi di telefonia mobile.

A supporto del consumatore la normativa prevede che creditori ed intermediari del credito assicurino assistenza sui prodotti di credito, fornendo a titolo gratuito spiegazioni adeguate sulle informazioni rilevanti, incluse le caratteristiche essenziali dei prodotti offerti al consumatore in modo personalizzato, affinché il consumatore possa comprenderne i potenziali effetti sulla sua situazione economica.

Pertanto, la possibilità di sfruttare sistemi di IA al fine di personalizzare le offerte di credito implica l'esigenza di informare i consumatori che il prezzo indicato è personalizzato sulla base di un trattamento automatizzato di dati personali, in modo che i destinatari possano valutare a pieno i potenziali rischi nella loro decisione di acquisto.

Vengono vietate le pratiche di commercializzazione abbinata di taluni prodotti, mentre si assicurano pratiche di commercializzazione aggregata di prodotti vantaggiose per i consumatori e, per i soggetti discriminati nell'accesso ai servizi finanziari perché, in passato, malati di cancro, si prevede che le polizze assicurative non vengano basate su dati personali relativi alla diagnosi di malattie oncologiche dei consumatori dopo che siano trascorsi 15 anni dalla fine delle loro cure mediche.

Vietata è, altresì, la concessione di credito non sollecitata dal consumatore, sia sotto forma di invio di carte di credito pre-approvate, sia sotto forma di contratti negoziati fuori dei locali commerciali.

Per arginare i rischi di sovraindebitamento restano ferme le regole che subordinano la concessione di credito alla verifica del merito creditizio dei consumatori. Occorre, infatti, accertare al momento della stipula del contratto la capacità e la propensione del consumatore a rimborsare il credito e calibrare il piano di rimborso su tale capacità. Inoltre, tenuto conto del fatto che la valutazione del merito creditizio potrebbe essere effettuata mediante sistemi di IA, la nuova normativa prevede il diritto del consumatore di ottenere una spiegazione significativa e comprensibile della valutazione effettuata e del funzionamento del trattamento automatizzato applicato, inclusi le principali variabili, la logica ed i rischi inerenti, come pure il diritto di esprimere la propria opinione e chiedere un riesame della valutazione del merito creditizio e un riesame della decisione che esclude la concessione del credito<sup>8</sup>.

Al fine di valutare la situazione economico-finanziaria del consumatore si prevede che i creditori e gli intermediari del credito possano consultare le banche dati relative ai crediti. Specifiche regole sono dettate per disciplinare la concessione di scoperto e lo sconfinamento (che costituiscono forme sempre più comuni di credito al consumo), il diritto di recesso dei consumatori senza penali e senza obbligo di giustificazione e, soprattutto, la loro facoltà di adempiere agli obblighi contrattuali prima della data concordata nel contratto di credito, facoltà di rimborso anticipato di cui ci occuperemo nelle pagine che seguono.

---

<sup>8</sup> Sulle problematiche concernenti i sistemi di informazione creditizia e la tutela della *privacy* dei soggetti richiedenti il finanziamento cfr. G. BIFERALI, *Big Data e valutazione del merito creditizio per l'accesso al peer to peer lending*, in *Il diritto dell'informazione e dell'informatica*, n. 3/2018, 494 ss.; F. MATTASOGLIO, *La valutazione "innovativa" del merito creditizio del consumatore e le sfide per il regolatore*, in *Diritto della banca e del mercato finanziario*, Pacini giuridica, 2/2020, 187 ss. Più in generale in argomento cfr. L. AMMANNATI e G.L. GRECO, *Il credit scoring "intelligente": esperienze, rischi e nuove regole*, in *Riv. dir. bancario*, n. 7-8/2023, 461 ss.



2. – Il tema del rimborso anticipato del credito ha interessato sia la giurisprudenza europea sia quella nazionale per l'assenza, nella direttiva del 2008, di una *chiara* previsione concernente la riduzione del costo totale del credito nell'ipotesi in cui il consumatore decidesse di estinguere anticipatamente l'obbligazione<sup>9</sup>. In particolare, la Corte di Giustizia, con la pronuncia *Lexitor*<sup>10</sup>, ha definito il perimetro di operatività della riduzione del costo totale del credito spettante al consumatore in caso di rimborso anticipato, con un'interpretazione dell'art. 16 Direttiva 2008/48/CE che include, nel rimborso, tutti i costi posti a suo carico e, quindi, anche voci di costo il cui importo non è correlato alla durata del contratto<sup>11</sup>. L'obiettivo è garantire *l'effettività della tutela del consumatore* con un'interpretazione della direttiva che assicuri la repressione di condotte abusive degli istituti di credito interessati a rimborsare ai consumatori, che estinguono anticipatamente i finanziamenti, i minori costi possibili<sup>12</sup>.

<sup>9</sup> Sebbene l'art. 16 direttiva 2008/48/CE si distingua dall'art. 8 della prima direttiva sul credito al consumo prevedendo, per un verso, il *diritto* del consumatore di adempiere in qualsiasi momento i propri obblighi contrattuali "in tutto o in parte" e, per altro verso, che "la riduzione del costo totale del credito comprende gli interessi e i costi dovuti per la restante durata del contratto", la sua formulazione è stata ritenuta fortemente ambigua sia con riguardo all'espressione "riduzione del costo totale del credito" sia dell'inciso "restante durata del contratto". Quanto alla prima, si è fatto notare che la nozione di costo totale del credito che si rinviene nella stessa direttiva del 2008, all'art.3, lett. a) (cui l'art. 16 inevitabilmente rinvia) sarebbe formulata in termini così ampi da poter comprendere qualsiasi costo sopportato dal consumatore "in relazione" al contratto di credito e pertanto la formulazione dell'art. 16 potrebbe essere intesa o nel senso di circoscrivere ai soli costi *recurring* gli oneri e le spese suscettibili di decurtazione per realizzare la riduzione cui il consumatore ha diritto, oppure come espressione di una modalità di calcolo (criterio) della riduzione stessa, con conseguente diminuzione di tutte le voci di spesa incluse nella nozione di costo totale del credito, operata in misura proporzionale alla durata residua che il contratto avrebbe avuto se non vi fosse stata l'estinzione anticipata. Nel primo senso si sono orientati i legislatori nazionali dei Paesi UE incluso quello italiano, difatti l'art. 125 *sexies*, comma 1, del t.u.b. prevede che in ipotesi di rimborso anticipato del credito il consumatore abbia «diritto a una riduzione del costo totale del credito, pari all'importo degli interessi e dei costi dovuti per la vita residua del contratto». Sulla disciplina del rimborso anticipato di cui all'art. 16 CCD, vedi per tutti A. CIATTI, *La corresponsione anticipata delle somme dovute dal consumatore al creditore*, in AA. VV., *La nuova disciplina europea del credito al consumo*, a cura di G. De Cristofaro, Torino, 2009, 153 ss., mentre sull'art. 125 *sexies* t.u.b. cfr. M. MAUGERI – S. PAGLIANTINI, *Il credito ai consumatori*, Milano, 2013, 116 ss.; F. OLIVIERO, *L'anticipato adempimento dell'obbligazione restitutoria nel credito ai consumatori*, in *NLCC*, 2014, 387 ss.; L. MODICA, *I contratti bancari*, a cura di F. Piraino e S. Cherti, Torino, 2016, 306 ss.; A. BARENGHI, *Diritto dei consumatori*, Padova, 2017, 46 s.; G. LIACE, *Sub art. 125 sexies t.u.b.*, in *Commentario breve al testo unico bancario*, a cura di Costi e Vella, Padova, 2019, 828 s.

<sup>10</sup> Si tratta di CGUE, Sez. I, 11 settembre 2019 (in Causa C- 383/18 – *Lexitor v. SKOK, Santander Consumer Bank e mBank*, in [www.curia.europa.eu](http://www.curia.europa.eu)). Numerosi sono stati i commenti a questa pronuncia della Corte di Giustizia. In senso particolarmente critico v. G. DE CRISTOFARO, *Estinzione anticipata del debito e quantificazione della "riduzione del costo totale del credito" spettante al consumatore: considerazioni critiche sulla sentenza "Lexitor"*, in *NGCC*, 2/2020, 284 ss. e, a seguire, con diversità di argomenti, A. TINA, *Il diritto del consumatore alla riduzione del costo totale del credito in caso di rimborso anticipato del finanziamento ex art. 125 –sexies, primo comma, t.u.b. Prime riflessioni a margine della sentenza della Corte di Giustizia dell'Unione europea*, in *Riv. dir. banc.*, 4/2019, sez. II, A. ZOPPINI, *Gli effetti della sentenza Lexitor nell'ordinamento italiano*, in *Banca, borsa, tit. cred.*, 2020, I, 12 ss.; F. MEZZANOTTE, *Il rimborso anticipato nei contratti di credito immobiliare ai consumatori*, in *NLCC*, 1/2020, 86 ss.; E. BATTELLI e F.S. PORCELLI, *Il diritto alla riduzione del costo totale del credito in caso di rimborso anticipato*, in *Giur. it.*, 7/2020, p. 1603. Favorevoli all'opzione interpretativa seguita dalla Corte di Giustizia sono, invece A. TINA, op. cit., 155 ss. e A.A. DOLMETTA, *Anticipata estinzione e «riduzione del costo totale del credito». Il caso della cessione del quinto*, in *Banca, borsa, tit. cred.*, 2019, II, 644 ss. Quest'ultimo, in particolare considera la pronuncia della Corte di Giustizia «un passo avanti nella regolamentazione del mercato delle operazioni di credito al consumo» e in particolare del mercato della cessione del quinto, mai decollato. Peraltro, dal punto di vista strettamente tecnico, sempre secondo questa impostazione, la decisione *Lexitor* non avrebbe stravolto più di tanto l'interpretazione dell'art. 125 *sexies* dal momento che il dato letterale della disposizione si manifestava neutro nel senso di non introdurre, né presupporre, la distinzione tra i costi in questione. «Nei fatti, il riferimento testuale agli «interessi e costi dovuti per la vita residua del contratto» altro non richiama se non il discrimine tra il passato e il futuro (in termini di aspettativa) del credito, in realtà estinto in via anticipata e, dunque, il carattere proporzionale della riduzione che deve essere effettuata».

<sup>11</sup> I passaggi più interessanti della sentenza *Lexitor* sono contenuti ai paragrafi 31, 32 e 33 della stessa.

<sup>12</sup> Sul punto vedi le considerazioni di M. MARTINO, *Ne nos inducas in tentationem. Effettività, affidamento e qualche chiosa sulla ripetizione di indebito, a valle della vicenda "Lexitor"*, in *Nuova giur. civ. comm.*, 3/2003, 704 ss. Secondo A.A. DOLMETTA, *Antici-*



I principi espressi dalla Corte di Giustizia e l'interpretazione da essa offerta dell'art. 16 direttiva 2008/48/CE hanno alimentato un ampio dibattito nel nostro ordinamento, dove la questione dell'estinzione anticipata del finanziamento da parte del consumatore viene regolata dall'art. 125 *sexies* t.u.b., che – nella versione originaria – prevedeva un diritto alla riduzione dei soli costi *recurring* (cioè quelli riferibili a pagamenti ancora da effettuare e, quindi, volti a remunerare prestazioni rese dal finanziatore per l'intera esecuzione del contratto<sup>13</sup>) e non anche dei c.d. costi *up front* (cioè quelli fissi, non dipendenti dal termine pattuito per il finanziamento<sup>14</sup>): una distinzione tutta italiana<sup>15</sup>, avvalorata dalla normativa secondaria della Banca d'Italia<sup>16</sup>, nonché da una consolidata interpretazione della norma ad opera sia della giurisprudenza<sup>17</sup> che dell'ABF<sup>18</sup>.

Non è esagerato dire che l'interpretazione offerta dalla sentenza *Lexitor* ha avuto un impatto “squilibrante” nel nostro ordinamento, in considerazione della portata generale e della natura vincolante della decisione della Corte di Giustizia nei confronti di tutti i giudici nazionali e, quindi, anche oltre i limiti del giudizio del rinvio. Nonostante i tentativi di sminuire la portata della pronuncia – sia richiamando il principio generale dell'efficacia solo verticale delle direttive (con conseguente impossibilità di attribuire ai provvedimenti comunitari applicabilità diretta nei rapporti orizzontali<sup>19</sup>), sia invocando i principi della certezza del diritto e dell'irretroattività come principi generali dell'ordinamento<sup>20</sup> – la normativa bancaria e la giurisprudenza arbitrale hanno comunque preso atto della vincolatività della decisione *Lexitor*, non senza tuttavia tentativi (di vario genere) di “limitarne” gli effetti (a salvaguardia dell'affidamento dei finanziatori).

---

*pata estinzione* cit., 646, rimane indiscutibile che la parificazione del trattamento normativo di tutti i costi scoraggi eventuali abusi perché finisce per «privare di ogni senso la predisposizione di clausole ambigue da parte delle imprese finanziatrici, come pure l'«utilità» pratica di comportamenti strumentali da parte delle stesse».

<sup>13</sup> Parla di «costi c.d. a maturazione progressiva ovvero finalizzati a remunerare attività che hanno luogo per l'intera durata del rapporto» A. RICCIARDI, *Il principio sancito dalla Corte di Giustizia nell'ambito del caso Lexitor e decreto Sostegni bis: problematiche applicative passate, presenti e future*, in *Banca borsa tit. cred.*, 2022, I, 289.

<sup>14</sup> Si pensi, a titolo esemplificativo, alle spese di istruttoria, ai costi di apertura della pratica, alle commissioni dell'agente.

<sup>15</sup> Per una ricognizione dei diversi costi cfr. F. QUARTA, *Estinzione anticipata dei finanziamenti a tempo determinato e modulazioni del costo del credito (commissioni di intermediazione, oneri assicurativi e penalità)*, in *Riv. dir. banc.*, 2013, 5 ss.

<sup>16</sup> Si vedano, in particolare, le «Disposizioni di Trasparenza dei Servizi bancari e finanziari. Correttezza delle relazioni tra intermediari e clienti» del 29 luglio 2009, sez. VII, par. 5.2.1 e succ. modifiche, nonché la delibera della Banca d'Italia n. 145/2018 (*Orientamenti di vigilanza. Operazioni di finanziamento contro cessione del quinto dello stipendio o della pensione*).

<sup>17</sup> In giurisprudenza, per tutti, cfr. Trib. Torino, 24 aprile 2018; Trib. Torino 29 marzo 2029, n. 1543.

<sup>18</sup> Vedi, tra le altre, ABF Napoli, 21 settembre 2012, n. 3501; ABF Napoli, 22 febbraio 2011, n. 349; ABF Napoli, 7 marzo 2017, n.2211; ABF Bari, 2 maggio 2017. In particolare cfr. ABF Collegio di Coordinamento, 22 settembre 2014, n. 6167 che ha elaborato una serie di criteri analitici per distinguere tra costi *recurring* e costi *up front* al fine di evitare comportamenti opportunistici dei creditori volti a qualificare come non rimborsabili (*up front*) anche oneri connessi ad attività soggette a maturazione nel corso dell'intero svolgimento del rapporto o, comunque, non effettivamente svolte, stabilendo che in mancanza di chiara e congrua indicazione nel contratto i costi dovessero essere qualificati come *recurring*, e quindi rimborsabili. In generale sul tema della distinzione *up front/recurring*, cfr. G. LIACE, *sub art. 125 sexies*, cit., 828 ss.; U. MALVAGNA, *Nel focus del credito al consumo: gli oneri economici della “cessione del quinto”*, in *Riv. dir. civ.*, 6/2015, 1532 ss.; A. TINA, *Contratti di finanziamento personale e polizze assicurative: l'estinzione anticipata del finanziamento (art. 125 sexies t.u.b.) mediante attivazione della copertura assicurativa*, in *Giur. comm.*, 2018, I, 789 ss. In senso critico sulla distinzione dei costi N. DE LUCA, «Dura *Lexitor*, sed *lex*». I costi *upfront* non esistono (oggi, domani, come ieri), in *Foro it.*, 2023, n.2 e A.A. DOLMETTA, *Anticipata estinzione*, cit., 649 per il quale la distinzione in esame rispondeva alla logica che tutte le attribuzioni patrimoniali devono essere causalmente giustificate, diversamente costituiscono un indebito.

<sup>19</sup> V., per il principio comunitario dell'efficacia diretta verticale delle direttive CGCE 4.12.1974, c- 41774, *Yvonne van Duyn c. Home Office* e, per il richiamo di esso al fine di escludere l'applicazione di *Lexitor*, Trib. Napoli, 22.11.2019, n. 10489, in *dirittobancario.it* con nota di Mager, *Riduzione dei costi in caso di estinzione anticipata del finanziamento sulla rilevanza della decisione della CGUE nel diritto interno*

<sup>20</sup> Cfr. CGCE 16.6.2005, c- 105/03, *Pupino* e CGCE 4.4.2006, c- 212/04, *Adeneler e a. c. Ellinikos Organismos Galaktos (ELOG)*



La Banca d'Italia, ad es., con una comunicazione del 4 dicembre 2019 ha ritenuto che l'interpretazione dell'art. 125 *sexies* t.u.b. conforme ai dettami *Lexitor* avrebbe dovuto/potuto operare solo per il futuro (*ex nunc*). Il Collegio di Coordinamento ABF, invece, è intervenuto il 17.12.2019 con la pronuncia n. 26525 per affermare la compatibilità dell'art. 125 *sexies* t.u.b. con l'interpretazione data all'art. 16 della direttiva 2008/48 dalla sentenza *Lexitor*, come se fin dall'inizio la normativa nazionale prevedesse una riduzione del costo totale del credito in caso di anticipata estinzione del finanziamento comprensiva anche dei costi *up front*, escludendo comunque l'applicazione dei principi *Lexitor* ai ricorsi già decisi (per l'operare della regola del *ne bis in idem*) ed a quelli già prescritti.

Comunque, per superare possibili contrasti interpretativi, il legislatore italiano ha ritenuto di intervenire con il c.d. Decreto "Sostegni bis"<sup>21</sup>, da un lato modificando l'art. 125 *sexies* t.u.b. per recepire il contenuto della sentenza *Lexitor* (prevedendo, in caso di estinzione anticipata del finanziamento, il diritto del consumatore «alla riduzione, in misura proporzionale alla vita residua del contratto, degli interessi e di tutti i costi compresi nel costo totale del credito, escluse le imposte»), dall'altro introducendo all'art. 11 *octies* del medesimo Decreto un particolare regime "transitorio", volto a limitare temporalmente l'applicazione delle nuove regole sulla riduzione del costo totale del credito ai soli «contratti sottoscritti successivamente» all'entrata in vigore delle modifiche (non anche a quelli precedenti, che continuavano ad essere regolati sulla base del testo originario dell'art. 125 *sexies*, applicato secondo le disposizioni di vigilanza all'epoca vigenti).

Quest'ultima previsione ha alimentato nuove questioni interpretative<sup>22</sup>. In particolare, il Tribunale di Napoli Nord ha ritenuto che la disciplina transitoria introdotta dall'art. 11 *octies* debba interpretarsi restrittivamente, nel senso di doversi intendere come riferita soltanto ai commi 2 e 3 dell'art. 125 *sexies* t.u.b., con eccezione del comma 1, concernente la determinazione del costo totale del credito, e ciò al fine di non legittimare una diversa interpretazione dell'art. 125 *sexies* contraria alle norme europee. A ragionare altrimenti, la norma nazionale avrebbe dovuto essere disapplicata ponendosi essa «in netto contrasto con il diritto dell'Unione e con l'interpretazione autentica fornita dalla sentenza *Lexitor*»<sup>23</sup>.

La soluzione del tribunale partenopeo, nonostante il proposito (condivisibile) di allinearsi ai principi elaborati dalla Corte di Giustizia, costituiva una forzatura evidente<sup>24</sup> sotto il profilo giuridico, dal momento che

<sup>21</sup> Si tratta della l. 23.7.2021, n.106 di conversione del d. l. 25.5.2021, n. 73. Per le novità apportate dal legislatore con il Decreto *Sostegni bis*, vedi M. NATALE, *Estinzione anticipata del credito ai consumatori, retrocedibilità dei costi e logica in apnea*, in *Giust. civ.*, 3/2021, 669 e V. BONGIOVANNI, *Estinzione anticipata del contratto di credito al consumo, riduzione del costo totale del finanziamento e contemperamento degli interessi in gioco*, in *Riv. dir. priv.*, 4/2023, 605 ss.

<sup>22</sup> Non a caso si è parlato di "pasticcio" nei rapporti tra il diritto interno e quello europeo. Così M. NATALE, *Il «pasticcio» post Lexitor bocciato dalla Corte Costituzionale*, in *Foro it.*, 2022, IV, 352, nonché C. CELLERINO, *Lexitor e Corte Costituzionale: quale certezza del (e nel) diritto UE?*, in *NGCC*, 3/2023, 693, per la quale «il legislatore ha espresso un "messaggio" normativo che è difficilmente difendibile sul piano del diritto dell'Unione europea. Sembra infatti volerci dire il legislatore nazionale che il nostro ordinamento non è conforme alla giurisprudenza *Lexitor* al punto che occorre modificare il testo delle norme vigenti – ... – ma tale modifica opera solo per i contratti futuri, a dispetto delle sentenze della Corte di Giustizia».

<sup>23</sup> Fondandosi sul principio del primato del diritto europeo, quindi, il Tribunale di Napoli Nord interpretava il vecchio testo dell'art. 125 *sexies* t.u.b. conformemente ai principi *Lexitor*, disponendo la retrocedibilità di tutti i costi sostenuti nell'ambito dell'operazione di finanziamento senza distinguere tra quelli *up front* e quelli *recurring*.

In senso critico verso questa soluzione v. E. R. RESTELLI, *Il primato del diritto europeo. La sentenza Lexitor è davvero così importante?*, in *Banca borsa tit. cred.*, 1/2023, 86, per il quale proprio da un'attenta considerazione delle regole che presiedono all'applicazione del principio del primato del diritto europeo si arriverebbe a conclusioni opposte rispetto a quelle proposte dal tribunale napoletano.

<sup>24</sup> Difatti, il richiamo contenuto nell'art. 11 *octies* Decreto *Sostegni bis* agli orientamenti della Banca d'Italia avrebbe dovuto portare il giudice ad escludere i costi *up front* dal calcolo per ridurre il costo totale del credito, come poi sarà affermato anche da Trib. Torino, 2.11.2021 (nt.8) e dal Collegio di coordinamento ABF, 15.10.2021, n. 21676.



l'intervento legislativo del 2021 e, segnatamente, l'art. 11 *octies*, comma 2, d. l. n. 73/2021, sancendo l'irretroattività del nuovo testo dell'art. 125-*sexies*, inibiva l'applicazione (per il passato) della sentenza *Lexitor*, precludendo (in ragione del chiaro tenore letterale della disposizione) anche una interpretazione *more comunitario* della norma suddetta.

Di fronte all'impossibilità di disapplicare la norma nazionale (stante l'inefficacia orizzontale della direttiva)<sup>25</sup> o di fornirne una interpretazione conforme ai principi *Lexitor* (in quanto tale interpretazione avrebbe finito per contrastare con il chiaro tenore letterale della legge nazionale<sup>26</sup>), non rimaneva altra via se non quella di sollevare la questione di legittimità costituzionale dell'art. 11 *octies*, comma 2, per violazione degli obblighi comunitari<sup>27</sup> al fine di ottenere la cancellazione di disposizioni sostanzialmente elusive degli stessi<sup>28</sup>. La questione è stata sollevata, com'è noto, dal Tribunale di Torino<sup>29</sup> impegnato a decidere un caso riguardante l'estinzione anticipata di un contratto di prestito personale contro cessione del quinto dello stipendio, rispetto al quale il consumatore lamentava la mancata inclusione tra i costi riducibili degli oneri sostenuti al momento della conclusione del contratto di mutuo (costi *up front*). La decisione della Consulta<sup>30</sup>, esclusa la possibilità di un'interpretazione *adeguatrice* dell'art. 11 *octies*, comma 2, decreto *Sostegni bis* e l'opportunità di un rinvio pregiudiziale alla Corte di Giustizia, ha, com'era prevedibile, qualificato la norma di diritto intertemporale costituzionalmente illegittima perché contrastante con il diritto europeo per come interpretato dalla pronuncia *Lexitor*<sup>31</sup>.

<sup>25</sup> Dirimente è infatti la circostanza che le direttive siano dotate di efficacia "utile" e vincolino gli Stati membri ad un obbligo di risultato (art. 288, par.3, TFUE) mentre non trovano applicazione nei rapporti tra intermediari e consumatori (cfr. CGCE 6.2.1986, causa C – 152/84, *M.H. Marshall contro Southampton and South-West Hampshire Area Health Authority*, e di recente CGUE- Grande Sezione – 7.8.2018, causa C-122/17, *David Smith contro Patrick Meade e altri*)

<sup>26</sup> Che il principio del primato del diritto europeo non possa mai «servire da fondamento per un'interpretazione *contra legem* del diritto nazionale, lo evidenzia la stessa Corte di Giustizia nella sentenza della Grande sezione, 4.7.2006, causa C-212/04, *Kostantinos Adeneler e altri contro Ellinikos Organismos Galaktos (ELOG)*.

<sup>27</sup> La stessa Consulta, chiamata a dirimere la questione di costituzionalità dell'art. 11 *octies*, comma 2, rispetto agli artt. 3, 11 e 117 Cost. ribadirà l'impossibilità di operare un'interpretazione conforme della norma nazionale rispetto all'art. 16, par.1 della direttiva senza rimuovere con effetti *erga omnes* il riferimento alle norme secondarie della Banca d'Italia. Con il rinvio ad esse, infatti, secondo la Corte, il legislatore ha effettuato un «completamento prescrittivo della norma primaria» in ragione del quale «risulta univoco l'intento del legislatore di fissare per il passato un contenuto della norma» incompatibile con l'interpretazione della direttiva (e segnatamente dell'art.16) data da *Lexitor* (v. punto 12.1 considerazioni in diritto).

<sup>28</sup> Così A.M. BENEDETTI, «Costituzionalizzazione» dei diritti dei consumatori?, in *NGCC*, 3/2023, 686.

<sup>29</sup> Si tratta dell'ordinanza del 2 novembre 2021, n. 8, in *Foro it.*, 2022, I, 350, con nota di M. NATALE, *Lexitor e diritto italiano: verso la resa dei conti*.

<sup>30</sup> C. Cost. 22.12.2022, n. 263, in *Banca, borsa, tit. cred.*, n. 4/2023, 453 ss., con nota di Cacopardi, *Il "diritto" alla riduzione del costo totale del credito: tra duty of consistent interpretation e ipertutela del consumatore*. Tra i commenti alla sentenza segnaliamo S. PAGLIANTINI, *Lexitor atto secondo: il (prezioso) decalogo della Consulta sull'interpretazione euroconforme*, in *Giur. it.*, 2/2023 279 ss.; A. CAPIZZI, *La Corte costituzionale e la vicenda "Lexitor": una decisione a favore dell'integrazione europea?*, in *Giur. cost.*, 6/2022, 2915 ss.; F. SAIITO, *La Corte costituzionale come garante dei vincoli derivanti dall'appartenenza dell'Italia all'Unione europea alla luce della vicenda Lexitor*, in *Giur. cost.*, 6/ 2022, 2903 ss.; F. GRECO, *Incostituzionalità, integrale rimborsabilità ed (in)certezza del diritto: considerazioni ad un semestre dalla consulta*, in *Resp. civ. prev.*, 2/2023, 497 ss.; R. LO CONTE, *Credito al consumo e disciplina del rimborso anticipato: dalla Lexitor alla Corte Costituzionale*, in *federalismi.it*, 22 marzo 2023.

<sup>31</sup> Tuttavia, a non passare inosservato è stato, secondo alcuni autori, il «modo» con cui i giudici della Consulta hanno raggiunto il risultato, attribuendo cioè effetti sostanzialmente orizzontali alla direttiva 2008/48/CE. Sul punto v. le considerazioni di F. SAIITO, *La Corte costituzionale come garante dei vincoli derivanti dall'appartenenza dell'Italia all'Unione europea alla luce della vicenda Lexitor*, cit., 2909. Ad escludere un effetto *sostanzialmente orizzontale* della direttiva vale l'argomento che a seguito della pronuncia della C. Cost., nei rapporti tra privati non trova applicazione l'art. 16 della direttiva, bensì l'art. 125 *sexies* del t.u.b. nella versione "depurata" dalle integrazioni della normativa bancaria e, quindi, suscettibile di essere interpretato nel suo significato compatibile con i principi *Lexitor*.



All'indomani della pronuncia della Consulta<sup>32</sup>, che comunque ha posto fine alla *querelle* sul rimborso da estinzione anticipata del credito, rimanevano e rimangono in piedi alcune criticità che anche la più recente direttiva 2023/2225, “codificante” i principi *Lexitor*, non sembra risolvere.

Accanto ad alcune (residue) questioni di “diritto intertemporale”<sup>33</sup> – complicate, peraltro, da due provvedimenti normativi nazionali dello scorso anno<sup>34</sup> – resta il problema del criterio applicabile per quantificare la

<sup>32</sup> Di recente il principio di effettività del diritto del consumatore alla riduzione del costo totale del credito affermato dalla sentenza *Lexitor* e recepito dalla sentenza 263/2022 della Corte costituzionale è stato considerato da Cass. n. 25997/2023, risalente alle direttive precedenti del 1987 e del 2008, il che giustifica l'uniformazione ad esso di tutte le decisioni relative a controversie sul credito ai consumatori. Sul punto cfr. G. SANTONI, *Note sul caso Lexitor, alle battute conclusive dopo Cass. 25997/2023*, in *Riv. dir. banc.*, n. 3-4/2023, 16 s., per il quale tale conclusione, sebbene forzi il tenore letterale delle norme comunitarie (accordando all'equo compenso previsto dalla direttiva 87/102/CEE la stessa portata della successiva definizione di costo totale del credito), risulta opportuna per consolidare definitivamente nel nostro Paese i risultati applicativi della decisione *Lexitor*.

<sup>33</sup> Il decreto *Sostegni bis*, infatti, nell'integrare l'art. 125 *sexies* del t.u.b. conformemente a *Lexitor* limitava nel tempo gli effetti di tale pronuncia ai contratti di credito stipulati successivamente al 25 luglio 2021, con la conseguenza di escludere, per quelli precedenti, la riduzione dei costi *up front*, ovviamente nell'ottica di favorire i finanziatori, tutelando in uno i principi dell'affidamento e della certezza del diritto. Di conseguenza, i contratti stipulati tra la pronuncia *Lexitor* e l'entrata in vigore del decreto *Sostegni bis* continuavano a seguire la vecchia regola, ovvero l'art. 125 *sexies*, comma 1, interpretato *contra Lexitor*.

<sup>34</sup> Il riferimento concerne in particolare la l. 10 agosto 2023, n. 103 e il d. l. 10 agosto 2023, n. 104 (convertito nella l. 136 del 9.10.2023) che hanno introdotto due diverse versioni dell'art. 11 *octies*, comma 2, secondo periodo, del d. l. 25 maggio 2021, n. 732, di modifica dell'art. 125 *sexies* t.u.b. Entrambe le norme sono state considerate dai primi commentatori (R. FERRETTI e R. MANTEGAZZA, *La nuova disciplina delle estinzioni anticipate dei contratti di credito con i consumatori*, in [www.dirittobancario.it](http://www.dirittobancario.it), 27 settembre 2023) poco chiare. Infatti, l'art. 1 della l. 103/2023 per un verso, contiene, nel suo *incipit*, il riferimento al rispetto della normativa europea e dell'interpretazione che a quella normativa ha dato la Corte di Giustizia, facendo intendere la ridicibilità di tutti i costi del credito ma, per altro verso, esclude espressamente dalla riduzione oltre alle imposte, anche i costi sostenuti per la conclusione dei contratti (cioè i costi *up front*). Indicazione, quest'ultima, in netto contrasto con la direttiva del 2008 per come interpretata da *Lexitor* e ai limiti di costituzionalità. L'art. 27 l. n. 136/2023, a sua volta, pur allineandosi a *Lexitor* circa la ridicibilità, in caso di estinzione anticipata, di tutti i costi del credito (con la sola esclusione delle imposte), mantiene nel dettato legislativo il riferimento all'applicazione delle disposizioni dell'art. 125 *sexies* t.u.b. vigenti alla data di sottoscrizione dei contratti, inciso che – si è detto – «potrebbe far propendere (a causa dell'uso del plurale) per un'applicazione delle diverse versioni della norma che si sono succedute nel corso del tempo, così come delle disposizioni di attuazione della Banca d'Italia» e, quindi, in alcuni casi la limitazione della ridicibilità dei costi ai soli oneri *recurring*, con tutti i problemi (anche di legittimità costituzionale) da ciò derivanti. La contemporaneità dei provvedimenti normativi citati si giustifica, probabilmente, perché il legislatore si è subito accorto della potenziale incostituzionalità della prima disposizione, che *clare* escludeva dal rimborso i costi *up front*, ed ha posto rimedio con un provvedimento avente lo stesso oggetto ma numericamente successivo, il d.l. n. 104/2023 che, quale *ius superveniens* rispetto alla legge n. 103/2023, implicitamente la abroga ex art. 15 preleggi. Resta, tuttavia, il problema di interpretare l'art. 27 d.l. 104/2023 *more comunitario*. Al riguardo, riteniamo che il riferimento all'applicazione ai contratti di credito delle *disposizioni dell'art. 125 sexies t.u.b., vigenti alla data della sottoscrizione dei contratti* vada correttamente inteso nel senso che esso implica sempre e comunque un'interpretazione del comma 1 dell'art. 125 *sexies* t.u.b. compatibile con la direttiva 2008 e con la pronuncia *Lexitor* (quindi ridicibilità di tutti gli oneri *recurring* ed *up front*), mentre, in base al periodo di sottoscrizione dei contratti, potrebbe variare l'applicazione dei commi 2 e 3 dell'art. 125 *sexies* t.u.b., che riguardano il metodo per quantificare la riduzione dei costi e il diritto di regresso del finanziatore nei confronti dell'intermediario del credito per la quota dell'importo rimborsato al consumatore relativa al compenso per l'attività di intermediazione svolta. Ora, con riguardo al criterio di quantificazione, è possibile ritenere che il legislatore volesse assoggettare i contratti sottoscritti prima del 25 luglio 2021 al criterio di calcolo indicato dal Collegio di Coordinamento ABF nella pronuncia n. 26525/2019, mentre nell'arco temporale compreso tra il 25 luglio 2021 e il 10 agosto 2023, vista la espressa previsione contenuta nella legge 103/2023 e salva diversa indicazione delle parti, il criterio residuale di quantificazione dei costi avrebbe dovuto essere quello del costo ammortizzato. Tuttavia, per effetto della previsione contenuta all'art. 27 d.l. 104/2023, che ha eliminato il riferimento al criterio del costo ammortizzato, anche nel periodo suddetto continuerà ad applicarsi il criterio seguito dall'ABF. In ordine, poi, alla possibilità per il finanziatore di agire in regresso nei confronti dell'intermediario occorre rammentare che tale facoltà, prevista dall'art. 11 *octies* decreto *Sostegni bis*, non era contemplata dalla vecchia formulazione dell'art. 125 *sexies* e, pertanto, sarà applicabile soltanto all'estinzione anticipata dei contratti di credito conclusi dopo il 25 luglio 2021. Per una distinzione tra 2° e 3° comma dell'art. 125 *sexies* t.u.b. con riferimento alla loro applicabilità ai contratti stipulati prima del 25 luglio 2021 cfr. D. ACHILLE, *Estinzione anticipata del credito al consumo e 'giusta' determinazione dei costi rimborsabili dopo la Corte costituzionale*, in questa rivista, n. 6/2022.



restituzione dei costi *up front*, rispetto al quale la nuova disciplina fa riferimento genericamente alla proporzionalità, senza distinguere tra il meccanismo del *pro rata temporis* e quello del costo ammortizzato<sup>35</sup> o della “curva degli interessi” (desumibile dal piano di ammortamento previsto dal contratto<sup>36</sup>), da cui possono discendere conseguenze economiche diverse per i consumatori (e per i finanziatori)<sup>37</sup>.

Non meno problematica risulta, inoltre, la qualificazione dell’indennizzo come *equo e oggettivamente giustificato*, qualificazione che aveva fatto discutere la dottrina già sotto il vigore della formulazione originaria dell’art. 125 *sexies* t.u.b.

Non ci sembra, invece, discutibile la circostanza che né la Consulta, né la direttiva 2023/2225 abbiano ritenuto di uniformare il trattamento dei costi rimborsabili previsto per il credito mobiliare ai consumatori all’ipotesi del credito immobiliare, distinzione che, anche a nostro avviso, trova fondamento nella diversa formulazione oltre che nella diversa funzione e nel diverso bilanciamento degli interessi consumeristico-professionali che caratterizzano queste discipline<sup>38</sup>.

<sup>35</sup> Si tratta di un metodo utilizzato per la valutazione dei crediti, dei debiti e delle immobilizzazioni rappresentate da titoli, nella contabilità societaria (v. *International Accounting Standards (IAS 39) – Principio contabile internazionale* n. 39. *Strumenti finanziari: Rilevazione e valutazione*, par. 9, consultabile in [www.fondazioneoic.eu](http://www.fondazioneoic.eu)), che viene richiamato per indicare che la riduzione dei costi *up front* si calcola con il metodo dell’*interesse effettivo*, ovvero attualizzando «i pagamenti o incassi futuri stimati lungo la vita attesa dello strumento finanziario, o comunque, lungo un periodo più breve, al valore contabile netto dell’attività o passività finanziaria» (così ABF Napoli, 11 agosto 2014, decisione n. 5165).

<sup>36</sup> Sul punto v. A. TINA, *Il diritto del consumatore alla riduzione del costo totale del credito...*, cit., 179, per il quale il criterio di calcolo utilizzato per la determinazione degli interessi corrispettivi, dovrebbe applicarsi non solo nel caso in cui le parti avessero fatto espresso riferimento al piano di ammortamento, ma anche in assenza di un’esplicita previsione negoziale in tal senso, in modo da avere un unico metodo di calcolo sia per gli interessi che per i costi, conformemente al dettato dell’art. 16 par. 1 direttiva 2008. Il criterio del *pro rata temporis*, per questa impostazione, troverebbe applicazione in via residuale, nella rara «ipotesi in cui il contratto di finanziamento non faccia riferimento ad alcun criterio di rimborso, neppure a quello normalmente impiegato per la riduzione degli interessi corrispettivi e rappresentato nel piano di ammortamento solitamente allegato al contratto».

<sup>37</sup> In dottrina considera preferibile il criterio del costo ammortizzato a quello della proporzionalità lineare P. DELLA ROCCA, *Questioni interpretative in ordine all’art. 125 sexies t.u.b.*, in [www.ildirittoeconomie.it](http://www.ildirittoeconomie.it) n. 1/2024. Reputano invece più vantaggioso, nell’interesse del consumatore, il criterio di calcolo basato sulla proporzionalità lineare R. SANTAGATA, *Rimborso anticipato del credito e diritti dei consumatori alla restituzione della quota parte dei costi indipendenti dalla durata del contratto (c.d. up front)*, in *Banca borsa tit. cred.*, 1, 2020, 189 ss. e U. MALVAGNA, *La nuova disciplina dell’estinzione anticipata dei contratti di credito ai consumatori: tra legge, ABF e Corte costituzionale*, in *Banca borsa tit. cred.*, 1/2022, 54 s.

<sup>38</sup> Sul punto cfr. la sentenza *UniCredit Bank Austria* (CGUE, 9.2.2023, causa C- 555/21, in *Foro it.*, 2023, 372 ss., con nota di Pagliantini, *Il canone delle cruces iurisconsultorum in salsa post-moderna: UniCredit Bank Austria AG v. Lexitor* e, in *Foroplus* 2023, con i contributi di N. DE LUCA e L. DELCURATOLO, *Stare decisis. UniCredit Bank Austria AG distingue Lexitor, non la supera*, e di M. NATALE e R. PARDOLESI, «*Lexitor*» o no? *Dubbi, croci e malefatte della Corte di giustizia*), adottata in riferimento alla Direttiva 2014/17 sui mutui ipotecari che, richiamando espressamente la sentenza *Lexitor*, giustifica il diverso trattamento riservato all’ambito dei mutui ipotecari rispetto a quello del credito al consumo non assistito da garanzie reali sulla base di diversi argomenti. Per un verso, si afferma che la riduzione di cui all’art. 25, par. 1, dir. 2014/17/UE non consiste nel porre il consumatore nella situazione antecedente a quella in cui si sarebbe trovato se il contratto fosse stato concluso a condizioni diverse o per un periodo più breve o per un importo inferiore (nel qual caso potrebbero considerarsi riducibili tutti i costi anche quelli che prescindono dalla durata del contratto), bensì nell’adattare il contratto di credito ipotecario «in funzione delle circostanze del rimborso anticipato», con la conseguenza di escludere i costi che «indipendentemente dalla durata del contratto, siano posti a carico del consumatore a favore sia del creditore che dei terzi per prestazioni già eseguite integralmente al momento del rimborso anticipato». Per altro verso, si considerano superabili le preoccupazioni manifestate in *Lexitor* (punti 31 e 32 della sentenza) e, segnatamente il rischio di una *deminutio* dell’effettiva portata del diritto del consumatore alla riduzione del costo totale del credito, qualora la stessa avesse ad oggetto solo i costi *recurring*, data la determinazione unilaterale degli stessi ad opera degli istituti di credito (il che implica la previsione di margini di profitto per l’impresa), e la possibilità di comportamenti abusivi delle banche che potrebbero ridurre al minimo i costi *recurring* ed aumentare quelli *up front*, imponendo al consumatore pagamenti *una tantum* più elevati al momento della conclusione dei contratti di credito. Tale rischio è neutralizzato, secondo la Corte dalla circostanza che, nell’ambito della direttiva del 2014 «il margine di manovra di cui dispongono gli istituti di credito nella determinazione dei costi» è minore in quanto l’intermediario del credito o il rappre-



3. – Il 70° considerando della direttiva 2023/2225, in linea con l’interpretazione della Corte di Giustizia UE nella sentenza *Lexitor*, prevede, in caso di estinzione anticipata del mutuo, il diritto del consumatore alla riduzione del costo totale del credito, riduzione che include tutti i costi posti a carico del consumatore e che dovrebbe essere “proporzionata” alla durata residua del contratto di credito.

Quanto ai costi, quindi, vengono inclusi anche quelli che non dipendono dalla durata del contratto, compresi quelli esauriti all’atto della concessione del credito (con esclusione delle imposte e delle spese applicate da un terzo e pagate direttamente a quest’ultimo che non sono imposte dal creditore e non possono essere modificate unilateralmente da lui).

La *littera legis* spazza ogni dubbio sull’inclusione, nelle poste ridicibili, dei costi *up front*, richiamando, per la loro determinazione, il criterio della proporzionalità. Ma proprio il riferimento “generico” alla proporzionalità lascia alla discrezione dei legislatori nazionali la scelta circa il criterio di calcolo applicabile.

Per vero non si tratta di una novità, considerato che anche la direttiva 2008/48/CE si orientava allo stesso modo, ma ciò lascia inalterato il problema della individuazione del metodo di calcolo per quantificare la riduzione dei costi che sia più efficiente in un’ottica di protezione del consumatore.

Al riguardo, nel nostro ordinamento, dottrina<sup>39</sup> e giurisprudenza non hanno assunto posizioni univoche, sia prima che dopo *Lexitor*. Emblematici, in tal senso, sono i diversi orientamenti dell’ABF sul punto. Difatti

---

sentante designato, consegnando al consumatore il PIES, fornisce anche le informazioni concernenti le spese connesse alla durata del contratto considerate, appunto, riducibili e di facile individuazione proprio in quanto contemplate nel prospetto sia da parte del consumatore che dall’eventuale giudice nazionale. La tutela dei consumatori, secondo la Corte di Giustizia, verrebbe resa effettiva da alcuni obblighi che la stessa pone sia agli Stati membri (come quello di assicurare che le disposizioni di recepimento della direttiva non vengono eluse da clausole contrattuali che riducano la protezione dei consumatori) sia agli organi giurisdizionali nazionali (i quali devono assicurare che i costi posti a carico del consumatore non rappresentino piuttosto la remunerazione del creditore per prestazioni che al momento del rimborso dovrebbero essere ancora fornite al consumatore, ponendo a carico del creditore l’onere di provare il carattere ricorrente o meno di tali costi). Sebbene non manchino opinioni che vedono nella sentenza UniCredit il superamento di *Lexitor*, riteniamo, invece, che tale pronuncia confermi il *doppio binario* che, a livello europeo, si è creato in materia di credito al consumo prevedendo una disciplina meno “protezionistica” per i consumatori e più equilibrata verso gli interessi della concorrenza e dei finanziatori nel settore del credito immobiliare, settore in cui la riducibilità dei costi non dipendenti dalla durata del contratto (sensibilmente maggiori in termini quantitativi di quelli che caratterizzano il credito al consumo), soprattutto se applicata *ex tunc*, avrebbe potuto creare problemi economici non secondari al sistema bancario che non sarebbe stato in grado di controllare *ex ante* i loro importi. Il doppio binario di tutela trova conferma anche in un’ulteriore divergenza esistente tra la disciplina di recepimento del credito al consumo e quella relativa al credito immobiliare. L’art. 125 *sexies* comma 4 t.u.b., in materia di credito ai consumatori prevede l’automatica concessione di un indennizzo al finanziatore per gli eventuali costi connessi al rimborso anticipato, mentre tale regola non è richiamata dall’art. 120 – *quaterdecies* l. t.u.b. (né dal precedente art. 120 *novesdecies*). Ciò finisce per incidere sulla determinazione dei costi riducibili. Difatti, tra le motivazioni dell’ampliamento della riduzione a tutti i costi del credito, la sentenza *Lexitor* includeva l’argomento della natura compensativa dell’indennizzo volto a bilanciare gli effetti negativi del rimborso a carico del finanziatore anche di costi che non dipendevano dalla durata del contratto e che, quindi, venivano comunque ridotti proprio per assicurare una tutela forte al consumatore. Nel caso del credito immobiliare, invece, la circostanza che l’indennizzo non è automatico, ma può essere subordinato da ciascuno Stato membro alla presenza di determinate condizioni, rende eccessivo far gravare sul creditore il rimborso anche di costi che prescindono dalla durata del contratto e giustifica la sua limitazione ai soli costi *recurring*. Da ultimo anche il 70° considerando della direttiva 2023/2225/UE, in ordine all’indennizzo ed ai suoi limiti, considera la diversa natura dei crediti ai consumatori rispetto ai prestiti ipotecari.

<sup>39</sup> Parte della dottrina, infatti, auspicava l’adozione di criteri differenziati in base alla diversa tipologia di costi (*recurring* o *up front*), mentre altri autori si orientavano per l’individuazione di un criterio unitario dei costi. All’interno dell’orientamento favorevole all’uniforme trattazione dei costi vi era, poi, chi prediligeva come unico criterio quello di competenza economica o *pro rata temporis* (per es. R. SANTAGATA, *Rimborso anticipato del credito e diritti dei consumatori alla restituzione della quota parte dei costi indipendenti dalla durata del contratto (c.d. up front)*, in *Banca borsa tit. cred.*, 1/2020, 30 s.) e chi, invece, considerava preferibile quello della curva degli interessi (A. TINA, *Il diritto del consumatore alla riduzione del costo totale del credito...*, cit., 173 ss.). Tale soluzione, secondo Tina, sarebbe anche quella che maggiormente tutela il consumatore: i costi del credito non solo sarebbero tutti riducibili (a prescindere dalla loro natura) ma lo sarebbero in base al piano di ammortamento, alla stessa stregua degli interessi.



mentre, prima del 2019, l'Arbitro bancario – condizionato dalla previsione normativa (i. e. la formulazione originaria dell'art. 125 *sexies* co.1, t.u.b.) che ammetteva la riducibilità dei soli costi *recurring* – considerava come criterio di quantificazione «più logico» e «più conforme al diritto ed all'equità sostanziale» quello della stretta proporzionalità o *pro rata temporis* (che imponeva di dividere la somma complessiva dei costi e interessi spettanti al finanziatore per il numero totale delle rate del finanziamento e poi moltiplicare il risultato ottenuto per le rate residue)<sup>40</sup>, dopo la pronuncia *Lexitor*, l'ABF ha confermato tale criterio (in assenza di diverse determinazioni negoziali) con riferimento ai soli costi ricorrenti ed agli oneri assicurativi, mentre rispetto ai costi istantanei o *up front* ha previsto la possibilità «che siano le parti, nell'esercizio della loro autonomia a fissare i criteri di computo più adeguati, agevolmente comprensibili e quantificabili dal consumatore e pur sempre rispondenti a un principio di (quantomeno relativa) proporzionalità» e, in subordine, «che sia l'organo giudicante ad integrare il regolamento contrattuale operando secondo equità, ai sensi dell'art. 1374 c.c.<sup>41</sup>.

In altri termini, il Collegio arbitrale di coordinamento – a parte considerare primario il ruolo dell'autonomia privata (rappresentato dalla scelta ad opera degli stessi contraenti del criterio di quantificazione dei costi riducibili purché basato su un principio di proporzionalità) – sembra escludere, per i costi istantanei, che il criterio di calcolo “suppletivo” (ossia, da applicare in assenza di una determinazione convenzionale) possa essere quello del *pro rata temporis*, dal momento che per tali costi il rimborso in funzione del fattore tempo risulta privo di significato.

Il richiamo all'integrazione giudiziale ex art. 1374 c.c. darebbe la possibilità all'arbitro di colmare la lacuna ricorrendo, nella maggior parte delle decisioni, al metodo di riduzione progressiva usato per gli interessi corrispettivi (c.d. curva degli interessi), soluzione (di proporzionalità relativa) che è apparsa «la più idonea a contemperare equamente gli interessi delle parti contraenti perché, mentre garantisce il diritto del consumatore a una riduzione proporzionale dei costi istantanei del finanziamento, tiene conto della loro ontologica differenza rispetto ai costi *recurring* e della diversa natura della controprestazione resa»<sup>42</sup>.

Un'impostazione, questa che (al di là di alcune oscillazioni da parte del collegio ABF di Roma<sup>43</sup>) si è andata consolidando<sup>44</sup>, diventando addirittura la regola, in assenza di una espressa previsione negoziale e di una norma di legge suppletiva.

Quest'ultima viene introdotta nel 2021 dal novellato art. 125 *sexies*, comma 2, t.u.b. che individua, quale criterio di calcolo suppletivo per quantificare i costi del credito rimborsabili in ipotesi di estinzione anticipata del finanziamento, il metodo del costo ammortizzato.

<sup>40</sup>Vedi la nota pronuncia del Collegio di Coordinamento n. 6167 del 2014, in [www.arbitrobancariofinanziario.it](http://www.arbitrobancariofinanziario.it).

<sup>41</sup>Che il criterio *pro rata temporis* fosse adatto per i soli costi *recurring* derivava dal fatto che solo tali voci sono considerabili come «corrispettivi allo svolgimento di attività amministrative del rapporto, sicché il loro costo, al netto di fattori esogeni, è costante in pendenza di rapporto, perché il tempo e le energie dedicate al loro svolgimento è indipendente dall'ammontare delle somme amministrative ed è piuttosto correlato alle complicazioni della normativa che si deve applicare». Nel caso di costi *up front*, invece, il «parametro *pro rata temporis*, ..., risulta logicamente inconciliabile con oneri indipendenti dalla durata del rapporto di finanziamento, ponendosi questi ultimi, in termini funzionali, quali corrispettivi di attività già compiutamente esaurite al momento della sottoscrizione del contratto da parte del consumatore, e rispetto alle quali, pertanto, la successiva durata del rapporto di finanziamento risulta completamente irrilevante» (così A. ZOPPINI, op. cit., 7, dove i richiami alla posizione del relatore del Collegio di Coordinamento, prof. Gambaro). Nella giurisprudenza di merito ritiene che, in assenza di un'espressa previsione legislativa, debba applicarsi per il calcolo della riduzione del costo totale del credito il criterio della proporzionalità lineare Trib. Napoli Nord, 26.1.2022, cit. in *Banca borsa tit. cred.* 1/2023, 66 ss. con nota di I. GIRARDI, *Cessione del quinto, estinzione anticipata e riduzione del costo totale del credito*.

<sup>42</sup>Così ABF Torino 8 aprile 2024, decisione n. 4270 che richiama Collegio di coord. n.26525/2019.

<sup>43</sup>Vedi ABF Roma decisioni nn. 8760, 7854, 6158, 4674, 3361/2020 ecc.

<sup>44</sup>Cfr., *ex multis*, ABF Torino, 8 aprile 2024, decisione n. 4270; ABF Palermo, 22 gennaio 2024 nn. 955, 957; ABF Bari 28 novembre 2023 nn. 11681, 11695; ABF Torino, 9 novembre 2023 n. 10875; ABF Torino, 17 aprile 2023, n. 3631.



Ma si è trattato di una soluzione di breve durata considerato che, a distanza di qualche anno, essa è stata nuovamente messa in discussione<sup>45</sup>. È probabile che il legislatore abbia fatto proprie le preoccupazioni che, già in precedenza, parte della dottrina aveva evidenziato circa l'inidoneità del criterio del costo ammortizzato ad agevolare la comprensibilità e la quantificazione del rimborso da parte dei consumatori, nonché a realizzare le tanto auspiccate esigenze di trasparenza e semplificazione<sup>46</sup>.

Nel frattempo, la giurisprudenza dell'ABF ha registrato diverse prese di posizione. Solo a titolo esemplificativo. Può richiamarsi una recente pronuncia del Collegio ABF di Napoli<sup>47</sup> (immediatamente successiva agli interventi legislativi del 2023), dopo aver ripercorso l'evoluzione normativa interna *post Lexitor* (fino all'art. 27 della l. 136/2023, che ha eliminato l'esplicito riferimento al costo ammortizzato come criterio residuale di riduzione del costo totale del credito) ha ritenuto che i criteri per quantificare i rimborsi alla clientela in caso di estinzione anticipata del finanziamento, restano ancora quelli fissati dalla decisione del Collegio di coordinamento n. 26525/2019 e, quindi, per i costi *recurring*, il criterio di competenza economica (*pro rata temporis*), mentre per i costi *up front*, quello convenzionalmente individuato dalle parti, purché sia «comprensibile e quantificabile dal consumatore e risponda sempre ad un principio di (relativa) proporzionalità o, in mancanza, quello indicato dal giudice ai sensi dell'art. 1374 c.c.» (e, quindi, in presenza di un piano di ammortamento, il criterio impiegato per la determinazione degli interessi corrispettivi secondo il relativo piano di ammortamento, con la precisazione che solo nei casi di ambiguità delle disposizioni contrattuali rimane applicabile il criterio (residuale) della proporzionalità lineare)<sup>48</sup>.

**3.1.** – Resta da capire se al momento dell'attuazione della direttiva 2023/2225/UE (che tace sulla quantificazione dei costi rimborsabili) il legislatore italiano riterrà di dover indicare un metodo di calcolo dei costi riducibili o continuerà a lasciare tale determinazione, in assenza di specifiche previsioni contrattuali, alla (equità della) giustizia arbitrale.

In attesa di ulteriori, eventuali, sviluppi (legislativi) sui criteri di quantificazione dei costi riducibili è possibile, tuttavia, effettuare qualche riflessione sull'opportunità di applicare un unico metodo di calcolo, che distingua esclusivamente in relazione alla natura dei costi come oneri *recurring* o *up front*, o, di prevedere,

<sup>45</sup> Vedi *infra* § 3.1.

<sup>46</sup> Vedi in particolare R. SANTAGATA, *Prime note sulla nuova disciplina del rimborso anticipato del credito*, cit., 189, per il quale l'omessa indicazione, «in modo chiaro» ed «analitico», dei «criteri per la riduzione proporzionale degli interessi e degli altri costi», renderebbe di fatto lettera morta la prima parte della prescrizione recata dal secondo comma dell'art. 125 *sexies* e anziché tradursi in una naturale sanzione per l'intermediario predisponente, ridonderebbe in un suo considerevole vantaggio economico, consistente nella sua esplicita legittimazione alla generale applicazione di un metodo di calcolo del rimborso più sfavorevole per la controparte debole. Analogamente critico sulla scelta del criterio del costo ammortizzato è U. MALVAGNA, *La nuova disciplina dell'estinzione anticipata dei contratti di credito ai consumatori: tra legge, ABF e Corte Costituzionale*, cit., 53 ss.

<sup>47</sup> Si tratta di ABF Napoli, 9 novembre 2023, n. 10954. La controversia decisa aveva ad oggetto il riconoscimento del diritto del ricorrente alla restituzione di parte delle commissioni versate e non godute di un contratto di finanziamento rimborsabile mediante cessione di quote della pensione, a seguito della sua estinzione anticipata rispetto al termine convenzionalmente pattuito. La questione ricade sotto l'applicazione dell'art. 125 *sexies* t.u.b. il cui testo va interpretato secondo i principi *Lexitor* recepiti dalla Consulta nel 2022, quindi riducibilità di tutti i costi senza distinzione tra costi *recurring* e costi *up front*.

<sup>48</sup> In tal senso già Collegio Coord. ABF n. 10003/2016 e, più di recente, le pronunce nn. 6885 e 6888 del 5.3.2022. Nel caso in questione gli interessi erano calcolati in base ad un piano di ammortamento c.d. alla francese caratterizzato da rate costanti, interessi decrescenti e quote di capitale crescenti, piano di cui il finanziato aveva ricevuto copia e dove non si faceva alcun riferimento a criteri di calcolo di proporzionalità lineare. Per l'applicazione a tutti i costi *up front* del criterio della curva degli interessi secondo il piano di ammortamento scelto vedi, *ex multis*, ABF Bologna decisioni n. 11 marzo 2024 nn. 3145, 3132; ABF Milano, 29 marzo 2024, decisione nn. 3957 e 3932.



come ci sembra preferibile anche nell'ottica di assicurare un'effettiva tutela al consumatore, metodi di calcolo diversi in base alle diverse tipologie di commissioni e costi *recurring* e *up front*.

Prendendo in considerazione le principali voci di costo rimborsabili, è noto che, nell'ambito degli oneri *recurring* rientrano sia gli interessi corrispettivi connessi al mutuo, sia i premi per le polizze assicurative (sulla vita, sull'impiego, sugli infortuni) a copertura del rischio di non realizzo cui è naturalmente esposto il mutuante<sup>49</sup>. Poiché i costi *recurring*, nella giurisprudenza ABF vengono quantificati con il criterio del *pro rata temporis* pare legittimo chiedersi se questo sia l'unico criterio applicabile in mancanza di una specifica previsione delle parti.

Con riferimento agli interessi corrispettivi potrebbero astrattamente venire in gioco diversi criteri: il "costo ammortizzato", la determinazione degli interessi secondo il piano di ammortamento prescelto ed il *pro rata temporis*.

Il criterio del costo ammortizzato era stato previsto anche nella penultima versione dell'art. 11 *octies*, comma 2, decreto Sostegni *bis* (introdotta dalla l. 103/2023) che novellava l'art. 125 *sexies* t.u.b. senza, però, modificare l'indicazione relativa al costo ammortizzato, quale metodo di calcolo applicabile in mancanza di diverse determinazioni negoziali.

Tuttavia, a seguito dell'introduzione dell'art. 27 l. n. 136 del 9.10.2023 (di conversione del decreto *Asset* n. 104/2023) il riferimento espresso al costo ammortizzato è venuto meno e, pertanto, non può ritenersi che lo stesso costituisca il criterio legale per integrare il contratto, in mancanza di specifiche determinazioni negoziali sul punto.

In alternativa al costo ammortizzato, quindi, ben potrebbe trovare applicazione il metodo di calcolo utilizzato per la determinazione degli interessi corrispettivi secondo il piano di ammortamento scelto, criterio di cui il consumatore dovrebbe avere conoscenza perché risultante dalla documentazione contrattuale. Rimane, tuttavia, fermo che nelle ipotesi in cui la voce di costo relativa agli interessi da restituire risulti poco chiara/intelligibile per il consumatore, si applicherà il criterio residuale del *pro rata temporis* in quanto la violazione del dovere di trasparenza, per costante giurisprudenza ABF, viene sanzionata con l'applicabilità del criterio (della proporzionalità lineare) considerato il più vantaggioso per il consumatore.

Con riferimento ai premi assicurativi, che dopo la sentenza *Lexitor* sono sempre riducibili anche se il consumatore li corrisponde per intero al momento della conclusione del contratto di finanziamento, occorre preliminarmente distinguere se la polizza cui essi afferiscono sia obbligatoria, come accade nei contratti di credito con cessione del quinto dello stipendio<sup>50</sup>, oppure facoltativa, come avviene per altri contratti di credito al consumo. Nel primo caso, infatti, tra «i costi dovuti alla vita residua del contratto» – oggetto di rimborso ex art. 125 *sexies* t.u.b. – «sono certamente ricompresi anche il premio o i premi relativi ai contratti di assicurazione abbinati al finanziamento e corrisposti dal cliente in sede di stipulazione del finanziamento», in quanto ai sensi dell'art. 121, comma 2, t.u.b. nel «costo totale del credito sono inclusi, i costi relativi ai servizi accessori con il contratto di credito, compresi i premi assicurativi, se la conclusione di un contratto avente ad oggetto tali servizi è un requisito per ottenere il credito, o per ottenerlo alle condizioni offerte»<sup>51</sup>. Qual-

<sup>49</sup> Sulle diverse tipologie dei costi del credito eventuali e attuali, cfr. F. QUARTA, *Estinzione anticipata dei finanziamenti a tempo determinato e modulazioni del costo del credito (commissioni di intermediazione, oneri assicurativi e penalità)*, in [www.dirittobancario.it](http://www.dirittobancario.it) del 28 ottobre 2013.

<sup>50</sup> L'obbligatorietà, in questi casi, di un'assicurazione sulla vita o contro i rischi di impiego era stata prevista già a partire dal d.p.r. 5 gennaio 1950, n. 180, artt. 5 e 54 ed è sopravvissuta anche alle modifiche introdotte ad esso dall'art. 13 – bis della l. 14 maggio 2005, n. 80.

<sup>51</sup> Così A. TINA, *Il rimborso del premio assicurativo nei contratti di finanziamento con cessione del quinto dello stipendio o*



ra, invece, la polizza assicurativa non sia qualificabile come obbligatoria<sup>52</sup> e quindi non venga ricompresa nel costo totale del credito non sussisterebbe, invece, «il diritto del debitore – assicurato previsto dall’art. 125 *sexies*, comma 1, t.u.b. di ottenere dalla banca finanziatrice la «riduzione» pari ai «costi dovuti per la vita residua del contratto» e corrispondente alla quota non goduta del premio assicurativo».

Tuttavia, in caso di contratti di assicurazione connessi a mutui o ad altri contratti di finanziamento l’art. 22, comma 15 *quater* d.l. n. 179/2012, indipendentemente dalla natura della polizza, prevede che, in tutti i casi di estinzione anticipata (...) del mutuo o del finanziamento» l’impresa assicurativa «restituisce al debitore/assicurato la parte di premio pagato relativo al periodo residuo rispetto alla scadenza originaria».

E, considerata la distinzione, nell’ambito delle voci che compongono il premio assicurativo, tra premio netto e caricamenti (cioè le spese di gestione del contratto di assicurazione più il margine di profitto dell’impresa assicuratrice), la norma richiamata prevede che il rimborso si calcoli, per il premio *puro*, «in funzione degli anni e della frazione di anno mancanti alla scadenza della copertura nonché del capitale assicurato residuo» (in modo da tener conto dell’andamento del rischio assicurato al cui variare, per effetto della esecuzione del piano di ammortamento del finanziamento, non può che variare anche l’entità della prestazione assicurativa) e per i *caricamenti*, «in proporzione agli anni e frazione di anno mancanti alla scadenza della copertura» (art. 49, comma 1, Reg. Isvap n. 35/2010; art. 39, comma 2, Reg. Ivass n. 41/2018).

Mentre questa normativa è l’unica ad operare per la riducibilità degli oneri assicurativi in ipotesi di estinzione anticipata di contratti di credito cui siano connesse polizze assicurative facoltative, nel caso di contratti di credito (come quelli con cessione del quinto dello stipendio) cui sono abbinate polizze obbligatorie entra in gioco, per l’eventualità dell’estinzione anticipata del finanziamento, l’art. 125 *sexies* t.u.b. che prevede la riducibilità di tutti i costi del credito, senza indicare il criterio di calcolo applicabile. Al riguardo il Collegio di coordinamento ABF nella nota pronuncia 6167/2014 – sulla base dell’accordo ABI – ANIA del 22 ottobre 2008 – ha considerato il criterio di competenza economica come l’unico applicabile in caso di violazione, da parte dell’intermediario finanziario, della normativa in tema di trasparenza, per la mancata e preliminare informazione negoziale ai sottoscrittori delle polizze sui criteri di rimborso del premio assicurativo<sup>53</sup> mentre, al

---

della pensione (CQS) e la (in)competenza dell’arbitro bancario finanziario (art. 128 –bis t.u.b.), in *Banca borsa tit. cred.*, n. 2/2019, 173 ss. Lo stesso A., in un altro contributo (*Contratti di finanziamento personale e polizze assicurative: l’estinzione anticipata del finanziamento (art. 125 sexies t.u.b.) mediante attivazione della copertura assicurativa*, in *Giur. comm.*, n. 5/2018, 801 ss.) esemplifica un’ipotesi di finanziamento all’atto della cui erogazione l’intermediario chiede al consumatore il pagamento anticipato degli oneri *recurring* (incluso il premio assicurativo) con la conseguenza che il cliente non riceve l’importo richiesto (lordo finanziato) ma una somma inferiore (netto erogato), corrispondente all’importo finanziato detratte le somme corrispondenti alle commissioni e agli oneri accessori (*up front* e *recurring*). Così, in ipotesi di importo finanziato di 1000,00 euro, all’atto dell’erogazione l’intermediario bancario trattiene l’importo corrispondente ai costi del finanziamento (*up front* e *recurring*) complessivamente pari a 200,00 euro e corrisponde al mutuatario il minore importo di 800,00 euro. Il cliente in sostanza paga in anticipo le commissioni per le attività future dell’intermediario ricevendo in prestito una somma che è già decurtata della cifra corrispondente ai costi commissionari. Questo pagamento – si dice – «non è indebito, ma meramente anticipato, trovando causa giustificativa nell’accordo e nell’autonomia che i contraenti hanno di fissare termini diversi per l’adempimento delle obbligazioni corrispettive che ne discendono». Tuttavia, in caso di estinzione anticipata del finanziamento, che impedisce lo svolgimento di prestazioni che il prezzo delle commissioni pagato anticipatamente avrebbe dovuto remunerare, questo stesso pagamento diventa senza causa, cioè indebito ed il consumatore «che non si veda restituire le somme versate, magari attraverso la “riduzione” compensativa corrispondente del debito residuo (art. 125 *sexies*, comma 1 t.u.b.), può richiederle in restituzione ai sensi dell’art. 2033 c.c. (e art. 125 *sexies*, comma 1, t.u.b.)».

<sup>52</sup> Sulla natura obbligatoria o facoltativa della polizza assicurativa cfr. Coll. Coord. ABF 12 settembre 2017 nn. 10617, 10620, 10621; 29 settembre 2018, decisioni n. 11869, 11870, 11871; 25 ottobre 2018, n. 13816; 25 gennaio 2018, n. 2397 e, di recente, tra le altre, ABF Napoli, 14 febbraio 2024, decisione n. 1936 e ABF 18 marzo 2024, decisione n. 3376 in [www.arbitrobancariofinanziario.it](http://www.arbitrobancariofinanziario.it).

<sup>53</sup> Vedi art. 22, comma 15 *quinqies* d.l. n. 179/2012 e, prima ancora, art. 49 Reg. Isvap, n. 35/2010.



di fuori di questo caso, ha considerato il *pro rata temporis* come criterio residuale<sup>54</sup>, operante tutte le volte che non si opti contrattualmente per un criterio diverso che, oltre ad essere indicato prima della stipula del contratto, deve comunque ponderare «il rimborso della quota parte del premio anche in funzione del capitale residuo assicurato».

Su questo punto, ci sembra condivisibile la diversa impostazione di attenta dottrina<sup>55</sup> per la quale il *pro rata temporis* non è sempre e comunque il criterio residuale da applicare in mancanza delle informazioni negoziali che occorre dare *ex ante* ai consumatori. Per questa tesi, infatti, bisogna distinguere l'ipotesi in cui manchi l'indicazione, in contratto, del criterio negoziale di rimborso, dalla circostanza che tale criterio sia stato individuato e comunicato all'assicurato, ma non distingua tra premio puro e caricamenti.

La mancata indicazione del criterio negoziale di rimborso può essere supplita dalla disposizione di legge che integra il contratto di assicurazione ex art. 1374 c.c. Si tratta del citato art. 22, comma 15 *quater* d.l. n. 179/2012, che individua distinti criteri di rimborso: per il premio puro, quello della proporzionalità ponderata in ragione del rapporto tra il capitale assicurato residuo e il capitale assicurato iniziale; e, per i caricamenti, quello del *pro rata temporis* per cui la loro restituzione è strettamente proporzionale alla durata residua del contratto.

Laddove, invece, sia stato indicato un criterio negoziale di rimborso che non distingue tra premio puro e caricamenti, si applicherà il criterio (residuale) del *pro rata temporis*.

Questa lettura, oltre a confermare l'inopportunità di un unico criterio di quantificazione dei costi assicurativi rimborsabili, è maggiormente in linea anche con la successiva giurisprudenza del Collegio di coordinamento ABF che in diverse decisioni del 2016 esclude che il debitore assicurato possa richiedere ed ottenere un rimborso secondo il criterio *pro rata temporis* rigidamente proporzionale (fatta eccezione per i caricamenti)<sup>56</sup>.

Analogo discorso può farsi per le voci di costo relative ad attività che si esauriscono nella fase preliminare di concessione del finanziamento, come le commissioni di istruttoria, o comunque ad attività che precedono la conclusione del contratto, come la provvigione o il compenso spettante all'agente finanziario o al mediatore creditizio (costi rappresentativi della «remunerazione dovuta – dal finanziatore – ai terzi che, a vario titolo, dispiegano il proprio intervento sul prodotto»<sup>57</sup> e che vengono trasferiti sul cliente).

Tutti questi oneri, considerati *up front*, vengono conteggiati dall'ABF adottando il criterio risultante dal contratto o, in mancanza, il metodo di riduzione progressiva usato per gli interessi corrispettivi (cd. curva degli interessi)<sup>58</sup>, piuttosto che quello proporzionale del *pro rata temporis* preferito dai consumatori e (dagli stessi) considerato più conveniente<sup>59</sup>.

Senonché il criterio di calcolo previsto in contratto, apparentemente rispettoso della proporzionalità, non ne esclude la sostanziale abusività, in considerazione dell'unilaterale predisposizione delle clausole da parte del finanziatore e della frequente scarsa chiarezza delle medesime, con la conseguenza che la sua applicazione, in maniera indifferenziata, potrebbe non rispondere all'obiettivo di effettiva tutela dei consumatori.

<sup>54</sup> Cfr., *ex multis*, ABF Torino, 8 novembre 2017, decisioni nn. 1461 e 1462, in *I contratti* n. 6/2018, 665 ss. con commento di Ragni, *I costi della cessione del quinto tra regole di trasparenza ed esigenze di mercato*.

<sup>55</sup> Vedi ancora A. TINA, *Il rimborso del premio assicurativo*, cit., 189.

<sup>56</sup> Cfr. Collegio Coord. ABF, decisioni 11 novembre 2016 nn. 10035, 10003 e 10007.

<sup>57</sup> Così U. MALVAGNA, *Nel focus del credito al consumo: gli oneri economici della «cessione del quinto»*, cit., 1537.

<sup>58</sup> Vedi, ad es., ABF Bologna decisione n. 3132 dell'11 marzo 2024, cit. che richiama Coll. Coord. ABF 26525/2019.

<sup>59</sup> In una delle più recenti pronunce ABF, ad esempio, la scelta di applicare ai costi *up front* il criterio contrattuale ha portato a riconoscere al consumatore a titolo di rimborso per estinzione anticipata del finanziamento la somma di euro 491,00 in luogo di quella richiesta dal consumatore, sulla base del criterio *pro rata temporis*, pari a euro 1053,75. (cfr. ABF Bologna decisione n. 3174 del 12 marzo 2024 in [www.arbitrobancariofinanziario.it](http://www.arbitrobancariofinanziario.it)).



Anche con riguardo a questi costi, allora, non basta che il criterio di calcolo per il loro rimborso sia indicato in contratto<sup>60</sup>. Occorre piuttosto verificare, caso per caso, la chiarezza delle clausole contrattuali sulla quantificazione dei costi rimborsabili con la possibilità, laddove tale chiarezza manchi, di considerare gli oneri *up front* come se fossero costi *recurring* ed applicare il criterio più vantaggioso per il consumatore, cioè quello del *pro rata temporis*.

Un approccio casistico è necessario *a fortiori*, poi, in ipotesi di costi commissionali previsti a favore di soggetti diversi (es. finanziatore e intermediario specializzato) per remunerare le stesse attività. Qui, sebbene l'ABF si orienti nel senso di ammettere la validità di queste voci «duplicate», riconoscendone la rimborsabilità, in caso di estinzione anticipata come costi *recurring* (applicando, cioè il criterio *pro rata temporis*), occorrerebbe piuttosto tener presente la mancata giustificazione di quei costi che non trovano contropartita in un'attività corrispondente e «verificare quali attività le commissioni obiettivamente remunerino per negarne la validità nel caso di reciproche sovrapposizioni»<sup>61</sup>.

4. – Anche l'art. 29 della direttiva 2023/2225/UE, come il precedente art. 16 della dir. 2008/48/CE, prevede che in caso di rimborso anticipato il creditore dovrebbe aver diritto ad un indennizzo equo e oggettivamente giustificato per i costi direttamente collegati all'estinzione anticipata del credito. Resta il problema della determinazione del calcolo di questo indennizzo che dovrebbe essere trasparente e comprensibile per i consumatori già nella fase precontrattuale e in ogni caso durante l'esecuzione del contratto di credito.

La questione dell'*an* e del *quantum* dell'indennizzo aveva già interessato la dottrina dopo l'attuazione della direttiva del 2008<sup>62</sup>, anche in considerazione delle scelte fatte dal nostro legislatore in sede di recepimento della normativa europea, prima fra tutte quella di non fornire indicazioni sull'automaticità o meno di uno strumento introdotto essenzialmente per compensare<sup>63</sup> il rischio, assunto dal mutuante, dell'eventuale mancata fruizione della corresponsione degli interessi fino alla scadenza naturale del prestito<sup>64</sup>.

Poiché la previsione della corresponsione dell'indennizzo serve a tutelare il finanziatore che ha perso la quota di interessi dovuta dal consumatore per la restante durata del contratto<sup>65</sup> il bilanciamento dei loro interessi confliggenti viene realizzato dal legislatore prescrivendo, per l'indennizzo, alcuni requisiti che incidono sia sull'*an* del suo riconoscimento (deve essere equo e oggettivamente giustificato) che sul *quantum* (deve

<sup>60</sup> Così facendo verrebbe assicurato un rispetto solo formale della trasparenza bancaria. Propende per un maggiore coinvolgimento dell'ABF nell'assicurare una tutela sostanziale ai clienti finanziati anche A. BARENGHI, *Note sulla trasparenza bancaria, venticinque anni dopo*, in *Banca borsa tit. cred.*, 2/2018, 175 ss.

<sup>61</sup> Vedi ancora U. MALVAGNA, *Nel focus del credito al consumo*, cit., 1559 cui appartengono le espressioni tra virgolette.

<sup>62</sup> Sul punto cfr. G. DE CRISTOFARO, *La nuova disciplina comunitaria del credito al consumo: ...*, cit., 296 s.

<sup>63</sup> Attribuiscono natura compensativa all'indennizzo, in particolare, E. VENTURI, *Sub art. 125 sexies* in F. CAPRIGLIONE (diretto da, *Commentario al testo unico delle leggi in materia bancaria e creditizia* tomo III, Padova, 2018, 2206 ss.; A. CIATTI, *La corresponsione anticipata delle somme dovute dal consumatore al creditore*, in *La nuova disciplina europea del credito al consumo, a cura di De Cristofaro*, Torino, 2009, 159; V. BONGIOVANNI, *L'estinzione unilaterale del contratto di credito ai consumatori*, in *Eur. dir. priv.*, 2/2014, 502; F. OLIVIERO, *L'anticipato adempimento dell'obbligazione restitutoria nel credito ai consumatori*, cit., 394 che a supporto dell'affermazione richiama gli artt. 10 lett. r) direttiva 2008/48/CE e l'art. 125 sexies, comma 5 t.u.b.; L. MODICA, *Il credito ai consumatori*, in P. BARTOLOMUCCI, A. MONTANARI, C. VERDE, E. BATTELLI, R. MARSEGLIA, L. FOLLIERI, A. VENTURELLI, L. MODICA, *I contratti bancari*, Torino, 2016, 308 s. e F. MEZZANOTTE, op. cit., 71.

<sup>64</sup> Sul carattere non automatico dell'indennizzo vedi M. MAUGERI e S. PAGLIANTINI, *Il credito ai consumatori. Quaderni di BBTC* n. 37/2013, 119.

<sup>65</sup> Cfr. V. BONGIOVANNI, *L'estinzione unilaterale*, cit., 504.



essere contenuto entro un tetto massimo<sup>66</sup> e parametrato alla vita residua del contratto), ferme restando alcune esclusioni tassativamente previste in cui l'attribuzione dell'indennizzo sarebbe indebita e determinerebbe un arricchimento ingiustificato per il finanziatore<sup>67</sup>.

Sull'equità e sull'oggettiva giustificazione dell'indennizzo non ci sono, però, pareri unanimi. Per la prevalente dottrina l'equità dell'indennizzo si concreta nella sua commisurazione all'importo totale del credito ed al tempo dell'anticipato rimborso rispetto al termine contrattuale di restituzione, mentre l'oggettiva giustificazione farebbe riferimento alla correlazione tra l'(entità dell')indennizzo e la perdita patrimoniale subita dall'intermediario con la conseguenza di escludere l'indennizzo nell'ipotesi in cui l'intermediario non dovesse sostenere alcun costo<sup>68</sup> o possa impiegare la somma anticipatamente restituita a tassi più vantaggiosi<sup>69</sup>. Altri autori, invece, ritengono sufficiente a giustificare la corresponsione dell'indennizzo il fatto che il consumatore abbia esercitato semplicemente il diritto al rimborso anticipato. Al riguardo, occorre evidenziare che sulla quantificazione dell'indennizzo è intervenuta, di recente, una sentenza della Corte di giustizia.

La pronuncia, sebbene sia relativa ad un caso di rimborso anticipato di crediti immobiliari, detta principi sull'indennizzo valevoli, a nostro avviso, anche in ipotesi di rimborso per estinzione anticipata di crediti mobiliari<sup>70</sup> a conferma dell'importanza di bilanciare gli interessi dei consumatori con quelli del ceto bancario.

<sup>66</sup> Sia normativa precedente (art. 16 dir. 2008/48/CE) che quella introdotta dalla direttiva 2023/2225 all'art. 29 prevedono un criterio di calcolo dell'indennizzo che non può superare l'1% dell'importo del credito oggetto del rimborso anticipato se il periodo che intercorre tra il rimborso anticipato e la data di scioglimento prevista dal contratto di credito è superiore ad un anno, ma la percentuale si dimezza in caso contrario.

<sup>67</sup> Si tratta dell'ipotesi in cui il rimborso è stato effettuato in esecuzione di un contratto assicurativo destinato a garantire il rimborso stesso; del caso in cui il credito è concesso sotto forma di concessione di scoperto; della circostanza in cui il rimborso ha luogo in un periodo per il quale il tasso debitore non è fisso. A queste ipotesi il nostro legislatore, giovandosi della facoltà conferitagli dall'art. 16, comma 4, lett. a) della direttiva ha stabilito che la pretesa all'indennizzo non sorge quando «l'importo rimborsato anticipatamente corrisponde all'intero debito residuo ed è pari o inferiore a 10.000 euro» perché in tal caso l'indennizzo sarebbe iniquo e oggettivamente ingiustificato ricevendo il finanziatore, a titolo di indennizzo, l'intero ammontare del credito e per di più di importo limitato. Si ritiene, in dottrina, che i suddetti requisiti debbano verificarsi cumulativamente. Cfr., per tutti, F. OLIVIERO, op. cit., 401 s.

<sup>68</sup> Così F. OLIVIERO, op. cit., 395; E. VENTURI, op. cit., 1923; M. MAUGERI e S. PAGLIANTINI, op. cit., 119, per i quali «non è un caso se il testo di legge discorre di costi, in conseguenza del rimborso, che sono *eventuali* e se, per quanto questa variabile non sia stata poi trasposta a livello nazionale, il 39 considerando della direttiva 2008/48/CE si figura l'eventualità di un rimborso anticipato causa di «eventuali risparmi» per il finanziatore.

<sup>69</sup> Difatti, nella misura in cui la somma rimborsata può venire reinvestita, difetta il presupposto perché possa configurarsi una perdita. Così ancora M. MAUGERI e S. PAGLIANTINI, op. cit., *ibidem*

<sup>70</sup> Si tratta, nello specifico, di CGUE, 14 marzo 2024, n. 536, *MW e CY c. V.B.*, consultabile in [www.curia.europa.eu](http://www.curia.europa.eu). Il caso aveva ad oggetto un contratto di mutuo immobiliare a tasso fisso (fino al 30 gennaio 2029) rispetto al quale erano previste delle clausole relative al rimborso anticipato ed all'indennizzo del finanziatore per l'estinzione anticipata del mutuo. La clausola relativa all'indennizzo prevedeva che per calcolare il danno economico subito dal creditore a causa del rimborso anticipato fosse applicabile il metodo di calcolo dell'«attivo- passivo» (ritenuto ammissibile dalla Corte federale di giustizia tedesca) in virtù del quale si prendeva in considerazione il rendimento fittizio che il creditore potrebbe aspettarsi di ottenere se reinvestisse i fondi liberati dal rimborso anticipato in obbligazioni ipotecarie con scadenza identica a quella del prestito. Verificatasi l'estinzione anticipata del mutuo, l'istituto di credito (V.B.) chiedeva agli obbligati un indennizzo di 27.614,27 euro, indennizzo che i debitori versavano, per poi chiederne la restituzione alla V.B. ritenendolo indebito. Di fronte al rifiuto dell'istituto di credito di procedere alla restituzione, gli obbligati si rivolgevano al Tribunale tedesco che si interroga sulla compatibilità della normativa nazionale (l'art. 502 BGB) con l'art. 25, par. 3, della direttiva 2014/17/UE. In particolare, il giudice del rinvio si chiede se l'indennizzo del creditore per i costi connessi al rimborso anticipato del credito comprenda anche il mancato guadagno del creditore e, in caso affermativo, quali siano i criteri di calcolo di tale mancato guadagno. Da qui la formulazione di tre quesiti alla Corte di Giustizia. Il primo riguarda la nozione di indennizzo equo ed obiettivo per gli eventuali costi direttamente connessi al rimborso anticipato e la richiesta se tale nozione comprenda anche il mancato guadagno del creditore, in particolare, i futuri pagamenti a titolo di interessi di cui il creditore medesimo è privato in ragione del rimborso anticipato. In caso di risposta affermativa la richiesta se la direttiva 2014/17/UE contenga prescrizioni per il calcolo del mancato guadagno del creditore per quanto riguarda la presa in considerazione dei redditi derivanti dal reinvestimento di



L'articolata disciplina sull'indennizzo, infatti, mira a compensare le eventuali perdite economiche dei finanziatori che, altrimenti, non sarebbero disposti ad erogare i finanziamenti, con pregiudizio del mercato del credito il cui sviluppo costituisce l'obiettivo fondamentale di tutte le normative sul credito ai consumatori, sia mobiliare che immobiliare.

I punti della decisione più utili al nostro discorso sono i nn. 34 ss. da cui emergono le seguenti indicazioni: ai fini dell'equità ed oggettività dell'indennizzo occorre tener conto del mancato guadagno subito dal creditore direttamente a causa del rimborso anticipato e, segnatamente, della perdita degli interessi contrattuali che dovevano ancora maturare sul mutuo. I limiti fissati dalla normativa europea per l'indennizzo sono rappresentati essenzialmente dal fatto che lo stesso, per un verso, non deve rappresentare una «sanzione penale» per il consumatore e, per altro verso, deve corrispondere alla «perdita economica sofferta dal creditore».

Fermi restando questi limiti di ammissibilità (uniti alle percentuali che, nella direttiva del 2008/48/CE, definiscono quantitativamente il tetto massimo dell'indennizzo in ragione della vita residua del contratto) non pare sussistano altre limitazioni dettate dal legislatore europeo.

A conferma di ciò i giudici europei aggiungono due considerazioni. *In primis* ritengono che una limitazione temporale dell'indennizzo (non comprensiva, cioè della perdita economica degli interessi non maturati causa l'estinzione anticipata del contratto di credito) «sarebbe priva di senso se il calcolo dell'indennizzo potesse prendere in considerazione unicamente i costi amministrativi supplementari sostenuti dal creditore a causa del rimborso anticipato, dato che tali costi amministrativi maturano una sola volta e non si protraggono nel tempo» (punto 39). Secondariamente, si mette ad esponente che il riferimento testuale, contenuto nella normativa europea, agli «eventuali» costi «dimostra che il legislatore dell'Unione non ha limitato l'autorizzazione concessa agli Stati membri ad istituire un regime di indennizzo ai soli costi di gestione amministrativa del rimborso anticipato effettivamente sostenuti dal creditore, ma che tale regime può anche coprire il mancato guadagno la cui entità non è ancora stabilita al momento del rimborso anticipato del credito» (punto 40).

Peraltro, entrambe le direttive europee, nel disciplinare gli obblighi informativi a carico del creditore, prevedono anche l'obbligo di quest'ultimo di fornire ai consumatori le informazioni necessarie per valutare l'opzione del rimborso anticipato del prestito e da tali informazioni che sono completate con le istruzioni

---

un credito ai consumatori relativo a un bene immobile rimborsato anticipatamente e, in caso affermativo, se la normativa nazionale avesse potuto consentire al creditore di calcolare l'indennizzo sulla base del metodo detto «attivo-passivo» e se l'art. 25 della direttiva 2014/17/UE consentisse l'indennizzo anche nell'ipotesi in cui il consumatore avesse adempiuto anticipatamente ai suoi obblighi dopo aver effettuato il recesso dal contratto di credito. Le questioni pregiudiziali sono state risolte dalla Corte di Giustizia procedendo dall'ultima. Al riguardo la Corte ritiene che l'art. 25 della direttiva citata, contenente la previsione dell'indennizzo, vada interpretato nel senso di essere applicabile «anche quando il consumatore adempie anticipatamente ai suoi obblighi dopo aver risolto il suo contratto di credito ai consumatori relativo a un bene immobile residenziale alle condizioni stabilite dalla normativa nazionale»; che il paragrafo 3 della medesima disposizione vada interpretato nel senso dell'ammissibilità di una normativa nazionale che, «ai fini dell'indennizzo del creditore in caso di rimborso anticipato di un credito ai consumatori relativo a un bene immobile residenziale, tiene conto del mancato guadagno subito dal creditore direttamente a causa di tale rimborso anticipato, e in particolare della perdita economica sofferta da tale creditore, eventualmente connessa agli interessi contrattuali residui che non saranno più percepiti, a condizione che si tratti di un indennizzo equo e obiettivo, che non sia imposta alcuna penale al consumatore e che l'indennizzo non superi tale perdita economica» e, infine che «in caso di rimborso anticipato di un credito ai consumatori relativo a un bene immobile residenziale, gli Stati membri devono provvedere affinché il calcolo, da parte del creditore, del mancato guadagno in ragione del rendimento forfettario della somma rimborsata anticipatamente comporti che l'indennizzo sia equo e obiettivo, che tale indennizzo non superi la perdita economica sofferta dal creditore e che non sia imposta alcuna penale al consumatore. La direttiva 2014/17 non richiede che tale calcolo tenga conto del modo in cui il creditore utilizza effettivamente l'importo rimborsato anticipatamente».



presenti negli allegati alle direttive (vedi in particolare l'allegato II, parte B, sez. 9, direttiva 2014/17/UE) emerge che «l'importo dell'indennizzo può dipendere da diversi fattori, tra i quali "l'importo già rimborsato o il tasso di interesse vigente al momento dell'estinzione anticipata"» (punto 44).

Tutti elementi questi da cui i giudici europei ricavano che la nozione di "indennizzo" può coprire costi diversi dai costi amministrativi supplementari sostenuti dal creditore a causa del rimborso anticipato. Ma l'argomento dirimente in ordine ai costi che l'indennizzo può coprire anche con riferimento al credito mobiliare è dato dal richiamo all'art. 16, par. 4, lett. b) della direttiva 2008/48/CE che fissa le condizioni alle quali gli Stati membri possono autorizzare il superamento del massimale di indennizzo previsto all'art. 16, par. 2, della direttiva medesima, disponendo che «tali Stati possono prevedere il diritto, per il creditore, di pretendere eccezionalmente un indennizzo superiore a tale massimale se è in grado di dimostrare che la perdita subita a causa del rimborso anticipato supera l'importo determinato ai sensi di quest'ultima disposizione»<sup>71</sup>.

Ciò dimostra – secondo la Corte di giustizia che richiama sul punto anche le osservazioni espresse dall'avvocato generale ai paragrafi 54 e 55 delle sue conclusioni – «che gli interessi che cessano di essere percepiti a partire dal rimborso anticipato possono essere indennizzabili e che il legislatore dell'Unione ha ritenuto che la perdita economica sofferta dal creditore corrispondente agli interessi possa far parte degli eventuali costi che questi deve sostenere a causa di tale rimborso» (punto 45).

Né ad inficiare tale ragionamento può utilizzarsi l'argomento del modo in cui il creditore, a seguito dell'estinzione anticipata del mutuo, avrebbe potuto utilizzare l'importo versato, ad esempio reinvestendolo (circostanza che porta la dottrina ad escludere automaticamente che il finanziatore abbia potuto subire una perdita<sup>72</sup>), perché il riferimento contenuto all'art. 25, par. 3, direttiva 2014/17/UE agli "eventuali" costi sostenuti dal creditore (riferimento che figura anche nel par. 2 dell'art. 16, oltre che nel 39° considerando della direttiva 2008/48/CE, sebbene il legislatore italiano non lo abbia trasposto) «dimostra che il calcolo di questi ultimi non deve necessariamente basarsi sull'utilizzo effettivo dell'importo rimborsato anticipatamente e che il metodo di calcolo può prendere in considerazione anche il mancato guadagno del creditore, la cui entità non è ancora stabilita al momento del rimborso anticipato del credito» (punto 52).

In quest'ottica la Corte si rifà ai rilievi dell'avvocato generale (vedi punti da 60 a 62 delle conclusioni) per il quale se vengono rispettati i limiti di ammissibilità dell'indennizzo e quelli quantitativi, il fatto di calcolare l'indennizzo secondo un metodo contenente un elemento ipotetico (qual è appunto il mancato guadagno) non è contrario alla direttiva 2014/17/UE.

---

<sup>71</sup> Si evidenzia che il legislatore italiano, nel trasporre la direttiva del 2008, non si è avvalso della facoltà concessa dall'art. 16, par. 4, lett. b) della direttiva 2008 in forza del quale «il creditore può eccezionalmente pretendere un indennizzo maggiore se è in grado di dimostrare che la perdita subita a causa del rimborso anticipato supera l'importo determinato» ed al contempo il debitore può esigere una riduzione ove «l'indennizzo richiesto dal creditore super(i) la perdita da questi effettivamente subita». Di fatto, per il consumatore, il problema può essere agevolmente superato in quanto la disciplina consumeristica gli permette di far valere in giudizio la vessatorietà della clausola che preveda un indennizzo ingiustificato a favore del creditore, mentre non si dà analoga possibilità al finanziatore di dimostrare la maggiore perdita subita rispetto all'indennizzo ricevuto. La facoltà prevista dall'art. 16, par. 4 dir. 2008 è presente anche nella nuova direttiva del 2023, all'art. 29, par. 4, lett. b) e, pertanto, occorrerà capire se il legislatore dell'attuazione deciderà o meno di avvalersene.

Nella giurisprudenza arbitrale si prevede che la commissione di estinzione anticipata rispettosa dei limiti di legge sia dovuta al creditore a meno che il finanziato non allegi e dimostri che, nella singola fattispecie, l'indennizzo preteso sia privo di oggettiva giustificazione. Così A.B.F. Coll. Coord. 31.3.2020, n. 5909, in *NGCC*, 5/2020, 1034 ss., con nota di Gusso, *Commissione di estinzione anticipata nel credito al consumo e onere probatorio*.

<sup>72</sup> Vedi autori citati alla nota 64. Ovviamente il fatto che il creditore abbia reinvestito il denaro anticipatamente rimborsatogli implica un controllo del giudice sull'equità dell'indennizzo e, pertanto il giudice dovrà verificare se per effetto del reinvestimento l'indennizzo ricevuto dal creditore rimanga equo ed obiettivo ovvero non imponga una penale al consumatore e non superi la perdita economica sofferta dal creditore.



La nuova direttiva del 2023 sul credito mobiliare ai consumatori ribadendo il diritto del creditore ad un indennizzo *equo ed oggettivamente giustificato* per “eventuali” costi direttamente collegati al rimborso anticipato, sembrerebbe non escludere dal computo anche l’eventuale mancato guadagno del creditore.

5. – A questo punto è possibile svolgere qualche considerazione conclusiva tenendo presente l’esigenza avvertita, anche dalla nostra più recente giurisprudenza di legittimità, di rendere effettivo il diritto europeo garantendo “ad ogni costo” un’elevata protezione dei consumatori in materia di credito al consumo.

Occorre chiedersi, cioè, se l’interpretazione *Lexitor*, per quanto retroattiva, possa essere richiamata anche con riferimento a norme europee anteriori all’art. 16, così come ha fatto Cass. n. 25997/2023.

Il riferimento è essenzialmente all’art. 8 della direttiva 87/102/CEE, trasposto nel nostro ordinamento con l’art. 125 t.u.b., applicabile fino al 2010, anno in cui è stata trasposta la direttiva del 2008, il cui art. 16 è stato recepito nell’art. 125 *sexies*, t.u.b. Il problema riguardava (nella sentenza da ultimo citata) l’applicazione ad un caso di estinzione anticipata di un credito mobiliare acceso nel 2007, della disciplina di recepimento della direttiva 87/102/CEE, e quindi l’art. 125 t.u.b. che riconosceva al consumatore, in caso di estinzione anticipata del finanziamento, il diritto ad una “equa riduzione del costo complessivo del credito”, ma rimetteva alla legislazione degli Stati membri il compito di determinare puntualmente contenuti e modalità di esercizio del diritto ed i parametri di quantificazione della somma di denaro che ne costituisce oggetto.

L’inerzia del nostro legislatore sul punto aveva indotto il giudice di prime cure ad escludere la stessa applicazione dell’art. 125 t.u.b. in quanto «la norma rinviava al CICR le modalità con le quali il consumatore, estinto anticipatamente il mutuo, avesse diritto alla riduzione del costo complessivo del credito» e, pertanto, «il tribunale, in assenza di una norma attuativa che specificasse le modalità di esercizio del diritto, non poteva procedere ad alcuna riduzione» dei costi consistenti in commissioni finanziarie e assicurative. Il che portava ad una soluzione penalizzante il consumatore e contraria, prima ancora che al diritto, al buon senso.

La Suprema Corte risolve il problema ritenendo applicabile al caso di specie i principi *Lexitor*<sup>73</sup> (recepiti anche dalla Consulta nella sentenza 263/2022) che, per l’occasione, vengono dotati di una *ultra-retroattività*, visto che la pronuncia europea fornisce l’interpretazione autentica dell’art. 16 CCD e, per traslato, dell’art. 125 *sexies* t.u.b., cioè di norme non applicabili, *ratione temporis*, al caso da decidere.

Probabilmente i giudici di legittimità sarebbero potuti giungere ad un risultato compatibile con i principi *Lexitor procedendo per regole e non per principi*, ovvero attingendo dallo strumentario normativo esistente<sup>74</sup> e, segnatamente, proprio dal vecchio art. 125 t.u.b., allora in vigore.

<sup>73</sup> Ciò sulla base del fatto che la direttiva dell’87 richiamava l’equa riduzione del costo complessivo del credito e che tale costo in base alla successiva direttiva 90/88/CE era composto da “tutti i costi del credito, compresi gli interessi e le altre spese che il consumatore deve pagare per il finanziamento”. Quanto bastava, insomma, per far rientrare nei costi rimborsabili tanto gli oneri *recurring* che quelli *up front*.

<sup>74</sup> Lo rileva molto bene S. PAGLIANTINI, *La Cassazione e Lexitor: una sentenza abusata?*, in *Foro it.*, I, 10/2023, 2809, laddove, nel criticare il percorso argomentativo seguito dalla S.C. sulla vessatorietà della clausola escludente il diritto al rimborso del consumatore, afferma: «Ora, delle due l’una: o il diritto, in caso di rimborso anticipato, non era assistito, com’è invece nel contesto odierno, da una norma imperativa (art. 127, comma 1), ed allora il richiamo all’art. 33, comma 1, cod. consumo ha un suo costrutto, oppure, se già prima del 2010 la facoltà del consumatore poteva fregiarsi di una siffatta imperatività, il rinvio alla stampella di un significativo squilibrio, di marchiana evidenza se il finanziatore può incamerare delle somme rapportate all’intera durata del contratto nonostante che l’obbligazione restitutoria sia stata adempiuta entro un termine anteriore, è del tutto esornativo. Una norma imperativa, escludente la possibilità di un patto contrario, notoriamente fa da sé. Ebbene, che l’an e/o il *quantum* della riduzione fosse demandabile all’autonomia contrattuale era testualmente escluso dal secondo comma dell’art. 125, norma la cui autosufficiente inderogabilità era pacifica in dottrina».



# JUS CIVILE

La norma, infatti, *imperativamente* sanciva il diritto del cliente (intendendo per tale ovviamente anche il consumatore) ad un *equo* compenso per l'ipotesi di adempimento anticipato del mutuo, prescrizione che, in assenza dei criteri individuati dal CICR e di un accordo delle parti sulla quantificazione del rimborso per estinzione anticipata del credito, poteva essere integrata dal giudice ex art. 1374 c.c.

Tanto basta per auspicare che il recepimento della direttiva 2023/2225/UE rappresenti utile occasione, per il nostro legislatore, di mettere definitivamente ordine in una materia che, ancora oggi, si presta a fraintendimenti e si presenta normativamente opaca.



CARLOTTA DE MENECH

Ricercatrice di Diritto privato – Università degli Studi di Pavia

## MERCATO DIGITALE E DANNO DA PRODOTTI\*

SOMMARIO: 1. La responsabilità del produttore nel quadro del mercato digitale. – 2. L'area di irresponsabilità delineata dal DSA e gli online marketplace provider che ne restano esclusi. – 3. La responsabilità oggettiva e diretta degli online marketplace c.d. ibridi. – 4. La responsabilità oggettiva e sussidiaria degli online marketplace c.d. puri. – 5. Modelli di imputazione alternativi. – 6. De iure condendo: non trasferibilità della teoria della responsabilità oggettiva d'impresa al contesto del mercato digitale. – 7. (Segue e conclude) Il modello di imputazione preferibile.

1. – Del rinnovato interesse che suscita il tema della responsabilità del produttore costituisce prova la recente proposta di revisione della dir. 85/374/CEE (d'ora in poi, anche soltanto proposta dir.)<sup>1</sup>. Un tale interesse è stato stimolato, tra l'altro, dall'opportunità di adeguare l'attuale quadro normativo alla moderna economia digitale<sup>2</sup>, nel cui contesto vengono a delinearci nuove forme di offensività e nuovi centri di imputazione: tra le prime sono da ascrivere, in particolare, i *software* e le applicazioni dell'intelligenza artificiale; tra i secondi, specialmente, gli attori della c.d. *platform economy*. Questa espressione designa un nuovo modello di organizzazione del mercato, nel quale siti telematici mettono in contatto gli agenti economici allo scopo di facilitare lo scambio di beni (o servizi). A differenza degli operatori tradizionali, i fornitori di mercati elettronici non contribuiscono fattivamente alla circolazione del prodotto, ma forniscono un'infrastruttura tecnologica che agevola l'incontro tra domanda e offerta. Le piattaforme digitali non rappresentano, dunque, un ulteriore nodo della catena negoziale che ha per oggetto il prodotto, bensì, più propriamente, una nuova modalità di collegamento tra i nodi esistenti.

---

\* Il presente contributo è destinato alla pubblicazione all'interno degli Atti del Convegno annuale dell'Unione dei privatisti organizzato per iniziativa del Prof. Antonio Albanese nell'Università Cattolica del Sacro Cuore il 17 e 18 novembre 2024 su "Il diritto privato nell'economia digitale".

<sup>1</sup> Ci si riferisce alla Proposta di Direttiva sulla responsabilità per danno da prodotti difettosi adottata dalla Commissione europea il 28 settembre 2022. Per un commento di sintesi, v. E. BELLISARIO, *Il pacchetto europeo sulla responsabilità per danni da prodotti e da intelligenza artificiale. Prime riflessioni sulle Proposte della Commissione*, in *Danno e resp.*, 2023, 153 ss.

<sup>2</sup> Nella Relazione che precede il testo della Proposta, la Commissione evidenzia la necessità di rimediare alle seguenti carenze della dir. 85/374/CEE: i) inadeguatezza delle definizioni e dei concetti «a prodotti della moderna economia digitale e dell'economia circolare (ad es. *software* e prodotti che necessitano di *software* o servizi digitali per funzionare, quali dispositivi intelligenti e veicoli autonomi)»; ii) gravosità dell'«onere della prova (ossia la necessità di provare, per ottenere il risarcimento, che il prodotto era difettoso e che questo ha provocato il danno subito) [...] per le persone danneggiate nei casi complessi (ad es. quelli concernenti prodotti farmaceutici o prodotti intelligenti o basati sull'IA)»; iii) eccessiva limitazione della «possibilità di presentare domande di risarcimento (ad es. i danni patrimoniali di valore inferiore a 500 EUR non sono recuperabili a norma della direttiva sulla responsabilità per danno da prodotti difettosi)» (cfr. par. 1.1. Rel.).



A questa innovazione organizzativa si accompagnano, com'è normale, risvolti positivi e negativi<sup>3</sup>. Così, da un canto, lo sviluppo della *platform economy* riduce i costi transattivi, intensifica gli scambi e genera effetti di rete<sup>4</sup>; con significativi vantaggi sia per i consumatori, i quali possono accedere ad una gamma più ampia di prodotti (o servizi) a prezzi più contenuti, sia per gli operatori professionali, che vengono a giovare di canali di vendita più pervasivi e, quindi, di un incremento nel volume degli affari.

D'altro canto, la crescita del commercio *online* comporta la crisi e, frequentemente, la scomparsa dei negozi fisici<sup>5</sup>, nonché – e, in parte, per conseguenza – la collocazione sul mercato di un numero elevato di prodotti potenzialmente dannosi. Uno studio condotto dal *Bureau Européen des Unions de Consommateurs* ha dimostrato che i prodotti messi in vendita sugli *online marketplace* sono generalmente meno sicuri di quelli offerti ai consumatori attraverso le catene distributive tradizionali<sup>6</sup>. Tale scenario trova una spiegazione plausibile nel fatto che il mercato delle piattaforme digitali ridisegna la *supply chain*, recidendone i nodi intermediari e, così, eliminando un potenziale filtro all'immissione di oggetti pericolosi sul mercato.

Oltre a favorire la disseminazione di prodotti insicuri o difettosi, la *platform economy* rende arduo rintracciare i punti soggettivi di innesto della responsabilità per i danni che ne derivino: l'utente non conosce il rivenditore; quest'ultimo (come pure il produttore) sono sovente dislocati in Paesi lontani; non di rado, l'identità con cui il fornitore compare *online* si rivela falsa.

Da questo quadro, e dai vuoti di tutela che possono scaturirne, è emerso un problema giuridico nuovo: se, cioè, con riguardo al danno cagionato da prodotti acquistati sul *web*, sia plausibile in base al diritto positivo e opportuna sul piano di politica del diritto una responsabilità che metta in gioco anche il fornitore di *digital marketplace*; ed in caso affermativo, quale sia la forma giuridica che tale responsabilità dovrebbe avere. Riguardata in termini più analitici, la questione si frange in due: da un lato, è da chiedersi se e in qual misura il fornitore di mercati *online* benefici delle «regole di irresponsabilità» che il *Digital Services Act* (d'ora in avanti, DSA)<sup>7</sup> stabilisce a favore di alcuni prestatori di servizi digitali in ordine alle attività lesive della sfera giuridica altrui che vengano realizzate da terzi servendosi dei loro canali<sup>8</sup>; dall'altro lato, e addentrandosi

---

<sup>3</sup> Sull'ambivalenza degli effetti legati all'innovazione in genere, si vedano le considerazioni svolte da A. QUARTA e G. SMORTO, *Diritto privato dei mercati digitali*, Milano, 2020, 28 s.

<sup>4</sup> Come spiega l'AGMC nella decisione del 9 dicembre 2021 n. 29924 (A528 – FBA Amazon), «[n]ella teoria economica, una piattaforma a due versanti di caratterizza per la presenza di effetti di rete (*network effects*): la sua utilità per gli utenti aumenta al crescere del numero di soggetti che la utilizzano. Un marketplace presenta principalmente effetti di rete indiretti (al crescere del numero di consumatori, aumenta la convenienza della piattaforma per i venditori e viceversa), ma anche diretti (un maggior numero di recensioni dei consumatori beneficia gli altri utenti, così come un maggior numero di venditori accresce l'interesse e l'utilizzo della piattaforma da parte dei consumatori e ne aumenta il valore per gli altri venditori)».

<sup>5</sup> Per descrivere l'ampia portata del fenomeno – che ha avuto inizio intorno al 2010 e ha subito un ulteriore incremento a seguito della diffusione del covid-19 – negli Stati Uniti è stata coniata l'espressione «*retail apocalypse*».

<sup>6</sup> Nello specifico, tale ricerca si è svolta su un campione di 250 prodotti comunemente rischiosi per gli utilizzatori (quali, ad es., strumenti elettronici, giocattoli e cosmetici) e distribuiti su sei delle principali piattaforme di commercio online (tra cui, per es., Amazon, eBay e AliExpress); riscontrando in due terzi dei prodotti testati profili di non conformità rispetto alle prescrizioni UE in materia di sicurezza. Maggiori dettagli sono reperibili all'interno del documento “*Product Liability 2.0 How to make EU rules fit for consumers in the digital age*” al seguente indirizzo: <[beuc.eu/publications/two-thirds-250-products-bought-online-marketplaces-fail-safety-tests-consumer-groups/html](https://beuc.eu/publications/two-thirds-250-products-bought-online-marketplaces-fail-safety-tests-consumer-groups/html)>.

<sup>7</sup> Di cui al reg. 2022/2065/UE.

<sup>8</sup> L'espressione tra virgolette veniva impiegata da C. CASTRONOVO, *Responsabilità civile*, Milano, 2018, 289, per descrivere l'analoga disciplina contenuta negli artt. 14, 15 e 16 d.lgs. 9 aprile 2003, n. 70, che ha dato attuazione alla dir. 8 giugno 2000, n. 31 (c.d. *e-commerce*): tali previsioni normative – spiegava l'a. – «invece di individuare [...] una fattispecie di responsabilità, descriv[ono] come aliene da responsabilità determinate fattispecie, per poi enucleare una serie di fatti impeditivi della non responsabilità, soltanto al verificarsi dei quali sorge la responsabilità».



nello spazio che resti aperto al dispiegarsi della responsabilità della piattaforma per danno da prodotti, occorre fare luce sulle fattispecie sostanziali e, in particolare, sui criteri di imputazione che potrebbero candidarsi a fondarla.

2. – Cominciamo dal versante della irresponsabilità. Il DSA (come già la dir. 2000/31/CE c.d. *e-commerce*) modella quest'area sulla scorta del criterio dell'essenziale neutralità ed estraneità del servizio telematico rispetto al contenuto veicolato, includendo, perciò, al suo interno il servizio di *hosting* (ossia, di memorizzazione con carattere di stabilità) che è comunemente sotteso alla fornitura di mercati elettronici (v. art. 6, par. 1, prima parte, DSA<sup>9</sup>). Lo spazio d'irresponsabilità riservato agli *hosting provider* viene, tuttavia, circoscritto dal DSA, prevedendo alcune eccezioni che comportano il ripristino della regola di responsabilità.

Una prima eccezione (già presente nella direttiva *e-commerce*) si configura in seno a tale spazio allorché l'*hosting provider* si renda partecipe della vicenda lesiva, omettendo di eliminare dal proprio sito i contenuti illeciti di cui sia venuto effettivamente a conoscenza (v. art. 6, par. 1, seconda parte, DSA<sup>10</sup>). Una fattispecie omissiva propria che potrebbe configurarsi, ad esempio, qualora il prestatore di un mercato digitale apprenda che un prodotto non conforme agli standard di sicurezza UE viene offerto e distribuito tramite la sua piattaforma e non si adoperi tempestivamente per rimuoverlo.

Altre eccezioni vengono, invece, ritagliate ai margini dell'area d'irresponsabilità, enucleando tre situazioni che privano l'*hosting provider* del carattere di neutralità, vale a dire: l'espletamento da parte sua di un ruolo attivo, tale da consentirgli la conoscenza o il controllo delle informazioni ospitate (v. cons. 18 DSA<sup>11</sup>); il suo collocamento in una posizione di autorità o di controllo nei riguardi del destinatario del servizio (v. art. 6, par. 2, DSA); e infine, con specifico riguardo ai fornitori di *online marketplace*, la circostanza che questi ultimi presentino «in modo tale da indurre un consumatore medio a ritenere che le informazioni, o il prodotto o il servizio oggetto dell'operazione, siano forniti dalla piattaforma stessa o da un destinatario del servizio che agisce sotto la sua autorità o il suo controllo» (così l'art. 6, par. 3, DSA). In questa maniera, il legislatore sovranazionale restringe lo spazio d'immunità, collocando all'infuori di essa tre fattispecie che restano conseguentemente assoggettate alla disciplina generale.

Il diritto giurisprudenziale (*in primis*, quello che origina dalla Corte di Giustizia) dovrà farsi carico di elucidare il profilo esterno dell'area d'irresponsabilità. Per parte nostra, ci limitiamo ad evidenziare alcuni aspetti poco nitidi.

<sup>9</sup> E analogamente, in precedenza, art. 14, par. 1, prima parte, dir. *e-commerce*.

L'inquadramento degli *online marketplace* nella categoria degli *hosting service provider* era stato suggerito dalla Corte giust. 12/7/2011, C-324/09 (*L'Oréal v eBay*); ed è ora espressamente previsto dal DSA (v. cons. 13). Precisamente, il DSA non discorre di *online marketplace*, bensì di «piattaforma *online* che consente ai consumatori di concludere contratti a distanza con operatori commerciali»: che la seconda locuzione vada intesa come sinonimo della prima risulta chiaro guardando alle diverse versioni della proposta di regolamento adottate dalle istituzioni europee, in cui si registra un'alternanza tra le due espressioni.

<sup>10</sup> E similmente, in precedenza art. 14, par. 1, seconda parte, dir. *e-commerce*.

<sup>11</sup> Diversamente, la dir. *e-commerce* non contemplava espressamente la distinzione tra *hosting provider* attivo e passivo. Peraltro, nel silenzio del legislatore, il medesimo distinguo era stato tracciato dalla giurisprudenza europea (sulla scorta del cons. 42 della dir. 2000/31, da cui si evince che le regole di irresponsabilità riguardano «esclusivamente i casi in cui l'attività di prestatore di servizi della società dell'informazione sia di ordine “meramente tecnico, automatico e passivo”, con la conseguenza che detto prestatore non conosce né controlla le informazioni trasmesse o memorizzate»: v. Corte giust. 23/3/2010, da C-236/08 a C-238/08; Corte giust. 12/7/2011, C-324/09, cit.; Corte giust. 7/8/2018, C-521/17; Corte giust. 22/6/2021, C-682/18 e C-683/18), così lasciando sottoposto al regime ordinario della responsabilità ogni operatore digitale che pone in essere condotte attive.



Non è chiaro, anzitutto, se la conoscibilità delle informazioni ospitate – idonea, secondo il regolamento, a conferire qualità attiva al prestatore di servizi digitali – abbia quale soggetto di riferimento l'uomo oppure la macchina<sup>12</sup>. Ove si propendesse per questa seconda, bisognerebbe riconoscere che la più gran parte degli *hosting provider* svolge un ruolo attivo, dato che l'allestimento delle piattaforme *online* viene tipicamente affidato ad algoritmi che analizzano, elaborano ed organizzano i contenuti forniti da terzi. Inoltre, il DSA non contiene alcuna esemplificazione delle attività che, se svolte dal gestore del sito, potrebbero procurargli la conoscenza o il controllo delle informazioni ospitate, così da renderlo un *provider* attivo. In attesa che qualche chiarimento emerga dal diritto applicato, un'indicazione senz'altro utile (seppur al negativo) può esser tratta dai lavori preparatori del regolamento, in cui si afferma che le attività di mera classificazione, sistemazione o raccomandazione dei contenuti ospitati non implicano necessariamente la possibilità di esercitare un controllo sui medesimi<sup>13</sup>.

Con riguardo alla seconda fattispecie, il DSA suggerisce che la posizione di autorità o controllo assunta da un *online marketplace* nei confronti di un operatore commerciale potrebbe desumersi, ad esempio, dall'ingerenza del primo nella fissazione dei prezzi praticati dal secondo<sup>14</sup>. È questo, tuttavia, un semplice spunto che risulta formulato al condizionale e, comunque, non esaurisce il catalogo degli elementi da prendere in considerazione onde appurare se l'utente versi in uno stato di dipendenza rispetto al *provider*.

Da ultimo, non sembrano perfettamente lineari i contorni della figura dell'operatore commerciale apparente dietro cui può, talvolta, celarsi il gestore di un *online marketplace*. Se osservata alla luce dell'elaborazione teorica italiana, questa ipotesi di apparenza presenta alcune singolarità che meriterebbero l'attenzione dell'interprete. In primo luogo, vi è da notare che l'art. 6, par. 3, DSA contempla una fattispecie di *apparenza non iuris, ma facti*, giacché la situazione erroneamente manifestata all'esterno (*id est*, la veste di operatore commerciale assunta dalla piattaforma) non ha carattere giuridico, bensì empirico. In secondo luogo, vi è da segnalare che la disposizione in esame non attribuisce alcun rilievo alla buona fede soggettiva, ovvero all'errore scusabile di colui che, per suo tramite, viene tutelato; silenzio (o lacuna?) che segna una netta differenza rispetto ai casi di apparenza disciplinati dalla normativa nazionale. Infine, vi è da constatare che la fattispecie in parola non è chiaramente ascrivibile al modello dell'apparenza pura oppure a quello dell'apparenza colposa<sup>15</sup>, e si colloca, per così dire, a metà. Difatti, da un canto, il DSA richiede che alla crea-

<sup>12</sup> M. RICOLFI, *Contraffazione di marchio e responsabilità degli internet service providers*, in *Il dir. ind.*, 2013, 237 ss.

<sup>13</sup> Si veda il cons. 18 nella versione della proposta di DSA recante gli emendamenti adottati dal Parlamento europeo il 20 gennaio 2022. Altri spunti potrebbero ricavarsi dalla giurisprudenza formata sotto il vigore della dir. *e-commerce*. Così, ad esempio, in Corte giust. 12/7/2011, C-324/09, cit., si legge che l'operatore digitale esercita un ruolo attivo «quando fornisce un'assistenza che implica, in particolare, l'ottimizzazione della presentazione delle offerte o la promozione delle medesime». Al medesimo proposito, possono leggersi le conclusioni rese dall'Avvocato Generale nella causa C-567/18 (Coty Germany GmbH v Amazon Services Europe Sàrl), ove si chiarisce che la qualificazione di un *online marketplace* come *active provider* dipende dal coinvolgimento della piattaforma nel processo di distribuzione, specificando che il *provider* tiene un contegno attivo, ogniqualvolta riceva le merci offerte dai rivenditori terzi, le immagazzini, proceda alle consegne, e fornisca servizi post-vendita. Ulteriori criteri possono trarsi dalla giurisprudenza nazionale: così, ad es., Cass. 13 dicembre 2021, n. 39763, annovera tra le condotte che valgono a configurare l'*hosting provider* come attivo «le attività di filtro, selezione, indicizzazione, organizzazione, catalogazione, aggregazione, valutazione, uso, modifica, estrazione o promozione dei contenuti, operate mediante una gestione imprenditoriale del servizio, come pure l'adozione di una tecnica di valutazione comportamentale degli utenti per aumentarne la fidelizzazione [...]»; e, ancor più di recente, Cons. St., sez. VI, 13 maggio 2024, n. 4277, individua la condotta attiva nel servizio di posizionamento degli annunci pubblicitari e di profilazione degli utenti (fornito Google Ads in cambio di un corrispettivo stabilito in modo proporzionale alle effettive visualizzazioni che il messaggio riceve).

<sup>14</sup> V. cons. 23 DSA.

<sup>15</sup> V., a questo riguardo, A. FALZEA, voce *Apparenza*, in *Enc. dir.*, II, Milano, 1958, 698, secondo il quale deve parlarsi «di apparenza pura quando l'errore sia causato soltanto dalla situazione di fatto che manifesta falsamente una situazione di diritto, mentre è da



zione dell'apparenza abbia contribuito il soggetto che, a cagione del suo realizzarsi, esce penalizzato<sup>16</sup>; e quindi, ad esempio, che il gestore della piattaforma abbia presentato i prodotti al pubblico senza mostrare l'identità o i contatti del reale rivenditore, oppure commercializzando i beni a nome proprio<sup>17</sup>. D'altro canto, però, il legislatore europeo non stabilisce che tali condotte debbano risultare imputabili al *provider* a titolo di colpa o dolo; e ciò, forse, perché consapevole del fondamentale ruolo che l'automazione riveste nell'allestimento degli *online marketplace*.

3. – Il profilo che abbiamo detto esterno dell'area d'irresponsabilità mette in luce come il fornitore di mercati telematici possa venir eccezionalmente chiamato a rispondere dei pregiudizi causati da contenuti illeciti distribuiti da operatori commerciali che fruiscono dei suoi canali. Si apre così il secondo passaggio del ragionamento, legato all'individuazione del regime di responsabilità civile meglio adatto a selezionare i casi in cui il titolare di un *online marketplace* dovrebbe esser tenuto a risarcire i danni da prodotti difettosi acquistati sul *web*. All'interno del DSA non esiste alcuna disposizione specificamente volta a regolare il problema appena descritto. Ed anzi, in uno dei suoi considerando, si precisa che le norme del regolamento «non dovrebbero essere intese come una base per stabilire quando un prestatore [di servizi digitali] può essere ritenuto responsabile, circostanza che deve essere determinata in base alle norme applicabili del diritto dell'Unione o nazionale»<sup>18</sup>. Rivolgendo, quindi, lo sguardo ad altre fonti, è la dir. 85/374/CEE a candidarsi, primariamente, come base per disciplinare la responsabilità del gestore della piattaforma in relazione ai prodotti rivelatisi dannosi.

Dal momento che il prestatore di mercati digitali non trova, ad oggi, espressa menzione nel contesto della dir., l'applicabilità di quest'ultima a tale soggetto dipende dalla possibilità di accostarlo ad una delle figure comprese (*ex art. 3, par. 1*) nella nozione di produttore (ossia: il fabbricante; colui che, apponendo il proprio nome, marchio o altri segni distintivi sul prodotto, appare come produttore dello stesso; e l'importatore del bene nel mercato comune europeo), ovvero assimilarlo al fornitore (equiparato *ex art. 3, par. 2*, al produttore nell'ipotesi in cui non comunichi al danneggiato, entro un termine ragionevole, l'identità di quest'ultimo o del fornitore precedente). A seconda che si presti all'inquadramento nell'una o nell'altra categoria, il gestore della piattaforma potrebbe venire chiamato a rispondere dei danni da prodotto a titolo oggettivo e diretto, oppure in via oggettiva e sussidiaria<sup>19</sup>.

Finora la giurisprudenza europea non ha avuto modo di esprimersi in merito alla riconducibilità dei pre-

---

parlare di apparenza colposa quando l'errore del terzo è provocato dal comportamento colposo o doloso del titolare reale del diritto soggettivo».

<sup>16</sup> V., ancora, art. 6, par. 3, DSA.

<sup>17</sup> V. cons. 24 DSA.

<sup>18</sup> Così, testualmente, il cons. 17 DSA.

<sup>19</sup> La dottrina più autorevole non dubita che la responsabilità del produttore rivesta natura oggettiva: v., spec., U. CARNEVALI, *Responsabilità del produttore*, in *Enc. dir. Agg.*, II, Milano, 936 ss.; G. ALPA, *La responsabilità oggettiva*, in *Contr. impr.*, 2005, 959 ss.; M. COMPORI, *Fatti illeciti: le responsabilità oggettive*, in *Commentario Schlesinger*, Milano, 2009, 37; C. CASTRONOVO, *op. ult. cit.*, 789; P. TRIMARCHI, *La responsabilità civile: atti illeciti, rischio, danno*, Milano, 2021, 435. Per contro, a partire da un certo momento, la nostra giurisprudenza ha preso ad affermare che la responsabilità in parola deve intendersi (non oggettiva, ma) presunta; e ciò essenzialmente al fine di arginare le pronunce dei giudici di merito inclini ad alleggerire eccessivamente l'onere della prova del difetto, sino a considerare quest'ultimo dimostrato sulla base della verifica del danno (cfr., da ultimo, Cass., ord. 7 aprile 2022, n. 11317, in *Danno e resp.*, 2023, 363, con nota di G. DI MARTINO, *Sulla natura della responsabilità per danno da prodotto*; e, per prima, Cass. 29 maggio 2013, n. 13458, *ivi*, 2014, 489 ss.).



statori di mercati elettronici a taluna delle figure soggettive delineate dalla dir. 85/374/CEE<sup>20</sup>. Peraltro, non è difficile prefigurare (almeno parte del) la traiettoria che il diritto applicato seguirebbe allorché venisse chiamato ad affrontare la questione.

*In primis*, è ragionevole immaginare che gli esiti giudiziali potrebbero divergere sulla scorta di elementi fattuali e, più in particolare, alla luce delle caratteristiche del servizio concretamente reso dall'*online marketplace* della cui responsabilità si tratti. Occorre, infatti, sapere che mentre alcuni prestatori di mercati digitali, c.d. puri, si limitano a fornire uno spazio per l'offerta di beni venduti da terzi facilitando la stipulazione del contratto con i consumatori; invece, altri operatori del settore digitale, c.d. ibridi, affiancano all'attività di intermediazione servizi ulteriori che ne determinano l'effettivo inserimento nella catena di distribuzione del prodotto. Se si guarda agli *online marketplace* ibridi, risulta piuttosto agevole prospettare la riconduzione a taluna delle figure soggettive che la dir. 85/374/CEE elenca come centri di imputazione della responsabilità per il danno causato da difetti del prodotto.

Si considerino, anzitutto, i siti di *marketplace* tramite cui vengono venduti oggetti che recano il segno distintivo della piattaforma medesima<sup>21</sup>. Nell'ipotesi in cui prodotti così contrassegnati risultino difettosi e cagionino danni, la vittima potrebbe esercitare l'azione risarcitoria direttamente nei confronti del fornitore del mercato digitale in quanto produttore apparente. La legittimazione passiva di tale soggetto deve ritenersi tanto più sicura alla luce della recente decisione con cui la Corte di Giustizia ha precisato che l'apposizione del segno distintivo sul prodotto risulta di per sé sufficiente a determinare l'estensione della responsabilità al titolare del segno, non occorrendo che questi abbia effettivamente contribuito alla fabbricazione del bene, o si sia presentato in qualche altro modo come produttore<sup>22</sup>.

Un altro caso in cui il *digital marketplace* riveste natura ibrida si profila ogniqualvolta il gestore piattaforma acquista beni presso produttori o venditori terzi, per poi redistribuirli ai consumatori via *web*<sup>23</sup>. Comportandosi in questo modo, il prestatore del servizio telematico assume senz'altro la posizione di fornitore; sicché, con riguardo ai danni causati da difetti dei prodotti messi in circolazione, quegli potrà essere chiamato a rispondere in via oggettiva e sussidiaria (oltre che, naturalmente, *ex contractu*). Più remota è, invece, l'eventualità che l'operatore digitale possa considerarsi importatore del prodotto<sup>24</sup> (e, quindi, responsabile

<sup>20</sup> A differenza – come si dirà meglio oltre (v. par. 5) – delle corti statunitensi già chiamate più volte a decidere se gli *online marketplace* possano essere riguardati come *seller* ai fini dell'applicazione della disciplina sulla *product liability*.

<sup>21</sup> È questo, per es., il caso dei prodotti della linea Amazon Basics.

<sup>22</sup> Ci si riferisce alla recente Corte giust. 7/7/2022, C-264/21, su cui v. le analitiche considerazioni di G. Buset, *La responsabilità del c.d. produttore apparente. Appunti a margine di CGUE 7.7.2022, C-264/21*, in *Jus civile*, 2023, 521 ss. Il dubbio interpretativo, che tale pronuncia ha dovuto dirimere, deriva dalla formulazione dell'art. 3, par. 1, dir. 85/374/CEE, secondo cui produttore è altresì «ogni persona che, apponendo il proprio nome, marchio o altro segno distintivo sul prodotto, si presenta come produttore dello stesso»: c.d. produttore apparente o quasi produttore. In linea con la Corte giust., la Commissione ha formulato la proposta di revisione della dir. mantenendo il produttore apparente tra i soggetti responsabili in via diretta, ma espungendo il riferimento alla necessità che colui che ha apposto il segno distintivo si presenti come produttore. Difatti, all'art. 4 n. 11 della proposta, la figura soggettiva in esame viene descritta come «any natural or legal person [...] who markets [the] product under its name or trademark [...]».

I contorni nebulosi della nozione di produttore apparente hanno, più di recente, indotto Cass., ord. 6 marzo 2023, n. 6568 (su cui v. il commento di V. Fusco, *Questioni attuali sulla figura del «produttore apparente»*, in *Nuova giur. civ. comm.*, 2023, 1415 ss.) a sottoporre alla Corte europea un altro interrogativo, ossia se l'art. 3, par. 1, dir. 85/374/CEE possa essere interpretato in modo tale da estendere «la responsabilità del produttore al fornitore, anche se quest'ultimo non abbia materialmente apposto sul bene il proprio nome, marchio o altro segno distintivo, soltanto perché il fornitore abbia una denominazione, un marchio o un altro segno distintivo in tutto o in parte coincidenti con quello del produttore».

<sup>23</sup> Si pensi, ad es., ad Amazon Retail o Zalando.

<sup>24</sup> Nel lessico europeo per importatore s'intende la «persona fisica o giuridica responsabile dell'introduzione fisica delle merci nei confini doganali del territorio comunitario» (cfr., ad esempio, art. 2, par. 5, Reg. 765/2008/CE).



direttamente e in luogo del produttore extra-UE), giacché le condizioni generali di vendita imposte dalla piattaforma all'acquirente *online* comprendono, spesso, una clausola volta ad assegnare al secondo il ruolo di importatore<sup>25</sup>.

Vi sono, infine, prestatori di mercati elettronici che abbinano all'attività di intermediazione un servizio di logistica post-vendita<sup>26</sup>, vale a dire – come spiega la proposta di revisione della dir. 85/374/CEE – prestazioni di stoccaggio, confezionamento, etichettatura, e spedizione dei prodotti<sup>27</sup>. Ove la fornitura di questo servizio comporta l'applicazione del nome, marchio o segno distintivo del *digital marketplace* sulla confezione che avvolge il prodotto, il titolare della piattaforma potrebbe essere assimilato al produttore apparente. Invece, tale figura soggettiva viene identificata *ex art. 3, par. 1, dir. 85/374/CEE* in funzione del segno distintivo apposto sul prodotto, e non anche, alternativamente, sul suo incartamento<sup>28</sup>. Tant'è che, quando se ne è presentata l'occasione, la giurisprudenza europea ha negato la qualifica di produttore apparente all'operatore commerciale che aggiunge il proprio nome sull'imballaggio in fase di distribuzione del bene<sup>29</sup>. Tuttavia, più di recente, il diritto europeo sembra volgersi nel senso dell'inclusione del fornitore di servizi di logistica tra i soggetti responsabili in via diretta. Anzitutto, come si è detto poco più in alto, la Corte di Giustizia ha escluso che nella categoria del produttore apparente possa rientrare soltanto colui che ha effettivamente partecipato o sembra aver partecipato al processo di fabbricazione, così ritagliandovi una breccia per l'ingresso del titolare del marchio di distribuzione comunque collegato al prodotto. Ma soprattutto una indicazione di tendenza e di riorientamento di sistema è quella che si ritrova nella proposta di revisione della dir. 85/374/CEE, ove il *fulfilment service provider* viene assimilato all'importatore ai fini della responsabilità per danni cagionati da prodotti difettosi di provenienza extraeuropea<sup>30</sup>; con ciò recependo i suggerimenti espressi dalla dottrina con precipuo riguardo ai prestatori di mercati digitali che forniscono anche servizi di logistica<sup>31</sup> e, sovente, cercano di evitare l'imputazione di responsabilità precisando nelle condizioni generali di contratto che la piattaforma non agisce come importatore<sup>32</sup>.

<sup>25</sup> Per es. nelle condizioni di vendita predisposte da Amazon si specifica che colui che «effettu[a] ordini sul sito» è «considerato come importatore e [...] pertanto tenuto a conformarsi a tutta la legislazione e normativa del paese in cui riceverai le merci».

<sup>26</sup> Così, notoriamente, Amazon con Fulfilled by Amazon Program.

<sup>27</sup> Specificamente, l'art. 4 della proposta dir. definisce il '*fulfilment service provider*' come «*any natural or legal person offering, in the course of commercial activity, at least two of the following services: warehousing, packaging, addressing and dispatching of a product*». Come osservano R. PETRUSO e G. SMORTO, *Il danno da prodotto difettoso ai tempi di Amazon e la proposta di direttiva sulla responsabilità del produttore*, in *Foro it.*, 2023, I, 38, si tratta di una nozione piuttosto lata che si presta ad abbracciare un numero non piccolo di *marketplace operator*.

<sup>28</sup> Diversamente, l'art. 3 del d.p.r. 24 maggio 1988, n. 224 descriveva il produttore apparente includendovi anche chi avesse apposto il nome, marchio o altro segno distintivo sulla confezione del prodotto.

<sup>29</sup> Gli orientamenti della giurisprudenza europea sul punto sono sintetizzati da T.G. GARCÍA-MICÓ, *Platform Economy and Product Liability: old Rules for New Markets*, in *Revista de internet, derecho y política*, 2022, 12.

<sup>30</sup> Cfr. l'art. 7, par. 3, proposta dir. che così recita: «*Member States shall ensure that, where the manufacturer of the defective product is established outside the Union and neither of the economic operators referred to in paragraph 2 is established in the Union, the fulfilment service provider can be held liable for damage caused by the defective product*».

<sup>31</sup> V. European Law Institute, *Guiding Principles for Updating the Product Liability Directive for the Digital Age*, 2021, 7; e C. BUSCH, *Rethinking Product Liability Rules for Online Marketplaces: A Comparative Perspective*, Consumer Law Scholars Conference in Boston (4 e 5 marzo 2021), 13.

<sup>32</sup> Così, ad es., nelle condizioni generali di contratto predisposte da Amazon si specifica il venditore extra-Ue è tenuto ad indicare il soggetto che assume la qualifica di importatore registrato del prodotto e che qualsiasi tentativo di far «risultare Amazon come importatore registrato verrà rifiutato e la spedizione verrà restituita a spese del mittente, senza eccezioni».



4. – Se, dunque, le figure soggettive delineate dall'art. 3 dir. presentano contorni sufficientemente duttili da abbracciare gli *online marketplace* di natura ibrida, invece, i puri intermediari del commercio digitale sembrano destinati a restare comunque esclusi dal novero dei centri di imputazione della responsabilità da prodotto. Tutt'al più, argomentando in via evolutiva, si potrebbe giungere a sostenere che il semplice prestatore di mercati elettronici può esser considerato alla stregua di un fornitore e, quindi, ritenuto responsabile in via sussidiaria là dove non comunichi al danneggiato, entro un termine ragionevole, l'identità del produttore o della persona che gli ha fornito il bene difettoso.

In direzione analoga si è incamminato il legislatore europeo con la proposta di revisione della dir. 85/374/CEE. Incaricatasi di adeguare la disciplina dettata dalla dir. prodotti alla moderna economia digitale, la Commissione ha ampliato l'elenco dei potenziali responsabili con l'aggiunta dei prestatori di *online marketplace* puri. Nel testo della proposta questi ultimi vengono definiti come fornitori di una piattaforma digitale che consentono la conclusione di contratti a distanza tra consumatori e commercianti, che non risultano produttore, importatore o distributore, e che integrano la situazione di apparenza descritta dall'art. 6, par. 3, DSA (art. 7, par. 6, proposta dir.)<sup>33</sup>. Gli operatori digitali così descritti sono collocati tra i soggetti responsabili in via sussidiaria. E precisamente, a mente della proposta dir., il gestore di un mercato *online* puro può esser condannato a risarcire il danno cagionato da prodotti acquistati tramite il suo sito, qualora non ottemperare entro un mese alla richiesta della vittima di ricevere le informazioni necessarie a identificare il produttore o rivenditore del bene difettoso (v. par. 5 dell'art. 7, a cui il par. 6 dello stesso art. rinvia<sup>34</sup>).

Il modello di responsabilità prescelto per la piattaforma *online* è identico a quello già sperimentato con la dir. 85/374/CEE (e confermato dalla proposta di riforma) in relazione al fornitore di prodotti dannosi. Ci si può, dunque, affidare alle letture che di quest'ultimo sono state proposte, onde chiarire meglio il criterio, i modi e la *ratio* dell'imputazione che il legislatore europeo progetta di introdurre per i *digital marketplace*. Si tratta, anzitutto, di una responsabilità oggettiva e indiretta (o per) fatto altrui, poiché il suo perfezionamento prescinde dalla colpa dell'intermediario, oltre che da una sua partecipazione alla sequenza causale che ha determinato l'evento dannoso<sup>35</sup>. Secondariamente, la responsabilità del gestore della piattaforma *online* si configura in chiave alternativa e residuale rispetto all'imputazione diretta del produttore, di modo che i due soggetti non potrebbero mai trovarsi uniti da un vincolo di solidarietà (e, quindi, il danneggiato non potrebbe pretendere di essere risarcito dal primo in caso di insolvenza del secondo<sup>36</sup>). Di fronte ai lineamenti descritti, non è difficile comprendere quale sia la logica sottesa all'inclusione dei mercati digitali nella cerchia dei responsabili per danni da prodotto: una logica non preventiva, ma compensativa (o, più correttamente, *minus quam* compensativa). Il modello d'imputazione delineato dal legislatore non sprona, cioè, la piattaforma ad impiegare misure volte a migliorare la qualità dei beni messi in circolazione, bensì la induce a cooperare

<sup>33</sup> Il par. 6 dell'art. 7 rubricato '*Economic operators liable for defective products*' così recita: «[p]aragraph 5 shall also apply to any provider of an online platform that allows consumers to conclude distance contracts with traders and that is not a manufacturer, importer or distributor, provided that the conditions of Article 6(3) set out [...] Digital Services Act [...] are fulfilled».

<sup>34</sup> Il par. 5 dell'art. 7 si esprime in questi termini: «[m]ember States shall ensure that where a manufacturer under paragraph 1 cannot be identified or, where the manufacturer is established outside the Union, an economic operator under paragraph 2 or 3 cannot be identified, each distributor of the product can be held liable where: (a) the claimant requests that distributor to identify the economic operator or the person who supplied the distributor with the product; and (b) the distributor fails to identify the economic operator or the person who supplied the distributor with the product within 1 month of receiving the request».

<sup>35</sup> Cfr. F. GALGANO, *La responsabilità del produttore*, in *Contr. impr.*, 1986, 995 ss.

<sup>36</sup> Cfr. C. COSSU, in *La responsabilità del produttore*, a cura di G. Alpa, M. Bin e P. Cendon, nel *Trattato dir. comm. e dir. pubbl. econ.*, a cura di F. Galgano, Padova, 1989, 82 s.



nell'individuazione del produttore o rivenditore fisico dell'oggetto difettoso<sup>37</sup>; e ciò con l'obiettivo di assicurare al danneggiato un legittimato passivo nei cui confronti esercitare l'azione risarcitoria (pur senza incrementare le sue *chances* di soddisfazione).

La soluzione pianificata con la proposta di revisione della dir. prodotti parrebbe destinata a coniugarsi con la disciplina dettata dal DSA che, da un canto, impone ai fornitori di *online marketplace* alcuni puntuali adempimenti finalizzati a tracciare tutti gli operatori commerciali che intendano fruire della piattaforma, nonché a rendere le informazioni relative a questi ultimi facilmente accessibili e comprensibili agli occhi dei consumatori (art. 30, par. 1, 2 e 7); e, d'altro canto, stabilisce che «[i] destinatari del servizio hanno diritto di chiedere un risarcimento, conformemente al diritto dell'Unione e nazionale, ai fornitori di servizi intermediari relativamente a danni o perdite subiti a seguito di una violazione degli obblighi stabiliti dal presente regolamento da parte dei fornitori di servizi intermediari» (art. 54). La nuova dir. prodotti verrebbe cioè a rappresentare il diritto dell'Unione in base al quale il destinatario del servizio potrebbe domandare alla piattaforma il ristoro del pregiudizio sofferto a causa della sua inottemperanza alle regole sul tracciamento.

Tuttavia, a ben guardare, non mancano profili di disallineamento tra l'uno e l'altro testo normativo.

In primo luogo, si può notare un'antinomia tra la regola contenuta nella proposta di revisione della dir. 85/374/CEE, secondo cui il fornitore del mercato digitale deve comunicare al danneggiato l'identità del produttore o rivenditore del bene difettoso per esser estromesso dal giudizio di responsabilità, e l'art. 30, par. 5, DSA, che invece prescrive al gestore della piattaforma di cancellare i dati degli operatori commerciali entro sei mesi dalla conclusione del rapporto tra loro intercorso. Difatti, considerato che il danno da prodotto può realizzarsi in qualunque tempo<sup>38</sup>, delle due l'una. Se sceglie di conformarsi alla prescrizione del DSA, il prestatore di *online marketplace* non sarà successivamente in grado di soddisfare l'onere stabilito dalla dir. prodotti. Se, viceversa, decide di conservare le informazioni che gli permetteranno in ogni momento di andare esente da responsabilità, egli viola il termine di cancellazione posto dal DSA.

In secondo luogo, dall'applicazione del DSA può profilarsi un'ipotesi di responsabilità risarcitoria della piattaforma per danno da prodotto, che non riuscirebbe a trovare una base regolatoria nella proposta di revisione della dir. 85/374/CEE. Ci si riferisce al caso in cui il prestatore del mercato digitale non abbia compiuto «sforzi ragionevoli per verificare in modo casuale, in qualsiasi banca dati *online* o interfaccia *online* ufficiale, liberamente accessibile e leggibile meccanicamente, se i prodotti [...] offerti siano stati identificati come illegali» (art. 31, par. 3), e uno di tali prodotti abbia cagionato un pregiudizio all'acquirente, con il conseguente sorgere in capo a quest'ultimo del diritto di domandare il risarcimento al fornitore del servizio intermedio (art. 54). Ora, come si è visto più in alto, la nuova dir. prodotti configura l'imputazione dei prestatori di *digital marketplace* (puri) come oggettiva e sussidiaria, non attribuendo alcun rilievo al loro potenziale adoperarsi per prevenire la distribuzione di prodotti dannosi ai consumatori, e consentendo ai soggetti in parola di sottrarsi al giudizio di responsabilità sol che collaborino all'identificazione del produttore o rivenditore del bene difettoso. Deve, quindi, ricercarsi altrove la regola sostanziale necessaria, ai sensi dell'art. 54 DSA, a fondare la responsabilità risarcitoria della piattaforma per violazione dell'obbligo d'investigazione stabilito all'art. 31, par. 3, del medesimo regolamento. Per quanto concerne il diritto italiano, tale fon-

<sup>37</sup> In questo senso, v. Corte giust., Grande Sez., 10/1/2006, causa C-402/03, in *Corr. giur.*, 2006, 563; e, in dottrina, A. STOPPA, voce *Responsabilità del produttore*, in *Dig. disc. priv., sez. civ.*, XVII, 1998, 128; P.G. MONATERI, *Illecito e responsabilità civile*, in *Trattato di diritto privato*, diretto da M. Bessone, Torino, 2002, 241; COSSU, *op. cit.*, 80.

<sup>38</sup> E la relativa azione risarcitoria può essere promossa a distanza di tre anni dal giorno in cui la vittima abbia avuto conoscenza, o avrebbe dovuto ragionevolmente conoscere, il danno, il difetto e l'identità del legittimato passivo; e purché entro dieci anni dalla data in cui il prodotto dannoso è stato messo in circolazione (art. 14 della proposta di revisione della dir. 85/374/CEE)



damento può essere rinvenuto nella norma generale contenuta nell'art. 2043 c.c., in base a cui l'intermediario digitale risponderà soltanto qualora la sua condotta omissiva risulti colposa o dolosa ed abbia, altresì, causato un danno ingiusto da cui siano derivate conseguenze dannose ulteriori e risarcibili<sup>39</sup>.

5. – Non val la pena indugiare oltre su un quadro regolatorio che, essendo *in itinere*, potrebbe ancora subire modifiche. Muovendosi entro un orizzonte *de iure condendo*, risulta invece più utile considerare modelli di imputazione differenti da quello proposto dalla Commissione europea e svolgere alcune riflessioni di linea sulla responsabilità dei prestatori di mercati elettronici per i danni da prodotto.

Cominciamo, in questo paragrafo, ad osservare le possibili alternative all'imputazione oggettiva e sussidiaria delle piattaforme *online*. Una prima soluzione diversa è rinvenibile nell'esperienza comparatistica. In particolare, nell'ordinamento statunitense ha avuto modo di formarsi un'ampia ed altalenante giurisprudenza intorno alla *product liability* del fornitore di mercati digitali. La questione dibattuta è se a quest'ultimo possa essere esteso il medesimo trattamento giuridico riservato al 'seller', il quale – in base ad una regola di matrice giudiziale ed ora canonizzata nella *Section 402A del Second Restatement of Torts*<sup>40</sup> – risponde, in via oggettiva e diretta, dei pregiudizi arrecati da prodotti difettosi all'incolumità fisica, ovvero ad altri beni di proprietà del consumatore. In principio, le corti nordamericane hanno adottato un approccio formalistico e sostenuto che il gestore di *online marketplace* debba considerarsi un mero facilitatore nella commercializzazione del prodotto, non potendo invece qualificarsi come 'seller'; e ciò dal momento che tale soggetto non risulta titolare e, quindi, non trasferisce alcun diritto sul bene venduto, e neppure conclude un contratto di vendita con l'utente finale<sup>41</sup>.

Tale orientamento inizialmente compatto è stato però incrinato dalla Corte d'Appello del Terzo Circuito con la nota pronuncia che nel 2019 ha deciso il caso *Ms. Oberdorf v. Amazon*, condannando il noto operatore del commercio digitale a risarcire il danno subito dall'attrice a causa del carattere difettoso di un oggetto acquistato tramite la piattaforma<sup>42</sup>. Nella motivazione del provvedimento spiccano gli argomenti che – nella tradizione giuridica americana, come pure nella nostra – vengono comunemente adottati a sostegno della responsabilità (oggettiva e diretta) dell'impresa. E così, in particolare, il prestatore di *digital marketplace* sarebbe tenuto a rispondere dal danno da prodotti: poiché ritrae un ingente profitto dalle operazioni commerciali concluse attraverso il suo sito; poiché si trova in posizione ottimale per limitare la circolazione di pro-

<sup>39</sup> Sull'integrazione tra diritto primo e diritto secondo ai fini della corretta ricostruzione delle fattispecie di responsabilità volte a regolare alcune condotte dell'*internet service provider*, v. A. ALBANESE, *Trasferimento di dati e responsabilità del prestatore di servizi telematici: dal «diritto secondo» al «diritto primo»*, in *AIDA*, 2010, 354 ss.; e CASTRONOVO, *op. cit.*, 289 ss.

<sup>40</sup> Così recita la *Section 402A* intitolata *Special liability of seller of product for physical harm to user or consumer*: «(1) *One who sells any product in a defective condition unreasonably dangerous to the user or consumer or to his property is subject to liability for physical harm thereby caused to the ultimate user or consumer, or to his property if (a) the seller is engaged in the business of selling such a product, and (b) it is expected to and does reach the user or consumer without substantial change in the condition in which it is sold.* 2) *The rule stated in Subsection 1) applies although (a) the seller has exercised all possible care in the preparation and sale of his product, and (b) the user or consumer has not bought the product from or entered into any contractual relation with the seller.*».

<sup>41</sup> *Carpenter v Amazon.com, Inc.*, 17C 3221, 2019 WL 1259158 (N.D. Cal. 19 2019); *Stiner v Amazon.com, Inc.*, 120 N.E.3d 885, 898 (Ohio Ct. App. 2019); *Eberhart v Amazon.com, Inc.*, 325 F. Supp. 3d 393, 397–400 (S.D.N.Y. 2018); *Allstate N.J. Ins. Co., v Amazon.com, Inc.*, No. 17 C 2738, 2018 WL 3546197 (D.N.J. 2018); *Fox v Amazon.com, Inc.*, 2018 WL 2431628 (M.D. Tenn. 2018); *Erie Ins. Co. v Amazon.com, Inc.*, 2018 WL 3046243 (D. Md. 2019); *Garber v Amazon.com, Inc.*, 17 C 673, 2019 WL 1437877 (N.D. Ill. 2019).

<sup>42</sup> *Oberdorf v. Amazon.com, Inc.*, 930 F.3d 136, 140 (3d Circ. 2019).



dotti potenzialmente dannosi nel mercato digitale; ed infine, poiché in grado di redistribuire l'esborso sostenuto per il risarcimento tra una moltitudine di utenti.

L'impostazione varata dalla sentenza Oberdorf ha persuaso (solo) una parte dei giudici successivamente chiamati a decidere controversie analoghe<sup>43</sup>; e sta indirizzando (seppur a fatica) il corso delle iniziative legislative sul tema<sup>44</sup>. Sicché, in definitiva, può dirsi che negli Stati Uniti la posizione dei *digital marketplace* in ordine ai danni cagionati da prodotti difettosi acquistati in rete oscilla tra un modello di imputazione oggettiva e diretta e un regime di irresponsabilità.

Continuando a ragionare in ottica propositiva, un criterio di imputazione alternativo potrebbe risiedere nella colpa specifica e oggettiva. A questa stregua, la piattaforma digitale risponderebbe del danno da prodotto soltanto in caso di violazione di regole finalizzate a prevenire la circolazione di oggetti difettosi *online*; regole che, quindi, dovrebbero definire *ex ante* le condotte che l'intermediario astratto diligente è tenuto ad osservare per non incorrere nella sanzione risarcitoria. Un campione di simili canoni di comportamento è rinvenibile all'interno del *Product Safety Pledge*, accordo siglato nel giugno 2018 dai maggiori titolari di mercati digitali (tra cui Amazon, e-Bay, Alibabà) con la Commissione europea, mediante il quale i primi si sono impegnati – spontaneamente e senza assoggettarsi ad alcun vincolo legale – ad adottare misure idonee a massimizzare la sicurezza dei prodotti distribuiti tramite i loro canali. Tra le misure, che le piattaforme digitali aderenti si propongono di impiegare, vi sono: procedure rapide ed efficaci di *notice and take down*, che vedono coinvolti anche i consumatori acquirenti di prodotti *online*; la cooperazione tra le piattaforme e le autorità di vigilanza del mercato; nonché l'implementazione di sistemi dotati di intelligenza artificiale capaci di scovare sul *web* prodotti potenzialmente dannosi<sup>45</sup>. La ragione di tali propositi risiede nella volontà dei pre-

<sup>43</sup> In senso conforme alla pronuncia Oberdorf v. Bolger v. Amazon.com, LLC, 2020 WL 4692387 (Cal. Ct. App. 2020); State Farm Fire & Casualty Co. v. Amazon.com Services Inc., 2020 NY Slip Op. 20326 (N.Y. Sup. Ct., Onondaga Cty, 2020); Loomis v. Amazon.com LLC, 2021 WL1608878 (Cal. App. 2021). In senso contrario, cfr., ad esempio, State Farm Fire & Cas. Co. v. Amazon.com, Inc., No. CV-17-01994-PHX-JAT, 2019 U.S. Dist. Lexis 168734 (D. Ariz. September 26, 2019); Great Northern Insurance Co. v. Amazon.com Inc., 2021 WL 872949 (N.D. Ill. March 9, 2021); Berkley Reg'l Ins. Co. v. John Doe Battery Mfr., Civ. 20-2382 (WMW/DJF) (D. Minn. Oct. 7, 2022).

<sup>44</sup> Nel California Consumer Protection Bill ('AB 3262'), risalente al febbraio 2020, si leggeva che «*an electronic marketplace shall be strictly liable for all damages caused by defective products placed into the stream of commerce to the same extent that a retailer of that defective product would be liable and shall be deemed to be a retailer for purposes of California strict liability law*». Il progetto di legge ha incontrato forti resistenze da parte degli *online marketplace*, specialmente quelli di dimensioni più ridotte, ad avviso delle quali la nuova regolazione avrebbe creato una distorsione della concorrenza, soffocando le imprese piccole o medie e avvantaggiando le grandi piattaforme, le sole capaci di assorbire il costo dei risarcimenti. A causa di queste forte opposizioni, il progetto si è arenato. A distanza di un anno, nel febbraio 2021, il legislatore californiano ha avanzato una nuova proposta ('AB 1182') sul medesimo tema, secondo cui «*a marketplace platform should be strictly liable for defective products if it 'does both the following ... (1) Transmits or otherwise communicates between a third party and purchaser an offer for sale or purchase of the defective product that is accepted by the purchaser. (2) Processes, collects, or administers the payment for the purchase or sale of the defective product*». Sino ad ora, l'AB 1182 non è stato approvato. Una iniziativa di legge analoga è stata avviata lo scorso anno dal Senato di New York (Bill S6437), che progetta di emendare la *General Obligations Law* equiparando gli *electronic marketplace provider* al *retailer* agli effetti della *New York strict liability law* e, dunque, assoggettando i primi alla responsabilità oggettiva per danni causati da prodotti difettosi immessi nel mercato.

<sup>45</sup> Sempre più frequente risulta l'utilizzo dell'intelligenza artificiale allo scopo di rintracciare e rimuovere fatti illeciti (o, semplicemente, dannosi) che vengono perpetrati nel mondo della rete, attraverso i suoi canali. Tali sono, ad esempio, il *machine learning and grammar-based approach* in grado di individuare clausole vessatorie nei contratti predisposti dalle piattaforme digitali per la negoziazione con i consumatori (v. G. CONTISSA, F. LAGIOIA, G. SARTOR e P. TORRONI, *Claudette: an automated detector of potentially unfair clauses in online terms of service*, in *Artificial Intelligence and Law*, 2019, *passim*); il *machine learning and natural language processing* capace di rinvenire espressioni di *hate speech* sui *social media* (v. <http://hatespeech.di.unito.it/>); il *machine learning and natural language processing* volto a scovare documenti che costituiscano in tutto o in parte risultato di plagio (v. <https://pan.webis.de/clef10/pan10-web/plagiarism-detection.html>). L'intelligenza artificiale può altresì servire a rintracciare prodotti



statori di mercati elettronici di evitare (o, per lo meno, orientare) l'approntamento di una normativa che ponga a loro carico le conseguenze giuridiche del danno da prodotti<sup>46</sup>. Peraltro, il fenomeno della *self-regulation* può essere reputato conveniente anche dal punto di vista generale. Così, ad esempio, proprio quando si tratta di disciplinare fattispecie sorte dalla dinamica dell'innovazione digitale, torna senz'altro utile al legislatore poggiare sulla competenza e l'esperienza degli attori di quest'ultima, nonché sulla loro capacità di cogliere prontamente le repentine evoluzioni del contesto in cui operano<sup>47</sup>.

6. – Nei numeri precedenti abbiamo descritto i modelli di regolazione della responsabilità della piattaforma digitale per danno da prodotto, di cui riesca a trovarsi traccia da qualche parte. A questo punto, restano da svolgere alcuni ragionamenti in merito alla bontà delle soluzioni in campo.

Per prima cosa, si deve prendere posizione intorno all'opportunità di includere i prestatori di mercati elettronici tra i punti soggettivi di innesto della responsabilità per i pregiudizi cagionati da prodotti difettosi. In senso favorevole depongono, senz'altro, le logiche della compensazione. Come si diceva in apertura, la *platform economy* rende spesso difficile rintracciare il produttore o il rivenditore dell'oggetto rivelatosi dannoso, aprendo vuoti di tutela che la responsabilizzazione dell'intermediario digitale potrebbe colmare. E ciò tanto più considerato che i fornitori di *online marketplace* risultano, per solito, facilmente identificabili ed ampiamente solvibili.

Simili considerazioni, tuttavia, non bastano a giustificare una regola che obblighi il gestore della piattaforma a risarcire le perdite causate da prodotti venduti per il suo tramite. Posto che la regola di responsabilità civile presenta una struttura bilaterale, il suo fondamento deve constare tanto di motivi collocati dalla parte del danneggiato, quanto di ragioni situate dalla parte del potenziale responsabile. Ed avendo riguardo a questo secondo versante, non ci si può accontentare di argomenti come quello c.d. del *deep pocket*; il quale, anzitutto, sottende ancora la logica della compensazione (attenendo, quindi, nuovamente alla sfera del danneggiato) e, inoltre, risulta inadatto ad esprimere un criterio di responsabilità (essendo basato su una situazione essenzialmente casuale)<sup>48</sup>.

Per contro, a completare il fondamento della responsabilità della piattaforma per danno da prodotto risulta utile considerare il ruolo che l'intermediario digitale può giocare nell'attività di prevenzione degli eventi lesivi. Le misure che il prestatore di mercati elettronici può impiegare a tale ultimo scopo sono abbastanza numerose. Volendo fare qualche esempio, il *provider* può formulare le condizioni generali di contratto di vendita sulla piattaforma in termini tali da dissuadere i produttori e i rivenditori a mettere in circolazione beni insicuri; inoltre, può compiere indagini sull'affidabilità degli operatori commerciali e negare la fruizione

---

difettosi distribuiti agli utenti sul *web*. Difatti, alcune autorità nazionali di sorveglianza del mercato hanno congiuntamente intrapreso programmi di ricerca finalizzati allo sviluppo di sistemi di *machine learning* adatti a tale scopo (cfr. EC, CASP 2019 *Final Report*). E negli Stati Uniti è stato presentato un progetto di legge volto ad incentivare l'impiego dell'intelligenza artificiale nella prevenzione dei danni derivanti da prodotti insicuri venduti *online* (v. *AI for Consumer Product Safety ACT*, 26th August 2020).

<sup>46</sup> Nello stesso senso si lascia comprendere l'impegno assunto da Amazon di pagare un indennizzo (per un ammontare massimo di mille dollari) a ogni utente che abbia sofferto danni a causa di beni pericolosi acquistati sulla piattaforma. Nell'annunciare l'impegno, Amazon premette di non essere un *seller*, bensì piuttosto un *marketplace* a disposizione di altri *seller*; e pur non essendo, dunque, legalmente responsabile, la piattaforma dichiara il proprio intento di farsi carico di parte del risarcimento al fine di assicurare soddisfazione ai consumatori e di proteggere i rivenditori da azioni infondate.

<sup>47</sup> In questa prospettiva si colloca il fondamentale ruolo attribuito dal DSA ai codici di condotta che dovrebbero venire stilati con la collaborazione dei fornitori di piattaforme *online* (v. art. 45 e cons. 103).

<sup>48</sup> CASTRONOVO, *op. cit.*, 487



del servizio a quelli che si rivelino sospetti; ed ancora, può ricevere dai consumatori segnalazioni circa i prodotti difettosi da essi acquistati e, quindi, eliminare i beni della stessa serie dal sito; ed infine, può implementare *software* capaci di scovare tra gli oggetti messi in vendita quelli che presumibilmente recherebbero danni agli utenti. L'adozione di queste misure ed altre simili comporta, naturalmente, dei costi. Ed è facile intuire che i fornitori di *online marketplace* saranno disposti a sostenere tali costi soltanto a fronte di incentivi legali adeguati<sup>49</sup>. Resta, però, da stabilire se tra gli incentivi ora detti debba esservi la responsabilità civile, o il medesimo obiettivo debba esser perseguito mediante regole e sanzioni di diritto pubblico. Ora, la vicenda giurisprudenziale e normativa che ha riguardato la materia *antitrust* ha messo in luce che *private* e *public enforcement* non si pongono necessariamente in alternativa e che, anzi, dalla loro unione può trarsi un notevole guadagno in punto di effettività. Nell'elaborazione del DSA il legislatore europeo ha messo a frutto tale insegnamento e – dopo qualche incertezza iniziale<sup>50</sup> – ha deciso di rinsaldare l'apparato di controlli pubblicitari e di multe (delineato dagli artt. 49-52) con la responsabilità risarcitoria della piattaforma (di cui al già più volte citato art. 54). Non si vede, allora, per qual ragione dovrebbe rinunciarsi all'apporto del *private enforcement* in un ambito, come quello della distribuzione di beni difettosi ai consumatori, in cui l'esigenza di tutelare e compensare il danneggiato fa premio sulla necessità di rimproverare e sanzionare l'autore della violazione.

Stabilita l'opportunità che il prestatore di mercati elettronici risulti (civilmente) responsabile per il danno da prodotti, occorre porsi il problema della forma giuridica che tale responsabilità debba avere. Tenendo presente che l'obiettivo dell'imputazione dovrebbe consistere nell'incentivare la piattaforma digitale a mettere in campo (tutte e soltanto) le misure capaci di prevenire la circolazione di beni difettosi in rete, si può giungere a sostenere che la responsabilità oggettiva sussidiaria prefigurata dal legislatore europeo pecca per difetto, mentre la responsabilità oggettiva diretta praticata dalla giurisprudenza statunitense pecca per eccesso.

Con riferimento al primo modello, basta qui ricordare che esso consente al fornitore di *online marketplace* di sfuggire al giudizio di responsabilità, sol che riveli al danneggiato i dati identificativi del produttore o rivenditore dell'oggetto che ha arrecato nocumento ai beni o alla persona.

In merito alla responsabilità oggettiva diretta, si deve svolgere un discorso più complesso. Nel sistema giuridico nordamericano, come già si è detto, l'estensione del modello in parola ai prestatori di *online marketplace* viene giustificata, anzitutto, in base all'assunto che questi ultimi sono collocati nella posizione ottimale per prevenire l'immissione di prodotti potenzialmente dannosi in rete. L'argomento è tratto dalla teoria della responsabilità d'impresa, ove – più precisamente – risulta così formulato: l'imprenditore dev'essere chiamato a rispondere oggettivamente dei danni occorsi nell'ambito della sua attività, poiché si trova nella posizione più adeguata a condurre l'analisi costi-benefici, ossia a comparare il costo del danno con il costo della precauzione (comprensivo, quest'ultimo, dei costi delle misure di prevenzione e del lucro cessante associato all'eventuale riduzione dell'attività)<sup>51</sup>. A tutta prima, si potrebbe pensare che tale giustifica-

<sup>49</sup> Da parte di alcuni studiosi di analisi economica del diritto, si è sostenuto che a stimolare gli investimenti delle piattaforme in attività di prevenzione potrebbero bastare incentivi di tipo reputazionale (cfr. Y. LEFOUILI e L. MADIO, *The Economics of Platform Liability*, in *European Journal of Law and Economics*, 2022, 329). Tuttavia, altri autori hanno correttamente obiettato che tali incentivi potrebbero venire disturbati dalla errata percezione da parte del consumatore della pericolosità dei prodotti venduti *online* (v. BUSCH, *op. cit.*, 33 s.; R. PETRUSO e G. SMORTO, *Il danno da prodotto difettoso ai tempi di Amazon e la proposta di direttiva sulla responsabilità del produttore*, in *Foro it.*, 2023, 37).

<sup>50</sup> Le bozze iniziali del DSA non contenevano alcun riferimento alla responsabilità risarcitoria delle piattaforme digitali. L'art. 54 è frutto di un emendamento approvato dal Parlamento europeo in fase finale.

<sup>51</sup> Cfr. P. TRIMARCHI, *Rischio e responsabilità oggettiva*, Milano, 1961, 36-38; G. CALABRESI, *Optimal Deterrence and Accidents*, in *Yale Law Journal*, 1975, 666.



zione, immaginata in relazione all'impresa tradizionale, valga *a fortiori* con riguardo all'impresa digitale, giacché quest'ultima è massimamente aderente all'idea della calcolabilità. Eppure, a noi sembra che, una volta trasferito nel contesto della *platform economy*, il fondamento giuridico in parola divenga più che traballante.

Si consideri, anzitutto, che il corretto funzionamento del criterio di responsabilità in esame postula che i costi di precauzione vengano tutti (o per la maggior parte) sopportati dal soggetto deputato a raffrontarli con il costo del danno. Questo postulato, tuttavia, non ricorre nel caso del fornitore di mercati digitali e dei costi associati alla prevenzione dell'offerta di beni difettosi *online*. Difatti, la voce più significativa di tali costi non è quella legata alle misure di investigazione o *detection*, bensì quella correlata all'esclusione degli operatori commerciali reputati "pericolosi" dalle piattaforme del commercio digitale (e, specialmente, da quelle qualificabili come 'gatekeepers'). Inoltre, se si assume il punto di vista degli *online marketplace* ibridi, si scopre che l'adozione di talune misure preventive può finanche comportare un guadagno. Ciò che accade, per esempio, ogniquale volta la misura consista nell'espulsione dal sito di un produttore o rivenditore concorrente con essa. Oppure – come dimostrano casi recentemente decisi dall'AGCM – il prestatore del mercato elettronico potrebbe ritenere proficuo riservare un trattamento di favore a un certo operatore commerciale a scapito di altri; e, dunque, scegliere di orientare l'attività di prevenzione allo scopo di estromettere questi ultimi dalla piattaforma ed assicurare un vantaggio competitivo al primo<sup>52</sup>. Insomma, andando al punto, appare quanto meno dubbio che i fornitori di mercati *online* siano particolarmente adatti a decidere quali e quante precauzioni implementare onde impedire la distribuzione di beni difettosi al pubblico.

Si tenga conto, peraltro, che gli intermediari digitali non sono gli unici soggetti capaci di introdurre accorgimenti atti a prevenire il danno da prodotti venduti sul *web*. Altrettanto possono fare, naturalmente, il produttore e gli altri nodi della *supply chain*; nonché i consumatori, gli utenti della rete e (a norma dell'art. 22 DSA) i c.d. segnalatori attendibili<sup>53</sup>. L'analisi economica del diritto designa gli scenari di tal genere con l'espressione 'multilateral precaution'<sup>54</sup> e spiega che rendere oggettivamente responsabile uno dei soggetti coinvolti significherebbe disincentivare tutti gli altri dal fare quanto possono per evitare il prodursi di danni.

Si consideri, infine, che neppure l'altro argomento di solito addotto a supporto della responsabilità d'impresa trascorre pianamente nel quadro della *platform economy*. Ci si riferisce all'idea che l'imprenditore debba essere chiamato, a titolo oggettivo, a risarcire i danni, poiché in grado di redistribuire i relativi costi sulla collettività mediante aumento dei prezzi. Per certo, anche il prestatore di mercati digitali è capace di compiere simili operazioni di *passing on*. Tuttavia, le modalità con cui le effettua possono risultare arbitrarie. E così, in particolare, può accadere che la piattaforma incrementi la quota di iscrizione non solo per i vendi-

---

<sup>52</sup> Un esempio di quanto si dice nel testo si trova nella decisione dell'AGCM del 16 novembre 2021, n. 29889, I842 (*Amazon, Apple, Beats*) che ha ritenuto in contrasto con l'art. 101 TFUE l'intesa anticoncorrenziale stipulata tra Amazon e Apple allo scopo di impedire ad rivenditori di prodotti elettronici diversi dalla seconda la fruizione della piattaforma Amazon Marketplace.

<sup>53</sup> Si tratta di una nuova figura soggettiva delineata dall'art. 22 DSA. A mente della disposizione ora detta, «la qualifica di "segnalatore attendibile" [...] viene riconosciuta, su richiesta di qualunque ente, dal coordinatore dei servizi digitali dello Stato membro in cui è stabilito il richiedente che abbia dimostrato di soddisfare tutte le condizioni seguenti: a) dispone di capacità e competenze particolari ai fini dell'individuazione, dell'identificazione e della notifica di contenuti illegali; b) è indipendente da qualsiasi fornitore di piattaforme *online*; c) svolge le proprie attività al fine di presentare le segnalazioni in modo diligente, accurato e obiettivo».

<sup>54</sup> La nozione si ricollega al distinguo tra 'unilateral accidents' e 'bilateral accidents' tracciato da S. SHAVELL, *The Economic Analysis of Accident Law*, Cambridge MA, 1987, 5. Per ulteriori approfondimenti v. P. G. MONATERI, *Costo e prevenzione degli incidenti*, in *Analisi economica del diritto privato*, a cura di G. Alpa, P. Chiassoni, A. Pericu, F. Pulitini, S. Rodotà e F. Rimini, Milano, 1998, 290.



tori di prodotti dannosi, ma per tutti gli utenti professionali; con il risultato che operatori diligenti verrebbero a subire le conseguenze negative della noncuranza altrui<sup>55</sup>.

7. – Essendosi forse avveduti degli ostacoli a cui va incontro la teoria della responsabilità oggettiva d'impresa nello spazio digitale, alcuni autori hanno cercato un'altra via di fondazione del medesimo criterio di imputazione e hanno creduto di trovarla nella tutela del legittimo affidamento. Più nello specifico, si è osservato che il consumatore nutre una ragionevole aspettativa circa il fatto che il prestatore di mercati elettronici eserciti un controllo sui venditori di beni *online* e, in ogni caso, garantisca la sicurezza dei prodotti distribuiti tramite i suoi canali. *Ergo*, si è argomentato, ogniqualvolta un oggetto difettoso acquistato in rete provoca un danno, l'affidamento del consumatore risulta deluso e tanto basta a ritenere che l'operatore digitale debba rispondere del pregiudizio da quegli sofferto<sup>56</sup>.

Tale commistione tra responsabilità extracontrattuale e principio del ragionevole affidamento si coniuga con la linea seguita dal legislatore europeo che, sempre più di frequente, plasma gli elementi costitutivi delle fattispecie ascrivibili alla prima facendo ricorso al secondo o alla contigua nozione di apparenza<sup>57</sup>. Significativi esempi di questa tecnica di conformazione della fattispecie si trovano nella dir. 85/374/CE (e nella relativa proposta di revisione); dove il prodotto è considerato difettoso «quando non offre la sicurezza che ci si può legittimamente attendere tenuto conto di tutte le circostanze» (v. art. 6, par. 1, dir.; riprodotto, quasi alla lettera, dall'art. 6 proposta<sup>58</sup>), e il concetto di produttore include «la persona che, apponendo il proprio nome, marchio o altro segno distintivo sul prodotto, si presenta come produttore dello stesso» (art. 3, par. 1, dir.; ripreso, con qualche variazione, dall'art. 4 n. 11 proposta dir.<sup>59</sup>). Sempre restando alle fonti rilevanti per questo studio, la nozione di apparenza si trova impiegata all'art. 6, par. 3, DSA (a cui fa rinvio l'art. 6, par. 6, proposta) per delineare gli *online marketplace* potenzialmente soggetti a responsabilità per danni derivanti da contenuti illeciti messi in circolazione tramite il loro sito.

Benché suffragata dal legislatore, l'unione tra responsabilità aquiliana e affidamento o apparenza non può reputarsi felice. Difatti, mentre la prima prescinde da qualsivoglia contatto pregresso tra danneggiante e danneggiato, i secondi maturano e s'inscrivono nell'ambito di relazioni tra soggetti determinati. Coglie, pertanto, nel segno chi evidenzia che misurare la difettosità del prodotto in base all'affidamento di un soggetto determinato contrasta con la latitudine della «responsabilità extracontrattuale, che non solo consente di ritenere

<sup>55</sup> L'introduzione di un regime di responsabilità oggettiva potrebbe anche indurre i prestatori di piattaforme elettroniche a modificare l'attuale *policy* di offerta gratuita del servizio agli utenti non professionali: risolto parimenti indesiderabile come scrive G. SARTOR, *Providers Liability: From the e-Commerce Directive to the Future. Study for the European Parliament's Committee on Internal Market and Consumer Protection*, 2017, 11. Oppure – e non necessariamente in alternativa – i prestatori di servizi digitali potrebbero trasferire surrettiziamente il costo del risarcimento sugli utenti attuando pratiche più aggressive nella raccolta e trattamento dei dati: LEFOUILI e MADIO, *op. cit.*, 337 s.

<sup>56</sup> V. C. BUSCH, H. SCHULTE-NÖLKE, A. WIEWIÓROWSKA-DOMAGALSKA and F. ZOLL, *The Rise of the Platform Economy: A New Challenge for EU Consumer Law?*, in *Journal of European Consumer and Market Law*, 2016, 8; S. KREICZER-LEVY, *The Duties of Online Marketplace*, in *San Diego Law Review*, 2021, 303; C. M. Sharkey, *Holding Amazon Liable as a Seller of Defective Goods: A Convergence of Cultural and Economic Perspectives*, in *Northwestern University Law Review Online*, 2020, 351 s.

<sup>57</sup> Linea stimolata anche da una parte della dottrina. Cfr., oltre agli autori citati alla nt. precedente, l'art. 20 delle *Model Rules on Online Platforms* pubblicate nel 2019 dall'*European Law Institute*, ove si dice: «*[i]f the customer can reasonably rely on the platform operator having a predominant influence over the supplier, the customer can exercise the rights and remedies for the non-performance available against the supplier under the supplier-customer contract also against the platform operator*».

<sup>58</sup> Nella seconda si parla della sicurezza che la collettività ha diritto di attendersi («*the public at large is entitled to expect*»).

<sup>59</sup> V., *supra*, nt. 22.



responsabile il produttore pur quando egli non abbia venduto all'utilizzatore finale, ma altresì legittima ad agire per il risarcimento tutti coloro che siano stati danneggiati dal prodotto difettoso»<sup>60</sup>. Peraltro, al di là della sua opinabilità intrinseca, l'argomento che spiega la responsabilità oggettiva della piattaforma con la tutela dell'affidamento non può risultare decisivo, giacché tale ultimo elemento non si colloca nella sfera del soggetto che si vuole fatto responsabile, ma si situa – come la compensazione – ancora dal lato del danneggiato<sup>61</sup>.

Del resto, anche a voler prescindere da una qualche fondazione teorica, la responsabilità oggettiva e diretta dell'*online marketplace* per danno da prodotti non potrebbe comunque accogliersi, poiché tale criterio di imputazione lascia la piattaforma del tutto libera di impiegare misure di prevenzione che incidono negativamente sul diritto di iniziativa economica e sulla concorrenza, anziché guidarla nella scelta degli strumenti da adottare. Per contro, a quest'ultimo scopo si addice il modello della responsabilità per colpa oggettiva e specifica: cioè, un modello (di imputazione pur sempre diretta, ma) fondato sull'accertamento della difformità obiettiva rispetto a regole puntuali di condotta<sup>62</sup>. La definizione di tali canoni di comportamento non può, tuttavia, esser interamente affidata all'iniziativa degli operatori del mercato digitale, pena il rifluire nelle criticità proprie dell'imputazione oggettiva. Alla *self-regulation* andrebbe, dunque, preferita la *co-regulation*<sup>63</sup>. Sotto il profilo contenutistico, gli *standard* di condotta dovrebbero contemperare la protezione e sicurezza dei consumatori con ogni altro interesse o principio in gioco (libertà di impresa e di accesso al mercato, tutela della concorrenza, trasparenza delle procedure, minimizzazione nel trattamento dei dati, ecc.). Occorre cioè, in definitiva, elaborare delle linee guida capaci di indirizzare le piattaforme nell'esercizio del ruolo di «autorità private» nello spazio digitale<sup>64</sup>.

---

<sup>60</sup> Così A. ALBANESE, *La responsabilità civile per i danni da circolazione di veicoli ad alta automazione*, in *Eur. dir. priv.*, 2019, 1017; e, in seguito, adesivamente, SMORTO e PETRUSO, *op. cit.*, 39 s.

<sup>61</sup> In proposito si ricordi quanto detto, *retro*, par. 6.

<sup>62</sup> A margine giova precisare che il modello di imputazione suggerito non va incontro alle difficoltà in cui s'imbatterebbe la colpa generica: difatti quest'ultima, rimettendo al giudice il compito di stabilire volta per volta il livello di precauzione adeguato, comporterebbe costi di amministrazione molto elevati e un alto tasso di incertezza.

<sup>63</sup> In questa direzione si muove il DSA che, pur lasciando ampio margine di manovra regolatoria ai codici di condotta (v., *supra*, nt. 47), attribuisce alla Commissione poteri incisivi di controllo sul piano della redazione ed esecuzione dei codici in parola: cfr. cons. 106, 107, 132; art. 45, 46 e 47 DSA. Nello stesso senso, ancor prima, si era orientato il legislatore europeo con il reg. 2016/679/UE (*General Data Protection Regulation* o 'GDPR').

<sup>64</sup> Il sintagma ricalca il titolo del volume di C.M. BIANCA, *Le autorità private*, Napoli, 1977, *passim*, ove l'autore sottolinea l'opportunità di assicurare che il ruolo in parola venga esercitato nel rispetto di alcune coordinate generali e, in primis, del principio di uguaglianza.



MARINA FEDERICO

Assegnista di ricerca – Università Ca' Foscari Venezia

**NEGOZIARE LA CONVIVENZA.  
NOTE DI DIRITTO COMPARATO ED EUROPEO**

*“Once again they broke the Love Laws. That lay down  
who should be loved. And how. And how much”*  
Arundhati Roy, *The God of Small Things*

SOMMARIO: 1. Il diritto delle relazioni affettive e la messa in discussione di una dicotomia. – 2. Famiglia, contratto, Europa. – 3. Ordinamenti a confronto. Cenni su contratti di convivenza ed autonomia privata. – 4. Segue. Contratti di convivenza e vulnerabilità. – 5. Verso un modello europeo? Qualche spunto di riflessione. – 6. Considerazioni conclusive.

1. – Nel romanzo che l’ha resa nota al grande pubblico, “Il dio delle piccole cose”, la scrittrice indiana Arundhati Roy mette in discussione le “leggi dell’amore”, che determinano “chi bisogna amare, come e quanto”<sup>1</sup>. In Italia, tra le “leggi dell’amore” si annovera la c.d. legge Cirinnà (l. n. 76/2016) che ha introdotto nel nostro ordinamento le unioni civili tra le persone dello stesso sesso (art. 1, commi 1-35) e regolamentato le convivenze di fatto (art. 1, commi 36 ss.), ed in particolare i contratti di convivenza (art. 1, commi 50 ss.)<sup>2</sup>.

La legge, lungamente attesa, non ha, secondo parte della dottrina, soddisfatto le aspettative<sup>3</sup>. Alle unioni

<sup>1</sup> A. Roy, *The God of Small Things*, New York, 2017, p. 33.

<sup>2</sup> La legge in questione è la l. n. 76 del 20/05/2016, integrata dal d.lgs. n. 5 del 19/01/2017. Un riconoscimento delle unioni tra persone dello stesso sesso era assolutamente necessario in Italia, soprattutto in seguito alla notissima sentenza della Corte EDU del 21 luglio 2015, ric. 18766/11 e 36030/11, caso *Oliari c. Italia*, con cui la CEDU ha chiarito che gli artt. 8, 12, 14 della CEDU obbligano gli Stati nazionali aderenti alla convenzione ad istituire un quadro giuridico, non necessariamente corrispondente all’istituto del matrimonio, che consenta alle coppie omosessuali di contrarre un’unione registrata o civile che consenta loro di godere dei diritti fondamentali di una coppia che ha una relazione stabile (G. De Cristofaro, *Le “unioni civili” fra coppie del medesimo sesso. Note critiche sulla disciplina contenuta nei commi 1-34° dell’art. 1 della l. 20 maggio 2016, n. 76, integrata dal d.lgs. 19 gennaio 2017, n.5*, in *NLCC*, 2017, p. 104). Anche per questo, la scelta di disciplinare con un unico provvedimento le unioni civili e le convivenze di fatto, istituendo anche i contratti di convivenza, è stata giudicata come insolita. Si ritiene che l’intento del legislatore sia stato quello di dare un riconoscimento normativo ai “nuovi” modelli familiari, che già si erano affermati nel tessuto sociale – pur non indicandoli, però, dichiaratamente come tali, poiché le unioni civili e le convivenze sono descritte come “formazioni sociali” (art. 1, comma I; si veda C. M. Bianca, *Premessa al comma 36 e seguenti. Note introduttive*, in ID (a cura di), *Le unioni civili e le convivenze. Commento alla legge n. 76/2016 e ai d.lgs. n. 5/2017; d.lgs. n. 6/2017; d.lgs. n. 7/2017*, Torino, 2017, p. 469 ss.).

<sup>3</sup> Si veda F. Macario, *Nuove norme sui contratti di convivenza: una disciplina parziale e deludente*, in *Giustiziacivile.com*, 2016. Per una panoramica dello stato dell’arte prima della legge n. 76 del 2016 ci si limita, in questa sede, a rinviare a E. Moscati – A. Zoppini (a cura di), *I contratti di convivenza*, Torino, 2002, *passim*; E. Del Prato, *Patti di convivenza*, in *Famiglia*, 2002, p. 959 ss.; L.



tra persone dello stesso sesso è stata conferita rilevanza giuridica, ma non la stessa tutela accordata alle coppie matrimoniali. Gli effetti giuridici delle convivenze di fatto sono stati definiti, e i contratti di convivenza, in una certa misura, “tipizzati”<sup>4</sup>, ma sono state sollevate diverse critiche con riferimento ad alcune scelte legislative dotate di implicazioni sistematiche (per esempio, il fatto che il legislatore non abbia riconosciuto la natura familiare dei rapporti di coabitazione, che trovano, invece, la loro legittimazione normativa nelle formazioni sociali di cui all’art. 2 della Costituzione<sup>5</sup>).

Il contratto di convivenza potrebbe essere descritto come un contratto a causa familiare, con il quale due conviventi, vale a dire “due persone maggiorenni stabilmente unite da legami affettivi di coppia e di reciproca assistenza morale e materiale”, scelgono di regolare gli assetti patrimoniali del proprio rapporto<sup>6</sup>. Tale istituto sembra espressione del passaggio dallo *status* al contratto<sup>7</sup> che si è verificato nel diritto di famiglia contemporaneo<sup>8</sup>. Se tradizionalmente, infatti, negli ordinamenti occidentali, la materia delle obbligazioni e quella della famiglia sono state concepite come inevitabilmente distanti tra loro, tale assunto appare, oggi, quantomeno meritevole di riconsiderazione<sup>9</sup>.

L’idea della “specialità” del diritto di famiglia è stata a lungo giustificata dalla presenza, in quest’area giuridica, degli aspetti intimi, legati alla sfera privata dell’individuo, e in tal senso non riconducibili al novero degli interessi negoziabili. Si tratta, a ben vedere, di un’operazione simile a quella realizzata in epoca coloniale, quando gli europei imposero ai popoli nativi il loro diritto “patrimoniale”, ma concessero ai gruppi dirigenti locali, almeno in una fase iniziale, di continuare ad applicare le proprie regole ai rapporti non economici<sup>10</sup>.

---

Balestra, *La famiglia di fatto*, Padova, 2004, *passim*; ID, *Contratto di convivenza, transazione e adempimento dell’obbligazione naturale*, in *Riv. trim. dir. proc. civ.*, 2011, p. 921 ss.; G. Autorino – P. Stanzone, *Unioni di fatto e patti civili di solidarietà. Prospettive de iure condendo*, in G. Autorino – P. Stanzone (a cura di), *Il diritto di famiglia nella dottrina e nella giurisprudenza. Trattato teorico-pratico, vol. I, Il diritto di famiglia. Il matrimonio. Le unioni di fatto. I rapporti personali*, Torino, 2011, p. 247 ss.; S. Sica, *Famiglia non fondata sul matrimonio e autonomia negoziale*, in *ivi*, pp. 409-433; S. Delle Monache, *Convivenza more uxorio e autonomia contrattuale*, in *Riv. dir. civ.*, 2016, p. 944 ss.; M. R. Marella, *Qualche notazione sui possibili effetti simbolici e redistributivi della legge Cirinnà*, in *Riv. crit. dir. priv.*, 2016, p. 231 ss.

<sup>4</sup> Per alcuni rilievi critici, M. Sesta, *Matrimonio e famiglia a cinquant’anni dalla legge sul divorzio*, in C. Camardi (a cura di), *Divorzio e famiglie. Mezzo secolo di storia del diritto italiano, Atti del Convegno – Università Ca’ Foscari Venezia, 11-13 novembre 2021*, Milano, 2022, p. 67 ss.; R. Amagliani, *I contratti di convivenza nella l. 20 maggio 2016, n. 76 (c.d. legge Cirinnà)*, in *Contr.*, 2018, p. 317; E. Quadri, “Convivenze” e “contratto di convivenza”, in *Jus Civile*, 2017, in part. p. 106; G. Villa, *La gatta frettolosa e i contratti di convivenza*, in *Corr. giur.*, 2016, p. 1189 ss.; ID, *Il contratto di convivenza nella legge sulle unioni civili*, in *Riv. dir. civ.*, 2016, p. 1319 ss.

<sup>5</sup> Art. 1, comma I, l. n. 76/2016, sulla scia di quanto affermato in C. Cost., 15 aprile 2010, n. 138. Sul punto, in prospettiva critica, S. Patti, voce *Convivenza e contratto di convivenza*, in *Enc. dir., I Tematici – Famiglia*, diretto da F. Macario, Milano, 2022, p. 223; G. D’Amico, *Riflessioni sulla famiglia (recte: sulle famiglie) come fattispecie*, in *Famiglia*, 2024, p. 773.

<sup>6</sup> Si potrebbe trattare di un negozio giuridico familiare, su cui S. Pagliantini, *Sul negozio giuridico: itinerari novecenteschi e della contemporaneità*, Napoli, 2023, p. 119, che rinvia a C. M. Bianca, *Diritto civile. La famiglia*, Milano, 2017, p. 12. Si rinvia anche, di recente, a G. Autorino, *Profili evolutivi del diritto di famiglia (per un’introduzione storico-sistematica)*, in *Comparazione e diritto civile*, 2018, spec. pp. 13-14.

<sup>7</sup> M. R. Marella, *The Contractualisation of Family Law in Italy*, in F. Swennen (a cura di), *Contractualisation of Family Law – Global Perspectives*, Cham, 2015, p. 241 ss.

<sup>8</sup> Sul punto, G. Alpa, *La legge sulle unioni civili e sulle convivenze. Qualche interrogativo di ordine esegetico*, in *NGCC*, 2016, p. 1718 ss.

<sup>9</sup> M. R. Marella – G. Marini, *Di cosa parliamo quando parliamo di famiglia*, Roma-Bari, 2014, pp.4 ss., 21 ss.; J. Halley – K. Rittich, *Critical Directions in Family Law: Genealogies and Contemporary Studies of Family Law Exceptionalism*, in *American Journal of Comparative Law*, 2010, p. 753 ss. Per un’analisi della tassonomia effettuata da Friedrich Carl Von Savigny con riferimento alla distinzione tra diritti patrimoniali e non nel sistema del diritto privato, si rinvia a D. Kennedy, *Savigny’s Family/Patrimony Distinction and its Place in the Global Genealogy of Classical Legal Thought*, in *American Journal of Comparative Law*, 2010, p. 811 ss.

<sup>10</sup> J. Halley – K. Rittich, *op. cit.*, p. 755; M. R. Marella, *Ripensare lo statuto del diritto privato nella dimensione collettiva degli interessi*, in *The Cardozo Electronic Law Bulletin*, 2019, p. 3.



E così, a fronte del principio dell'uguaglianza formale dei soggetti, riferito ai rapporti di mercato, per molto tempo il diritto ha istituito nella famiglia, attraverso la tecnica dello *status*, una situazione di “disuguaglianza” dei suoi componenti<sup>11</sup>, e dunque una sorta di “*summa divisio*” tra diritto patrimoniale e diritto familiare.

Tuttavia, la globalizzazione, la riconsiderazione della famiglia come sede di estrinsecazione e realizzazione della personalità dell'individuo, dell'autodeterminazione e della libertà della persona, la presa di coscienza della sua natura di centro di produzione di reddito e consumo<sup>12</sup>, per un verso; e per altro verso, l'ampliamento del raggio di operatività dei diritti fondamentali anche alla dimensione del contratto, e l'aumento della fiducia in questo istituto come mezzo di trasformazione sociale<sup>13</sup>, hanno portato a rivedere quella divisione e a sostituirla con quello che viene chiamato oggi il “diritto delle relazioni affettive”<sup>14</sup>, caratterizzato da una dinamica componente di autonomia privata.

Ed infatti, mentre, per quanto riguarda i rapporti tra genitori e figli, e gli aspetti più personali delle relazioni di coppia, le esigenze di ordine pubblico, il primato della persona e la sua indisponibilità, sono rimasti, tendenzialmente, prevalenti rispetto all'autonomia privata – cui, quindi, viene lasciato minore spazio<sup>15</sup> – quest'ultima è stata sempre più valorizzata, negli ultimi anni, nella regolazione degli aspetti patrimoniali dei rapporti affettivi.

E così, ad oggi, coniugi e conviventi ricorrono agli schemi contrattuali per imprimere un certo assetto ai loro interessi, oltre ed al di là degli schemi normativi. Questa tendenza ha coinciso con la crescente importanza attribuita alla persona ed *alle persone*, nell'ultimo secolo, in Europa<sup>16</sup>, ritenendosi che una società pluralista debba permettere di regolare *anche* i propri rapporti personali al di fuori degli schemi tradizionali e predeterminati, “contrattualizzandoli”<sup>17</sup>.

Pertanto, nella dimensione familiare, i singoli devono poter costruire la propria personalità e realizzare i propri bisogni al di fuori degli schemi dominanti, tra cui quello matrimoniale, tradizionalmente preferito dal nostro ordinamento, ma criticato, in quanto etero-normativo e ancora di stampo patriarcale<sup>18</sup>. Peraltro, non è

<sup>11</sup> F. Caggia, *Capire il diritto di famiglia attraverso le sue fasi*, in *Riv. dir. civ.*, 2017, p. 1579.

<sup>12</sup> F. Swennen, *Contractualisation of Family Law in Continental Europe*, in *Familie & Rechte*, 2013, p. 3.

<sup>13</sup> M. Grondona, *Il diritto contrattuale, ovvero il diritto della fiducia. Premesse per una discussione*, in A. Marchese (a cura di), *Sul contratto. Raccolta degli scritti di presentazione del volume “Contratto” della collana “I Tematici” dell'Enciclopedia del diritto*, Messina, 2023, p. 72.

<sup>14</sup> P. Cendon (a cura di), *Il diritto delle relazioni affettive. Nuove responsabilità e nuovi danni*, Padova,

<sup>15</sup> Si pensi, ad esempio, al riconoscimento, nell'ordinamento italiano, come in quello europeo, dell'istituto islamico della kafala, con cui, nei Paesi islamici, può instaurarsi una “relazione di cura”, che non si concretizza in un rapporto di filiazione, né di affidamento, tra maggiorenni e minori abbandonati. In merito, e sugli orientamenti recenti della nostra Corte di Cassazione, C. Peraro, *L'istituto della Kafala quale presupposto per il ricongiungimento familiare con il cittadino europeo: la sentenza della Corte di Giustizia nel caso S. M. contro Entry clearance office*, in *Riv. dir. internaz. priv. e proc.*, 2019, p. 319 ss.; R. Senigaglia, *Il significato del diritto al ricongiungimento familiare nel rapporto tra ordinamenti di diversa “tradizione”. I casi della poligamia e della kafala di diritto islamico*, in *Eur. dir. priv.*, 2014, p. 533 ss.

<sup>16</sup> Tale processo segna anche il passaggio dal “soggetto di diritto” ai soggetti, alle persone, con la graduale presa di coscienza, da parte dell'ordinamento giuridico (non ancora completa) delle intersezioni che caratterizzano la personalità degli individui, e l'affermazione di strumenti che consentono alle persone di liberarsi dalle “coercizioni identitarie” (v. M. R. Marella, *Queer eye for the straight guy. Sulle possibilità di un'analisi giuridica queer*, in M. G. Bernardini – O. Giolo (a cura di), *Le teorie critiche del diritto*, Pisa, 2017, p. 249 ss.; ampiamente, sull'intersezionalità, si rinvia al fondamentale lavoro di K. Crenshaw, *Demarginalizing the Intersection of Race and Sex: A Black Feminist Critique of Antidiscrimination Doctrine, Feminist Theory and Antiracist Politics*, University of Chicago Legal Forum, 1989).

<sup>17</sup> F. Caggia, *op. cit.*, p. 1576.

<sup>18</sup> C. Camardi, *Pluralismo e statuti giuridici delle persone*, in *Jus civile*, 2023, pp. 73-74.



certamente semplice comprendere e definire i limiti dell'autonomia privata in questo campo, e riuscire a salvaguardare e promuovere le differenze tra identità ed individui, evitando di giungere ad esiti paradossalmente discriminatori e neutralizzando il rischio che le definizioni normative "imprigionino" l'individuo nella sua diversità<sup>19</sup>.

Proprio i contratti di convivenza segnano l'apertura della famiglia "alle logiche della patrimonialità"<sup>20</sup>, intaccano la presunta specialità del diritto delle relazioni intime, e si dispongono a realizzare effetti redistributivi, non solo interni alla coppia, ma anche esterni; consentendo alle coppie di conviventi di usufruire di alcuni benefici, prima solo tipici del matrimonio e, gradualmente, di segnare anche un cambiamento nei ruoli di genere<sup>21</sup>.

Il riconoscimento giuridico dei rapporti di convivenza e dei contratti che li regolano non deve, però, esitare nella "stigmatizzazione" di queste nuove forme di regolazione del rapporto<sup>22</sup>; e resta fondamentale assicurare una certa tutela normativa agli individui che si trovino in situazioni di svantaggio o di debolezza, senza rimettere tutto all'autonomia privata, considerata la diversità delle situazioni che possono prospettarsi all'interno delle coppie.

Per quanto il diritto di famiglia sia estremamente legato al contesto storico, culturale e sociale di riferimento<sup>23</sup>, i sopramenzionati cambiamenti hanno coinvolto tutti gli Stati europei<sup>24</sup>. Ovunque, in Europa, negli scorsi anni, si è discusso della validità degli accordi prematrimoniali<sup>25</sup>, degli accordi presi in considerazione dello scioglimento e della crisi del rapporto<sup>26</sup>, nonché delle convenzioni stipulate in costanza di una convivenza; una prassi che, già da prima della legge Cirinnà, cominciava ad affermarsi in Italia come negli altri Paesi d'Europa, e che, come anticipato, può essere vista come l'emblema dell'ingresso dell'autonomia privata nei rapporti familiari<sup>27</sup>.

---

<sup>19</sup> C. Camardi, *op. cit.*, p. 78.

<sup>20</sup> F. Caggia, *op. cit.*, p. 1580.

<sup>21</sup> Si veda M. R. Marella, *La contrattualizzazione dei rapporti di coppia. Appunti per una rilettura*, in *Riv. crit. dir. priv.*, 2003, p. 57 ss.

<sup>22</sup> Queste considerazioni sono espresse in C. Camardi, *op. cit.*, p. 77 e, in generale, in G. Marini, *La giuridificazione della persona. Ideologie e tecniche nei diritti della personalità*, in *Riv. dir. civ.*, 2006, p. 360 ss.

<sup>23</sup> Un'interessante lettura della famiglia come immagine di un certo tipo di Stato e di società è offerta da M. F. Lenaerts, *National socialist family law: the influence of national socialism on marriage and divorce law in Germany and the Netherlands*, in *Studies in the History of Private Law*, Leida, 2014, p. 27 ss.

<sup>24</sup> A. Fusaro, *Marital contracts, chevertraege, convenzioni e accordi prematrimoniali. Linee di una ricerca comparatistica*, in *NGCC*, 2012, p. 475.

<sup>25</sup> Gli accordi prematrimoniali erano stati inseriti anche nel progetto di riforma del c.c. italiano, poi sospeso (su cui si rinvia al commento di R. Amagliani, *Gli accordi prematrimoniali nel disegno di legge governativo per la riforma del codice civile*, in *Contr.*, 2019, p. 601 ss.). Su questo tema, si rinvia a L. Ventura, *Gli accordi prematrimoniali, tra ampliamento dell'autonomia privata e controllo giudiziale, all'esame della feminist relational contract theory*, in *Riv. dir. civ.*, 2022, p. 317 ss. In Inghilterra, in particolare, i *pre-nuptial agreements* sono considerati generalmente validi, a partire dalla sentenza UKSC, *Granatino v. Radmacher* [2010] 42, che ha aperto la strada verso il riconoscimento anche degli accordi tra coniugi.

<sup>26</sup> Su cui si veda, tra i molti, A. Fusaro, *La circolazione dei modelli giuridici nell'ambito dei patti in vista della crisi del matrimonio*, in S. Landini – M. Palazzo (a cura di), *Accordi in vista della crisi dei rapporti familiari*, in *Biblioteca della fondazione italiana del notariato*, 2018, p. 7 ss.

<sup>27</sup> Indicati generalmente come "patti di convivenza", per distinguerli dai contratti di convivenza. Può trattarsi di contratti di locazione, comodato, usufrutto e così via (v. D. Achille, *Comma 53*, in C. M. Bianca (a cura di), *op. cit.*, p. 650 ss.).



2. – Come è noto, l’Unione Europea non ha competenza in materia di diritto di famiglia, ad eccezione delle “misure aventi implicazioni transnazionali” (art. 81 TFUE)<sup>28</sup>. Eppure, sin dagli anni settanta, il diritto comunitario ha esercitato una forte influenza sul diritto di famiglia nazionale, soprattutto attraverso l’emanazione di atti normativi rivolti a combattere le discriminazioni, specialmente di genere<sup>29</sup>. D’altra parte, “un’Europa che si limitasse a registrare una realtà familiare disarticolata e dispersa, sicuramente verrebbe meno agli scopi e agli obiettivi suoi propri”<sup>30</sup>.

L’Europa solidale<sup>31</sup>, inaugurata con il trattato di Maastricht, con cui è stata istituita la cittadinanza europea, riconosce, infatti, diritti e libertà agli europei in quanto tali, e non solo in quanto attori di mercato. La c.d. Carta di Nizza, inoltre, dotata ormai dello stesso valore giuridico dei Trattati, sancisce a sua volta il rispetto della vita privata e familiare, l’uguaglianza e il principio di non discriminazione, il diritto a sposarsi ed a costituire una famiglia, nelle sue varie forme<sup>32</sup>.

Considerato il numero sempre maggiore di coppie composte da individui di cittadinanza diversa che conducono la loro vita familiare “a cavallo” di diverse parti d’Europa, le determinazioni contenute nei contratti di convivenza sono suscettibili di incidere in maniera significativa sulla libertà di circolazione, di prestare servizi e di stabilimento, e le implicazioni di diritto internazionale privato sono numerose. Tra l’altro, non solo i cittadini europei, ma anche i loro familiari sono dotati di importanti diritti, collegati all’assegnazione di un permesso di soggiorno o altri benefici ed è, dunque, di cruciale importanza comprendere chi possa essere considerato tale<sup>33</sup>.

Anche altre organizzazioni internazionali, oltre l’Unione Europea, si sono interessate specificamente al tema dei contratti tra conviventi; la Raccomandazione n. 3 del 1988 sulla validità dei contratti tra conviventi e sulle disposizioni testamentarie, per esempio, emanata dal comitato interministeriale del Consiglio d’Europa, esprime il proprio favore verso tali forme di regolamentazione dei rapporti patrimoniali tra coppie non matrimoniali<sup>34</sup>.

I contratti di convivenza sembrano, quindi, prestarsi ad una riflessione di ampio respiro, non solo legata all’ordinamento nazionale. Per tale ragione, nel presente lavoro, si è scelto di procedere allo studio di tali contratti con riferimento, in particolare, a tre ordinamenti: quello italiano, quello francese e quello inglese. Il legislatore francese già nel 1999, con la legge n. 99-944, ha introdotto all’interno del codice civile lo strumento del *Pacte Civil De Solidarité* (PACS), per cui i conviventi possono iscrivere, in un apposito registro,

<sup>28</sup> C. Honorati, *Verso una competenza della Comunità europea in materia di diritto di famiglia?*, in C. Ricci – S. Bariatti, *La famiglia nel diritto internazionale privato comunitario*, Milano, 2007, p. 3 ss. È stato osservato come, per esempio, riconoscendo determinati effetti alle relazioni formalmente registrate l’Unione Europea si sia, di fatto, pronunciata favorevolmente rispetto a queste ultime, e così via (v. la Dir. 2003/86/CE sul rinvio familiare). Sul punto, si vedano anche M. Antokolskaia, *Harmonisation of family law in Europe: a historical perspective*, in M. Antokolskaia (a cura di), *Convergence and divergence of family law in Europe*, Anversa, 2007; R. Lamont, *Registered partnership in European Union law*, in J. M. Scherpe – A. Hayward (a cura di), *The future of registered partnership*, Cambridge, p. 499.

<sup>29</sup> K. Boele-Wolki, *The Road Towards a European Family Law*, in *Electronic Journal of Comparative Law*, 1997, p. 1 ss.

<sup>30</sup> V. Scalisi, “Famiglia” e “famiglie” in Europa, in *Riv. dir. civ.*, 2013, p. 10.

<sup>31</sup> Estensivamente, G. Alpa, *Solidarietà: un principio normativo*, Bologna, 2022.

<sup>32</sup> Carta dei Diritti Fondamentali dell’Unione Europea (CDFUE), art. 9. In argomento, E. Bargelli, voce *Famiglia (profili di diritto europeo)*, in F. Macario (a cura di), *op. cit.*, p. 442.

<sup>33</sup> R. Lamont, *op. cit.*, p. 503. Ad esempio, la Direttiva 2004/38/CE prevede che lo Stato membro ospitante agevoli l’ingresso e il soggiorno del *partner* di un cittadino dell’Unione, con cui questi abbia una relazione stabile, debitamente attestata; la Direttiva, inoltre, richiama anche le nozioni di “dipendenza” economica e fisica in ambito familiare (v. G. D’Amico, *op. cit.*, p. 782, sul punto e per delle riflessioni di ampio respiro sul diritto di famiglia europeo).

<sup>34</sup> Recommendation n. R. (88) 3 Council of Europe, Committee of Ministers, disponibile su: <https://rm.coe.int/rec-88-3e-on-the-validity-of-contracts-between-persons-living-together/1680a3b3e8>.



un contratto contenente i termini della loro unione<sup>35</sup>. In Inghilterra e in Galles, invece, i *cohabitation agreements* non sono regolati dalla legge, ma sono ammessi dalla giurisprudenza. Nonostante non sia più ufficialmente parte dell'Unione Europea, la scelta di guardare all'Inghilterra si giustifica per l'appartenenza culturale, oltre che geografica, di tale Paese all'Europa, ed in quanto ordinamento rappresentativo dei sistemi di *common law*<sup>36</sup>. Infine, il nostro ordinamento presenta pure alcune peculiarità che lo rendono meritevole di attenzione; i contratti di convivenza, infatti, proprio come in Francia, non attribuiscono lo *status* di conviventi ai membri della coppia, ma garantiscono loro determinati diritti e doveri, che superano quelli che possono derivare dall'applicazione della disciplina generale delle obbligazioni e dei contratti.

Il confronto tra ordinamenti verrà svolto alla luce di due principi: quello dell'autonomia privata e della tutela delle situazioni di vulnerabilità all'interno della coppia. L'autonomia privata non solo è espressione della volontà di autodeterminarsi e di delineare assetti e contorni della vita familiare e di coppia, ma anche della libertà di esprimere liberamente la propria personalità<sup>37</sup>.

Laddove, però, vi siano squilibri economici e non solo, che rendono una parte più vulnerabile rispetto all'altra, sarà necessario impedire che l'autonomia privata possa condurre ad un aumento delle disuguaglianze (sociali, di classe, di genere, etniche e di vario tipo), che ancora permeano la nostra società e le relazioni affettive<sup>38</sup>.

Vanno infatti garantite le fondamentali esigenze di ordine pubblico e di tutela dei soggetti "deboli", quali la parte più vulnerabile del rapporto o eventuali figli<sup>39</sup>. Le situazioni di squilibrio e di asimmetrie di potere, se così possono essere chiamate, tra parti, possono emergere nella fase delle trattative, durante la conclusione del contratto e nel corso della sua esecuzione, e sono suscettibili di alterare l'architettura del contratto stesso. In questo senso, appare fondamentale assumere un approccio intersezionale, che tenga quindi conto e non sia cieco rispetto alle forme di marginalizzazione basate sul genere, sull'etnia, sulla classe, sulla lingua, sull'età, presenti nel contesto europeo<sup>40</sup>.

In ambito familiare bisogna, poi, fare i conti con ruoli di genere spesso prestabiliti. Si pensi al lavoro domestico, molto frequentemente affidato ancora soltanto alla donna, e che stenta ad essere pienamente riconosciuto come contributo alla vita familiare; per cui, però, il *caregiver* spesso abbandona o trascura altre opportunità ed attività, professionali e lavorative<sup>41</sup>. L'autonomia privata deve, perciò, se occorre, cedere il passo alla tutela del soggetto vulnerabile.

<sup>35</sup> Sui PACS, si rinvia, tra i molti, a A. Ambanelli, *La disciplina del pacte civil de solidarité e del concubinage*, in *NGCC*, 2001, p. 75 ss.; L. Rubellin-Devichi, *Le coppie non sposate: lo stato della legislazione in Francia*, in M. R. Marella – F. Grillini, *Stare insieme. I regimi giuridici della convivenza tra status e contratto*, Napoli, 2001, p. 69 ss.; I. Riva, *Il PACS o la convivenza registrata in Francia*, in *Contr. e impr./Europa*, 2005, p. 742 ss.; S. Fulli-Lemaire, *La privatisation du droit de la famille en France. Perspectives comparatives*, in *Revue Internationale de Droit Comparé*, 2016, p. 405 ss.

<sup>36</sup> Simile anche la scelta del legislatore tedesco per quanto attiene le convivenze eterosessuali; agli individui di sesso diverso in una relazione stabile è garantito il diritto di unirsi in matrimonio o di regolare il loro rapporto mediante gli strumenti di diritto contrattuale (S. Patti, *op. cit.*, p. 223).

<sup>37</sup> T. Auletta, *Disciplina delle unioni non fondate sul matrimonio: evoluzione o morte della famiglia?*, in *NLCC*, 2016, p. 1304.

<sup>38</sup> S. Thompson, *op. cit.*, p. 623. L'Autrice fa attenzione a distinguere, in questo senso, tra autonomia e consenso: il consenso può anche essere valido, ma una parte è veramente autonoma quando riesce a prendere delle decisioni capendone effettivamente le conseguenze (cfr. anche S. McLean, *Autonomy, consent and the law*, New York, 2010, p. 215).

<sup>39</sup> Sugli accordi nell'ambito del diritto di famiglia ed una loro interpretazione in chiave femminista, si rinvia a S. Thompson, *Feminist Relational Contract Theory: A New Model for Family Property Agreements*, in *Journal of Law & Society*, 2018, p. 617 ss.

<sup>40</sup> Si rinvia, sul punto, per tutti, a K. Crenshaw, *op. cit.* e, da ultimo, alla raccolta di saggi contenuti in *Intersezionalità: Genealogia di un Metodo Giuridico*, Napoli, 2024, nonché alla provocatoria relazione di M. Hesselink – L. Tjon Soei Len, *European Private Law and Intersectionality: Three Strategies*, SECOLA Annual Conference – Contract and Power, Londra, 2024.

<sup>41</sup> M. R. Marella, *Contractualisation*, cit., *passim*; ID, *Il diritto delle relazioni familiari fra stratificazioni e 'resistenze'. Il lavoro domestico e la specialità del diritto di famiglia*, in *Riv. crit. dir. priv.*, 2010, p. 233 ss.



Tali due principi, di tutela dell'autonomia privata e delle situazioni di vulnerabilità, fungeranno da *tertium comparationis* per una valutazione del quadro normativo in Italia, Francia e Inghilterra. Si cercherà di appurare, infatti, come i tre sistemi giuridici assicurano e bilanciano queste esigenze<sup>42</sup>.

Infine, ci si propone di svolgere qualche riflessione sui progetti finora intrapresi a livello sovranazionale ed europeo per elaborare dei principi comuni in questa materia<sup>43</sup>. Il riferimento principale sarà al progetto della *Commission on European Family Law*, gruppo di studiosi guidato da Katharina Boele-Woelki, rivolto ad ipotizzare delle regole europee di portata generale con il fine ultimo di favorire l'armonizzazione del diritto di famiglia<sup>44</sup>. In particolare, ci si soffermerà soprattutto sui principi CEFL relativi agli aspetti patrimoniali delle unioni di fatto (“*Principles regarding the property, maintenance and succession rights of couples in de facto unions*”). Per quanto il lavoro della Commissione sia stato autorevolmente criticato, in particolare con riguardo ai parametri adottati (vale a dire, la ricerca della *better law* e del *common core*, su cui nel prosieguo si tornerà)<sup>45</sup>, i *Principles* hanno senz'altro avuto il pregio di stimolare il dialogo tra attori istituzionali, comunità accademica e società civile, nonché quello di avviare un dibattito realmente transnazionale sui limiti, il contenuto e l'estensione del diritto privato europeo<sup>46</sup>.

Proprio nel preambolo ai principi CEFL sugli aspetti patrimoniali delle convivenze, vengono annoverate l'autonomia privata, la certezza giuridica e la tutela della vulnerabilità tra i principi fondamentali che le normative nazionali devono garantire. Se, dunque, gli ordinamenti europei riusciranno a conciliare e bilanciare tali istanze, il contratto di convivenza potrebbe proporsi come ottimo strumento di collaborazione tra le parti<sup>47</sup>, e realmente fungere da sostegno e cornice dei rapporti familiari non matrimoniali<sup>48</sup>.

**3. – Il contesto sociale in cui si incardina l'analisi sui contratti di convivenza è un contesto sociale in costante mutamento, dove le unioni non-matrimoniali guadagnano sempre più popolarità<sup>49</sup>.**

<sup>42</sup> Per delle riflessioni sul rapporto tra autonomia privata ed esigenze di protezione del soggetto debole, nel diritto di famiglia, si rinvia a M. R. Marella, *Contractualisation*, cit., p. 241.

<sup>43</sup> Per esempio, si vedano le conclusioni delle Commissioni di studio dell'Unione internazionale Magistrati del 1985 (G. Oberto, *I diritti dei conviventi. Realtà e prospettive tra Italia e Europa*, Milano, 2012, p. 87).

<sup>44</sup> La Commissione europea sul diritto di famiglia è stata istituita nel 2001, ed è composta da esperti di diritto comparato ed europeo dei vari Stati dell'Unione. I principi finora elaborati dalla Commissione sono i seguenti: *Principles on Divorce and Maintenance between Former Spouses; on Parental Responsibilities; on Property Relations between Spouses; Regarding Property, Maintenance and Succession Rights in de facto Unions*. Alcune informazioni sul lavoro della CEFL sono disponibili sul sito web dedicato, disponibile su: <https://ceflonline.net/>.

<sup>45</sup> M. R. Marella – G. Marini, *op. cit.*, p. 127 ss.; M. R. Marella, *The Non-Subversive Function of European Private Law: the Case of Harmonization of Family Law*, in *European Law Journal*, 2006, p. 78 ss.

<sup>46</sup> Sul diritto di famiglia, tra pubblico e privato, si vedano J. Halley – K. Rittich, *op. cit.*, *passim*; M. R. Marella – G. Marini, *op. cit.*, p. 7 ss.

<sup>47</sup> D. Markovits, *Contract and Collaboration*, in *Yale L. Journ.*, 2004, p. 1419 ss.

<sup>48</sup> Si veda F. Swennen, *op. cit.*, p. 3, che riprende W. G. Runciman, *A theoretical overview*, in Q. Skinner, *Families and States in Western Europe*, Cambridge, 2011, pp. 15 ss., per cui: “*families are intermediate bodies which should perform the functions of solidarity*”.

<sup>49</sup> Per delle riflessioni di portata generale sull'evoluzione dei modelli familiari, N. Lipari, voce *Famiglia (evoluzione dei modelli sociali e legali)*, in F. Macario (a cura di), *op. cit.*, spec. p. 420 ss. In Inghilterra, nel 2021, 3.6 milioni di coppie si dichiaravano conviventi stabili; un numero in costante crescita, mentre le coppie in procinto di sposarsi o di costituire una *civil partnership* apparivano, invece, in diminuzione (C. Fairbairn, “*Common law marriage*” and *cohabitation*, House of Commons Library, Research briefing, 2022, disponibile su: <https://researchbriefings.files.parliament.uk/documents/SN03372/SN03372.pdf>. Per un'analisi di tipo sociologico dei cambiamenti nelle dinamiche familiari in Inghilterra, si rinvia a J. Lewis, *Debates and Issues Regarding Marriage and Cohabitation in the British and American Literature*, in *International Journal of Law, Policy and the Family*, 2001, pp. 159 ss.). In



Nel nostro sistema giuridico, come è noto, un contratto di convivenza ai sensi della legge n. 76/2016 può essere stipulato tra soggetti maggiorenni, dello stesso o di sesso diverso, non vincolati da rapporti di parentela, affinità o adozione, da matrimonio o unione civile, “uniti stabilmente da legami affettivi di coppia e reciproca assistenza morale e materiale”<sup>50</sup>.

Il contenuto del contratto, ai sensi del comma 53 dell’art. 1 della legge sulle unioni civili, può indicare la residenza, le modalità di contribuzione alle necessità della vita in comune ed il regime patrimoniale della comunione legale; si ritiene, però, che l’elenco abbia natura meramente esemplificativa e che, nei limiti della patrimonialità, il contratto possa essere liberamente definito<sup>51</sup>.

Rimane, quindi, preclusa la possibilità di stipulare con questo strumento accordi relativi all’esercizio della responsabilità genitoriale, ed è invece dibattuta quella di regolare gli aspetti relativi alla cessazione del rapporto<sup>52</sup>. È senz’altro lecito anche prevedere un obbligo di mantenimento a favore del contraente più debole, oltre l’obbligo legale di prestare gli alimenti<sup>53</sup>. In generale, fintanto che si rimane nell’ambito patrimoniale, il contenuto degli accordi è libero, purché superi, come sempre, il vaglio di meritevolezza<sup>54</sup>.

Si è discusso sulla natura del contratto di convivenza, quale atto negoziale di tipo familiare, o vero e proprio contratto<sup>55</sup>. Nonostante alcune previsioni, quali il divieto di apporre termini o condizioni, sulla falsariga dell’art. 108 c.c., o la possibilità di optare per il regime patrimoniale della comunione<sup>56</sup>, l’ultima opzione sembra preferibile<sup>57</sup>.

Proprio perché, quindi, altrimenti potrebbe sembrare eccessivamente restrittivo nei confronti dell’autonomia privata, il divieto di apporre termini e condizioni al contratto, legislativamente sancito al comma 56 della legge Cirinnà, è stato interpretato in quanto riferito al contratto nel suo complesso, e non alle sue singole clausole<sup>58</sup>. È, quindi, possibile prevedere l’applicazione di una diversa modalità di contribuzione ai bisogni della famiglia al verificarsi di particolari circostanze; come un nuovo lavoro o la nascita di un figlio, nonché subordinare i trasferimenti di proprietà o l’attribuzione di diritti reali ad eventi futuri ed incerti, quali la restituzione dell’immobile da parte di un terzo detentore, e così via<sup>59</sup>. In altre parole, si ritiene che il divieto di apporre termini o condizioni al contratto sia più che altro volto ad evitare che questo sia composto da clausole che finiscono con il limitare la libertà personale delle parti, inducendo a continuare la convivenza

---

Francia, nel 2022, si contavano 209.827 PACS e 247.710 nuovi matrimoni (tra persone dello stesso e di diverso sesso) (si vedano i dati raccolti dall’INED, Institut National D’Études Démographiques, disponibili su: <https://www.ined.fr/fr/tout-savoir-population/chiffres/france/mariages-divorces-pacs/>). Non sono disponibili i dati ufficiali dell’Istituto di Statistica Nazionale italiano (ISTAT) sulla diffusione dei contratti di convivenza, ma si conta che nel 2022 siano stati celebrati 189.140 matrimoni e 2.813 unioni civili, e che le convivenze *more uxorio* siano circa 1.500.000 ([https://www.istat.it/it/files/2022/02/Report\\_Matrimoni-unioni-separazioni-2020\\_21\\_02.pdf](https://www.istat.it/it/files/2022/02/Report_Matrimoni-unioni-separazioni-2020_21_02.pdf)). Si riscontra, in Italia, una tendenza a sfuggire dai modelli impostati dal legislatore in ambito familiare, cui i contratti di convivenza non sembrano fare eccezione.

<sup>50</sup> Art. 1, comma 36, L. n. 76/2016.

<sup>51</sup> Sulla tassatività o meno del contenuto del contratto di convivenza secondo il comma 53, v. D. Achille, *op. cit.*, p. 650 ss.; R. Amagliani, *I contratti*, cit., p. 8.

<sup>52</sup> M. Grondona, *op. cit.*, p. 676.

<sup>53</sup> A. Busani, *I contratti nella famiglia*, Milano, 2020, pp. 484-485.

<sup>54</sup> R. Amagliani, *op. cit.*, p. 8.

<sup>55</sup> Una sintesi del dibattito si trova in L. Bardaro, *Il contratto di convivenza*, Napoli, 2021, p. 66 ss.

<sup>56</sup> M. Grondona, *op. cit.*, p. 673. Sono illecite e perciò nulle le clausole che, ad esempio, introducano una penale nel caso di cessazione del rapporto di coppia, o che riproducano disposizioni sfavorevoli, come quella dell’addebito della separazione. Si ritengono, invece, lecite le clausole premiali (v. F. Macario, *I contratti di convivenza tra forma e sostanza*, in *Contr.*, 2017, p. 9).

<sup>57</sup> S. Patti, *op. cit.*, p. 216; R. Mazzariol, *op. cit.*, p. 164.

<sup>58</sup> G. Villa, *op. ult. cit.*, p. 1341 ss.

<sup>59</sup> ID, *op. ult. loc. cit.*



per ricavarne vantaggi di tipo patrimoniale<sup>60</sup>, oppure ostacolando il pieno esercizio del diritto di recesso<sup>61</sup>. Si ritiene, inoltre, inapplicabile la disciplina del fondo patrimoniale, perché inevitabilmente collegata all'istituto del matrimonio, ma è possibile istituire un vincolo di destinazione su alcuni beni immobili per i bisogni della famiglia, *ex art. 2645-ter c.c.*<sup>62</sup>

La pubblicità del contratto è garantita dalla sua iscrizione all'anagrafe, nella forma dell'atto pubblico o della scrittura privata autenticata, da un avvocato o da un notaio<sup>63</sup>. Alla pubblicità è subordinata l'opponibilità ai terzi di disposizioni che, altrimenti, avrebbero solo un effetto obbligatorio, come la reciproca attribuzione di diritti reali di godimento sull'eventuale immobile comune, o la scelta del regime della comunione legale<sup>64</sup>. Un'ulteriore opzione per i conviventi rimane, infine, quella di stipulare dei contratti al di fuori dello schema negoziale della legge Cirinnà, generalmente indicati come "patti" di convivenza per non confonderli con il nuovo tipo contrattuale<sup>65</sup>.

La legge italiana si ispira a quella francese. Mediante i PACS, disciplinati dall'art. 515-1 al 515-7 del *Code Civil*, due individui maggiorenni, dello stesso o di diverso sesso, possono organizzare la propria convivenza in via contrattuale, in particolare (ma non soltanto, e qui si trova una significativa differenza rispetto all'ordinamento italiano) per quanto riguarda i rapporti patrimoniali. Dalla trascrizione del contratto in un apposito registro discende non solo la pubblicità, ma anche l'applicazione del regime della responsabilità solidale dei conviventi per le obbligazioni ricollegate alla vita in comune e le spese relative all'abitazione (514-4 c.c.)<sup>66</sup>.

La Corte Costituzionale francese ha avuto modo di chiarire che il PACS è un vero e proprio contratto che non modifica lo stato civile delle parti, nonostante spesso lo si descriva come un *quasi-mariage*<sup>67</sup>. Ciononostante, la legge prevede, in via inderogabile, l'applicazione del dovere di contribuzione<sup>68</sup>; le parti possono, inoltre, applicare il regime della comunione dei beni ai loro acquisti a titolo oneroso (515-5 c.c.).

Nonostante i PACS abbiano natura puramente contrattuale, il legame tra *status* e contratto è, anche nell'ordinamento francese, particolarmente forte<sup>69</sup>. Dal punto di vista dell'autonomia privata, il fatto stesso che il legislatore abbia scelto di tipizzare i contratti di convivenza dimostra, da un lato, un'attitudine favore-

---

<sup>60</sup> G. Villa, *op. ult. cit.*, p. 1342.

<sup>61</sup> G. Villa, *op. ult. cit.*, p. 1343. Il diritto di recesso è previsto al comma 59; altre cause di scioglimento sono l'accordo delle parti e circostanze esterne, quali il decesso o altra unione civile o matrimonio.

<sup>62</sup> A. Busani, *op. cit.*, p. 443, che rinvia alla giurisprudenza di merito in tema (Trib. Bologna, 5 dicembre 2009; App. Venezia, 10 luglio 2014). Sul punto, cfr. anche M. Trimarchi, *Negoziato di destinazione nell'ambito familiare e nella famiglia di fatto*, in *Notariato*, 2009, p. 436 ss.

<sup>63</sup> In questo caso è proprio il comma 51 a conferire all'avvocato la funzione di pubblico ufficiale (R. Amagliani, *I contratti*, cit., p. 4).

<sup>64</sup> G. Villa, *op. ult. cit.*, p. 1340.

<sup>65</sup> Di questo avviso G. Villa, *op. ult. cit.*, p. 1320 ss. Nel nostro ordinamento, la legittimità degli accordi volti a regolare gli aspetti economici delle convivenze è stata ammessa gradualmente fin da prima dell'entrata in vigore della legge Cirinnà, in quanto idonei a generare delle obbligazioni civili oltre a quelle naturali che, *ex art. 2034 c.c.*, sussistono già tra conviventi; tutto nei limiti del contenuto patrimoniale di tali accordi, in ossequio all'art. 1321 c.c., il che già restringe la libertà contrattuale rispetto all'ordinamento francese (v. ID, *op. cit.*, pp. 1327-1329).

<sup>66</sup> A. Maietta, *Accordi prematrimoniali, contratti di convivenza e diritti delle parti. L'ordinamento italiano e gli ordinamenti stranieri a confronto: certezze e dubbi*, in *Comp. e dir. civ.*, 2019, p. 8.

<sup>67</sup> *Conseil Constitutionnel, décision n. 99-419 du 9 novembre 1999.*

<sup>68</sup> C. Minasso, *Il patto civile di solidarietà e la situazione italiana*, 2002, p. 2, disponibile su: <https://www.diritto.it/wp-content/uploads/old2022/materiali/civile/minasso.html>.

<sup>69</sup> Si veda A. Barlow, *Regulation of cohabitation, changing family policies and social attitudes: a discussion of Britain within Europe*, in *Law & Policy*, 2004, p. 66.



vole nei confronti dell'autodeterminazione contrattuale nei rapporti familiari e, dall'altro, la volontà di mantenere un certo controllo sul contenuto e sulle caratteristiche dei PACS<sup>70</sup>.

Per quanto il dovere di contribuzione sia inderogabilmente stabilito dalla legge, le parti sono comunque libere di organizzare *il modo* in cui ciascuna di esse contribuisce alla vita comune. In mancanza, sarà il giudice a determinare come e in che misura i *partners* dovranno contribuire ai bisogni della coppia, sulla base delle loro condizioni economiche<sup>71</sup>. È inderogabile anche il regime di solidarietà per quanto riguarda le spese comuni (515-4 c.c.)<sup>72</sup>.

Il contenuto dei PACS può anche essere rivisto in giudizio, in presenza di sopravvenienze che abbiano alterato la situazione di fatto dei contraenti, limitatamente alla *imprévision*<sup>73</sup>. Infine, previa notifica, ciascuno dei conviventi può recedere unilateralmente dal contratto<sup>74</sup>.

I profili non patrimoniali del rapporto, come l'affidamento dei figli o le modalità di esercizio della responsabilità genitoriale, possono pure essere definiti in via contrattuale, ma gli accordi vanno, in quest'ultimo caso, omologati dal giudice, al fine di salvaguardare il miglior interesse del minore<sup>75</sup>. In definitiva, il sistema francese sembra lasciare spazio all'autonomia privata, ma non a scapito delle esigenze di tutela del soggetto debole del rapporto. Resta, quindi, tutto sommato, saldo il controllo ordinamentale sui contratti di convivenza.

Quando non ricorrono al PACS, la situazione giuridica dei conviventi è quella della *concubinage*; ai *concubines* sono riconosciuti alcuni diritti (per esempio, il subentro nel contratto di locazione nel caso di decesso del *partner*, ed il diritto di esperire l'azione di arricchimento ingiustificato, qualora uno dei due abbia sacrificato le aspettative professionali per le esigenze della convivenza) ma, per il resto, gli effetti della convivenza *more uxorio* non appaiono normativamente disciplinati<sup>76</sup>. Alle eventuali *conventions de concubinage*, termine con cui si indicano le convenzioni con cui i conviventi regolano i loro rapporti patrimoniali senza ricorrere al PACS, si applicano le regole del diritto dei contratti. Resta fermo, naturalmente, il limite dell'ordine pubblico; ad esempio, eventuali accordi che imponessero ai conviventi un obbligo di fedeltà o che li tenessero, in qualsiasi altro modo, vincolati al *ménage*, sarebbero illecite<sup>77</sup>.

Negli ordinamenti di *common law*, invece, i *cohabitation contracts*, in passato, non erano considerati vincolanti mentre, adesso, sono ritenuti validi, e hanno prevalentemente un contenuto patrimoniale<sup>78</sup>. Di solito, indicano le modalità di contribuzione alla convivenza ed il regime giuridico degli acquisti dei beni, dispongono rispetto alla divisione dei beni nell'eventualità della fine del rapporto, e definiscono i diritti sull'abitazione comune. Generalmente, quando gli individui non sono comproprietari dell'immobile ove risiedono, possono scegliere di predisporre nel *cohabitation agreement* una “*declaration of trust*”, con cui il pro-

<sup>70</sup> M. Grondona, *Comma 56*, in C. M. Bianca (a cura di), *op. cit.*, p. 671.

<sup>71</sup> A. Las Casas, *Accordi prematrimoniali, status dei conviventi e contratti di convivenza in una prospettiva comparatistica*, in *Contr.*, 2013, p. 918.

<sup>72</sup> I. Riva, *Il PACS o la convivenza registrata in Francia*, in *Contr. e impr./Europa*, 2005, p. 742 ss.

<sup>73</sup> F. Swennen, *op. cit.*, p. 9.

<sup>74</sup> Art. 515-7 *code civil*.

<sup>75</sup> K. Boele Woelki – F. Ferrand – C. González Beilfuss – M. Jänterä-Jareborg – N. Lowe – D. Martiny – V. Todorova, *Principles of EU Family Law Regarding the Property, Maintenance and Succession Rights in De Facto Unions*, Cambridge, 2019, pp. 107-108.

<sup>76</sup> R. Mazzariol, *Convivenze di fatto e autonomia privata: il contratto di convivenza. Il nuovo tipo negoziale introdotto dalla l. 76 del 2016*, Napoli, 2018, p. 132.

<sup>77</sup> Cfr. G. Oberto, *I diritti*, cit., p. 100.

<sup>78</sup> A. Maietta, *op. cit.*, p. 7. Si veda il caso *Sutton v. Mishcon de Reya*, 2003, EWHC 3166. Il caso in questione riguardava un accordo di convivenza illecito, ma i giudici, in motivazione, si sono pronunciati a favore, in generale, della validità degli accordi di convivenza che non forzano la libertà personale e non vadano contro l'ordine pubblico.



prietario dell'immobile indica il compagno o la compagna come "beneficiario", in modo tale che, in ipotesi di crisi del rapporto, a quest'ultimo vadano comunque riconosciuti dei diritti sull'immobile<sup>79</sup>. I *cohabitation agreements* possono anche includere alcune disposizioni relative al mantenimento dei figli, purché siano conformi al *Children Act*, pietra angolare del diritto minorile inglese<sup>80</sup>, e sono soggetti alle regole di validità del diritto dei contratti<sup>81</sup>.

Tra i tre ordinamenti, proprio quello inglese di *common law* sembra attribuire maggior enfasi al fondamentale valore dell'autonomia privata. Di più: l'autonomia privata, che si estrinseca nella libertà contrattuale, viene considerata, in ambito familiare, quasi un corollario del diritto fondamentale alla *privacy* e all'identità personale, da cui discende la libertà di regolare i propri rapporti, anche affettivi, nel modo che si ritiene più opportuno<sup>82</sup>.

Un'attitudine favorevole verso il contratto a causa "familiare" si riscontra in tutto il sistema del diritto di famiglia britannico<sup>83</sup>; a differenza della giurisprudenza italiana e francese, quella inglese riconosce la validità dei patti prematrimoniali, con il limite dell'ordine pubblico<sup>84</sup>, ed anche il matrimonio viene concepito come un contratto, i cui aspetti possono essere definiti dai coniugi<sup>85</sup>.

Le corti possono sindacare la *fairness*, e cioè l'equità e la ragionevolezza, dei contratti tra conviventi<sup>86</sup>; il contesto è quello dei contratti di durata, i c.d. *relational contracts*, su cui i giudici possono intervenire in presenza di un cambiamento sostanziale delle circostanze<sup>87</sup>.

Da un punto di vista dottrinale, finora, l'argomento dei *cohabitation contracts* non è stato particolarmente approfondito<sup>88</sup>. Da un esame della casistica, però, risulta che la loro stipula avviene di solito in forma di *deed*<sup>89</sup> e che, nella fase delle trattative, le parti devono adempiere a determinati obblighi di informazione sulle rispettive condizioni economiche. Gli *implied cohabitation contracts*, accordi di convivenza "impliciti", la cui sussistenza si dedurrebbe dalla condotta delle parti, diffusi oltreoceano, in Inghilterra, invece, solitamente non sono ritenuti validi<sup>90</sup>. È possibile definire in via contrattuale, attraverso specifici *parental responsibility agreements*, anche gli aspetti relativi ai rapporti dei conviventi con i figli<sup>91</sup>. Inoltre, poiché i patti

<sup>79</sup> Si fa riferimento all'istituto del *trust*, con cui viene impresso ad un immobile di proprietà di un soggetto un vincolo di destinazione (N. Meldrun, *Cohabitants: best-laid plans*, in *Family Law Journal*, 2017, p. 2).

<sup>80</sup> Children Act, 1989; v. *Morgan v. Hill*, 2006, EWCA, 1602.

<sup>81</sup> N. Meldrun, *op. cit.*, p. 3.

<sup>82</sup> A. Barlow, *Regulation*, cit., *passim*.

<sup>83</sup> Sul contratto "a causa familiare", su cui in questa sede non è il caso di soffermarsi, e che qui viene solamente evocato, si vedano le considerazioni di G. Doria, *Autonomia privata e "causa" familiare. Gli accordi traslativi tra i coniugi in occasione della separazione personale e del divorzio*, Milano, 1996.

<sup>84</sup> Ch. 4, sections 73 and 74, British Civil Partnership Act, 2004. Di conseguenza sono nulli, ad esempio, in quanto restrittivi della libertà personale, gli accordi con cui le parti si obbligano ad unirsi in matrimonio, oppure a costituire una *civil partnership*, detti anche *civil partnership agreements*.

<sup>85</sup> Ch. 18, sections 23 ss., Matrimonial Causes Act, 1973, che prescrive, tra l'altro, che nel caso di cessazione degli effetti civili del matrimonio sia il giudice a dover determinare i rapporti patrimoniali tra i coniugi.

<sup>86</sup> *Hyman v. Hyman*, 1929, AC 601. Il caso riguardava in realtà un *postnuptial agreement*. Sul punto, L. Ventura, *op. cit.*, spec. p. 324 ss.

<sup>87</sup> Si veda L. Ventura, *op. cit.*, spec. p. 341 ss. ed S. Thompson, *op. ult. loc. cit.*, che prendono le mosse dalla *relational contract theory* elaborata da I. R. Macneil, *Relational Contract Theory: Challenges and Queries*, in *Northwestern University Law Review*, 2000, p. 877 ss.

<sup>88</sup> G. Douglas, *Marriage, cohabitation and parenthood – from contract to status?*, in S. N. Katz – J. Eekelaar – M. Maclean (a cura di), *Cross-currents: family law and policy in the United States and England*, Oxford, 2000, p. 221.

<sup>89</sup> G. Giaimo, *I contratti di convivenza nell'ordinamento giuridico inglese*, in E. Moscati – A. Zoppini (a cura di), *op. cit.*, p. 215.

<sup>90</sup> G. Oberto, *I diritti*, cit., p. 105.

<sup>91</sup> G. Douglas, *op. cit.*, pp. 225-226; Section 4(1)(b), Children Act.



successori sono ammessi, il *cohabitation contract* può includere delle disposizioni attributive della ricchezza *mortis causa*<sup>92</sup>, o con riferimento all'interruzione della relazione<sup>93</sup>.

L'ampio spazio dedicato all'autonomia privata si giustifica anche per via dell'assenza di un quadro normativo che regola i diritti e i doveri dei conviventi in maniera onnicomprensiva. Alcuni Studiosi hanno sottolineato come spesso questi si trovino, infatti, in un *common law marriage myth*; con tale espressione si indica la convinzione, erronea, che il *common law* gli riconosca diritti e doveri analoghi a quelli delle coppie matrimoniali, quando, invece, la realtà è ben diversa<sup>94</sup>. In definitiva, la contrattualizzazione del diritto di famiglia appare quasi naturale in un contesto normativo, come quello inglese, frammentato e settoriale che, al di là di alcune previsioni normative di settore, trascura, altrimenti, la rilevanza delle convivenze di fatto e lascia i conviventi in una situazione di incertezza giuridica<sup>95</sup>.

4. – L'altra faccia della medaglia rispetto all'autonomia privata consiste nella tutela del soggetto vulnerabile nel rapporto di coppia.

Come si è già messo in rilievo, spesso le parti non si trovano in una situazione (socio-economica o personale) paritaria, né hanno la medesima consapevolezza e padronanza della disciplina dei contratti di convivenza. Le situazioni di "fragilità" dei singoli vanno, quindi, tenute in considerazione e tutelate, in modo tale da realizzare gli effetti redistributivi cui si è fatto in precedenza riferimento.

In Italia, il divieto di apporre termini o condizioni al contratto (art. 1, comma 56, l. 76/2016), cui si è già fatto riferimento, è un evidente limite all'autonomia privata, ma serve anche a scongiurare eventuali abusi a danno della parte debole. Difatti, si intende prevenire che uno dei conviventi venga vincolato all'unione pur di non perdere benefici o vantaggi patrimoniali, quindi "forzando" la prosecuzione della vita in comune, mediante il condizionamento di un'attribuzione patrimoniale alla durata del rapporto. La limitazione del contenuto del contratto ai profili patrimoniali persegue, in un certo senso, lo stesso obiettivo.

Il divieto di apporre termini o condizioni, però, se inteso restrittivamente e riferito all'intero contratto, precluderebbe ai conviventi di disporre pienamente dei loro interessi patrimoniali, per esempio in considerazione della fine del rapporto. Inoltre, a differenza del matrimonio (art. 108 c.c.), quella del contratto di convivenza è una disciplina molto più libera, come attesta la facoltà di recedere liberamente dal vincolo. Non è quindi ammissibile un'interpretazione della norma volta ad ostacolare la libertà delle parti di sottoporre a condizioni o termini alcune clausole contrattuali, tanto più che nelle convenzioni matrimoniali, ex art. 210 c.c., l'apposizione degli elementi accidentali del contratto sopraccitati è invece ammessa<sup>96</sup>.

Utili a salvaguardare la parte vulnerabile sono anche le disposizioni che prevedono l'applicazione del dovere di solidarietà nei rapporti tra conviventi, come quella che impone la contribuzione ai bisogni comuni; nonché quelle relative alla forma del contratto, prescritta a pena di nullità. Alla lett. b), comma 53, art. 1, del-

<sup>92</sup> A. Barlow – R. Probert, *Addressing the Legal Status of Cohabitation in Britain or France: Plus ça change?*, in *Web JCLI*, p. 3.

<sup>93</sup> F. Ferrand – K. Boele-Woelki – M. Jänterä-Jareborg – C. González Beilfuss – N. Lowe – D. Martiny – V. Todorova, *op. cit.*, pp. 103-104.

<sup>94</sup> C. Fairbairn, *op. cit.*, p. 7, in cui viene dato conto di un questionario che, nel 2019, fece emergere l'esistenza di un *common law marriage myth* tra i conviventi inglese; tra gli intervistati, il 46% dei conviventi senza figli, il 55% di quelli con figli, era convinto che il diritto inglese gli riconoscesse gli stessi diritti delle coppie sposate. Anche per questo non è così comune per le coppie di conviventi stipulare dei *cohabitation contracts* (v. *Stack v Dowden*, 2007 UKHL 17).

<sup>95</sup> Si veda G. Douglas, *op. cit.*, p. 214 ss.

<sup>96</sup> R. Mazzariol, *op. cit.*, pp. 207-209.



la l. 76/2016, difatti, è prevista la possibilità di determinare le modalità di contribuzione alla vita in comune sulla base “delle sostanze di ciascuno, e della capacità di lavoro professionale o casalingo”. Il lavoro domestico entra, così, nella legge Cirinnà, dimostrando, quindi, l’importanza dello stesso negli assetti del rapporto di coppia. Al contempo, il legislatore mostra anche di tenere presente la diversità di situazione in cui ciascuno dei contraenti/conviventi potrebbe trovarsi, legando esplicitamente la portata del dovere di contribuzione alle rispettive sostanze.

Dal punto di vista della forma del contratto, come in Francia, il controllo del notaio e dell’avvocato sull’atto scritto non solo garantisce i diritti dei terzi che entrano in contatto con la coppia, ma serve anche, in teoria, ad assicurare che gli interessi di una delle parti non vengano eccessivamente compressi e limitati a scapito dell’altra. Gli stessi requisiti di forma sono richiesti per le modifiche contrattuali, la risoluzione del contratto e il recesso<sup>97</sup>.

Altri casi di nullità “insanabile” del contratto di convivenza sono l’assenza di un’unione affettiva stabile o delle qualità soggettive previste nei contraenti<sup>98</sup>; ancora, il contratto è da considerarsi integralmente nullo per illiceità della causa quando deroga al dovere di contribuzione ai bisogni della vita in comune, di cui al comma 53<sup>99</sup>. Tale disposizione è significativa per quanto riguarda la tutela della parte vulnerabile; il dovere di contribuzione diviene parte integrante del contratto, connotandolo, in un certo senso, di profili solidaristici. Nell’individuare le modalità di contribuzione, come anticipato, non vanno, pertanto, ignorati gli interessi dei soggetti più deboli<sup>100</sup>.

Sono altresì nulle le clausole con cui si intende derogare alle norme che ricollegano determinati diritti alla convivenza di fatto, quali quelli indicati ai commi 38-49 dell’art. 1; si tratta dei diritti del convivente nel caso di detenzione, malattia o ricovero del compagno, di successione nel contratto di locazione, di assegnazione dell’alloggio di edilizia popolare, e così via<sup>101</sup>.

Inderogabile è anche l’obbligo di prestare gli alimenti al convivente di fatto qualora ne sussistano i presupposti, che non può esser fatto oggetto, come è noto, di rinunce o transazioni<sup>102</sup>. Inoltre, come anticipato, nel caso di morte del conduttore dell’immobile il convivente ha il diritto di succedere nella locazione e per l’assegnazione della casa familiare si applicano gli stessi criteri del matrimonio<sup>103</sup>. Tutte queste disposizioni limitano certamente l’autonomia privata, ma si tratta di restrizioni necessarie a garantire la parte che si trovi in una condizione di vulnerabilità, durante o al termine del rapporto di convivenza.

Tuttavia, anche per quanto riguarda la tutela della parte vulnerabile, la disciplina italiana appare migliorabile. Per esempio, il problema del lavoro domestico, anche se viene menzionato, non è adeguatamente affrontato. Inoltre, la possibilità di intervenire in sede giudiziale sul regolamento contrattuale, in modo da riequilibrare le posizioni delle parti, è incerta. La legge tace poi anche con riferimento ai profili successori<sup>104</sup>, ai diritti pensionistici, alle misure di protezione in caso di abbandono o violenza domestica. Ancora, la posizione del convivente che contribuisce all’impresa familiare non appare adeguatamente garantita; tutto sommato,

<sup>97</sup> G. Villa, *op. ult. cit.*, p. 1336; A. M. Benedetti, *Il controllo sull’autonomia: la forma dei contratti di convivenza nella legge n. 76/2016*, in *Famiglia*, 2017, pp. 18-19.

<sup>98</sup> Si rinvia ai rilievi svolti da P. Sirena, *Commi 57 – 58*, in C. M. Bianca (a cura di), *op. cit.*, p. 684 ss.

<sup>99</sup> S. Patti, *op. cit.*, p. 224.

<sup>100</sup> V. G. Alpa, *Solidarietà*, cit., p. 256.

<sup>101</sup> S. Patti, *op. cit.*, pp. 214-216.

<sup>102</sup> A. Busani, *op. cit.*, p. 484 ss.

<sup>103</sup> Cass. civ., n. 3553 del 10 febbraio 2017 (v. L. Bardaro, *op. cit.* pp. 26-30).

<sup>104</sup> In chiave critica, sul punto, S. Patti, *op. cit.*, pp. 217-220; R. Mazzariol, *op. cit.*, p. 203 ss.



il convivente viene ancora individuato come un estraneo, la cui situazione solo in parte viene assimilata a quella dei membri della famiglia, il che dimostra la reticenza del legislatore a qualificare la convivenza come un modello familiare<sup>105</sup>.

Anche la normativa francese presta attenzione alle situazioni di vulnerabilità. È importante ricordare che i PACS sono stati introdotti in un momento in cui il matrimonio omosessuale non era ancora ammesso, da cui le disposizioni di natura previdenziale e tributaria che assimilano il PACS al *mariage*, offrendo tutela a soggetti che, prima, si trovavano in una sorta di situazione di “vuoto normativo”<sup>106</sup>.

Alcune norme, come quella che sancisce il dovere di contribuzione, la solidarietà nelle spese non manifestamente eccessive relative alla vita in comune, la considerazione dei conviventi come un unico nucleo familiare, sembrano proprio rivolte alla tutela del soggetto vulnerabile<sup>107</sup>. Inoltre, i PACS vanno stipulati nella forma prevista dalla legge a pena di nullità, per ragioni di certezza giuridica e per garantire che, al momento della loro conclusione, gli interessi di entrambe le parti siano adeguatamente rappresentati<sup>108</sup>. Ciò non toglie che il PACS continui a restare, nella sua struttura, una forma di unione più “leggera” rispetto a quella matrimoniale, come attesta, per esempio, il diritto unilaterale di recesso dal contratto, che può essere esercitato, previa notifica, in qualsiasi momento da parte dei conviventi. Il convivente ha, inoltre, anche diritto di richiedere di essere nominato amministratore di sostegno<sup>109</sup>. L’art. 515-4 c.c. specifica poi che le parti hanno un dovere di assistenza materiale reciproca, da cui deriva anche, alla fine del rapporto, l’obbligo di prestare gli alimenti a chi si trova stato di bisogno, come avviene in Italia. Tuttavia, a differenza del nostro ordinamento, il lavoro domestico non viene riconosciuto come modalità di contribuzione nel *Code Civil*.

In Inghilterra e nel Galles, la mancanza di una legge dedicata al contratto di convivenza e, in generale, alle convivenze di fatto, rende problematica la salvaguardia di chi si trova in condizione di vulnerabilità, a meno che non proceda a registrare la propria unione rendendola formalmente una *partnership*. Le *civil partnerships* sono state introdotte dal *Civil Partnership Act* del 2004; dapprima limitate agli individui dello stesso sesso, oggi sono state estese agli individui di sesso diverso, e sono diventate una sorta di alternativa al matrimonio<sup>110</sup>.

In definitiva, dunque, nel Regno Unito, la piena tutela delle situazioni di vulnerabilità nei rapporti di coppia si ottiene solo mediante il matrimonio o la *civil partnership*<sup>111</sup>. Entrambi impongono alle parti un obbligo di assistenza reciproca (*duty to maintain each other*<sup>112</sup>) ed attribuiscono ai *partners* chiari diritti, anche in materia successoria<sup>113</sup>.

Coloro che non ricorrono al matrimonio, alla *civil partnership* e nemmeno ad un *cohabitation agreement* possono contare su alcuni diritti riconosciuti da leggi di settore; per esempio, dopo la morte del convivente, chi ha convissuto per più di due anni può ottenere un assegno di mantenimento a carico dell’eredità, se ne ricorrono i presupposti, ed è legittimato a succedere nel contratto di locazione della casa comune<sup>114</sup>. Inoltre, di recente, è stata prevista la possibilità di ordinare a chi abbia commesso violenza domestica a danno del

<sup>105</sup> S. Patti, *op. cit.*, p. 221.

<sup>106</sup> La storia della riforma del PACS in Francia è sintetizzata in A. Barlow – R. Probert, *op. cit.*, p. 9.

<sup>107</sup> Su cui L. Bardaro, *op. cit.*, p. 142.

<sup>108</sup> Art. 515-7, *code civil*.

<sup>109</sup> E. Fongaro, La protection des personnes vulnérables en droit français, in *Actualidad Jurídica Iberoamericana*, pp. 260 ss.

<sup>110</sup> A. Hayward, *Registered Partnerships in England and Wales*, in J. M. Scherpe – A. Hayward (a cura di), *op. cit.*, p. 194.

<sup>111</sup> A. Hayward, *op. cit.*, p. 203.

<sup>112</sup> Hayward, *op. cit.*, p. 205 (v. Children Protection Act (CPA), Ch. 5, part 9).

<sup>113</sup> CPA, Ch. 4, part. 2, para. 7.

<sup>114</sup> G. Douglas, *op. cit.*, p. 219. Si veda anche il Law Reform Succession Act 1995, sections 1 e 2.



convivente l'allontanamento dalla casa familiare, che viene assegnata alla persona offesa, a prescindere dalla titolarità dell'immobile<sup>115</sup>.

Le corti possono altresì applicare le regole generali sul *disgorgement of profit* nel caso in cui una parte abbia compiuto dei sacrifici, anche economici, durante il rapporto, che hanno provocato un arricchimento dell'altra<sup>116</sup>. Di frequente, si è ricorso all'istituto del *trust*, e nello specifico all'*implied trust* e al *resulting trust*, per ottenere il riconoscimento di alcuni diritti dominicali sui beni acquistati da una sola parte, ma utilizzati da entrambe<sup>117</sup>. Difatti, per l'assegnazione dei beni appresi durante la convivenza, inclusa la casa familiare, al termine della stessa, si può tenere in considerazione l'eventuale contributo fornito dal soggetto non formalmente titolare del bene al suo acquisto o mantenimento, per esempio, tramite il pagamento delle utenze, di un eventuale mutuo, o lo svolgimento di riparazioni<sup>118</sup>.

Tuttavia, fuori dall'ambito di applicazione del *trust*, del *proprietary estoppel*<sup>119</sup>, e dei diritti riconosciuti da specifiche leggi di settore, la situazione dei conviventi di fatto rimane incerta, e non vi è alcun dovere di contribuzione o di solidarietà stabilito in via normativa<sup>120</sup>. Inoltre, spesso il lavoro domestico non è riconosciuto come una valida *financial contribution* ai fini di ravvisare la sussistenza di un *beneficial interest* che, ai sensi del *Trust of Lands and Appointment of Trustees Act* (TOLATA), è necessario per radicare dei diritti sull'immobile dove si è svolta la vita in comune<sup>121</sup>. La tutela delle situazioni di vulnerabilità, nel contesto del *cohabitation agreement*, avviene solo per volontà delle parti, oppure a livello interpretativo, tramite l'intervento del giudice, nei limiti della sindacabilità dei contratti di durata.

Le numerose richieste di intervento legislativo sulle convivenze di fatto ed in tema di *cohabitation agreements* avanzate dalla società civile sono rimaste, ad oggi, inascoltate, e manca, quindi, un vero e proprio riconoscimento giuridico delle situazioni di vulnerabilità in questa materia<sup>122</sup>.

<sup>115</sup> G. Douglas, *op. cit.*, p. 220.

<sup>116</sup> A. Fusaro, *Marital contracts*, cit., p. 481 ss.

<sup>117</sup> ID, *op. cit.*, p. 127.

<sup>118</sup> *Kernott v. Jones*, 2011 UKSC 53.

<sup>119</sup> *Hammond v Mitchell*, 1991 1 WLR 1127; *Drake v Whip*, 1996, 1 FLR 826; *Wayling v Jones*, 1995 2 FLR 1030.

<sup>120</sup> Sul punto, G. Giaimo, *op. cit.*, p. 206.

<sup>121</sup> In questo senso, si rinvia ai casi *Burns v. Burns*, 1984, Ch 317; *Lloyds Bank plc v Rosset*, 1991 1 AC 107; *Midland Bank v Cooke*, 1995 EWCA; *Drake v Whip*, 1996 1 FLR 826; *Eves v Eves*, 1975 EWCA; *Hammond v Mitchell* 1999 1 WLR 1127; *Le Foe v Le Foe*, 2001 EWCA e *Barnes v. Woolwich plc*, 2001 EWCA. La legge, infatti, prevede che, anche quando più individui non instaurano formalmente un rapporto fiduciario, il vincolo di destinazione su un determinato immobile possa comunque essere ricondotto alla figura del "*common intention constructive trust*". Affinché ciò avvenga occorre che colui che richiede l'accertamento dei propri diritti in quanto fiduciario dimostri: "*i) a common intention that the beneficial ownership of the property was to be shared, which was relied upon by the claimant to their detriment; or b) evidence of a direct financial contribution to the acquisition of the property, enabling the court to infer the presence of said common intention*". Poiché il presupposto di cui alla lett. a), che implica l'affidamento, è particolarmente difficile da dimostrare, generalmente, l'attore tenta di dimostrare di aver contribuito all'acquisto della proprietà: per esempio, nel caso in cui abbia dato il suo apporto ad un mutuo prodromico per l'acquisto della dimora comune, oppure nel caso in cui si sia incaricato di liberarla da eventuali privilegi immobiliari, come un *mortgage* (l'ipoteca). Il lavoro domestico è stato, invece, riconosciuto come contributo alla vita familiare nel caso *Hall v. Hall*, 1982, 3 FLR, 379. Nella sua *opinion*, Lord Denning osservò che il contributo economico di un *partner* all'acquisto di un bene immobile, e in generale alla vita di coppia, va considerato anche tenendo conto "del lavoro domestico e della cura prestata nella crescita e nell'educazione della prole". Ancora diverso è stato l'orientamento della High Court nel caso *Rowe v. Prance* [1999] 2 FLR 787, dove addirittura fu riconosciuta la comproprietà della barca del precedente compagno, poiché alcuni comportamenti impliciti adottati dalle parti durante la loro convivenza avevano generato nella donna un affidamento relativamente ad una situazione di comunione del bene (G. Giaimo, *op. cit.*, p. 209).

<sup>122</sup> A. Barlow, *Regulation*, cit., p. 78. Una proposta è stata quella di prevedere l'attribuzione di alcuni diritti ai conviventi che decidano di registrare la propria unione come una "convivenza stabile", da cui poi le coppie potrebbero effettuare una sorta di *opt out* (ID, *op. ult. cit.*, 78).



In definitiva, i sistemi europei appaiono piuttosto riluttanti ad attribuire alla coppia di fatto il rango di vero e proprio tipo familiare, e ciò incide, inevitabilmente, anche sul profilo della protezione delle vulnerabilità. Mentre in Francia e in Italia il quadro normativo dei contratti di convivenza appare comunque arricchito da previsioni normative volte a salvaguardare i diritti dei soggetti vulnerabili, in Inghilterra, nel silenzio del legislatore, quasi tutto è rimesso all'autonomia delle parti ed all'eventuale intervento del giudice. Ciò appare problematico, perché il diritto delle obbligazioni e dei contratti, un diritto, per definizione, di "libertà", per quanto possa essere interpretato in chiave solidaristica, non è, da solo, sufficiente ad assicurare adeguati strumenti di tutela al convivente "fragile"<sup>123</sup>.

5. – Il confronto svolto sui profili dell'autonomia privata e della vulnerabilità ci restituisce un quadro variegato, ma non eccessivamente difforme. Da un lato, l'ordinamento inglese garantisce maggiore libertà alle parti, e quindi il profilo dell'autonomia privata appare valorizzato, rispetto al contesto francese o italiano, in cui, invece, il controllo ordinamentale sulle regole della convivenza è più incisivo. Tutti e tre i Paesi europei, però, costruiscono gli accordi sulla vita comune come veri e propri contratti, che quindi, naturalmente, riguardano soprattutto i profili patrimoniali del rapporto di coppia.

La libertà contrattuale e la tutela della vulnerabilità si affermano nella nostra materia in quanto principi sopraordinati, che costituiscono una sorta di minimo comun denominatore tra ordinamenti, ed assurgono quasi al rango di "interessi irrinunciabili condivisi", suscettibili di essere bilanciati ed articolati in maniera diversa sulla base del contesto sociale e culturale di riferimento, ma comunque assicurati nel loro contenuto fondamentale<sup>124</sup>.

Considerata questa evidente condivisione di principi e valori, sorge spontaneo domandarsi se vi sia spazio per un intervento armonizzatore dell'Unione Europea in questo campo. Il diritto privato europeo non può evidentemente del tutto disinteressarsi di una materia che incide così tanto sull'individuo e i suoi diritti di cittadino europeo, nonché, più ampiamente, sui rapporti patrimoniali tra consociati. La Corte di Giustizia è, infatti, gradualmente intervenuta in ambito di diritto di famiglia<sup>125</sup>, lavorando soprattutto con il principio di non discriminazione e di uguaglianza<sup>126</sup>. La stessa legge Cirinnà, più volte citata, prende in considerazione l'ipotesi di una convivenza che si svolga in un luogo diverso da quello di origine dei contraenti, o tra conviventi di diversa cittadinanza<sup>127</sup>.

A tal proposito, è stato sostenuto che il diritto di famiglia europeo dovrebbe nascere "dal basso", attraverso l'opera dei giudici e la spontanea circolazione dei modelli giuridici, che avviene mediante il libero movimento dei cittadini stessi<sup>128</sup>. A ben guardare, è questo, forse, ciò che si sta verificando, adesso, in Europa; si pensi alla disciplina dei PACS, che sembra aver ispirato anche la nostra normativa italiana, senza la necessità di un intervento di armonizzazione dall'alto.

Tuttavia, negli ultimi anni, sono stati intrapresi diversi progetti volti ad elaborare dei principi europei in materia di diritto di famiglia. Questo è il dichiarato fine dei *Principles of Common European Family Law*,

<sup>123</sup> ID, *op. cit.*, p. 211.

<sup>124</sup> V. Scalisi, *Studi sul diritto di famiglia*, Padova, 2014, pp. 32, 52.

<sup>125</sup> J. M. Scherpe, *Is There a European Family Law?*, in *Victoria University of Wellington Law Review*, 2023, p. 324.

<sup>126</sup> K. B. Woelki, *The principles of European Family Law*, in *Utrecht Law Review*, 2005, p. 162.

<sup>127</sup> S. Patti, *op. cit.*, p. 225.

<sup>128</sup> M. R. Marella, *The Non-subversive Function*, cit., p. 84.



ideati dalla *Commission on European Family Law* (CEFL), istituita nel 2001<sup>129</sup>. Le aree che i Principi coprono sono varie, ed includono le convivenze di fatto ed i contratti di convivenza.

La rilevanza immediata di un progetto come quello della CEFL anche rispetto ai contratti di convivenza è apprezzabile se si pensa che alcuni atti normativi dell'Unione Europea, prettamente di diritto internazionale privato, richiamano concetti come quello di “relazione stabile” o di “obbligazione alimentare”<sup>130</sup>, cui sono ricollegati determinati diritti e doveri<sup>131</sup>. Ad esempio, il Regolamento europeo del Consiglio n. 1104 del 2016, relativo agli effetti patrimoniali delle unioni registrate, definisce le “convenzioni tra *partners*” (art. 3, par. 1, lett. c), come “qualsiasi accordo tra *partners* o i futuri *partners* con il quale essi organizzano gli effetti patrimoniali della loro unione registrata”<sup>132</sup>.

Il lavoro della CEFL si è svolto, in primo luogo, identificando il modo in cui un determinato problema viene affrontato dai vari ordinamenti giuridici, adoperando il metodo c.d. funzionale di diritto comparato<sup>133</sup>. Dopo aver elaborato dei *reports* che attestano la situazione di fatto in ciascun ordinamento, la Commissione ha formulato alcuni principi scegliendo, di volta in volta, se proporre una “*better law*”, un diritto ideale, o se invece aderire alle regole più diffuse tra gli Stati europei (il *common core*)<sup>134</sup>.

Entrambe le nozioni di *better law* e *common core* appaiono problematiche. La prima presuppone una sorta di ripartizione dei Paesi europei in Stati “progressisti” e più “arretrati”, che dovrebbero “seguire” i primi, trascurando, tra l'altro, che nessun sistema giuridico può dirsi interamente progressista o conservatore in un campo come il diritto di famiglia<sup>135</sup>. Per quanto riguarda il profilo del *common core*, invece, è stato giustamente osservato che il fatto che una regola sia la più diffusa non significa che, per ciò solo, sia adatta a tutti gli ordinamenti o debba essere adottata a livello sovranazionale. I Principi sono stati, inoltre, tacciati di aderire ad un'idea di diritto di famiglia “autoreferenziale”, in quanto sembrano concepirlo come un sistema chiuso, trascurandone i legami con le altre branche del diritto e il resto delle scienze sociali<sup>136</sup>. Alcune previsioni dei Principi CEFL, infine, finiscono per sembrare in qualche modo arbitrarie o artificiose; si pensi, per esempio, a quella che individua in cinque anni la durata di un rapporto di convivenza affinché questo possa essere considerato “stabile”<sup>137</sup>.

Anche chi non condivide le scelte contenute nel progetto della Commissione guidata da Katharina Boele-Woelki, però, riconosce che, oggi, ragionare sull'armonizzazione del diritto di famiglia europeo è essenziale<sup>138</sup>. In un'ottica futura, i Principi CEFL possono senz'altro essere utili ad individuare non tanto “la miglior

<sup>129</sup> Altre organizzazioni che hanno discusso dell'armonizzazione del diritto di famiglia sono l'International Commission on Civil Status (ICCS) e la conferenza de l'Aia (si vedano le c.d. The Hague Family Law Conventions) (J. M. Scherpe, *op. cit.*, p. 326).

<sup>130</sup> Reg. CE n. 4/2009 relativo alla competenza, alla legge applicabile, al riconoscimento ed all'esecuzione delle decisioni ed alla cooperazione in materia di obbligazioni alimentari. Già dal Regolamento emerge chiaramente come il concetto di alimenti, nel diritto europeo, sia più ampio rispetto al nostro, di cui agli artt. 433 ss. c.c.

<sup>131</sup> Dir. CE n. 2003/86 del Consiglio relativa al diritto di ricongiungimento familiare; Dir. CE 2004/38 del Parlamento europeo e del Consiglio relativa al diritto dei cittadini dell'unione e dei loro familiari di circolare e di soggiornare liberamente nel territorio degli Stati membri, che modifica il regolamento (CEE) n. 1612/68 ed abroga le direttive 64/221/CEE, 68/360/CEE, 72/194/CEE, 73/148/CEE, 75/34/CEE, 75/35/CEE, 90/364/CEE, 90/365/CEE e 93/96/CEE.

<sup>132</sup> Reg. UE n. 2016/1104 del Consiglio 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.

<sup>133</sup> K. Boele-Woelki, *The principles*, cit., p. 165.

<sup>134</sup> In merito, K. Boele-Woelki, *The working method of the Commission on European Family Law*, in ID (a cura di), *Common Core and Better Law in European Family Law*, 2005, Antwerp-Oxford, pp. 15-38.

<sup>135</sup> M. R. Marella, *The Non-subversive Function*, cit., p. 87.

<sup>136</sup> ID, *op. ult. cit.*, p. 90.

<sup>137</sup> Principio 1, *Principles of European Family Law Regarding Property, Maintenance and Succession Rights of Couples in de facto Unions*.

<sup>138</sup> M. R. Marella, *op. ult. cit.*, p. 91.



norma giuridica”, ma la regola più “europea”, condivisa e compatibile con i principi del diritto dell’Unione. Nei vari preamboli ai Principi vengono richiamati la libera circolazione delle persone, l’uguaglianza di genere, il miglior interesse del minore, l’autonomia privata e la tutela del soggetto vulnerabile, tutti interessi presenti nei Trattati europei e nelle Carte sovranazionali dei diritti cui l’Unione aderisce<sup>139</sup>.

Tra l’altro, alcuni Stati hanno, effettivamente, recepito i suggerimenti della CEFL nel momento in cui hanno intrapreso delle riforme del diritto di famiglia nazionale<sup>140</sup>. Inoltre, il lavoro svolto dalla CEFL si dimostra particolarmente utile anche per i ricercatori e gli operatori del diritto che si trovano a doversi confrontare con il diritto di famiglia in prospettiva comparatistica.

Ai fini della nostra analisi, appare utile considerare i “*Principles of European Family Law Regarding Property, Maintenance and Succession Rights of Couples in de facto Unions*”<sup>141</sup>. La CEFL, innanzitutto, enfatizza la necessità di tutelare la posizione di chi si trova in una condizione di vulnerabilità<sup>142</sup>. Sono definiti conviventi di fatto coloro che “vivono insieme e si trovano in una relazione duratura”, da almeno cinque anni o che abbiano un figlio. Non viene richiesta la fissazione di una residenza comune ed i Principi sono suscettibili di applicazione analogica anche a coloro che siano già uniti da altro vincolo formale (unione civile o matrimonio), al fine di tutelare e valorizzare qualsiasi tipo di relazione che abbia i caratteri della stabilità<sup>143</sup>.

Al Principio 5:6 viene sancito che, se non disposto altrimenti in via contrattuale, i conviventi devono compiere congiuntamente gli atti di straordinaria amministrazione che riguardano i beni familiari. Come nell’ordinamento francese, dunque, i redattori dei *Principles* applicano un certo regime giuridico patrimoniale alle coppie non matrimoniali, cui le stesse possono derogare pattiziamente.

I Principi CEFL sono preceduti da *reports* di diritto comparato che danno conto dello stato dell’arte in Europa. Quanto emerge dal rapporto comparatistico in apertura dei *Principles of European Family Law on Property, Maintenance and Succession Rights in de facto Unions* è che, in generale, gli Stati europei guardano con favore ai contratti di convivenza. Si riscontrano due approcci: il primo è quello di tipizzare i contratti di convivenza ed individuarne il contenuto essenziale (ciò che avviene in Italia e in Francia); il secondo, invece, è di ricorrere allo strumento ed alle regole generali del diritto dei contratti anche nel settore delle convivenze, limitando l’intervento normativo (è il caso dell’Inghilterra).

Il rapporto CEFL da poi conto del fatto che vi sono alcuni Paesi, come l’Italia, che riconducono determinati diritti e doveri alla sola situazione della convivenza; altri, invece, richiedono la registrazione dell’unione. In altre parole, alcuni ordinamenti europei scelgono di collegare effetti giuridici alla convivenza in quanto fatto giuridicamente rilevante, altri richiedono la formalizzazione del rapporto<sup>144</sup>. Forse proprio in virtù della speciale attenzione rivolta dalla Commissione alle situazioni di vulnerabilità, la CEFL sembra a favore del primo approccio. Nei Principi, infatti, alcuni diritti e doveri, cui le parti non possono derogare in via pattizia, sono ricollegati alla sussistenza dell’unione di fatto; tra questi, l’uguaglianza giuridica dei *partners* e l’applicazione del dovere di contribuzione (Principi 5:4-5.6)<sup>145</sup>.

La Commissione CEFL si esprime positivamente anche rispetto alla possibilità di determinare in via con-

---

<sup>139</sup> C. G. Belfuss, *Agreements in European family law – the findings, theoretical assessments and proposals of the Commission on European Family Law (CEFL)*, in *European Review of Contract Law*, 2022, pp. 162-163.

<sup>140</sup> J. M. Sherpe, *op. cit.*, p. 326.

<sup>141</sup> Si tratta, tra l’altro, anche della raccolta più recente di Principi, adottata nel 2019.

<sup>142</sup> S. Patti, *op. ult. cit.*, p. 226.

<sup>143</sup> ID, *op. cit.*, pp. 226-227.

<sup>144</sup> F. Viglione, *I rapporti di convivenza: esperienze europee*, in *NGCC*, 2016, p. 1724.

<sup>145</sup> S. Patti, *op. cit.*, p. 227.



trattuale gli aspetti personali, e non solo quelli patrimoniali, delle convivenze. Infine, al Principio 5:9, si auspica che gli Stati garantiscano all'autorità giudiziaria un sindacato piuttosto ampio sul contenuto degli *agreements*, inclusa la possibilità di rilevare la sussistenza di “gravi ingiustizie” nell'accordo. La giustificazione fornita è che, mentre il matrimonio viene celebrato davanti a un pubblico ufficiale ed è preceduto da un'adeguata pubblicità, lo stesso non avviene per i patti di convivenza, in cui occorre maggior controllo sull'autonomia delle parti<sup>146</sup>.

Inoltre, al Principio 5:17 è espressamente riconosciuto il lavoro domestico come modalità di contribuzione ai bisogni della vita familiare, tanto da dar diritto anche, qualora ne ricorrano i presupposti, ad una *compensation* (grossomodo, un indennizzo) nei casi in cui essere il *caregiver* abbia generato uno squilibrio nella posizione economica delle parti, o abbia causato ad una di esse uno svantaggio in termini economici o professionali<sup>147</sup>.

Altri spunti utili si trovano nei *Principles on Parental Responsibility*<sup>148</sup>. I Principi riconoscono ai conviventi la facoltà di regolare in via pattizia l'esercizio della responsabilità genitoriale, fino ad attribuirla ad un solo genitore (Principle 3:15). Tale regola però, ad esempio, difficilmente appare adatta al nostro ordinamento, in cui i diritti e i doveri dei conviventi con riferimento alla prole non sembrano prestarsi, in quanto situazioni giuridiche soggettive indisponibili, ad essere oggetto di un contratto (art. 30 Cost.). Ciò dimostra la delicatezza di questa materia, e quanto complicato sia concepire e formulare delle regole realmente europee.

Nonostante la complessità dell'argomento e le criticità evidenziate in precedenza, ci sembra tuttavia di aderire a quanto professato da autorevole dottrina, per cui non bisogna rinunciare a stabilire quantomeno dei principi comuni di diritto di famiglia a livello europeo, che possano illuminare ed orientare le riforme degli ordinamenti nazionali<sup>149</sup>. I vantaggi possono essere numerosi, sia da un punto di vista di certezza del diritto, sia per quanto riguarda il raggiungimento degli obiettivi fondamentali che l'Unione si prefigge, quali la non discriminazione, la libertà di circolazione in uno spazio comune europeo, la tutela dei diritti fondamentali delle persone<sup>150</sup>.

**6.** – Per lungo tempo il diritto di famiglia è stato considerato un settore poco adatto alla comparazione giuridica. Questo assunto è, oggi, oggetto di ripensamento. È vero che i forti legami con le radici storiche, culturali e sociali di una nazione rendono particolarmente delicato effettuare “trapianti giuridici” in questa materia, che rischiano, piuttosto, di diventare “irritanti” giuridici, *legal irritants*.

Tuttavia, l'idea per cui il principale obiettivo della comparazione giuridica sarebbe il “trasferimento” di regole giuridiche da un sistema all'altro solleva ormai diverse perplessità. Piuttosto, la funzione essenziale del diritto comparato è quella di comprendere meglio il proprio ordinamento giuridico, e lo studio del diritto di famiglia in prospettiva comparatistica può sicuramente servire a quest'intento. Esso può anche fungere da

---

<sup>146</sup> K. Boele Woelki – F. Ferrand – C. González Beilfuss – M. Jänterä-Jareborg – N. Lowe – D. Martiny – V. Todorova, *op. cit.*, p. 112.

<sup>147</sup> Inoltre, il Principio 5:24 attribuisce determinati diritti successori in caso di morte del *partner*, ma solo in presenza di una convivenza di durata almeno quinquennale o di figli. Per quanto sia sicuramente encomiabile la scelta di tutelare i diritti successori dei conviventi, la disciplina scelta dalla CEFL presta comunque il fianco a critiche, poiché appare discriminatoria nei confronti delle coppie senza figli (S. Patti, *op. cit.*, pp. 228-229).

<sup>148</sup> K. Boele Woelki – F. Ferrand – C. González Beilfuss – M. Jänterä-Jareborg – N. Lowe – D. Martiny – W. Pintens, *Principles of European Family Law Regarding Parental Responsibilities*, Cambridge, 2007.

<sup>149</sup> V. Scalisi, *Studi*, cit., *passim*.

<sup>150</sup> Si vedano, in particolare, non solo gli artt. 10-18-19-20 TFUE e gli artt. 3-6 TUE, ma anche i già menzionati artt. 8, 12, 14 CEDU e gli artt. 7-9-21 CDFUE.



chiave di lettura di alcune scelte di politica del diritto (per esempio, la volontà di incoraggiare il ricorso al matrimonio potrebbe spiegare perché un certo ordinamento è più o meno aperto a riconoscere la duttilità dei contratti di convivenza). Inoltre, la comparazione è prodromica a qualsiasi progetto, più o meno ambizioso, di armonizzazione del diritto europeo<sup>151</sup>.

Le regole sul diritto di famiglia sono essenziali nell'architettura dello stato sociale. Ancora, più, forse, che in altre aree del diritto, il diritto di famiglia richiede di essere considerato non soltanto in prospettiva "giuridica", ma in rapporto alle altre scienze *pratiche*, quali l'economia, le scienze politiche, l'antropologia<sup>152</sup>. Occorre, dunque, aderire ad una metodologia non solo di diritto comparato, ma realmente interdisciplinare<sup>153</sup>.

I contratti di convivenza, infine, consentono di riflettere su due idee che hanno subito un profondo cambiamento nel corso degli ultimi decenni. La prima è l'idea di famiglia; non più soltanto matrimoniale, la famiglia in Europa, oggi, consiste in modi diversi di vivere i propri rapporti affettivi, tra cui la convivenza<sup>154</sup>. Non più soltanto un centro di composizione degli interessi personali delle parti, la famiglia si afferma, e viene percepita, come soggetto di mercato e nucleo in cui si prendono accordi e si stipulano contratti<sup>155</sup>.

La seconda è un'idea di contratto non solo come sintesi di interessi contrapposti, ma come occasione di collaborazione tra parti<sup>156</sup>. Le convenzioni tra conviventi possono essere un ottimo strumento per quei soggetti che non vogliono vincolarsi mediante il matrimonio, ma vogliono imprimere un determinato assetto ai propri rapporti patrimoniali (e non, in base al sistema giuridico di appartenenza), in deroga, per quanto possibile, alle previsioni di legge o proprio in mancanza delle stesse, nel contesto di una vita comune<sup>157</sup>.

Guardare ai contratti di convivenza può essere un buon modo per osservare il delicato equilibrio tra la famiglia come entità e la famiglia come luogo di realizzazione e sviluppo delle libertà della persona. Con riferimento a quest'ultimo aspetto, è ormai acclarato che il carattere personale dei rapporti familiari non ne esclude la negoziabilità<sup>158</sup> né, più specificamente, la possibilità di renderli oggetto di un contratto; purché ciò avvenga di comune accordo, e purché la tutela dell'individuo e della sua dignità rimangano valori e principi irrinunciabili<sup>159</sup>.

Allo stesso tempo, i contratti di convivenza possono offrire l'occasione di ripensare, ancora una volta, allo strumento del *contratto*, ed al ruolo che in esso potrebbero o dovrebbero rivestire i principi della solidarietà, della collaborazione, della buona fede<sup>160</sup>. Al contratto di convivenza ben si confà la suggestiva definizione di contratto "rugiadoso, non rude", coniata da Pier Giuseppe Monateri<sup>161</sup>, in cui la cooperazione tra le parti, la giustizia, si inseriscono e conformano il regolamento contrattuale; a maggior ragione, in una materia così sensibile come quella delle relazioni affettive.

<sup>151</sup> K. Boele Woelki, *What Comparative Family Law Should Entail*, in *Utrecht Law Review*, 2008, spec. pp. 23-24.

<sup>152</sup> N. Lipari, *op. ult. cit.*, p. 419.

<sup>153</sup> Sul punto, *ex multis*, da ultimo, G. Resta, "So Lonely": *Comparative Law and the Quest for Interdisciplinary Legal Education*, in *International Journal for the Semiotics of Law*, 2024, pp. 1 ss.

<sup>154</sup> Ampiamente si rinvia alla raccolta di scritti in U. Salanitro (a cura di), *Quale diritto di famiglia per la società del XXI secolo?*, Pisa, 2020.

<sup>155</sup> M. R. Marella, *La contrattualizzazione delle relazioni di coppia. Appunti per una rilettura*, in *Riv. crit. dir. priv.*, 2003, p. 57 ss.

<sup>156</sup> D. Markovits, *Contract as Collaboration*, in H. Dagan – B. C. Zipursky (a cura di), *Research Handbook in Private Law Theory*, Cheltenham, 2020, pp. 109-111.

<sup>157</sup> N. Lipari, *Osservazioni conclusive*, in E. Moscati – A. Zoppini (a cura di), *op. cit.*, pp. 340; 342.

<sup>158</sup> G. Autorino, *Governo della famiglia e relazioni personali tra coniugi*, in *Comparazione e diritto civile*, 2018, pp. 1, 3.

<sup>159</sup> Sulle trasformazioni del concetto di famiglia, N. Lipari, voce *Famiglia (evoluzione dei modelli sociali e legali)*, in F. Macario (a cura di), *op. cit.*, pp. 417 ss.

<sup>160</sup> P. G. Monateri, *Ripensare il contratto: verso una visione antagonista del contratto*, in *Riv. dir. civ.*, 2003, pp. 409 ss.; A. Somma, *Giustizia sociale nel diritto europeo dei contratti*, in *Riv. crit. dir. priv.*, 2005, pp. 75 ss.

<sup>161</sup> P. G. Monateri, *I contratti di impresa e il diritto comunitario*, in *Riv. dir. civ.*, 2005, pp. 502 ss.



ANDREA ARFANI

Dottore di ricerca – Università degli Studi di Parma

## CLAUSOLA PENALE, RISARCIMENTO DEL DANNO, E AUTONOMIA PRIVATA

SOMMARIO: 1. Considerazioni introduttive. – 2. Considerazioni sulla funzione della clausola penale. – 3. I rapporti tra clausola penale e risarcimento del danno. – 4. I rapporti tra la clausola penale e il contratto cui accede. – 5. Mancata attivazione della penale, e risarcimento integrale del danno. – 6. Considerazioni conclusive.

1. – Le ragioni che inducono a una nuova riflessione intorno alla clausola penale, pur fondate sul grande dibattito, che dottrina e giurisprudenza ha intrattenuto sul tema<sup>1</sup>, si devono a una lettura dell'istituto attraverso il filtro dell'autonomia privata. Se la penale è uno strumento a disposizione, anzitutto, dei contraenti, (ma, altresì, del testatore), e, quindi, della loro libertà contrattuale, mi propongo di comprendere se, ed eventualmente in che modo, tale libertà possa, partendo dalla previsione negoziale della clausola, esprimersi in modo ancora più significativo, riconoscendo ai contraenti il potere di disporre, anche una volta inserita in contratto, e verificatisi i presupposti per la sua attivazione.

Sùbito si rende necessaria una considerazione di principio, che rappresenta la linea direttrice dell'argomentazione successiva: i paciscenti, pur nei limiti dettati dalle norme inderogabili, hanno il potere – e diversamente non potrebbe, né dovrebbe, essere – di adeguare gli strumenti negoziali secondo le proprie esigenze<sup>2</sup>. Se è vero che, a mente dell'art. 1372 cod. civ., il contratto ha forza di legge tra le sue parti, è altrettanto vero che tale legge deriva dalle parti stesse, che ad essa saranno soggette. Ciò, fermi restando – e la precisazione è ovvia – i limiti derivanti dai principî fondamentali e dalle norme cogenti.

---

<sup>1</sup> In tema di clausola penale, si vedano, almeno: V.M. TRIMARCHI, *La clausola penale*, Milano, 1954; G. GORLA, *Il contratto. Problemi fondamentali trattati con il metodo comparativo e casistico*, vol. I, Milano, 1955, spec. p. 240 ss.; A. MARINI, *La clausola penale*, Napoli, 1984; A. ZOPPINI, *La penale contrattuale*, Milano, 1991; A. MAGAZZÙ, voce *Clausola penale*, in *Enc. dir.*, vol. VII, Milano, 1960, p. 186 ss.; G. DE NOVA, voce *Clausola penale*, in *Dig. disc. priv., Sez. civ.*, vol. II, Torino, 1988, p. 377 ss.; A. MARINI, voce *Clausola penale*, in *Enc. giur.*, vol. VI, Roma, 1988, p. 1 ss.; F. GALGANO, *Artt. 1382-1384*, in F. GALGANO-G. VISINTINI, *Degli effetti del contratto. Della rappresentanza. Del contratto per persona da nominare. Artt. 1372-1405*, in *Comm. cod. civ. Scialoja-Branca*, a cura di F. Galgano, Bologna-Roma, 1993, p. 162 ss.

<sup>2</sup> La bibliografia in tema di autonomia dei privati è sì vasta, che sarebbe tentativo vano quello di elencarne i riferimenti, pur ritenuti principali. Pertanto, rinviando alle singole opere richiamate nel corso del contributo, si indicano di séguito gli studi di fondamentale riferimento per il tema: SANTI ROMANO, voce *Autonomia*, in *Frammenti di un dizionario giuridico*, Milano, 1947; E. BETTI, *Teoria generale del negozio giuridico*, Torino, 1950; SALV. ROMANO, *Autonomia privata*, Milano, 1957; L. FERRI, *L'autonomia privata*, Milano, 1959; E. BETTI, voce *Autonomia privata*, in *Noviss. Dig. It.*, vol. I, Torino, 1957, p. 1559 ss.; L. FERRI, *Nozione giuridica di autonomia privata*, in *Riv. Trim. dir. e proc. civ.*, 1957, p. 129 ss.; G. BONILINI, *Autonomia testamentaria e legato. I legati così detti atipici*, Milano, 1990.



In via generale, si può osservare che siffatta massimizzazione della volontà dei privati, anche talvolta al di là di limiti un tempo ritenuti invalicabili, è una tendenza già in atto nel sistema privatistico. La considerazione non è solo, o non tanto, riferita allo spazio lasciato, dalle norme codicistiche, alla scelta da parte dei privati in ordine alla particolare conformazione da attribuire a un dato contratto o istituto<sup>3</sup>. Quello, cui si fa qui riferimento, è un *quid* più profondo, che coinvolge in modo più incisivo il potere dei privati. È una dimensione in cui l'autonomia negoziale arriva a definire i rapporti tra le parti, per poi ridefinirli, anche prescindendo da, e smentendo, sé stessa<sup>4</sup>.

Ecco che i termini della riflessione si arricchiscono di due nuovi fattori, che rappresentano declinazioni di principi fondamentali, arrivando così a circoscrivere il presente ambito di indagine: se e come l'autonomia privata possa derogare a sé stessa, comportando la scelta di non applicare quanto già stabilito, e come questa possibilità si relazioni con l'affidamento di controparte e con la buona fede contrattuale. E tutto ciò, con particolare riferimento alla clausola penale, che offre gli spunti migliori per siffatta valutazione.

2. – Il corso fisiologico della vita di un contratto consiste, com'è ovvio, nello schema adempimento–esaurimento del rapporto. Tuttavia, tale schema è facilmente suscettibile di essere infranto, in ragione – per quello che qui rileva – dell'inadempimento del debitore. Ciò comporta l'attivazione di rimedi diversi, a seconda delle cause e della natura dell'inadempimento. Infatti, come ogni fatto della vita – e non vi sfugge la vita giuridica –, la rottura del patto comporta la reazione di chi a quel patto era soggetto, e che, come nel caso del contratto, aveva contribuito a creare.

Ordinariamente, la reazione all'inadempimento coincide con la risoluzione del contratto, cui può accompagnarsi la richiesta risarcitoria della parte non inadempiente.

A tal proposito, si pongono due ordini di problemi.

In primo luogo, vi è quello di stabilire se l'inadempimento, per come concretamente verificatosi, integri i presupposti per determinare la risoluzione del contratto, ai sensi degli articoli 1452 e seguenti cod. civ. Parallelamente, ed è l'aspetto che qui interessa maggiormente, si registrano difficoltà interpretative, allorché si tratti di valutare i termini del risarcimento, in ordine alla valutazione dell'attribuibilità dell'inadempimento al suo autore, e alle ricadute patrimoniali nei confronti della controparte, da cui deriva la determinazione del suo credito risarcitorio.

Ciò è fonte di diversi nodi interpretativi, ancor prima che pratici, in ordine alla prova delle ricorrenze tutte – afferenti all'*an* – del risarcimento, e all'effettivo suo ammontare, vale a dire al *quantum*. Interesse delle parti è evitare, o, quanto meno, ridurre al minimo, tali incognite, sì da rendere più gestibili le conseguenze dell'inadempimento.

Si apre, da questo punto di vista, l'annosa discussione circa la natura e la funzione della clausola penale. La dottrina è divisa; merita richiamare soltanto i punti essenziali delle varie proposte dommatiche, qui particolarmente rilevanti.

Una prima lettura, già affermata nella dottrina più risalente, vede nella clausola penale una declinazione di «patti che hanno funzioni o scopi diversi, benché tutti si possano assommare nel concetto di patto sanzio-

---

<sup>3</sup> Sul tema, in generale, v. R. SCOGNAMIGLIO, *Dei contratti in generale. Artt. 1321-1352*, in *Comm. cod. civ.*, a cura di A. Scialoja e G. Branca, Bologna-Roma, 1970, p. 24 ss.

<sup>4</sup> Sovviene la definizione di autonomia proposta da Betti: «attività e potestà di darsi un ordinamento, di dare cioè assetto ai propri rapporti e interessi, spiegata dallo stesso ente o soggetto cui spettano». Così, E. BETTI, voce *Autonomia privata*, cit., p. 1559.



natorio avente, cioè, lo scopo di rafforzare o anche creare una sanzione»<sup>5</sup>. Più specificamente, si sottolinea un aspetto di diretto rilievo e prima conferma di quanto proposto in premessa: la penale, nella sua funzione di intervento sul piano sanzionatorio, è atto di autonomia privata<sup>6</sup>. Attraverso di essa, infatti, le parti possono soddisfare un particolare interesse, che, per il momento, individuo per come afferente alla gestione delle evenienze di un contratto<sup>7</sup>.

Altra lettura fa risaltare la ricorrenza della funzione giuridica penale o punitiva, dove l'obbligazione risarcitoria è a sé stante, e non necessaria<sup>8</sup>. La prestazione, quindi, può consistere in una pura sanzione, oppure, accanto ad essa, può collocarsi il risarcimento<sup>9</sup>. In quest'ultimo caso, allorché le parti convengano la risarcibilità del danno, ulteriore, ricorre la così detta clausola penale non pura: il creditore ha facoltà di assommare l'importo dovuto a titolo di penale – senza dover fornire prova del danno preteso patito – a quello dovuto a titolo di risarcimento, da provarsi nella misura in cui superi la penale. Ulteriore funzione, attribuita all'istituto, è quella di disincentivare l'inadempimento dell'obbligazione principale<sup>10</sup>.

Dall'altro lato, si individua la così detta clausola penale pura, per la quale si esclude la considerazione del danno, tendendo essa all'esclusivo fine di sanzionare l'inadempimento<sup>11</sup>.

Sul presupposto di tale (pur essenziale) classificazione, la dottrina ha proposto ulteriori osservazioni, che rappresentano declinazioni delle due impostazioni generali, poco sopra ripercorse<sup>12</sup>.

Coglie nel segno l'osservazione di chi ha rilevato che tali categorizzazioni non abbiano, tra esse, limiti effettivamente invalicabili, potendo la clausola penale soccorrere, invero, a funzioni differenti, a seconda di come si atteggi, nel concreto, la volontà delle parti<sup>13</sup>.

**3.** – Intendo fermare l'attenzione su un aspetto ben preciso dell'istituto della clausola penale, vale a dire quello relativo ai rapporti con il risarcimento del danno, a fronte dell'inadempimento del soggetto obbligato.

Per poter procedere a tale disamina, conviene prendere a riferimento, tra le funzioni ritenute proprie della clausola penale, quella che vi ravvede un atto di liquidazione preventiva e forfetaria del danno, coincidente con la misura concreta del risarcimento<sup>14</sup>. Da questa prospettiva, la penale non riguarderebbe l'*an* del danno,

<sup>5</sup> G. GORLA, *Il contratto*, cit., p. 242.

<sup>6</sup> Così, A. MARINI, *La clausola penale*, cit., p. 9.

<sup>7</sup> Scopo del negozio giuridico è consentire ai privati di disporre, per l'avvenire, un regolamento che attui i loro interessi, all'interno della dinamica dei rispettivi rapporti; cfr. E. BETTI, voce *Autonomia privata*, cit., p. 1561.

<sup>8</sup> V.M. TRIMARCHI, voce *Clausola penale*, in *Noviss. Dig. it.*, vol. III, Torino, 1959, p. 351.

<sup>9</sup> V.M. TRIMARCHI, voce *Clausola penale*, cit., p. 351.

Cass. civ., 21 febbraio 2023, n. 5379, in *Banca dati Giuffrè Francis Lefebvre*, ha specificato che la clausola penale abbia «una finalità sanzionatoria e risarcitoria del danno, che viene predeterminato pattiziamente col limite della manifesta eccessività».

<sup>10</sup> Cfr. V.M. TRIMARCHI, voce *Clausola penale*, cit., p. 352.

In giurisprudenza, recentemente, Cass. civ., 7 novembre 2023, n. 30983, in *Banca dati Giuffrè Francis Lefebvre*.

<sup>11</sup> Sul punto, v. V.M. TRIMARCHI, voce *Clausola penale*, cit., p. 352.

<sup>12</sup> Per una disamina attenta di siffatte impostazioni si rinvia a G. DE NOVA, voce *Clausola penale*, cit., p. 377 s.

In particolare, l'A. individua l'effetto tipico dell'istituto nell'attribuzione al creditore della possibilità di ottenere l'importo indicato, prescindendo dalla prova del danno, e nella parallela impossibilità del debitore di liberarsi dal suo obbligo, provando l'inesistenza del medesimo. Sul punto, anche per una lettura contraria, e relativa critica, si vedano: A. BUTERA, *Cod. civ. it., Obbligazioni*, vol. I, Torino, 1943, p. 353; M. GHIRON, *Della clausola penale e della caparra, Obbligazioni*, vol. I, in *Commentario D'Amelio e Finzi*, Firenze, 1948, p. 537 ss.; A. MAGAZZÙ, voce *Clausola penale*, cit., p. 188.

<sup>13</sup> Così, G. GORLA, *Il contratto*, cit., p. 244, e G. DE NOVA, voce *Clausola penale*, cit., p. 379.

<sup>14</sup> Per la disamina di tale impostazione, v. A. MARINI, voce *Clausola penale*, cit., p. 1 s., e P. RESCIGNO, *Manuale di diritto privato*, Napoli, 1980, IV ed., p. 607.



con la conseguenza che il convenuto dovrebbe poterne provare l'inesistenza, oppure, all'opposto, l'attore provarne l'esistenza; parallelamente, il *quantum* della lesione rimarrebbe coincidente con il *forfait* predefinito dalla clausola<sup>15</sup>. Ne deriva, secondo una lettura ampiamente affermata in dottrina, la non ammissibilità della prova del danno, e la connessa non rilevanza del danno in sé<sup>16</sup>.

Si è osservato, tuttavia, e correttamente, l'impossibilità di ammettere la presunzione della sussistenza del danno, in quanto si tratterebbe di un artificio costruttivo. Il danno risarcibile non potrebbe considerarsi ricorrente *ex se*, per il solo fatto dell'inadempimento. La conseguenza, che se ne trae, è quella per cui, se la concreta ed effettiva esistenza del pregiudizio fosse irrilevante per l'operatività della clausola, allora questa non potrebbe svolgere la propria funzione di liquidazione preventiva e forfetaria del danno<sup>17</sup>.

Anche gli interpreti, che attribuiscono alla clausola penale la funzione di definizione preventiva e convenzionale del danno, ammettono la non definitività di codesta liquidazione, in quanto la funzione dell'istituto consisterebbe, in modo precipuo, nella semplificazione probatoria *ex art.* 1382, secondo comma, cod. civ.<sup>18</sup>. Si invertirebbe, in questo caso, l'onere della prova, con la conseguenza che la clausola penale diverrebbe un patto tipico sull'onere probatorio, e, pertanto, un regolamento della prova stessa<sup>19</sup>.

Va rilevato, tuttavia, come siffatta ricostruzione sia stata oggetto di critiche, in quanto si è ritenuto che ci si troverebbe ad ammettere che la penale possa essere ridotta, qualora il debitore provi che il danno sia inferiore, rispetto a quello da essa individuato e liquidato, oppure, specularmente, aumentata, allorché il creditore dimostri che l'effettivo danno la superi; in questo caso, tuttavia, si avrebbe contrasto con la previsione, che richiede il patto espresso, per la risarcibilità del danno ulteriore<sup>20</sup>.

Ecco allora prospettarsi un'altra lettura, che lega la penale allo scòpo di attribuire, al danno parziale, rilevanza in termini di risarcibilità secondo le norme generali. L'istituto, in questo senso, elimina la posizione di svantaggio del creditore, per il caso in cui il danno, oggettivamente conseguito, sia maggiore dell'importo della penale<sup>21</sup>.

Il patto di ulteriore risarcibilità opera autonomamente<sup>22</sup>, e la determinazione dell'ammontare dell'intero pregiudizio deve essere intesa quale mezzo per la dimostrazione della sussistenza del danno ulteriore<sup>23</sup>.

Il creditore, pertanto, pur optando per la penale, può invocare il risarcimento dell'intero danno, in quanto l'art. 1385, terzo comma, cod. civ., afferma che, qualora l'avente diritto non voglia avvalersi della penale, il risarcimento diviene soggetto alle norme generali<sup>24</sup>.

<sup>15</sup> A. MARINI, voce *Clausola penale*, cit., p. 2, e G. GORLA, *Il contratto*, cit., p. 243.

<sup>16</sup> A. MARINI, voce *Clausola penale*, cit., p. 2.

<sup>17</sup> A. MARINI, voce *Clausola penale*, cit., p. 2.

<sup>18</sup> A. MAGAZZÙ, voce *Clausola penale*, cit., p. 187; A. BUTERA, *Cod. civ. it.*, cit., p. 353; M. GHIRON, *Della clausola penale e della caparra*, cit., p. 537.

<sup>19</sup> A. MAGAZZÙ, voce *Clausola penale*, cit., p. 187.

Da questo punto di vista, la previsione del risarcimento, nella sua parte ulteriore, svolge la funzione di ottenere una liquidazione preventiva del danno. Sul punto, si veda V.M. TRIMARCHI, voce *Clausola penale*, cit., p. 352.

<sup>20</sup> A. MAGAZZÙ, voce *Clausola penale*, cit., p. 187.

<sup>21</sup> A. MAGAZZÙ, voce *Clausola penale*, cit., p. 193.

<sup>22</sup> Così, già F. MESSINEO, *Dottrina generale del contratto*, Milano, 1952, III ed., p. 132, il quale sostiene che, per l'ipotesi in cui sia prevista la risarcibilità del danno ulteriore, la penale agisca quale acconto sul risarcimento, per come complessivamente determinato in un momento successivo.

<sup>23</sup> Il creditore – vale a dire, la parte non inadempiente –, pur in presenza del patto ora menzionato, può decidere di limitare la propria pretesa all'importo dedotto in penale. In questi termini, A. MAGAZZÙ, voce *Clausola penale*, cit., p. 193.

<sup>24</sup> V.M. TRIMARCHI, voce *Clausola penale*, cit., p. 352.

Conviene richiamare, una volta ancora, la lettura che ravvede l'effetto naturale della clausola penale nella limitazione del risar-



L'autonomia privata assume un'ulteriore accentuazione, quando si consideri che i contraenti possono modulare in modo diverso il funzionamento della clausola penale. Possono, a modo di esempio, circoscrivere la previsione con riferimento a una singola voce di danno (come, a titolo di esempio, il danno emergente), facendo salvo il risarcimento per una voce differente (a modo di esempio, il lucro cessante)<sup>25</sup>.

Ancora, il creditore, anziché attivare la clausola, può domandare l'adempimento della prestazione originariamente dedotta in contratto, là dove, viceversa, il debitore non può liberarsi da essa, offrendo quanto individuato dalla stessa<sup>26</sup>.

Occorre specificare che la clausola penale non assurge, in ogni caso, a fonte negoziale di un'obbligazione risarcitoria a sé stante, operando, al contrario, quale limite per detta obbligazione, che rimane conseguenza dell'inadempimento, da parte del debitore, dell'obbligazione principale<sup>27</sup>. Ne deriva, altresì, che, una volta verificatosi l'inadempimento, sorge l'obbligo al pagamento della penale, e che il debitore è tenuto, e legittimato, a provvedervi unicamente quando il creditore ne faccia richiesta<sup>28</sup>.

4. – Anzi s'è osservato che, verificatosi l'inadempimento del debitore, rispetto all'obbligazione dedotta in contratto, si attivi l'obbligazione definita dalla penale, e che il debitore vi sia effettivamente soggetto soltanto quando il creditore ne faccia richiesta<sup>29</sup>, pur non valendo quest'ultima quale elemento costitutivo della penale, né quale condizione di efficacia, ma semplicemente quale circostanza che determina l'attualità dell'adempimento della clausola<sup>30</sup>.

Vista la possibilità, per le parti di un contratto, di gestire la sopravvenienza, rappresentata dall'inadempimento del soggetto tenuto all'esecuzione della prestazione, mediante la pattuizione di una clausola penale, e visti gli ampî margini di adattamento della stessa ai *desiderata* dei paciscenti, occorre ora comprendere se e come tale gestione possa estendersi sino alla scelta di non attivare la penale, pur prevista, e di preferire forme diverse di reazione all'inadempimento.

A mio avviso, la risposta al quesito va ricercata nella natura del patto di penale, se sia da qualificarsi, oppure no, quale negozio ontologicamente autonomo, rispetto al contratto cui accede. La risposta a tale domanda consentirà di valutare se la clausola, in ragione della sua eventuale autonomia, possa azionarsi oppure no, a seconda della volontà delle parti. Va da sé che, qualora dovesse ravvisarsi l'essenziale ancillarità della

---

cimento alla prestazione ivi dedotta, in quanto l'art. 1382, primo comma, cod. civ. si applicherebbe unicamente in assenza della previsione della risarcibilità del danno ulteriore. Così, G. DE NOVA, voce *Clausola penale*, cit., p. 377.

<sup>25</sup> G. BONILINI, *Regole applicative in tema di clausola penale*, in *Contratti*, 1996, 6, p. 551; G. DE NOVA, voce *Clausola penale*, cit., p. 378.

Tale impostazione è riconosciuta già dalla giurisprudenza più risalente; si veda Cass. civ., 4 giugno 1976, n. 2020, in *Foro it.*, 1976, I, c. 2663.

<sup>26</sup> G. DE NOVA, voce *Clausola penale*, cit., p. 380, e V.M. TRIMARCHI, *La clausola penale*, cit., p. 102.

Già s'è accennato, e meglio lo si approfondirà nel prosieguo, che il creditore ha facoltà di domandare il ristoro integrale, in luogo del pagamento della penale, allorché sia prevista la risarcibilità del danno ulteriore; cfr. G. DE NOVA, voce *Clausola penale*, cit., p. 380.

<sup>27</sup> A. MAGAZZÙ, voce *Clausola penale*, cit., p. 187.

Ciò avviene in forza della ritenuta funzione sanzionatoria dell'inadempimento, propria della clausola penale. Cfr. A. MAGAZZÙ, voce *Clausola penale*, cit., p. 190.

<sup>28</sup> Con la precisazione per cui la richiesta di adempimento non rappresenta un elemento costitutivo della clausola penale, né una sua condizione di efficacia; più semplicemente, essa individua il momento in cui diviene attuale il dovere di darvi esecuzione. Così, A. MAGAZZÙ, voce *Clausola penale*, cit., p. 193.

<sup>29</sup> Cfr. A. MAGAZZÙ, voce *Clausola penale*, cit., p. 193.

<sup>30</sup> A. MAGAZZÙ, voce *Clausola penale*, cit., p. 193.



clausola, l'autonomia dei contraenti, circa un'eventuale non attivazione della medesima, si troverebbe ad essere assai ridimensionata, dovendo la clausola muoversi di pari passo con il contratto, risultando da questo necessitata.

Anche sul punto si registrano differenti interpretazioni.

Chi ha negato il carattere autonomo della clausola penale, fa riferimento al dato testuale, per cui l'art. 1383 cod. civ. rinvia alla «prestazione principale», e l'art. 1384 cod. civ. all'«obbligazione principale», inferendone che le vicende dell'obbligazione dedotta in contratto abbiano riflessi su quella accessoria, portata dalla clausola penale<sup>31</sup>. Altra dottrina afferma che quest'ultima presupponga necessariamente un contratto, in quanto non potrebbe configurarsi un negozio che abbia, quale esclusiva funzione, quella di arricchire con una penale un'obbligazione non contrattuale; allo stesso modo, si sostiene che tra la clausola e il contratto ricorra una connessione così forte, che la prima completi il contenuto del secondo, per quanto attiene alle conseguenze dell'inadempimento, e che la ritenuta inidoneità della clausola penale a modificare il contenuto tipico del contratto, non varrebbe a negarne la qualificazione come elemento accidentale, in quanto, in tale novero, rientrerebbero anche gli elementi atti a completare la regolamentazione, derivante dallo schema tipico del contratto<sup>32</sup>.

Al contrario, chi sostiene la reciproca autonomia tra le due figure pone l'accento sulla particolare causa della clausola penale. Si fa riferimento, in questo senso, alla circostanza per cui, mediante la penale, le parti di un contratto mirino a uno scopo pratico a sé stante, e diverso, rispetto a quello perseguito con il contratto, e cioè predisporre una sanzione per l'inadempimento. I due obiettivi – quello generale del contratto, e quello specifico della clausola penale – non interferiscono tra loro, garantendo alle due figure reciproca autonomia<sup>33</sup>.

Non vale a minare siffatta impostazione, la rilevanza del così detto collegamento necessario, proprio – secondo le tesi anzi ripercorse – della posizione accessoria della clausola penale, rispetto al negozio principale. A ben vedere, la considerazione della causa della clausola penale comporta che presupposto necessario e sufficiente della clausola sia la sussistenza di un'obbligazione, e non tanto di un negozio o contratto principale; parallelamente, la clausola penale può attenersi, non soltanto a obbligazioni, che affondano le proprie radici in un contratto, ma anche scaturenti da un atto giuridico in genere<sup>34</sup>.

Proseguendo in questa direzione, sovviene nuovamente l'affermato carattere sanzionatorio della clausola penale, che la collocherebbe su un piano differente, rispetto a quello del contratto, sì da impedirne la qualificazione di elemento accessorio, con ciò rispecchiando quanto caratterizza, a livello generale, il rapporto tra la sanzione e il precetto cui si ricolleggi<sup>35</sup>.

Ciò, si badi, non impedisce che clausola e contratto siano avvinti da un forte legame, tale da consentire di ritenere la prima quale negozio accessorio al secondo, in quanto la funzione sanzionatoria della clausola pe-

---

<sup>31</sup> G. DE NOVA, *Le clausole penali e la caparra confirmatoria*, in *Tratt. di dir. priv.*, dir. da P. Rescigno, vol. X, *Obbligazioni e contratti*, t. 2, Torino, 1995, II ed., p. 409.

<sup>32</sup> A. CATAUDELLA, *Sul contenuto del contratto*, Milano, 1964, p. 220. L'A., inoltre, aggiunge che l'inidoneità della penale ad alterare il contenuto tipico del contratto, non rappresenti motivo per negare l'inquadramento di essa nel novero degli elementi accidentali, in quanto tale ambito ricomprende anche gli elementi atti a completare, senza modificarla, la regolamentazione contrattuale.

In giurisprudenza, v. Cass. civ., 7 novembre 2023, n. 30983, cit.; Comm. trib. reg. Lombardia, 22 marzo 2022, n. 1091, in *Banca dati Giuffrè Francis Lefebvre*.

<sup>33</sup> In questi termini, A. MAGAZZÙ, voce *Clausola penale*, cit., p. 189 s.

<sup>34</sup> Queste considerazioni, con diretto riferimento alla clausola penale, in A. MAGAZZÙ, voce *Clausola penale*, cit., p. 190. Relativamente a un livello più generale, v. A. DE CUPIS, *Il danno. Teoria generale della responsabilità civile*, Milano, 1951, p. 225.

<sup>35</sup> A. MARINI, voce *Clausola penale*, cit., p. 4. L'A. precisa che la clausola penale, in quanto rispondente a uno schema negoziale di tipo sanzionatorio, non possa valere quale elemento o componente elementare del complessivo regolamento negoziale precettivo, che, in ogni caso, presuppone, e al quale è collegata.



nale deve esplicitarsi – e diversamente non potrebbe essere – con riferimento a un contratto, che ne rappresenta, pertanto, necessitato presupposto<sup>36</sup>.

Ne deriva che l'obbligazione principale, e quella dedotta quale oggetto della penale, sono autonome l'una rispetto all'altra, verificandosi, pertanto, un concorso alternativo tra inadempimento e penale<sup>37</sup>. Più precisamente, si è osservato che a ben vedere, i caratteri anzi rilevati, consentono di attribuire alla clausola penale la natura di negozio autonomo accessorio al negozio principale<sup>38</sup>.

Come accennato poco anzi, l'affermata autonomia della clausola penale è di immediato e diretto rilievo per comprendere l'estensione dell'autonomia privata, in ordine alla possibile disapplicazione della clausola stessa.

La scópo cui tendono le parti, per mezzo di essa, come visto, è stato inteso variamente. Tuttavia, a livello generale, è innegabile che esso tenda, in ogni caso, a una reazione avverso l'inadempimento del debitore. Tale obiettivo è evidentemente diverso, rispetto a quello perseguito per mezzo del contratto, che coincide con la causa della fattispecie scelta, per come declinata secondo l'interesse dei paciscenti. Se questo è, quindi, lo sfondo, su cui agiscono le parti, e all'interno del quale esse gestiscono le evenienze del contratto – ivi comprese quelle patologiche, quale è l'inadempimento –, è agevole, da un lato, confermare l'alterità dei piani che interessano clausola e contratto, e, dall'altro lato, e soprattutto, definire con maggiore chiarezza l'estensione del potere delle parti. Esse tendono a realizzare l'assetto di interessi veicolato dal contratto; in previsione dell'inadempimento dell'obbligazione del debitore – e, quindi, con riferimento a un'ipotesi circoscritta, e di segno contrario rispetto all'obiettivo generale –, prevedono un particolare effetto, quello proprio della clausola penale, per come concretamente costruita. L'inserimento di tale ultima previsione, tuttavia, non distoglie le parti, e il creditore in particolare, dalla tensione verso l'originario obiettivo. Ne deriva che rimane una scelta rimessa alla decisione delle parti scegliere quale obiettivo perseguire, nella circostanza in cui si verifichi l'inadempimento del debitore, ed ési vano il generale obiettivo contrattuale. In questo caso, le parti possono scegliere se insistere secondo il regolamento contrattuale – e, quindi, azionare per l'intero la clausola penale prevista –, oppure se spostare il *focus* del loro agire, e definire un nuovo obiettivo, quale reazione all'inadempimento. Ne deriva, per tale seconda ipotesi, la possibilità di disapplicare la clausola penale, e agire per il risarcimento dell'intero danno.

Ciò non potrebbe accadere, allorché si ritenesse la natura essenzialmente accessoria e dipendente della clausola penale, relativamente al contratto. In questo caso, infatti, le parti dovrebbero dare esecuzione a quanto in esso previsto, anche in caso di inadempimento del debitore, e la clausola, contemplata proprio a tal scópo, non potrebbe essere aggirata, pur volendolo entrambe le parti.

---

<sup>36</sup> In questo senso, A. MARINI, voce *Clausola penale*, cit., p. 4, e A. MAGAZZÙ, voce *Clausola penale*, cit., p. 189 ss.

Altra lettura ha affermato che la penale sarebbe un contratto unilaterale, obbligatorio, con cui le parti colpiscono, per mezzo di una sanzione ad attitudine punitiva, il mancato conformarsi del debitore a una regola di condotta, legale o convenzionale. Così, V.M. TRIMARCHI, voce *Clausola penale*, cit., p. 352.

<sup>37</sup> A. MAGAZZÙ, voce *Clausola penale*, cit., p. 193.

Tra le relative implicazioni, particolarmente significativa è l'esclusione del cumulo tra penale e risarcimento integrale del danno, quale espressione del principio di divieto di ingiustificato arricchimento, con nullità di ogni patto contrario. Sul tema, v.: G. BONILINI, *Regole applicative in tema di clausola penale*, cit., p. 551; G. DE NOVA, voce *Clausola penale*, cit., p. 380; A. MAGAZZÙ, voce *Clausola penale*, cit., p. 193; T. BONAMINI, *Divieto di cumulo tra prestazione principale e penale per l'inadempimento e rilevanza dell'interesse del creditore*, in *Contr. e impr.*, 2020, 2, p. 605 ss. In senso opposto, si veda V.M. TRIMARCHI, voce *Clausola penale*, cit., p. 352.

<sup>38</sup> A. MARINI, voce *Clausola penale*, cit., p. 4.



5. – A questo punto, si rivela chiara la platea di presupposti e di riferimenti, decisivi per sciogliere la questione principale in esame. Se il creditore possa, oppure no, abdicare all'attivazione della clausola, e dirigere le sue richieste al danno complessivamente ritenuto patito, è aspetto che non può prescindere, infatti, dalla declinazione attribuita all'istituto, nei suoi caratteri generali, e dalla posizione di ontologica autonomia, con cui si pone nei confronti del contratto cui accede.

Com'è occorso per ogni altro tema, afferente alla clausola penale, anche con riferimento a quello in parola si deve registrare, tra gli interpreti, una difformità di vedute.

Una parte della dottrina ha affermato che il creditore possa domandare il risarcimento del danno in luogo della penale, soltanto qualora sia stata precedentemente prevista la risarcibilità del danno ulteriore<sup>39</sup>.

Altra lettura, invece, esclude recisamente siffatta possibilità, a prescindere dalla previsione della risarcibilità del danno eccedente; in questo senso, per effetto della sola previsione della penale in contratto, sarebbe da escludersi la possibilità di ottenere il ristoro dell'intero danno, e ciò al fine di evitare che la clausola divenga strumento di indebita sopraffazione del debitore<sup>40</sup>. La previsione del risarcimento del danno ulteriore eliminerebbe lo svantaggio per il creditore, per il caso in cui il danno effettivo sia maggiore, rispetto all'importo dedotto in penale; tale patto, tuttavia, non inciderebbe né sulla funzione, né sull'efficacia, della clausola<sup>41</sup>. Di qui, la possibilità di ammettere il cumulo tra penale e risarcimento, unicamente per la parte eccedente la prima, con l'applicazione, per tale porzione, della generale disciplina del risarcimento del danno<sup>42</sup>.

Si deve registrare, tuttavia, un altro filone interpretativo che si dimostra più sensibile al potere di movimento dell'autonomia privata. Si è osservato che, poiché la clausola penale è definita a vantaggio del creditore, e non può conseguentemente risolversi in suo danno, qualora l'importo da essa portato si riveli inadeguato alla lesione patita, allora, a integrazione della clausola, sarebbe applicabile l'art. 1385, terzo comma, cod. civ., dettato in materia di caparra confirmatoria, che autorizza la parte non inadempiente a chiedere l'esecuzione, oppure la risoluzione, del contratto, con il relativo integrale risarcimento del danno<sup>43</sup>.

Reputo di poter aderire alla tesi di chi ammette la possibilità, per il creditore, di ottenere l'integrale risarcimento del danno, in forza dell'ordinario regime normativo, in disapplicazione della clausola penale, per le ragioni che subito proporrò.

Il punto di partenza affonda nella già richiamata analogia tra la disciplina della clausola penale e quella dettata in materia di caparra confirmatoria, con particolare riferimento all'art. 1385, terzo comma, cod. civ., in quanto entrambi gli istituti tendono all'obiettivo di avvalersi dell'ordinario risarcimento dei danni. Tale

<sup>39</sup> G. DE NOVA, voce *Clausola penale*, cit., p. 380, e G. MIRABELLI, *Delle obbligazioni. Dei contratti in generale (Artt. 1321-1469)*, Torino, 1980, III ed. int. riv. e agg., p. 336.

<sup>40</sup> A. MARINI, voce *Clausola penale*, cit., p. 5.

<sup>41</sup> A. MARINI, voce *Clausola penale*, cit., p. 5 s., e A. MAGAZZÙ, voce *Clausola penale*, cit., p. 193.

<sup>42</sup> A. MARINI, voce *Clausola penale*, cit., p. 6.

<sup>43</sup> V.M. TRIMARCHI, *La clausola penale*, cit., p. 72 ss.

V. inoltre, Cass. civ., 29 novembre 2022, n. 35068, in *Banca dati Giuffrè Francis Lefebvre*, che rileva come «la caparra confirmatoria, al pari della clausola penale stipulata per il caso di inadempimento, rivelano il comune intento di indurre l'obbligato all'adempimento», potendo, pertanto, entrambe coesistere all'interno di un medesimo contratto.

Non sono mancate le critiche a codesta impostazione. In particolare, si è obiettata l'alterità ontologica della caparra rispetto alla penale, e la sua diversità di funzione. Allo stesso tempo, è stata esclusa la possibilità, per il creditore, a fronte di una clausola penale, di domandare il risarcimento secondo le norme generali, ritenendo con ciò incompatibile la disciplina degli articoli 1382 e seguenti cod. civ. Infine, da un punto di vista sistematico, si è affermato che la circostanza per cui il Codice civile preveda in maniera espressa il patto di risarcibilità del danno ulteriore, potrebbe indurre a ritenere che questo rappresenti l'unico espediente per evitare lo svantaggio, che si troverebbe a subire il creditore, allorché la penale sia di ammontare contenuto. In questo senso, v. A. MAGAZZÙ, voce *Clausola penale*, cit., p. 194 s.



disposizione prevede la possibilità di accedere alla risoluzione, con la relativa domanda risarcitoria, in luogo dell'azione speciale di recesso; allo stesso modo, in presenza di una clausola penale, deve ritenersi che la parte non inadempiente possa decidere di non invocare tale istituto, scegliendo di percorrere la strada portata dal generale regime di risoluzione del contratto e di risarcimento del danno.

Diversamente a quanto osservato da parte degli interpreti, tale opzione non contrasta con il regime normativo, afferente alla clausola penale, né ne rappresenta indebita deroga, o surrettizio aggiramento. Reputo, infatti, che elemento decisivo sia la scelta della parte, in ordine al rimedio cui fare ricorso nel caso concreto, se alla clausola penale, oppure al regime generale.

Come ha recentemente osservato una pronuncia di legittimità<sup>44</sup>, ammettendo tale apertura, non viene tradita la *ratio* della penale: i contraenti hanno la possibilità di concordare la risarcibilità del danno ulteriore, a fianco della previsione della penale; in questo caso, l'importo dovuto dal debitore non adempiente coincide con la somma risultante dalla sottrazione, dal *quantum* complessivo del danno, dell'importo stabilito a titolo di penale, e il creditore non è tenuto a provare l'ammontare dell'intero danno<sup>45</sup>. E ciò, ferma restando la necessità di contenere il danno entro il tetto stabilito dalla penale, allorché manchi la pattuizione della risarcibilità del danno ulteriore.

Epperò, il meccanismo proprio della clausola penale trova applicazione, non già per effetto della sola previsione contrattuale, bensì unicamente a séguito della volontà della parte di servirsi di essa. Diversamente, in assenza di tale determinazione, il creditore può ricorrere all'ordinario, e potenzialmente più ampio, risarcimento del danno, dovendo, in tal caso, sottostare al relativo regime probatorio<sup>46</sup>.

La giurisprudenza<sup>47</sup> ha specificato che la richiesta di applicazione della penale, prevista in contratto, non possa ritenersi implicitamente contenuta nella domanda di risoluzione, né tantomeno in quella di risarcimento del danno; ciò in ragione dell'indipendenza di siffatte domande da quella di pagamento della penale, che, pertanto, si caratterizza per essere autonoma, rispetto ad esse<sup>48</sup>.

In conclusione, mi pare possibile sostenere che la proposizione della domanda di risoluzione del contratto, con annessa richiesta di condanna al risarcimento dei danni, debba essere intesa quale domanda autonoma, che impedisce l'attivazione della clausola penale, e dei limiti quantitativi, da essa portati, in ordine all'ammontare del danno risarcibile. Ne deriva, e ciò è intuitivo, che il creditore dovrà sottostare al generale regime probatorio, relativamente all'*an* e al *quantum* del risarcimento richiesto<sup>49</sup>.

---

<sup>44</sup> Cass. civ., 25 ottobre 2023, n. 29610, in *Banca dati Giuffrè Francis Lefebvre*.

<sup>45</sup> In giurisprudenza, recentemente, Cass. civ., 26 luglio 2021, n. 21398, in *Banca dati Giuffrè Francis Lefebvre*.

<sup>46</sup> Cass. civ., 25 ottobre 2023, n. 29610, cit.

<sup>47</sup> Cass. civ., 25 ottobre 2023, n. 29610, cit.

<sup>48</sup> Cass. civ., 12 settembre 2014, n. 19272, in *Banca dati Giuffrè Francis Lefebvre*.

Allo stesso modo, il ricorso al regime ordinario di risoluzione e risarcimento è precluso dalla domanda di attivazione della clausola penale, mossa dal convenuto in via di eccezione.

<sup>49</sup> Cass. civ., 25 ottobre 2023, n. 29610, cit.

Altra dottrina, al contrario, ha escluso che il creditore possa abdicare alla penale, per ottenere il risarcimento secondo i canoni generali, obiettando che, se così fosse, si andrebbe a violare il principio di reciproca efficacia dell'accordo, di cui all'art. 1372 cod. civ., e con quello dell'alternatività della funzione sanzionatoria privata, rispetto a quella legale ex art. 1382 cod. civ. Allo stesso tempo, si afferma che l'alternativa tra penale e risarcimento sarebbe da negarsi anche in ragione della salvaguardia della funzione sanzionatoria della clausola, che verrebbe altrimenti frustrata. In questo senso, v. S. MAZZARESE, *Clausola penale. Artt. 1382-1384*, in *Il Codice Civile. Commentario*, dir. da P. Schlesinger, Milano, 1999, p. 569 s.



6. – La ricostruzione ora proposta, suffragata da recente giurisprudenza, può rappresentare chiaro esempio del potere di intervento e gestione delle sopravvenienze contrattuali, e degli istituti fatti confluire in contratto, da parte dell'autonomia privata<sup>50</sup>.

Prima conferma, e fondamentale presupposto, è la necessità che entrambe le parti siano in accordo nel perseguimento di questa strada, anche attraverso la determinazione *in negativis* della mancata invocazione della clausola penale, sia in via principale da parte del creditore non inadempiente, sia in via di eccezione, ad opera del debitore, resosi inadempiente. Qualora, infatti, uno dei due contraenti manifestasse l'intenzione di accedere alla clausola contrattuale, sarebbe indefettibilmente questa a tenere regime nella gestione delle vicende legate all'inadempimento, e nella tutela dell'avente diritto.

La domanda circa l'interesse, che le parti avrebbero nel perseguire una strada differente, rispetto a quella pattiziamente già definita, dà agio, quanto meno in linea teorica, a una facile risposta.

Il creditore sarebbe mosso dall'intento di ottenere un risarcimento per un importo maggiore, rispetto a quello fissato come tetto dalla clausola penale. Qualora, infatti, il pregiudizio, che egli ritenga di aver subito dall'inadempimento altrui, superi il *quantum* portato dalla penale, e definito come limite insuperabile per il ristoro dovutogli, è pienamente giustificata e comprensibile la scelta di ovviare a tale tetto, e di mirare al maggiore ristoro, potenzialmente derivante dall'applicazione dei generali strumenti di rimedio.

Speculare, invece, è l'interesse che potrebbe frenare il debitore dall'eccepire l'attivazione della previsione contrattuale, e accettare di uscire dai relativi binari già tracciati. Come osservato, scegliendo il ricorso al regime ordinario del risarcimento, il creditore deve soddisfare l'onere probatorio, relativo alla sussistenza e all'ammontare del danno. Ebbene, qualora la parte inadempiente, e richiesta del ristoro, ritenesse deboli le prove a disposizione del creditore, e, quindi, fosse convinta che tale onere non verrà soddisfatto, ben potrebbe essere incentivata ad accettare la disapplicazione della clausola, per poter confutare la richiesta altrui, secondo i consueti canoni probatori.

A ben vedere, la conferma del ruolo e dell'estensione dell'autonomia privata, con riferimento alla clausola penale, affonda qui i propri presupposti: l'interesse delle parti. Questo è ciò che, nella fase delle trattative e della conclusione del contratto, ha spinto i paciscenti a inserire la previsione in parola, con l'intento di gestire, sin da quel momento, la sopravvenienza – eventuale e futura – rappresentata dall'inadempimento del debitore. In questo modo, secondo quanto anzi rilevato, diviene soddisfatto l'interesse a dare sistemazione alle conseguenze della mancata corretta esecuzione di una delle prestazioni previste.

Tuttavia, lo sviluppo dei rapporti contrattuali, e, soprattutto, degli elementi di fatto ad essi sottesi, possono facilmente alterare il modo con cui le parti si atteggiavano al contratto e al suo contenuto, spingendole a considerare di gestire la situazione in modo differente, rispetto a quanto avessero originariamente preventivato<sup>51</sup>.

In un'ipotesi di questo tipo, compito dell'ordinamento è attivare ogni soluzione al fine di assecondare i *desiderata* dei contraenti – nei limiti, com'è ovvio, dei principi generali e delle norme inderogabili. Il con-

---

<sup>50</sup> D'altronde, si è osservato che l'autonomia inizia laddove l'ordinamento fornisca ai consociati procedimenti, con i quali possano creare regole giuridiche. Così, R. SACCO, voce *Autonomia nel diritto privato*, in *Dig. disc. priv., Sez. civ.*, vol. I, Torino, 1987, p. 518.

La libertà negoziale tende a dare risalto alla natura e alle esigenze della fattispecie concreta, e, conseguentemente, le parti possono agire per creare rapporti giuridici, a quest'ultima tendenti; cfr. R. SCOGNAMIGLIO, *Dei contratti in generale. Artt. 1321-1352*, cit., p. 27.

<sup>51</sup> Si è osservato che la *ratio* profonda dell'autonomia privata consisterebbe proprio nel consentire il perenne rinnovamento della distribuzione dei beni, agevolandone la circolazione, insieme alla cooperazione tra i consociati, secondo necessità di volta in volta emergenti. Così, E. BETTI, voce *Autonomia privata*, cit., p. 1560.



# JUS CIVILE

tratto è legge per le parti; tuttavia, trattandosi di legge di fonte privata, non può che ritenersi che essa possa, e debba, essere liberamente gestita – finanche disapplicata – da chi l’abbia posta in essere, qualora vi sia per ciò incontro di consensi.

Si tratta, in definitiva, di una scelta libera, dettata da interessi valutati e ponderati dai rispettivi portatori, che, si ritiene, non collidono con principî o regole invalicabili<sup>52</sup>. E, come tale, scelta da assecondare, anche nel riflesso negativo di disapplicazione *in parte qua* del contratto.

---

<sup>52</sup> R. SCOGNAMIGLIO, *Dei contratti in generale. Artt. 1321-1352*, cit., p. 37, rileva che il contenuto contrattuale, scelto dalle parti, rappresenti «il criterio e la misura di identificazione degli effetti giuridici».



MASSIMO SARACENO

Notaio

## LA CONCLUSIONE DEGLI ACCORDI DI CONCILIAZIONE ALLA LUCE DELLA RIFORMA C.D. CARTABIA, LORO PUBBLICITÀ ED ESECUZIONE\*

SOMMARIO: 1. La conclusione dell'accordo di conciliazione e sua opportuna contestualità rispetto all'atto notarile necessario a fini pubblicitari. – 2. Natura giuridica dell'accordo di conciliazione. – 3. Il problema dell'accertamento di patologie negoziali in mediazione. – 4. Aspetti formali dell'accordo di mediazione. – 5. L'accordo di mediazione nella mediazione telematica alla luce dell'art. 8 bis del D.lgs. 28/2010. – 6. L'esecuzione dell'accordo di mediazione: cenni.

1. – La conclusione dell'accordo di conciliazione, espressione dell'autonomia negoziale generalmente – ma non necessariamente – riconducibile al paradigma della transazione, costituisce l'epilogo di un percorso spesso lungo e travagliato che si caratterizza per la tendenziale non istantaneità delle reciproche concessioni di cui esso consta.

Si verifica molto spesso che le parti non abbiano chiarito, nel corso della sessione di mediazione in cui è raggiunto l'accordo di massima, tutti i punti dello stesso o, pur avendoli chiariti, non vi sia la possibilità di rivestire nell'immediatezza l'accordo della forma idonea per l'accesso alla pubblicità immobiliare o commerciale (atto pubblico o scrittura privata autenticata). Può utilmente soccorrere, a tal fine, e ciò costituisce una *best practice* da valorizzare, la tecnica della puntuazione, di particolare significatività nella progressione del percorso conciliativo, che può essere connotato da uno o più *pre-accordi* finalizzati a porre le basi per potenziali accordi futuri definitivi. Potrà, poi, trattarsi, di puntuazioni vincolanti o non vincolanti, secondo l'insegnamento della sentenza della Cassazione a sezioni unite<sup>1</sup> secondo cui le mere puntuazioni (non vincolanti) sono quelle in cui le parti hanno solo iniziato a discutere di un possibile affare e senza alcun vincolo

---

\* Relazione al corso di formazione organizzato dalla Scuola Superiore della Magistratura su “*Gli strumenti di giustizia complementari*” – Castel Capuano – 14 giugno 2023.

<sup>1</sup> Si tratta della sentenza della Corte di Cassazione a sezioni unite del 6 marzo 2015, n. 4628, in *La Nuova Giur. Comm.*, 2015, 7-8, 10601 ss., secondo la quale “*omissis ... se ci si libera dell'ipotesi in cui appare che il primo contratto è già il contratto preliminare e che il secondo è, al più, solo la sua formalizzazione per la trascrizione, restano due “sequenze” variabili che si avvicinano:*

A) *quella delle mere puntuazioni in cui le parti hanno solo iniziato a discutere di un possibile affare e senza alcun vincolo fissano una possibile traccia di trattative. In questa ipotesi, quanto maggiore e specifico è il contenuto, tanto più ci si avvicina al preliminare.*

B) *Quella in cui il contratto non è ancora un vero preliminare, ma una puntuazione vincolante sui profili in ordine ai quali l'accordo è irrevocabilmente raggiunto, restando da concordare secondo buona fede ulteriori punti.*

*Si tratta di un iniziale accordo che non può configurarsi ancora come preliminare perché mancano elementi essenziali, ma che esclude che di quelli fissati si torni a discutere. In questa ipotesi man mano che si impoverisce il contenuto determinato ci si allontana dal preliminare propriamente detto”.*



fissano una possibile traccia di trattative, mentre la puntuazione diventa vincolante quando, pur mancando l'accordo su tutti i punti essenziali, su alcuni profili l'intesa contrattuale è irrevocabilmente raggiunta, restando da comporre secondo buona fede ulteriori aspetti conflittuali della controversia.

La tecnica della puntuazione (in particolare quando le parti convengano puntuazioni vincolanti) consente al mediatore rinviare le parti all'incontro finale nel quale si chiariranno gli aspetti di dettaglio; lasso di tempo durante il quale i professionisti incaricati – in particolare il notaio – potranno effettuare i necessari controlli per arrivare al detto incontro con la *contestuale* stipula dell'atto, secondo una delle tecniche redazionali in uso nella prassi, nella forma idonea alla trascrizione nei registri immobiliari o all'iscrizione al registro delle imprese.

Questo iato temporale fra la definizione delle puntuazioni vincolanti e la formalizzazione dell'accordo definitivo sarà colmato con il compimento dell'attività istruttoria necessaria alla formazione di un titolo idoneo alla pubblicità, anche sul piano della legittimazione a disporre dell'alienante (ivi compresa l'analisi dei profili relativi al regime patrimoniale coniugale), della rappresentanza, dell'effettuazione dei controlli ipocatastrali, nonché del rispetto delle norme fiscali, quali ad esempio la previa presentazione delle dichiarazioni di successione eventualmente omesse e, ovviamente, dell'integrazione dell'accordo con le menzioni urbanistiche, sulla conformità catastale e, ove necessario, con l'allegazione dell'attestato di prestazione energetica. Sotto questo profilo, non può non rilevarsi che l'intervento notarile a valle dell'accordo di mediazione abbia un raggio d'azione complementare e ulteriore rispetto a quello degli avvocati, chiamati a rendere l'attestazione e la certificazione di conformità dell'accordo alle norme imperative e all'ordine pubblico, come previsto dall'art. 12 D.lgs. 28/2010, strumentale all'acquisizione della forza di titolo esecutivo dell'accordo, in quanto il filtro di legalità notarile non è solo diretto a confermare la delibazione di non contrarietà dell'accordo a norme imperative o all'ordine pubblico ma è altresì propedeutico all'immissione dell'accordo, sotto ogni profilo giuridicamente rilevante, nei pubblici registri.

La contestualità fra la conclusione dell'accordo definitivo di mediazione e la sua trasfusione in un atto notarile idoneo alla pubblicità è di fondamentale importanza solo che si consideri che la domanda introduttiva di una procedura di mediazione non è, allo stato, trascrivibile e, pertanto, non può escludersi che l'invitato in mala fede, con il quale l'istante abbia raggiunto un accordo in mediazione che abbia ad oggetto diritti reali su beni immobili, alieni a terzi l'immobile (o subisca trascrizioni o iscrizioni pregiudizievoli) nelle more fra la conclusione dell'accordo e il perfezionamento dell'atto notarile idoneo alla pubblicità.

L'intrascrivibilità della domanda di mediazione discende, in primo luogo, dalla circostanza che essa non delimita l'oggetto del futuro accordo, che pertanto potrebbe avere un contenuto affatto diverso, come invece accade nei rapporti fra domanda giudiziale o arbitrale e sentenza o lodo, ma soprattutto dal principio generale secondo il quale l'effetto conservativo della trascrizione della domanda giudiziale presuppone i) che il giudizio si concluda con una sentenza di accoglimento della domanda; ii) che la sentenza di accoglimento sia corrispondente al contenuto della domanda<sup>2</sup>.

L'effetto conservativo della trascrizione della domanda giudiziale deve necessariamente saldarsi con la corrispondente sentenza di accoglimento e viene meno nel caso in cui il giudizio si definisca attraverso una composizione convenzionale della controversia, quand'anche venga trascritto un atto negoziale che componga tale controversia mediante il riconoscimento della pretesa dell'attore.

---

<sup>2</sup> Secondo P. LUISO, *Diritto Processuale civile, La risoluzione non giurisdizionale delle controversie*, Giuffrè, V, 2022, 47, la non necessità di delimitare l'oggetto della domanda di mediazione non consente la sua trascrivibilità in quanto "tanto varrebbe consentire una trascrizione in bianco".



La trascrizione della domanda giudiziale ex artt. 2652 e 2653 c.c., espressione del generale principio *chiovendiano* secondo il quale la durata del processo non può mai ritorcersi a danno dell'attore che si vede, nel corso del giudizio, accogliere la domanda, svolge una funzione prenotativo-conservativa degli effetti della sentenza di accoglimento della domanda che abbia un contenuto strettamente corrispondente a quest'ultima<sup>3</sup>. Pertanto, tale trascrizione non può mai saldarsi, ed è questo un punto da tenersi nella massima considerazione in relazione ad eventuali accordi di mediazione di contenuto corrispondente a quello della domanda giudiziale trascritta, con un accordo negoziale, sicché il terzo avente causa dall'acquirente in base a un titolo per il quale sia stata trascritta tale domanda giudiziale, relativa a un procedimento poi conclusosi con un accordo (eventualmente a seguito di mediazione), prevarrà sull'alienante<sup>4</sup>, e ciò per la semplice ragione che la trascrizione della domanda giudiziale perde i propri effetti se ad essa non faccia seguito una corrispondente sentenza.

La prevalenza dell'alienante in base a titolo risolto (o nullo, rescisso o revocato ex art. 2652 c.c.) sugli aventi causa dall'acquirente presuppone in ogni caso la permanenza di un nesso processuale strutturale e funzionale fra la domanda e la successiva sentenza di accoglimento, il quale viene reciso in tutte le ipotesi in cui la controversia venga composta con atto di autonomia privata. A parte la profonda diversità strutturale fra la convenzione e la sentenza, che viene pronunciata all'esito di un giudizio connotato da garanzie di obiettività e di presunzione di conformità al diritto della relativa pronuncia, vi è che l'analogia funzionale fra la convenzione e la sentenza ai fini della risoluzione della controversia non può spingersi a onerare il terzo che contrae con l'acquirente a verificare che il contenuto della convenzione sia esattamente corrispondente a quello della domanda proposta dall'alienante. Senza considerare, inoltre, che ove si ritenesse la convenzione (*rectius* la sua trascrizione) suscettibile di saldarsi alla domanda giudiziale al fine di determinare la prevalenza dell'attore (alienante) sul terzo avente causa dal convenuto (acquirente), la convenzione fra l'attore e il convenuto potrebbe anche fraudolentemente essere posta in essere, almeno in teoria, per frodare le ragioni del terzo avente causa dal convenuto.

È per questo motivo che l'art. 5, comma 5, rimasto invariato anche a seguito della riforma Cartabia, lascia impregiudicata per l'istante la possibilità di trascrivere la domanda giudiziale per l'ipotesi in cui, concluso negativamente il procedimento di mediazione, il giudice accolga la domanda.

Quindi la contestualità risolverebbe, o quanto meno attenuerebbe, i problemi della mancanza di alcuna efficacia prenotativa dell'istanza di mediazione e quelli relativi alla perdita dell'efficacia conservativo-prenotativa dell'eventuale trascrizione della domanda giudiziale a seguito dell'accordo di mediazione.

**2.** – L'accordo di conciliazione è sempre espressione dell'autonomia negoziale delle parti, anche quando ciò avvenga a seguito dell'accettazione della proposta del mediatore.

A differenza delle procedure eteronome di risoluzione stragiudiziale delle controversie, il tratto dell'eteronomia della decisione è sempre fisiologicamente assente nel procedimento di mediazione, sia nella declinazione della "mediazione facilitativa" che in quella della "mediazione valutativa", all'esito del quale nel primo caso il mediatore aiuta semplicemente le parti a ricercare i loro interessi attraverso la conclusione di

---

<sup>3</sup> In tal senso, chiaramente, R. TRIOLA, *Della Tutela dei Diritti – La Trascrizione*, in *Trattato di diritto privato, diretto da Mario Bessone*, volume IX, terza edizione, Giappichelli, 2012, 227.

<sup>4</sup> A condizione, naturalmente, che ricorrano le condizioni espressamente previste negli artt. 2652 e 2653 c.c. in relazione alle eterogenee fattispecie ivi previste.



un accordo di conciliazione, trasfuso in un negozio tipico o atipico, il cui contenuto è comunque esplicitazione della loro autonomia negoziale, mentre nel secondo le parti recepiscono nel proprio accordo di conciliazione il contenuto della proposta formulata dal mediatore ex art. 11 D.lgs. 28/2010.

Nel caso di “mediazione facilitativa” le parti non hanno neanche l’onere di operare all’interno delle pretese e delle posizioni originarie della parte istante (o delle deduzioni della parte invitata), non incontrando quindi il limite del *petitum*, che invece caratterizza l’attività del giudice e dell’arbitro. Con l’aiuto del mediatore le stesse potranno pienamente esplicitare la propria autonomia negoziale attraverso un accordo di conciliazione che incide su rapporti anteriori o futuri, o comunque estranei rispetto alla materia del contendere e, quindi, dar luogo alla particolare figura negoziale della transazione novativa riconducibile al disposto dell’art. 1965 comma 2 c.c.

Anche nella mediazione “valutativa” o “aggiudicativa” in cui il mediatore formula la proposta, con un meccanismo apparentemente eteronomo, ora potenziato dal nuovo art. 11 D.lgs. 28/2010, come modificato dal D.lgs. 149/2022, che consente al mediatore di formulare la proposta anche indipendentemente dalla richiesta delle parti e con l’indicazione di un termine per l’accettazione anche superiore ai sette giorni originariamente previsto, in realtà si rimane sempre nell’ambito di un accordo espressione del potere di autodeterminazione delle parti.

La funzione del mediatore nella “mediazione valutativa” potrebbe essere *prima facie* ricondotta a quella dell’arbitratore, il quale determina, su incarico delle parti, uno degli elementi del rapporto contrattuale, del quale però le parti devono aver determinato la causa e aver precisato la natura delle prestazioni principali (art. 1349 c.c.). Rimane, peraltro, il fondamentale tratto distintivo costituito dalla circostanza che l’arbitraggio si fonda su rapporti giuridici vertenti su di una controversia economica e non giuridica<sup>5</sup>.

L’arbitraggio è, pertanto, incompatibile con lo schema del negozio transattivo, proprio per la ragione testé evidenziata, cioè perché la transazione presuppone una controversia giuridica e non meramente economica, non trattandosi in questo caso di riempire di contenuto economico un accordo già formato<sup>6</sup>.

Atteso che le parti sono libere o meno di accettare la proposta del mediatore, salve le conseguenze processuali previste dall’art. 13 D.lgs. 28/2010, nella formulazione modificata, secondo cui “*Quando il provvedimento che definisce il giudizio corrisponde interamente al contenuto della proposta, il giudice esclude la ripetizione delle spese sostenute dalla parte vincitrice che ha rifiutato la proposta, riferibili al periodo successivo alla formulazione della stessa, e la condanna al rimborso delle spese sostenute dalla parte soccombente relative allo stesso periodo, nonché al versamento all’entrata del bilancio dello Stato di un’ulteriore somma di importo corrispondente al contributo unificato dovuto*”, la conclusione dell’accordo mediazione tramite accettazione della proposta del mediatore è solo una particolare *modalità procedimentale* di conclusione dell’accordo, in cui la proposta contrattuale non proviene da una delle parti secondo la sequenza tipica

<sup>5</sup> Per usare le parole di un maestro come G. CHIOVENDA, *Istituzioni di diritto processuale civile*, Jovene, 950, 70, l’arbitratore “è chiamato a determinare in un rapporto giuridico di per sé pacifico un elemento non definito dalle parti; (...) l’arbitratore, dunque, non dichiara diritti esistenti, non sostituisce il processo, ma completa rapporti giuridici, il che non ha importanza che per il diritto sostanziale”. Distingue l’attività del mediatore, che formula la proposta, dall’arbitratore U. CARNEVALI, *La nuova mediazione civile*, in *I Contratti*, 2010, 5, 432, sulla base del rilievo che le parti sono libere di accettare o meno la proposta del mediatore mentre nell’arbitraggio le parti fanno propria ex ante la determinazione della prestazione da parte dell’arbitratore).

<sup>6</sup> Cass. civ., Sez. I, 19 aprile 2002, n. 5707, in *Dir. e Giust.*, 2002, 20, secondo cui “La diversità di funzione tra gli istituti dell’arbitrato e dell’arbitraggio – composizione di una lite quanto al primo, integrazione del contenuto negoziale quanto al secondo – comporta che presupposto fondamentale dell’arbitrato è l’esistenza di un rapporto controverso, che, invece, difetta del tutto nell’arbitraggio, con la conseguenza che quest’ultimo, pur trovando applicazione in numerosi contratti tipici, non è configurabile nella transazione, della quale è presupposto essenziale una controversia attuale o prevista”.



di cui agli artt. 1326 ss. c.c., ma da un terzo e s'indirizza ad entrambe le parti senza che ciò incida sul contenuto del negozio concluso, imputabile in ogni caso alla volontà delle parti<sup>7</sup>.

Si è già detto che, nella generalità dei casi, l'accordo di conciliazione è riconducibile al paradigma della transazione caratterizzata dal tratto delle reciproche concessioni.

Né può dirsi che lo stesso presenti una propria tipicità negoziale, in quanto "l'accordo di mediazione non è un tipo contrattuale a se stante, ma solo l'involucro esterno, l'occasione in cui viene concluso il contratto, il quale conserva perciò la tipologia che gli è propria e non si trasforma, solo perché stipulato in sede di mediazione in qualcos'altro, con la sola particolarità che, ai fini della sua trascrizione, è espressamente richiesta l'autenticazione delle sottoscrizioni da parte di un notaio, ai fini della verifica della conformità del contenuto del contratto alle prescrizioni di legge"<sup>8</sup>.

Ad esempio, se la controversia ha ad oggetto lo scioglimento di una comunione ereditaria, è possibile che le parti addivengano a una divisione transattiva<sup>9</sup>, cioè alla stipula di un contratto che produce l'effetto dello scioglimento della comunione senza comporre alcuna lite sulla proporzionalità fra la quota di diritto sull'intera massa e le porzioni materiali attribuite a ciascun condividente (salvo conguaglio), soltanto superando in mediazione "amichevolutamente" alcune questioni afferenti le operazioni divisionali; negozio divisorio che, per giurisprudenza costante<sup>10</sup>, si distingue dalla transazione divisoria<sup>11</sup>, avente anch'essa l'effetto di sciogliere la comunione senza, peraltro, tener conto di detta proporzionalità con il preciso ed esclusivo fine di dirimere o prevenire controversie insorgenti dallo stato di comunione.

È anche possibile che una delle parti in mediazione riconosca integralmente il buon fondamento delle ragioni dell'altra e che, quindi, l'accordo si concluda senza alcuna reciproca concessione per avere una delle parti riconosciuto in capo all'altra: i) un diritto di credito, producendo esclusivamente l'effetto processuale dell'inversione dell'onere della prova di cui all'art. 1988 c.c.; ii) il diritto di proprietà o altro diritto reale su un bene immobile per effetto del protrarsi del possesso per tutto il tempo richiesto dalla legge per il perfezionamento dell'usucapione, come ora consentito dall'art. 2643 n. 12 bis c.c.; iii) il diritto di proprietà o altro diritto reale sulla base di un titolo pregresso costituente la fonte costitutiva del diritto medesimo.

Sotto questo profilo, per gli accordi che abbiano ad oggetto diritti reali, che pertanto richiedano a valle l'intervento notarile, può affermarsi che il richiamo all'art. 2643 c.c. (in particolare, per quel che qui interessa all'art. 2643 n. 13) contenuto nell'art. 11 D.lgs. 28/2010 non esaurisca il novero delle fattispecie negoziali suscettibili di perfezionarsi in sede di accordo di mediazione e, quindi, trascrivibili, dovendosi rite-

<sup>7</sup> Ritieni che la proposta del mediatore non abbia niente a che vedere con quella di cui all'art. 1326 c.c. F.P. LUISO, *La "proposta del mediatore"*, in *Giust. Cons.*, 1, 2021, 32, il quale osserva che essa è un suggerimento, che quindi deve essere accettato da tutte le parti, per poter produrre effetti.

<sup>8</sup> Tribunale di Roma, decreto 17 novembre 2015.

<sup>9</sup> Cfr., *ex multis*, G. CAPOZZI, *Successioni e donazioni*, II ed., tomo II, Giuffrè, 2002, 710; G. BONILINI, voce *Divisione*, in *Dig., sez. civ.*, Utet, 1990, 495; C. M. BIANCA, *Diritto civile, La proprietà*, IV, Giuffrè, 498 ss., il quale sostiene la rescindibilità della c.d. "divisione transattiva" ex art. 764 comma 1 c.c. e, delineando il contenuto del negozio, afferma che essa ricorre quando " ... tra i compartecipi sorgono questioni anteriormente o contestualmente alla divisione e queste sono risolte direttamente mediante la formazione delle porzioni".

<sup>10</sup> Cass. civ., sez. II, 2 febbraio 1994 n. 1029, in *Giust. Civ.*, 1994, I, secondo la quale "Sussiste un contratto divisorio soggetto alla rescissione laddove si riscontra la contemporanea esistenza degli elementi dell'attribuzione di valori proporzionali alle quote e dello scioglimento della comunione. Per contro, si è in presenza di una transazione, che si sottrae alla rescissione, quando con l'atto, che pone fine alla comunione, i condividenti – allo scopo di evitare le liti, che potrebbero insorgere, o di porre termine alle liti già sorte – si accordano sulla attribuzione delle porzioni, senza procedere al calcolo delle proporzioni corrispondenti alle quote".

<sup>11</sup> Cfr., *ex multis*, G. BONILINI, *op.cit.*, 495 ss.; G. CAPOZZI, *op. cit.*, 710 ss. Alla transazione c.d. divisoria non sarebbe, invece, applicabile il rimedio rescissorio ex art. 764 comma 2 c.c.



nersi esteso a tutti gli atti soggetti a trascrizione o a iscrizione sia nei registri immobiliari che al registro delle imprese<sup>12</sup>.

In particolare, è significativa la vicenda giudiziaria conclusasi con una sentenza del Tribunale di Roma in data 4 novembre 2015 RG. 12136/2015, con la quale è stato accolto il ricorso presentato da un notaio di Roma avverso la trascrizione con riserva ex art. 2674 bis c.c. effettuata dal Conservatore di Roma 2 relativo a un accordo di mediazione con sottoscrizioni autenticate dal notaio ricorrente portante una divisione immobiliare. La riserva era stata giustificata dal Conservatore con il rilievo che il richiamo all'art. 2643 c.c. contenuto nell'art. 11 comma 3 D.lgs. 28/2010 doveva intendersi come tassativo e che, pertanto, non potendo l'accordo concluso in sede di mediazione avere quale effetto lo scioglimento della comunione essere susunto sotto la categoria dei negozi di divisione (art. 2646 c.c.) o transazione (art. 2643 n. 13 c.c.) non potesse essere trascritto in assenza di una norma espressa che lo consenta. Il Tribunale ha ravvisato, in primo luogo, un'aporia sistematica nell'omesso richiamo ad altre norme, quali l'art. 2646 c.c., che disciplinano la trascrizione, sia pure ad effetti diversi di quelli tipicamente dichiarativi; aporia che finirebbe per diventare vera e propria contraddizione, ove si ritenesse non consentita la trascrivibilità di un accordo di mediazione avente ad scioglimento della comunione ereditaria, atteso che l'art. 5 D.lgs. 28/2010 ricomprende la divisione fra le materie per le quali la mediazione costituisce condizione di procedibilità.

Lo stesso discorso può essere esteso alle altre forme di trascrizione, non contemplate espressamente nell'art. 11 D.lgs. 28/2010, quale quella di cui all'art. 2647, 2645 ter c.c., o anche agli atti soggetti ad annotamento, il che amplia ulteriormente l'ambito dell'intervento notarile oltre il perimetro dell'art. 2643 c.c.

E ciò non tanto per gli annotamenti con funzione di pubblicità notizia, quale quello dell'art. 2668 comma 3 c.c. (avveramento della condizione sospensiva o mancato avveramento della condizione risolutiva), quanto per gli annotamenti che spiegano effetti rilevanti ai fini della successiva circolazione degli immobili, in particolare ai fini della continuità delle trascrizioni<sup>13</sup>.

Così, non è dubbio che in mediazione possa essere accertato l'avveramento di una condizione risolutiva (o il mancato avveramento della condizione sospensiva pur in assenza di espressa previsione normativa) o stipulato un negozio risolutorio agli effetti dell'art. 2655 c.c. (senza entrare nel merito della *vexata quaestio* dell'ammissibilità dei negozi risolutivi, che sembrano ormai essere ritenuti leciti dalla giurisprudenza di legittimità, da ultimo Cass., sezione V, 6 ottobre 2011 n. 20445).

**3.** – Molto più delicata è la verifica se, nell'ipotesi in cui l'istante instauri una mediazione avente ad oggetto l'accertamento di una patologia negoziale e l'invitato non si opponga, sia possibile<sup>14</sup> che la mediazione si concluda con un accertamento convenzionale della nullità, annullabilità, revocazione, rescissione di precedenti negozi giuridici.

Il tema classico, e trasversale, del negozio di accertamento, a cui va ricondotta la questione dell'ammissibilità degli accordi di mediazione che accertino patologie negoziali, verrà marginalmente toccato in

---

<sup>12</sup> È, pertanto, tecnicamente più corretta l'omologa espressione utilizzata, in sede di negoziazione assistita, dall'art. 5 comma 3 del D.L. 12 settembre 2014, n. 132, convertito con modificazioni dalla L. 10 novembre 2014, n. 162, secondo cui "Se con l'accordo le parti concludono uno dei contratti o compiono uno degli atti soggetti a trascrizione, per procedere alla trascrizione dello stesso la sottoscrizione del processo verbale di accordo deve essere autenticata da un pubblico ufficiale a ciò autorizzato".

<sup>13</sup> Vedi *amplius* nel testo al par.3.

<sup>14</sup> Sia consentito il rinvio a M. SARACENO, *L'accertamento delle patologie negoziali in mediazione*, in *Diritto della mediazione civile e commerciale*, a cura di M. MARINARO, 2023, Gruppo 24 Ore, 295 ss.



questa sede solo in via strumentale all'obiettivo di trarne i dovuti corollari per verificare i margini di ammissibilità di un accertamento negoziale che non ha ad oggetto fatti, diritti o rapporti giuridici, ma vizi di precedenti negozi.

Superando la tradizionale diffidenza che ha tralattivamente circondato il negozio di accertamento, dovuta alla difficoltà di ammettere che ai privati fosse data la possibilità di accertare situazioni giuridiche<sup>15</sup> per l'immanente potere dispositivo e non accertativo di diritti e rapporti concesso dall'ordinamento all'autonomia privata, è ormai condivisa in dottrina e giurisprudenza l'idea della meritevolezza di tutela dell'interesse posto a fondamento del negozio di accertamento<sup>16</sup>. La funzione accertativa di tale negozio ha riguardo a fatti e situazioni giuridiche già avvenuti e, naturalmente, ad esso va riconosciuta efficacia retroattiva fra le parti<sup>17</sup>, quale tratto necessariamente distintivo della fattispecie negoziale, che cristallizza, per convenzione, il fatto o il diritto accertati sin dal momento in cui il primo si è avverato o il secondo è sorto, salvo ovviamente che le parti non abbiano espressamente pattuito una deroga a questo principio, stabilendo che la determinazione del loro rapporto valga soltanto a far data da un certo momento, così lasciando impregiudicata la questione per il tempo anteriore<sup>18</sup>. Tale retroattività incontra, ovviamente, il limite dell'inopponibilità nei confronti dei terzi i cui diritti non possono essere pregiudicati da accordi *inter alios* che hanno accettato consensualmente di stare a una certa configurazione della realtà preesistente.

Si considerino i seguenti casi.

1. Tizio istituisce erede universale Caio e, successivamente, viene dichiarato interdetto.

Dopo la pronuncia di interdizione, Tizio istituisce erede universale Sempronio.

Alla morte di Tizio, in seno al procedimento di mediazione intercorso fra Caio e Sempronio, le parti intendono, con l'accordo di mediazione, accertare l'annullamento del secondo testamento e dar corso alla successione testamentaria in favore di Caio.

2. Tizio vende a Caio il fondo Tuscolano al prezzo di euro 100.000,00.

Tizio invita in mediazione Caio per far valere la simulazione relativa del contratto di compravendita e dare atto che in realtà lo stesso dissimula una donazione.

Le parti intendono, con l'accordo di mediazione, accertare la simulazione relativa del contratto di compravendita, atteso che lo stesso riveste la forma (atto pubblico e presenza dei testimoni) della dissimulata donazione.

---

<sup>15</sup> F. SANTORO-PASSARELLI, *Dottrine Generali del diritto civile*, Jovene, 1989, 177, il quale considera eccezionali le ipotesi nelle quali è concesso ai privati l'accertamento di un fatto, ma l'atto compiuto nell'esercizio di questo potere è per l'appunto un atto non negoziale (ad esempio l'accertamento del figlio naturale); ID., *L'accertamento negoziale e la transazione*, in *Riv. trim. proc. civ.*, 1956, 1 ss.

<sup>16</sup> Cass., 9 dicembre 2015, n. 24848, in *Guida al diritto*, 2016, 8, 92 secondo cui "Il negozio di accertamento, che può avere anche struttura semplicemente unilaterale, attesa la possibilità per un soggetto di vincolarsi con una dichiarazione unilaterale a considerare per il futuro in un determinato modo una situazione precedentemente incerta, è caratterizzato, quanto alla causa, dallo scopo di imprimere certezza giuridica ad un preesistente rapporto o di precisarne definitivamente il contenuto e l'essenza quanto agli effetti; esso, laddove verta su diritti reali, non determina ex se il trasferimento di beni e di diritti da un soggetto all'altro, né costituisce fonte autonoma degli effetti giuridici da esso previsti, in quanto rende soltanto definitiva la situazione connessa con il rapporto preesistente, la quale sia, di per sé, idonea al conseguimento degli effetti definitivamente fissati dal negozio accertativo"; Cass. civ., sez. II, sentenza 22 gennaio 2019 n. 1636, in CED Cassazione, 2019, secondo la quale "Il negozio di accertamento è caratterizzato dall'intento di imprimere certezza giuridica ad un precedente rapporto, cui si collega, al fine di precisarne l'esistenza, il contenuto e gli effetti, rendendo definitive e immutabili situazioni di obiettiva incertezza; in particolare, ove le parti vogliano riconoscere e determinare l'esatto confine tra terreni contigui, il negozio di accertamento non è soggetto a forma scritta, potendosi perfezionare anche verbalmente o mediante attuazione".

<sup>17</sup> F. CARNELUTTI, *Note sull'accertamento negoziale*, in *Riv. Dir. Proc. Civ.*, 1940, I, 3 ss.

<sup>18</sup> M. GRADI, *Teoria dell'accertamento consensuale: storia di un'incomprensione*, in *Giust. Cons.*, 2021, 2, 303 ss.



3. Tizio vende a Caio il fondo Tuscolano al prezzo di euro 50.000,00, da corrispondersi in dieci rate mensili di pari importo.

A seguito dell'inadempimento di Caio, Tizio lo invita in mediazione.

Le parti intendono, con l'accordo di mediazione, accertare la risoluzione del contratto per inadempimento.

Il tenore letterale dell'ultimo comma dell'art. 2655 c.c., con il dichiarato intento di assicurare l'osservanza del principio di continuità delle trascrizioni<sup>19</sup> e di consentire che – una volta eseguito l'annotamento ivi previsto – producano effetto le successive trascrizioni e iscrizioni contro l'alienante in favore del quale sia stata pronunciata la sentenza o sia verificato il fatto risolutore dell'effetto reale, sembrerebbe far propendere per una soluzione positiva.

La citata disposizione equipara, da un lato, tra i titoli risolutori dell'effetto reale già prodottosi, la “sentenza” alla “convenzione” e, dall'altro, accosta, senza alcuna distinzione, all'interno dei fatti suscettibili di produrre la risoluzione di quell'effetto, la nullità all'annullamento, alla risoluzione, alla rescissione, alla revocazione e all'avveramento della condizione risolutiva.

Tale generalizzazione normativa, sia in ordine al titolo che ai fatti risolutori dell'effetto reale, comporterebbe, ove intesa in termini letterali, che le parti potrebbero indifferentemente adire l'autorità giudiziaria ovvero accertare convenzionalmente una delle citate patologie negoziali ai fini dell'annotamento di cui all'art. 2655 c.c.

In realtà, la posizione della dottrina e della giurisprudenza sul punto è molto più articolata rispetto a un'interpretazione letterale, che presenta più d'un lato oscuro in ordine all'accostamento, sul piano sistematico, di patologie negoziali affatto differenti fra loro, e non può dirsi formato un orientamento condiviso e utile a guidare l'operatore pratico verso scelte negoziali immuni da censure.

Secondo un certo orientamento, occorrerebbe distinguere a seconda che si tratti di nullità o risoluzione stragiudiziale (quale quella dipendente da diffida ad adempiere, clausola risolutiva espressa o termine essenziale ex art. 1454, 1456 e 1457 c.c.), fatti questi che sarebbero suscettibili di costituire oggetto di un mero accertamento e, pertanto, di una convenzione annotabile, oppure di fatti che dovrebbero essere posti a base di una sentenza di carattere costitutivo (annullamento, risoluzione giudiziale, rescissione e revocazione), non surrogabile attraverso una convenzione fra privati; e ha fondato tale distinzione sul verbo “risultare” contenuto nell'ultimo comma dell'art. 2655 c.c., nel senso che tale termine presupporrebbe un'attività di mero accertamento che non si riscontra in realtà nelle ipotesi in cui sul fatto risolutore dell'effetto deve pronunciarsi il giudice con sentenza ad efficacia costitutiva<sup>20</sup>.

Si è autorevolmente replicato<sup>21</sup> che tale termine si riferisce indifferentemente alle sentenze e alle convenzioni e, quindi, non si vede come rispetto a queste ultime l'interprete possa immaginare un più ristretto ambito di applicazione.

Sul piano sostanziale, si è poi osservato<sup>22</sup> come non possa considerarsi preclusa all'autonomia privata la facoltà di prevenire o comporre una controversia sull'annullamento attraverso il riconoscimento fatto da una delle parti del buon fondamento della domanda preannunciata o proposta dall'altra; riconoscimento che può essere

---

<sup>19</sup> Può dirsi pacifico che la pubblicità di cui all'art. 2655 c.c. non costituisca una forma di pubblicità notizia, in quanto essa è idonea a incidere sugli effetti della pubblicità del negozio principale orientandoli in una determinata direzione secondo il principio generale di continuità delle trascrizioni di cui all'art. 2650 c.c. di cui quella in esame costituisce una *species*.

<sup>20</sup> L. FERRI-P. ZANELLI, *Trascrizione immobiliare*, 3 ed., sub artt. 2654-2656, in *Comm. c.c. Scialoja Branca*, Giappichelli, 1995, 371.

<sup>21</sup> R. NICOLÒ, *La trascrizione*, Giuffrè, 1973, 82. U. NATOLI, in U. NATOLI – R. FERRUCCI, *Della tutela dei diritti. Trascrizione – Prove*, in *Commentario del codice Civile*, VI, Utet, 1971, 163 ss.; A. LUMINOSO, *Il mutuo dissenso*, Giuffrè, 1980, 358, nota 140.

<sup>22</sup> G. GABRIELLI, *La pubblicità immobiliare*, in *Trattato di diritto civile diretto da Rodolfo Sacco*, Utet, 2012, 168.



puro e semplice, o comportare reciproche concessioni configurandosi in tale ultimo caso come transazione.

Si potrebbe semmai discutere, ove si accedesse a tale orientamento, in chiave notarile, cioè nell'ottica del notaio, chiamato a valle dell'accordo di mediazione che abbia accertato la nullità<sup>23</sup> o l'annullamento a prestare la propria opera professionale, se annotare la convenzione ex art. 2655 c.c. in ogni caso oppure, laddove vi siano i caratteri della transazione che abbia implicato un riconoscimento di nullità o di annullabilità, se trascriverla ex art. 2643 n. 13 c.c.

Al fine di verificare se la pronuncia del giudice sia surrogabile *tout court* da una convenzione tra privati che abbia ad oggetto l'accertamento di un vizio dal quale discenda la risoluzione degli effetti (anche reali) già prodottosi, appare più corretto svolgere un'analisi differenziata in ordine al tipo di vizio dal quale si assume essere affetto il negozio più che in ordine al carattere meramente dichiarativo o costitutivo della corrispondente pronuncia giudiziale.

In tale prospettiva, non può che rilevarsi come la declaratoria di nullità, annullabilità, rescindibilità e revocabilità, patologie tutte accomunate dalla presenza di un vizio, non necessariamente di invalidità, che afferrisce alla fase genetica di formazione del negozio, sia rimessa, sul terreno del diritto positivo, in via esclusiva al giudice o all'arbitro, sia pure con graduazioni diverse, a seconda dell'interesse protetto. La presenza di un vizio genetico implica un giudizio di disvalore sociale che, *ex post*, non può che essere rimesso al giudizio dell'autorità giudiziaria o arbitrale.

L'art. 1421 c.c., per la nullità assoluta, temperato dalle norme speciali in tema di nullità di protezione<sup>24</sup> in ordine alla legittimazione a far valere la causa di nullità, l'art. 1441 c.c., per l'annullabilità, gli artt. 1447 e 1448 c.c. per la rescindibilità, e l'art. 2901 c.c. per la revocabilità, sono tutte norme le quali, ricondotte ad unità sistematica, costituiscono indice della riserva all'autorità giudiziaria del potere esclusivo di accertare, ora con efficacia dichiarativa ora con efficacia costitutiva, l'esistenza di un elemento patologico (come si è visto, non necessariamente costituente un vizio di invalidità) che attiene alla fase genetica di costituzione del rapporto e che impedisce la stabile esplicazione degli effetti propri del negozio considerato.

Una riflessione a parte merita, invece, l'accertamento della risoluzione giudiziale, che attiene – in tutte le ipotesi normativamente considerate (inadempimento, impossibilità sopravvenute ed eccessiva onerosità) – all'esistenza di un vizio funzionale della causa, che altera il normale funzionamento del sinallagma per cause sopravvenute rispetto alla formazione del negozio, il quale nasce peraltro in maniera perfettamente conforme alla legge.

La risoluzione, quale rimedio finalizzato allo scioglimento del rapporto a seguito di eventi perturbatori suscettibili di rendere la prosecuzione della relazione oggettivamente impossibile, diseconomica e contraria agli interessi di uno o entrambi i contraenti<sup>25</sup>, non si presenta quale fenomeno omogeneo né con riguardo alle cause che legittimano la sua esperibilità né, soprattutto, in ordine alla fonte dell'effetto risolutorio.

---

<sup>23</sup> L'unico precedente disciplinare in materia notarile è contenuto nella pronuncia CoreDi Piemonte e Valle D'Aosta 11 novembre 2014 n. 10626, secondo cui "La Co.Re.Di. ritiene non responsabile il Notaio per violazione dell'art. 28 n. 1 L.N. in quanto: 1) la stipula di contratti che abbiano ad oggetto l'accertamento della nullità di un precedente negozio giuridico concluso tra le stesse parti è ammesso e sostenuto da norme di diritto positivo (artt. 2655 c.c., 1972 c.c.); 2) la legittimazione da parte dell'ordinamento del contratto di accertamento della nullità di un negozio è ribadita dallo Studio del CNN n. 176/2008; 3) una prassi recente ed autorevole (Formulario del Notaio Petrelli) fornisce una traccia del Contratto di accertamento di nullità di un precedente contratto, e ne sostiene pertanto l'ammissibilità 4) l'atto non è mancante di causa in quanto le parti hanno inteso superare le incertezze relative alla causa liberale della cessione delle azioni".

<sup>24</sup> Le nullità di protezione vanno annoverate fra le nullità relative per le quale la legittimazione a far valere la causa di nullità spetta ad una delle parti.

<sup>25</sup> G. VETTORI, *Contratto e rimedi*, Cedam, 2021, 898.



Alla risoluzione automatica, che opera al verificarsi dei presupposti di fatto, prescindendo dall'intervento giudiziale (condizione risolutiva, clausola risolutiva espressa, scadenza del termine), e a quella giudiziale (risoluzione per inadempimento, per impossibilità sopravvenuta o per eccessiva onerosità), si sovrappone la risoluzione negoziale, rimessa interamente alle scelte pattizie delle parti o all'iniziativa stragiudiziale di una di esse (mutuo dissenso e recesso).

La risoluzione convenzionale assorbe tutte le altre ipotesi di risoluzione nel senso che se le parti pattuiscono, secondo il paradigma generale di cui all'art. 1372 c.c., la risoluzione di un precedente contratto, ciò determinerà comunque la caducazione dei suoi effetti, rendendo superfluo qualsiasi ulteriore accertamento giudiziale e irrilevanti i motivi per i quali è avvenuto il concorde scioglimento del rapporto, se non in ordine ai profili obbligatori dei rimborsi e restituzioni che ne conseguono<sup>26</sup>.

La risoluzione negoziale diventa allora un rimedio generalizzato e liberamente esperibile dall'autonomia privata, quale espressione generale della libertà contrattuale, che trova negli art. 1321 e 1372 c.c. i propri sicuri referenti normativi.

Senza addentrarsi nella *vexata quaestio* della natura giuridica del negozio risolutorio di un precedente atto traslativo, onde verificare se esso abbia funzione di *contrarius actus* o contro-negozio, cioè come un negozio avente un contenuto uguale e contrario a quello che si scioglie, ovvero come vero e proprio negozio risolutorio con il quale i contraenti pongono nel nulla, sia per il futuro che per il passato, l'originario contratto<sup>27</sup>, non è dubitabile che esso sia ampiamente recepito nella prassi e nella giurisprudenza<sup>28</sup>, che lo considera quale generale espressione dell'autonomia negoziale, al pari delle fattispecie negoziali costitutive o modificative di rapporti giuridici.

Una riflessione ancora diversa va svolta in relazione all'accertamento convenzionale della simulazione, assoluta o relativa, a torto spesso ricondotta nell'alveo della nullità, che in realtà attiene a una fattispecie nego-

---

<sup>26</sup> Cass. civ., sez. VI-3, ordinanza, 18 maggio 2021 n.13504, in CED Cassazione, 2021, secondo cui è ben possibile che la risoluzione consensuale sia fondata in ragione dell'inadempimento di una delle parti.

<sup>27</sup> Per una completa ricostruzione delle posizioni dottrinali sul punto cfr. F. ALCARO, *Il mutuo dissenso*, *Studio CNN n. 434-2012/C*; M.C. DIENER, *Il contratto in generale*, Giuffrè, 2015, 515; G. CAPOZZI, *Il mutuo dissenso nei contratti ad effetti reali*, in *Studi in ricordo di Alberto Auricchio*, Giuffrè, 1983, 284; M. FRANZONI, *Il mutuo consenso allo scioglimento del contratto*, in *Il contratto in generale*, *Tratt. di dir. priv. diretto da M. Bessone*, tomo V, Utet, 2002, 16; F. GAZZONI, *Manuale di diritto privato*, Edizioni Scientifiche Italiane, 2009, 1035; M.C. DIENER, *Il contratto in generale*, cit., p. 516; C.M. BIANCA, *Il contratto*, in *Diritto civile*, 3, Giuffrè 2015, 735; G. CAPOZZI, *il mutuo dissenso nella pratica notarile*, in *Vita not.*, 1993, 635; R. SCOGNAMIGLIO, *Contratti in generale*, in *Tratt. di dir. civ., diretto da G. Grosso e F. Santoro Passarelli*, IV, 2, Casa Editrice Dr. Francesco Vallardi, 1972, 210; M. FRANZONI, *Il mutuo consenso allo scioglimento del contratto*, cit., 16; A. LUMINOSO, *Il mutuo dissenso*, Giuffrè, 1980, 499; F. MESSINEO, voce *Contratto (dir. priv.)*, in *Enc. Dir.*, Giuffrè, 1961, 815; M. CEOLIN, *Sul mutuo dissenso in generale e, in specie, parziale, del contratto di donazione*, *Studio CNN n. 52-2014/C*; C. CARBONE, *Formulario Notarile Commentato – Notariato e atti notarili – Atti Mortis Causa – Atti tra vivi*, in *Manuali Notarili – Serie operativa*, a cura di L. Genghini, Giuffrè, 2020, 3084; A. ALAMANNI, *Retroattività del mutuo dissenso*, in *Rass. dir. civ.*, 2013, 480; G. MIRABELLI, *Dei contratti in generale*, in *Comm. cod. civ.*, Utet, 1980, 290.

<sup>28</sup> Cass., sez. V, 6 ottobre 2011, n. 20445, in *Notariato*, 2, 2013, 138 ss., secondo cui "Il mutuo dissenso costituisce un atto di risoluzione convenzionale (o un accordo risolutorio), espressione dell'autonomia negoziale dei privati, i quali sono liberi di regolare gli effetti prodotti da un precedente negozio, anche indipendentemente dall'esistenza di eventuali fatti o circostanze sopravvenute, impeditivi o modificativi dell'attuazione dell'originario regolamento di interessi, dando luogo ad un effetto ripristinatorio con carattere retroattivo, anche per i contratti aventi ad oggetto il trasferimento di diritti reali; tale effetto, infatti, essendo espressamente previsto ex lege dall'art. 1458 c.c. con riguardo alla risoluzione per inadempimento, anche di contratti ad effetto reale, non può dirsi precluso agli accordi risolutivi, risultando soltanto obbligatorio il rispetto dell'onere della forma scritta ad substantiam". Secondo la più recente giurisprudenza tributaria, in via di consolidamento, quando gli effetti traslativi si sono già prodotti, non di mutuo dissenso deve parlarsi, quanto di stipulazione tra le stesse parti di un diverso negozio avente effetti uguali e contrari al precedente. Cfr. Cass. civ., sez. V, ordinanza 28 settembre 2021 n.26212, in CED Cassazione, 2021.



ziale geneticamente valida, destinata a non produrre gli effetti apparentemente riconducibili al negozio simulato o a produrre effetti diversi in virtù di una controdedichiarazione dalla quale risulta la reale volontà delle parti.

L'accertamento, pertanto, avrà riguardo all'emersione della controdedichiarazione, fino a quel momento tenuta segreta fra le parti, al fine di attribuire al negozio dissimulato la rilevanza giuridica mantenuta quiescente per un certo tempo e ad assoggettarla, ove necessario, a pubblicità immobiliare. In particolare, nel caso di simulazione assoluta, l'emersione dell'accordo simulatorio produce una situazione analoga, ma solo sul piano effettuale, a quella della nullità, con conseguente necessità di annotazione dell'accordo ex art. 2655 c.c.; mentre in caso di interposizione fittizia di persone, esso sarà soggetto a trascrizione contro l'interposto e favore delle interponente, non già ai fini dell'art. 2644, non potendosi ravvisare tra l'interposto e l'interponente una vicenda circolatoria, ma ai sensi dell'art. 2650 c.c.<sup>29</sup>.

Più delicato è il caso della simulazione relativa (oggettiva), che ha riguardo alle ipotesi in cui il negozio dissimulato produce effetti diversi da quello simulato (ad esempio la compravendita che dissimula una donazione, della quale abbia i requisiti di sostanza e di forma).

Se si condividesse l'idea che oggetto della trascrizione è l'effetto prodotto e non l'atto che lo produce, la reiterazione della trascrizione dell'accordo finalizzato a palesare la controdedichiarazione simulatoria rispetto alla trascrizione del contratto simulato non avrebbe alcun senso.

D'altro canto, potrebbe obiettarsi che dall'ispezione della nota di trascrizione il terzo sarebbe in grado di desumere se il trasferimento è stato, ad esempio, a titolo gratuito o oneroso, con tutte le conseguenze sul piano della riducibilità da parte dei legittimari lesi o pretermessi del donante, ma soprattutto per gli aspetti conflittuali che potrebbero derivare dalla trascrizione. La trascrizione della compravendita, cui non seguisse la trascrizione dell'accordo simulatorio finalizzato a rendere palese ai terzi il mutamento causale del titolo, non consentirebbe, infatti, agli eventuali legittimari della parte alienante di agire in riduzione e di trascrivere la propria domanda giudiziale agli effetti dell'art. 2652 n. 8 c.c.

Se, per converso, si considera che per tale via si darebbe luogo a una trascrizione (non prevista) con efficacia diversa da quella tipica di cui all'art. 2644 c.c., cioè al fine di risolvere conflitti fra più aventi causa dallo stesso autore, potrebbe ipotizzarsi di procedere anche in questo caso (come nella simulazione assoluta), a un annotamento con efficacia, ovviamente, diversa da quella di cui all'art. 2655 c.c., ma di carattere meramente notiziale, sempre che si condivida l'idea del superamento del principio (o del dogma) di tassatività delle fattispecie annotabili<sup>30</sup>.

Proseguendo nella ricognizione normativa dell'accertamento delle patologie negoziali, è agevole scorgere come sul terreno del diritto positivo nessuna norma consenta alle parti del negozio di svolgere una mera attività ricognitiva di vizi genetici di precedenti negozi, ma solo di porre in essere un'attività convenzionale recuperatoria dell'efficacia del negozio viziato che ha come presupposto la dichiarazione delle parti in ordine all'esistenza del vizio.

In tal senso è la granitica posizione assunta dall'unico precedente giurisprudenziale di legittimità<sup>31</sup> edito

---

<sup>29</sup> GAZZONI, *Trattato della Trascrizione, La trascrizione degli atti e delle sentenze*, Utet, 2012, 450, il quale osserva che in questo caso non è possibile procedere con l'annotamento, che suppone l'identità soggettiva fra la parti dell'atto principale, trascritto, e quello di secondo grado, da annotare, che nel caso di interposizione fittizia mancherebbe in quanto l'interponente non è stato parte del contratto simulato.

<sup>30</sup> G. PETRELLI, *L'evoluzione del principio di tassatività nella trascrizione immobiliare*, Edizioni Scientifiche Italiane, 2009, 173 ss.

<sup>31</sup> Corte di Cassazione, sezione III, 11 luglio 1996 n.6313, in *Notariato*, 1996, 6, 509, secondo cui "omissis... Né può ritenersi che la convalida presupponga necessariamente un'attività di accertamento in ordine all'esistenza e alla nullità del testamento (nella specie nuncupativo), riservata all'autorità giudiziaria, così confondendola con la conoscenza e la menzione della causa di nullità, richieste



in tema di conferma di testamento nuncupativo (affermandone la validità).

In altri termini, la dichiarazione delle parti in ordine all'esistenza del vizio, semplicemente funzionale al compimento dell'atto recuperatorio, non può equivalere, sul piano degli effetti, all'accertamento giudiziale con efficacia generalizzata, sempre nel rispetto dell'art. 2909 c.c. in materia di limiti soggettivi del giudicato, dell'esistenza del vizio negoziale<sup>32</sup>.

Sulla stessa scia interpretativa possono essere collocate le altre disposizioni le quali, distribuite tra il codice civile e le leggi speciali, consentono il recupero del negozio viziato, come la conferma della donazione nulla (art. 799 c.c.), la convalida del negozio annullabile (art. 1444 c.c.), la conferma dell'atto nullo per carenza di menzioni urbanistiche o perché privo delle dichiarazioni sulla conformità catastale oggettiva (artt. 30 e 46 D.P.R. 380/01, art. 1 comma 29 ter della legge 52/85) e presuppongono, senza accertarlo *sic et simpliciter*, l'esistenza di un vizio genetico.

Se anche volesse ammettersi un accertamento convenzionale dei vizi genetici di precedenti negozi, dovrebbe riconoscersi che esso avrebbe comunque un'efficacia limitata *inter partes*, non potendo l'attività negoziale incidere, con effetti sfavorevoli, nella sfera giuridica dei terzi; avrebbe in ogni caso carattere solo pattiziamente retroattivo e non sarebbe opponibile ai terzi<sup>33</sup>, se non nei limiti dell'art. 2655 c.c.

Appare allora più corretto ricondurre tale esplicitazione di autonomia negoziale alla risoluzione convenzionale che, come si è detto, può avvenire per i più svariati motivi e che, senza interferire con attività riservate all'autorità giudiziaria, potrebbe anche presupporre la dichiarazione (non l'accertamento di una verità in sé considerata) delle parti in ordine alla ritenuta (ma non accertata) esistenza di un vizio genetico di un precedente negozio.

La dichiarazione delle parti in ordine all'esistenza di un vizio genetico di un precedente negozio costituirebbe, in tale prospettiva, un motivo del negozio risolutorio o, al più, colorerebbe la causa concreta del medesimo, ma in ogni caso sarebbe riconducibile a un fenomeno negoziale di tipo estintivo – risolutorio di un precedente rapporto giuridico più che di accertamento della patologia negoziale.

Del resto, nella medesima prospettiva va letto l'art. 1972 c.c., norma alla quale – nella più volte richiamata ottica del mediatore di favorire accordi conformi a norme imperative – occorre prestare la massima attenzione, atteso che se la transazione verte su titolo nullo, anch'essa è nulla ove il titolo sia illecito, mentre negli

---

come presupposto della fattispecie sanante. Entrambe le figure (la convalida e l'accertamento della nullità) hanno in comune solo l'effetto di fissare la situazione preesistente, ma l'accostamento non può andare oltre, rimanendo ferma la differenza, che nel caso della convalida riguarda il modo di essere del negozio convalidato rispetto al diritto, senza escludere una eventuale e successiva contestazione dinanzi all'autorità giudiziaria e l'accertamento definitivo di questa... Omissis La "raccolta" delle dichiarazioni dei componenti, da parte del notaio ricorrente, e propria dell'attività notarile, non può qualificarsi come accertamento del contenuto di quelle dichiarazioni, e i suoi effetti in nessun modo possono equipararsi a quelli propri dell'accertamento giudiziario, onde non può ritenersi invasiva di attività riservata all'autorità giudiziaria e non viola il disposto dell'art. 28 n. 1 della legge notarile".

<sup>32</sup> Ammette esplicitamente la possibilità che le parti accertino, in sostituzione dell'autorità giudiziaria, la nullità di un precedente negozio giuridico G. BARALIS, *Studio del Consiglio Nazionale del Notariato n.176-2008/C*, secondo cui "Dottrina e Giurisprudenza ormai ammettono in linea di massima la fattispecie dell'accertamento negoziale, ma con larghe divergenze circa i suoi presupposti, il contenuto, l'efficacia. L'accertamento sembra collegato alla riserva esclusiva dell'a.g. o, essendo invece il potere di disporre tipica "zona" dell'autonomia privata, e infatti, sia pure obiter, la Suprema Corte, in un passato non molto lontano, ha ammesso la possibilità strumentale dei privati di accertare la nullità quale passaggio per la convalida, nei casi eccezionali in cui è ammessa, ma ha altresì escluso la possibilità per gli stessi di accertare tout court tale tipo di invalidità. L'accertamento della nullità di un negozio, al di là dei casi in cui sia presupposto di una convalida negoziale, è esplicitamente ammessa dal legislatore ex art. 2655, ult. comma c.c., in sostituzione di un accertamento giudiziale".

<sup>33</sup> M. LEO, *Risposta a quesito CNN n.6026*, il quale concorda che il negozio di accertamento della nullità di un precedente negozio (ove ammissibile) non potrà mai avere gli stessi effetti della trascrizione della sentenza conseguente alla trascrizione della domanda giudiziale ex art. 2652 n. 6 c.c.



altri casi di titolo nullo essa è annullabile solo ad istanza di chi ignorava la causa di nullità. Indipendentemente dal carattere conservativo<sup>34</sup> o novativo<sup>35</sup> della transazione su titolo nullo, non è dubbio che quest'ultimo costituisca un presupposto del contratto transattivo e non il risultato di un'attività accertativa: la transazione eviterà l'insorgere della lite o porrà fine alla fine già insorta mediante lo strumento delle reciproche concessioni ma non si sostituirà all'autorità giudiziaria nell'accertamento della nullità del negozio viziato, che rimarrà produttivo dei suoi effetti, in assenza di un accertamento giudiziale della nullità, salva loro eventuale risoluzione consensuale. Anche la pacifica ammissibilità della rinnovazione<sup>36</sup> del negozio nullo, quale attività negoziale recuperatoria realizzata mediante la formazione di un titolo in tutto identico al precedente, affetto da nullità insanabile, previa rimozione del vizio di nullità (si pensi ai casi di una compravendita immobiliare in rinnovazione della precedente avente ad oggetto un immobile abusivo quando difettano i presupposti per la conferma e, nelle more, l'abuso sia stato sanato) conferma la tesi che tale negozio di secondo grado trova il proprio presupposto logico nell'esistenza di un titolo viziato al quale si sostituisce, replicandone gli effetti, ma non accerta con efficacia *erga omnes* il vizio dal quale il negozio primario era affetto.

Per tali motivi è fuori dal sistema l'accertamento convenzionale della nullità o annullabilità di un testamento: essendo per gli eredi impossibile dar luogo a un'attività negoziale di tipo risolutorio (a cui, come si è visto, va comunque ricondotta, al di là del *nomen*, qualsiasi ipotesi di accertamento di patologie negoziali), gli stessi non potranno surrogare con una propria manifestazione di volontà, neanche ove concordata a seguito di un procedimento di mediazione, la pronuncia giudiziale che, in questo caso, sarebbe l'unico titolo idoneo a far venir meno la delazione testamentaria.

Ritornando agli esempi sopra prospettati:

1) Non è possibile che le parti accertino l'annullamento del secondo testamento dando corso alla succes-

---

<sup>34</sup> La transazione conservativa si limita a regolare il preesistente rapporto mediante reciproche concessioni (generalmente consistenti in una bilaterale e congrua riduzione delle opposte pretese in modo da realizzare un regolamento di interessi sulla base di un *quid medium* tra le prospettazioni iniziali). Cfr., in dottrina, L.V. MOSCARINI – N. CORBO, *Transazione*, in *Enc. Giur.*, XXXVI, Trecani, 1994, 4; C. CICERO, *La transazione*, in *Trattato di diritto civile*, a cura di Sacco, Utet, 2014, 29 ss.; PICCIANO, *Transazione semplice e novativa: brevi note in tema di nullità della "prior obligatio"*, in *Riv. dir. civ.*, 1999, II, 440. In giurisprudenza, si veda, tra le varie, Cass. civ. 12 aprile 2005, n. 7522, in *Mass. Giur. It.*, 2005.

<sup>35</sup> La transazione novativa implica la sostituzione dell'intero rapporto originario controverso con un nuovo rapporto non controverso. Cfr. F. SANTORO-PASSARELLI, *La transazione*, Jovene, 84.

<sup>36</sup> A. GENTILI, *La replica della stipulazione: riproduzione, rinnovazione, rinegoziazione del contratto fra ripetizione e rinnovazione*, in *Contratto e impresa*, 2003, p. 667 ss.; E. FABIANI e M. LEO, *Manuale della mediazione civile e commerciale. Il Contributo del notariato alla luce del D.lgs.28/2010*, cit., pp. 285 ss. I concetti di ripetizione e rinnovazione sono spesso utilizzati promiscuamente nella prassi negoziale, ma un criterio distintivo apprezzabile è stato quello di ricondurre la ripetizione negoziale alla forma in senso lato del negozio, nel senso che – a parità di effetti, di diritti ed obblighi fra le parti, di identità soggettiva, di connotazione temporale e spaziale del negozio ripetuto – l'atto ripetitivo consente di rivestire il negozio ripetuto della forma idonea a che lo stesso produca effetti non solo tra le parti ma anche *erga omnes* con il mezzo della pubblicità immobiliare o commerciale (il che, come si vedrà, dovrebbe valere anche quando l'atto ripetitivo rimuova vizi sanabili), mentre la rinnovazione esprime una casistica che ricomprende sia l'ipotesi in cui le parti i) trascurando il titolo precedente, fanno luogo alla formazione di un nuovo titolo con la stessa forma (o anche con un diversa forma) con diritti ed obblighi dello stesso tipo e sugli stessi beni, (ipotesi, questa, problematica attesa la necessità di individuare quali siano i limiti oltre i quali deve parlarsi, come si vedrà oltre, di novazione), oppure ii) le parti replicano il negozio contratto, per il resto identico, ma con una variazione della dimensione temporale del vincolo, che può riprodursi dalla scadenza del precedente per una eguale durata, o per una durata maggiore o minore (si pensi alla rinnovazione del preliminare) o ancora iii) le parti danno luogo alla formazione di un titolo in tutto identico al precedente, affetto da nullità insanabile, previa rimozione del vizio di nullità. Non vi è, peraltro, è unanimità di vedute nel riferire l'espressione rinnovazione al contenuto del negozio, dovendo piuttosto essere legata al documento contrattuale (C.M. BIANCA, *Il Contratto*, cit., 301), e di ciò vi sarebbe traccia letterale nell'art. 1231 c.c. Esclude che si possa parlare di ripetizione quando si tratti sostituire un titolo nullo con uno valido N. IRTI, *La ripetizione del negozio giuridico*, Giuffrè, 1970, 173 ss., secondo il quale la fattispecie della ripetizione presuppone la validità del negozio ripetuto sicché se il contratto ripetuto è invalido non si farebbe luogo a ripetizione.



sione sulla base del primo testamento. Il secondo testamento, in quanto cronologicamente successivo al primo e con esso incompatibile, pur essendo annullabile, è efficace e revoca il primo. L'accordo di mediazione, preso atto della qualità di erede del secondo erede testamentario Sempronio, potrebbe comportare una cessione a titolo transattivo dell'eredità o di uno o più beni facenti parte dell'asse ereditario da Sempronio a Caio<sup>37</sup>.

2) L'accordo di mediazione consisterà nell'accertamento della simulazione relativa, atteso che il negozio simulato (compravendita) riveste i requisiti di forma del negozio dissimulato (donazione), cioè la forma dell'atto pubblico e la presenza dei testimoni.

3) L'accordo di mediazione consisterà nella risoluzione convenzionale della compravendita, in cui le parti potranno far emergere "i motivi" o la "causa concreta" del negozio risolutorio.

4. – Una volta raggiunto l'accordo, il mediatore forma processo verbale al quale è allegato il testo dell'accordo medesimo (art. 11 comma e D.lgs. 28/2010).

La distinzione fra verbale e accordo è netta<sup>38</sup>, sia che quest'ultimo venga allegato al primo che nell'ipotesi in cui l'accordo faccia parte integrante del verbale; così come altrettanto evidente è la differente imputazione soggettiva dei due documenti: il verbale è atto proprio ed esclusivo del mediatore, l'accordo fa capo alle parti, le quali lo redigeranno – se del caso – con l'ausilio dei rispettivi avvocati<sup>39</sup>.

Il verbale conclusivo della mediazione, costituente espressione dell'epilogo della mediazione, è redatto esclusivamente dal mediatore ed "è sottoscritto dalle parti, dai loro avvocati e dagli altri partecipanti alla procedura nonché dal mediatore, il quale certifica l'autografia della sottoscrizione delle parti o la loro impossibilità di sottoscrivere" (art. 11 comma 4 d.lgs. cit.).

Nonostante il tenore letterale dell'art. 11 comma 4 D.lgs. 28/2010 sembri orientare per una lettura che imponga la sottoscrizione dell'accordo anche da parte del mediatore (*il verbale contenente l'accordo è sottoscritto.*), la distinzione fra verbale e accordo – anche sul piano delle sottoscrizioni – va mantenuta ferma, nel senso che il potere di certificazione dell'autografia delle sottoscrizioni da parte del mediatore è limitato solo al verbale (anche quando esso contenga nel suo corpo l'accordo) e non può mai estendersi al contenuto negoziale dell'accordo, anche quando lo stesso non sia destinato alla pubblicità immobiliare o commerciale<sup>40</sup>.

Il potere certificativo del mediatore, cui la legge non ha assolutamente attribuito il ruolo di pubblico ufficiale, rimane confinato all'autenticità delle sottoscrizioni delle parti in calce al verbale-documento, quale

<sup>37</sup> La transazione implicherebbe anche una conferma del testamento annullabile (se si ritiene applicabile a questa fattispecie l'art. 590 c.c.) ovvero una convalida dello stesso previo intervento, ove necessario, di eventuali eredi legittimi.

<sup>38</sup> R. TISCINI, *L'esito positivo della mediazione civile e commerciale del d.lgs. n. 28/2010: il verbale di accordo, tra requisiti formali e pregi/difetti sostanziali*, in [www.judicium.it](http://www.judicium.it).

<sup>39</sup> CAPPONI, *Un nuovo titolo esecutivo, cit.*; C. BRUNELLI, *Commento all'art. 11*, in *La nuova disciplina della mediazione delle controversie civili e commerciali*, a cura di Bandini e Soldati, Giuffrè, 2010, 201 ss.; P. FORTI, *Le tecniche redazionali dell'atto notarile per l'accordo di mediazione*, in *Rapporto sui conflitti e sulla conciliazione 2021*, a cura dell'Osservatorio sui conflitti e sulla conciliazione, Maggioli, 2022, 153 ss.; ID., *Il verbale e l'accordo in mediazione*, in *Diritto della mediazione civile e commerciale, cit.*, 221 ss.

<sup>40</sup> Su questi profili, CAPPONI, *Un nuovo titolo esecutivo, cit.*, secondo cui "l'autentica sembra richiamare quella che l'avvocato opera nel processo riguardo alla procura ad litem, ma a ben vedere le fattispecie non sono affatto assimilabili". Osserva l'autore che il compito del mediatore, in base al comma 3 dell'art. 11, è certamente più ampio di quello assegnato al difensore dagli artt. 83 e 125 c.p.c., non limitandosi esso all'autentica della sottoscrizione delle parti, ma potendo addirittura documentare le ragioni dell'impossibilità delle parti di sottoscrivere l'accordo (che vale comunque a vincolare le parti, ancorché non sottoscriventi). Inoltre, il potere del difensore si spiega nel contesto dello svolgimento dell'incarico di rappresentanza e difesa in giudizio, laddove il mediatore non è legato alle parti da alcun rapporto di mandato.



scrittura privata ricognitiva del fatto storico dell'esito del procedimento di mediazione, senza alcuna valenza di autentica in senso formale, propria degli artt. 2702, 2703 c.c. e dell'art. 72 della legge notarile<sup>41</sup>.

Ne è conferma proprio l'art. 11 comma 7 del D.lgs. 28/2010 il quale, con tecnica legislativa migliorata rispetto alla precedente formulazione (che prevedeva l'autenticazione del verbale), impone che la sottoscrizione dell'accordo debba essere autenticata da un pubblico ufficiale a ciò autorizzato (il notaio) in tutti i casi in cui lo stesso accordo debba essere trascritto nei registri immobiliari.

Stando alla lettera dell'art. 11 comma 3 del D.lgs. 28/2010, come novellato dal D.lgs. 149/2022, l'accordo di conciliazione deve contenere l'indicazione del valore. I criteri per la determinazione del valore sono rimessi al decreto attuativo del ministro della giustizia di cui all'articolo 16 del decreto (art. 17 co. 5 D.Lgs. n. 28/2010).

La funzione primaria dell'indicazione del valore è senz'altro quella di consentire la verifica di congruità del compenso richiesto dall'avvocato nella procedura, per l'ammissione al gratuito patrocinio (art. 15 *septies* D.Lgs. n. 28/2010). Essa non è invece di rilievo quanto alla determinazione dell'ammontare dell'indennità di mediazione (art. 17 co. 5 D.Lgs. n. 28/2010). Tale determinazione deve avvenire infatti all'inizio della procedura ed essere riferita al valore di lite, determinato o determinabile sulla base della domanda introduttiva. Non può essere successivamente modificata con riferimento al valore di un accordo, meramente eventuale e, per sua natura, imprevedibile nel contenuto, che le parti possono liberamente negoziare, senza vincoli di corrispondenza con l'oggetto della domanda.

Non sembra da escludersi che il valore dell'accordo possa costituire la base imponibile per l'applicazione dell'imposta di registro (e il calcolo della franchigia di agevolazione<sup>42</sup>) da parte dell'Agenzia delle Entrate, laddove le parti non abbiano fatto riferimento ai criteri di determinazione della base imponibile di cui all'art. 43 D.P.R. 131/86, fatta in ogni caso salva la richiesta del meccanismo del c.d. prezzo valore di cui all'art. 1 comma 497 della legge 23 dicembre 2005 n. 266, sempre che ricorrano i requisiti soggettivi e oggettivi.

**5.** – Conclusa la fase emergenziale, durante la quale la previsione normativa di cui all'art. 83, comma 20-bis, del D.L. 17 marzo 2020, n. 18 convertito, con modificazioni, nella legge 24 aprile 2020, n. 27 (*d'ora in avanti art. 83, comma 20-bis*) aveva superato la necessità che lo svolgimento della mediazione a distanza fosse prevista nel regolamento dell'organismo, come fino a quel momento prescritto dall'art. 3, comma 4, d. lgs. 4 marzo 2010, n. 28, la mediazione c.d. telematica<sup>43</sup> – ormai a regime – è ora disciplinata dall'art. 8 bis del D.lgs. 28/2010 che, pur con il meritevole fine di dare spinta propulsiva alla mediazione a distanza, introduce alcuni requisiti formali sul piano della verbalizzazione ai quali prestare attenzione.

Nel precedente regime il documento (composto dal verbale con allegato accordo o dal verbale contenente nel proprio corpo l'accordo) veniva sottoscritto in maniera analogica dalla parte e inviato con modalità telematiche all'avvocato (se la parte e l'avvocato non fossero stati presenti nel medesimo luogo), il quale doveva dichiarare autografa la sottoscrizione della parte, sottoscrivere con propria firma digitale il verbale (anche ai fini dell'esecutività dell'accordo di mediazione ex art. 12 d. lgs. 28/2010), inviarlo all'avvocato o agli avvo-

<sup>41</sup> La competenza all'autenticazione di scritture private di carattere negoziale è esclusivamente del notaio: Cfr. Trib. Milano, 1° marzo 1956, in *Riv. not.* 1956, 829; Trib. Milano, 18 aprile 1961, in *Riv. not.*, 1961, 272 ss.; App. Roma 18 novembre 1967, in *Riv. not.* 1969, 880 ss.; Cass. 3 aprile 1998, n. 3426 (in *Foro it.*, Rep. 1998, voce Procedimento civile, n. 117) con riferimento alle autentiche amministrative.

<sup>42</sup> Ora aumentata a euro 100.000,00 per effetto della modifica dell'art. 17 comma 2 D.lgs. 28/2010.

<sup>43</sup> Cfr. M. LEO-M. FIORNI, *La mediazione in modalità telematica*, in *Diritto della mediazione civile e commerciale*, cit., 319 ss.



cati di controparte, i quali avrebbero dovuto operare con le medesime modalità e inviare il verbale (con l'accordo) al mediatore ai fini dell'apposizione della firma digitale di quest'ultimo.

Con la nuova disposizione è, invece, previsto che quando la procedura di mediazione telematica si conclude positivamente, l'accordo raggiunto dalle parti è documentato nel verbale, costituito da un unico documento informatico nativo digitale redatto dal mediatore, il quale lo invia alle parti per la sottoscrizione mediante firma digitale o altro tipo di firma elettronica qualificata.

Nonostante il tenore letterale dell'art. 8 bis faccia riferimento all'unico documento digitale che incorpora il verbale e l'accordo, mentre l'art. 11 comma 1 – nel regolare la forma dell'accordo annesso al verbale analogico – ne preveda l'allegazione, può ritenersi che le due modalità di annessione siano, sul piano sostanziale, equipolenti; da un lato, in quanto non è da escludersi che anche nella mediazione telematica l'accordo costituisca un file nativo digitale firmato digitalmente separato dal verbale, al quale viene allegato, dall'altro perché è pacifico che anche nella mediazione in presenza sia possibile che l'accordo venga contenuto nel corpo del verbale.

Ciò che, *de iure condito*, può affermarsi con certezza è che quando l'accordo, nella mediazione telematica, sia destinato a essere trascritto o iscritto nei pubblici registri (immobiliari o commerciali) e sia, pertanto, necessario l'intervento notarile, indipendentemente dalla tecnica redazionale utilizzata<sup>44</sup>, le parti devono essere presenti davanti al notaio, non essendo prevista alcuna forma di stipula di un atto pubblico o autentica di una scrittura privata a distanza, salvi i casi espressamente e tassativamente previsti dalla legge.

Nulla vieta che l'atto notarile a valle del procedimento di mediazione sia stipulato su supporto digitale e conservato a norma di legge, come ora previsto 47-bis, 47-ter, 52-bis, 57-bis, 62-bis, 62-ter e 62-quater della legge notarile, come modificata dal D.lgs. 2 luglio 2010 n. 110, purché le parti siano fisicamente presenti dinanzi al notaio e l'accertamento dell'identità personale sia effettuato dal notaio alla presenza fisica delle parti o dei loro procuratori speciali muniti di procura notarile.

L'eccezione a tale quadro normativo, che peraltro non interessa gli accordi di mediazione<sup>45</sup>, è costituita dal Decreto Legislativo 8 novembre 2021 n. 183 (di recepimento della direttiva (UE) 2019/1151 del Parlamento europeo e del Consiglio del 20 giugno 2019) che consente ai notai di stipulare – telematicamente – atti costitutivi di società a responsabilità limitata e di società a responsabilità limitata semplificata<sup>46</sup>.

<sup>44</sup> Fatta salva l'ipotesi in cui l'accordo di conciliazione produca effetti meramente obbligatori ai quali viene data esecuzione mediante un atto notarile, di natura solutoria, che pertanto può essere stipulato anche a distanza di tempo rispetto alla conclusione della procedura di mediazione, le tecniche redazionali più diffuse nella prassi per rivestire di forma pubblica o autentica l'accordo di conciliazione da cui conseguano effetti reali immediati sono quelle: i) del c.d. "atto unico" in cui il notaio interviene direttamente all'interno della procedura di mediazione, in occasione dell'ultimo incontro, e verbalizza direttamente l'ultimo incontro in forma pubblica o autentica annettendo nel corpo del verbale l'accordo o allegandolo al verbale medesimo e ii) dell'atto ripetitivo, che si sostanzia una reiterazione del consenso espresso dalle parti nel procedimento di mediazione in forma di atto pubblico o scrittura privata autentica, generalmente allegando un esemplare originale del verbale e dell'accordo. Meno diffusa, e anche meno corretta, è la tecnica del verbale di deposito notarile (artt. 61 L.N. e 1 R.D. L. 14 luglio 1937 n. 1666) dell'accordo raggiunto in mediazione. Su tale procedura sono state avanzate, invero, talune perplessità derivanti dall'uso "anomalo" di tale istituto al fine di attribuire la forma autentica per la trascrizione (art. 2657 c.c.) ad atti che – pur rispettosi della forma per la loro validità – non ne siano muniti. Al riguardo si sottolinea che secondo una pronuncia di legittimità (Cass. 14 dicembre 1984, n. 6576, in *Giur. it.* 1985, 1061) il verbale di deposito non sarebbe idoneo ad attribuire alla scrittura privata il requisito dell'autenticità, richiesto per l'attuazione della pubblicità dall'art. 2657 c.c., argomentando principalmente dal fatto che detto deposito realizzerebbe un intento legale diverso e non equiparabile alla autenticazione della scrittura, né può costituire un modo di riconoscimento della scrittura stessa, essendo a tal fine necessario che la sottoscrizione non contestata venga accertata e dichiarata in una sentenza.

<sup>45</sup> In linea teorica non può escludersi che il procedimento si concluda con la costituzione di una società a responsabilità limitata, ma si tratta di un'ipotesi assolutamente marginale.

<sup>46</sup> Per maggiori approfondimenti si rinvia G. ARCELLA, S. CHIBBARO, M. MANENTE E M. NASTRI, *S.r.l Online, atto telematico e atto a distanza*, in *Notariato*, 2021, 1, 31 ss.



Pertanto, nella mediazione telematica, qualora il notaio sia chiamato a ricevere o autenticare l'accordo di conciliazione contenuto nel verbale in maniera contestuale alla conclusione positiva del procedimento di mediazione, dovrà assicurarsi che le parti siano presenti dinanzi a lui, verificando, in particolare, che per l'ultimo incontro della mediazione telematica (in cui egli interverrà) tutte le parti abbiano richiesto al responsabile dell'organismo di partecipare in presenza (art. 8 bis comma 2).

**6.** – Le parti possono rafforzare il carattere cogente degli obblighi convenuti in via principale con l'accordo di conciliazione attraverso la pattuizione dell'obbligo di pagamento di una somma di denaro in caso di violazione o inosservanza nell'adempimento dei primi, giusta la facoltà contemplata all'art. 11, comma 7, del D. Lgs. n. 28/2010 (il cui contenuto riproduce quello dell'originario comma 3 del medesimo articolo *ante* riforma *ex* D.Lgs. 149/2022)<sup>47</sup>.

Agevolmente riconducibile nella categoria della clausola penale, può ritenersi che anche in assenza di espressa previsione normativa la quale, pertanto, nulla aggiunge ad una regolamentazione delle condizioni contrattuali conseguibili attraverso le categorie generali dell'autonomia privata, le parti avrebbero comunque potuto inserire nell'accordo conciliativo una clausola siffatta, in applicazione dell'art. 1382 c.c.

Fino alla riforma del processo civile di cui al D.Lgs. n. 149/2022 si riteneva che tali obblighi ulteriori, configurando una normale clausola penale, necessitassero del previo accertamento giudiziale in ordine all'inadempimento<sup>48</sup> ai fini della loro esecutività e se ne escludeva, pertanto, la riconducibilità alle misure di coercizione indiretta di cui all'art. 614-*bis* c.p.c., comminabili solo giudizialmente insieme al provvedimento di condanna all'adempimento di obblighi “diversi dal pagamento di somme di denaro”.

Con la riformulazione dell'art. 614 – *bis* c.p.c. ad opera del D.Lgs. n. 149/2022 è ora prevista la possibilità di chiedere la determinazione di queste misure al giudice dell'esecuzione, anche per titoli esecutivi diversi dai provvedimenti di condanna, purché relativi a crediti non pecuniari (art. 614-*bis* c.p.c.). In tal modo si sono resi all'evidenza molto più “appetibili gli strumenti alternativi di risoluzione delle controversie”<sup>49</sup>.

L'accordo concluso in mediazione, anche con le modalità di cui all'articolo 8-bis<sup>50</sup>, costituisce, inoltre, titolo esecutivo per l'espropriazione forzata, l'esecuzione per consegna e rilascio, l'esecuzione degli obblighi di fare e non fare, nonché per l'iscrizione di ipoteca giudiziale (art. 12 D.lgs. 28/2010).

Condizioni necessarie e sufficienti perché l'accordo abbia valenza di titolo esecutivo sono che i) l'accordo sia stato raggiunto in un procedimento nel quale le parti siano state “tutte” assistite dai rispettivi avvocati; ii) l'accordo sia stato “sottoscritto” dalle parti e dagli stessi avvocati; iii) l'accordo sia allegato al processo verbale “formato” dal mediatore e che questi abbia “certificato l'autografia della sottoscrizione delle parti o la loro impossibilità di sottoscrivere” (art. 11 comma 4); iv) esso contenga altresì l'attestazione e la certificazione degli avvocati della conformità dell'accordo alle norme imperative e all'ordine pubblico.

L'omologazione giudiziaria rimane una possibilità alternativa e residuale alla quale le parti possono ricorrere quando tutte le parti o alcune di esse non siano state assistite dagli avvocati ovvero quando gli avvocati, pur avendo assistito le parti, non abbiano «attestato e certificato» la non contrarietà alle norme imperative e all'ordine pubblico.

<sup>47</sup> Cfr. M. FIORINI, *L'esecutività dell'accordo mediativo*, in *Diritto della mediazione civile e commerciale*, cit., pp. 305 ss.

<sup>48</sup> E. GASBARRINI, *Manuale della mediazione civile e commerciale*, a cura di M.L. Cenni, E. Fabiani, M. Leo, Edizioni Scientifiche Italiane, 2012, 359 ss.; B. CAPPONI, *Un nuovo titolo esecutivo nella disciplina della mediazione/conciliazione*, cit.

<sup>49</sup> A.M. TEDOLDI, *La riforma dell'esecuzione forzata: le novità del D. Lgs n. 149/2022*, in *giustiziainsieme.it*.

<sup>50</sup> Si tratta del c.d. titolo esecutivo telematico.



A ben vedere, peraltro, l'accordo di conciliazione potrebbe avere la "forza" di titolo esecutivo anche qualora, pur non ricorrendo i presupposti di cui all'art. 12 D.lgs. 28/2010, rivesta – ai sensi dell'art. 474 c.p.c. – la forma della "scrittura privata autenticata" (per la c.d. esecuzione generica per l'adempimento forzoso delle obbligazioni di somme di denaro) ovvero quando esso sia trasfuso in un atto ricevuto da notaio o da altro pubblico ufficiale autorizzato dalla legge a riceverlo (in questo caso consentendo di avviare l'esecuzione generica ovvero di eseguire coattivamente gli obblighi di consegna o rilascio).

È di particolare significatività l'idoneità, testualmente prevista dal citato art. 12, dell'accordo di conciliazione ai fini dell'esecuzione *anche* degli obblighi di fare e non fare, costituente il risultato di un'evoluzione giurisprudenziale e normativa, che ha portato a un'interpretazione estensiva dell'art. 612 c.p.c. il quale, pur essendo immutato nel suo tenore letterale, sembra ora consentire l'esecuzione degli obblighi di fare o di non fare anche sulla base di titoli non esclusivamente giudiziali<sup>51</sup>.

Già da tempo parte della dottrina<sup>52</sup> aveva evidenziato che il riferimento contenuto nell'art. 612 c.p.c. alla sentenza di condanna quale unico titolo idoneo per l'esecuzione forzata degli obblighi di fare e non fare dovesse essere inteso nel senso che l'esecuzione coattiva di tali obblighi fosse subordinata ad un preventivo accertamento giurisdizionale avente ad oggetto la fungibilità e la non eccessiva onerosità delle prestazione e che, pertanto, qualsiasi provvedimento giurisdizionale recante una condanna – e non solo la sentenza – potesse costituire valido titolo esecutivo.

Passaggio importante nell'evoluzione di questo tema si è registrato con la sentenza della Corte Costituzionale del 12 luglio 2002 n. 336 che – nel rigettare la questione di legittimità costituzionale dell'art. 612 c.p.c. – ne ha offerto un'interpretazione costituzionalmente orientata in riferimento agli artt. 3, 10, 24, 111 e 113 Cost. prescrivendo che detta norma debba essere intesa nel senso di consentire l'instaurazione del procedimento esecutivo per l'esecuzione coattiva degli obblighi di fare e non fare anche sulla base di un verbale di conciliazione giudiziale.

Successivamente, nel 2005, il legislatore, senza intervenire sull'art. 612 c.p.c., ha inteso recepire le indicazioni provenienti dalla Consulta modificando l'art. 474 c.p.c.: in particolare nel n. 1 del comma 2 si è stabilito che sono titoli esecutivi (non più soltanto le sentenze e i provvedimenti), ma anche "gli altri atti" ai quali la legge attribuisce espressamente efficacia esecutiva.

In questo quadro s'inserisce la disposizione dell'art. 12 D.lgs. 28/2010 che, in uno con quella di cui all'art. 5 del D.L. 12 settembre 2014 n. 132, convertito con legge 10 novembre 2014 n. 162 in materia di negoziazione assistita, costituisce una significativa apertura normativa ai titoli esecutivi di matrice stragiudiziale per gli obblighi di fare e non fare, che va tenuta ben presente nella valutazione dei potenziali vantaggi, anche economici, benché non facilmente monetizzabili, nel ricorso alla mediazione civile.

La questione, di molto ridimensionata per tutti i titoli di matrice giudiziale pur non costituenti propriamente una sentenza, è rimasta aperta per gli atti di natura stragiudiziale, in particolare – tra l'altro – per gli atti pubblici (notarili), sui quali ancora non si registra unanimità di vedute, anche se la maggioranza degli interpreti sono orientati ad ammettere anche l'atto pubblico quale titolo esecutivo per l'esecuzione anche degli obblighi fare e di non fare, in quanto sarebbe eccessivamente formalistica e contraria al principio di economia processuale la soluzione di costringere il creditore ad instaurare un processo di cognizione al solo scopo di ottenere un titolo esecutivo identico a quello di origine notarile<sup>53</sup>.

<sup>51</sup> Risposta a quesito del Consiglio Nazionale del Notariato – Ufficio Studi – n. 331-2017/C del 14 luglio 2017.

<sup>52</sup> V. ANDRIOLI, *Commento al codice di procedura civile*, Jovene, 1957, 327; DENTI, *L'esecuzione forzata degli obblighi fare e di non fare*, Giuffrè, 1966, 211.

<sup>53</sup> Sul punto cfr. E. FABIANI – L. PICCOLO, *Atto pubblico ed esecuzione forzata in forma specifica di obblighi di fare e di non fare*, Ufficio Studi CNN Consiglio Nazionale del Notariato, 2021.



CASS. CIV., SS. UU., SENT. 13 FEBBRAIO 2024, N. 3925

**In tema di servitù, lo schema previsto dall'art. 1027 c.c. non preclude la costituzione, mediante convenzione, di servitù avente ad oggetto il parcheggio di un veicolo sul fondo altrui purché, in base all'esame del titolo e ad una verifica in concreto della situazione di fatto, tale facoltà risulti essere stata attribuita come vantaggio in favore di altro fondo per la sua migliore utilizzazione e sempre che sussistano i requisiti del diritto reale e in particolare la localizzazione.**

*LUIGI ALFONSO VITOLO*

*Dottore – Università degli Studi Roma Tre*

## LA SERVITÙ DI PARCHEGGIO AL VAGLIO DELLE SEZIONI UNITE

SOMMARIO: 1. *Introduzione. La servitù: il dinamismo di un istituto solo in apparenza quiescente.* – 2. *La vicenda all'attenzione delle Sezioni Unite.* – 3. *La pronuncia.* – 3.1. *Il contrasto giurisprudenziale.* – 3.2. *L'iter argomentativo e l'enunciazione del principio di diritto.* – 4. *Considerazioni conclusive.*

1. – La sentenza delle Sezioni Unite della Corte di Cassazione del 13 febbraio 2024, n. 3925 risolve una delle questioni più controverse in materia di servitù dell'ultimo ventennio: il diritto di parcheggio sull'area di proprietà di un terzo va configurato quale diritto reale di servitù o quale diritto personale di godimento?

L'adesione all'uno o all'altro orientamento non ha una valenza meramente teorica, ma ha notevoli ricadute applicative: basti ricordare che soltanto il diritto reale di servitù è suscettibile di circolare insieme con il bene su cui insiste, di acquisto per usucapione<sup>1</sup>, di tutela mediante l'azione possessoria e l'azione confessoria.

La pronuncia in esame, nell'ammettere la possibilità di costituire un diritto reale di servitù di parcheggio, testimonia che la servitù, i cui caratteri fondanti *ictu oculi* sembrano essersi cristallizzati dall'esperienza romana sino ad oggi, è un istituto dal “cuore antico”<sup>2</sup> ma ancora pulsante: alla “fissità” della normativa codicistica, sostanzialmente immune da modifiche, e alla quasi totale impermeabilità ad influenze provenienti da fonti sovranazionali<sup>3</sup>, ha fatto da contraltare una “dinamicità” interpretativa della dottrina e delle corti, che,

---

<sup>1</sup> Con riferimento all'acquisto delle servitù mediante usucapione, tale modalità di acquisto è contemplata all'art. 1031 c.c.; tuttavia occorre precisare che, ai sensi dell'art. 1061 c.c., possono essere acquistate per usucapione soltanto le c.d. servitù apparenti, cioè le servitù contraddistinte da “opere visibili e permanenti”.

<sup>2</sup> Così si esprime P. RESCIGNO al fine di evidenziare l'origine risalente delle servitù prediali in P. RESCIGNO, *Intervento di chiusura*, in E. MARMOCCHI (a cura di), *Le servitù prediali fra tradizione e attualità*, Milano, 2011, 124.

<sup>3</sup> F. MEGLIO, *Servitù di parcheggio: sarà (finalmente!) la volta buona?*, in *Vita not.*, 2019, 619 s.



insinuandosi nelle maglie del testo legislativo, da un lato ha consentito di mantenere invariato il lessico tradizionale, dall'altro ha promosso l'adeguamento dell'istituto all'evoluzione sociale, attivando una vivace dialettica tra posizioni "conservatrici" maggiormente aderenti al dato testuale e posizioni "progressiste" inclini ad un approccio ermeneutico teleologico e valoriale<sup>4</sup>.

**2.** – La vicenda che ha costituito l'occasione per la pronuncia in esame trae origine da un'azione di accertamento della nullità di negozio giuridico avente ad oggetto una servitù di parcheggio.

In particolare, il proprietario di un fondo, acquistato il 18 luglio 2011, gravato da servitù di parcheggio temporaneo, transito e manovra di automezzi, agiva in giudizio per fare dichiarare la nullità del contratto costitutivo della predetta servitù, concluso in data 15 febbraio 2011 dai suoi danti causa in favore del fondo di proprietà di un terzo.

L'adito Tribunale rigettava la domanda dell'attore e il successivo gravame era rigettato dalla Corte di Appello di Venezia con sentenza resa l'11 giugno 2018, n. 1606.

Avverso tale pronuncia la parte soccombente proponeva ricorso per Cassazione.

Con istanza del 23 marzo 2023 il difensore del ricorrente chiedeva alla Prima Presidente della Corte di Cassazione di disporre l'assegnazione del ricorso alle Sezioni Unite a fronte del contrasto in giurisprudenza circa la possibilità nel nostro ordinamento di costituire servitù prediali di parcheggio.

La Prima Presidente, ai sensi dell'art. 374 co. 2 c.p.c., disponeva l'assegnazione del ricorso alle Sezioni Unite.

**3.** – La Suprema Corte, illustrato ed esaminato il rilevato contrasto giurisprudenziale, con la sentenza in esame: riconosce l'astratta configurabilità della servitù di parcheggio sulla base di un'argomentazione sistematica condotta alla luce della legislazione speciale in materia di parcheggi e dell'«espansione»<sup>5</sup> della nozione di *utilitas* per effetto della sentenza della Corte costituzionale del 10 maggio 1999, n. 167 che ha inciso sul disposto dell'art. 1052 co. 2 c.c.; individua i parametri che devono guidare l'interprete per stabilire se in concreto le parti abbiano costituito un diritto reale di servitù di parcheggio.

**3.1.** – Vengono rinvenuti, alla base del denunciato contrasto giurisprudenziale, due orientamenti.

Secondo il primo, inaugurato dalla sentenza della Corte di Cassazione del 28 aprile 2004, n. 8137 e rimasto costante per più di un decennio<sup>6</sup>, una servitù prediale non può consistere in un diritto di parcheggio in quanto quest'ultimo costituisce una mera *commoditas* a favore delle persone che accedono al fondo e, risolvendosi in un vantaggio di natura esclusivamente personale, non può in alcun modo integrare gli estremi

---

<sup>4</sup> Con riferimento alle diverse tecniche ermeneutiche e alle ragioni che inducono l'interprete nella scelta dello strumento argomentativo da impiegare cfr. D. CANALE, G. TUZET, *La giustificazione della decisione giudiziale*, Torino, 2020, 69 ss.

<sup>5</sup> V. par. 4.4. della sentenza in esame.

<sup>6</sup> Si esprimono in senso conforme alla sentenza della Cass. 28 aprile 2004, n. 8137 (in *DeJure*), le seguenti sentenze della Corte di Cassazione civile: Cass. 21 gennaio 2009, n. 1551, in *Riv. giur. edilizia*, 2009, 1503 ss., con nota di M. DE TILLA, *Condominio e azione di reintegrazione*; Cass. 22 settembre 2009, n. 20409, in *DeJure*; Cass. 13 settembre 2012, n. 15334, in *Riv. notariato*, 2012, 1136 ss., con nota di G. MUSOLINO, *Il parcheggio fra servitù prediale, servitù irregolare e servitù personale (diritto di uso)*; Cass. 7 marzo 2013, n. 5769, in *DeJure*; Cass. 6 novembre 2014, n. 23708, *ivi*.



dell'*utilitas*<sup>7</sup>; è, in definitiva, del tutto carente il requisito essenziale della *realitas*, intesa come inerenza dell'utilità al fondo dominante e del peso al fondo servente.

Pertanto, colui che, invocando l'esistenza di una servitù di parcheggio, eserciti in concreto la facoltà di parcheggiare su un fondo altrui non può essere qualificato come possessore perché il suo potere di fatto non corrisponde ad alcun diritto reale e, sul versante della tutela processuale, non potrà valersi dell'azione di reintegrazione del possesso della servitù nei confronti di chi gli abbia precluso l'esercizio di siffatta prerogativa<sup>8</sup>.

In ordine alle sorti di un eventuale negozio costitutivo di una servitù di parcheggio, le Sezioni Unite evidenziano, nell'ambito del medesimo filone giurisprudenziale che esclude la configurabilità della servitù di parcheggio, due differenti posizioni: secondo una tesi la convenzione va riqualificata per essere inquadrata nell'ambito dello schema del contratto di locazione o dei contratti affini di affitto o di comodato, restando così – per lo meno – produttiva di effetti obbligatori *inter partes*<sup>9</sup>; l'altra impostazione giudica il contratto nullo per impossibilità dell'oggetto e tale nullità deducibile per la prima volta anche nel giudizio di legittimità ai sensi dell'art. 1421 c.c.<sup>10</sup>.

Il secondo orientamento, sostenuto dalla giurisprudenza più recente a partire dalla sentenza della Corte di Cassazione del 6 luglio 2017, n. 16698<sup>11</sup> e in linea con la dottrina dominante<sup>12</sup>, è incentrato sul rilievo che

<sup>7</sup> In tal senso Cass. 28 aprile 2004, n. 8137, cit., in motivazione: «(...) la pretesa utilizzazione per parcheggio non potrebbe rientrare nello schema di alcun diritto di servitù né di altro diritto reale. Se, infatti, il parcheggiare l'auto può essere una delle tante manifestazioni di un possesso a titolo di proprietà, non può, invece, dirsi che tale potere di fatto fosse inquadrabile nel contenuto di un diritto di servitù, posto che caratteristica tipica di detto diritto è la realtà, e cioè l'inerenza al fondo dominante dell'utilità così come al fondo servente del peso. Nella specie la comodità di parcheggiare l'auto per specifiche persone che accedono al fondo (anche numericamente limitate) non potrebbe certamente valutarsi come una utilità inerente al fondo stesso e non, come in effetti è, un vantaggio del tutto personale dei proprietari».

<sup>8</sup> In particolare, sul punto si veda Cass. 22 settembre 2009, n. 20409, cit.: «in tema di possesso, l'utilizzazione, da parte dei condomini di uno stabile, di un'area condominiale ai fini di parcheggio, non è tutelabile con l'azione di reintegrazione del possesso di servitù, nei confronti di colui che – come nel caso di specie – l'abbia recintata nella asserita qualità di proprietario. Per l'esperimento dell'azione di reintegrazione occorre infatti un possesso qualsiasi anche se illegittimo ed abusivo, purché avente i caratteri esteriori di un diritto reale, laddove il parcheggio dell'auto non rientra nello schema di alcun diritto di servitù, difettando la caratteristica tipica di detto diritto, ovvero sia la "realtà" (inerenza al fondo dominante dell'utilità così come al fondo servente del peso), in quanto la comodità di parcheggiare l'auto per specifiche persone che accedono al fondo non può valutarsi come una utilità inerente al fondo stesso, trattandosi di un vantaggio del tutto personale dei proprietari». Per un commento di tale pronuncia si veda F. ESPOSITO, *Considerazioni sull'ammissibilità della servitù di parcheggio*, in *Nuova giur. civ. comm.*, 2010, 284 ss.

<sup>9</sup> In tal senso Cass. 22 settembre 2009, n. 20409, cit.; Cass. 13 settembre 2012, n. 15334, cit.; Cass. 7 marzo 2013, n. 5769, cit.

<sup>10</sup> In tal senso Cass. 6 novembre 2014, n. 23708, cit. Si tratta di una pronuncia fortemente criticata dalla dottrina; sul punto si veda A. PLAIA, *Il contratto costitutivo di una "servitù irregolare" di parcheggio è nullo per impossibilità dell'oggetto: considerazioni a margine di una decisione oscura*, in *Rivista trimestrale di Diritto Civile Contemporaneo*, 2014, numero 3, reperibile online in <http://dirittocivilecontemporaneo.com>; M. PIAZZA, *Costituzione e/o riconoscimento di una servitù di parcheggio: una decisione discutibile della cassazione*, in *Il Corriere giuridico*, 2015, 1363 ss.; A. TESTA, *La nullità degli atti costitutivi di servitù di parcheggio*, in *Immobili e Proprietà*, 2015, 229 ss.; F. MEZZANOTTE, *Sull'impossibilità della servitù di parcheggio (e sui limiti dell'autonomia privata nel diritto dei beni)*, in *Il Foro it.*, 2015, I, 1298 ss.; C. SGOBBO, *La servitù di parcheggio: questione ancora aperta?*, in *Giur. It.*, 2015, 1088 ss.; G. MUSOLINO, *La (impossibilità di costituire una) servitù prediale di parcheggio*, in *Riv. notariato*, 2017, 334 ss.

<sup>11</sup> In *Il Foro it.*, 2017, I, 3031 ss., con nota di C. BONA, *Benvenuta servitù di parcheggio*. Conformi le seguenti pronunce successive: Cass. 14 maggio 2019, n. 12798, in *DeJure*; Cass. 30 ottobre 2020, n. 24121, *ivi*; Cass. 9 gennaio 2020, n. 193, in *Riv. notariato*, 2020, 691 ss., con nota di G. MUSOLINO, *Personae giuridiche e diritto di uso: si può superare il termine trentennale mediante la costituzione di una servitù irregolare?*; Cass. 18 gennaio 2023, ord. n. 1486, in *DeJure*. Per quanto consta, l'unica pronuncia della giurisprudenza di legittimità successiva al 2017 che non sembra in accordo con Cass. 6 luglio 2017, n. 16698, cit., è Cass. 20 dicembre 2021, ord. n. 40824 (in *DeJure*); tuttavia, va segnalato che in quest'ultima pronuncia il richiamo operato a Cass. 6 novembre 2014, n. 23708, cit. (espressione dell'orientamento giurisprudenziale opposto) non può essere interpretato quale presa di posizione netta circa l'inammissibilità della servitù di parcheggio dal momento che il ricorso aveva ad oggetto non già una servitù di parcheggio, ma una servitù coattiva di passaggio carrabile e pedonale.

<sup>12</sup> Si veda C. BONA, *Per la servitù di parcheggio*, in *Foro it.*, 2015, I, 499 ss.; ID., *Benvenuta servitù di parcheggio*, in *Foro it.*,



non può considerarsi *a priori* inammissibile la costituzione di una servitù di parcheggio, in quanto la comodità di parcheggiare un veicolo può costituire una utilità inerente al fondo dominante secondo i parametri individuati dall'art. 1028 c.c. Occorrerà, di volta in volta, verificare, sulla base del titolo costitutivo e dello stato di fatto, se le parti abbiano inteso costituire un rapporto obbligatorio oppure un diritto reale.

L'interprete, in definitiva, si trova ad affrontare una *quaestio facti*, che dovrà risolvere stabilendo se nella fattispecie concreta ricorrano o meno i requisiti dello *ius in re aliena* e, in particolare, l'altruità della cosa, l'immediatezza, l'inerenza al fondo servente e al fondo dominante, la *vicinitas*, la specifica individuazione del luogo di esercizio della servitù, il carattere preciso e determinato dell'utilità che deve essere di estensione tale da non svuotare integralmente le facoltà del proprietario del fondo servente, al quale deve residuare la possibilità di utilizzazione dello stesso.

Di recente – segnala la Suprema Corte – il medesimo principio è stato richiamato nell'ordinanza della Corte di Cassazione del 16 marzo 2023, n. 7620<sup>13</sup>, la quale – in tema di tutela possessoria – ha affermato che «ex art. 1168 c.c. lo spoglio può avere ad oggetto anche il possesso corrispondente ad una signoria di fatto sul bene corrispondente ad una servitù di parcheggio e, dunque, può realizzarsi con modalità tali da precludere al possessore la possibilità di transito attraverso un passaggio a ciò destinato indipendentemente dalla sussistenza o meno della titolarità del corrispondente diritto reale».

**3.2.** – Le Sezioni Unite aderiscono all'orientamento giurisprudenziale inaugurato dalla sentenza della Corte di Cassazione n. 16698/2017 e sostenuto dalla dottrina dominante.

Il filone giurisprudenziale che fa capo alla sentenza della Corte di Cassazione n. 8137/2004 – osserva la Suprema Corte – risulta lacunoso sul versante argomentativo, non offrendo plausibile spiegazione del perché il parcheggio sia da considerare inevitabilmente utile solo per le persone e non anche per il fondo.

In *primis*, la Suprema Corte rimarca che la normativa urbanistica consente di individuare nel parcheggio un'utilità per il bene immobile cui accede, costituendo per quest'ultimo un valore aggiunto<sup>14</sup>.

L'art. 41-sexies della L. 17 agosto 1952, n. 1150, introdotto dall'art. 18 della c.d. Legge Ponte (L. 6 agosto 1967, n. 765) con finalità di deflazione della domanda di spazi per parcheggio nelle aree deputate alla pubblica circolazione<sup>15</sup>, prevede per le nuove costruzioni la destinazione a parcheggio di spazi di almeno un metro quadro per ogni dieci metri cubi di costruzione; inoltre la giurisprudenza costante, in materia di condominio, ha affermato che i proprietari delle singole unità abitative hanno un diritto reale di uso sulle aree di parcheggio soggette ai vincoli di cui al predetto art. 41-sexies<sup>16</sup>.

---

2017, I, 3031 ss.; N. A. TOSCANO, *La servitù di parcheggio esiste: una nuova conferma della Corte di Cassazione, in attesa del probabile intervento delle Sezioni Unite*, in *Vita not.*, 2019, 548 ss.; F. MEGLIO, *Servitù di parcheggio*, cit., 617 ss. Tale orientamento risulta suffragato anche da uno Studio del Consiglio Nazionale del Notariato: cfr. F. MECENATE, in *La servitù di parcheggio. Validità ed invalidità dell'atto di costituzione*, in *Studio CNN n. 1094-2014/C del 01/08/2015*, nel quale si osserva: «Non c'è dubbio che anche il parcheggio possa essere il contenuto di una servitù volontaria, diritto reale e quindi tipico ma a contenuto "atipico" o più esattamente "libero", secondo una configurazione storicamente consolidata».

<sup>13</sup> In *DeJure*.

<sup>14</sup> In dottrina cfr. N. A. TOSCANO, *La servitù di parcheggio esiste*, cit., 556; R. CASINI, *Sulla configurabilità della servitù di parcheggio*, in *Nuova giur. civ. comm.*, 2019, 949; F. MEZZANOTTE, *La servitù di parcheggio in "Il libro dell'anno del diritto"*, in [www.treccani.it](http://www.treccani.it).

<sup>15</sup> Si veda Cass. 14 giugno 2019, n. 16070, in *DeJure*.

<sup>16</sup> Si veda Cass. 27 gennaio 2012, n. 1214, in *DeJure*; Cass. 1 agosto 2008, n. 21003, in *Riv. notariato*, 2010, 139 ss., con nota di G. CASU, *Parcheggi ponte. Valutazione dei diritti di utilizzo dei posti auto*. In dottrina cfr. M. PIAZZA, *Costituzione e/o riconoscimento di una servitù di parcheggio*, cit., 1369 s.



Ad avviso della Suprema Corte, se è vero che il legislatore ha previsto delle fattispecie in cui il parcheggio rappresenta persino la *conditio sine qua non* della edificabilità del fondo e se la giurisprudenza ha affermato che esso è suscettibile di costituire l'oggetto di un diritto reale di uso, deve inevitabilmente ammettersi che il parcheggio possa soddisfare il requisito di inerenza ad un fondo di cui all'art. 1027 c.c.

In *secundis*, milita a favore dell'attrazione della relazione tra parcheggio e bene immobile nell'ambito della categoria delle servitù prediali, l'espansione della nozione di *utilitas*, pure da Corte Cost. n. 167/1999 – in qualche modo – legittimata avendo essa riconosciuto che l'utilità può consistere anche nel vantaggio in termini di maggiore accessibilità tratto dal fondo dominante<sup>17</sup>. Con tale pronuncia – lo ricordiamo – la Consulta ha dichiarato costituzionalmente illegittimo l'art. 1052 co. 2 c.c. «nella parte in cui non prevede che il passaggio coattivo di cui al primo comma possa essere concesso dall'autorità giudiziaria quando questa riconosca che la domanda risponde alle esigenze di accessibilità – di cui alla legislazione relativa ai portatori di handicap – degli edifici destinati ad uso abitativo» e, in motivazione, si è soffermata sul requisito dell'*utilitas*, evidenziando che la predialità non è incompatibile «con una nozione di *utilitas* che abbia riguardo – specie per gli edifici di civile abitazione – alle condizioni di vita dell'uomo in un determinato contesto storico e sociale, purché detta *utilitas* sia inerente al bene così da potersi trasmettere ad ogni successivo proprietario del fondo dominante»<sup>18</sup>.

Se non può escludersi che il parcheggio costituisca un vantaggio a favore del fondo dominante, i privati, in forza del principio di autonomia negoziale sancito dall'art. 1322 c.c., possono dar vita sia ad un rapporto meramente obbligatorio (c.d. servitù irregolare), ove una parte attribuisca all'altra il diritto personale di parcheggiare sul proprio fondo senza instaurare alcuna relazione di servizio tra fondi, sia ad un rapporto di natura reale (c.d. servitù volontaria di parcheggio) che si configura quale peso imposto sul fondo servente per l'utilità del fondo dominante.

Tuttavia, anche ai fini della costituzione della servitù volontaria di parcheggio, dovrebbe valere il limite della meritevolezza di tutela, secondo l'ordinamento giuridico, degli interessi perseguiti (art. 1322 co. 2 c.c.)<sup>19</sup>, in accordo col principio di tipicità dei diritti reali, che vieta ai privati di creare diritti reali diversi da quelli previsti dalla legge<sup>20</sup>; principio, che trova una declinazione peculiare con riferimento alla servitù di

<sup>17</sup> Anche la dottrina rinviene nella sentenza della Corte Costituzionale 10 maggio 1999, n. 167 (in [www.cortecostituzionale.it](http://www.cortecostituzionale.it)) un elemento a favore della ammissibilità della servitù di parcheggio. Sul punto cfr. A. LO GULLO, *Servitù irregolari. Obbligo personale o diritto reale atipico?*, in *I contratti*, 2015, 463 s.; M. PICCINNI, *Ai confini della servitù: "utilitas" e predialità tra "res" e "persona"*, in *Nuova giur. civ. comm.*, 2017, 1592.

<sup>18</sup> Per un commento alla sentenza della Corte Cost. n. 167/1999 si veda P. VITUCCI, *Il passaggio coattivo e le persone handicappate*, in *Giur. cost.*, 1999, 1615 ss.; P. PERLINGIERI, *Principio "personalista", "funzione sociale della proprietà" e servitù coattiva di passaggio*, in *Rass. dir. civ.*, 1999, 688 ss. In senso critico F. GAZZONI, *Disabili e tutela reale*, in *Riv. notariato*, 1999, 978 ss.

<sup>19</sup> Sull'ampiezza dell'autonomia dei privati nella determinazione del contenuto delle servitù prediali si veda P. POLLICE, *Introduzione allo studio dei diritti reali*, Torino, 1999, 149; l'Autore evidenzia che «Nel campo delle servitù l'autonomia negoziale sembra primeggiare nel senso che per la loro costituzione (mercé contratto o testamento) sono le parti a fissarne il contenuto, essendo questo il più variegato». Cfr. anche A. FUSARO, *Il contributo della prassi al sistema vigente dei diritti reali*, in *Nuova giur. civ. comm.*, 2011, 517 ss. La servitù volontaria ha un contenuto non predefinito dal legislatore, ma che è frutto della volontà espressa dai privati nell'atto costitutivo; ciò la rende uno *ius in re aliena* somigliante al rapporto obbligatorio, stante l'atipicità del suo contenuto [cfr. R. TRIOLA, *Sub art. 1027*, in A. JANNARELLI, F. MACARIO (a cura di), *Della proprietà*, in *Commentario del codice civile diretto da E. Gabrielli*, Torino, 2012, 747 s.]. A tal proposito, con un'immagine suggestiva, la servitù è stata definita come lo «stampo» nel quale «si può colare, a scelta degli interessati, un contenuto molto vario, di cui la legge si limita a fissare i tratti generici» (D. BARBERO, *Tipicità, predialità e indivisibilità nel problema dell'identificazione delle servitù*, in *Foro padano*, 1957, I, 1043; in giurisprudenza cfr. Cass. 27 luglio 2006, n. 17121, in *DeJure*).

<sup>20</sup> Sul principio di tipicità dei diritti reali, si veda L. BIGLIAZZI GERI, U. BRECCIA, F.D. BUSNELLI, U. NATOLI, *Diritto Civile. 2. Diritti reali*, Torino 1988, 37 ss.; C.M. BIANCA, *Diritto civile. 6. La proprietà*, Milano, 2017, 93 ss.; C. SALVI, *Proprietà e possesso*, in



parcheggio e, più in generale, con riferimento alla categoria delle servitù volontarie, in quanto in tali fattispecie la tipicità non afferisce al contenuto, che è per definizione determinato dalla volontà delle parti, ma alla sola struttura dello *ius in re aliena*.

In conclusione, le Sezioni Unite, nel dirimere il contrasto giurisprudenziale, affermano il seguente principio di diritto: «in tema di servitù, lo schema previsto dall'art. 1027 c.c. non preclude la costituzione, mediante convenzione, di servitù avente ad oggetto il parcheggio di un veicolo sul fondo altrui purché, in base all'esame del titolo e ad una verifica in concreto della situazione di fatto, tale facoltà risulti essere stata attribuita come vantaggio in favore di altro fondo per la sua migliore utilizzazione e sempre che sussistano i requisiti del diritto reale e in particolare la localizzazione». Di conseguenza, è cassata con rinvio la sentenza resa dalla Corte d'Appello di Venezia, avendo essa ritenuto valido il contratto costitutivo della servitù di parcheggio senza aver effettuato alcuna analisi in concreto né dell'atto costitutivo della servitù né dei requisiti della stessa e, tra questi, neppure della localizzazione; non può concepirsi, infatti, una servitù di parcheggio che si estenda, a mera discrezione del titolare del fondo dominante, in qualsiasi momento e indistintamente su qualsiasi punto del fondo servente, dal momento che quest'ultimo finirebbe per essere insuscettibile di ogni possibilità di sfruttamento per il suo titolare. Risultano, così, precisati i parametri che l'interprete deve applicare al fine di stabilire se in concreto le parti abbiano costituito un diritto reale di servitù di parcheggio.

4. – Il rilievo delle conclusioni raggiunte dalla sentenza in esame va ben al di là della disciplina della servitù di parcheggio, costituendo esse un valido punto di riferimento al fine di individuare: il significato da ascrivere al concetto di *utilitas*, che, alla luce di un'interpretazione sistematica ed evolutiva, mostra sempre più evidenti sfumature personalistiche e sociali; i parametri da impiegare per qualificare una determinata fattispecie quale servitù volontaria piuttosto che come servitù irregolare.

L'*utilitas fundi* costituisce la causa giustificativa della servitù<sup>21</sup>, quest'ultima consistente in un "peso", a mente dell'art. 1027 c.c., da leggere in chiave di rapporto di solidarietà fra proprietà immobiliari<sup>22</sup>.

---

S. MAZZAMUTO (a cura di), *Trattato del Diritto Privato*, Torino, 2022, 151 ss.; E. CALZOLAIO, *La tipicità dei diritti reali: spunti per una comparazione*, in *Riv. dir. civ.*, 2016, 1080 ss. Il principio di tipicità è stato – di recente – ribadito dalle Sezioni Unite della Corte di Cassazione con sentenza 17 dicembre 2020, n. 28972, la quale ha dichiarato l'inammissibilità della costituzione di un diritto reale di uso esclusivo su una porzione di cortile condominiale. In motivazione, al punto 6.10 si legge: «nella giurisprudenza di questa Corte il principio della tipicità dei diritti reali, con quello sovrapponibile del *numerus clausus* è fermo». Per un commento di detta sentenza e, più in generale, sulla natura giuridica del "diritto di uso esclusivo" si veda A. TORRONI, *Il diritto di uso esclusivo in ambito condominiale al vaglio delle Sezioni Unite. La Cassazione snobba la servitù e mette all'indice l'uso esclusivo*, in *Riv. notariato*, 2021, 70 ss.; D. BERTANI, *L'uso esclusivo non è reale*, in *Riv. notariato*, 2021, 255 ss.; R. TRIOLA, *Gli effetti della nullità della costituzione di un diritto di uso esclusivo su parti comuni dell'edificio condominiale*, in *GiustiziaCivile.com*, 11 marzo 2021; G. L. BUCCIANTI, *Sull'invalidità della clausola costitutiva di un diritto reale atipico*, in *Riv. dir. civ.*, 2021, 781 ss.; D. M. LOCATELLO, *La controversa natura del diritto di uso esclusivo di parti condominiali: problemi e prospettive*, in *Rivista trimestrale di diritto e procedura civile*, 2021, 1249 ss.; G. MURGOLO, *La convenzione costitutiva di una situazione reale di "uso esclusivo" sul cortile comune è incompatibile con la tipicità ed il "numerus clausus" dei rapporti reali?*, in *Rass. dir. civ.*, 2021, 1635 ss.; D. GIURATO, *Il diritto di uso "esclusivo" e "perpetuo" del bene condominiale: "realità" e "personalità" del diritto tra "conformazione" e "regolamentazione" della proprietà comune*, in *Persona e Mercato*, 2023, 355 ss.

<sup>21</sup> Sul significato di *utilitas* in dottrina si veda B. BIONDI, *Le servitù*, in *Trattato di diritto civile e commerciale diretto da A. Cicu, F. Messineo*, Milano, 1967, 132 ss.; A. BURDESE, *Servitù prediali (diritto vigente)*, in *Novissimo Digesto Italiano*, 1970, 135 ss.; C.M. BIANCA, *Diritto civile*, cit., 483 ss.; R. TRIOLA, *Sub art. 1028*, in A. JANNARELLI, F. MACARIO (a cura di), *Della proprietà*, cit., 752 ss.; G. CIAN, A. TRABUCCHI, *Commentario breve al codice civile, Sub art. 1028*, Padova, 2022, 991 ss.; P. CENDON (a cura di), *Commentario al codice civile, Sub art. 1027*, Milano, 2008, 461 ss.; G. SPANÒ, S. CARUSO, *Le servitù prediali*, Milano, 2013, 124 ss.

<sup>22</sup> F. MESSINEO, *Le servitù*, Milano, 1949, 18; Di "cooperazione fondiaria" si parla in G. BRANCA, *Servitù prediali: artt. 1027-*



Dal testo degli artt. 1028 e 1029 c.c. emerge che l'utilità può consistere anche nella maggiore comodità o amenità del fondo e, persino, nell'attribuzione ad esso di un vantaggio futuro; questa considerazione in senso ampio ha agevolato un apprezzamento non univoco dell'*utilitas* da parte della dottrina: tradizionalmente identificata con un interesse fondiario<sup>23</sup>, è stata associata, da alcuni autori, al vantaggio apportato al fondo dominante consistente in un miglioramento "socialmente apprezzabile" del bene immobile<sup>24</sup>, da altri, all'incremento del valore di mercato del bene<sup>25</sup> e, da altri ancora, all'aumento del suo valore d'uso<sup>26</sup>.

Il Supremo Collegio avrebbe potuto rifarsi a tali orientamenti e giustificare l'ammissibilità della servitù di parcheggio<sup>27</sup>; ma le Sezioni Unite si sono spinte oltre, facendo richiamo – come già segnalato – a Corte Cost. n. 167/1999 che, quando il fondo dominante è destinato ad uso abitativo, ha legato l'*utilitas* alle «condizioni di vita dell'uomo in un determinato contesto storico e sociale, purché detta *utilitas* sia inerente al bene così da potersi trasmettere ad ogni successivo proprietario del fondo dominante»<sup>28</sup>. Il dato è eloquente perché autorizza a credere che le Sezioni Unite intendano avallare l'indirizzo giurisprudenziale tendente a valorizzare, nella considerazione dell'*utilitas*, il carattere non economico, la sua vocazione a soddisfare anche interessi fondamentali della persona<sup>29</sup>.

Il principio personalista, che ispira la Carta costituzionale permea l'intero ordinamento, finendo per incidere anche sulle situazioni più propriamente patrimoniali<sup>30</sup>.

Non vengono messi in discussione il principio del *numerus clausus* e il principio di tipicità dei diritti reali su cosa altrui<sup>31</sup>: tale lettura non determina uno stravolgimento dell'istituto della servitù in quanto non tange

1099, in *Commentario del Codice Civile Scialoja-Branca*, Bologna, 1967, 1 ss.; M. PIAZZA, *Costituzione e/o di riconoscimento di una servitù di parcheggio*, cit., 1366; G. MUSOLINO, *La servitù prediale di parcheggio e la responsabilità del notaio*, in *Riv. notariato*, 2021, 93.

<sup>23</sup> C. M. BIANCA, *Diritto civile*, cit. 484.

<sup>24</sup> C. M. BIANCA, *Diritto civile*, cit., 483 s.; R. TRIOLA, *Le servitù*, artt. 1027-1099, in *Il Codice civile commentario*, fondato da P. Schlesinger, diretto da F. D. Busnelli, Milano, 2008, 34; G. TAMBURRINO, *Le servitù*, Torino, 1977, 99.

<sup>25</sup> N. A. TOSCANO, *La servitù di parcheggio esiste*, cit., 556.

<sup>26</sup> G. BRANCA, *Servitù prediali*, cit., 21; G. PESCATORE, R. ALBANO, F. GRECO, *Della proprietà, libro III, tomo II*, Torino, 1958, 303.

<sup>27</sup> Quale che sia la tesi accolta, tra quelle esposte, è dato inferire che il parcheggio possa integrare una *utilitas fundi*, dal momento che esso costituisce sia un *quid pluris* di immediata percezione esterna, sia un *medium* per il migliore godimento del fondo dominante, sia un elemento che concorre alla sua maggiore appetibilità sul mercato.

<sup>28</sup> La pronuncia in esame si colloca, quindi, nello stesso solco di Cass. 28 gennaio 2009, n. 2150, la quale ha affermato che, ai fini della costituzione di una servitù coattiva di passaggio ex art. 1051 c.c., è sufficiente che il fondo non sia raggiungibile da un disabile per ritenerlo intercluso, indipendentemente da chi sia il proprietario della casa inaccessibile, non essendo necessario che il richiedente la servitù sia un portatore di handicap. Per un commento della sentenza si veda G. MUSOLINO, *La servitù coattiva di passaggio per fondo non intercluso e gli interessi generali della collettività*, in *Riv. notariato*, 2009, 1524 ss. Da ultimo, in senso conforme Cass. 24 luglio 2023, ord. n. 22142, in *Riv. notariato*, 2023, 1247 ss., con nota di G. MUSOLINO, *Servitù prediali. L'accessibilità del fondo ai disabili come qualitas fundi a valenza generale*.

<sup>29</sup> Sul carattere anche non patrimoniale dell'*utilitas* si veda C.M. BIANCA, *Diritto civile*, cit., 484; P. PERLINGIERI, *Principio "personalista"*, cit., 690. L'Autore osserva che: «L'*utilitas*, quale ragione giustificatrice della costituzione a favore del fondo intercluso, pur caratterizzandosi in un interesse generale, non può esaurirsi nelle mere esigenze produttive dell'agricoltura o dell'industria e non può non estendersi alle esigenze abitative definite dal principio fondamentale del pieno e libero sviluppo della persona (art. 2 Cost.) senza condizionamenti che di fatto lo possano impedire (art. 3, comma 2, Cost.) incidendo ancor di più sulla salute intesa come ottimale sviluppo psico-fisico della persona (art. 32 Cost.)».

<sup>30</sup> Cfr. P. PERLINGIERI, *Principio "personalista"*, cit., 693.

<sup>31</sup> La scelta del legislatore di definire la servitù, al singolare, sembra accordarsi con la finalità precipua di rimarcare che il nostro ordinamento non conosce singoli diritti di servitù ma solo l'unica categoria generale e tipica del diritto di servitù [cfr. A. BURDESE, *Servitù prediali (diritto vigente)*, cit., 131]. I principi del *numerus clausus* e di tipicità dei diritti reali costituiscono due pilastri del nostro ordinamento giuridico: entrambi di derivazione romanistica, essi hanno rappresentato nella stagione ottocentesca delle codificazioni i dispositivi giuridici per scongiurare un ritorno al pluralismo delle situazioni di appartenenza del mondo feudale (Cfr. C. SALVI, *Proprietà e possesso*, cit., 153 ss.; E. CALZOLAIO, *La tipicità dei diritti reali*, cit., 1080 s.).



la struttura dello *ius in re aliena* in esame, che mantiene il suo connotato di rapporto tra fondi, ma incide soltanto sul contenuto dell'*utilitas*. Ed infatti, oggi, l'accessibilità delle abitazioni viene dal legislatore considerata come una vera e propria *qualitas fundi*<sup>32</sup>, posto che è un elemento essenziale richiesto per gli edifici privati di nuova costruzione dall'art. 2 della L. 9 gennaio 1989, n. 13 recante «Disposizioni per favorire il superamento e l'eliminazione delle barriere architettoniche negli edifici privati»<sup>33</sup>.

Si tratta, insomma, di rileggere la teoria dei beni contando su un'interpretazione costituzionalmente orientata che ponga al centro la persona e guardi alle *res* non già e non solo in quanto tali, ma in relazione alle molteplici utilità che ciascuna di esse è in grado di generare: muovendo da tale impostazione, è agevole individuare tra le qualità che un fondo può possedere, non solo le caratteristiche fisiche e strutturali che ne determinano la produttività e la redditività, ma anche quelle che ne connotano il valore sociale. Ed allora il vantaggio che il fondo dominante trae dal fondo servente, attraverso la costituzione di una servitù, può consistere anche nel conseguimento di un *surplus* in termini di valore sociale, proprio come nel caso della servitù coattiva di passaggio che consente di agevolare l'ingresso di persone con disabilità ad un bene immobile.

La predialità, dunque, può – e deve – armonizzarsi con il soddisfacimento degli interessi fondamentali della persona.

Il discorso si salda con la funzione sociale della proprietà sancita all'art. 42 co. 2 Cost. – che non è principio estraneo ai diritti reali su cosa altrui<sup>34</sup> – e ciò non solo quando vengano in gioco servitù coattive<sup>35</sup>, ma anche quando i privati liberamente decidano di costituire una servitù volontaria<sup>36</sup>.

Se il diritto all'abitazione ha dignità di diritto fondamentale, come desumibile dal combinato disposto degli artt. 14, 29, 30, 31, 32 Cost., difficile negare che la servitù di parcheggio concorra alla sua piena attuazione. L'inadeguatezza del sistema dei trasporti nella gran parte delle moderne metropoli determina un uso crescente dei veicoli privati e la sicurezza di disporre di un parcheggio in luogo vicino alla propria dimora è, altresì, fattore che migliora la qualità della vita degli individui, oltre a generare esternalità positive per la collettività<sup>37</sup>.

Come si è visto, nessuna incompatibilità le servitù volontarie manifestano rispetto al principio di tipicità dei diritti reali, atteso che la loro atipicità non afferrisce alla struttura (che resta tipica) ma al solo contenuto: «non sono tipiche le servitù ma è tipica la categoria della servitù»<sup>38</sup>. Il principio di tipicità strutturale assume

<sup>32</sup> Cfr. P. PERLINGIERI, *Principio "personalista"*, cit., 692 s.; G. MUSOLINO, in *Il contributo della prassi notarile alla evoluzione della disciplina delle situazioni reali*, Atti del Convegno, Firenze, 8 maggio 2015, in *I Quaderni della fondazione italiana del notariato e-library*, il Gruppo 24 ore, 2015, 196, reperibile online presso il link <https://elibrary.fondazione-notariato.it/indice.asp?pub=48&mn=3>.

<sup>33</sup> L'art. 2 della Legge 9 gennaio 1989, n. 13 sancisce che: «Entro tre mesi dall'entrata in vigore della presente legge, il Ministro dei lavori pubblici fissa con proprio decreto le prescrizioni tecniche necessarie a garantire l'accessibilità, l'adattabilità e la visitabilità degli edifici privati e di edilizia residenziale pubblica, sovvenzionata ed agevolata». Le prescrizioni tecniche sono state fissate dal successivo D. m. 14 giugno 1989, n. 236.

<sup>34</sup> Con riferimento al rapporto tra funzione sociale e diritti reali minori cfr. V. COMPORI, *Le servitù prediali*, in *Trattato di Diritto Privato diretto da P. Rescigno*, Torino, 1982, 161; P. PERLINGIERI, *Principio "personalista"*, cit., 691 ss.

<sup>35</sup> Può, in via esemplificativa, farsi richiamo al caso esaminato da Corte Cost. 10 maggio 1999, n. 167. La valutazione dell'utilità del fondo dominante è compiuta *ex ante* dal legislatore, il quale, intento a considerare la situazione particolare nella quale versa un fondo che ne fa ragionevolmente presumere una difficoltà di utilizzazione, assegna a chi ne è proprietario, anche in via coattiva, il diritto di servitù sul fondo altrui; il "peso" imposto al fondo servente può considerarsi tra i limiti stabiliti dal legislatore per assicurare la funzione sociale della proprietà.

<sup>36</sup> Non è, infatti, implausibile registrare, nel vantaggio conseguito dal fondo dominante, l'esplicarsi della funzione sociale del fondo servente, come nel caso in cui l'*utilitas* consista in una facilitazione nell'accesso al fondo.

<sup>37</sup> Rammentiamo, nelle argomentazioni della sentenza delle Sezioni Unite, il richiamo in chiave sistematica alla legislazione urbanistica e, in special modo, all'art. 41-sexies della L. 17 agosto 1952, n. 1150, ispirato dall'idea che destinare spazi privati a parcheggio serva ad ottimizzare – per quanto possibile – il godimento collettivo degli spazi pubblici.

<sup>38</sup> In tal senso Cass. 15 aprile 1999, n. 3749, in *Giustizia civile*, 2000, 163 ss., con nota di M. DE TILLA, *Sulle limitazioni del re-*



una notevolissima rilevanza pratica: a fronte della comune genesi delle c.d. servitù irregolari e delle servitù volontarie (entrambe costituite e definite nel loro contenuto dalla volontà dei privati), il *discrimen* tra le due categorie è segnato proprio dalla sussistenza o meno degli elementi strutturali dello *ius in re aliena*, sussistenza che dovrà essere valutata in concreto dall'interprete al fine di dare la corretta qualificazione giuridica al negozio sottoposto al suo esame.

La sentenza delle Sezioni Unite ha il merito di indicare in modo puntuale quali siano tali elementi. Lo fa ribadendo adesione all'orientamento giurisprudenziale – già segnalato – che ha rilevato, ai fini della sussistenza della servitù prediale volontaria, la necessità dell'*utilitas*, dell'altruità della cosa, della *vicinitas* tra i fondi, dell'inerenza, dell'assolutezza, dell'immediatezza, e, con specifico riferimento alla servitù di parcheggio, della localizzazione.

Fornire agli operatori del diritto le coordinate per stabilire in concreto in quale direzione l'autonomia dei privati si sia indirizzata significa abbandonare scelte di campo aprioristiche e favorire un approccio *case by case* teso a verificare di volta in volta se la fattispecie concreta soddisfi i requisiti strutturali del modello astratto<sup>39</sup>.

A margine del riconoscimento del diritto reale di servitù di parcheggio restano aperti alcuni interrogativi.

In giurisprudenza la questione della servitù di parcheggio ha spesso assunto rilievo ai fini della tutela del possesso e del suo acquisto per mezzo di usucapione, sicché occorre chiedersi – problema non nuovo – se essa sia usucapibile<sup>40</sup>.

La circostanza che nella pronuncia in esame la Suprema Corte abbia riconosciuto che la servitù di parcheggio possa costituire oggetto di tutela possessoria non rappresenta di per sé sola un dato sufficiente per indurre a ritenerla usucapibile: nell'ambito della tutela possessoria non assume rilevanza la distinzione tra servitù apparenti e servitù non apparenti, mentre sono usucapibili soltanto le servitù apparenti<sup>41</sup> e le servitù non apparenti non possono acquistarsi neanche per destinazione del padre di famiglia.

Vale la pena, dunque, soffermarsi sul requisito dell'apparenza, che, ai sensi dell'art. 1061 c.c., deve ritenersi sussistente al ricorrere congiunto di tre elementi: l'esistenza di opere – naturali o artificiali<sup>42</sup> – perma-

---

*golamento contrattuale di condominio: servitù prediali ed oneri reali:* «Quanto al tipo delle servitù nel diritto vigente, la questione della tipicità non si pone più di fronte alla definizione dell'art. 1027 c.c., che disciplina non i singoli tipi, ma la categoria generale delle servitù. Nel sistema della legge conta non il nome, ma il carattere del rapporto consistente nel peso imposto sopra un fondo per l'utilità di un altro fondo appartenente a diverso proprietario: in che consiste il concetto di servitù. Non sono, dunque, tipiche le servitù, ma è tipica la categoria delle servitù (...) Allo stesso modo in cui è tipica la proprietà, il cui contenuto differisce concretamente in ordine all'oggetto (una cosa è la proprietà di un fondo rustico, altra quella di un edificio, di un autoveicolo, di una nave, di un gioiello, di un bene di consumo etc.), così nella categoria generale delle servitù, certamente tipica, si distinguono molteplici figure, dotate del diverso contenuto stabilito in concreto; ma tutte contrassegnate dal carattere peculiare del peso imposto sopra un fondo per l'utilità di altro fondo appartenente a diverso proprietario». In dottrina cfr. N. A. TOSCANO, *La servitù di parcheggio esiste*, cit., 554.

<sup>39</sup> Siffatta verifica in concreto non era stata compiuta dalla sentenza cassata, la quale aveva ritenuto ammissibile la costituzione di una servitù di parcheggio, senza un previo esame del titolo e dello stato dei fatti.

<sup>40</sup> A dire il vero, tale interrogativo si era già posto all'attenzione della dottrina prevalente che ammetteva la servitù di parcheggio. Cfr. G. RISPOLI, *Sulla servitù di parcheggio*, in *Giur. it.*, 2013, 1061.

<sup>41</sup> In tal senso Cass. 23 gennaio 2012, n. 879, in *Riv. notariato*, 2012, 1173 ss., con nota di G. MUSOLINO, *La tutela de possesso delle servitù prediali:* «La presenza di opere visibili e permanenti, indicative di un transito, configura un requisito necessario ai fini dell'acquisto della servitù di passaggio per usucapione o per destinazione del padre di famiglia, ma non anche per la tutela possessoria del passaggio medesimo, essendo a tal fine sufficiente la prova dell'effettuazione di detto transito sul bene altrui». Cfr. sul punto anche Cass., SS.UU., 18 febbraio 1989, n. 958, in *DeJure*.

<sup>42</sup> La giurisprudenza ha precisato che soddisfano il requisito dell'apparenza, oltre che le servitù in cui le opere sono artificiali, anche quelle in cui le opere non siano state realizzate *ad hoc* dall'uomo; si pensi al caso di un sentiero formatosi «naturalmente per ef-



menti, collocate sul fondo servente o sul fondo dominante<sup>43</sup>; la visibilità di tali opere dal fondo servente<sup>44</sup>; la non equivoca destinazione all'esercizio della servitù che riveli l'esistenza del peso gravante sul fondo servente in modo da rendere manifesto che non si tratta di attività compiuta in via precaria, bensì di preciso onere a carattere stabile<sup>45</sup>.

Ne consegue che può essere apparente esclusivamente la servitù affermativa – sia essa continua o discontinua<sup>46</sup> – e giammai la servitù negativa<sup>47</sup>: soltanto laddove venga attribuito al titolare del fondo dominante la facoltà di fare qualcosa sul fondo servente è possibile che siano realizzate opere visibili e permanenti funzionali al suo esercizio, mentre risulta inconcepibile la presenza delle stesse con una servitù che conferisca il diritto di pretendere un comportamento negativo dal titolare del fondo servente che si esaurisca in un *non facere* (come, ad esempio, nella *servitus altius non tollendi*).

Orbene, si può discutere se la mera presenza di segnali apposti per delimitare l'area destinata all'esercizio della facoltà di parcheggio possa integrare il requisito dell'apparenza.

È ragionevole ritenere che detta apposizione di per sé sola non basti. Una mera segnaletica orizzontale non è sufficiente a contraddistinguere in modo non equivoco la destinazione dell'area a servitù di parcheggio in favore del fondo dominante, ben potendo i segni essere stati apposti per finalità diverse o allo scopo di facilitare la manovra di parcheggio del proprietario del fondo su cui è apposta la segnaletica.

A diversa conclusione può addivenirsi ove siano, in concreto, presenti ulteriori elementi e, segnatamente, opere visibili e permanenti, le quali – magari congiuntamente ai suddetti segni – siano tali da rendere palese che vi sia un'unica possibile destinazione della zona così circoscritta, come, a titolo esemplificativo, può essere la presenza di un dispositivo meccanico che impedisca il parcheggio a soggetti diversi dal titolare del fondo dominante.

Può essere utile osservare, a conforto di tale esito, la giurisprudenza di legittimità in materia di servitù di passaggio; tra il transito e il parcheggio – d'altra parte – anche la sentenza delle Sezioni Unite in commento riscontra affinità là dove afferma che «come per il passaggio così per il parcheggio i fondi di proprietari confinanti (...) possono dar luogo (...) sia ad un rapporto di natura reale (...) sia alla pattuizione di un obbligo»<sup>48</sup>.

Indicativi sono, allora, i numerosi pronunciamenti della S.C. che hanno giudicato il requisito dell'apparenza di una servitù di passaggio non soddisfatto dall'esistenza di «una strada o di un percorso idonei allo

---

fetto del calpestio» tale da assolvere alla funzione «di accesso al fondo dominante mediante il fondo servente». Si veda Cass. 23 febbraio 1987, n. 1912, in *DeJure*; Cass. 27 maggio 2009, n. 12362, in *Riv. notariato*, 2010, 722 ss., con nota di G. MUSOLINO, *Servitù prediali apparenti e usucapione*.

<sup>43</sup> Cfr. L. BIGLIAZZI GERI, U. BRECCIA, F.D. BUSNELLI, U. NATOLI, *Diritto Civile*, cit., 261 s. In giurisprudenza cfr. Cass. 15 ottobre 2007, n. 21597, in *DeJure*: «In tema di servitù le opere visibili e permanenti destinate all'esercizio della servitù possono insistere anche (o soltanto) sul fondo dominante».

<sup>44</sup> In tal senso Cass. 11 agosto 1989, n. 3695, in *DeJure*.

<sup>45</sup> In tal senso, tutte in *DeJure*, Cass. 26 giugno 2001, n. 8736; Cass. 25 ottobre 2017, n. 25355; Cass. 6 maggio 2021, ord. n. 11834, in *Giur. it.*, 2021, 2325 ss., con nota di E. FERRANTE, *Usucapione delle servitù e destinazione univoca dell'opera*.

<sup>46</sup> Cfr. Cass. 26 giugno 2001, n. 8736, cit. La Suprema Corte evidenzia che il requisito dell'apparenza «non implica necessariamente un'utilizzazione continuativa delle opere stesse, la cui apparenza e destinazione all'esercizio della servitù permangono, a compimento della possibilità di tale esercizio eppertanto della permanenza del relativo possesso, anche in caso d'utilizzazione saltuaria». Si esprimevano già nel senso della compatibilità del requisito dell'apparenza nelle servitù discontinue le seguenti sentenze della Corte di Cassazione: Cass. 28 novembre 1991, n. 12762, in *DeJure*, 1993, 452 ss.; Cass. 14 dicembre 1988, n. 6815, *ivi*; Cass. 11 giugno 1993, n. 6522, *ivi*; Cass. 3 novembre 1998, n. 10984, *ivi*.

<sup>47</sup> Cfr. A. BURDESE, *Servitù prediali*, cit., 146; M. COMPORTI, *Le servitù prediali*, cit., 172.

<sup>48</sup> Si veda anche, in motivazione, il punto 2: «Si è osservato, innanzitutto, che la questione in discussione presenta, da un punto di vista materiale o fenomenico, affinità tra due attività umane, come, rispettivamente, il transitare o il parcheggiare un'autovettura all'interno di un fondo di proprietà altrui».



scopo», ove essi non «mostrino di essere stati posti in essere al preciso fine di dare accesso attraverso il fondo preteso servente a quello preteso dominante»; e soddisfatto, invece, in presenza del «necessario “quid pluris” (cancello di ingresso, apertura o altri segni materiali e visibili) rilevante in modo non equivoco l’esistenza del peso gravante sul fondo servente»<sup>49</sup>.

Inoltre, occorre chiedersi se il diritto di parcheggiare su fondo altrui nascente da un rapporto meramente obbligatorio, in quanto carente in concreto degli elementi strutturali per essere qualificato nell’ambito della servitù secondo lo schema codicistico, possa essere comunque reso opponibile ai terzi tramite il ricorso al meccanismo dell’art. 2645-ter c.c.

La disposizione normativa appena citata prevede che «gli atti in forma pubblica con cui i beni immobili o i beni mobili registrati sono destinati, per un periodo non superiore ad anni novanta o pari alla durata della vita della persona fisica beneficiaria, alla realizzazione di interessi meritevoli di tutela riferibili a persone con disabilità, pubbliche amministrazioni o ad altri enti o persone fisiche ai sensi dell’art. 1322 co. 2 c.c., possono essere trascritti al fine di rendere opponibile a terzi il vincolo di destinazione»<sup>50</sup>.

L’art. 2645-ter c.c. è stato raccordato a fattispecie riconducibili alla servitù aziendale, servitù irregolare in quanto l’utilità inerisce esclusivamente all’azienda e non al fondo<sup>51</sup>. E analoga operazione può prospettarsi con riguardo alla servitù di parcheggio irregolare, di guisa che, vincolando ex art. 2645-ter c.c. la porzione di un fondo alla destinazione di parcheggio a favore del titolare del fondo finitimo, quest’ultimo, in qualità di beneficiario della destinazione, potrà far valere l’inefficacia relativa nei suoi confronti dell’eventuale atto posto in essere in violazione del vincolo di destinazione<sup>52</sup>. Non v’è ragione, dunque, di escludere che il dispositivo giuridico previsto dall’art. 2645-ter c.c. possa fornire un’alternativa percorribile dai privati, titolari dei due fondi, laddove essi dovessero ritenere non funzionale ai propri interessi ricorrere allo schema rigido del diritto reale di servitù.

<sup>49</sup> Così Cass. 17 marzo 2017, ord. n. 7004, in *DeJure*, anche in motivazione; Cfr. ancora Cass. 17 febbraio 2004, n. 2994, *ivi*; Cass. 31 maggio 2010, n. 13238, in *Giust. civ.*, 2011, 2139 ss.

<sup>50</sup> Per un’analisi approfondita dell’art. 2645-ter c.c. si veda G. VETTORI (a cura di), *Atti di destinazione e trust (art. 2645 ter del codice civile)*, Padova, 2006; M. BIANCA, M. D’ERRICO, A. DE DONATO, C. PRIORE, *L’atto notarile di destinazione. L’art. 2645-ter del codice civile*, Milano, 2006; F. GAZZONI, *Osservazioni sull’art. 2645-ter c.c.*, in *Giustizia civile*, 2006, 165 ss.; G. PETRELLI, *La trascrizione degli atti di destinazione*, in *Riv. dir. civ.*, 2006, 161 ss. e ID, *Vincoli di destinazione ex art. 2645-ter c.c. e “trust”, quindici anni dopo*, in *Riv. notariato*, 2020, 1091 ss.; R. QUADRI, *L’art. 2645 ter e la nuova disciplina degli atti di destinazione*, in *Contratto e Impresa*, 2006, 1717 ss.; AA. VV., *Negoziato di destinazione: percorsi verso un’esperienza sicura dell’autonomia privata*, in *I Quaderni della Fondazione Italiana per il notariato*, 2007, fasc. 1, reperibile online presso il link <https://elibrary.fondazione-notariato.it/indice.asp?pub=5&mn=3>; C. M. BIANCA, *La trascrizione dell’atto negoziale di destinazione. L’art. 2645-ter del codice civile*, Milano, 2007. Con specifico riferimento al rapporto tra servitù e art. 2645-ter c.c. si veda G. PALERMO, *Nemini res sua servit (servitù e vincoli atipici)*, in *Nuova giur. civ. comm.*, 2011, 335 ss.

<sup>51</sup> Cfr. G. BARALIS, *Prime riflessioni in tema di art. 2645-ter c.c.*, in AA. VV., *Negoziato di destinazione: percorsi verso un’esperienza sicura dell’autonomia privata*, cit., 139 ss. L’Autore osserva che: «Come è noto l’interpretazione corrente è tutt’ora nel senso di considerare l’art. 1028 un relitto romanistico: la servitù potrebbe costituirsi solo per utilità “aziendale” inerenti al fondo (ad esempio un terreno asservito come deposito materiali a favore della cava vicina) non già per necessità dell’azienda che è “occasionalmente” sul fondo (quindi non opererebbe l’art. 1028 nel caso in cui un terreno venisse vincolato a rifornire di legname una segheria posta su fondo limitrofo). Nei confini ristretti di cui prima l’art. 1028 c.c. è praticamente privo di utilità, ma nel secondo senso, “utilizzando” l’art. 2645-ter c.c., si può realizzare una moderna fattispecie concreta rapportabile alla servitù aziendale, con una formidabile valenza commerciale».

<sup>52</sup> Cfr. M. PIAZZA, *Costituzione e/o di riconoscimento di una servitù di parcheggio*, cit., 1368.