JUS CIVILE

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



4-2021

luglio-agosto

G. Giappichelli Editore

ISSN 2281-3918/2421-2563

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

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

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

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

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

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

JUS CIVILE



INDICE

pag.

Articoli e Saggi

Contratti digitali e mercati delle piattaforme. Un promemoria per il civilista [**]
di *Carmelita Camardi* 870

Inadempimento contrattuale e danno non patrimoniale: profili strutturali, evoluzione concettuale e disamina della casistica tra formante giurisprudenziale e rischio di "contaminazioni" metagiuridiche [*]
di *Fabrizio Calisai* 920

L'obbligo di mantenimento del figlio maggiorenne tra la valorizzazione del principio di autoresponsabilità ed esigenze di solidarietà [*]
di *Carolina Magli* 947

Le azioni a tutela della massa dei creditori dalla legge sul sovraindebitamento al codice della crisi di impresa e dell'insolvenza [*]
di *Francesco Angeli* 969

Breve ricognizione giurisprudenziale e dottrinale sulle eccezioni dilatorie (eccezione di inadempimento; mutamento delle condizioni patrimoniali dei contraenti; clausola *solve et repete*) [*]
di *Giuseppe De Falco* 988

La gestione del rischio emergente da veicoli autonomi in due Proposte di Regolamento dell'Ue e le conseguenze sull'assicurazione degli operatori [*]
di *Giulia Puleio* 1075

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

[*] Contributo sottoposto a revisione.

JUS CIVILE



pag.

L'acquiescenza al testamento *
di *Francesco Mastroberardino* 1102

Sovraindebitamento, falcidia dei crediti erariali e tutela del debitore *
di *Monica Pucci* 1142

Garanzia autonoma e nullità del patto usurario. Il problema delle eccezioni opponibili *
di *Claudia Confortini* 1158

Gli interessi meritevoli di tutela e l'art. 2645 *ter* cod. civ. *
di *Paolo De Martinis* 1222

Giurisprudenza

L'art. 169-*bis* L. fall. fra abuso del diritto e fattispecie *
Cass. civ., sez. I, 23 novembre 2020, n. 26568 1255
di *Letterio Buta* 1272

Recensioni

M. Kearns, A. Roth, *The Ethical Algorithm. The Science of Socially Aware Algorithm Design*, Oxford, 2020
di *Attilio Altieri* 1291

JUS CIVILE



CARMELITA CAMARDI

Professore ordinario di Diritto privato – Università Ca' Foscari di Venezia

CONTRATTI DIGITALI E MERCATI DELLE PIATTAFORME. UN PROMEMORIA PER IL CIVILISTA*

SOMMARIO*: 1. Il contratto telematico agli esordi. – 2. Contratto in generale e contratto telematico. Continuità e rotture. – 3. Una nuova frontiera per il diritto contrattuale: l'economia dei dati. – 4. Contratti e intermediazione tra domanda e offerta. Le piattaforme. – 5. Diritto dei contratti e diritto dei "dati". Interferenze e problemi. – 6. I modelli di contratti nell'economia delle piattaforme.* a) *I rapporti orizzontali B&c e il nuovo modello di scambio fra beni e dati.* b) *I contratti* peer to peer. c) *I contratti di fornitura di beni o servizi* peer to peer*, ma diretti dal gestore della piattaforma. – 7. Contratti verticali tra piattaforma e utenti. Temi e problemi. – 8. Il Regolamento 2019/1150 (UE), del 20 giugno 2019 per la promozione di equità e trasparenza (solo) per gli utenti commerciali dei servizi di intermediazione online. – 9. Il* Digital services Act *e il rapporto tra piattaforme, anche "molto grandi", e utenti. Trasparenza e* accountability*. – 10. Segue. Il* Digital Market Act*. Piattaforme* gatekeeper *e mercato. – 11. Contrattualizzazione dei rapporti tra piattaforme e utenti. Le forme dell'economia* data driven *nel modello europeo.*

1. – Sebbene non abbia mai mancato di rilevare come la realtà virtuale non sia un mero duplicato della realtà materiale dei rapporti interpersonali, sottolinenandone più volte il carattere rivoluzionario se non antagonista, la letteratura giuridica ha tuttavia prevalentemente affrontato la disciplina del fenomeno dilagante della realtà virtuale, e ora digitale, attraverso un rassicurante meccanismo di trasposizione di schemi qualificativi e di istituti consolidati nella realtà materiale.

Non si è trattato di una scelta casuale né meramente intenzionale, quanto piuttosto di una scelta che non lasciava nessuna alternativa, se non quella del tutto inaccettabile prospettata da chi – come i fautori della *netiquette* – riteneva che non vi fosse bisogno alcuno di regolare con norme i rapporti fra cibernauti.

Il fatto nuovo, infatti, chiama in causa il principio della completezza dell'ordinamento, e l'interprete non può sottrarsi alla fatica di trovare la soluzione del caso

* Saggio destinato agli SCRITTI in onore di Massimo PARADISO.



all'interno del sistema di cui dispone e con i concetti che riempiono il suo *tools box*, fino a quando il legislatore non riprende in mano il potere e l'autorità di fare nuove norme [1].

Ciò che va riferito per gran parte al legislatore europeo, che proprio nel mondo di Internet ha affermato con maggior vigore che in altri settori di competenza dei Trattati la sua capacità di superare le barriere nazionali e accorciare quella prima distanza che la realtà virtuale ha opposto ai legislatori: la sua deterritorialità e la vocazione a sfuggire le giurisdizioni territoriali.

Sennonché, come noto, anche la legislazione europea diviene in non pochi casi tributaria degli schemi e degli istituti tradizionali, atteso che – quantomeno nelle Direttive ma talvolta anche per i Regolamenti – è necessario o non si può escludere un processo di trasposizione e di adattamento della regola europea negli ordinamenti interni, e di qui – per l'appunto – negli schemi e istituti della tradizione materiale.

Certamente, il diritto dell'internet ha rapidamente preso il sopravvento e affermato la sua "originalità" con fonti e istituti propri [2], inconsuete o sconosciuti rispettivamente nel diritto privato tradizionale, ma ciononostante la costitutiva generalità e astrattezza degli istituti del diritto civile non ha mai interrotto quel fenomeno di trasposizione di cui si è fatto cenno, e non ha impedito che perfino i nuovi manuali del diritto digitale seguissero gli stessi schemi espositivi del diritto privato dei codici, quantomeno nella sequenza degli istituti fondamentali (beni, contratto, responsabilità; ma anche diritto d'autore, impresa e lavoro) [3].

Senza dire dello sviluppo della cultura dei diritti fondamentali che si è registrato a fronte della condivisa e innegabile vocazione della Rete all'esaltazione delle libertà personali e dei diritti individuali, sia dal versante dell'esercizio attivo delle prerogative delle persone, sia come difesa dai nuovi rischi e pericoli indotti dalla Rete, e perciò ragione giustificativa di nuove normative di protezione [4].

---

[1] Alpa, *Postfazione* a *Il contratto telematico*, a cura di V. Ricciuto e N. Zorzi, nel *Trattato di diritto commerciale diritto dell'economia*, diretto da F. Galgano, vol. XXVII, Padova, 2002, p. 347.

[2] Gatti, *Istituzioni e anarchia nella rete. I paradigmi tradizionali della sovranità alla prova di Internet*, in *Diritto dell'informazione e informatica*, 2019, p. 711. Ruotolo, *Internetional law. Profili d diritto internazionale pubblico della rete*, Bari, 2012.

[3] Si vedano, al proposito, i volumi di Pascuzzi, *Il diritto dell'era digitale*, Bologna, 2020, ma presente già dal 2002, costantemente aggiornato in relazione all'avvento delle nuove tecnologie e al relativo impatto sul diritto privato, ma non solo; Id., Diritto e tecnologie evolute del commercio elettronico, Padova, 2004.

[4] Più di ogni altro va ricordato in questa sede il prezioso volume di Rodotà, *Il diritto di avere diritti*, Bari, 2012, pp.312, 378 ss.; ma già *Tecnologie e diritti*, Bologna, 1995. Vedi poi Pirozzoli, *Il libero accesso alla rete: un diritto in espansione*, *in Diritto dell'informazione e dell'informatica*, 2018, p. 213.



Anzi, proprio quest'ultima notazione rende possibile enfatizzare i benefici realizzati attraverso l'impiego sapiente delle risorse ermeneutiche che la scienza civilistica ha messo in campo con i suoi strumenti teorici nell'affrontare non solo una fenomenologia del tutto nuova, ma soprattutto il dominio che la tecnologia ha esercitato e continua ad esercitare sui rapporti in rete e nel mercato digitale, vantando adesso la pretesa di sostituire se stessa e le sue leggi all'uomo e alla sua intelligenza.

Da questo punto di vista, non c'è forse per il civilista sfida più esaltante di questa, sia nell'applicazione immediata – dove possibile – degli istituti tradizionali, sia nella doverosa elaborazione di una nuova dogmatica – il più delle volte europea e sovranazionale – specie laddove il contenuto tecnico della fattispecie, o quello innovativo, prendono il sopravvento sugli elementi di similitudine e influenzano fortemente la procedura di qualificazione.

L'attivismo delle Corti, peraltro, sollecitato dalle continue interferenze tra diritto europeo e diritto interno, seppur abbia non poco condizionato la continuità e prevedibilità delle soluzioni giuridiche, ha finito comunque per incentivare le abilità ermeneutiche della dottrina, affinandone l'attitudine analitica e la capacità di risoluzione dei problemi più inediti, anche attraverso il ricorso ad una pluralità di fonti concorrenti [5].

2. – Nella materia contrattuale il processo di riadattamento della dogmatica negoziale al contratto telematico e la lettura stessa del contratto on line alla luce di quella dogmatica, hanno conosciuto esempi emblematici nella letteratura che ha riscritto il diritto contrattuale on line secondo la sequenza formativa del contratto contenuta nel libro IV del codice civile, "normalizzando" così il commercio elettronico e i suoi scambi a partire dalla fase della formazione, della conclusione, della esecuzione, attraverso la verifica della disciplina dei vizi, come delle clausole vessatorie, della sua efficacia e del recesso, e perfino della responsabilità precontrattuale [6]. I nuovi soggetti degli scambi telematici

[5] Per questi ultimi aspetti, utile la lettura del volume *Il trattamento algoritmico dei dati tra etica, diritto ed economia*, a cura di P. Perlingieri, Giova, Prisco, Napoli, 2020.

[6] *Ex multis*, A.M. Gambino, *Il contratto telematico*, Milano, 1997; E. Tosi, *Il contratto virtuale*, Milano, 2005; Delfini, *Contratto telematico e commercio elettronico*, Milano, 2002; e i saggi raccolti nel volume *Il contratto telematico*, cit., di Camardi, *Gli accordi telematici. Un nuovo modello di scambio*, p. 1; Ricciuto, *La formazione del contratto telematico e il diritto europeo dei contratti*, p. 55; T. Pasquino, *La conclusione del contratto nella Direttiva e-commerce*, p. 69; A. Gentili, *Inefficacia e vizi della volontà della contrattazione telematica*, p. 133; C. Scognamiglio, *L'adempimento dell'operazione economica telematica tra "real-*



introdotti dalle prime Direttive europee, dal *service provider* in tutte le sue declinazioni legate alla varietà dei servizi della società dell'informazione, agli utenti navigatori e consumatori, hanno trovato lo statuto dei loro diritti ed obblighi nella riproduzione negli scambi in rete della disciplina dei contratti B&B e B&C, a sua volta governata dalle Direttive consumeristiche intese a regolare il mercato unico digitale e dai Regolamenti finalizzati all'implementazione dello stesso contro comportamenti opportunistici degli operatori nazionali [7].

La letteratura sul contratto telematico e sulla sua prevalente declinazione consumeristica non richiede di essere ripercorsa in questa sede, salvo che per i più recenti epigoni cui si farà cenno a breve.

Ciò che interessa mettere in evidenza oggi, dopo più di un ventennio dai primi studi sistematici sul contratto virtuale, è ancora l'idea per la quale il contratto on line, se lo si guarda come (mero) *atto oneroso di scambio* tra un operatore professionista e un consumatore o altro operatore, avente ad oggetto un bene o servizio, una volta assorbita la novità della sua conclusione "a distanza" unitamente alla moltiplicazione esponenziale del numero di transazioni anche transfrontaliere, si presenta come fenomeno che porta a compimento un processo di oggettivazione e proceduralizzazione del contratto che trova origine già nell'assetto economico del mercato off line. Le metafore degli scambi senza accordo e dei contratti muti, ampiamente utilizzati per i contratti telematici, trovano origine nella standardizzazione dei rapporti contrattuali e nello strutturarsi del potere d'impresa come potere tipicamente normativo, indipendentemente dal loro essere conclusi nel mondo reale o in quello virtuale [8]. L'amplificazione degli scambi resa possibile dal web è molto più che un "valore aggiunto" e dà la misura della irreversibilità del processo di oggettivazione del contratto in una dimensione spazio-temporale certamente ignota agli scambi reali. E però, conservando l'angolo di osservazione del contratto come atto di scambio, la sua decontestualizzazione nel mercato virtuale senza confini come pure la moltiplicazione esponenziale che si è registrata dal momento in cui molti operatori

---

tà virtuale" e "interessi dei contraenti", p. 153; Cuffaro*, La responsabilità precontrattuale nella contrattazione telematica*, p. 223.

[7] Primo fra tutti il Regolamento (UE) 2018/302, recante misure volte a impedire i blocchi geografici ingiustificati e altre forme di discriminazione basate sulla nazionalità, sul luogo di residenza o sul luogo di stabilimento dei clienti nell'ambito del mercato interno, detto *Geoblocking*, la cui operatività è indotta proprio dal commercio elettronico, cioè dalle possibilità tecnologiche di deviazione dell'utente del web da una pagina e da un sito all'altro.

[8] Per queste considerazioni ci si permette di rinviare al nostro *Contratto e rapporto nelle reti telematiche*, cit., p. 14



commerciali hanno scelto internet come mezzo di svolgimento della loro attività, non hanno reciso il legame con il modello contrattuale in generale, né hanno impedito che il relativo processo di regolazione operasse nel modo che si è descritto, e che si desume senza eccessiva difficoltà anche dal linguaggio del legislatore europeo utilizzato nelle varie Direttive consumeristiche [9].

Ciò che si vuol dire, con altre parole, è che il contratto è lo strumento economico di realizzazione degli scambi di ricchezza che la società civile abbia maggiormente metabolizzato da quando – e comunque in tutte le fasi storiche in cui – la civiltà giuridica e il pensiero sociale hanno posto il principio della libertà delle scelte individuali alla base delle relazioni interindividuali. La metabolizzazione sociale di questa metodologia distributiva (oltre che politica ed altro ancora) ha fatto sì che lo strumento telematico reagisse sul modello tradizionale dello scambio senza travolgere quei presupposti costitutivi che nel linguaggio del diritto moderno sono poi divenuti gli elementi del contratto nel contesto dell'autonomia privata. L'esaltazione, poi, del modello negoziale fondato sulla congruenza delle dichiarazioni e sull'affidamento, piuttosto che di quello prettamente volontaristico, o sulla causa come funzione sociale oggettiva, piuttosto che come ragione soggettiva del contrarre, e così via, sono tutte espressioni che le trasformazioni dello scenario economico di riferimento si sono incaricate di rendere esplicite ben prima che l'informatica e i bit prendessero il posto degli atomi e della carta.

Il vero stravolgimento del modello liberale del contratto, quale autentica espressione del mercato concorrenziale, si registra infatti già nel Codice del '42 allorquando le condizioni generali di contratto, e la standardizzazione delle operazioni contrattuali emergono camuffate quali mere modalità di conclusione dell'accordo delle parti, nella sezione prima del Capo II del Libro quarto, celando nella prospettiva procedurale del perfezionamento del contratto il riconoscimento tributato al potere normativo e al nuovo posizionamento dell'impresa nello scenario dei rapporti di massa, consentendole con una norma espressa ciò che altrimenti sarebbe risultato comportamento antagonista alle regole di validità del contratto.

Da questo punto di vista, l'approccio normativo ai contratti telematici, contestuale a quello della emersione del *consumerism*, è un ulteriore e indispensabile passo in questa direzione, necessario a sostituire il consenso perfezionato attraverso l'incontro tra persone – anche lontane – con l'impulso dato ad uno strumento elettronico attraverso il click:

[9] A partire dalla prima Direttiva 2000/31 sul Commercio elettronico, il cui scarno art. 9 ripercorre e richiama la disciplina codicistica del contratto.



un atto unilaterale muto che definitivamente cancella quel dialogo, anch'esso silenzioso, ancora visibile negli scambi interamente realizzati attraverso comportamenti concludenti [10].

Il lettore più giovane, che si accostasse adesso alla realtà del commercio elettronico, potrebbe forse ritenere questa lettura in termini di continuità quale frutto di una superficiale sottovalutazione della portata dirompente della telematica sul modello sociale del contratto racchiuso nella precedente epoca. Ma anche questa lettura peccherebbe di superficialità, qualora trascurasse di considerare le potenzialità adattative delle categorie astratte, come quella dell'accordo, capaci di sopravvivere alle irruzioni di fattori esterni allungando la visuale, attraverso la previsione di meccanismi sostitutivi di quelli cancellati dall'avvento – in questo e in altri casi – delle tecnologie comunicative. Ciò è quanto può dirsi, ad esempio, della regola introdotta dall'art. 11 della Direttiva sul commercio elettronico quando dispone che, inoltrato l'ordine di acquisto da parte del destinatario del servizio, il prestatore deve accusare ricevuta e conferma per via elettronica, e senza ritardo, ripristinandosi poi esplicitamente l'altra regola di cui all'art. 1335 del codice civile in merito alla presunzione di conoscenza.

Il contratto telematico, dunque, quale modello evolutivo del contratto di scambio, a sua volta costruito sullo schema della compravendita, quale micro atto del sistema di circolazione dei beni e servizi prevalentemente destinati al consumo, ha metabolizzato le nuove frontiere della comunicazione telematica, molto più di quanto altre figure contrattuali proprie della circolazione di beni e servizi strategici (si pensi all'energia, alle telecomunicazioni, piuttosto che alla finanza) abbiano metabolizzato le nuove frontiere contestuali e combinate della rivoluzione tecnologica e della cultura politico-economica. Basti pensare ai modelli dei cosiddetti contratti "amministrati" dalle Autorità di regolazione dei mercati, rispetto ai quali leggi dello Stato dispongono tariffe, contenuti imperativi e modalità di accesso o di recesso da parte delle varie categorie di utenti che stridono con i principi di libertà contrattuale molto più di quanto il *click and point* non strida con il principio dello scambio dei consensi [11]. Sono le politiche della concorrenza, infatti, nella configurazione che l'Unione europea ne ha dato, i fattori di maggiore alte-

[10] Da questo punto di vista, la Direttiva 2011/83 sui Diritti dei consumatori è la riprova del modello che si è voluto perseguire. Si rileggano in questa chiave le norme di cui agli artt. 5 e ss. e in particolare l'art. 8, par.2, sul cosiddetto *point and click* e sulla sua efficacia vincolante, produttiva cioè del perfezionamento del contratto; e il par.6 sul perfezionamento mediante forma scritta del contratto concluso per telefono.

[11] Per tutti, sul punto, Solinas, *Il contratto amministrato. La conformazione dell'operazione economica privata agli interessi generali*, Napoli, 2018.



razione dei modelli contrattuali (si pensi ancora ai contratti di distribuzione o a quelli attinenti al trasferimento tecnologico) e di progressivo allontanamento dallo schema costitutivo del libero consenso e – soprattutto – della libera definizione del contenuto del contratto [12].

Ma è ora di rivolgersi alla considerazione di altre frontiere che il diritto contrattuale si trova a dover metabolizzare, e che forse mettono maggiormente alla prova il contratto nella sua funzione di strumento di composizione degli interessi. È la nuova frontiera della interferenza tra sistemi finalizzati alla circolazione e allo scambio di beni e servizi e sistemi di circolazione dei dati personali dei soggetti attori dello scambio e/o fruitori dei servizi. Una interferenza ormai resa irreversibile da due fattori interconnessi che giocano un ruolo cruciale nell'economia digitale: il consolidamento dei processi di estrazione ed elaborazione dei dati personali resi possibili dall'utilizzo sistematico delle tecniche di Intelligenza artificiale; e contestualmente, il consolidamento dei nuovi modelli di (intermediazione nello) scambio che incorporano la raccolta dei dati personali nelle loro strutture di funzionamento.

3. – In questa chiave, infatti, la dimensione microeconomica del contratto telematico non è più sufficiente a comprendere giuridicamente le dinamiche del mercato digitale, le quali si muovono in stretta connessione con il consolidamento di un modello produttivo tipicamente digitale, quello cosiddetto *data driven*, o altrimenti definito dell'*economia dell'attenzione*, o ancora dell'*economia collaborativa* (definizione – quest'ultima – propria della recente strategia normativa dell'Unione europea), e da ultimo dell'*economia delle piattaforme*. La pluralità delle definizioni mette in evidenza, da punti di vista diversi ma collegati, la complessità di questo modello organizzativo e il suo duplice volto. Da un lato, quello di essere pur sempre un modello di distribuzione di risorse che struttura e implementa l'incontro tra prestatori di beni e servizi e acquirenti o utenti degli stessi. Dall'altro, quello di essere in ragione di ciò anche modello che stimola la produzione di un'altra ricchezza, veicolata attraverso i medesimi scambi: la ricchezza costituita dalla

[12] Si vedano in proposito, per dare l'idea del processo che si vuol mettere in evidenza, Nervi, *I contratti di distribuzione tra causa di scambio e causa associativa*, Napoli, 2011; e il volume a cura di Olivieri e Zoppini, *Contratto e Antitrust*, Bari, 2008. Un'altra frontiera, che in questa sede ci si limita solo ad indicare, è quella che si riconduce alla cosiddetta contrattazione intelligente, sulla quale si rinvia a C. Amato, *La 'computerizzazione' del contratto (Smart, data oriented, computable e self-driving contracts. Una panoramica*), in *Europa e dir. priv*. 2020, p. 1259, la cui impostazione circa la capacità di resistenza del contratto non è dissimile a quella qui proposta, almeno fin quando l'algoritmo non si sostituisce all'uomo.



massa di informazioni che vengono disseminate dagli attori dello scambio prima, durante e dopo la conclusione dei singoli contratti, e poi raccolte [13].

Il singolo contratto non è più soltanto lo strumento per una transazione economica, ma diventa l'occasione di rilascio di informazioni, di dati personali, acquisiti certamente dalla controparte contrattuale per l'esecuzione del contratto, ma soprattutto raccolti e archiviati dal nuovo soggetto che rende possibile lo svolgimento degli scambi, la "piattaforma", tecnicamente soggetto terzo rispetto alle parti, ma "padrone" dell'interfaccia tecnologica nella quale quegli scambi si svolgono, spesso senza altra alternativa.

Ne consegue ancora che il singolo contratto fra professionista e consumatore per la fornitura di un bene di consumo si pone come frammento di un sistema più complesso, nel quale spicca l'attività di intermediazione tra domanda e offerta svolta professionalmente dalla piattaforma digitale.

L'interesse che tale fenomenologia suscita nel giurista, dunque, supera la dimensione sopra evidenziata della disciplina applicabile al contratto telematico, e approda ad una dimensione problematica che coinvolge fortemente il tema della circolazione dei dati, e ancora una volta da un duplice punto di vista. Quello – a sfondo individuale – della protezione dei singoli soggetti interessati di fronte all'estrazione di dati che avviene in ogni momento della navigazione in piattaforma. E quello – a sfondo sistemico – dell'influenza che il controllo della circolazione dei dati esercita sull'assetto dei mercati [14].

In tal senso si diceva della interferenza tra sistemi di circolazione on line di beni e servizi e sistemi di circolazione dei dati personali. E in tal senso occorre adesso specificarne i meccanismi e gli effetti.

4. – Le piattaforme sono dunque luoghi di incontro virtuali, *marketplaces* digitali che

[13] È subito diventato un classico il recente volume di Zuboff, *Il capitalismo della sorveglianza. Il futuro dell'umanità nell'era dei nuovi poteri*, Roma, 2019; cui adde Quintarelli, *Capitalismo immateriale. Le tecnologie digitali e il nuovo conflitto sociale*, Torino, 2019. Queste analisi sono condivisibilmente poste alla base dei più recenti studi giuridici che assumono il tema della creazione e del controllo dei dati personali come oggetto di una riflessione sul contratto e sul sistema degli scambi nella nostra "era". Fra tutti, si rinvia a Quarta, *Mercati senza scambi. La metamorfosi del contratto nel capitalismo della sorveglianza*, Napoli, 2020; Versaci, *La contrattualizzazione dei dati personali dei consumatori*, Napoli, 2020, ed ivi altre indicazioni bibliografiche.

[14] Ne siano prova le controversie che hanno visto *Facebook* e i grandi *players* globali di fronte alle Autorità Antritrust, oltre che agli organi giurisdizionali ordinari. Vedi in proposito Osti, Pardolesi, *L'antitrust ai tempi di Facebook*, in *Mercato concorrenza regole*, 2019, 2, p. 195 e Giannaccari, *Facebook, tra privacy e antitrust: una storia (non solamente) americana*, ibidem, p. 273.



raccolgono gruppi e categorie variegate di agenti economici, intermediandone il rapporto e predisponendo le infrastrutture e le condizioni affinché l'offerta incontri la domanda. La differenza operativa con il sistema autonomo degli scambi di e-commerce tradizionale sta nel fatto che in tali casi il cliente acquista il bene o il servizio direttamente sul sito web del venditore, sul modello dello scambio atomistico, concludendo una transazione anonima e astratta all'esito tutt'al più di un "giro" virtuale inteso a verificare caratteristiche e qualità del bene, oltre che le istruzioni informative di legge messe a disposizione dal fornitore per il pagamento, la consegna etc.

Con l'accesso alla piattaforma viceversa il cliente non si limita alla compilazione immediata dell'ordine di acquisto, ma è posto nelle condizioni di elaborare – se vuole – una scelta meditata confrontando le diverse offerte, comparandone le condizioni, selezionando filtri di individuazione del prodotto, leggendo le recensioni degli altri clienti, lasciando commenti, domande, impressioni e quant'altro la piattaforma gli consente di fare attraverso tutti gli strumenti di assistenza predisposti per la navigazione finalizzata all'acquisto. Fino alla conclusione dell'acquisto e alla redazione immediata o successiva di un *feed back*, che è la premessa per altri successivi accessi di verifica anche non finalizzati all'acquisto [15].

Dal lato opposto del mercato, i gruppi di venditori espongono nelle vetrine virtuali prodotti e servizi, in un contesto ove la comparazione sulle modalità dell'offerta e la qualità del prodotto costituisce un potente incentivo alla competizione, dove lo sforzo innovativo è compensato dai vantaggi che la piattaforma mette in palio per chi mostra capacità di attrazione della clientela e incremento delle vendite comprovate dai *feed back* dei navigatori.

La facilitazione dell'incontro tra domanda e offerta prevede anche l'intervento combinato di altri intermediari, che possono offrire servizi correlati all'acquisto, dal pagamento all'assicurazione, alla fornitura di garanzie supplementari per i difetti sul bene, all'assistenza generica del cliente per tutto quanto possa occorrergli nella fase post-vendita e in occasione della fruizione del bene. Una sorta di corredo *taylor made* che affianca all'apparente standardizzazione di un'offerta quanto mai ampia e diversificata anche la personalizzazione del trattamento: elemento fondamentale inteso ad alimentare il caratte-

[15] È questo il tema delle indagini reputazionali in rete (e dei siti che ne forniscono professionalmente gli esiti), sulle quali vedi Smorto, *Reputazione, fiducia, mercati*, in *Europa dir. priv*., 2016, p. 199; Carota*, Diffusione delle informazioni in rete e affidamento sulla reputazione digitale dell'impresa*, in *Giur. comm*., 2017, p. 624; Vizzoni, *Recensioni non genuine su Tripadvisor: quali responsabilità?,* in *Resp. civ. prev*., 2018, p. 706.



re fiduciario del rapporto e la sua reiterazione nel tempo. Una sorta di identificazione di ciascuno nella folla di navigatori che la piattaforma continuamente provvede ad implementare anche attraverso contatti idonei ad entrare nell'ambiente di ciascun cliente, che diventa così vettore di ulteriori informazioni [16].

Il modello brevemente descritto si addice a rappresentare la riorganizzazione dei mercati digitali di distribuzione realizzata attraverso intermediari che coordinano l'accesso dei due attori dello scambio e le rispettive prestazioni con l'erogazione di servizi propri, dando vita ad un assetto combinato di relazioni contrattuali la cui natura dovremo a breve mettere in luce, perché è proprio in questo assetto di relazioni che si celano la novità del modello rispetto a quello alternativo dello scambio atomistico, e soprattutto l'impatto del modello e l'interferenza normativa, rispettivamente, nel contesto della circolazione dei dati personali e della conseguente applicazione degli strumenti protettivi ormai maturati e consolidati nel GDPR. Ma su questa nuova frontiera torneremo a breve, dopo aver aggiunto qualche informazione ancora sull'economia delle piattaforme.

Ed infatti, le piattaforme di e-commerce (da Amazon a E-bay) altro non sono che una delle articolazioni del più complesso sistema di fornitura di beni e servizi, forse le più ampie, ma non le sole. Un'altra articolazione del modello – anch'essa sempre più diffusa e controversa – merita di essere menzionata: si tratta delle piattaforme di *sharing economy*, ovvero di economia collaborativa, fatte oggetto di una precisa Agenda dell'Unione europea nel contesto della nuova strategia inaugurata più in generale sul tema della governance dei mercati digitali [17].

La definizione dell'UE recita che "*L'espressione "economia collaborativa" si riferisce ai modelli imprenditoriali in cui le attività sono facilitate da piattaforme di collaborazione che creano un mercato aperto per l'uso temporaneo di beni o servizi spesso forniti da privati*". Il riferimento interessante è alla versione *peer to peer*, originale reinterpretazione di un modello ambiguo di condivisione di beni e risorse, anche di uso quoti-

[16] Su questi temi la letteratura è ormai sterminata. Rinviamo in questa sede alle utili indicazioni di A. Palmieri, *Profili giuridici delle piattaforme digitali. La tutela degli utenti commerciali e dei titolari dei siti web aziendali*, Torino, 2019; Cellini, *Economia digitale. L'industria e i mercati di internet e dei nuovi media*, Roma, 2019.

[17] Si tratta della Comunicazione della Commissione al Parlamento europeo, al Consiglio, al Comitato economico e sociale europeo e al Comitato delle regioni, COM(2016) 356 final, Un'agenda europea per l'economia collaborativa, reperibile al link https://eur-lex.europa.eu/legal-content/IT/TXT/?uri=CELEX%3A52016DC0356. Sul tema, si vedano per tutti D. Di Sabato, Lepore (a cura di), *Sharing economy, profili giuridici*, Napoli, 2018; Bonini, Smorto (a cura di), *Shareable, L'economia della condivisione*, Torino, 2017.



diano e prive di caratteristiche tecnologiche o di novità, ma intese a soddisfare bisogni comuni, diffusi e immediati, o di brevissima durata, in una dimensione che unisce l'elemento dello scambio e quello della solidarietà. Donde quell'ambiguità simboleggiata dall'individuazione alla stregua di una vera e propria *community* dei soggetti che vi partecipano per soddisfare quei bisogni quotidiani e diffusi in modo alternativo rispetto a quello mercantile tipico [18]. Il lettore avrà inteso che il riferimento è al fenomeno – ormai più che globale – elettivamente rappresentato da AirB&b, piattaforma di condivisione della propria casa con viaggiatori alla ricerca di un alloggio, ma in un contesto simbolicamente più ampio che include la notazione di una sorta di ideologia antimercantile, dove – ancora una volta, non senza una qualche ambiguità – il viaggiatore assomiglia ad un pellegrino cui si offre ospitalità nella propria casa, ovvero al viandante cui si offre un "passaggio" nella propria auto; e dove ancora il proprio (strapieno) guardaroba diventa un "luogo" da alleggerire a vantaggio di chi lo ha vuoto e deve "vestirsi"; i giocattoli dei propri figli si "passano" ai figli degli altri. E così via, con metodi che sembrano riproporre attraverso il digitale una comunità solidale che rinnega il profitto a vantaggio di un inedito altruismo, e riportano indietro – ma in senso inverso – alla nota metafora di von Jhering, che era costruita però con lo sguardo positivamente rivolto all'economia di mercato, dove il pellegrino diventava viaggiatore "albergato" e pagante, che risparmiava attraverso il portafoglio "l'umiliazione della preghiera … e del ringraziamento", comprando in tal modo la sua libertà [19].

Tutte queste micro transazioni, che si alimentano in ragione della capacità di mobilitare folle di partecipanti alla community, non potrebbero svolgersi, o non lo potrebbero con la stessa carica ideologica e la stessa ampiezza, se non attraverso una piattaforma tecnologica che permette di simulare un mercato a regola d'arte, attrezzato per l'incontro tra chi offre e chi cerca *peer to peer*, tra soggetti non professionisti, ed a prezzi che spesso tali neppure sono, perché semplicemente commisurati ai costi di quanto si offre, ovvero a parametri che nulla hanno a che vedere con una logica aziendale di produzione o di scambio. Non sarebbe lontana dal vero, dunque, l'idea che anche tali mercati siano creature del digitale, e che fuori dalle piattaforme tecnologiche le dimensioni di questi scambi non potrebbero mai raggiungere una consistenza che li renda rilevanti per il diritto.

Nell'economia di questo contributo, infine, non occorre soffermarsi più di tanto sulle

[18] Quarta, *Il diritto dei consumatori ai tempi della peer economy. Prestatori di servizi e prosumers. Primi spunti*, in *Europa e dir. priv*., 2017, p. 667.

[19] Von Jhering, *Lo scopo nel diritto*, Torino, 1972, p. 95 ss.



altre tipologie di piattaforme tecnologiche, quelle che offrono servizi tipicamente digitali (di fruizione di risorse ovvero di servizi veri e propri, come quelli di *cloud*), ovvero, oppure insieme, informazioni organizzate a sistema (i motori di ricerca) [20] senza appendici nel mondo reale necessarie all'esecuzione del contratto; e quelle che dominano l'esperienza sociale senza dare luogo, almeno apparentemente, ad alcuna transazione economica, alimentandosi piuttosto dell'attiva partecipazione dei membri della community attraverso la cosiddetta produzione di contenuti condivisi. È questo il variegato mondo dei social network [21], nei quali la piattaforma abilita gli iscritti all'utilizzo di software, strumenti o funzionalità idonee ad un'azione comunicativa e creativa di contenuti. Il più delle volte – almeno apparentemente – a titolo gratuito, senza il pagamento di un corrispettivo monetario [22].

5. – Si è già anticipato quale possa essere l'interesse ad una considerazione dell'economia delle piattaforme nel contesto di una riflessione sui contratti di scambio nel mercato digitale, e lo si è fatto con riferimento al tema della interferenza tra sistemi di circolazione on line di beni e servizi e sistemi di circolazione dei dati personali. Occorre adesso svolgere questo tema più specificamente.

La delineazione dei modelli delle piattaforme di *e-commerce*, di *sharing economy*, o dei *social network* ha messo in evidenza due livelli di attività. Il primo legato allo svolgimento di transazioni economiche contrattuali, B&c, B&b o *peer to peer*; il secondo limitato all'attività di mera navigazione, ovvero di fruizione gratuita di servizi, o ancora di acquisizione di informazioni e di contenuti. I due livelli di attività non sono sempre nettamente separabili, spesso anzi coesistono e si intrecciano in proporzione variabile, atteso che tutti i modelli di piattaforma trovano ragione della loro esistenza proprio nella ca-

[20] Sammarco, *Il motore di ricerca, nuovo bene della società dell'informazione: funzionamento, responsabilità e tutela della persona*, in *Dir. inf.*, 2006, p. 622; Di Landro, *Rischi e tutele nel trattamento dei dati personali*, Napoli, 2020, p. 97 ss., ed ivi altre indicazioni.

[21] Sui quali rinviamo a C. Perlingieri, *Profili civilistici dei social networks*, Napoli, 2014; nonché ai contributi pubblicati in AIDA, I, 2011, sul tema *Facebook et similia (profili specifici dei social networks*), segnatamente quelli di Beltrami, *Le attività dei soggetti del social network come impresa*, p. 57; Caterina, *Cyberspazio, social network e teoria generale del contratto,* p. 93; Astone, *Il rapporto tra gestore e singolo utente: questioni generali*, p. 102; Cerrato, *I rapporti contrattuali (anche associativi) tra i soggetti del social network,* p. 168.

[22] Una rassegna intelligente dei modelli e tipologie di piattaforme digitali si trova nel volume di Quarta e Smorto, *Diritto privato dei mercati digitali,* Firenze, 2020, p. 105, 115 ss.



pacità di offrirsi innanzitutto come luogo di approdo e di navigazione, indipendentemente dalla conclusione di un contratto di acquisto di beni o servizi.

Ma questa capacità non è neutra né irrilevante: essa piuttosto costituisce un mezzo essenziale per lo svolgimento di un'attività economica riconosciuta come oggetto delle libertà fondamentali dell'Unione europea e destinataria di una disciplina specifica che riproduce per essa, all'uopo riadattandola, la tecnica moderna della regolazione, all'insegna di un insieme di principi che conformano l'attività e stabiliscono regole imperative di bilanciamento degli interessi coinvolti. Si tratta – con ogni evidenza – dell'attività di raccolta ed elaborazione dei dati personali di tutti i soggetti attori delle relazioni che la piattaforma ospita e coordina, cioè dell'effetto tipico della natura digitale dell'interfaccia: la capacità di raccogliere informazioni anche personali da tutti i "passi" e i "movimenti" che clienti e operatori commerciali svolgono durante la navigazione, opportunamente tracciati e sollecitati con tecniche estrattive alle quali difficilmente si può sfuggire.

La nota metafora letteraria della "sorveglianza" lascia trapelare l'idea di una privacy ormai praticamente vuota, che ha ceduto il posto ad un sistema di produzione della ricchezza che trova la sua inesauribile risorsa fondamentale direttamente nella persona umana.

Gli strumenti deputati all'estrazione delle informazioni sono molteplici: dalla registrazione mediante creazione di account o comunque dall'effettuazione dell'accesso con rilascio dei dati identificativi, alla scelta dei prodotti previa adeguata selezione dei filtri, alla cernita dei servizi aggiuntivi, alla compilazione dei questionari, fino alla semplice navigazione fra le pagine; ed ancora, dalla durata della navigazione, alla frequenza degli accessi, tutti i movimenti tracciabili sono materia di successiva elaborazione ad opera degli algoritmi che presiedono alla trasformazione delle informazioni in prodotti finiti (i dati, i profili, i prodotti predittivi in generale), a loro volta destinati a circolare nel mercato delle informazioni [23].

"Noi siamo le nostre informazioni", scriveva Rodotà discorrendo del "corpo elettronico" [24]; mentre i comportamenti presenti, elaborati da un'intelligenza artificiale, ci di-

---

[23] Sul punto Pellecchia, *Profilazione e decisioni automatizzate al tempo della black box society. Qualità dei dati e leggibilità dell'algoritmo nella cornice della Responsible research and innovation*, in *Nuove leggi civili commentate*, 2018, p. 1209; Tabarrini, *Comprendere la "Big Mind". Il GDPR sana il divario di intelligibilità uomo-macchina?*, in *Dir. Informatica*, 2019, p. 555.

[24] *Il diritto di avere diritti*, cit., p. 315 ss. a proposito delle mutazioni antropologiche introdotte dall'immedesimazione dell'uomo nella tecnologia, e della conseguente formazione di una identità "esterna" ed "in-



cono quali saranno i comportamenti futuri, scrive Zuboff, paventando il rischio che l'esito della cosiddetta "datificazione"[25] non lasci spazio ad un esubero della persona rispetto ai dati che è in grado di rilasciare, e che l'irreversibilità del processo – per contro – estenda il suo perimetro dal sistema economico a quello politico e financo etico, con un effetto *spillover* destinato ad espandersi all'interno del sistema sociale praticamente senza limiti[26].

Quali sedi istitutive dei mercati paralleli delle merci, dei servizi e dei dati, le piattaforme si offrono dunque alla considerazione di una serie di problemi.

Innanzitutto il problema della forma e della qualificazione dei rapporti che le persone e più in generale gli utenti della rete, professionali o meno, stabiliscono sulla piattaforma. Gli attori che incrociano le loro attività in questo "luogo" dànno vita a rapporti complessi, in senso ampio trilateri: ci sono i contratti conclusi tra i fruitori (e sono transazioni commerciali B2c o B2b o p2p) per i quali si usa l'espressione "contratti di prestazione dei servizi sottostanti"; e prima ancora, logicamente, ci sono i rapporti di servizio con la piattaforma quale *service provider*, quelli intesi a regolare l'accesso e la fruizione dei servizi di intermediazione[27]. La definizione della disciplina applicabile a ciascuna serie di rapporti implica la combinazione di tutti i livelli normativi e gli ambiti richiamati dal caso specifico. Ed è qui che il diritto dei contratti incontra il sistema di protezione dei dati personali, il cui presupposto di applicazione è – puramente e semplicemente – la circolazione del dato e il rapporto – su qualunque base costituito – fra titolare del trattamento e interessato. L'ordinamento dei dati personali si atteggia – per definizione – come ordinamento "interferente", come disciplina abilitante tra persona e mercato, imperativamente posta tutte le volte in cui un soggetto si trovi nelle condizioni di intercettare e raccogliere dati personali.

---

stabile", alla mercè di chi raccoglie, conserva e diffonde i dati personali; quando non "obbligata" nella misura in cui la profilazione introduce una forma di modellizzazione sociale foriera di una conformità socialmente accettata (p. 329).

[25] Stazi, Corrado, *Datificazione dei rapporti socio-economici e questioni giuridiche: profili evolutivi in prospettiva comparatistica*, in *Diritto dell'Informazione e dell'Informatica*, 2019, p. 442.

[26] Di Landro, *Big data. Rischi e tutele*, cit., pp. 103, 108 ss.; T.E. Frosini, *Il costituzionalismo nella società tecnologica*, in *Diritto dell'Informazione e dell'Informatica*, 2020, p. 465.

[27] Una visione dei contratti indotti dall'attività delle piattaforme si trova nel volume di Quarta e Smorto, *Diritto privato dei mercati digitali*, cit., p. 179 ss., la cui classificazione segue lo schema trilatero indicato nel testo. In argomento si veda anche il volume di Cocco, *I rapporti contrattuali nell'economia della condivisione*, Napoli, 2020.



In secondo luogo, il problema del controllo dei comportamenti della piattaforma dal punto di vista dell'impatto sul mercato. Tema quest'ultimo che si articola attraverso tutte le dimensioni a partire dalle quali la concorrenza può essere riguardata: dal tema dell'accesso, a quello dei rapporti fra imprese di pari dimensioni, ai rapporti con i consumatori, ai rapporti con le imprese suscettibili di cadere in una posizione di dipendenza economica.

Nelle pagine che seguono ci si occuperà soltanto di alcuni aspetti di tali problemi, con l'intento di analizzare anche i provvedimenti ancora in corso di elaborazione da parte dell'Unione Europea, ma dai quali si evince una strategia normativa del tutto nuova.

6. – Non si dispone di una disciplina sistematica della rete. A dispetto della qualificazione della propria attività regolatoria spesso in termini di "strategia", anche l'Unione europea sembra inseguire la velocità dell'economia digitale nel suo trasformarsi continuo senza riuscire a coglierne sistematicamente tutti i profili [28]. Al giurista non rimane che disarticolare la complessa architettura della Rete e affrontare la ricostruzione dei singoli pezzi con tutti gli strumenti di cui dispone.

a) *I rapporti orizzontali B&c e il nuovo modello di scambio fra beni e dati*

Cominciando dal tema dei rapporti concernenti i servizi cosiddetti sottostanti, va da sé che i rapporti di scambio consistenti nell'acquisto di beni o servizi on line ricadono nell'ambito di applicazione delle discipline europee ed interne che nel corso degli ultimi venti anni hanno delineato il sistema dell'e-commerce. Dalla disciplina di cui alla prima Direttiva 2000/31/CE sui servizi della società dell'informazione [29], fino a quella introdot-

[28] "Plasmare il futuro digitale dell'Europa" è la denominazione della strategia della transizione digitale varata dalla Commissione il 19 febbraio 2020 per il prossimo quinquennio, che si legge al link https://ec.europa.eu/info/strategy/priorities-2019-2024/europe-fit-digital-age/shaping-europe-digital-future_it; e segue alla precedente strategia del Digital single market, al link https://ec.europa.eu/digital-single-market/en/shaping-digital-single-market. I pilastri della nuova strategia sono i cittadini, le imprese e l'ambiente. Ne daremo un'anticipazione attraverso la rapida illustrazione di due dei tre Acts che dovrebbero attuarla: il *Digital services Act* e il *Digital market Act*. Il terzo è il Data governance Act, al link https://ec.europa.eu/digital-single-market/en/news/proposal-regulation-european-data-governance-data-governance-act, che dovrebbe attuale la strategia della Commissione per il governo e la condivisione dei dati comunicata il 19 febbraio 2020, al link https://eur-lex.europa.eu/legal-content/IT/TXT/PDF/?uri=CELEX:52020DC0066&from=IT.

[29] Per tutti, Delfini, *Il commercio elettronico: inquadramento generale*, in *Diritto dell'informatica*, a cura di Finocchiaro e Delfini, Torino, 2014, p. 351.



ta dalle varie Direttive consumeristiche [30], i cui contenuti si inquadrano per gran parte in quel processo di trasposizione e adattamento del modello ordinario di contratto allo schema del contratto telematico, attraverso accorgimenti tecnici intesi a riprodurre nel secondo gli elementi costitutivi del primo, sotto il profilo della validità e dei contenuti. La recentissima Direttiva 2019/2161 [31], sulla modernizzazione dei diritti dei consumatori è intervenuta fra l'altro a modificare quelle già introdotte in materia di clausole abusive, pratiche commerciali scorrette, indicazione dei prezzi, rafforzando gli obblighi informativi anche a carico delle piattaforme, specie con riferimento alla possibilità che l'operatore che offre beni e servizi per il suo tramite sia o meno un professionista (circostanza che l'acquirente consumatore deve conoscere al fine di stabilire la disciplina applicabile al contratto, il diritto dei consumi o il diritto comune).

In questo contesto, l'altrettanto recente Direttiva 2019/770 ha introdotto una disciplina ad hoc per i beni e servizi digitali in senso proprio, oggetto di fornitura da parte di un operatore nei confronti di un consumatore, assegnando a quest'ultimo i rimedi per i difetti di conformità del bene o servizio, fino a quel momento accordata esplicitamente dalla vecchia Direttiva 1999/44 solo per gli acquisti di beni materiali.

Questa novità, ripresa poi dalla nuova Direttiva sui diritti dei consumatori, merita di essere analiticamente evidenziata, perché contiene elementi nuovi, costitutivi di un nuovo modello di scambio, suscettibile di estensione a tutti i rapporti nei quali la fruizione della piattaforma comporta la circolazione dei dati personali, indipendentemente dal fatto che su stessa si realizzi o meno una transazione commerciale [32].

Il modello di fruizione al quale la Direttiva guarda è dato dal variegato mondo dell'*accesso*, nel quale il consumatore acquista il diritto di utilizzare specifiche modalità tecniche – tipicamente lo *streaming* o il più semplice *download* o l'accesso ad un servizio di *cloud* – che gli permettono di fruire anche ripetutamente di una serie di dati in

[30] Si rinvia per tutti al recente volume di Barenghi, *Diritto dei consumatori*, Milano, 2020.

[31] Per una valutazione complessiva della nuova Direttiva, si veda Cafaggi, *Rimedi e sanzioni nella tutela del consumatore: l'attuazione del new deal*, in *Questione giustizia*, n. 2/2020, che si legge al link https://www.questionegiustizia.it/articolo/rimedi-e-sanzioni-nella-tutela-del-consumatore-l-attuazione-del-new-deal. Per una prospettiva più generale sul diritto dei consumi si vedano invece G. De Cristofaro, *Quarant'anni di diritto europeo dei contratti dei consumatori: linee evolutive e prospettive future*, in *Contratti*, 2019, 177; Pagliantini, *Il diritto privato europeo in trasformazione*, Torino, 2020.

[32] Si rinvia fin d'ora a Versaci, *La contrattualizzazione dei dati personali dei consumatori*, cit., pp. 113, 137 ss.; Addante, *La circolazione negoziale dei dati personali nei contratti di fornitura di contenuti e servizi digitali*, in *Giust.civ*., 2020, p. 889; e soprattutto Resta, I *dati personali oggetto del contratto. Riflessioni sul coordinamento tra la direttiva (UE) 2019/770 e il regolamento (UE) 2016/679*, in Annuario del Contratto 2018, a cura di D'Angelo e Roppo, Torino, 2019, p. 125.



formato digitale. Alla stregua dell'art. 2, nn. 1 e 2, lett. a, b della Direttiva, il *contenuto digitale* è definito come (insieme di) dati prodotti e forniti in formato digitale (dunque: film, file musicali, giochi, libri elettronici o altre pubblicazioni elettroniche, software e applicazioni). Il *servizio digitale* è definibile invece come *attività*[33] che consente di "creare, trasformare, archiviare i dati o accedervi in formato digitale" (tipicamente il servizio di *cloud computing*); oppure come servizio che consente la "condivisione di dati in formato digitale caricati o creati dal consumatore e da altri utenti del servizio…" (tipicamente i *social networks*).

Dal punto di vista delle figure contrattuali, l'art. 3 della Direttiva individua almeno due modelli contrattuali di fornitura.

Nel primo comma la fornitura di contenuti o servizi digitali è posta in relazione di corrispettività con il pagamento di un prezzo a carico del consumatore. Il modello è quello del contratto oneroso a prestazioni corrispettive, indipendentemente dal tipo al quale lo si possa ricondurre, e il pagamento del prezzo non richiede alcuna ulteriore giustificazione per i corrispondenti obblighi posti all'operatore economico in merito ai requisiti di conformità del prodotto. Il consumatore paga con moneta sonante il contenuto o servizio richiesto, ed ha diritto a riceverlo con tutti i requisiti di cui agli artt. 7, 8 e 9 della Direttiva.

Nel secondo comma, però, compare un altro modello di operazione economica, che la Direttiva fa ricadere nel suo ambito di applicazione ma non definisce "contratto" (come invece faceva nel comma 1), facendo piuttosto ricorso al generico termine "caso" in cui l'operatore economico fornisce contenuti o servizi digitali, ma il consumatore non paga un prezzo, bensì a sua volta "fornisce o si impegna a fornire" dati personali. Ciò che rende singolare questa definizione è la circostanza per cui le due *forniture* da parte dei due contraenti non sembrano poste in relazione formale di corrispettività, ragion per cui il contratto non si presenta né oneroso né a prestazioni corrispettive, bensì come "caso", per l'appunto, in cui convergono la prestazione economica tecnicamente gratuita di contenuti o servizi digitali da parte dell'operatore economico, e in corrispondenza la fornitura di dati personali da parte del consumatore.

Ricordando al lettore che l'originaria formulazione della norma prevedeva che i dati personali fossero rilasciati quale prestazione corrispettiva, e che tale formulazione venne censurata dal parere del Garante Europeo della protezione dei dati personali (che ha ri-

[33] Secondo la nozione ufficiale di servizio di cui all'art. 4, n. 1, della Direttiva UE 2006/123 del 12 dicembre 2006 relativa ai servizi nel mercato interno, agli effetti della quale è «servizio» qualsiasi attività economica non salariata di cui all'articolo 50 del trattato fornita normalmente dietro retribuzione.



badito la natura tutta speciale dei dati personali, quali oggetto di un diritto fondamentale della persona, come tale non mercificabile)[34], sembra che i contratti oggetto della direttiva per i quali il consumatore *non* corrisponde un prezzo in denaro, si possano configurare secondo un duplice modello:

– forniture contrattuali *a titolo, o meglio a struttura gratuita* alle quali si affianca – *ma non in funzione corrispettiva* – un atto dispositivo mediante il quale il consumatore mette a disposizione del fornitore suoi dati personali, suscettibili di trattamento e verosimilmente trattati in relazione a scopi diversi da quelli contrattuali (come si desume dalla parte finale del paragrafo): per questi "casi" la Direttiva estende al fruitore gratuito del servizio la protezione del consumatore pagante, attribuendogli l'esercizio dei rimedi contro i difetti di conformità. Tale protezione, invero, non sarebbe stata estendibile in via analogica dalla fattispecie di contratto sinallagmatico di cui al 1° comma, ma richiedeva per l'appunto un'espressa previsione normativa, proprio in ragione della negata corrispettività fra fornitura del servizio e cessione del dato. In altre parole, la cessione di dati personali deve essere sempre protetta, perché i dati personali accedono ad un diritto fondamentale, e se la cessione avviene nel *contesto* di una transazione contrattuale, allora al consumatore titolare spetta una doppia tutela: quella che gli viene dal suo essere persona interessata al trattamento dei dati, e quella che si riconnette alla dimensione contrattuale nell'ambito della quale egli sta cedendo i dati ad un operatore economico che ne trae un vantaggio attraverso il trattamento.

– forniture contrattuali *del tutto gratuite*, nell'ambito delle quali i dati sono trattati esclusivamente ai fini della fornitura del servizio e mai per altri scopi diversi da quelli previsti: per questi contratti la protezione del consumatore rispetto ai difetti di conformità non si applica[35].

La negazione del carattere corrispettivo della cessione dei dati e la costruzione piuttosto di un modello contrattuale composto da due momenti negoziali diversi e distinti, sep-

[34] Il parere è reperibile nel sito ufficiale dell'Advisor europeo, https://edps.europa.eu/data-protection/our-work/our-work-by-type/opinions_en, e se ne trova una sintesi anche nella GU dell'Unione del 23 giugno 2017.

[35] Ciò che il testo originario esprimeva con maggior chiarezza, quando diceva che "La presente direttiva non si applica ai contenuti digitali forniti a fronte di una controprestazione non pecuniaria, nella misura in cui il fornitore chiede al consumatore di fornire dati personali il cui trattamento è strettamente necessario ai fini dell'esecuzione del contratto o del rispetto di obblighi di legge e il fornitore non li tratta ulteriormente in modo incompatibile con tale finalità. Analogamente, essa non si applica ad eventuali altri dati che il fornitore chiede al consumatore al fine di garantire che il contenuto digitale sia conforme a quanto stipulato nel contratto o di soddisfare obblighi di legge, e il fornitore non utilizza tali dati a fini commerciali". (Art. 3, n. 4, Proposta COM (2015) 634 FINAL del 9 dicembre 2015).



pur *collegati* nel contesto di un'operazione economica unitaria [36], ha voluto probabilmente sottolineare non solo l'aspetto della doppia tutela, quella contrattuale e quella predisposta dal GDPR; ma ancor prima sancire la necessità di un doppio procedimento formale e di un *doppio consenso* da parte dell'utente del servizio. Innanzitutto il procedimento e il relativo consenso concernenti la conclusione del contratto di fornitura (sottoposto alle ordinarie regole contrattuali); e poi il procedimento concernente la raccolta del consenso informato e l'esplicazione analitica delle finalità del trattamento, sottoposto alle puntuali e rigorose regole del GDPR, come esattamente interpretate dalla più recente giurisprudenza) [37].

In altre parole, per un verso la Direttiva intende inquadrare la circolazione dei dati personali in un contesto contrattuale e di mercato; per altro verso, essa intende garantire sempre e comunque alla persona interessata dal trattamento il controllo del proprio patrimonio di dati, in quanto "contrattualizzati". Intento che appare perfettamente in linea con la ratio ultima del GDPR, se lo si riguarda non soltanto dal punto di vista difensivo dei diritti della persona, ma anche da quello della salvaguardia dell'iniziativa e degli interessi economici [38] riconducibili alle imprese che "lavorano" sui dati.

Ecco, in questa logica prende corpo il tema della tutela contrattuale per i difetti di conformità dei contenuti o servizi digitali erogati da un operatore economico ad un con-

---

[36] Sembra orientato in questo senso anche Ricciuto, *La patrimonializzazione dei dati personali. Contratto e mercato nella ricostruzione del fenomeno*, in *Il diritto dell'informazione e dell'informatica*, 2018, p. 689, qui citato da *De Jure*, p. 23, quando affronta il tema della qualificazione dei rapporti fra provider e consumatore, sottolineando peraltro come la cessione dei dati (nel senso che più avanti sarà chiarito) dia luogo comunque ad un sacrificio patrimoniale del consumatore, che non può non essere considerato nella ricostruzione dell'equilibrio normativo del contratto. Sul collegamento negoziale, come strumento per la comprensione del carattere oneroso o gratuito, e sulla necessità a tal fine della valutazione della cosiddetta causa in concreto, si vedano le osservazioni sintetiche ma efficaci di Andreotti, *La causa concreta nel giudizio di onerosità o gratuit*à, nota a Cass., 18 marzo 2010, n. 6538, in *Obbligazioni e Contratti*, 2012, pp. 31, 39 ss.

[37] Sembra in fondo essere questo il senso da attribuire alla importante decisione di Cass., 2 luglio 2018, n. 17278, in *Nuova giur.civ.comm*., 2018, p. 1775, con nota di commento di Zanovello, *Consenso libero e specifico alle e-mail promozionali,* p. 1778; sulla quale si vedano anche la nota di Thobani*, Operazioni di tying e libertà del consenso*, in *Giur. It*., 2019, p. 533; e il commento esaustivo di Bravo*, Lo "scambio di dati personali" nei contratti di fornitura di servizi digitali e il consenso dell'interessato tra autorizzazione e contratto*, in *Contratto e impresa*, 2019, p. 34, 45 ss., esplicitamente nel senso del *doppio consenso*. Tutti questi contributi sono anteriori alla pubblicazione della Direttiva n. 770 del 2019 e lavorano esclusivamente sulle regole e sui principi del GDPR. Sul consenso al trattamento si veda, di recente, Caggiano, *Il consenso al trattamento dei dati personali nel nuovo Regolamento europeo. Analisi giuridica e studi comportamentali*, in *Osservatorio del diritto civile e commerciale*, 2018, p. 67.

[38] Sul tema, Bravo*, Il "diritto" a trattare dati personali nello svolgimento dell'attività economica*, Milano, 2018.



sumatore. Ed infatti, se l'operazione contrattuale è il veicolo per la circolazione dei dati personali del consumatore, e se a quest'ultimo deve essere garantito – per espressa disposizione della Direttiva – il diritto fondamentale a mantenere il controllo sulla circolazione dei suoi dati, ne dovrebbe conseguire che le prestazioni poste in capo all'operatore economico che si avvantaggia della disponibilità dei dati, e le "circostanze" che lo stesso deve *garantire*, sono *anche* quelle necessarie a soddisfare i diritti del consumatore a mantenere il controllo dei suoi dati, secondo quanto il GDPR dispone.

Il quesito concerne dunque il diritto del consumatore ad azionare i rimedi di cui all'art. 14 e ss. anche nel caso in cui le modalità di fornitura del contenuto o del servizio digitale non siano conformi alle prescrizioni del GDPR [39].

Sintetizzando al massimo le argomentazioni desumibili dalla Direttiva [40], si osserva quanto segue. Innanzitutto, il par.8 dell'art. 3 dispone che il diritto dell'Unione in materia di protezione dei dati personali si applica a qualsiasi dato personale trattato nell'ambito dei contratti di fornitura oggetto della Direttiva, e prevale, in caso di conflitto, sulle disposizioni di quest'ultima. Sembrerebbe perciò contraddittorio non attribuire al consumatore che fornisce i dati i rimedi contrattuali anche quando sono violate le norme sugli standard di qualità del trattamento imposti al titolare. Ancora, l'art. 16, par.2, impone all'operatore economico il rispetto degli obblighi di cui al GDPR nel caso in cui il contratto di fornitura venga risolto; sicché sembrerebbe ancora una volta contraddittorio che il GDPR sia vincolante (soltanto) al momento della risoluzione del contratto e non con riguardo al suo contenuto precettivo e alle condizioni di qualità della fornitura quando questa comporta il trattamento dei dati personali.

Inoltre, l'art. 129 del Codice del consumo presenta al comma 2, lett. c, fra le cosiddette presunzioni di conformità, quella per cui i beni "*presentano la qualità e le prestazioni abituali di un bene dello stesso tipo, che il consumatore può ragionevolmente aspettarsi, tenuto conto della natura del bene…*". Ebbene, la dottrina è d'accordo nel considerare rilevanti agli effetti del rilievo di un tal difetto di conformità anche le cosiddette irregolarità giuridiche, cioè la difformità delle caratteristiche e delle qualità del bene rispetto a quelle previste da norme imperative di origine pubblicistica [41], quali le disposizioni del

---

[39] Sul punto si rinvia al *nostro Prime osservazioni sulla Direttiva (UE) 2019/770 sui contratti per la fornitura di contenuti e servizi digitali. Operazioni di consumo e circolazione di dati personali*, in *Giust. Civile*, 2019, p. 499; Versaci, *La contrattualizzazione dei dati personali*, cit., p. 160 ss.

[40] Vedile per esteso nel nostro contributo, *Prime osservazioni*, cit., p. 513 ss.

[41] G. De Cristofaro, *Vendita di beni di consumo*, 2006, p. 13, reperibile on line nella pagina http://www.tv.camcom.gov.it/docs/Corsi/Atti/2006_12_15/De_Cristofaro.pdf; Zaccaria, G. De Cristofaro, *La*



GDPR dovrebbero qualificarsi. Non dovrebbe perciò suscitare molte obiezioni l'idea per la quale, nel caso che si esamina, il consumatore possa *ragionevolmente aspettarsi* un certo livello abituale di protezione dei suoi dati, del quale l'operatore deve rispondere nei suoi confronti.

In ragione di ciò, come della natura fondamentale del diritto cui accedono, gli obblighi di sicurezza, trasparenza, etc. imposti dal GDPR ai titolari di un trattamento diventano obbligazioni contrattuali nei confronti dei consumatori che entrano in rapporto con gli operatori attraverso i contratti regolati dalla direttiva n. 770. E ne deriva altresì che tali obbligazioni prendono la forma dei requisiti di conformità che il consumatore ha diritto di pretendere dal fornitore di contenuti o servizi digitali secondo le modalità di cui agli artt. 6-9, 14 e ss. della Direttiva n. 770, incluso dunque il diritto di azionare tutti i rimedi ivi previsti in caso di difetto di conformità (e non soltanto il diritto al risarcimento del danno).

La stessa soluzione andrebbe applicata anche ai contratti che hanno ad oggetto la fornitura di beni con elementi digitali, di cui alla Direttiva gemella 771/2019, quali *smart TV* con applicazioni video; *smartphone* o *smartwatch* con applicazioni digitali [42]. Viene in rilievo per tali casi la conformazione dell'elemento digitale incorporato nel bene mobile oggetto del contratto: se questo è in grado di raccogliere dati personali, di consentirne il successivo trattamento da parte di un titolare, anche mediante trasferimento dei dati presso *storage* di terzi, e a maggior ragione se poi ne viene consentito l'accesso ad ulteriori terzi, non si vede la ragione di negare, anzi si vede la necessità di applicare al contratto – per quanto occorresse – la disciplina di protezione dei dati in tutti i suoi aspetti, quelli legati alla raccolta del consenso e quelli legati alla fornitura di beni conformi anche a tutti i dispositivi di protezione previsti dal GDPR, la cui mancanza dovrebbe configurare un difetto oggettivo di conformità rimediabile con gli strumenti previsti dalla Direttiva [43].

---

vendita di beni di consumo. Commento agli artt. 1519-bis – 1519-nonies del codice civile, Padova, 2002, p. 40.

[42] La definizione di questi beni è così formulata: "*qualsiasi bene mobile materiale che incorpora o è interconnesso con un contenuto digitale o un servizio digitale in modo tale che la mancanza di detto contenuto digitale o servizio digitale impedirebbe lo svolgimento delle funzioni del bene («beni con elementi digitali»)*" (art. 2, n. 5 lett. b, Direttiva n. 771; art. 2, n. 3, Direttiva n.770).

[43] La soluzione appare di particolare evidenza nei casi, sempre più frequenti, in cui beni con elementi digitali vengano venduti/forniti, ad esempio, nel contesto di impianti di domotica, e siano in grado perciò di rilevare abitudini e comportamenti dei consumatori che abitano la *domus*, oltre che di altri frequentatori, e di rielaborarli anche in funzione dell'erogazione adeguata dei servizi richiesti in base al contratto, o ancora in funzione delle modifiche di prestazione da progettare a seguito del *profiling* realizzato sui dati raccolti.



b) *I contratti* peer to peer

La disciplina appena sintetizzata circa i contratti di fornitura di beni o servizi da parte di un professionista nei confronti di un consumatore, i quali implichino a qualunque titolo la circolazione di dati personali del consumatore, suppone la ricorrenza nel fornitore della duplice qualità di professionista e di soggetto titolare del trattamento, circostanza che fa immediatamente scattare il meccanismo dell'integrazione automatica del contenuto del contratto con la disciplina di protezione dei dati personali.

Ciò che invece non può dirsi per i contratti *peer to peer* ospitati dalle piattaforme di condivisione, i quali si configurano come ordinari contratti di scambio, nell'ambito dei quali nessuno dei due contraenti può qualificarsi come professionista e nemmeno come consumatore, e per i quali dunque nemmeno possono configurarsi una situazione di asimmetria informativa, e tantomeno una messa a disposizione di propri dati personali in funzione – diretta o indiretta – di corrispettivo del bene o prestazione oggetto dello scambio [44]. Ciò non significa, con ogni evidenza, che una circolazione di dati personali non vi sia: anzi, tutto al contrario, la circostanza per cui tali microscambi *person to person* avvengano sulla piattaforma comporta per definizione che tutti i dati personali di entrambi i contraenti vengano per così dire "esposti" e messi a disposizione di chi sia in grado di intercettarli. Primo fra tutti il gestore della piattaforma alla quale i due contraenti hanno fatto accesso, il quale è in grado di estrarre non solo i dati tecnici necessari per la conclusione e l'esecuzione del contratto, ma anche taluni dati personali dei quali si compone l'identità complessiva dei contraenti, e che vengono desunti dalle caratteristiche di ciò che si vende e dalle preferenze che lo scambio mette in luce, insieme con le motivazioni dello stesso che pure emergono dal fatto stesso di ricorrere a quel tipo di scambio. Una lettura che un algoritmo mediamente intelligente è certamente in grado di svolgere.

Su questo aspetto "collaterale" degli scambi *peer to peer* si dovrà tornare in seguito [45]. Al momento, si vuol mettere in evidenza come il rapporto tra i due contraenti non sia riconducibile a nessuna delle discipline sviluppate dalla normativa consumeristica e nemmeno a quelle sull'e-commerce o a quelle del GDPR. Mancherebbe infatti il carattere professionale di almeno una delle parti, a sua volta legato allo svolgimento di un'attività

[44] Per l'analisi di questi contratti si rinvia al volume di Cocco*, I rapporti contrattuali nell'economia della condivisione*, cit. p. 123 ss.; nonché a D. Di Sabato, *La prassi contrattuale nella sharing economy*, *in Riv.dir. impr*., 2016, p. 451; Quarta e Spoto, *Il diritto privato*, cit., p. 198 ss.

[45] Si veda, in particolare, l'ultimo paragrafo.



e/o ad una organizzazione di mezzi idonei all'esercizio di un'impresa e/o al trattamento dei dati personali. L'unica soluzione possibile, pertanto, è quella di sottoporre tali rapporti alla disciplina di diritto comune, sotto ogni profilo, da quello relativo alla qualificazione del contratto, a quello relativo a ciò che del diritto alla riservatezza può predicarsi nei rapporti tra privati, almeno per quanto concerne i dati dei quali i contraenti vengono reciprocamente a conoscenza.

Sennonché, uno dei caratteri propri delle piattaforme di condivisione si esplica attraverso la capacità di attrazione continua degli utenti, resa possibile dall'azzeramento dei costi complessivi di accesso e dalla ben nota multiformità delle offerte e delle domande che permanentemente è possibile trovare. Ciò induce alla reiterazione dei comportamenti degli utenti, a sua volta favorita dai noti meccanismi di feed back e dalle sollecitazioni che la stessa piattaforma propone agli utenti ormai profilati; e conseguentemente anche all'affinamento eventuale della capacità di offrire prodotti e servizi, superando l'occasionalità dell'offerta, e creandosi così zone ibride nelle quali l'utente non è più del tutto *person*, ma non diventa ancora prestatore professionale di servizi.

È questa una delle tematiche affrontate dalla citata Comunicazione della Commissione europea contenente un'Agenda per l'economia collaborativa, laddove si prende atto della circostanza per cui l'economia collaborativa "confonde" la linea di distinzione tra consumatori e imprese, e altresì del fatto che i singoli Stati membri adottano criteri diversi per distinguere tra servizi professionali e servizi tra pari. Di qui, una proposta interpretativa unitaria, intesa a proteggere gli utenti da eventuali professionisti camuffati da prestatori non professionali che cercano di eludere gli obblighi legati a tale status, e a favorire l'armonizzazione della disciplina applicabile a questi rapporti nel mercato unico digitale. Un test utile a stabilire se il prestatore del servizio sia un semplice privato o un professionista sarebbe allora quello della verifica di almeno tre elementi dell'attività di offerta: la frequenza della prestazione (che dovrebbe potersi valutare non occasionale); la finalità di lucro (rivelata dalla natura del corrispettivo richiesto, se pari ad un rimborso dei costi o palesemente lucrativo); e il volume degli affari (tanto più elevato, quanto più rilevante ai fini dell'individuazione di un professionista) [46].

Si colloca esattamente al versante opposto rispetto a quella or ora esaminata, la tematica posta da alcune piattaforme che più di altre manifestano un approccio solidaristico alle relazioni interpersonali, ad esempio quelle che propiziano incontri di ospitalità, de-

[46] Comunicazione della Commissione al Parlamento europeo, al Consiglio, al Comitato economico e sociale europeo e al Comitato delle regioni, COM(2016) 356 final, cit., p. 5 ss.



stinati a fornire ai viaggiatori alloggi temporanei e spazi in condivisione, con l'appoggio dei quali condividere anche il tempo in compagnia di ospiti dei luoghi nei quali ci si ferma [47]. La particolare natura della prestazione, unitamente ai valori che la community mostra di voler realizzare, hanno sollecitato il dubbio sulla natura non contrattuale di questi rapporti, un dubbio tuttavia che, almeno dal punto di vista del diritto italiano, non ha ragione di sussistere in quanto tale, atteso che, come per tutti i contratti, la verifica del carattere patrimoniale del rapporto, dell'intento di obbligarsi e della esistenza dello schema causale, indipendentemente dal valore patrimoniale veicolato, costituisce oggetto di una valutazione che sempre va fatta ai fini della appropriata regolazione del rapporto. Un elemento indicativo può derivare – oltre che dal contenuto degli accordi presi – dalla natura della piattaforma e dalla lettura dei termini d'uso che ne definiscono l'attività e stabiliscono le condizioni alle quali gli utenti possono a loro volta operare; ciò che può indurre o meno anche un certo affidamento circa la natura contrattuale del rapporto tra pari instaurato, e giustificare l'esercizio di pretese da parte dell'utente nei confronti del prestatore che opponesse invece il carattere di mera cortesia del rapporto. Tutte valutazioni, queste, che gli strumenti del codice civile consentono ancora di effettuare [48].

c) *I contratti di fornitura di beni o servizi* peer to peer*, ma diretti dal gestore della piattaforma*

Una variante della fornitura di beni o servizi nella piattaforma è quella rappresentata dalla Comunicazione della Commissione contenente un Agenda per l'economia collaborativa, con riferimento ai "*casi in cui le piattaforme di collaborazione possono essere considerate come prestatrici di altri servizi, in aggiunta a quelli della società dell'informazione che esse offrono in qualità di intermediario tra i prestatori dei servizi sottostanti e i loro utenti. In particolare, in determinate circostanze, una piattaforma può anche*

[47] Il modello più affermato è quello della piattaforma *Couchsurfing*, definita così: "*a service that connects members to a global community of travelers. Use Couchsurfing to find a place to stay or share your home and hometown with travelers*". Ogni informazione nel sito: https://about.couchsurfing.com/about/how-it-works/.

[48] In argomento, Cocco, *I rapporti contrattuali*, cit., pp. 145, 148 ss., orientata comunque ad assegnare a questi rapporti rilevanza contrattuale, se non altro sul piano delle tutele attivabili nell'esecuzione del rapporto; più in generale si veda da ultimo Cappelli, *The legal qualication of collaborative platforms offering composite services. What consequences for consumer protection*?, in *European journal of privacy law and technologies*, 2020, al link http://www.ejplt.tatodpr.eu/Article/Archive/index_html?ida=216&idn=7&idi=-1&idu=-1.



essere un prestatore del servizio sottostante (ad esempio un servizio di trasporto o di locazione a breve termine)" [49]. L'interesse della Commissione per questi casi (venuti alla ribalta a proposito di due fra le più note piattaforme di intermediazione) si giustifica in ragione della circostanza per la quale la piattaforma che si limita ad erogare un servizio della società dell'informazione ai sensi della Direttiva 2000/31 gode dell'esenzione da qualsivoglia autorizzazione preventiva per i servizi ivi compresi ed opera dunque secondo il principio della libertà di accesso e del principio del paese d'origine (artt. 2-4). Ma l'esenzione non vale per i servizi non compresi dalla Direttiva in questione, e per i quali invece altra normativa richieda un'autorizzazione all'accesso o licenze amministrative di altro genere.

Da altro punto di vista, l'interesse della Commissione a definire caso per caso il perimetro all'interno del quale si svolge l'attività delle piattaforme deriva dallo speciale regime di responsabilità cui le stesse sono sottoposte per la memorizzazione delle informazioni, anche questa volta qualificato come di esenzione, in presenza delle condizioni previste dalla Direttiva 2000/31, per lo svolgimento dei servizi della società dell'informazione. La Direttiva prevede anche l'assenza di un obbligo generale di sorveglianza per i servizi di hosting, quale misura incentivante sul presupposto che tale servizio veda la piattaforma svolgere comunque un ruolo meramente tecnico, e passivo nella creazione delle informazioni e dei contenuti memorizzati. Sicché, ove ciò non accadesse, e il ruolo della piattaforma cambiasse, l'esenzione dalla responsabilità per le informazioni memorizzate non si potrebbe estendere oltre la fornitura dei servizi di hosting in senso stretto. E ciò è quanto accade tutte le volte in cui le piattaforme svolgono, oltre che i servizi di hosting, anche "*una serie di altre attività collegate o ausiliarie, tra cui sistemi di valutazione e di recensione, sistemi di pagamento, servizi assicurativi, verifica dell'identità (spesso effettuata da un fornitore terzo)*"; "*oppure la piattaforma può fornire essa stessa il servizio sottostante offerto agli utenti*" [50].

A fronte di tale palese trasformazione del ruolo delle piattaforme e della influenza esercitata sull'attività professionale dei soggetti che per questo tramite forniscono beni o servizi agli utenti finali, la Commissione ha elaborato un test da applicare caso per caso per stabilire se la piattaforma possa considerarsi essa il soggetto prestatore del servizio sottostante, a dispetto del fatto che formalmente l'offerta di detto servizio proviene da

[49] Agenda europea per l'economia collaborativa, cit., p. 6; Quarta, Smorto, *Diritto privato dei mercati digitali*, cit., p. 206 ss.

[50] Agenda europea per l'economia collaborativa, cit., p. 9.



altro soggetto, cioè dalla persona fisica che nel rapporto *peer to peer* si presenta in questo ruolo. Il lettore avrà compreso che si sta parlando dell'ormai celebre caso Uber, esattamente il modello di piattaforma nel quale la commistione dei ruoli fra i tre soggetti che dànno vita al servizio di trasporto "tra pari" raggiunge un livello di complessità tale da interrogare diversi ambiti dell'ordinamento, da quello preposto alla regolazione dei servizi di trasporto, a quello della concorrenza, fino a quello relativo alla corretta posizione giuridica da assegnare ai *drivers*, gli autisti non professionisti sottoposti al controllo della piattaforma e ai provvedimenti che la stessa assume d'autorità, ad esempio sospendendo l'account, quando il gradimento dei clienti risulta inferiore agli standard di qualità fissati nelle condizioni d'uso della piattaforma [51].

Il test elaborato dalla Commissione serve a verificare se vi sia, e a quale livello si ponga, un'attività di controllo e di influenza sul prestatore del servizio da parte della piattaforma, utilizzando i seguenti criteri: influenza determinante nella definizione del prezzo finale richiesto all'utente; predeterminazione di istruzioni vincolanti nei confronti del prestatore, tali da influire sul contenuto del contratto con l'utente; proprietà dei beni necessari per lo svolgimento del servizio. Il test non esclude che si utilizzino caso per caso altri criteri, per esempio la selezione dei prestatori del servizio sottostante, o l'esistenza di un rapporto di lavoro, circostanza che può assumere di fatto rilievo non secondario specie se i beni utilizzati per il servizio non appartengono alla piattaforma, venendo meno così uno degli indici di cui al test sopra indicato [52].

Soltanto un cenno puramente informativo all'altro caso, che pure ha interrogato la

---

[51] Il caso Uber è stato risolto dalla Corte di Giustizia, grande sez., 20 dicembre 2017, causa C-434/15, con la decisione per la quale "*Un servizio d'intermediazione avente ad oggetto la messa in contatto mediante un'applicazione per smartphone, dietro retribuzione, di conducenti non professionisti, che utilizzano il proprio veicolo, con persone che desiderano effettuare uno spostamento nell'area urbana, deve essere considerato indissolubilmente legato a un servizio di trasporto e rientrante, pertanto, nella qualificazione di «servizi nel settore dei trasporti», ai sensi dell'art. 58, par. 1, TFUE. Un servizio siffatto deve, di conseguenza, essere escluso dall'ambito di applicazione dell'articolo 56 TFUE, della dir. n. 123/2006 CE e della dir. n. 31/2000 CE"*. Vedi la storica decisione in *Nuova giur. civ. comm*., 2018, p. 1085, con nota di Turci, *Sulla natura dei servizi offerti dalle piattaforme digitali: il caso Uber*, p. 1088; e i commenti di G. Resta, *Uber di fronte alle Corti europee,* in *Dir. inf*., 2017, 330; Zeno Zencovich, *Uber: modello economico e implicazioni giuridiche,* in *Media Law*, 2019, III, p. 140 ss.; Balandi, *Concetti lavoristici impigliati nella rete*, in *Riv. tri. dir. proc. civ*., 2018, p. 461. Utili indicazioni sul modello Uber e sulla "uberizzazione" della società, in Mostacci, Somma, *Il caso Uber. La sharing economy nel confronto tra common law e civil law*, Milano, 2016; Rampazzo, *Rifkin e Uber. Dall'età dell'accesso all'economia dell'eccesso*, in *Dir. inf*., 2015, p. 957 ss.; Quarta, *Il ruolo delle piattaforme digitali nell'economia collaborativa*, *in Contr. e impr. Eur*., 2017, p. 554 ss.

[52] Agenda europea per l'economia collaborativa, cit., p. 10 ss. In senso critico sull'impostazione della Commissione, esattamente su tale punto, Quarta e Smorto, *Il diritto privato*, cit., p. 207 e già p. 139 ss.



Corte di Giustizia, concernente l'attività della piattaforma Airbnb, il cui servizio di intermediazione tra potenziali locatori e locatari per alloggi di breve durata, fornito dietro retribuzione e con l'erogazione di prestazioni accessorie, è stato invece ritenuto dalla Corte come un normale servizio della società dell'informazione, non essendosi riscontrati quegli indici di influenza sul contenuto del contratto e sull'attività dei prestatori che invece il caso Uber aveva manifestato, e a dispetto della trasformazione provocata nell'assetto urbano delle grandi città ed in quello organizzativo dell'industria turistico-alberghiera [53].

7. – Le considerazioni precedenti hanno avuto ad oggetto i rapporti (definiti sottostanti) tra prestatore (professionale o meno) del servizio e fruitore costituiti per il tramite della piattaforma.

È giunto il momento di considerare adesso la posizione della piattaforma e la natura dei rapporti che essa stabilisce con i suoi fruitori, coloro i quali vi si iscrivono o vi accedono per offrire o domandare un servizio. È il tema della definizione giuridica dei caratteri di codesta intermediazione, cioè della ricostruzione dei servizi che la piattaforma offre, del ruolo che svolge – o meno – nella organizzazione dell'attività dei fruitori, della natura contrattuale o meno delle condizioni che essa pone unilateralmente per accedere ai servizi che offre, e senza i quali spesso gli scambi che in essa si svolgono non potrebbero svolgersi altrimenti.

Non si dispone di una disciplina unitaria delle piattaforme di intermediazione, sia per la diversità dei modelli organizzativi che la prassi ha rivelato, sia perché la costitutiva dimensione transnazionale e globale di questi soggetti ha obiettivamente ostacolato la messa in moto di un assetto regolativo in grado di superare le barriere geonormative e prima ancora di mettere a fuoco in maniera unitaria il tipo di problemi che la crescita a dismisura del fenomeno ha generato.

---

[53] CGUE, 19 dicembre 2019, C-390/18, sintetizzata in https://curia.europa.eu/jcms/upload/docs/application/pdf/2019-12/cp190162it.pdf; sulla quale vedi il commento di Inglese, Affinità e divergenze fra le sentenze Elite Taxi e Airbnb Ireland, in Eurojus, 2020, al link http://rivista.eurojus.it/wp-content/uploads/pdf/Sentenze-Elite-Taxi-e-Airbnb-Ireland-Marco-Inglese-.pdf. Il presente lavoro non permette di entrare nel merito delle considerazioni che il fenomeno Airbnb ha generato nella cultura sociale delle città, specie negli Stati Uniti, ma anche in Europa. Basti a tal fine il rinvio al contributo di Gainsforth, *Airbnb città merce. Storie di resistenza alla gentrificazione digitale,* Roma, 2019, esempio di una copiosa letteratura di critica a questo modello di economia collaborativa, talvolta indicato con l'espressione "*innovazione disruptive*". Al proposito, vedi Basini, *Innovazione disruptive e limiti dell'azione di concorrenza sleale per violazione di norma pubblicistiche, dopo il caso Uber*, in *Resp. Civ. e previdenza*, 2018, pp. 1028, 1313, 1656 ss.



Va perciò dato atto all'Unione europea di aver negli ultimi anni inaugurato una più coraggiosa strategia regolativa, non ancora del tutto attuata, ma progettata comunque in un'ottica intesa a governare il potere di mercato assunto da soggetti pur sempre privati, ma divenuti poi detentori – nel contesto dell'economia digitale senza frontiere e *data driven* – di un potere di influenza e condizionamento che fa dubitare della efficienza regolativa dei paradigmi privatistici.

Una prima definizione delle piattaforme tecnologiche, quando ancora il linguaggio comune non utilizzava questo termine, è quella che si ritrova nella citata Direttiva sul commercio elettronico 2000/31 del giugno 2000, comunemente nota come Direttiva sul commercio elettronico. È qui che si formalizza la prima definizione dei "servizi della società dell'informazione", identificati in relazione non tanto alle caratteristiche tipologiche del servizio fornito, quanto prevalentemente in relazione alle modalità di erogazione utilizzate, individuandosi tale servizio in quello "*prestato normalmente dietro retribuzione, a distanza, per via elettronica e a richiesta individuale di un destinatario di servizi*" [54]. Lo statuto privatistico di questi operatori è garantito da una serie di principi. La libera circolazione in tutti gli Stati membri corredata dall'assenza di autorizzazione preventiva; la piena parificazione dei contratti elettronici ai contratti ordinari; l'assenza dell'obbligo generale di sorveglianza sulle informazioni veicolate o memorizzate, e quindi un regime di sostanziale esonero dalla responsabilità – a certe condizioni – per il "mere conduit", il "caching" e l'"hosting" (artt. 14-17); e infine un insieme di obblighi informativi da assolvere nei confronti di qualunque utente destinatario del servizio, concernenti l'identificazione del prestatore, le modalità di conclusione del contratto, le comunicazioni commerciali; fatti salvi gli ulteriori obblighi informativi nei confronti dei contraenti consumatori [55].

---

[54] Per questa definizione, vedi adesso l'art. 1, lett. b, Direttiva 2015/1535. Vi rientrano quasi tutti i servizi di più comune utilizzo, dai motori di ricerca, ai servizi di posta elettronica, stoccaggio dati, a quelli di intermediazione commerciale, alle vendite on line etc., ai social media.

[55] La prima considerazione della Direttiva da parte della letteratura si focalizzava innanzitutto sul tema della validità dei contratti conclusi tramite computer (vedi Pascuzzi*, Il diritto dell'era digitale*, cit., p. 158), e poi su quello – cruciale – della responsabilità degli operatori, i *services providers*, rispetto alle informazioni trasportate, avvertendosi che in entrambi i casi non v'era alternativa ad un'impostazione genuinamente liberale delle soluzioni tecniche da proporre, a fronte dell'auspicio circa lo sviluppo del mercato unico anche nella rete, con le necessarie garanzie del libero esercizio delle prerogative individuali anche in questo contesto. Ricordiamo, fra i molti contributi, quelli di Antonucci (a cura di), *E-commerce. La Direttiva 2000/31/CE e il quadro normativo della rete*, Milano, 2001; De Nova, Delfini, *La Direttiva sul commercio elettronico: prime considerazioni,* in *Riv. dir. priv*., 2000, p. 693; Rossello, *Commercio elettronico. La governance di Internet tra diritto statuale, autodisciplina, "soft law" e "lex mercatoria*", Milano, 2006; E. Tosi, *Le responsabilità civili dei prestatori di servizi della società dell'informazione*, in *Resp. Civ*., 2008, p.



Non è un caso che tale Direttiva sia nota come primo atto che regola il commercio elettronico. In essa effettivamente manca del tutto la dimensione trilatera nella quale ad oggi si realizzano le transazioni e i rapporti digitali: manca cioè l'esatta percezione delle piattaforme di intermediazione e del loro ruolo del tutto peculiare nella strutturazione delle relazioni sociali nel web. Un ruolo senza l'elucidazione del quale rimangono opache all'osservatore le tecniche normative attraverso le quali il gestore della piattaforma rende possibile l'accesso all'interfaccia e poi l'uso dei propri dispositivi (software e funzionalità operative in genere), mediante i quali l'operatore commerciale può offrire i propri beni o servizi al pubblico (nel rispetto degli obblighi eventualmente imposti per la conclusione di tali contratti finali) e l'acquirente può cercare il prodotto che gli serve e poi acquistarlo. In altre parole, ciò che rimane ancora in una zona d'ombra nella disciplina europea anteriore al più recente Regolamento del quale ora diremo, è quell'indispensabile attività di predisposizione unilaterale delle condizioni e dei termini d'uso della piattaforma, attività che nulla ha a che fare con il commercio elettronico, ma lo precede e lo rende possibile.

Alla stessa maniera, da altro punto di vista, l'approccio della Direttiva 2000/31 non è in grado di fotografare, né di includere nel proprio ambito regolativo, la rapidissima trasformazione delle piattaforme di fronte al fenomeno dei cc.dd. "contenuti generati dagli utenti" ovvero gli "*user generated content*". Il fenomeno è quello per il quale i fruitori del servizio di hosting producono e condividono una variegata mole di informazioni senza limiti, rispetto ai quali l'*host* svolge una funzione organizzativa fondamentale, non più meramente tecnica, ma di selezione, catalogazione, presentazione agli utenti anche per la mera visualizzazione, tale comunque da modificare radicalmente quella *neutralità* a partire dalla quale la Direttiva offriva il sistema di esenzione da responsabilità per i contenuti a vario titolo reputati "illegali"[56]. Ad oggi, infatti, il tema della responsabilità dei

197; Pasquino, *Servizi telematici e criteri di responsabilità*, Milano, 2003; Panetta, *Il ruolo dell'Internet service provider e i profili di responsabilità civile*, in *Resp. Civ. e previdenza*, 2019, p. 1017.

[56] Valga per tutti, al proposito, il riferimento al crescente conflitto tra *services provider*s e utenti generato dal caricamento di testi protetti dal diritto d'autore, sulla conoscenza effettiva o meno dei quali si è introdotta – agli effetti della responsabilità – la distinzione tra provider passivo e provider attivo. Si veda sul punto quanto osservato da Simoni, *La responsabilità degli hosting provider quali prestatori "automatici, tecnici e passivi" della società dell'informazione*, in *Dir. industriale*, 2017, p. 455; Mansani, *Contenuti generati dagli utenti*, in *AIDA*, 2010, 244; Ricolfi, *Le utilizzazioni libere dell'IP nei social network*, ibidem, 2011, p. 295; Cogo, *Le regole del contratto tra social network e utente sull'uso della proprietà intellettuale del gestore, dell'utente e degli altri utenti*, ibidem, p. 305; M. Colangelo, *Internet e sistemi di filtraggio tra enforcement del diritto d'autore e tutela dei diritti fondamentali: un commento ai casi Scarlet e Netlog»*, in *Nuova giur. civ. comm*., 2012, p. 580, in commento a Corte Giust. UE, 24 novembre 2011, C-70/10 e 16



providers riceve impostazioni e soluzioni non uniformi, perfino negli USA, dove la Section 230 del Communications Decency Act dispone dal 1996 l'esenzione da responsabilità delle piattaforme per il carattere eventualmente illegale dei contenuti ospitati [57].

In sintesi, il contesto delineato dalla Direttiva sull'e-commerce lasciava agli hosting providers, trasformatisi rapidamente in gestori di piattaforme "omnibus" dedicate a organizzare non solo scambi di beni o servizi, ma anche la libera fruizione di contenuti e informazioni prodotti dagli utenti, oltre che da terzi, un regime di sostanziale immunità, sia sul piano della responsabilità per contenuti illegali; sia sul piano – che qui interessa maggiormente – del controllo dei loro comportamenti in relazione alla predisposizione unilaterale dei termini d'uso dei servizi erogati; nonché – almeno fino all'emanazione del GDPR e poi della Direttiva 770/2019 – sul piano del controllo di conformità della raccolta e successiva messa in circolazione dei dati personali degli utenti [58].

Il profilo dell'autonomia contrattuale dei provider, dunque, presenta una peculiare complessità, quantomeno a partire dal momento in cui il servizio offerto non è più meramente tecnico, nel senso or ora enunciato, e nel contempo le dimensioni dell'utenza raggiungono numeri forse inimmaginabili all'esordio della Direttiva E-commerce, e adesso rilevanti sul piano della contendibilità dei mercati in cui essi operano e della stessa influenza sui comportamenti sociali di massa. Per un verso, l'autonomia contrattuale appartiene a quel novero di principi irrinunciabili nel contesto regolativo dell'UE; per altro verso il suo esercizio in forma unilaterale e standardizzata verso folle crescenti di utenti e fruitori non può non sollecitare la riemersione – in forme nuove – di quei temi che già il fenomeno delle condizioni generali contratto aveva presentato al legislatore ai tempi della nascita del consumerism. Oltre che i menzionati temi legati all'incidenza che l'esercizio di tale autonomia determina sul godimento dei diritti fondamentali: da quelli intesi a garantire le libertà di espressione e di opinione, a quelli aventi ad oggetto il con-

---

febbraio 2012, C-360/10, ibidem, p. 571; R. Bocchini, *La responsabilità di Facebook per la mancata rimozione di contenuti illeciti*, in *Giur. It.*, 2017, p. 632.

[57] Per i termini del dibattito odierno, si veda la decisione della Corte di Giustizia, Sez. III, 3 ottobre 2019, n. C-18/18, in *Dir. industriale*, 2020, p. 281, con nota di Tosi, *Obblighi di filtraggio ex post di contenuti digitali illeciti equivalenti e responsabilità civile degli hosting provider*, p. 284, ed ivi altri riferimenti ancora sulla (nuova) figura del provider attivo. E nel diritto interno, Cass., 19 marzo 2019, n. 7708, in *Dir. Industriale*, 2019, p. 353, con nota di Cassano, *La Cassazione civile si pronuncia sulla responsabilità dell'internet service provider*, p. 364.

[58] Popoli, *L'adeguamento dei social network sites al GDPR: un percorso non ancora ultimato,* in *Diritto dell'informazione e informatica*, 2019, p. 1289; Id., *Social network e concreta protezione dei dati sensibili: luci e ombre di una difficile convivenza*, ibidem, 2014, p. 981.



trollo dei propri dati personali. Ciò emerge anche da uno sguardo rapido dei termini d'uso imposti dalle più note piattaforme di intermediazione [59].

Proprio a partire dall'esame dei termini d'uso, per come la relativa prassi si è di fatto articolata da parte di gestori operanti in una dimensione globale, uno studio recente ha affrontato analiticamente e con approccio comparativo un tema specifico che merita di essere menzionato e che apre prospettive analitiche tutt'altro che secondarie. È il tema della qualificabilità del rapporto che si istituisce tra il gestore della piattaforma e il fruitore che ne accetta i termini d'uso alla stregua di un rapporto contrattuale vero e proprio, dal quale muovere diritti e pretese. Un dubbio sollecitato dalle modalità con le quali la prassi delle piattaforme cosiddette di uso pubblico (aperte a tutti) raccoglie o meno l'accettazione formale dei termini d'uso da parte del fruitore, tutte le volte in cui tale accettazione non possa inequivocabilmente desumersi da un gesto dichiarativo equiparabile ad una dichiarazione intenzionale (come il click sul pulsante predisposto), ma viene invece desunta dal semplice uso del sito, dal fatto stesso di aver effettuato un accesso e di muovere dall'home page del sito verso altre pagine, alcune delle quali rendono conoscibili i termini d'uso della piattaforma [60].

In questo secondo caso, l'unico appiglio alla qualificazione del rapporto come contratto sarebbe quello che richiama la conclusione mediante comportamento concludente, soluzione che viene tuttavia contestata sull'argomento della non inequivocabilità dell'atto di accesso all'home page e dell'inizio della navigazione, come pure dell'assenza di

---

[59] Si rinvia per tutti all'accurata indagine svolta da Quarta, *Mercati senza scambi*, cit., pp. 161, 187 ss., che offre una sintesi ragionata dei gruppi di regole più comunemente adottate dai gestori, che includono istruzioni e informative, diritti e obblighi dei fruitori, esoneri da responsabilità, limitazioni d'uso, diritti unilaterali di modifica, e tutto quanto utile a garantire sia la protezione dei contenuti organizzati dalla piattaforma in quanto tali, sia la massima libertà di organizzazione del servizio e la possibilità di reazioni unilaterali a comportamenti degli utenti difformi dalle condizioni d'uso. Tipica in tal senso la problematica della sospensione dell'account, a cavallo fra recesso del gestore e clausola risolutiva espressa, sulla quale vedi Scorza, *La sospensione e il blocco degli account nei servizi della società dell'informazione,* in *Corriere del merito*, 2011, p. 42; Cimino, *Sospensione ingiustificata dell'account di vendita e inadempimento di E-bay*, in *Contratt*i, 2011, p. 352; Quarta, *Disattivazione della pagina Facebook. Il caso Casapound tra diritto dei contratti e bilanciamento dei diritt*i, in *Danno e responsabilità*, 2020, p. 489; Petruso, *Responsabilità delle piattaforme on line, oscuramento di siti web e libertà di espressione nella giurisprudenza della Corte europea dei diritti dell'uomo*, *in Diritto dell'informazione e informatica*, 2018, p. 511.

[60] Il riferimento è ancora allo studio di Quarta, *Contratti senza scambio*, cit., p. 200 ss. Si veda anche Quarta, Smorto, *Diritto privato*, cit. pp.182, 187 ss. La questione indicata nel testo nasce dalla distinzione che l'A. sviluppa, tra siti con contenuti privati, ai quali si accede mediante una procedura che comporta la manifestazione di un assenso virtuale alle condizioni d'uso (registrazione, click su casella); e siti con contenuti pubblici, cui si accede direttamente attraverso l'inizio della navigazione, senza selezionare alcuna casella: *op. cit.*, pp. 210, 213, 299, 302 ss.



una prassi consolidata che assegni a quell'atto un valore negoziale. Circostanza che è posta alla base anche del rifiuto della possibilità di considerare vincolate le parti sul presupposto di un rapporto contrattuale di fatto [61].

Se così fosse, la posizione dell'utente navigatore, che ha effettuato l'accesso e si limita all'esplorazione del sito pubblico, acquisendo informazioni (e rilasciandone altrettante) registrerebbe un pericoloso vuoto di tutela a fronte di tutti i comportamenti che il gestore mette in atto, sulla base dei poteri unilaterali di esclusione dal servizio o di sospensione dello stesso, o di modifica delle condizioni di fruizione previsti dai termini d'uso. Insomma, comportamenti espressivi di un potere che – in prospettiva contrattuale – senza dubbio rientrerebbero nel novero delle clausole vessatorie, inefficaci o nulle a seconda dello status del navigatore, ma comunque in una qualche maniera censurabili dal giudice; e che invece, al di fuori del perimetro contrattuale, resterebbero consegnati al puro arbitrio del gestore. A fronte di ciò, un'ipotesi alternativa alla lettura in chiave contrattuale dei termini d'uso propone l'adozione di un diverso schema disciplinare e di tutela, individuato nell'esercizio di un potere che non necessariamente occorre fondare sulla titolarità di una situazione giuridica contrattuale, ma che graviterebbe piuttosto nell'ambito di un fenomeno di tipo possessorio, sindacabile nel suo irragionevole esercizio attraverso lo strumento dell'abuso del diritto [62].

Si è voluto sintetizzare questa non comune ipotesi interpretativa per mettere in luce, indipendentemente dalla condivisione del risultato finale, la difficoltà di sistemare le complesse relazioni che si strutturano oggi nei mercati digitali semplicemente trasponendo schemi e istituti del diritto contrattuale comune (come in fondo ancora fa la Direttiva sul commercio elettronico), vincolati nella loro applicazione quantomeno alle dinamiche del consenso, quale requisito minimo di esistenza del contratto non sempre riscontrabile nelle prassi offerte dai rapporti del mercato digitale.

Prima di esprimere una più critica valutazione della tesi or ora riferita, è però necessario andare avanti nella disamina della normativa europea e analizzare le più recenti disposizioni introdotte dal Regolamento 2019/1150 (UE), del 20 giugno 2019 [63], significativamente intitolato alla promozione di "equità e trasparenza per gli utenti commerciali

---

[61] Quarta, *Contratti senza scambio*, cit., pp. 282, 292 ss.

[62] Questa è la soluzione interpretativa finale che Quarta propone a seguito di un'analisi approfondita dei testi e dello svolgimento di una serie di argomentazioni sul valore giuridico dei termini d'uso come dichiarazioni non negoziali: *op. ult. cit*., p. 365, 368 ss.

[63] Lo si legge nella pagina https://eur-lex.europa.eu/legal-content/IT/TXT/?uri=CELEX:32019R1150.



dei servizi di intermediazione online". Un atto che sembra peraltro risolvere, almeno da un versante, il problema da ultimo affrontato [64].

8. – Il primo dato da registrare concerne la ridefinizione delle piattaforme come "servizi di intermediazione on line", rientranti nella più ampia categoria dei servizi della società dell'informazione, ma connotati dal consentire "*agli utenti commerciali di offrire beni o servizi ai consumatori, con l'obiettivo di facilitare l'avvio di transazioni dirette tra tali utenti commerciali e i consumatori*", compito da svolgere in base a rapporti contrattuali (art. 2, punto 2, lett. a, b, c). Ad essi sono affiancati espressamente i motori di ricerca on line, definiti come "*un servizio digitale che consente all'utente di formulare domande al fine di effettuare ricerche, in linea di principio, su tutti i siti web … sulla base di una interrogazione su qualsiasi tema sotto forma di parola chiave, richiesta vocale, frase o di altro input, e che restituisce i risultati in qualsiasi formato…*". Il regolamento si applica esclusivamente ai rapporti tra i gestori dei servizi e gli utenti commerciali, i quali "*offrono i loro beni o servizi a consumatori nell'Unione*": dunque commercio elettronico, *store* di applicazioni, servizi di social media in cui sono attivi utenti commerciali e consumatori, ma non si applica ai mercati *on line peer to peer*, né a quelli *business to business*, nei quali non entrano in gioco i consumatori. Per la regolazione di questi mercati bisogna ancora attendere il *Digital service Act* e il regolamento gemello, il *Digital Market Act*, ancora in fase di elaborazione da parte dell'Unione europea.

L'art. 2, n. 2, lett. c) del Regolamento individua i servizi di intermediazione on line anche in base alla circostanza per cui essi sono forniti per il tramite di *rapporti contrattuali* con gli utenti commerciali, mentre il n. 10 dell'art. 2 definisce i termini d'uso delle piattaforme, chiamandoli "*termini e condizioni*" (indipendentemente dal titolo o dalla forma), caratterizzandoli per essere "*determinati unilateralmente*" dal fornitore del servizio, e specificando che l'unilateralità della determinazione consegue ad una valutazione complessiva, in seno alla quale eventuali circostanze di negoziazione fra le parti non sono determinanti.

Queste precisazioni, apparentemente superflue, rappresentano una prima risposta al tema affrontato nel precedente paragrafo, sebbene nell'ambito dei rapporti tra piattaforme e utenti commerciali che trattano nei mercati del consumo: i rapporti tra tali soggetti

[64] Per i primi commenti si veda Foltran, *Professionisti, consumatori e piattaforme on line: la tutela delle parti deboli nei nuovi equilibri negoziali*, in *Media law*, 2019, p. 162.



non si collocano in una terra di nessuno, sono rapporti contrattuali, e non possono che essere tali nella visione del legislatore europeo, risultando assai difficile ipotizzare che il riferimento alla base contrattuale del rapporto nella lett. c menzionata sia un elemento meramente descrittivo della fattispecie regolata, piuttosto che un elemento prescrittivo imperativo, che non ammette che l'attività disciplinata dal regolamento possa svolgersi su una base diversa da quella contrattuale.

Ciò posto, l'approccio regolativo è ben noto al giurista. Nel rispetto del diritto civile nazionale, i fornitori di servizi di intermediazione on line sono sottoposti a consistenti obblighi informativi e di *disclosure* intesi a rendere facilmente conoscibili i termini d'uso della piattaforma, ad informare preventivamente delle modalità attraverso le quali il fornitore potrà sospendere o limitare i servizi, come pure dell'eventuale attività di distribuzione commerciale svolta dalla piattaforma in concorrenza con gli utenti che in essa operano. Analogamente, la facoltà di modificare unilateralmente termini e condizioni – con effetto mai retroattivo (art. 8) – non è negata, ma è regolata attraverso l'obbligo di un preavviso ragionevole e proporzionato alle esigenze di eventuale adeguamento dell'utente, al quale comunque è attribuito il diritto di risolvere il contratto, oltre che quello di aprire un contraddittorio nell'ambito del processo interno di gestione dei reclami (artt. 3, 4 e 11).

Non occorre entrare nei dettagli di questa disciplina, che adotta tutti gli strumenti rimediali già utilizzati e collaudati nel diritto dei consumi, come in tutti gli altri ambiti di relazioni contrattuali asimmetriche, accompagnati dalla sanzione della nullità delle clausole poste in violazione delle prescrizioni di cui ai par.1 e 2 dell'art. 3 [65].

Presenta elementi di novità, invece, collegati alla percezione di comportamenti peculiari delle piattaforme di intermediazione e dei motori di ricerca, la previsione di cui all'art. 5, relativa al cosiddetto "posizionamento", già definito nel precedente art. 2 e ancora nei considerando con riguardo al risultato che un motore di ricerca restituisce nella classificazione offerta al pubblico dell'utente e dei suoi prodotti o servizi, con riferimento alla rilevanza "*risultante dall'utilizzo di meccanismi algoritmici di ordinamento in sequenza, valutazione o recensione, dalla messa in evidenza visiva o da altri stru-*

[65] In argomento, di recente, Martinelli, *The vulnerable business user: the asymetric relationship between the business user and the platform*, in *European journal of privacy law and technologies*, 2020, al link http://www.ejplt.tatodpr.eu/Article/Archive/index_html?ida=220&idn=7&idi=-1&idu=-1; indicazioni anche in Quarta, Smorto, *Diritto privato*, cit., p. 195. Una sintesi del regolamento anche in https://www.agendadigitale.eu/mercati-digitali/piattaforme-online-le-nuove-regole-ue-per-gli-utenti-commerciali/.



menti di messa in rilievo, o da una combinazione tra questi" (considerando 24) [66]. Anche qui, per prevenire situazioni di dipendenza o di opacità nella gestione delle sequenze di presentazione nei motori di ricerca, si impongono obblighi di *disclosure* dei parametri utilizzati, inclusa la possibilità di offrire un corrispettivo per influire sul posizionamento; e obblighi di semplificazione del linguaggio e di comunicazione di eventuali segnalazioni che possono provocare una modifica *in peius* del precedente posizionamento.

Ugualmente nuove sono poi le previsioni relative all'accesso ai dati che si generano a seguito dello svolgimento delle transazioni commerciali (art. 9). Nei termini e condizioni d'uso la piattaforma deve inserire anche regole relative all'accesso a tali dati, reciprocamente da parte degli utenti e da parte dei fornitori medesimi sui dati che li riguardano e sui dati forniti dai consumatori in occasione della fruizione dei servizi della piattaforma. Ugualmente va esplicitata la possibilità di cessione o condivisione di tali dati con soggetti terzi, con indicazione del relativo scopo qualora la cessione non sia necessaria per il corretto funzionamento dei servizi svolti dalla piattaforma.

È abbastanza ovvio che il contenuto di tali regole, come di tutte le altre inserite nei termini d'uso delle piattaforme, resta affidato alla discrezionalità del fornitore dei servizi ed al calcolo dei suoi interessi, limitandosi il regolamento ad applicare a tale problematica un approccio regolatorio minimale, fondato sulla prevedibilità, la trasparenza e la garanzia di svariati diritti di "spiegazione" che costringono le piattaforme a giocare a carte scoperte, ma non a misurare nel merito la loro strategia di marketing su parametri esterni di riferimento. D'altra parte, lo stesso Regolamento chiarisce all'art. 1, parr.4 e 5, che la

[66] Per la comprensione dei meccanismi di posizionamento si suggerisce la lettura delle indicazioni contenute in queste pagine: https://developers.google.com/search/docs/beginner/seo-starter-guide?hl=it, sulla ottimizzazione dei motori di ricerca nell'esperienza di Google. Il posizionamento delle stringhe assume rilevanza non solo economica, nell'orientamento delle scelte dei consumatori (vedi Ricolfi, *Motori di ricerca, link sponsorizzati e diritto dei marchi: il caso Google di fronte alla Corte di giustizia*, in *Giur. It*., 2010, p. 1603), ma anche politica, come rilevato da Borrello, *Alcune riflessioni preliminari (e provvisorie) sui rapporti tra motori di ricerca e pluralismo informativo*, in *Medialaws*, 2017, p. 68. Eppure il Tribunale Milano, con decisione del 23 Marzo 2013, aveva affermato che "i termini visualizzati dagli utenti sulla stringa di ricerca attraverso la funzionalità *Autocomplete*, ovvero in fondo alla pagina di ricerca nella sezione Ricerche Correlate, non costituiscono un archivio, né sono strutturati, organizzati o influenzati da Google che, tramite un software automatico, si limita ad analizzarne la popolarità e a rilasciarli sulla base di un algoritmo […] trattasi di servizi della c.d. attività di "caching" svolta da Google al fine di facilitare, a loro richiesta, l'accesso ad altri destinatari di informazioni fornite da destinatari del servizio, senza che il prestatore del servizio, nella specie Google, sia responsabile del contenuto di tali informazioni a norma dell'art. 15 cit. D.Lgs" (*Medialw*s, 2013, leggibile al link http://www.medialaws.eu/tribunale-di-milano-google-e-un-caching-provider-anche-con-la-funzione-autocomplete/).



disciplina introdotta non pregiudica l'applicazione dei diritti nazionali nelle materie da esso non comprese, e nemmeno l'applicazione del diritto dell'Unione nelle materie coinvolte, prima fra tutte quella della protezione dei dati personali. Questa norma, usuale in tutti gli atti normativi dell'Unione, non ha una funzione meramente burocratica, né soltanto giustificativa dell'intervento sotto il profilo dei principi di sussidiarietà e proporzionalità. Essa piuttosto conferma quanto sistematicamente desumibile già in via interpretativa in merito al valore della disciplina di protezione dei dati personali: in quanto strumentale alla protezione di diritti fondamentali della persona, essa si applica automaticamente a tutti i rapporti che su qualunque base legittima vengano a costituirsi tra un titolare del trattamento e un interessato. E tale primazia non è inficiata dalla circostanza per la quale – come si evince dallo stesso GDPR – l'Unione europea considera la circolazione dei dati personali oggetto di un'attività economica protetta dai principi di libertà del Trattato: libera, dunque, ma limitata e conformata dal sistema di protezione dei dati personali in un contesto di reciproco bilanciamento [67].

Ritornando, in chiusura, al tema dal quale si era partiti, l'approccio di questo primo Regolamento dell'attività delle piattaforme di intermediazione non deve stupire. La logica seguita dall'Unione europea risponde a principi – quelli dei Trattati evidentemente – dai quali consegue una strategia di regolazione dei mercati coerente. A partire dal principio della libertà di circolazione e di stabilimento, attraverso quello di garanzia di un mercato efficiente e trasparente e del conseguente contrasto delle pratiche anticompetitive e opportunistiche, specie se foriere di asimmetrie informative nei confronti dei soggetti che le subiscono (dai consumatori, alle imprese di piccole e medie dimensioni), nel rispetto dei diritti fondamentali della persona, il modello regolatorio europeo [68] assume la trasparenza degli atti e delle condotte di mercato come regola generalissima, suscettibile delle più varie declinazioni, che presidia l'utilizzo del contratto libero e consapevole come strumento anch'esso generalissimo e privilegiato di composizione degli interessi privati. Contestualmente, al diritto antitrust classico è affidato il compito di vigilare sulla formazione di aggregati imprenditoriali di potere economico la cui espansione mettereb-

[67] Messina, *Online platforms, profiling, and artificial intelligence: new challenges for the GDPR and, in particular, for the informed and unambiguous data subject's consent*, in *Medialaws*, 2019, p. 159; Garzonio, *Responsabilità degli ISP rispetto al trattamento automatizzato dei dati personali con finalità di comunicazione politica: applicabilità del GDPR alle piattaforme social*, ibidem, 2019, p. 190.

[68] Indicazioni sull'evoluzione di questo modello nel recentissimo contributo di Clarich, *Alle radici del paradigma regolatorio dei mercati*, in *Regolazione dei mercati*, 2020, 230; ma si veda anche Natoli, *Il diritto privato regolatorio*, ibidem, p. 134.



be a rischio la tenuta del mercato unico come luogo e modello di circolazione contrattuale della ricchezza, e la capacità di resistenza dei diritti fondamentali.

I problemi che un tale assetto organizzativo propone, ove applicato anche al mercato digitale nella struttura che qui si è cercato di delineare, si collocano – per così dire – a monte e a valle dello stesso. A monte, perché il disegno regolatorio non può non tenere conto del fatto che le imprese digitali operano di default su scala globale, sfidando i caratteri pur sempre territorializzati delle autorità normative, nessuna delle quali riesce a contenere nel suo ambito di competenza l'intero spettro delle attività di queste imprese. A valle, perché l'efficienza degli strumenti regolatori messi in campo in uno spicchio per quanto ampio del mercato globale sarà sempre relativa rispetto all'obiettivo di un ragionevole controllo del potere espresso da tali soggetti, pur sempre dotati – come si diceva – di uno statuto privatistico.

In questo scenario, il Regolamento in esame rappresenta un affinamento delle consuete tecniche di regolazione, che ha comunque il merito di aver portato alla luce in maniera definitiva il ruolo degli intermediari dei mercati digitali, con la conseguente triangolazione dei rapporti di servizio e di scambio, protagonisti di una trasformazione non solo nominale rispetto alla configurazione dei tradizionali fornitori di servizi della società dell'informazione, articolata sulla distinzione fra *acces, cache* e *host providers*, non più sufficiente a far emergere la complessità della gestione delle piattaforme. Ciò che invece si è potuto desumere dallo scorrere della disciplina del regolamento lungo alcuni dei punti critici rivelati dalla prassi della predisposizione unilaterale dei termini d'uso, seppur con riguardo solo al rapporto con gli operatori commerciali. Dal tema generale della *disclosure*, alla procedimentalizzazione dei possibili contrasti interni in materia di modifica dei termini, eventuale sospensione del servizio, diverso posizionamento e accesso ai dati, fino alla previsione di un sistema di gestione dei reclami interni e di mediazione delle controversie [69], il regolamento coglie la complessità dell'attività della piattaforma anche con riferimento a possibili interventi nella gestione degli scambi effettuati dall'operatore (offerta ai consumatori di prodotti e servizi accessori, eventuale trattamento differenziato dei prodotti o servizi offerti ai consumatori, etc.).

[69] Vedi le previsioni di cui agli artt. 11 e 12 del regolamento, mediante i quali gli operatori commerciali possono gratuitamente accedere ad una procedura di reclamo contro presunti inadempimenti del fornitore, oppure contro comportamenti del prestatore che si riverberano sull'efficienza del servizio, o a seguito di problemi tecnologici. Il reclamante ha diritto ad una risposta rapida e – se necessario – di accedere ad un sistema di ODR.



Resta il vuoto della mancata regolamentazione del rapporto tra piattaforma e fruitore quando quest'ultimo non è un operatore commerciale, ma un consumatore o semplice fruitore, o un soggetto che promuove uno scambio *peer to peer*.

Ma per questi casi, una suggestione diversa da quella che rinvia all'applicazione del diritto comune integrata dalla disciplina imperativa che viene in causa volta per volta (specie quella di cui al DGPR), può forse ricavarsi dai due Regolamenti ai quali l'UE ha affidato l'introduzione di una sorta di Statuto generale del mercato digitale, e che adesso occorre menzionare, pur se l'iter di perfezionamento di questi atti non si è ancora compiuto.

9. – Il *Digital services Act*, denominato "legge sui servizi digitali", interviene a modifica della Direttiva 2000/31 sul commercio elettronico, della quale comunque intende conservare i principi fondamentali, specie in merito alla (ir)responsabilità delle piattaforme circa la moderazione dei contenuti memorizzati e ospitati; riconoscendo comunque l'inadeguatezza della disciplina [70] sia con riferimento al problema del controllo dei contenuti illegali, sia con riferimento alla trasformazione del ruolo delle piattaforme come fin qui indicato [71].

Il primo dato da registrare, dunque, è la definizione della piattaforma di intermediazione, non più limitata a quelle che agevolano le transazioni commerciali da parte di un professionista verso un consumatore, ma definitivamente allargata a qualunque "*prestatore di servizi di hosting che, su richiesta di un destinatario del servizio, memorizza e diffonde al pubblico informazioni*", mentre il servizio di intermediazione è ridefinito con

---

[70] Vedi ancora sul punto Tosi, *L'evoluzione della responsabilità civile dell'Internet service provider passivo e attivo*, in *Dir. industriale*, 2019, p. 590, che riorganizza infine la responsabilità del provider intorno all'interferenza tra disciplina del commercio elettronico e disciplina di protezione dei dati personali. Ugualmente si legge in Pacini, *Diritto all'informazione e diritto alla riservatezza nell'era di Internet*, in *Giornale di dir. ammin*., 2020, p. 59, sull'obbligo dei motori di ricerca di accogliere le richieste di deindicizzazione riguardanti link che ci tengono dati personali; Bugiolacchi, *Quale responsabilità per i motori di ricerca in caso di mancata deindicizzazione su legittima richiesta dell'interessato?,* in *Resp. civ. e previdenza*, 2016, p. 571; Martinelli, *Data protection e contratto nei data driven business model*, in *Medialaw*s, 2020, p. 63.

[71] La proposta e le relative illustrazioni si leggono qui: https://ec.europa.eu/digital-single-market/en/digital-services-act-package. Un primo approccio al nuovo prossimo Atto europeo si trova in Aria, L'attività delle piattaforme tra DSA e Direttiva SMAV. La frontiera di una nuova regolazione?, in Medialaws, 2021, leggibile nella pagina http://www.medialaws.eu/lattivita-delle-piattaforme-tra-dsa-e-direttiva-smav-la-frontiera-di-una-nuova-regolazione/.



riguardo alle tre classiche funzioni di trasporto e memorizzazione di dati già individuate dalla Direttiva sul commercio elettronico (art. 2, lett. f, h).

La lett. q definisce infine le "condizioni generali" come "*tutte le condizioni, le modalità o le specifiche, comunque denominate e indipendentemente dalla loro forma, che disciplinano il rapporto contrattuale tra il prestatore e il destinatario dei servizi intermediari*", quest'ultimo individuato come "*qualsiasi persona fisica o giuridica che utilizza il servizio intermediario in questione*" (lett. b).

Si è voluto mettere in risalto il carattere astratto e generale di queste definizioni, rispetto a quelle già menzionate nel Regolamento 2019/1150, per valorizzare la nuova strategia regolativa dell'UE, intesa non più a governare soltanto il mercato tradizionale degli scambi di beni e servizi, diretti o intermediati, ma a comprendere – disvelandolo – l'insieme delle relazioni che si sviluppano intorno e in ragione della *predisposizione di informazioni e contenuti di qualunque natura destinati al pubblico*, resa possibile dalle piattaforme a richiesta di qualunque destinatario dei loro servizi di hosting. Nessuna esenzione da questa disciplina, dunque, per nessuna piattaforma di intermediazione, quale che sia l'oggetto dell'attività di hosting svolta o intermediata, per lo meno quando la stessa sia definibile come attività principale (non accessoria né marginale); anzi, tutto al contrario, un rafforzamento dell'impianto regolatorio per quelle piattaforme che rivelino una posizione di mercato maggiormente significativa.

Ed infatti – ed è questo un secondo elemento di novità – l'avere alzato lo sguardo sul complesso fenomeno dell'intermediazione digitale ha permesso al legislatore UE di vedere e cogliere l'importanza delle dimensioni e dell'impatto che le piattaforme possono raggiungere. Ed è così che nell'art. 25 appaiono le piattaforme "di dimensioni molto grandi", individuate in quelle che raggiungono "*un numero medio mensile di destinatari attivi del servizio nell'Unione pari o superiore a 45 milioni*", e per le quali si prevede che debbano individuare, analizzare e valutare "*rischi sistemici significativi derivanti dal funzionamento e dall'uso dei loro servizi nell'Unione*". Mentre nel Regolamento gemello intitolato "Digital market Act" appaiono le piattaforme "*gatekeeper*", i guardiani dell'accesso, soggetti "di grandi dimensioni", arroccati in una posizione di mercato tale da determinare un serio difetto di ingresso e dunque di contendibilità di quel mercato: un problema da affrontare in una logica tipicamente antitrust [72].

[72] Per un primo commento sulle due proposte di regolamento si veda Ruotolo, *Digital services act e Digital market act tra responsabilità dei fornitori e rischi di bis in idem*, che si legge qui: http://www.sidiblog.org/2021/03/29/.



Ciò posto, la disciplina del *Digital services Act* che adesso si esporrà in via essenziale e sintetica dovrebbe coprire tutte le relazioni verticali stabilite tra piattaforma e fruitori del servizio che non siano oggetto di altri atti normativi, come del resto chiarito dal par.5 dell'art. 1, che elenca gli atti normativi non pregiudicati dal nuovo Regolamento. Essa si concentra sulla questione della gestione dei contenuti e disciplina assai analiticamente i poteri delle piattaforme sia di agire sui contenuti illegali, che di reagire con proprie decisioni alla ritenuta incompatibilità dei contenuti forniti dal destinatario con la propria policy. Un tema, questo, denso di implicazioni e tale da incidere non solo sugli interessi economici dei fruitori, ma sui diritti di accesso e di espressione, specie se i contenuti rappresentano manifestazioni del pensiero.

Si tratta certamente di una delle manifestazioni più tipiche del potere di controllo delle piattaforme, spesso reso opaco nel suo esercizio dalla supremazia tecnologica di cui esse dispongono, come pure dall'allentamento delle garanzie individuali generato dall'ambiguità di fondo delle relazioni instaurate con il pubblico dei fruitori. Una folla di destinatari del servizio nonché *users* senza tregua delle svariate funzionalità offerte, fronteggiata da un soggetto accentrato, detentore dell'accesso e di tutti i poteri di policy e di organizzazione dei servizi che la disponibilità tecnica gli consente di svolgere. Una situazione che conferisce alle piattaforme più grandi una sorta di autorità di fatto che stride con il loro statuto privatistico, e che chiama in causa una visione regolatoria più coerente con l'idea – meglio sarebbe dire con la constatazione – che l'attività di tali soggetti si rivela potenzialmente capace di condizionare comportamenti e produrre effetti rilevanti anche sul piano pubblicistico e istituzionale [73].

Tecnicamente, l'articolato procede secondo la metodologia degli obblighi crescenti, aggiungendo blocchi di norme a quelle precedenti, a seconda del servizio prestato e delle dimensioni dell'intermediario.

Confermato il regime di esenzione condizionata dalla responsabilità, un primo gruppo di norme stabilisce gli obblighi di "diligenza" applicabili a tutti i prestatori di servizi in

[73] Vedi *supra*, nota 26, e *adde*, con spunti interessanti, Cuniberti, *Potere e libertà nella rete*, in *Media-laws*, 2018, p. 39; G. Resta, *Governare l'innovazione tecnologica. Decisioni algoritmiche, diritti digitali e principio di uguaglianza*, in *Politica del diritto*, 2019, pp. 199, 211, 233 ss., con alcune proposte che si trovano adesso negli Acts elaborati dalla Commissione e nei più recenti provvedimenti europei, dall'enforcement della trasparenza e dell'accountability per i players, alla creazione di una Autorità di vigilanza nel settore digitale, al rafforzamento delle tutele di classe. Ma non è fuor di luogo il richiamo di un noto studio di C.M. Bianca, *Le autorità private*, Napoli 1977, che a fronte di fenomeni di potere di fatto non paragonabili a quelli messi in campo dall'economia digitale, elaborava una categoria che comunque metteva già in discussione la tradizionale separazione tra pubblico e privato. Il processo di evoluzione delle piattaforme in tal senso è invece ben ricostruito da Quarta, *Mercati senza scambi*, cit., p. 29 ss.



funzione della trasparenza e sicurezza dell'ambiente digitale. Tornano in campo le "condizioni generali", oggetto della disciplina regolatoria, per la quale esse devono contenere "*tra l'altro le politiche, le procedure, le misure e gli strumenti utilizzati ai fini della moderazione dei contenuti, compresi il processo decisionale algoritmico e la verifica umana. Sono redatte in un linguaggio chiaro e privo di ambiguità e sono disponibili al pubblico in un formato facilmente accessibile*" (art. 2, lett. q; art. 12). Altri obblighi riguardano la trasparenza nella comunicazione di eventuali provvedimenti di rimozione dei contenuti illegali o contrari ai termini d'uso della piattaforma, ovvero la decisione di disabilitare l'accesso (Capo III, Sez. 1, artt. 10-13).

Per le piattaforme di *hosting*, in particolare, si aggiunge la regolazione di un meccanismo di notifica dei contenuti illegali da parte di terzi interessati, e del conseguente dialogo motivato che la piattaforma deve aprire in contraddittorio con il destinatario del servizio, se ritiene di dover prendere provvedimenti che incidono sul servizio o addirittura comportano la disabilitazione dell'accesso. Sono dovute "spiegazioni" sui fatti e sulle circostanze, nonché sull'adozione di strumenti di produzione automatica della decisione (artt. 14, 15) [74].

Un terzo gruppo di norme specificamente destinate alle piattaforme on line riguarda l'adozione di un sistema interno di gestione dei reclami, di facile accessibilità, contro le decisioni più significative assunte dalle piattaforme nei confronti dei fruitori, più esattamente: "*le decisioni di rimuovere le informazioni o disabilitare l'accesso alle stesse; le decisioni di sospendere o cessare in tutto o in parte la prestazione del servizio ai destinatari; le decisioni di sospendere o cessare l'account dei destinatari*" (art. 17). È previsto anche l'obbligo di rivolgersi ad organismi certificati di risoluzione extragiudiziale delle controversie (art. 18).

Fin qui gli aspetti tecnici strettamente relazionali e contrattualistici della disciplina.

Ma il Regolamento travalica questo aspetto, per delineare un sistema minimale di controllo dell'organizzazione delle piattaforme e del loro operato, indipendentemente dalle relazioni con i destinatari del servizio. Ed è in quest'ottica che, per un verso, vengono individuate le già menzionate "piattaforme on line di dimensioni molto grandi" per

[74] Sul cosiddetto diritto ad una spiegazione in ordine all'esito di un processo automatizzato di decisione, ex art. 22 del GDPR, si rinvia a Bravo, *Trasparenza del codice sorgente e decisioni automatizzate*, in *Diritto dell'informazione e informatica*, 2020, pp. 693, 714 ss.; Falletti, *Decisioni automatizzate e diritto alla spiegazione: alcune riflessioni comparatistiche*, ibidem, p. 169; Tabarrini, *Comprendere la "Big Mind"*, cit., *ibidem*, 2019, p. 562; Strinati, *Algoritmi e decisioni amministrative, in Foro amministrativo*, 2020, p. 1591.



la gestione di rischi sistemici (art. 25); per altro verso, si istituisce una nuova Autorità di vigilanza e regolazione, a livello nazionale e sovranazionale, con il compito tipico di garantire l'applicazione coerente del Regolamento (il Coordinatore dei servizi digitali, artt. 38, 47 e ss.).

Se quest'ultima misura replica un strumento assai diffuso e conosciuto nel panorama degli strumenti regolatori dell'Unione, conforme al modello genuinamente liberale di concorrenza ordinata e non opportunistica adottato dai Trattati; quella della individuazione di soggetti del mercato digitale incaricati – sulla base della loro dimensione – della gestione dei rischi efficacemente definiti "sistemici" rappresenta invece l'estensione coerente – e per nulla casuale – dell'approccio già adottato per la conformazione dell'attività di altri soggetti la cui azione è in grado di condizionare ampiamente i comportamenti sociali: i titolari del trattamento dei dati personali, anch'essi chiamati dal GDPR a compiere valutazioni d'impatto dei rischi generati dalla loro attività. Si tratta di un approccio amministrativo – e precauzionale – che cerca una combinazione ragionevole dello statuto privatistico di questi soggetti (tutti sotto l'ombrello protettivo della libertà di stabilimento e di circolazione), con il rilievo pubblicistico che la loro azione ha acquisito, irreversibilmente, in conseguenza della connaturata dimensione aterritoriale, e della capacità di influenzare i comportamenti sociali su una scala che solo eufemisticamente si può definire "larga". Di qui i "rischi sistemici" di cui tali soggetti devono farsi carico. Di qui, prima ancora, la ritenuta pericolosità della loro azione, e la probabilità del raggiungimento di un livello di danni (dunque, un livello di rischio) reputato inaccettabile o poco controllabile sul piano sociale.

L'art. 26 individua i rischi sistemici nel modo seguente: *a) la diffusione di contenuti illegali tramite i loro servizi; b) eventuali effetti negativi per l'esercizio dei diritti fondamentali al rispetto della vita privata e familiare e alla libertà di espressione e di informazione, del diritto alla non discriminazione e dei diritti del minore, sanciti rispettivamente dagli articoli 7, 11, 21 e 24 della Carta; c) la manipolazione intenzionale del servizio, anche mediante un uso non autentico o uno sfruttamento automatizzato del servizio, con ripercussioni negative, effettive o prevedibili, sulla tutela della salute pubblica, dei minori, del dibattito civico, o con effetti reali o prevedibili sui processi elettorali e sulla sicurezza pubblica*.

Gli articoli successivi stabiliscono obblighi e procedure funzionali al risultato di *attenuazione dei rischi* individuati, da raggiungere con misure proporzionate e ragionevoli e nel contesto di una cooperazione rafforzata orizzontale (ciascuna piattaforma con le altre) e verticale (con le varie Autorità di vigilanza e con la stessa Commissione) (art. 27).



Non occorre in questa sede riferire della complessa disciplina di *accountability* ipotizzata dal Regolamento, tutta costruita, come già nel GDPR, nella prospettiva di una garanzia di legalità dell'azione di questi soggetti, dimensionata sulla protezione dei diritti coinvolti da lesioni diffuse di gravità pari al peso esercitati dai soggetti agenti, e non efficacemente ristorabili attraverso rimedi individuali. Basti evidenziare, per avere l'idea della compiutezza del modello adottato, che le piattaforme di grandi dimensioni devono agire nello svolgimento dei loro obblighi di valutazione dei rischi secondo i principi della trasparenza, della pubblicità delle loro analisi, della condivisione dei dati con le Autorità di vigilanza; e che la Commissione dispone di poteri di controllo sull'esecuzione di tali processi da parte delle piattaforme incaricate di svolgerli, corredati di tutti gli strumenti (indagini, richieste di informazioni etc.) che usualmente le Autorità indipendenti ricevono per l'esercizio della funzione regolativa (art. 51).

10. – A completare l'approccio regolatorio appena delineato, il secondo Regolamento [75] muove i passi da una constatazione assai semplice, quella per cui "*poche grandi piattaforme online si accaparrano la quota maggiore del valore complessivo generato*". Esse agiscono come punti di accesso nel rapporto tra utenti commerciali e consumatori, creando effetti negativi di dipendenza oltre che di contendibilità dei servizi di base, nonché pratiche sleali. Un effetto di concentrazione, consolidata e duratura, che richiede un più marcato intervento in chiave antitrust, nella direzione della *equità, lealtà e contendibilità* dei mercati digitali [76].

L'intervento, che l'Unione configura come esclusivo della propria competenza e senza possibilità per gli Stati di imporre con qualunque mezzo ulteriori obblighi aventi le stesse finalità, è rigorosamente limitato sul piano soggettivo, alle piattaforme definibili come "gatekeeper", e sul piano oggettivo solo ai "*servizi di piattaforma di base forniti o offerti dai gatekeeper a utenti commerciali stabiliti nell'Unione o a utenti finali stabiliti o situati nell'Unione*" (art. 1 DMA).

La qualifica di gatekeeper è attribuita in presenza del raggiungimento di prefissate soglie di fatturato e di utenti, confermato in un certo periodo di tempo; ovvero a seguito di una valutazione tecnica che la Commissione svolge sull'impatto di mercato della piat-

[75] È il *Digital market Act*. Anche questa proposta si legge qui: https://ec.europa.eu/info/strategy/priorities-2019-2024/europe-fit-digital-age/digital-markets-act-ensuring-fair-and-open-digital-markets_it.

[76] Si veda il testo della Proposta di Regolamento, p. 1, Motivi e obiettivi della proposta.



taforma, sulla presenza di eventuali effetti *lock-in* o di barriere all'ingresso (art. 2); il tutto all'esito di un procedimento di designazione della qualifica regolato analiticamente e condotto in contraddittorio con la piattaforma (artt. 15 ss.).

Quanto ai servizi di base, essi coincidono con quelli forniti dalle più diffuse piattaforme di intermediazione, social network, motori di ricerca, servizi pubblicitari e di cloud elencati analiticamente nelle definizioni dei punti 2 e seguenti dell'art. 2 [77].

Circoscritto il perimetro entro il quale il regolamento opera, i limiti del presente contributo non permettono di esporre le analitiche previsioni che individuano obblighi e divieti di comportamento per i gatekeeper (artt. 5, 6). Basti comprendere che tali obblighi mettono in forma di norme antitrust buona parte dei comportamenti che di fatto i gatekeeper hanno tenuto in spregio sia delle norme poste a tutela dei dati personali, sia delle norme che garantiscono agli utenti commerciali e agli utenti finali libertà di utilizzare altri fornitori o altri canali di distribuzione. Il linguaggio adottato dal regolamento si articola infatti prescrivendo ai gatekeeper obblighi negativi e positivi, consistenti nell'*astenersi da* o nel *consentire* comportamenti, rispettivamente lesivi degli utenti o espressivi della libertà di sciogliere il contratto e/o cambiare fornitore. Un catalogo deontico ricavato *a contrario* dal novero delle pratiche sleali e di lock-in più frequenti nei mercati digitali e più volte denunciate alle varie autorità giurisdizionali nei diversi ordinamenti [78]. È degno di nota che la Commissione sia abilitata ad accertare se, all'esito delle misure

[77] Nella Proposta si legge, a p. 3, che la stessa è "*limitata a una serie di "servizi di piattaforma di base" in cui i problemi individuati sono più evidenti e preminenti e in cui la presenza di un numero limitato di grandi piattaforme online che svolgono funzioni di punto di accesso per gli utenti commerciali e gli utenti finali ha determinato, o rischia di determinare, una scarsa contendibilità sia dei servizi stessi sia dei mercati in cui questi intervengono. Tra i servizi di piattaforma di base figurano: i) servizi di intermediazione online (compresi, ad esempio, i mercati, i negozi di applicazioni software e i servizi di intermediazione online in altri settori come la mobilità, i trasporti o l'energia); ii) motori di ricerca online; iii) servizi di social network online; iv) servizi di piattaforma per la condivisione di video; v) servizi di comunicazione elettronica interpersonale indipendente dal numero; vi) sistemi operativi; vii) servizi cloud e viii) servizi di pubblicità, comprese le reti pubblicitarie, gli scambi di pubblicità e qualsiasi altro servizio di intermediazione pubblicitaria, qualora siano collegati a uno o più degli altri servizi di piattaforma di base sopra menzionati*".

[78] Tanto si legge nella Proposta sopra citata, p. 3, e tanto basti per comprendere l'approccio: "D*all'esperienza nell'applicazione del diritto in materia di concorrenza dell'UE, da numerose relazioni e studi di esperti e dai risultati della consultazione pubblica aperta risulta che esiste un certo numero di servizi digitali contraddistinti dagli aspetti seguenti: i) servizi di piattaforma multilaterali altamente concentrati, in cui di solito una o pochissime grandi piattaforme digitali stabiliscono le condizioni commerciali con una notevole autonomia; ii) poche grandi piattaforme digitali svolgono funzioni di punto di accesso per gli utenti commerciali verso i loro clienti e viceversa; iii) spesso queste grandi piattaforme digitali che agiscono come gatekeeper utilizzano il loro potere in modo improprio adottando comportamenti sleali nei confronti degli utenti commerciali e dei clienti economicamente dipendenti".*



adottate per rimuovere pratiche sleali e garantire la contendibilità, non sussista ancora un ulteriore squilibrio "vessatorio" in termini di diritti e obblighi nei confronti degli utenti commerciali, e se i gatekeeper non conservino verso costoro uno svantaggio sproporzionato rispetto al servizio che offrono (art. 7, par. 6).

Per il resto, il Regolamento si muove secondo le metodologie tipiche dell'antitrust, disciplinando i poteri della Commissione ai fini della vigilanza e della irrogazione di eventuali sanzioni contro i gatekeeper le cui violazioni sono state accertate nel contesto dei procedimenti in contraddittorio che la Commissione deve avviare.

11. – Siamo giunti all'esito di queste riflessioni.

Ipotizzando che le due Proposte di Regolamento da ultimo analizzate diventino rapidamente diritto positivo dell'Unione e dei singoli Stati, il sistema giuridico europeo dell'economia digitale – dal punto di vista della regolazione del potere di autonomia privata – sarebbe coperto nei suoi versanti più esposti, e lo sarebbe principalmente attraverso Regolamenti atti a uniformare i diritti nazionali.

La metodologia regolativa utilizzata dovrebbe dare luogo ad una inedita combinazione di strumenti di autorità e libertà, finalizzata a contrattualizzare tutte le relazioni della Rete riconducibili all'attività delle piattaforme (specie di hosting), sia nel settore originario del commercio elettronico, esteso a tutti i beni e servizi inclusi quelli a contenuto digitale, e a tutte le forme dell'economia collaborativa; sia in quello della produzione e condivisione di contenuti informativi digitali, dove le relazioni con gli utenti non sono necessariamente finalizzate a realizzate una transazione economica, ma si manifestano nella semplice ricerca e fruizione di informazioni.

È il potere tecnologico e normativo espresso dagli intermediari fornitori di servizi l'elemento sul quale si concentra la complessa combinazione di discipline che si è voluta segnalare, ed è un potere visibile nella sua più compiuta espressione realizzata attraverso la fusione perfetta nell'architettura delle piattaforme dei pilastri costitutivi dell'economia *data driven*: l'organizzazione dei servizi di accesso e utilizzo della rete per qualsivoglia scopo economico o sociale, e la raccolta dei flussi di dati personali inevitabilmente immessi in circolazione dal momento dell'accesso, per essere scambiati e trasformati in altri "prodotti" e servizi.

Ed è qui che si giocano autorità e libertà, autonomia ed eteronomia delle relazioni contrattuali. I fornitori di servizi, anche quando raggiungono grandi dimensioni e/o associano una posizione di mercato tale da condizionarne la contendibilità e l'accesso, resta-



no soggetti privati, il loro potere normativo non è avocato né negato; l'autorità pubblica fronteggia l'autorità privata con gli strumenti della trasparenza e della canalizzazione dei modi di esercizio del potere entro procedure trasparenti, accessibili e controllabili da chi vi si trova interessato (utenti commerciali, fruitori privati, terzi lesi nei loro diritti). Il modello di regolazione europeo riconosce il potere, ma lo restituisce nella forma procedimentalizzata delle informazioni e comunicazioni contrattuali preventive e trasparenti, che rendono prevedibili e reclamabili le azioni attraverso le quali esso si manifesta concretamente; affiancando un ulteriore procedimento in contraddittorio sulle ragioni e sugli esiti di ciascuna azione.

È in quest'ottica che l'autonomia organizzativa degli intermediari digitali continua ad esplicarsi nell'applicazione dell'innovazione tecnologica alle relazioni sociali, come alla produzione di beni e servizi, ma in un contesto che assume altresì la vigilanza pubblica indipendente e l'*accountability* come contrappesi del rischio che quell'autonomia genera nella società.

Ed è ancora in quest'ottica che lo strumento contrattuale diviene il mezzo attraverso il quale quel potere e quell'autonomia si manifestano nei confronti dei singoli e diventano trasparenti e "reclamabili". Un contratto imposto, predisposto, ma integrato dei diritti e dei rimedi che le fonti eteronome impongono alle "autorità private".

Ed è qui, da ultimo, che si innesta quella che abbiamo chiamato disciplina abilitante, ovvero interferente, riferendoci alle norme che regolano l'attività di raccolta ed elaborazione dei dati personali attraverso l'attribuzione di diritti all'interessato e di obblighi al titolare/responsabile del trattamento. Questa è una disciplina non negoziabile, imperativa e indisponibile. Abbiamo rilevato che il continuo affermare negli Atti europei che la stessa non viene "pregiudicata" da altre discipline con le quali si regolano situazioni proprie della persona interessata non assume mero valore di richiamo, ma postula l'automatico adattamento della situazione interferita alla luce delle norme di protezione dei dati personali. Quanto osservato a proposito della disciplina dei difetti di conformità dei beni e servizi digitali assume il valore di un principio più generale. Ciò comporta l'automatica applicazione agli intermediari che raccolgano dati personali degli utenti della disciplina di titolari o responsabili del trattamento, e perciò la trasfusione di tutti gli obblighi procedurali e sostanziali previsti dal GDPR nel rapporto contrattuale con l'utente, obblighi cui corrispondono altrettanti diritti degli utenti quando reclamano l'esattezza delle prestazioni a carico del gestore anche da questo punto di vista. L'osservanza delle norme di *accountability* previste dal GDPR è dunque la condizione abilitante lo svolgimento dell'attività delle piattaforme, quando la stessa si ma-



nifesta *anche* nell'intercettazione o nella raccolta esplicita di dati personali degli utenti, e questi siano estratti per scopi diversi dall'esecuzione del contratto: per essere elaborati o ceduti o utilizzati ad altri scopi che comunque devono essere enunciati, per poter commisurare modalità e termini della raccolta. È su questa base, peraltro, che si innestano le normative specifiche sull'accesso e condivisione dei dati raccolti dalle piattaforme, fra clienti e fornitori dei servizi sottostanti, proposte dai due strumenti regolatori ancora in fase di gestazione da parte dell'Unione.

Tali ultime considerazioni permettono adesso di chiudere questo contributo, ritornando brevemente sul tema accennato in precedenza, riguardante il carattere contrattuale o meno del rapporto che si istituisce fra l'utente e la piattaforma al momento dell'accesso al sito, e per il fatto della mera navigazione, allorquando l'utente non sia posto nelle condizioni formali di accettare con un click – o in altro modo equivalente – i termini d'uso della piattaforma. Si rammenta che i presupposti del problema sono dati dall'accesso di fatto ad un sito aperto al pubblico e dall'assenza di una transazione economica: l'utente naviga per "visualizzare", per assumere informazioni, non compra nessuno dei prodotti o servizi offerti nella piattaforma, né offre beni o servizi ai suoi pari.

Dati questi presupposti, si dice [79], il rapporto di fatto tra piattaforma e utente non potrebbe dirsi contrattuale, in ragione della inaccettabile deformazione dello strumento contrattuale generata dalla mancanza di un valido consenso sui termini d'uso (non essendo il mero fatto della navigazione atto allo scopo); e la fattispecie andrebbe piuttosto ricondotta ad un diverso ambito di relazioni, dove la sottoposizione degli utenti al potere dell'intermediario – assimilato a una situazione possessoria – sarebbe governata dai principi e regole idonei a controllarne l'esercizio abusivo. Tra queste, proprio le regole sulla protezione dei dati personali, le quali dunque esplicherebbero, anche in questo caso, un'efficacia abilitante dello stesso rapporto che si istituisce con l'accesso al sito.

La tesi ha una sua suggestione, specie se si considera l'intento di non lasciare nessun momento dell'attività relazionale delle piattaforme in un vuoto di diritto [80].

E tuttavia essa trascura forse di considerare nella giusta luce una serie di circostanze.

Innanzitutto, la mera navigazione in un sito aperto al pubblico non equivale del tutto alla circolazione fisica tra le vetrine di un centro commerciale o di una via cittadi-

[79] Ci si riferisce di nuovo alla proposta di Quarta, *Mercati senza scambi*, cit., p. 299 ss.

[80] Si rammenta che ad oggi nessuno dei due Regolamenti prima menzionati ha preso vigore.



na [81]: solo all'interno del sito, infatti, la navigazione inevitabilmente comporta – e per effetto della stessa condizione ontologica delle piattaforme – la cessione dei dati personali dell'utente, quale precondizione implicita per fruire dei contenuti informativi, i quali sono offerti al pubblico in ragione di questo "scambio". Anzi, la navigazione è un "fatto" che si svolge e si esaurisce senza residui nel creare, dare e ricevere dati e informazioni.

In secondo luogo il navigatore fruisce della visualizzazione delle pagine e dei contenuti messi a disposizione dal sito pubblico, e se ne avvantaggia in relazione ai suoi interessi informativi e di ricerca senza corrispondere un prezzo, ciò che giustifica il "permesso" che egli accorda al gestore di raccogliere in "cambio" i dati che lo riguardano, costituiti anche dal semplice gesto di selezione di un link o di un post o di un contenuto qualunque, e già dalla scelta del settore di informazioni effettuata (viaggi piuttosto che libri).

Ne consegue che anche la semplice navigazione in un sito dà luogo ad un assetto di interessi economicamente rilevante suscettibile di essere assunto ad oggetto di un rapporto patrimoniale *ex* art. 1321, e comporta degli impegni reciproci per attuarlo: per il gestore l'impegno a rendere possibile tecnicamente l'accesso e poi l'acquisizione e creazione delle informazioni nella "sua" piattaforma, alla stregua di appositi termini d'uso; e per l'utente l'impegno a rendere possibile l'estrazione dei "suoi" dati attraverso un consenso espresso che il gestore è obbligato per legge – in assenza di altre basi legittime – a raccogliere preventivamente [82].

A fronte di questo insieme di circostanze, è difficile ritenere che l'utente che ha forni-

---

[81] È questo il paragone cui l'A. ricorre per negare che la navigazione sia comportamento concludente (pp. 337, 380).

[82] Non occorre in questa sede sviluppare, per accettarla o negarla, la controversa prospettiva dominicale dei dati personali, o quella che – analogamente – la riarticola rispetto ai diritti della piattaforma sui contenuti che essa mette a disposizione, a seconda che questi siano coperti o meno da prerogative di esclusiva. Ai fini del problema che ci occupa è sufficiente che entrambe le parti di questa relazione abbiano un potere di disponibilità sulle risorse che si scambiano, che li autorizzi a renderle oggetto di una relazione bilaterale. E questo può certamente predicarsi per l'utente, al quale si *deve* richiedere il consenso al rilascio (a prescindere che i dati si qualifichino o no come beni giuridici); come per il gestore della piattaforma, il cui complesso professionalmente organizzato per l'erogazione di servizi non può negarsi essere qualificabile alla stregua di un'*azienda* (a prescindere che i suoi contenuti siano qualificabili o meno come banche di dati, o che vengano rese disponibili licenze d'uso per software, etc.). Per la problematica relativa alla "proprietà" dei dati si veda per tutti il volume di C. Angiolini, *Lo statuto dei dati personali. Uno studio a partire dalla nozione di bene*, Torino, 2020. Per la problematica relativa ai "diritti" della piattaforma sui suoi contenuti si veda invece la ricostruzione approfondita di Quarta, *Mercati senza scambi*, cit., p. 99 ss., che parte proprio da questa prospettiva analitica per ricostruire funzioni e natura dei termini d'uso.



to il consenso alla raccolta dei dati, e poi continua spontaneamente nella navigazione non attribuisca a questa sua condotta il significato di un comportamento concludente idoneo alla conclusione di quel *contratto* mediante il quale egli fruisce dei contenuti organizzati dal gestore (rispettandone l'altruità) e questi acquisisce i suoi dati (per uno scopo preciso e annunciato). Così come è difficile ritenere che questo comportamento non sia in tal medesimo senso inteso dalla comunità degli utenti/naviganti.

Sia ben chiaro, a scanso di equivoci, che questo contratto non nasce dal consenso al trattamento dei dati, ma dal comportamento concludente che l'utente tiene dopo aver acconsentito al trattamento, cioè la navigazione nel sito web del gestore. Il consenso al trattamento si pone semmai come una delle circostanze rilevanti agli effetti dell'applicazione al caso dell'art. 1327.

Anche in questa fattispecie, dunque, è possibile ritrovare quella duplicità di procedimenti consensuali che si è argomentato essere necessari alla luce della Direttiva n. 770 del 2019 relativamente a quei "casi" (di forniture digitali + forniture di dati) che la Direttiva non chiama "contratti", ma che sottopone ugualmente al suo ambito di applicazione, e che perciò contratti pur sempre devono essere reputati. Anche se – come osservato a suo tempo – sussiste una certa ritrosia del legislatore europeo ad ammettere e riconoscere in questi "casi" l'uso dei dati in funzione corrispettiva di scambio [83].

Da ultimo, ma ciò non è poco, sembra di poter dire che la qualificazione in senso contrattuale delle relazioni che stiamo considerando offra all'utente più garanzie di prote-

[83] Vedi *supra*, par. 6, lett. a). Neppure il tema della contrattualizzazione dei dati personali non è oggetto del presente studio, ma viene chiamato in causa ai fini della ricostruzione del rapporto tra piattaforma e utente nei casi indicati. Per opportune indicazioni si rinvia ai recenti volumi di Versaci, La contrattualizzazione dei dati personali dei consumatori, cit., in particolare p. 137 ss.; De Franceschi, *La circolazione dei dati personali tra privacy e contratto*, Napoli, 2017; Bravo, *Il "diritto" a trattare dati personali nello svolgimento dell'attività economica*, Milano, 2018; e di C. Angiolini, *Lo statuto dei dati personali*, cit., p. 189 ss.; nonché al contributo di G. Resta, V. Zeno Zencovich, *Volontà e consenso nella fruizione dei servizi in rete*, in *Riv. trim. dir. proc. civ.*, 2018, p. 411 ss., secondo i quali, soltanto "chiudendosi in una stanza buia" si può sostenere la gratuità di tali transazioni, o credere come "allochi" che un certo servizio "*is free and will always be*"; mentre a fronte della realtà dei rapporti digitali sorge addirittura il dubbio che la situazione si possa rovesciare: e cioè che siano gli utenti i fornitori di una risorsa (i loro dati) a certe imprese, che in cambio li remunerano mediante servizi digitali. Sicché non si può non ricondurre l'insieme delle transazioni di cui si discute a quei modelli ben noti alla scienza giuridica come alla scienza economica che sanno distinguere tra la vera gratuità disinteressata e le attività imprenditoriali apparentemente gratuite che tuttavia accrescono infinitamente il valore economico dell'impresa. Da ultimo si veda D'Ippolito, *Commercializzazione dei dati personali: il dato personale tra approccio morale e negoziale*, in *Dir. informazione e informatica*, 2020, p. 634, secondo il quale l'approccio negoziale alla circolazione sarebbe strumento di rafforzamento anche qualitativa della tutela.



zione di quante egli possa averne fuori dal perimetro contrattuale. Perché solo lo strumento contrattuale (ha storicamente consentito, per vocazione, e ancora) può consentire l'attivazione di rimedi efficaci contro inadempienze e abusi del gestore realizzati con quei comportamenti opportunistici che i nuovi strumenti europei si propongono di colpire.

JUS CIVILE



FABRIZIO CALISAI

Ricercatore di Diritto privato – Università degli Studi di Sassari

INADEMPIMENTO CONTRATTUALE E DANNO NON PATRIMONIALE: PROFILI STRUTTURALI, EVOLUZIONE CONCETTUALE E DISAMINA DELLA CASISTICA TRA FORMANTE GIURISPRUDENZIALE E RISCHIO DI "CONTAMINAZIONI" METAGIURIDICHE

SOMMARIO*: 1. Prima (rapida) premessa concettuale: l'inadempimento come mancato rispetto del programma contrattuale. – 2. Seconda (rapida) premessa concettuale: il risarcimento del danno e l'interesse positivo. – 3. Il risarcimento del danno non patrimoniale da inadempimento: profili strutturali e disamina delle fattispecie rilevanti. Il caso del contatto sociale. – 4.* (Segue). *Disamina di altre rilevanti fattispecie di danno non patrimoniale da inadempimento. Il danno da vacanza rovinata. – 5.* (Segue). *Il danno da perdita di animale di affezione, un caso ancora attuale, aperto e controverso. – 6. Osservazioni conclusive.*

1. – Il contratto, ontologicamente inteso come accordo, incorpora un preciso programma che le parti si impegnano a rispettare per il raggiungimento di finalità inerenti alla loro sfera giuridico-patrimoniale. Per mezzo di pattuizioni che assumono carattere vincolante, ciascun contraente si assicura l'impegno dell'altro per la soddisfazione del proprio interesse. Solamente se il programma funziona, se gli impegni vengono rispettati, l'operazione negoziale sarà funzionale agli interessi delle parti e quindi utile, mentre la mancata attuazione del programma contrattuale costituisce normalmente una fonte di danni per i contraenti [1]. Il profilo della imputabilità, ovvero, la precisa riconducibilità del mancato rispetto del programma contrattuale alla sfera giuridica del contraente, fa assumere a tale evento i chiari profili di un torto, da intendersi – anche in senso empirico – come contegno lesivo dell'interesse di un altro consociato. Da tale contegno scaturisce

[1] Molto chiaramente P. TRIMARCHI, *Il contratto: inadempimento e rimedi*, Milano, 2010, p. 4.



una responsabilità. Si parla, in questo caso, di torto contrattuale [2] e/o di responsabilità contrattuale.

Il torto contrattuale, identificabile quindi con il mancato rispetto del programma, è ciò che si definisce inadempimento e si integra nel momento in cui il soggetto non esegue la prestazione dovuta, la esegue in ritardo o comunque non la esegue sulla base di quanto statuito in termini di modo, tempo e luogo [3]. La problematica dell'inadempimento offre all'interprete un panorama variegato, tutt'altro che lineare [4] e caratterizzato da una spiccata polimorfia. Può, infatti, accadere che la prestazione non venga eseguita e che quindi ci si trovi di fronte a un inadempimento totale, che venga eseguita solamente in parte, in caso di adempimento parziale, oppure che venga eseguita in ritardo o con modalità differenti da quelle pattuite. L'articolo 1218 c.c. enuclea a chiare lettere il principio cardine dell'inadempimento imputabile e della responsabilità contrattuale [5], intesa con l'ampia accezione di responsabilità da obbligazione, che interviene nelle ipotesi in cui tra le parti coinvolte sussiste un rapporto giuridico preesistente [6]. L'inadempimento, consistente nel-

---

[2] Per questa definizione si rimanda a E. BETTI, *Teoria generale delle obbligazioni. Prolegomeni: funzione economico-sociale dei rapporti d'obbligazione*, Milano, 1953, p. 106.

[3] Sul punto, C.A. CANNATA, *L'inadempimento delle obbligazioni*, Padova, 2008, p. 2. L'A. Puntualizza come il codice civile adotti come nozione generale di inadempimento quella della mancata esecuzione della prestazione dovuta. Questo fenomeno può assumere, oltre a quella generale corrispondente all'assenza di esecuzione, le due forme speciali dell'esecuzione scorretta (o cattiva esecuzione) e del ritardo nell'esecuzione, la quale ultima concreta la particolare violazione del dovere di esecuzione tempestiva.

[4] Sul carattere polimorfico dell'inadempimento, si rimanda a V. ROPPO, *Il contratto,* in *Tratt. dir. priv.*, Iudica, Zatti, Milano, 2006, p. 954. Secondo l'A., l'inadempimento può presentarsi con volti diversi, nello specifico contesto del rapporto contrattuale che ha assunto profili patologici: in relazione alle circostanze di questo, alla natura della prestazione inadempiuta, alle modalità di condotta dell'inadempiente, alla situazione di controparte, ad altri fattori ancora. Si può configurare come inadempimento radicale e definitivo, adempimento parziale, ritardo nell'adempimento, adempimento qualitativamente difettoso. Può essere inadempimento che si consuma una volta per tutte, o inadempimento che continua nel tempo. In quest'ultimo caso, il suo protrarsi nel tempo può aggravarne le conseguenze in modo più o meno marcato e più o meno veloce. Può essere inadempimento rimediabile in futuro, o inadempimento irrimediabile.

[5] In materia di responsabilità contrattuale si rimanda alle opere di E. BETTI, *Teoria generale delle obbligazioni*, cit.; C.M. BIANCA, Dell'*inadempimento delle obbligazioni, artt. 1218-1229,* in *Comm. cod. civ.*, Scialoja, Branca, Bologna-Roma, 1979, *passim*; ID., *Diritto civile, L'obbligazione*, IV, Milano, 1990, *passim*; ID., *Diritto civile, La responsabilità*, V, Milano, 1994, *passim*; M. GIORGIANNI, *L'inadempimento*, Milano, 1975, *passim*; L. MENGONI, *Responsabilità contrattuale (dir. vig.),* in *Enc. dir.*, XXXIX, Milano, 1988, p. 1072 ss.; G. VISINTINI, *Inadempimento e mora del debitore, artt. 1218-1222,* in *Comm. cod. civ.*, Schlesinger, Milano, 2006, *passim*; V. ROPPO, *Il contratto*, Milano, 2001, *passim*; G. VILLA, *Danno e risarcimento contrattuale,* in *Tratt. contr.*, Roppo, V, Milano, 2006, pp. viii-232; P. TRIMARCHI, *Il contratto: inadempimento e rimedi*, cit.; F. GALGANO, *Trattato di diritto civile*, II, Padova, 2010, pp. 3-98.

[6] Sul punto, molto chiaramente, L. MENGONI, *Responsabilità contrattuale*, cit., p. 1073. Nella locuzione responsabilità contrattuale l'aggettivo è usato nel significato ampio che il termine *contractus* aveva origina-



la mancata o inesatta esecuzione della prestazione, si declina attraverso profili e caratteri puramente oggettivi [7]. La responsabilità del contraente inadempiente, che dà origine a un'obbligazione risarcitoria, scaturisce dalla imputabilità dell'inadempimento, in quanto la mancata esecuzione della prestazione è ascrivibile al contraente stesso, al quale si rimprovera «di non avere adibito lo sforzo contrattualmente dovuto, sia esso in termini di spesa o di attività competente e diligente» [8]. Si definisce l'inadempimento come imputabile in quanto legato a colpa del debitore.

Nell'ambito della responsabilità contrattuale, il concetto di colpa rappresenta, secondo un illustre insegnamento, l'elemento soggettivo, identificabile nella carenza di tutto lo sforzo, dell'impegno di cooperazione richiesto all'obbligato nell'interesse del creditore, secondo il tipo di rapporto obbligatorio in questione e necessario per attuare la prestazione dovuta, sempre che questa fosse oggettivamente possibile [9]. La colpa è da intendere in senso oggettivo e non deve essere rapportata alle caratteristiche peculiari (soggettive) del singolo debitore, ma allo standard astratto di prestazioni atteso per il tipo di rapporto considerato [10]. Sulla base di tale assunto, attraverso un meccanismo molto severo, «il debitore meno dotato subisce i danni derivanti dalla propria incapacità» [11]. Il concetto di colpa, addirittura, scolorisce, nei casi in cui il debitore utilizzi per l'adempimento una vera e propria organizzazione. In simili ipotesi, può capitare che l'inadempimento dipenda non da una carenza direttamente attribuibile alla sfera personale del debitore, ma dall'apparato di mezzi e risorse di cui lo stesso si serve.

In casi del genere, eventi come il malfunzionamento di un macchinario, anche non conseguente a una cattiva manutenzione, il ritardo che coinvolge una delle fasi del ciclo

---

riamente nel diritto classico, dove designava tutte le obbligazioni diverse dalla responsabilità *ex delicto*. Intesa la responsabilità civile come obbligazione di risarcimento dei danni, la distinzione tra responsabilità contrattuale e extracontrattuale, da fatto illecito corrispondente alla prima *summa divisio* gaiana delle obbligazioni in due specie: *ex contractu vel ex delicto*. Si dice contrattuale la responsabilità per l'inadempimento di un'obbligazione preesistente, quale che sia la fonte; è tale anche la responsabilità per inadempimento di un'obbligazione da fatto illecito, in quanto non siano stati risarciti i danni da questo prodotti.

[7] In questo senso, F. GALGANO, *Tratt. dir. civ.,* cit., p. 53.

[8] Così, P. TRIMARCHI, *Il contratto: inadempimento e rimedi*, cit., p. 12.

[9] Vedi E. BETTI, *Teoria generale delle obbligazioni*, cit., p. 111.

[10] Così, G. VILLA, *Danno e risarcimento contrattuale*, cit., p. 821-822. La nozione oggettiva della colpa inasprisce i criteri di responsabilità ed avvicina il funzionamento delle regole a forme di responsabilità oggettiva. Secondo questo meccanismo, si ritengono imputabili al debitore eventi che, secondo un criterio di ragionevolezza, non gli avrebbero dovuto imporre alcuna misura preventiva in considerazione della rarità del rischio e del costo sproporzionato delle precauzioni. Sul punto anche P. TRIMARCHI, *Il contratto: inadempimento e rimedi*, cit.; C.M. BIANCA, *Dell'inadempimento delle obbligazioni*, cit.

[11] Così, P. TRIMARCHI, *Il contratto: inadempimento e rimedi*, cit., p. 14.



produttivo ascrivibile a un fornitore che manca una consegna, anche se non dipendenti da colpa del debitore, possono dare origine a responsabilità. In quest'ottica, perfino l'inadempimento derivante da causa ignota resta a carico del debitore [12]. Ci si trova evidentemente di fronte a una norma molto rigida, impregnata di un chiaro *favor* per il creditore. Il meccanismo normativo pone un severo onere della prova in capo al debitore, che può liberarsi dal vincolo di responsabilità solamente se dimostra che l'inadempimento è derivato da una sopravvenienza (impossibilità della prestazione) a lui non imputabile. Si assiste quasi al configurarsi di un'ipotesi di responsabilità presunta in capo al debitore [13].

Ancora, l'art. 1218 c.c. assume la natura di "norma di confine", che ha la funzione di delineare chiaramente le zone di influenza del rischio contrattuale, ovvero, dell'insieme di quei fattori, indipendenti dalla sfera giuridica dei contraenti, che possono influire negativamente sull'assetto di interessi sotteso all'operazione negoziale [14]. Più precisamente, da un lato, con la previsione dell'inadempimento imputabile, la norma in analisi deli-

---

[12] Ancora, P. TRIMARCHI, *Il contratto: inadempimento e rimedi*, cit., p. 15. L'A. Puntualizza come l'estensione della responsabilità ad ogni ipotesi di inadempimento dovuto a disfunzioni interne della sfera di organizzazione del debitore, può essere prevista in funzione di incentivo all'inadempimento. Così, sapendo che risponderà di ogni disfunzione interna, il debitore sarà spinto ad impegnare lo sforzo, le spese e le misure di sicurezza che gli appaiono giustificate dal punto di vista dell'efficienza produttiva. Secondo questa prospettiva, la sua responsabilità non dipenderà da un riesame e una valutazione giudiziale della sua organizzazione interna, il che implica maggiore semplicità, economicità e certezza del giudizio. La regola attua anche una ripartizione dei rischi, e precisamente sia del rischio di danni derivanti da disfunzioni incolpevoli interne alla sfera del debitore, sia del rischio di danni derivanti da cause non bene accertate o accertabili. Quanto ai rischi del primo tipo, l'efficienza richiede che essi siano addossati a chi può meglio prevederli, controllarli e gestirli. Ora, la possibilità della disfunzione interna e la sua possibile incidenza sull'adempimento sono valutabili dal debitore molto meglio che dal creditore.

[13] In questo senso, Cass., 2 aprile 2001, n. 4799, in *Mass. giust. civ.*, 2001, p. 670; Cass., 26 ottobre 2000, n. 14124, in *Mass. giust. civ.,* 2000, p. 2183. Si rimanda inoltre a G. VILLA, *Danno e risarcimento contrattuale*, cit.

[14] In tema di rischio contrattuale e sopravvenienze, si rimanda ai contributi di G. OSTI, *La così detta clausola* rebus sic stantibus *nel suo sviluppo storico,* in *Riv. dir. civ.*, 1912, p. 1 ss. L'A. utilizza per primo la locuzione sopravvenienze contrattuali. Si rimanda, da ultimo a M. ZACCHEO, *Sopravvenienza,* in *Dizionari del Diritto privato*, promossi da N. Irti, Martuccelli-Pescatore (a cura di), Milano, 2011, p. 1638; cfr. anche G. ALPA, *Rischio* (dir. vig.), in *Enc. dir*., XL, Milano, 1989, p. 1144 ss. Il primo imprescindibile contributo in materia di rischio contrattuale era dedicato al rischio nell'obbligazione. Si rimanda a G. GORLA, *Del rischio e pericolo nelle obbligazioni*, Padova, 1934, p. 5. In una fase successiva, il concetto di rischio si inscrive definitivamente nell'ambito del contratto. Si rimanda ai fondamentali contributi di M. BESSONE, *Adempimento e rischio contrattuale*, Milano, 1969, *passim.*; G. ALPA, *Rischio (dir. vig.)*, cit.; ID., *Rischio contrattuale,* in *Nov. Dig. it.*, app., VI, Torino, 1986, p. 863 ss.; ID., M. BESSONE, V. ROPPO, *Rischio contrattuale e autonomia privata*, Milano, 1982, *passim*; P. GALLO, *Sopravvenienza contrattuale e problemi di gestione del contratto*, cit.; E. GABRIELLI, *Alea e Rischio nel contratto*, Napoli, 1997, *passim*; F. DELFINI, *Autonomia privata e rischio contrattuale*, Milano, 1999, *passim.*



nea una fattispecie di responsabilità in capo al contraente che, per sua negligenza, non ha rispettato il programma e non ha eseguito correttamente la prestazione dovuta, dall'altro, con la previsione della impossibilità sopravvenuta per causa non imputabile come causa esimente, delimita quella responsabilità.

2. – Da ogni forma di inadempimento, anche lieve, deriva, per il contraente *in bonis,* il diritto di ottenere il risarcimento del danno subìto. In pratica, il risarcimento consegue al fatto obiettivo dell'inadempimento, sia nell'ipotesi in cui il rapporto contrattuale sopravviva, sia nell'ipotesi in cui il torto contrattuale assuma proporzioni tali da integrare i presupposti per il ricorso al rimedio ablativo rappresentato dalla risoluzione [15]. Il mancato rispetto del programma imputabile a uno dei contraenti causa un pregiudizio alla controparte, nel senso che la espone a un peggioramento della propria situazione patrimoniale [16]. La funzione svolta dal risarcimento è proprio quella di porre rimedio a tale situazione, eliminando le conseguenze dannose che sono direttamente collegate all'inadempimento.

La tipica forma di risarcimento, ovvero il risarcimento per equivalente, consiste in una reintegrazione del patrimonio del creditore, che si realizza mediante l'attribuzione, al creditore, di una somma di denaro pari al valore della cosa o del servizio oggetto della prestazione non adempiuta [17]. Evidente la differenza rispetto alla seconda forma di risarcimento prevista dall'ordinamento, anch'essa ammessa in ambito contrattuale [18], ossia quella in forma specifica, che mira a far conseguire al creditore l'*eadem res* dovuta, ovvero, una prestazione del tutto analoga, nella sua specificità ed integrità, a quella cui il debitore era tenuto in base al vincolo contrattuale [19].

Allo stato attuale, si afferma che il risarcimento del danno per equivalente debba avere a oggetto l'interesse positivo, ovvero, debba porre il contraente leso in una situazione economica equivalente a quella in cui si sarebbe trovato se il programma contrattuale fosse stato regolarmente rispettato. Più precisamente, si tratta di fargli conseguire il valo-

---

[15] Cfr. P. TRIMARCHI, *Il contratto: inadempimento e rimedi*, cit., p. 83.

[16] Vedi G. VILLA, *Danno e risarcimento contrattuale*, cit., p. 889.

[17] Vedi Cass., 18 settembre 2013, n. 21337, In *Guida al diritto*, 2013, p. 44.

[18] Cfr. P. GALLO, *L'inadempimento*, cit., p. 2237.

[19] Vedi Cass., 18 settembre 2013, n. 21337, cit. Secondo la pronuncia citata, il risarcimento in forma specifica tende a realizzare una forma più ampia e, di regola, più onerosa per il debitore.



re dell'affare sul quale aveva fatto affidamento [20]. L'assunto è pacifico, sia in dottrina [21] che in giurisprudenza [22]. Di conseguenza, sembra che non residui spazio per un risarcimento avente a oggetto l'interesse negativo, volto a porre il contraente leso in una situazione equivalente a quella in cui si sarebbe trovato se non avesse stipulato il contratto [23].

---

[20] Così, P. TRIMARCHI, *Il contratto: inadempimento e rimedi*, cit., p. 83. Cfr. anche A. LUMINOSO, U. CARNEVALI, M. COSTANZA, *La risoluzione per inadempimento*, cit.

[21] Si rimanda in particolare a P. TRIMARCHI, *Il contratto: inadempimento e rimedi*, cit.; ID., *Interesse positivo e interesse negativo nella risoluzione del contratto,* in *Riv. dir. civ.*, 2002, I, p. 637 ss.; G. VILLA, *Danno e risarcimento contrattuale*, cit.; A. LUMINOSO, *Risoluzione per inadempimento*, cit.; P. GALLO, *L'inadempimento,* cit.

[22] Vedi T.A.R., Catania (Sicilia), Sez. II, 13 ottobre 2008, in *Foro amm., TAR*, 2008, p. 2897: «In tema di risarcimento del danno derivante da illegittima aggiudicazione di appalto pubblico, il concesso risarcimento dell'interesse positivo (cioè quello che l'impresa avrebbe tratto dall'aggiudicazione della gara in suo favore) esclude in radice la risarcibilità dell'interesse negativo». Trib. Roma, Sez. XIII, 5 giugno 2005, inedita: «Dalla risoluzione del contratto scaturiscono effetti liberatori, restitutori e risarcitori; questi ultimi spettano nel limite dell'interesse positivo, cosicché, in ipotesi di risoluzione per inadempimento di un contratto d'opera, deve riconoscersi al committente, a titolo di risarcimento del danno, unicamente la differenza di prezzo tra quanto avrebbe corrisposto al convenuto, se il contratto fosse stato regolarmente adempiuto, e la maggior somma che, invece, ha dovuto (ovvero dovrà) pagare, per appaltare ad altra impresa l'ultimazione dei lavori.». In materia di contratto preliminare di vendita si veda Cass., 7 gennaio 1993, n. 5063, in *Giur. it.,* 1994, p. 952 ss.: «La risoluzione del contratto preliminare per inadempimento del promittente venditore comporta l'obbligo dell'inadempiente di rifondere all'altra parte, oltre che le somme versate a titolo di prezzo, anche il lucro che abbia perduto in conseguenza della mancata esecuzione della prestazione, tenendo conto del valore commerciale del bene che sarebbe entrato nel suo patrimonio in caso di stipulazione del definitivo».

[23] Il problema è stato studiato a fondo negli ordinamenti di *common law*, attraverso la prospettiva dell'analisi economica del diritto. In particolare, si è cercato di porre in evidenza le differenze e le conseguenze legate alle due prospettive del risarcimento, quella dell'interesse positivo o dell'interesse negativo. Si rimanda a G. VILLA, *Danno e risarcimento contrattuale*, cit., p. 891. Il creditore può soffrire un pregiudizio perché, andate deluse le sue aspettative a causa della mancata esecuzione della promessa, non è in grado di sfruttare la prestazione attesa secondo i suoi programmi (per esempio non può più rivendere la cosa a maggior prezzo e conseguire così un lucro). Consentire alla parte delusa di ottenere il risarcimento di simili danni significa, nel nostro sistema, accordare la rifusione del c.d. interesse positivo e, in quello di *common law*, riconoscere gli *expectation damages*, e perseguire l'obiettivo di ricollocare il creditore nella medesima posizione patrimoniale nella quale si sarebbe trovato, se il contratto fosse stato regolarmente adempiuto. Chi ha subito l'inadempimento, può risentire di altre forme di pregiudizio quando, in vista della prestazione attesa, abbia sostenuto costi (per esempio abbia ristrutturato un'ala del suo edificio affinché fosse in grado di sostenere il peso di una nuova macchina, che però non gli è più stata consegnata). Riconoscere al danneggiato la rifusione di tali spese, in una prospettiva che sarebbe ricondotta nel nostro ordinamento al risarcimento dell'interesse negativo ed in *common law* al ristoro dei *reliance damages*, significa riportare il creditore alla medesima situazione in cui si trovava prima di stipulare il contratto. Può inoltre darsi il caso che il contraente deluso abbia eseguito la propria prestazione inutilmente, dal momento che l'altra parte non ha poi adempiuto alla controprestazione; è indiscutibile che alla parte fedele debba essere consentito il recupero di quanto pagato a vuoto e dunque si fa fronte a tale esigenza nel nostro diritto tramite la restituzione e in *common law* attraverso i *restitutory damages*. Nella prospettiva dell'analisi economica del diritto i tre rime-



In questo senso, appare prezioso l'insegnamento di un'autorevole dottrina [24], che arriva a escludere il risarcimento dell'interesse negativo per mezzo di assunti basati sulle logiche di mercato, nonché sulla funzione attribuibile al risarcimento del danno. Sotto il primo profilo, costruendo una sorta di simulazione, emerge in maniera evidente come la componente di danno più rilevante nel risarcimento dell'interesse negativo sarebbe costituita dagli affari alternativi trascurati e perduti, in tutta evidenza elementi di difficile valutazione per il giudicante, in quanto totalmente virtuali e ipotetici, che conseguentemente richiederebbero uno sforzo arduo sotto il profilo probatorio. Inoltre, una giusta quantificazione delle occasioni perdute sarebbe possibile solamente in situazioni di mercato caratterizzate da trasparenza e concorrenzialità, in cui gli affari trascurati siano perfettamente equivalenti rispetto a quelli conclusi, e quindi in condizioni differenti dalla effettiva realtà del mercato [25].

Sotto il secondo profilo, si evidenzia come sarebbe più opportuno considerare la disciplina della responsabilità contrattuale come forma di protezione degli interessi del creditore e non solo come incentivo per il debitore. Sarebbe più in linea con la *ratio* dell'istituto assicurare al creditore stesso, pregiudicato dal torto contrattuale, la possibilità

---

di vengono indagati come se fossero varianti di uno strumento unitario e vengono valutati tenendo presenti i diversi effetti prodotti dall'uno o dall'altro sugli incentivi ad adempiere e sui risultati di efficienza che ne conseguono. Tuttavia, in una indagine di diritto positivo, tale approccio non appare esaustivo, soprattutto perché la scelta tra le tre alternative, al contrario di quanto accade nel sistema anglo-americano, nel nostro ordinamento è soggetta a vincoli che rendono più rigida la tutela del creditore. In tema di analisi economica del diritto, si rimanda agli studi di R.A. POSNER, *Economic analysis of Law*, ninth ed., New York, 2014; E. FARNSWORTH, *Legal Remedies for Breach of Contract*, in 70 Columbia Law Review, 1970, 1 145. p 1216; ID., *Contracts*, Little Brown, 1990; J. BARTON, *The Economic Bases of Damages for Breach of Contract, in Journal of Legal Studies*, 1972, p. 277 ss.; S. SHAVELL, *Damage measures for breach of contract,* in *11 The Bell Journal of Economics*, 1980, p. 466 ss.; T. MICELI, *Economics of the Law*, Oxford University Press, 1997; R. COOTER, & T. ULEN, *Law and Economics*, Reading, Ma, e. al. 2000. Ancora, sul tema del c.d. *disgorgement*, ovvero sulla possibilità di trasferire al danneggiato il profitto ottenuto dal contrente inadempiente grazie al mancato rispetto del programma contrattuale, si rimanda ancora a E. FARNSWORTH, *Your Loss or my Gain? The dilemma of the Disgorgement principle in Breach of Contract,* in *94 Yale Law Journal*, 1985, p. 1339 ss.; A. KULL, *Disgorgement from Breach, the Restitution Interest and the Restatement of Contract,* in *79 Texas Law Review*, 2001, p. 20131 ss. Con riferimento al nostro ordinamento il problema è stato analizzato da P. PARDOLESI, *Rimedi all'inadempimento contrattuale: un ruolo per il* disgorgement?, in *Riv. dir. civ.*, 2003, I, p. 717 ss.

[24] Cfr. P. TRIMARCHI, *Il contratto: inadempimento e rimedi*, cit., pp. 86-87.

[25] Sul punto, P. TRIMARCHI, *Il contratto: inadempimento e rimedi*, cit., p. 87. Quando il mercato è meno trasparente e concorrenziale questa equivalenza viene meno. Ogni affare può essere diverso e perciò l'interesse positivo può essere diverso dall'interesse negativo. In simili ipotesi diventano rilevanti le considerazioni svolte circa le difficoltà dell'integrazione del relativo onere probatorio, che implicano che una responsabilità commisurata all'interesse negativo resterebbe praticamente inoperante e dunque inefficace.



di conseguire l'equivalente del risultato di un'iniziativa opportuna che non ha potuto produrre tutti i suoi frutti solo per colpa altrui (o per fatti di cui altri si è assunto il rischio)[26]. Gli aspetti relativi alla struttura e alla funzione del danno contrattuale risarcibile non esauriscono certamente il novero degli argomenti rilevanti in materia, né i corollari ad esso connessi, degni tutti di apposite, separate e approfondite trattazioni. Nell'ottica della presente analisi, si vuole concentrare l'attenzione sui profili relativi all'ampliamento dell'alveo del danno da inadempimento contrattuale risarcibile come forma di tutela offerta dalla giurisprudenza, che conduce così verso nuove frontiere il rimedio risarcitorio, fino a ricomprendere nella gamma dei danni contrattuali rilevanti anche i danni non patrimoniali.

3. – L'apertura verso la risarcibilità dei danni non patrimoniali da inadempimento è piuttosto recente.

Il discorso sul danno non patrimoniale, derivante dalla lesione di interessi estranei alla sfera patrimoniale[27], nato in una prima fase nell'ambito di fattispecie di responsabilità aquiliana e contrassegnato da progressive aperture, si sposta successivamente verso il terreno dell'inadempimento contrattuale, trovando, a fronte di una iniziale chiusura riconducibile agli studi più datati[28], un terreno fertile sia tra i contributi della dottrina[29] che, come si avrà modo di vedere, tra le pronunce della giurisprudenza.

Una prima ricostruzione ermeneutica favorevole alla configurazione del risarcimento del danno non patrimoniale derivante da inadempimento fa leva sulle disposizioni del-

---

[26] Ancora, P. TRIMARCHI, *Il contratto: inadempimento e rimedi*, cit., p. 87. Secondo l'A., in questo modo si assicurerebbe la remunerazione delle iniziative economicamente utili e le si incoraggerebbe nella giusta misura. Diversamente, ciascun operatore economico dovrebbe scontare il profitto atteso dall'iniziativa con un fattore corrispondente al rischio dell'inadempimento altrui, con il che l'incentivo alle iniziative produttive sarebbe ridotto impropriamente, riducendo di altrettanto l'incentivo al debitore perché adempia. L'A. Conclude che, trattandosi di un rischio dipendente dal debitore, è preferibile che il costo ne sia rimesso a carico di quest'ultimo.

[27] Vedi G. VILLA, *Danno e risarcimento contrattuale*, cit., p. 970.

[28] Cfr. R. SCOGNAMIGLIO, *Il danno morale (Contributo alla teoria del danno extracontrattuale),* in *Riv. dir. civ*., 1937, I, p. 313.

[29] Cfr., M. COSTANZA, *Danno non patrimoniale e responsabilità contrattuale,* in *Riv. crit. dir. priv.*, 1987, p. 127 ss.; C. SCOGNAMIGLIO, *Il danno non patrimoniale contrattuale*, in *Il contratto e le tutele*, Mazzamuto (a cura di), Torino, 2002, pp. 467-478. Per un approfondito studio del problema si rimanda inoltre a V. ZENO ZENCOVICH, *Danni non patrimoniali e inadempimento,* in *Risarcimento del danno contrattuale ed extracontrattuale*, Visintini (a cura di), Milano, 1984, p. 109 ss.; ID., *Interesse del creditore e danno contrattuale non patrimoniale,* in *Riv. dir. comm.*, 1987, I, p. 77 ss.



l'art. 1174 c.c., secondo le quali il rapporto obbligatorio sorgerebbe anche in vista della soddisfazione di un interesse non patrimoniale del creditore [30]. Si osserva anche come, da un punto di vista sia prettamente testuale che sistematico, il concetto di danno debba essere inteso come onnicomprensivo [31] e le locuzioni danno emergente e lucro cessante, che rappresentano le voci del danno risarcibile, non rechino limitazioni di sorta e siano riferibili anche a pregiudizi di natura non patrimoniale [32].

L'orientamento restrittivo scontava i limiti derivanti dall'applicazione, anche in ambito contrattuale, dell'art. 2059 c.c., norma generale situata nel corpo della disciplina relativa all'illecito aquiliano, che ammette il risarcimento del danno non patrimoniale solamente in ipotesi tipiche, previste dalla legge e in particolare nel caso in cui la condotta lesiva integri un illecito penale [33]. Nonostante tale orientamento, nelle pronunce della giurisprudenza si assiste alla nascita di specifiche ipotesi di danno volte a offrire una reintegrazione a vantaggio di un soggetto che non ha ottenuto una prestazione preordinata alla realizzazione di interessi non patrimoniali [34]. Il passo successivo e determinante in materia è dato dalle importanti pronunce della Consulta [35] e della Suprema Corte [36] che

---

[30] Per questa ricostruzione, M. GIORGIANNI, *L'obbligazione (La parte generale delle obbligazioni)*, Milano, 1968 (rist.), p. 29 ss. Pare critico sul punto, G. ANZANI, *Danno non patrimoniale e responsabilità da inadempimento*, in *Studium iuris*, 4, 2017, p. 399 ss., ed ivi a p. 399.

[31] Queta è la ricostruzione di V.S. MAZZAMUTO, *Le nuove frontiere della responsabilità contrattuale,* in *Europa e Dir. priv*., 2014, p. 807 ss.

[32] Sul punto, C. CASTRONOVO, *La nuova responsabilità civile*, Milano, 2006, p. 150.

[33] Parte della dottrina arrivava addirittura ad escludere *in toto* la risarcibilità del danno non patrimoniale da inadempimento, sulla base della non applicabilità di tale norma in ambito contrattuale. Cfr., R. SCOGNAMIGLIO, *Il danno morale (Contributo alla teoria del danno extracontrattuale),* cit*., passim.*

[34] Cfr. G.P. Roma, 11 luglio 2003, in *Dir. fam.,* 2004, p. 106, per un'ipotesi di danno esistenziale derivante da interruzione di una linea telefonica; G.P. Bari, 7 novembre 2003, in *Danno e resp.*, 2004, p. 626 ss., per danni derivanti dal ritardo di un volo aereo, e G.P. Capaccio, 20 ottobre 2004, inedita, per danni derivanti dall'interruzione dell'erogazione dell'energia elettrica. Vedi anche Trib. Ivrea, 22 giugno 2004, in *Nuova giur. civ. comm.*, 2005, p. 881, con nota di BONACCORSI, in materia di ritardo da parte di un'impresa appaltatrice che aveva assunto l'incarico di ristrutturare un immobile destinato ad abitazione del committente.

[35] Vedi C. Cost., 11 luglio 2003, n. 233, in *Nuova giur. civ. commentata,* 2004, I, 231, con nota di SCARPELLO: «Può dirsi oramai superata la tradizionale affermazione secondo la quale il danno non patrimoniale riguardato dall'art. 2059 c.c. si identificherebbe con il cosiddetto danno morale soggettivo, dovendosi adottare un'interpretazione costituzionalmente orientata dell'art. 2059 c.c., tesa a ricomprendere nell'astratta previsione della norma ogni danno di natura non patrimoniale derivante da lesione di valori inerenti alla persona: e, dunque, sia il danno morale soggettivo, inteso come transeunte turbamento dello stato d'animo della vittima; sia il danno biologico in senso stretto, inteso come lesione dell'interesse, costituzionalmente garantito, all'integrità psichica e fisica della persona, conseguente ad un accertamento medico (art.



svincolano definitivamente il danno non patrimoniale dai limiti normativi dell'art. 2059 c.c., ammettendone la risarcibilità tutte le volte in cui consegua alla lesione di interessi costituzionalmente protetti. Una conferma del principio sopra citato e della lettura costituzionalmente orientata delle disposizioni dell'art. 2059 c.c. si ritrova nella importante pronuncia a sezioni unite della Suprema Corte [37], che ribadisce a chiare lettere la risarcibilità di danni non patrimoniali, derivanti da pregiudizi di tipo esistenziale, anche in assenza di reato, se conseguenti alla lesione di un diritto inviolabile della persona tutelato a livello costituzionale.

Conferma, inoltre, come un danno non patrimoniale possa derivare anche dall'inadempimento di un'obbligazione incardinata in un rapporto contrattuale. Tale assunto risulta corroborato anche da pronunce intervenute nel corso di un lasso di tempo successivo [38]. La giurisprudenza ha inoltre operato una ricostruzione di ipotesi di danno non patrimoniale conseguenti a torto contrattuale, principalmente in settori come quello sanitario, in cui l'inadempimento del medico, ormai riconducibile al paradigma contrattuale [39], può cagionare pregiudizi anche non patrimoniali.

Nascono così fattispecie contrattuali «di protezione» [40], che il formante giurisprudenziale

---

32 cost.); sia, infine, il danno (spesso definito in dottrina ed in giurisprudenza come esistenziale) derivante dalla lesione di (altri) interessi di rango costituzionale inerenti alla persona».

[36] Vedi Cass., 12 maggio 2003, n. 7281, in *Foro it*., 2003, I, p. 2274, con nota di: NAVARRETTA.

[37] Vedi Cass., Sez. un., 11 novembre 2008, n. 26973, in *Foro it.*, 2009, I, p. 120.

[38] Vedi Trib. Salerno, 11 febbraio 2014, n. 464, inedita: «Il danno non patrimoniale è risarcibile anche in presenza di un rapporto di natura contrattuale tra le parti, ove la prestazione promessa risulti finalizzata parimenti alla tutela di un interesse pertinente o connaturato ad un diritto inviolabile della persona, con l'avviso che se l'inadempimento dell'obbligazione determina, oltre alla violazione degli obblighi di rilevanza economica assunti con il contratto, anche la lesione di un diritto inviolabile della persona del creditore, la tutela risarcitoria del danno non patrimoniale potrà essere versata nell'azione di responsabilità contrattuale, senza ricorrere all'espediente del cumulo di azioni».

[39] Si rimanda alle riflessioni di V. ZENO ZENCOVICH, *Una commedia degli errori? La responsabilità medica tra illecito e inadempimento,* in *Riv. dir. civ.*, 2008, p. 315. L'A. ribadisce la caratterizzazione del contratto quale strumento di efficiente allocazione dei rischi che qualunque affare comporta. Considera operazione difficile, se non palesemente forzata, la ricostruzione di comportamenti economicamente razionali tra soggetti di cui uno ha un obbligo di natura pubblicistica di fornire prestazioni medico-assistenziali nei confronti di chiunque le richieda, senza poter decidere né sull'an, né sul *quantum*, né spesso sul *quomodo*. Osserva, inoltre, come Il paziente è assegnato ad una determinata struttura sulla base di ripartizione geografico-amministrativa e ritiene di avere diritto alla prestazione per il semplice fatto di essere cittadino.

[40] Vedi Cass., 29 novembre 2010, n. 24143, in *Giust. civ. Mass.,* 2010, 11, p. 1522: «L'interpretazione costituzionalmente orientata dell'art. 2059 c.c. porta ad affermare che, ove sia configurabile lesione dei diritti della persona costituzionalmente protetti e tale lesione abbia determinato un danno non patrimoniale, vi è l'obbligo di risarcire tale danno, quale che sia la fonte di responsabilità, contrattuale o extracontrattuale;



ziale confeziona allo scopo di offrire tutela a particolari categorie di soggetti "giuridicamente deboli", come appunto il paziente, all'interno di un rapporto sinallagmatico. Proprio in ambito sanitario, con riferimento al rapporto medico-paziente, si rinviene una chiara presa di posizione della giurisprudenza che segna anche una precisa scelta nell'allocazione del rischio contrattuale e nella tutela del contraente (debole). Infatti, per mezzo della "contrattualizzazione"[41] del rapporto tra il paziente e la figura del sanitario che opera all'interno del servizio pubblico, costruita per mezzo della teoria del contatto sociale[42], al paziente-creditore, che si trova in una posizione di svantaggio ed è chiaramente individuato come soggetto da proteggere, viene offerta una tutela ad ampio raggio che scaturisce dalle disposizioni dell'art. 1218 c.c. In dottrina si è parlato anche di obbligazioni senza prestazione principale[43]. Più precisamente, il contatto sociale intercorso tra le parti darebbe origine, anche in assenza di una vera e propria prestazione qualificabile come principale, a tutta una serie di prestazioni accessorie e collaterali, qualificabili alla stregua di obblighi di protezione, fondate sul substrato del principio generale di buona fede. Si è anche osservato che il contatto sociale darebbe origine a un rapporto contrattuale di fatto[44]. Secondo la ricostruzione in analisi, in caso di inadempimento imputabile al medico, il paziente deve solamente limitarsi a provare la conclusione del contratto, derivante dal suo inserimento nella struttura ospedaliera, e il peggioramento delle proprie condizioni di salute. Al medico spetterà l'arduo compito di dimostrare che tale peggioramento delle condizioni di salute sia stato determinato da cause indipendenti dal

---

inoltre, interessi di natura non patrimoniali, meritevoli di tutela possono essere individuati nell'ambito dei cosiddetti contratti di protezione, quali sono quelli che si concludono nel settore sanitario».

[41] In dottrina si è efficacemente osservato come si siano oramai create evidenti interferenze tra il contratto ed aree ad esso un tempo estranee come quelle dei diritti della persona e della personalità. Sul punto, G. RESTA, *Contratto e persona,* in *Tratt. Del contr*., diretto da Roppo, VI, *Interferenze*, Milano, 2006, p. 74 ss.

[42] Vedi, da ultimo, Cass., 11 gennaio 2008, n. 577, in *Nuova giur. civ. comm.*, 2008, I, p. 612 ss.

[43] Da ultimo, P. GALLO, *Contatto sociale e responsabilità medica*, in *Dig. disc. priv., sez. civ.*, Agg. XII, Torino, 2019, pp. 67-76. Cfr. anche S. ROSSI, «*Contatto sociale*», in *Dig. disc. priv., sez. civ.*, Agg., 2010, Torino, p. 346 ss.; M. MAGGIOLO, *La distinzione concettuale tra garanzia e obbligazione: per una riflessione sull'ibrido teorico dell'obbligazione senza prestazione*, in Obligatio-*Obbligazione*. *Un confronto interdisciplinare*, a cura di Capogrossi, Colognesi, Cursi, Napoli, 2011, pp. 87 e 99; C. TENELLA SILLANI, *Culpa in contrahendo, contatto sociale e incoerenze della Suprema Corte,* in *Rass. dir. civ.*, 2015, p. 1247 ss.; C. CASTRONOVO, *Eclissi del diritto civile*, Milano, 2015, p. 138. Per un approccio critico, con riferimento anche all'ordinamento tedesco, in cui la teoria del contatto sociale ha avuto origine si rimanda a C. W. CANARIS, *Il contatto sociale nell'ordinamento giuridico tedesco,* in *Riv. dir. civ*., 2017, pp. 1-9 ed ivi a p. 6.

[44] Si veda per tutti, G. HAUPT, *Sui rapporti contrattuali di fatto*, trad. it a cura di Varanese, Torino, 2012, *passim*, e in particolare pp. 52-55.



suo operato e quindi estranee alla sua possibilità di controllo. Tecnicamente, si registra un totale ribaltamento della prospettiva sotto il profilo dell'onere probatorio [45], tradizionalmente posto in capo al cliente (paziente) insoddisfatto [46].

La giurisprudenza di legittimità sembra orientata saldamente sulla natura contrattuale della responsabilità del medico, basata appunto sul contatto sociale [47], e sembra, in questo senso, in chiaro contrasto anche con la volontà del legislatore, recentemente orientato a riportare la fattispecie sui binari più controllabili della responsabilità aquiliana. Tale assunto sembra corroborato dalla lettura delle recenti disposizioni della legge Gelli sulla responsabilità medica – l. 8 marzo 2017, n. 24, – rubricata «Disposizioni in materia di sicurezza delle cure e della persona assistita, nonché in materia di responsabilità professionale degli esercenti le professioni sanitarie», che conferma in parte le precedenti disposizioni del d.l. del 13 settembre 2012, n. 158 – c.d. Decreto Balduzzi.

In particolare, per quanto attiene ai profili della responsabilità civile, il testo normativo di cui sopra distingue chiaramente a seconda che si tratti di responsabilità ascrivibile alla struttura, qualificata come contrattuale (art. 7, comma 1) o al sanitario, di base qualificabile come aquiliana *ex* art. 2043 c.c., salvo il caso in cui lo stesso abbia agito in adempimento di un pregresso rapporto sinallagmatico espressamente intercorrente tra lui e il paziente [48]. Nonostante ciò, il formante giurisprudenziale ha adibito l'ambito dei rapporti medico-paziente a "fucina" per la creazione di nuove fattispecie di danno (non patrimoniale) risarcibile derivanti dalla responsabilità (contrattuale) del medico. Si pensi al caso di danno non patrimoniale derivante da un'errata diagnosi del sanitario [49], ritenuta capace di compromettere, oltre alla salute fisica, anche l'equilibrio psicologico della persona e in grado di pregiudicare la serenità del paziente per le sue prospettive infauste e quindi ansiogene [50]. Non solo, l'errore diagnostico, se causa della morte del paziente, assume una valenza plurioffensiva e può essere considerato fonte di pregiudizi risarcibili

---

[45] *Ex plurimis*, Cass., 28 maggio 2004, n. 10297, in *Nuova giur. civ. comm.*, 2004, p. 791 ss., con nota di PALMERINI, *La responsabilità medica e la prova dell'inesatto adempimento*.

[46] V. ZAMBRANO, *Interesse del paziente e responsabilità medica nel diritto civile italiano e comparato*, Napoli, 1993, p. 81; R. DE MATTEIS, *La responsabilità medica: un sottosistema della responsabilità civile*, Padova, 1995, *passim*; C. CASTRONOVO, *L'obbligazione senza prestazione ai confini tra contratto e torto*, in *Studi Mengoni*, Milano, 1995, *passim*.

[47] Assunto ribabito anche recentemente. Cfr. Cass., 12 luglio 2016, n. 14188 inedita.

[48] Cfr., *amplius*, P. GALLO, *Contatto sociale e responsabilità medica,* cit., pp. 72-73.

[49] Cfr. in particolare V. ZENO ZENCOVICH, *La sorte del paziente. La responsabilità del medico per l'errore diagnostico*, Padova, 1994, *passim*.

[50] Cfr. Cass., 24 gennaio 2007, n. 1511, in *Resp. civ. prev.*, 2007, p. 2318.



per la vittima, ma anche per il congiunto [51]. Più specificamente, nell'ipotesi di errata diagnosi di sieropositività, in seguito effettivamente non riscontrata, è considerata risarcibile a titolo di danno biologico la destabilizzazione psichica patita dal paziente, comprensiva delle compromissioni di carattere esistenziale derivanti dalla mancanza di progettualità nei rapporti interpersonali [52].

Risulta risarcibile, anche in via non patrimoniale, il danno da gravidanza indesiderata derivante da errore del medico nella prescrizione di un farmaco anticoncezionale, che comporti la lesione del diritto della paziente di decidere, con il proprio compagno e in piena libertà, se mettere o meno al mondo un figlio [53]. Un pregiudizio di natura non patrimoniale può altresì derivare dalla violazione del dovere di informare il paziente riguardo ai trattamenti sanitari cui deve sottoporsi, in quanto tale carenza informativa sarebbe lesiva del suo diritto di autodeterminazione [54]. Sempre all'ambito della responsabilità medica, e in parte anche a quello del diritto del lavoro, si deve la creazione di un'ulteriore fattispecie di danno, il c.d. danno da perdita di *chance*, figura di incerta qualificazione dogmatica [55] consistente nella lesione della possibilità di conseguire un determinato bene della vita in ragione dell'illecito altrui [56]. In questo senso, risulta risarcibile il danno derivante da errata esecuzione di un intervento chirurgico (asportazione di

---

[51] Cfr. Cass., 4 giugno 2013, n. 14040, in *Riv. it. Med. Leg.,* 2014, 1, p. 259 ss.

[52] Cfr. Trib. Bologna, 4 febbraio 2008, in *Resp. civ. prev.,* 2008, p. 1854 ss. Vedi anche Cass., 24 gennaio 2007, n. 1511, inedita: «Nel caso di errore del medico nella diagnosi e nella individuazione della terapia, il paziente ha diritto al risarcimento del danno non patrimoniale, consistente nel patema d'animo provato nell'avere appreso di essere affetto da una grave malattia, in realtà insussistente».

[53] Cfr. Trib. Milano, 10 marzo 2014, inedita. In materia, vedi anche Cass., 2 ottobre 2012, n. 16754, in *Responsabilità Civile e Previdenza,* 2013, 1, p. 124 ss.:«Il risarcimento del danno c.d. da nascita indesiderata scaturente dall'errore del medico, che, non rilevando malformazioni congenite del concepito, impedisca alla madre l'esercizio del diritto di interruzione della gravidanza, spetta sempre ai genitori del bimbo nato malformato, ma anche ai suoi fratelli, in virtù del principio di propagazione intersoggettiva degli effetti dell'illecito. Si deve presumere, infatti, l'attitudine di detti soggetti a subire un serio danno non patrimoniale da tale evento, consistente nella inevitabile minor disponibilità dei genitori nei loro confronti, in ragione del maggior tempo necessariamente dedicato al figlio affetto da handicap, nonché nella diminuita possibilità di godere di un rapporto parentale con i genitori stessi costantemente caratterizzato da serenità e distensione».

[54] Cfr., Cass., 16 maggio 2013, n. 11950, in *Guida al diritto* 2013*,* 31*,* p.64. Vedi anche Cass., 2 settembre 2010, n. 2847, inedita.

[55] Cfr. A. NERVI, *Il danno da perdita di chance: vera gloria o* escamotage *dialettico?,* in *Resp. civ. prev.*, 2013, p. 671 ss.

[56] Vedi A. NERVI, *Il danno da perdita di chance*, cit., p. 671. Il pregiudizio dunque non riguarda tanto un bene della vita per sé considerato, quanto piuttosto la possibilità di conseguirlo all'esito di una determinata sequenza causale, che si sarebbe svolta regolarmente se non si fosse verificato l'illecito.



un ovaio a causa di un tumore), praticato al fine di rallentare l'esito certamente infausto di una grave patologia, che abbia comportato per il paziente la perdita della *chance* di vivere per un periodo più lungo rispetto a quello effettivamente vissuto [57].

La teoria del contatto sociale ha acquisito con il tempo una *vis* espansiva notevole [58], trovando terreno assai fertile dal punto di vista applicativo nelle pronunce giurisprudenziali, anche per fattispecie non riconducibili solamente all'alveo del rapporto medico-paziente. Si considera, così, basata sul contatto sociale la responsabilità del maestro in conseguenza di danni autoinfertisi dallo scolaro [59], del professionista in genere [60], del datore di lavoro [61], del partito politico, per avere omesso di inserire un iscritto nelle liste elettorali [62], del notaio, nei confronti della banca mutuante, per avere effettuato le misure catastali in maniera negligente [63].

Proprio la potenziale espansività e quindi la difficile "controllabilità" della teoria del contatto sociale lasciano emergere evidenti profili di criticità puntualmente evidenziati dalla dottrina. Sul punto si tornerà in maniera più ampia e approfondita in sede di conclusioni dell'analisi. Per ordine sistematico, sembra opportuno concentrarsi sulle altre rilevanti ipotesi di danno risarcibile, anch'esse di matrice giurisprudenziale.

4. – Per ordine sistematico, in un'ideale linea di continuità con il punto precedente, si evidenzia come, nel corso di un periodo di tempo relativamente breve, si è assistito all'emersione e alla proliferazione di nuove ipotesi di danno non patrimoniale da inadempimento, che hanno preso vita nelle aule dei tribunali. Per esemplificare, si può pensare al danno (non patrimoniale) cagionato allo studente dall'istituto scolastico privato che, non avendo provveduto al conseguimento del requisito della parità scolastica, abbia precluso allo stesso il sostenimento dell'esame di maturità. In casi del genere, si perfeziona una

[57] Cfr. Cass., 27 marzo 2014, n. 7195, in *Guida al diritto*, 2014, p. 63 ss.

[58] Per un'analisi della casistica, in senso critico, A. ZACCARIA, *La resistibile ascesa del contatto sociale,* in *Riv. dir. civ.*, 2013, pp. 77-108.

[59] Cass., Sez. un., 27 giugno 2002, n. 9346, in *Danno e resp.*, 2003, p. 46: «La responsabilità dell'istituto scolastico e dell'insegnante, nel caso di condotta autolesiva dell'allievo, va ricondotta non già nell'ambito della responsabilità extracontrattuale, bensì in quello della responsabilità contrattuale, con applicazione del regime probatorio di cui all'art. 1218 c.c.».

[60] Cass. Sez. un., 23 marzo 2005, n. 6216, in *Giust. civ. Mass.* 2005, p. 4.

[61] Cass., 30 luglio 2003, n. 11704, in NGL, 2004, p. 170.

[62] Trib. Sulmona, 16 aprile 2013, in *Riv. crit. dir. priv.*, 2014, p. 623.

[63] Cass., 9 aprile 2016, n. 9320, in *Foro it.*, 2016, p. 9320.



lesione del diritto dell'alunno alla formazione scolastica, come corollario e manifestazione del più ampio diritto allo studio [64]. Recentemente, è stato riconosciuto risarcibile anche il danno non patrimoniale estrinsecantesi nell'impossibilità di acquistare una nuova casa e di realizzare un progetto di vita abitativa subìto dall'attore in conseguenza dell'inadempimento del promittente acquirente che rifiuta di stipulare il contratto definitivo [65].

In caso di contratto di trasporto aereo, obbligo del vettore è quello di tutelare l'integrità psico-fisica del passeggero, non solo quello di trasferirlo da un luogo ad un altro. In conseguenza di ciò, possono trovare accoglimento istanze volte alla tutela di interessi non patrimoniali derivanti dal rapporto contrattuale [66]. Ancora, agli sposi spetta il risarcimento dei danni non patrimoniali subiti in conseguenza della mancata consegna, da parte dei soggetti che hanno curato il servizio fotografico della cerimonia, dei negativi delle fotografie e di alcuni scatti [67], o in conseguenza del pregiudizio morale ed esistenziale patito per la qualità particolarmente scadente del ricevimento nuziale, determinata dalla scarsità del cibo, dalla lentezza del servizio e dalla scortesia e impreparazione del personale in sala [68].

Nell'ambito del rapporto di lavoro, il danno non patrimoniale, inteso come pregiudizio alla persona, assume spesso i contorni del *mobbing*, chiaramente identificato da una pronuncia della Consulta come «[…] quel complesso fenomeno consistente in una serie di atti o comportamenti vessatori, protratti nel tempo, posti in essere nei confronti di un lavoratore da parte dei componenti del gruppo di lavoro in cui è inserito o dal suo capo, caratterizzati da un intento di persecuzione ed emarginazione e finalizzato all'obiettivo primario di escludere la vittima dal gruppo» [69]. In alcune pronunce, il *mobbing* è stato ricondotto in maniera più specifica e diretta all'alveo del danno esistenziale o morale [70]. La natura variegata delle ipotesi di danno induce una riflessione immediata. Se, infatti,

---

[64] Cfr. Trib. Genova, 4 maggio 2009, in *Giur, merito*, 2009, p. 2764 ss.

[65] Cfr., Trib. Tivoli, 14 marzo 2012, n. 258, in *Resp. civ. prev.*, 2013, p. 954 ss. *Contra*, Cass., Sez. un. 11 novembre 2008, cit., Trib. Trieste, 8 gennaio 2009, inedita.

[66] Cfr., Trib. Arezzo, 4 ottobre 2012, inedita.

[67] Cfr. Trib. Teramo, 27 ottobre 2010, inedita.

[68] Cfr., Trib. Roma, 21 luglio 2009, n. 16202, in *Giur. merito*, 2009, p. 2764.

[69] Così, Corte Cost., 19 dicembre 2003, n. 504, in *Resp. civ. prev.*, 2004, p. 420, con nota di ALBI.

[70] Precisamente, nelle ipotesi in cui non era direttamente connesso a un pregiudizio di natura patrimoniale o a un danno alla salute. Cfr. Cass., sez. lav., 3 luglio 2001, n. 9009, in *Rass. dir. civ.*, 2002, p. 826 ss., con nota di GAZZONI.



da un punto di vista ontologico e dogmatico, alcune aperture verso il risarcimento dei danni non patrimoniali appaiono condivisibili e giustificabili – si pensi proprio al caso del *mobbing* – per altro verso si assiste alla proliferazione di ipotesi di danno legate a pregiudizi di interessi che difficilmente possono essere qualificati di primaria importanza o di rango costituzionale – si pensi alla casistica legata ad alcuni pregiudizi subiti dagli sposi in occasione delle nozze (consegna fotografie).

La figura forse più emblematica, che rappresenta una delle prime teorizzazioni di danno non patrimoniale derivante da un rapporto contrattuale, è quella del danno da vacanza rovinata [71] conseguente all'inadempimento di obbligazioni derivanti dalla vendita di pacchetti turistici. Si tratta di una figura di danno attualmente tipizzata. Infatti, attraverso le disposizioni del Codice del turismo [72], art. 47, il danno da vacanza rovinata (locuzione che diventa anche rubrica della norma citata) ha fatto ingresso nel nostro ordinamento come fattispecie tipica di danno non patrimoniale da inadempimento. Si tratta di una figura di creazione giurisprudenziale che ha trovato una prima [73] importante legittimazione e qualificazione a seguito della celebre pronuncia della Corte di Giustizia dell'Unione europea, la sentenza *Leitner* [74]. In tale pronuncia, la fattispecie di danno in ana-

---

[71] In materia, si rimanda ai contributi di M.P. RIZZO, *Contratto di organizzazione di viaggio e danno da vacanza rovinata*, in *Trattato breve di diritto marittimo*, Antonini (a cura di), Milano, 2013, p. 45 ss.; C. VADALÀ, *Il danno da vacanza rovinata nel codice del turismo. Note a prima lettura,* in *Riv. it. dir. turismo*, 2012, 4, p. 11 ss.; L. D'ACUNTO, *Il danno da vacanza rovinata. Figura eccezionale o di diritto generale?,* in *Riv. it. dir. turismo*, 2012, 6, p. 15 ss.; E. GUERINONI, *Disciplina dei contratti turistici e danno da vacanza rovinata*, Milano, 2009; ID., *Il danno da vacanza rovinata*, Piacenza, 2003, *passim*; G. SILINGARDI, V. ZENO ZENCOVICH, *La tutela del turista*, Napoli, 2003, *passim*; M. RIGUZZI, *Il danno da vacanza rovinata*, in *Dir. tur.*, 2003, p. 8 ss.; F. MORANDI, *Il danno da vacanza rovinata,* in *Il danno esistenziale. Una nuova categoria della responsabilità civile*, Cendon, Ziviz (a cura di), Milano, 2000, p. 628 ss.; V. ZENO ZENCOVICH, *Il danno da vacanza rovinata*, in *Nuova giur. civ. comm.*, 1997, p. 879 ss.

[72] Il riferimento è al d.lgs. 23 maggio 2011, n. 79, recante il Codice della normativa statale in tema di ordinamento e mercato del turismo, a norma dell'art. 14, l. 28 novembre 2005, n. 246, e attuazione della Direttiva 2008/122/CEE, relativa ai contratti di multiproprietà, contratti relativi ai prodotti per le vacanze di lungo termine, contratti di rivendita e scambio».

[73] In realtà il primo precedente giurisprudenziale in materia di danno da vacanza rovinata è rappresentato da Trib. Roma, 6 ottobre 1989, in *Resp. civ prev.*, 1992, p. 263. La pronuncia non qualifica il danno in modo preciso, pur riconoscendone la risarcibilità: «Il minor godimento della vacanza ed il disagio sopportati dal turista per l'inadempimento dell'agenzia di viaggi, contrattualmente obbligata a procurare il godimento di una villa per un soggiorno estivo in una nota località, si estrinsecano in un danno di natura non patrimoniale, la cui risarcibilità prescinde dalla configurabilità di un illecito penale».

[74] Vedi Corte Giustizia UE, Sez. VI, 12 marzo 2002, n. 168, in *Resp. civ. prev.*, 2002, p. 260. La Corte, attraverso l'interpretazione delle disposizioni dell'art. 5, direttiva n. 90/314/CEE, relativa ai viaggi, vacanze e circuiti tutto compreso, formula un importante assunto, sulla base del quale «[...] il consumatore ha diritto



lisi veniva chiaramente classificata come ipotesi di danno morale [75], e quindi di danno non patrimoniale [76], ancorata a un inadempimento contrattuale relativo alle obbligazioni incardinate nel contratto di viaggio tutto compreso e nella vendita di pacchetti turistici. In una fase successiva, l'orientamento maggioritario della giurisprudenza giunge a considerare il danno da vacanza rovinata come danno contrattuale [77], non patrimoniale, risarcibile in base al combinato disposto degli artt. 2059 c.c., 2 e 32 Cost., e lo ricostruisce come derivante dalla lesione «dell'interesse del turista di godere pienamente del viaggio organizzato come occasione di piacere e di riposo» [78]. Altre pronunce parlano più precisamente di «disagio psicofisico per la mancata realizzazione, in tutto o in parte, della va-

al risarcimento del danno morale derivante dall'inadempimento o dalla cattiva esecuzione delle prestazioni fornite in occasione del viaggio tutto compreso».

[75] In giurisprudenza non mancano ricostruzioni differenti, anche successive alla pronuncia delle CGCE. Vedi Trib. Bologna, Sez. II, 7 giugno 2007, inedita: «Il danno da vacanza rovinata è danno esistenziale: si tratta di un pregiudizio al benessere psicologico che ogni persona ricerca nell'intraprendere un periodo di vacanza, pregiudizio che si aggiunge ai patimenti direttamente legati all'infortunio subito e che ha impedito all'attrice di conseguire quegli obiettivi di svago e riposo che si era prefissata al momento dell'acquisto del pacchetto turistico. Dunque si tratta di un pregiudizio al benessere che si aggiunge ai patimenti direttamente legati all'infortunio e che in concreto consiste nel non aver ottenuto dalla vacanza l'obiettivo prefissato: ovvero non si tratta tanto di una sofferenza subita, bensì piuttosto di un mancato guadagno sul piano del benessere e della qualità della vita, cioè la mancata acquisizione degli effetti di qualità della vita che avrebbe dovuto apportare la vacanza». Vedi C. VADALÀ, *Il danno da vacanza rovinata nel codice del turismo*, cit., p. 12. L'A puntualizza come la dottrina si sia dimostrata divisa nella riconduzione di tale danno alla sfera morale o piuttosto a quella dell'esistenziale. In particolare, le teorie dei c.d. esistenzialisti, muovendo non solo dall'espressa previsione dell'art. 92 cod. cons., quanto dalla lettura costituzionalmente orientata della tutela alla persona nel risarcimento del danno non patrimoniale, giungevano al punto di ritenere risarcibile il c.d. danno da vacanza rovinata atipico. In tal modo si ritiene risarcibile il danno connesso all'inadempimento di una singola prestazione che, seppur correlata al godimento della vacanza, non è inserita nel complesso prodotto pacchetto turistico (in specie nel settore dei trasporti). Questa conclusione, però, non ha incontrato l'assenso della dottrina e giurisprudenza maggioritarie. La critica ha riguardato sia l'inammissibilità di estensioni analogiche della disciplina dei pacchetti turistici sia l'inopportunità della moltiplicazione delle voci di danno che spingono verso l'atipicità il danno non patrimoniale e provocano un crescita smisurata dei cd. danni bagatellari.

[76] Parte della dottrina qualifica il danno da vacanza rovinata come danno patrimoniale: Cfr. R. PARDOLESI, *Turismo organizzato e tutela del consumatore: la legge tedesca nel contratto di viaggio,* in *Riv. dir.civ.*, 1981, p. 75.

[77] Vedi da ultimo Trib. Roma, Sez. XIII, 21 giugno 2013, n. 13664, inedita: «Il danno da vacanza rovinata ha natura contrattuale trovando fondamento nell'inadempimento contrattuale delle obbligazioni assunte dall'agenzia di viaggio e/o dal tour operator relativamente ad un contratto di viaggio e/o pacchetto turistico stipulato con il consumatore».

[78] Vedi Cass., 11 maggio 2012, n. 7256, in *Dir. maritt.*, 2013, 2, p. 445 ss.; Cass., 4 marzo 2010, n. 5189, in *Giust. civ., Mass.*, 2010, 3, p. 321; Cass., 13 novembre 2009, n. 24044, in *Resp. Civ. prev.*, 2010, p. 1314. Si vedano anche Trib. Venezia, 24 settembre 2000, inedita; Trib. Salerno, 13 gennaio 2009, inedita, Trib. Cagliari, 30 ottobre 2009, inedita.



canza programmata» [79]. Il sicuro pregio dell'art. 47 Cod. turismo è quello di avere recepito un orientamento dominante in materia e di avere tipizzato la figura di danno in analisi, seppure con qualche evidente limitazione applicativa. La norma prevede, infatti, un'ipotesi di risarcimento del danno configurabile a prescindere dalla risoluzione del contratto, «correlato al tempo di vacanza inutilmente trascorso e all'irripetibilità dell'occasione perduta», ma soprattutto prevede che il danno debba derivare dall'inadempimento o dalla inesatta esecuzione delle prestazioni che formano oggetto del pacchetto turistico, che non rivestano una scarsa importanza *ex* art. 1455 c.c.

La norma codicistica, parametro generico quantitativo idoneo a individuare il limite operativo per l'inadempimento dirompente, viene recuperata dalla disposizione del codice del turismo in maniera, forse, limitante. Appare evidente che, se da un lato la norma è volta a escludere un risarcimento per danni di lieve entità (c.d. bagatellari), dall'altro lascia fuori dal campo di applicazione ipotesi di lesioni che, pur rivestendo in apparenza una scarsa importanza, potrebbero essere idonee a causare pregiudizi anche gravi per il turista [80]. Lo stesso concetto di «occasione irripetibile» appare ontologicamente limitante e sembrerebbe riferibile a ipotesi di viaggio legate a occasioni e/o eventi unici. La costruzione normativa adottata aprirebbe quindi la via a pronunce giurisprudenziali restrittive e severe, che fanno riferimento alla gravità del pregiudizio subìto dal turista in contesti (irripetibili) come, per esempio, il viaggio di nozze [81]. Il chiaro riferimento normativo alle prestazioni incardinate all'interno di un rapporto contrattuale avente a oggetto la vendita di pacchetti turistici porta a escludere la risarcibilità di danni derivanti dall'inadempimento di servizi disaggregati, come per esempio il singolo, isolato contratto di trasporto [82]. La norma, inoltre, pur affermando espressamente che il danno da vacanza rovinata è di natura contrattuale, non prende espressamente posizione circa la natura non patrimoniale dello stesso, mentre la giurisprudenza lo ha sempre fatto chiaramente [83]. An-

---

[79] Cass., 11 maggio 2012, n. 7256, cit., Trib. Salerno, Sez. II, 12 marzo 2013, n. 686, inedita.

[80] Cfr. C. VADALÀ, *Il danno da vacanza rovinata nel codice del turismo*, cit.

[81] Cass., 11 maggio 2002, n. 7256, cit.

[82] Da ultimo, Trib. Milano, sez. IX, 19 giungo 2019, n. 5986, inedita. La pronuncia conferma sostanzialmente come «il cosiddetto danno da vacanza rovinata è riconosciuto dal codice del turismo soltanto con riguardo alla ipotesi di acquisto non dei soli biglietti aerei, ma di un pacchetto turistico, ossia un insieme di servizi finalizzati al godimento della vacanza».

[83] Da ultimo, Corte app. Bari, sez. IX, 28 agosto 2019, n. 1755, inedita: «Il danno non patrimoniale da vacanza rovinata, secondo quanto espressamente previsto in attuazione della Direttiva n. 90/314/CEE, costituisce uno dei «casi previsti dalla legge» nei quali, ai sensi dell'art. 2059 cod. civ., il pregiudizio non patrimoniale è risarcibile. Spetta al giudice di merito valutare la domanda di risarcimento di tale pregiudizio



che per questi motivi, allo stato, restano aperti interrogativi e problemi relativi alla quantificazione del risarcimento, vista la generica formulazione di locuzioni come «tempo di vacanza inutilmente trascorso» e «irripetibilità dell'occasione perduta», inconvenienti risolvibili probabilmente con l'utilizzo di condizioni generali di contratto o di apposite tabelle come le c.d. tabelle di Francoforte, create ed utilizzate dalla giurisprudenza tedesca [84].

A ogni modo, è interessante notare come, nel corso degli anni e spesso anche in seguito alla limitante tipizzazione normativa, la casistica legata alla fattispecie di danno in analisi si sia dimostrata alquanto variegata. Così, è considerato risarcibile il danno contrattuale da vacanza rovinata relativo al pregiudizio subito da passeggeri che, nel corso di una crociera, venivano alloggiati in una cabina con impianto di aerazione mal funzionante [85]. Al turista spetta il risarcimento del danno nel caso in cui, per tutta la durata del soggiorno, la vacanza sia stata compromessa dalla impraticabilità del mare, nel caso in cui l'organizzatore non sia stato in grado di predisporre servizi alternativi per una prosecuzione della villeggiatura o di rimborsare parzialmente il prezzo del pacchetto [86]. Integra sicuramente un'ipotesi di vacanza rovinata la circostanza che il turista venga alloggiato, per una parte del periodo di soggiorno, in una struttura alberghiera di livello qualitativo inferiore rispetto a quella prenotata all'atto di acquisto e, per la restante parte del periodo di viaggio, presso quella effettivamente prenotata, ma ancora in fase di ristrutturazione, con molti dei servizi promessi (palestra, spa e piscina, spiaggia attrezzata) non ancora ultimati [87].

Ancora, il *tour operator* è tenuto al risarcimento del danno da vacanza rovinata nelle ipotesi in cui la realtà dei fatti riscontrata dal viaggiatore durante il soggiorno non rispecchi quanto pubblicizzato al momento della vendita del pacchetto turistico (nella fat-

---

non patrimoniale, alla stregua dei generali precetti di correttezza e buona fede ed alla valutazione dell'importanza del danno, fondata sul bilanciamento del principio di tolleranza delle lesioni minime e della condizione concreta delle parti». Dello stesso tenore, Trib. Torino sez. IV, 13 aprile 2019, n.1907, inedita.

[84] Cfr. E. GUERINONI, *Il danno da vacanza rovinata*, cit., p. 435 ss.

[85] Trib. Napoli, 26 febbraio 2003, inedita.

[86] Cass., 24 aprile 2008, n. 10651, in *Dir. trasporti,* 2009, 3, p. 825 ss.: «[…] La fruizione del mare e della spiaggia, anche se non costituisce un servizio turistico in senso stretto, rappresenta il presupposto di utilità del pacchetto e parte essenziale della prestazione turistica».

[87] Trib. Napoli, Sez. XII, 18 febbraio 2013, n. 2195, inedita. La pronuncia ribadisce che "[...] Il contratto di viaggio tutto compreso (pacchetto turistico o *package*) è diretto a realizzare l'interesse del turista-consumatore al compimento di un viaggio con finalità turistica o a scopo di piacere, sicché tutte le attività e i servizi strumentali alla realizzazione dello scopo vacanziero sono essenziali». Da ultimo, in senso contrario, Corte app. Napoli, sez. IX, 15 aprile 2021, n. 1374, inedita.



tispecie, il mare risultava inquinato da idrocarburi e la spiaggia non adeguatamente pulita, contrariamente a quanto mostrato nel materiale pubblicitario visionato dai turisti al momento dell'acquisto del pacchetto)[88]. Recentemente, si è anche teorizzata la natura plurioffensiva del danno da vacanza rovinata, risarcibile in via aquiliana anche in favore del coniuge del lavoratore, seppure non direttamene leso. In questa ipotesi, si considera rilevante il pregiudizio inerente al godimento dei giorni di ferie del lavoratore, inteso sia come periodo di riposo che come momento dedicato alla cura delle relazioni familiari[89].

Non mancano, inoltre, pronunce in apparente contrasto con le disposizioni del Cod. turismo, che considerano risarcibili anche danni bagatellari derivanti dallo smarrimento del bagaglio, ricollegabili a un servizio disaggregato del pacchetto turistico, come appunto il singolo trasporto aereo, seppure avvenuto in un'occasione irripetibile come il viaggio di nozze[90]. Sotto quest'ultimo profilo, anche il significativo ritardo aereo, che normalmente resterebbe fuori dall'alveo dell'art. 47 Cod. turismo, è stato considerato pregiudizio idoneo a fondare una domanda di risarcimento del danno non patrimoniale, nell'ipotesi in cui, in conseguenza di esso, il viaggiatore abbia dovuto trascorrere la vigilia di Capodanno ed il primo giorno dell'anno in aeroporto[91].

---

[88] Cass., 4 marzo 2010, n. 5189, in *Giust. civ., Mass.*, 2010, 3, p. 321. La pronuncia citata è utile in quanto ribadisce a chiare lettere la natura contrattuale del danno da vacanza rovinata: «[...] Con il contratto avente ad oggetto un pacchetto turistico tutto compreso, sottoscritto dall'utente sulla base di un'articolata proposta contrattuale, spesso basata su un dépliant illustrativo, l'organizzatore o il venditore assumono specifici obblighi, soprattutto di tipo qualitativo, riguardo a modalità di viaggio, sistemazione alberghiera, livello di servizi etc., che vanno esattamente adempiuti. Pertanto, qualora la prestazione non sia esattamente realizzata sulla base di un criterio medio di diligenza (art. 1176, comma 2 c.c.), si configura una responsabilità contrattuale, tranne nel caso in cui organizzatore e venditore forniscano adeguata prova di un inadempimento ad essi imputabile».

[89] Trib. Reggio Emilia sez. I, 30 marzo 2016, n.434, in *Riv. it. med. leg.*, 2017, p. 824 ss.: «Le ferie consentono il soddisfacimento di esigenze di rigenerazione psicofisiche fondamentali del lavoratore, permettendo, tra l'altro, allo stesso, di partecipare più incisivamente alla vita familiare e sociale: motivo per cui il diritto al godimento della vacanza non può considerarsi soltanto quale diritto di credito ma anche come diritto assoluto tutelabile in via aquiliana».

[90] Trib. Reggio Emilia, 23 febbraio 2013, n. 279, inedita: «Nell'ipotesi di smarrimento del bagaglio da parte del vettore aereo, il turista-consumatore ha diritto al risarcimento, oltre che del danno patrimoniale, del danno da vacanza rovinata, il quale è da considerarsi di maggiore gravità qualora si tratti di viaggio di nozze, come nella fattispecie, e quindi, di occasione assolutamente irripetibile». Da ultimo, Cass., 12 febbraio 2019, n. 3978, inedita: «In tema di danno da vacanza rovinata, la circostanza che il bagaglio sia andato smarrito prima dell'affidamento al vettore aereo è oggettivamente una circostanza rilevante ai fini della valutazione della responsabilità di quest'ultimo (nella specie, tale circostanza fu tempestivamente dedotta e ne fu data una prova astrattamente idonea a dimostrarne la veridicità e non essendo stata presa in considerazione dai giudici del merito sussiste vizio di omesso esame d'un fatto decisivo)».

[91] Trib. Grosseto, 19 giugno 2012, n. 686, inedita.



5. – Infine, altro interessante filone giurisprudenziale in materia di danno non patrimoniale è quello rappresentato dalla casistica relativa alla perdita dell'animale d'affezione derivante da inadempimento contrattuale altrui. Sulla base delle risultanze della pronuncia delle Sezioni unite in precedenza citata, la fattispecie non darebbe luogo a un'ipotesi di danno risarcibile, in quanto il pregiudizio conseguente alla morte dell'animale di affezione non appare assolutamente idoneo a generare una lesione di interessi di rango costituzionale [92]. Proprio sulla base di tale assunto, la giurisprudenza ha, in diverse occasioni, negato in maniera perentoria la tutela risarcitoria [93].

Una successiva apertura si riscontra a seguito di una pronuncia di merito, che riconosce ai proprietari il diritto al risarcimento del danno per la morte del loro cagnolino, aggredito e ucciso da un altro cane, mentre si trovava all'interno di una struttura di accoglienza alla quale era stato affidato. In tale ottica, il tribunale ricostruisce il rapporto esistente tra i gestori della struttura e i proprietari del cagnolino e lo inquadra in ambito contrattuale.

Più precisamente, la pronuncia parla di «affidamento in custodia del cane», fattispecie tale da generare una sorta di responsabilità *ex recepto* in capo ai gestori della struttura, che rispondono della morte del cagnolino, aggredito dal loro cane da guardia non adeguatamente sorvegliato. Il Giudice di prime cure arriva così a riconoscere, in capo ai proprietari, il diritto a ottenere anche il risarcimento dei danni non patrimoniali conseguenti alla perdita dell'animale, a essi legato da un «particolare rapporto». Il danno, conseguente a un inadempimento contrattuale, viene considerato risarcibile *ex* art. 1218 c.c., a prescindere dalla lesione di un interesse costituzionalmente protetto.

La pronuncia si discosta in maniera evidente dal *dictum* delle Sezioni unite e utilizza l'art. 1174 c.c. come base concettuale e come portale di ingresso per il danno non patrimoniale risarcibile, valorizzando e considerando così degno di tutela anche l'interesse non patrimoniale del creditore all'adempimento dell'obbligazione [94]. Su questo punto, la

---

[92] Cfr. Cass., Sez. un. 11 novembre 2008, n. 26972, cit.

[93] Vedi Trib. Milano, 20 luglio 2010, in *Resp. civ. prev.*, 2011, p. 637: «La perdita dell'animale di affezione non rientra fra i diritti inviolabili della persona e, come tale, il relativo danno non patrimoniale non risulta risarcibile».

[94] Vedi Trib. Rovereto, 18 ottobre 2009, inedita: «In tema di maltrattamento di animali, qualora un soggetto subisca un danno non patrimoniale riconducibile alla perdita di animale di affezione, dovuta ad un inadempimento contrattuale, il danno non patrimoniale è risarcibile indipendentemente dalla sussistenza della lesione di un interesse inviolabile coperto dalla Costituzione, qualora sussistano i presupposti della risarcibilità dettati dagli art. 1218 ss. c.c. risultando implicito l'interesse non patrimoniale, di cui all'art. 1174 c.c. nel rapporto contrattuale avente ad oggetto l'affidamento dell'animale a pensione».



pronuncia di merito dimostra di accogliere i precedenti orientamenti dottrinari [95], tendenti ad ammettere il risarcimento del danno non patrimoniale, proprio sulla base del disposto dell'art. 1174 c.c., quale forma di tutela di un interesse non quantificabile in denaro – e quindi non patrimoniale – derivante da un rapporto obbligatorio– contrattuale connotato da profili non prettamente patrimoniali e/o commerciali [96].

La questione appare comunque ancora aperta. Si osserva come, recentemente, la perdita di un animale di affezione è stata perentoriamente qualificata da una – seppure isolata – pronuncia di merito alla stregua di pregiudizio di rango costituzionale, in quanto conseguente alla lesione di un «diritto inviolabile della persona» [97]. La pronuncia si inscrive chiaramente in un clima particolare, in cui da più parti, a livello sociale, politico e giuridico si sollecita una maggiore presa di coscienza per i diritti degli animali. Ferma restando la necessità di approntare un effettivo ed efficace sistema normativo di tutele civilistiche e penalistiche volto a sanzionare, anche severamente, i maltrattamenti, allo stato attuale, sembra comunque eccessivo un innalzamento del rapporto uomo-animale al rango costituzionale, sia da un punto di vista ontologico che sistematico.

In altre pronunce, la risarcibilità del danno non patrimoniale da perdita di animale di affezione è stata subordinata alla rilevanza penale (almeno astratta) della condotta lesiva. Si osserva come la relazione tra proprietario e animale viene considerata rilevante da un punto di vista giuridico e degna comunque di tutela [98]. Recentemente, la Suprema Corte, seppure in una fattispecie di responsabilità aquiliana, ha avuto modo di ribadire a chiare lettere come non sia configurabile un danno non patrimoniale conseguente alla perdita dell'animale di affezione, in quanto non è ravvisabile la lesione di un «interesse della persona umana alla conservazione di una sfera di integrità affettiva costituzionalmente tutelata» [99].

6. – La formulazione di osservazioni conclusive in tema di danno non patrimoniale da inadempimento può partire da almeno due assunti che sembrano, allo stato, totalmente verificati. In primo luogo, emerge come il *dictat* delle Sezioni unite della Suprema Corte

---

[95] In questo senso, M. COSTANZA, *Danno non patrimoniale e responsabilità contrattuale*, cit., p. 127.

[96] Cfr. P. TRIMARCHI, *Il contratto: inadempimento e rimedi*, cit., p. 119.

[97] In questi termini, Tribunale Novara, 24 marzo 2020, in *Foro it*., 2021, 3, I, p. 1105.

[98] Tribunale Milano sez. X, 1 luglio 2014, n.8698, inedita.

[99] Da ultimo, Cass., 23 ottobre 2018, n.26770, in *Rass. dir. civ.*, 2020, p. 244-276.



abbia, in un certo senso, aperto un percorso ermeneutico alternativo in relazione alla tematica in analisi, che passa attraverso la lettura costituzionalmente orientata delle disposizioni normative, favorendo l'assunzione di un ruolo preponderante ai valori legati alla persona e andando oltre la dimensione prettamente patrimoniale, da sempre considerabile come l'alveo naturale dello strumento negoziale [100]. La nuova e alternativa lettura cambia, inoltre, i presupposti teorici del dibattito che aveva animato la dottrina, spostandolo in una differente dimensione, non più incentrata sul dubbio amletico in merito alla estendibilità applicativa – anche all'ambito contrattuale – di fondamentali indici normativi di matrice codicistica, tra cui l'art. 2059 c.c. [101]. Il fecondo dibattito si è focalizzato, altresì, sulla portata applicativa dell'art. 1223 c.c., norma cardine in tema di danno risarcibile e parametro considerato, secondo alcune ricostruzioni [102], come prettamente patrimoniale, ma anche, in considerazione della vaga formulazione della stessa norma, come facilmente traslabile in ambito non patrimoniale [103]. Rilevano, infine, le teorizzazioni basate sulle disposizioni dell'art. 1174 c.c., in merito al carattere anche non patrimoniale degli interessi del creditore nell'ambito del rapporto obbligatorio [104], spunto ermeneutico utilizzato come "portale di ingresso" per il risarcimento del danno non patrimoniale dalla giurisprudenza di merito anche nel caso della perdita dell'animale di affezione in conseguenza dell'inadempimento altrui di cui si è detto [105].

Il dibattito in analisi, basato essenzialmente sull'interpretazione delle citate disposizioni codicistiche, ha apportato senza dubbio degli spunti di grandissimo pregio alla teorizzazione e al successivo sviluppo concettuale della figura del danno non patrimoniale in ambito contrattuale, offrendo delle solide basi teoriche di partenza. Certo, non si può

---

[100] Preziose considerazioni sul punto in D. MESSINETTI, *Considerazioni sul danno non patrimoniale da inadempimento contrattuale*, in *Riv. dir. civ*., 2012, I, p. 342 ss.; M. BARCELLONA, *Il danno non patrimoniale*, Milano, 2008, p. 88 ss.

[101] Prospettiva accolta, nella prima fase del dibattito, da una parte della dottrina. Favorevole all'applicazione della norma anche all'ambito contrattuale sembra A. DE CUPIS, *Il danno. Teoria generale della responsabilità civile*, I, III ed., Milano, 1979, p. 133 ss. Contrari in tal senso, G. BONILINI, *Il danno non patrimoniale*, Milano, 1983, p. 230 ss.; M. COSTANZA, *Danno non patrimoniale e responsabilità contrattuale*, cit., p. 127 ss. Contrario all'apertura della risarcibilità del danno non patrimoniale in ambito contrattuale anche R. SCOGNAMIGLIO, *Il danno morale (Contributo alla teoria del danno extracontrattuale),* cit., *passim*.

[102] Si rimanda a L. BIGLIAZZI GERI, U. BRECCIA, F.D. BUSNELLI, U. NATOLI, *Diritto civile*, 3, *Obbligazioni e contratti*, Torino, 1992, rist. 1996, p. 154.

[103] Sul punto, G. BONILINI, *Il danno non patrimoniale*, cit., p. 232.

[104] Cfr., M. COSTANZA, *Danno non patrimoniale e responsabilità contrattuale*, cit., p. 128.

[105] Cfr. nota 94.



negare come l'alveo naturale del contratto sia, almeno a un primo sguardo, la dimensione patrimoniale, ma non sembra da escludere, in via categorica, neppure un'apertura verso altre latitudini differenti da quella puramente economica. Le ricostruzioni e teorizzazioni in analisi sembrano tuttavia offrire soluzioni non univoche riguardo alla problematica della configurabilità del danno non patrimoniale da inadempimento.

In questo senso, la lettura costituzionalmente orientata delle disposizioni dell'art. 2059 c.c., offerta dalla Suprema Corte, sembra aver superato il piano prettamente normativo e codicistico dell'analisi, spostandosi su quello puramente ermeneutico, quasi "tridimensionale", basato sui principi generali e sul ragionamento teleologico-sistematico. Soprattutto ha preso atto di una innegabile moderna tendenza del diritto civile, puntualmente sottolineata da autorevole dottrina, che vede l'emersione della dimensione personale [106] e l'utilizzo dello strumento negoziale per la soddisfazione di interessi non più prettamente patrimoniali [107], ma riconducibili in maggiore misura alla sfera personale connessa al benessere, alla salute, alla cultura, alla vita privata e allo svago.

La tipizzazione del danno da vacanza rovinata sembra, in questo senso, un'operazione assolutamente emblematica, espressione di questa nuova prospettiva. Se si pensa al diritto come fenomeno magmatico e non statico, intimamente connesso al tessuto sociale, alle istanze di tutela che da esso promanano e ai conseguenti graduali ma radicali mutamenti dello stesso, la valorizzazione della dimensione personale, anche in ambito contrattuale, sembra un approdo quasi fisiologico. Si può quindi affermare che il danno non patrimoniale da inadempimento abbia trovato una sorta di "cittadinanza concettuale" nel nostro ordinamento. Ancora, l'apertura verso tale tipologia di risarcimento rappresenta una realtà e un dato acquisito, anche a un livello che trascende il singolo ordinamento giuridico interno. La possibilità di configurare un risarcimento del danno di carattere non patrimoniale in ipotesi di inadempimento è prevista a chiare lettere nel corpo dei Principi di Diritto europeo dei contratti, art. 9:501 e nei Principi Unidroit, art. 7.4.2, che parla espressamente di danno di natura non patrimoniale che comprende «la sofferenza fisica e morale».

Indicazioni molto chiare, seppure tenendo conto delle caratteristiche peculiari che li contraddistinguono, provengono anche dall'ordinamento inglese e da quello tedesco. Il

---

[106] Sul punto, è imprescindibile un rimando all'opera, precedente alla pronuncia delle Sezioni unite, di P. PERLINGIERI, *La persona e i suoi diritti*, Napoli, 2005, *passim*; ID., *Il diritto dei contratti fra persona e mercato. Problemi del diritto civile*, Napoli, 2003, *passim*.

[107] Preziose le riflessioni di C. SCOGNAMIGLIO, *Il danno non patrimoniale contrattuale*, in MAZZAMUTO (a cura di), *Il contratto e le tutele. Prospettive di diritto europeo*, Torino, 2002, p. 471 ss.



primo, legato ovviamente al caso concreto e al precedente giurisprudenziale, ha individuato diverse fattispecie di risarcimento del danno non patrimoniale derivante da inadempimento – *breach of contract* –. Si rileva una casistica piuttosto variegata, legata all'ambito turistico, ma non solo. È celebre il caso *Ruxley Electronics and Construction Ltd v Forsyth; Laddingford Enclosures Ltd v Forsyth* [108], all'esito del quale veniva concesso agli attori un risarcimento del danno per «*loss of amenity*» – identificabile come peggioramento della qualità di vita – derivante da un inadempimento contrattuale, consistente nell'errata costruzione di una piscina da parte delle imprese convenute [109].

Nell'ordinamento tedesco, a seguito della riforma del § 253 del BGB, esiste oramai una espressa regola unitaria che prevede la possibilità di concedere un risarcimento del danno non patrimoniale, sia in ipotesi di responsabilità contrattuale che aquiliana. Interessante osservare come, nell'ordinamento tedesco, si riscontri una casistica del tutto assimilabile a quella italiana, riconducibile principalmente all'alveo della responsabilità medica, al rapporto di lavoro e all'ambito turistico [110].

Tornando all'analisi della casistica e alle ricostruzioni giurisprudenziali a sostegno dell'ampliamento dell'alveo del danno risarcibile derivante da inadempimento, preso atto della sua attuale e indubbia configurabilità, si osserva come proprio in relazione al seppure prezioso ruolo propulsore svolto dal formante giurisprudenziale, emergano alcuni evidenti profili di criticità. Se si considera la teoria del contatto sociale, nata nell'ambito del rapporto medico– paziente ed espansasi in seguito verso latitudini anche differenti, si osserva come, alla base di tale teorizzazione, sussista una forte esigenza di tutela di carattere non solo giuridico, ma anche "sociale", intesa a proteggere il contraente debole, identificabile nel caso concreto come il paziente. La contrattualizzazione del rapporto e la conseguente inversione dell'onere della prova rappresentano gli strumenti tecnico-giuridici tesi ad approntare un meccanismo di tutela forte che si declina in ipotesi di contenzioso.

La ricostruzione basata sul contatto sociale è stata puntualmente criticata dalla dottrina [111] per via della tendenza espansiva che la caratterizza e che l'ha condotta anche, co-

[108] Consultabile sul sito: https://doylesconstructionlawyers.com/ruxley-electronics-and-construction-ltd-v-forsyth-1995-3-all-er-268/, ultimo accesso in data 1 giugno 2021, ore 11:10.

[109] Cfr. F. AZZARRI, *Inadempimento e danno non patrimoniale tra teoria dell'obbligazione e politica esegetica,* in *Resp. civ. prev*., 2019, pp. 761-789, ed ivi a pp. 764-766.

[110] Cfr. F. AZZARRI, *Inadempimento e danno non patrimoniale,* cit., pp. 764-766.

[111] Per spunti critici, E. NAVARRETTA, *Riflessioni in margine alla ingiustizia del danno,* in *Liber amicorum*, a cura di Busnelli, Milano, 2008, p. 626, 629 e 630; P. GALLO, *Contatto sociale e responsabilità medica*, cit., p. 70-72.



me evidenziato nei punti precedenti, verso ambiti differenti da quello della responsabilità sanitaria. Effettivamente, l'utilizzo indiscriminato della costruzione giuridica *de qua* appare piuttosto semplice e immediato e incontra, da un punto di vista anche logico-ermeneutico, ben pochi ostacoli, posto che praticamente qualunque relazione umana può presentare i caratteri di un seppur minimo contatto sociale. Seguendo questa direzione, sarebbe configurabile un contatto sociale anche in un'ipotesi di sinistro. Inoltre, si è lucidamente eccepito come la riconduzione ad ampio raggio dei rapporti giuridici verso coordinate prettamente contrattuali potrebbe portare ad una deformazione delle categorie tradizionali, con conseguente svilimento ed erosione dell'ambito della responsabilità aquiliana [112]. Come osservato, il legislatore ha tentato recentemente di riportare la responsabilità medica verso i territori più controllabili e stabili della responsabilità extracontrattuale, avvertendo certamente le criticità connesse alle degenerazioni applicative dell'istituto del contatto sociale, anche al fine di scongiurare o frenare reazioni, anch'esse degenerative, provenienti dal sistema sanitario, come il fenomeno della c.d. medicina difensiva, che implica inevitabili ripercussioni negative – *in primis* – sulla qualità del servizio offerto ai pazienti, ma anche sulla spesa pubblica. Il fenomeno rappresenta, in tutta evidenza, una vera e propria perturbazione della pratica medica, che vede, nei casi più estremi, il sanitario maggiormente preoccupato di evitare un contenzioso con il paziente piuttosto che di offrirgli un servizio di alta qualità, concentrandosi totalmente sui processi di cura e diagnosi [113]. Appare evidente che, se il sanitario è distratto dallo spettro del contenzioso, dal timore di dover sempre giustificare il proprio operato di fronte a un paziente che appare "problematico", non può essere in grado di svolgere il proprio delicatissimo compito con la serenità e la lucidità necessarie. Considerando i valori in gioco, quali la vita, l'integrità fisica e la salute, è evidente come la problematica può assumere proporzioni mastodontiche.

Un discorso a parte può essere portato avanti se si considera l'ipotesi di danno non patrimoniale conseguente alla perdita dell'animale di affezione. Ferme restando le legittime istanze di tutela per l'animale, certamente espressione di un ordinamento civile ed evoluto, l'innalzamento al rango costituzionale del rapporto uomo-animale non pare cor-

[112] Cfr. A. ZACCARIA, *La resistibile ascesa del contatto sociale,* cit., p. 77 e 107.

[113] La medicina difensiva può assumere caratteri positivi o negativi. Assumono carattere positivo, la prescrizione di farmaci ed esami in eccesso, la richiesta di consulti con altri specialisti – ai quali eventualmente cedere il paziente in questione – pur non ritenendoli necessari e l'impiego di pratiche diagnostiche invasive e superflue. Alla medicina difensiva negativa, invece, appartengono la rinuncia a eseguire interventi o terapie rischiosi e a seguire pazienti ritenuti troppo problematici.



retto, anche considerando l'impianto (costituzionale) dei diritti inviolabili e i principi generali dell'ordinamento. Da un punto di vista etico, civile e morale non vi è dubbio che si possa instaurare con l'animale un rapporto "affettivo" profondo e degno di considerazione, ma il compito del giurista è di ricondurre le fattispecie che emergono nella prassi e nella fase patologica del contenzioso in categorie giuridiche precise, senza indulgere a considerazioni morali, etiche o filosofiche o finanche metagiuridiche.

La casistica legata alla teorizzazione del contatto sociale e, seppure in maniera differente, alla perdita dell'animale di affezione, dimostrano chiaramente la natura ondivaga e, forse, in parte politica dell'approccio giurisprudenziale a tematiche quali la responsabilità e il risarcimento del danno. Non si può certo negare come il ruolo propulsore della giurisprudenza sia determinante e prezioso per il progresso dell'ordinamento e per la sua evoluzione, nel momento in cui si attiva per offrire una risposta concreta – in molti casi in modo decisamente più rapido rispetto al legislatore – alle esigenze di tutela più o meno pressanti che emergono nella prassi e nei rapporti sociali. Inoltre, non si può negare che, come evidenziato dagli studi più autorevoli [114], nel contesto attuale i valori personali, i rapporti patrimoniali e il mercato, non rappresentano più delle monadi a sé stanti, ma si intersecano in maniera profonda. Lo strumento negoziale, sebbene agevolmente inscritto in una dimensione patrimoniale, è pacificamente utilizzato oggi per la soddisfazione di interessi anche di matrice differente.

Tuttavia, se l'attività del giudicante si connota in maniera metagiuridica, basandosi su considerazioni sociali, politiche (anche nel senso spurio del termine), ed è guidata principalmente dalla legittima – ma spesso invasiva – necessità di offrire tutela ad ampio raggio a categorie considerate come deboli, il prezzo che si paga può essere la distorsione delle categorie giuridiche e la conseguente perdita della coerenza sistematica.

[114] P. PERLINGIERI, *La persona e i suoi diritti*, cit.; ID., *Il diritto dei contratti fra persona e mercato*, cit.; C. SCOGNAMIGLIO, *Il danno non patrimoniale contrattuale*, cit.

JUS CIVILE



CAROLINA MAGLI

Ricercatore a tempo determinato di Diritto privato – Università di Bolzano

L'OBBLIGO DI MANTENIMENTO DEL FIGLIO MAGGIORENNE TRA LA VALORIZZAZIONE DEL PRINCIPIO DI AUTORESPONSABILITÀ ED ESIGENZE DI SOLIDARIETÀ

SOMMARIO*: 1. Premessa. – 2. Inquadramento normativo e profili critici relativi all'orientamento consolidato. – 3. L'ordinanza della Cassazione del 15 agosto 2020: verso una (eccessiva) responsabilizzazione del figlio maggiorenne? – 4.* (Segue). *Sull'inversione dell'onere della prova. – 5. Il contemperamento del principio di autoresponsabilità con la funzione protettiva della famiglia.*

1. – La questione concernente la durata del dovere dei genitori di mantenere i figli maggiorenni assume oggi particolare rilevanza a causa di diversi fattori sociali, familiari ed economici; si pensi al cambiamento dei rapporti genitori-figli, all'allungamento dei percorsi di studio nonché all'attuale crisi del mercato del lavoro acuita, tra l'altro, dall'emergenza sanitaria in atto [1].

Ecco dunque che, in tale contesto, tenuto conto del fondamento stesso dell'obbligo di mantenimento nonché dello sfondo solidaristico che è proprio della famiglia, sorge la necessità di ricercare un punto di equilibrio tra la tendenza a valorizzare il sempre più

[1] Il mercato del lavoro italiano ha subito gravi ripercussioni dopo la prima onda pandemica, con la perdita certificata di 656.000 posti di lavoro ed un calo del tasso di occupazione di 1,9 punti percentuali, dal 59,4% del secondo trimestre del 2019 al 57,5% del secondo trimestre del 2020. La crisi economica dovuta all'emergenza sanitaria non ha avuto un impatto omogeneo fra diverse categorie di lavoratori, ma ha colpito maggiormente settori dell'economia che godono di scarsa protezione e i lavoratori più giovani, acuendo in questo modo iniquità che da anni caratterizzano il nostro mercato del lavoro. Confrontando infatti i numeri di inizio 2014 con quelli dell'estate 2020, notiamo come complessivamente il tasso di occupazione sia aumentato di un solo punto percentuale per coloro tra i 18 e i 24 anni, sia rimasto invariato tra i 25 e i 34 e aumenti di 0,8 punti per la fascia 35-50, accentuando la frattura tra gli under e gli over 50). Sul punto, v. https://www.econopoly.ilsole24ore.com/2020/11/02/covid-19-lavoro-giovani/ e *www.istat.it*.



richiamato principio di autoresponsabilità [2] e l'esigenza dei maggiorenni alla persistenza del diritto al mantenimento fino all'acquisizione dell'indipendenza economica.

L'indagine si propone, quindi, di ripercorrere la disciplina e l'orientamento consolidato relativo ai presupposti ed ai limiti del diritto al mantenimento [3] dei figli maggiorenni alla luce della elaborazione dottrinale e giurisprudenziale, evidenziandone limiti e incertezze [4]. Inoltre, individuati gli elementi di novità ed i profili critici a cui si espone l'orientamento espresso di recente dalla Suprema Corte con l'ordinanza del 14 agosto 2020 n. 2020 [5], qui si intende stabilire quale potrebbe essere una soluzione applicativa e quali parametri l'interprete deve considerare al fine di contemperare la necessità di responsabilizzare i figli con le esigenze derivanti dall'instabilità economica, per effetto della quale diventa inevitabile un ampliamento dell'attuale funzione di protezione della famiglia ed, in particolare, dei genitori.

2. – Il principio di un perdurante obbligo dei genitori di mantenere i figli anche oltre la maggiore età – ritenuto derivante dall'art. 30 Cost. – viene espressamente sancito dal-

---

[2] Il principio di autoresponsabilità viene richiamato dalla stessa giurisprudenza in diversi settori (tanto da assurgere a principio e clausola di carattere generale) e viene spesso utilizzato in ambiti anche molto eterogeni del diritto privato e pubblico (Caredda, *Autoresponsabilità ed autonomia privata*, Torino, 2004). Di recente, con riguardo all'assegno divorzile il principio viene richiamato oltre che dalla Cass. sez. un., 11 luglio 2018, n. 18287, in *Resp. civ. prev*., 2018, 1856, da diverse pronunce tra cui Trib. Pisa 7 settembre 2020, n. 792, in *Redazione Giuffrè*, 2020; Trib. Salerno 17 febbraio 2020, n. 670, in *Redazione Giuffrè*, 2020; Cass. 13 febbraio 2020, n. 3661, in *Guida al dir*., 2020, 14, 101; Cass. 7 ottobre 2019, n. 24934, in *Ilfamiliarista.it*, 24 febbraio 2020. Valorizza il principio di autoresponsabilità quale cardine dell'intera relazione matrimoniale anche Trib. La Spezia 6 settembre 2019, n. 555, in *Redazione Giuffrè*, 2019; Trib. Milano 15 novembre 2019, in *Ilfamiliarista.it*, 7 maggio 2019; App. Venezia 26 ottobre 2018, n. 2954, in *Redazione Giuffrè*, 2019.

[3] Sulla distinzione tra mantenimento ed alimenti, v. Corte Cost., 21 gennaio 2000, in *Giust. Civ*., 2000, 641; Corte Cost., 14 novembre 2008, n. 373, in *Giust. Civ*., 2009, 2, 271. In argomento, v. *inter alia*, Riedweg, *Mantenimento del figlio maggiorenne non economicamente autosufficiente*, in *Fam. e dir*., 1997, 61; Paola, *Gli alimenti*, in *Fam. pers. e succ*., 2010, 681; R. Rossi, *Il mantenimento dei figli, in L' affidamento dei figli nella crisi della famiglia*, a cura di Sesta, Arceri, Torino, 2012, 249; Farolfi, *Cessazione dell'obbligo di mantenimento del figlio maggiorenne e ripetibilità delle somme erogate*, cit., 165.

[4] In argomento, v. tra i tanti, Sesta, *La filiazione*, in *Trattato di diritto privato*, diretto da M. Bessone, IV, *Il diritto di famiglia*, a cura di Auletta, Torino, 2011, 46; Id., *Manuale di diritto di famiglia*, Padova, 8° ed., 2019, 102; Villa, *Potestà dei genitori e rapporti con i figli*, in *Il diritto di famiglia*, Trattato diretto da Bonilini – Cattaneo, III, *Filiazione e adozione*, 2° ed., Torino, 2007, 301.

[5] Cass. ord. 14 agosto 2020 n. 17183, in *Ilfamiliarista.it*., 10 novembre 2020; in *Fam. dir*., 2020, 1015, con nota di Danovi, *Obbligo di mantenimento del maggiorenne, autoresponsabilità e vicinanza della prova: si inverte l'onus probandi?*



l'art. 337 *septies*, comma 1 c.c., ai sensi del quale il giudice [6], valutate le circostanze, può disporre in favore dei figli maggiorenni non indipendenti economicamente il pagamento di un assegno periodico [7]. La disposizione richiamata, seppure riferita all'ipotesi di crisi familiare, rappresenta anche un parametro di riferimento al fine di determinare la durata dell'obbligo di mantenimento dei figli maggiorenni [8]; essa infatti individua, senza ulteriori precisazioni, il momento di cessazione dell'obbligo dei genitori di provvedere al mantenimento dei figli nel raggiungimento della c.d. "indipendenza economica" del figlio stesso, recependo, in tal modo, quanto già affermato in precedenza dalla dottrina e dalla giurisprudenza [9]. Secondo l'orientamento consolidato, infatti, l'obbligo dei genitori di concorrere al mantenimento dei figli [10] non cessa *ipso facto* con il raggiungimento della maggiore età, ma perdura, immutato, finché il genitore interessato alla declaratoria della cessazione dell'obbligo stesso [11] non dia la prova che il figlio abbia raggiunto l'in-

---

[6] Il legislatore è intervenuto espressamente a disciplinare il mantenimento del figlio maggiorenne con la l. n. 54/2006 e successivamente con il d.lgs. 28 dicembre marzo 2013, n. 154 (quest'ultima norma ha collocato diversamente le disposizioni previgenti, disciplinando la materia che qui interessa all'art. 337 *septies*, comma 1, c.c.). Nonostante il precedente silenzio del legislatore, già prima dell'introduzione della soprarichiamata normativa la giurisprudenza era unanime nell'escludere qualsivoglia automatismo nella cessazione dell'obbligo di provvedere al mantenimento dei figli maggiorenni, affermando quindi la necessità di riconoscere la permanenza dell'obbligo fino al conseguimento dell'indipendenza economica, ovvero, qualora il mancato conseguimento dell'autosufficienza fosse esclusivamente imputabile all'inerzia del figlio stesso (*ex multis*, Cass. 18 gennaio 2005, n. 951, in *Diritto & Giustizia*, 2005, 6, p. 29).

[7] L' art. 337 *septies*, comma 1 c.c., riproduce pressoché integralmente, il previgente art. 155 *quinquies* c.c. abrogato per effetto dalla l. n. 219/2012 e del suo decreto attuativo (d.lgs. 28 dicembre 2013, n. 154, "*Revisione delle disposizioni vigenti in materia di filiazione, a norma dell'articolo 2 della legge 10 dicembre 2012, n. 219*"). La differente *sedes materiae* è dovuta ad esigenze di carattere sistematico conseguenti alla volontà di sottolineare l'intervenuta parificazione della normativa per tutte le ipotesi di filiazione. Per quanto concerne le ragioni della diversa collocazione della normativa in esame, v. Pianezze, *Il mantenimento dei figli*, Milano, 2016, 44; sulle novità introdotte dal d.lgs. n. 154/2013, v. *ex multis*, Al Mureden, *La responsabilità genitoriale tra condizione unica del figlio e pluralità dei modelli familiari*, in *Fam. e dir*., 2014, 5, 466; Balestra, *La dichiarazione giudiziale di paternità e maternità alla luce della riforma della filiazione*, in *Riv. trim. dir. proc. civ*., 2014, 4, 1223; Sesta, *L' unicità dello stato di filiazione e i nuovi assetti delle relazioni familiari*, in *Fam. e dir*., 2013, 231.

[8] Giacobbe, *Le ipotesi di disciplina comune nella separazione e nel divorzio. Effetti nei confronti dei figli*, in *Tratt. Dir. Fam.*, diretto da Zatti, I, *Famiglia e matrimonio*, a cura di Ferrando-Fortino-Ruscello, II, Milano, 2011, 1719; Chindemi-Leonardi, *Mantenimento del coniuge e dei figli nella separazione e nel divorzio*, Milano, 2016, 458.

[9] Tra le tante, v. Cass. 18 gennaio 2005, n. 951, cit.; Cass. 18 febbraio 1999, n. 1353, cit.

[10] L' obbligo di mantenimento rientra nell'ambito di quella pluralità di doveri posti a carico del genitore per il solo fatto della procreazione. Sul punto, Cass. 14 febbraio 2003, n. 2196, in *Arch. Civ*., 2003, 931; Al Mureden – Sesta, *sub. Art. 315 bis*, in *Codice della famiglia*, a cura di Sesta, III ed., Milano, 2015, 1153.

[11] La giurisprudenza ha sempre posto in capo al genitore obbligato l'onere della prova del raggiungimento da parte del figlio dell'autosufficienza economica, ovvero, dell'inerzia del figlio stesso. Sul punto, v.



dipendenza economica [12], ovvero, che il mancato svolgimento di una attività [13] dipenda da un atteggiamento di inerzia o di rifiuto ingiustificato da parte dello stesso [14].

L'indirizzo interpretativo soprarichiamato è stato criticato, in primo luogo, per le incoerenze che lo caratterizzano [15] nonché anche per le incertezze che porta con sé, soprattutto con riferimento alla nozione di "indipendenza economica" e con riguardo all'accertamento della "colpa" del maggiorenne per il mancato raggiungimento di una propria autonomia. In particolare, in relazione al primo profilo segnalato, si è osservato come, dall'analisi della giurisprudenza che si è occupata della questione, non emerga chiaramente quale sia la tipologia di lavoro che il figlio dovrebbe svolgere per poter essere considerato "economicamente indipendente"; se, infatti, alcune pronunce affermano che anche il

---

ex multis, Cass. 1 febbraio 2016, n. 1858, in *Fam. e dir*., 2017, n. 134, con nota di M. S. Esposito, *Il diritto al mantenimento del figlio maggiorenne tra aspirazioni personali e colpevole inerzia*; Cass. 22 giugno 2016, n. 12952, in *Fam. e dir*., 2017, 236, con nota di Parini, *I mobili "confini" del diritto al mantenimento dei figli maggiorenni non economicamente indipendenti*; Cass. 19 settembre 2017, n. 21615, in *De Jure*; Cass, 5 marzo 2018, n, 5088, in *Giust. civ. mass*., 2018.

[12] V. *ex multis*, Cass. 17 febbraio 2021, n. 4219, in *Diritto e giustizia* 2021, 8 febbraio; Cass. 14 dicembre 2018, n. 32529, in *Guida al dir*., 2019, 9, 59; Cass. 14 marzo 2017, n. 6509, in *Giust. civ. mass*., 2017; Cass. 9 maggio 2013, n. 11020, in *Fam. e dir*., 2014, 240; Cass. 6 novembre 2006, n. 23673, in *Guida al dir*., 2006, 45, 30. In argomento, v. anche Iorio, *Il fondamento dell'estinzione dell'obbligo di contribuzione dei genitori nei confronti dei figli maggiorenni*, in *Fam. e dir*., 2012, 1067.

[13] Cass. 22 giugno 2016, n. 2016, n. 12952, in *Foro it*., 2016, I, 2741; Cass. 26 settembre 2011 n. 19589, in *Foro it*., 2012, 5, I, 1553. V. Cass. 3 febbraio 2014, n. 2236, in *Diritto e Giustizia*, 2014; Cass. 27 gennaio 2014, n. 1585, *ivi,* 2014. In dottrina, v. Finocchiaro, *Chi è legittimato a chiedere l'assegno di mantenimento per il figlio divenuto maggiorenne*, in *Giust. Civ*., 1982, I, 1335; Bonilini, *Nozione di diritto di famiglia*, Torino, 2002, 173.

[14] Cass. 14 agosto 2020, n. 17183, cit.; Trib. Modena, 30 aprile 2020, n. 488, in *Redazione Giuffè*, 2020; Cass. 26 gennaio 2011, n. 1830, in *Fam. e dir*., 2011, 11, 999.

[15] A conferma delle incongruenze che la problematica concernente il mantenimento del figlio maggiorenne porta con sé e di come la giurisprudenza, pur intendendo autoresponsabilizzare il maggiorenne, accolga soluzioni che in realtà scoraggiano il figlio ad adoperarsi al fine di rendersi autonomo, si pensi a come la misura del mantenimento del figlio maggiorenne economicamente dipendente debba essere adeguata alla ricchezza familiare, in modo tale da assicurare al figlio il tenore di vita della famiglia (Cass. 10 ottobre 2018, n. 25134, in *Dir. fam.e pers*., 2019, 130; Cass. 20 gennaio 2012, n. 785; *contra*, Cass. 3 aprile 2002, n. 4765, cit.); mentre, invece, l'autosufficienza economica, quale causa di cessazione del diritto al mantenimento del figlio maggiorenne, non deve essere parametrata al tenore di vita goduto dalla famiglia di provenienza (Cass. 3 settembre 2013, n. 20137, in *Diritto & Giustizia*, 2013, 4 settembre; Cass. 23 gennai 1996, n. 496, in *Fam. e dir*., 1996, 364, secondo cui il figlio acquisisce una propria autosufficienza economica quando percepisce un reddito corrispondente alla propria professionalità "senza che rivesta a tal fine alcuna rilevanza il tenore di vita del quale il figlio stesso aveva goduto in costanza di matrimonio o durante la separazione dei genitori"). In tal modo ragionando, si finisce, di fatto, per dissuade il giovane che proviene da una famiglia agiata, da intraprendere una prima attività lavorativa con una remunerazione non elevata che, pur magari permettendogli di condurre una vita dignitosa, non gli garantirebbe uno stile di vita elevato ed analogo a quello dei genitori.



lavoro "precario" e "saltuario" [16] (addirittura in alcuni casi si fa riferimento alla mera prospettiva di conseguire l'autosufficienza economica) [17] determina l'estinzione del diritto al mantenimento [18], in altre occasioni ancora si stabilisce, invece, che esclusivamente il lavoro idoneo a garantire una certa stabilità economica può comportare l'estinzione del predetto diritto [19]. Così, sempre a conferma delle incertezze che emergono dall'analisi delle pronunce giurisprudenziali, è dato rilevare come alcune decisioni affermino che l'avvenuto inserimento nel mondo del lavoro da parte del figlio maggiorenne d'età – anche qualora l'attività esercitata non corrisponda alle aspirazioni di quest'ultimo – comporti di per sé la cessazione di qualsiasi pretesa in merito ad un eventuale contributo al suo mantenimento da parte dei genitori; mentre un altro e diverso indirizzo giurisprudenziale ritiene, viceversa, che il dovere di mantenimento non cessi per la sussistenza di una qualsivoglia occupazione, atteso che detto obbligo viene meno solamente qualora il fi-

[16] App. Catania 3 novembre 2016, in *Il familiarista.it*., 10 febbraio 2017; Cass. 26 maggio 2013, n. 1779, in *Diritto & Giustizia* 2013, 25 gennaio; Cass. 27 maggio 2014, n. 1585, in *Diritto & Giustizia*, 2014, 27 gennaio; Cass. 26 maggio 2017, n. 13354, in *Diritto & Giustizia*, 2017, 29 maggio; Cass. 17 novembre 2006, n. 24498, in *Mass. Giust. Civ*., 2006, 11.

[17] Cass. 12 aprile 2016, n. 7166, in *Diritto & Giustizia*, 2016, 13 aprile; Cass. 3 novembre 2006, n. 23596, in *Fam. e dir*., 2007, 1007, concernente un caso in cui un figlio maggiorenne aveva conseguito una laurea in Italia, un titolo di studio straniero e l'abilitazione all'esercizio della professione di avvocato nella città di New York.

[18] Sul punto occorre osservare come, dato il particolare contesto sociale attuale, ove appunto il rapporto di lavoro a tempo indeterminato non rappresenta più la quotidianità ai fini della cessazione del diritto al mantenimento è sufficiente che il figlio abbia raggiunto una propria indipendenza economica anche solo con un contratto a tempo determinato (Cass 7 luglio 2004, n. 12477, in *Guida al dir*., 2004, 32, 70).

[19] Cass. 19 maggio 2010, n. 12309, in *www.questionididirittodifamiglia.it*; Cass. 14 aprile 2010, n. 8954, cit., ove si evidenzia come non sia sufficiente il mero godimento di un reddito quale che sia ma è necessario provare la sua adeguatezza ad assicurare al figlio, anche con riferimento alla durata del futuro rapporto, la completa autosufficienza economica. *Contra* Cass. 11 gennaio 2007, n. 407, in *Foro it*., 2007, 3, I, 770 ove si afferma che anche l'apprendistato può giustificare il venire meno dell'obbligo di mantenimento dei figli maggiorenni gravante sui genitori (*contra*, Cass. 26 maggio 2017, n. 13354, in *Redazione Giuffrè*, 2017); Cass. 15 febbraio 2012, n. 2171, in *CED*, 2012, ove si afferma che la borsa di dottorato non estingue l'obbligo di mantenimento del figlio maggiorenne (Cass. 10 maggio 2017, n. 11467, in *Diritto & Giustizia*, 2017, 11 maggio); Cass. 6 aprile 2009, n. 8227, in *Pluris*, la quale sottolinea come il concetto di indipendenza postuli una concreta prospettiva di continuità e che quindi un lavoro precario non possa di per sé essere considerato sufficiente per esonerare il genitore dall'obbligo di provvedere al mantenimento del figlio maggiorenne. *Contra*, Cass. 22 maggio 2014, n. 11414, in *De Jure*, ove si afferma che il compenso corrisposto al laureato in medicina e specializzando, percepito in dipendenza di un contratto di formazione specialistica pluriennale, consiste in un emolumento equiparabile pienamente a un reddito corrispondente alla professionalità acquisita, da valutarsi in relazione alle normali e concrete condizioni di mercato ed è pertanto un trattamento economico idoneo a consentire l'autosufficienza economica.



glio si trovi a percepire un reddito corrispondente alla professionalità acquisita in relazione alle normali e concrete condizioni di mercato [20].

Oltre che per le incertezze di cui si è detto, l'orientamento in esame [21] è stato criticato altresì per il fatto che la dimostrazione del conseguimento dell'autonomia economica del figlio rappresenta per il genitore una prova diabolica, [22] data la difficoltà per quest'ultimo di reperire gli elementi necessari per soddisfare il predetto onere [23]. Non sempre, infatti, l'obbligato riuscirà a dimostrare i fatti che riguardano strettamente le condizioni di vita del figlio stesso (per esempio, il lavoro in nero, oppure, il rifiuto, senza giustificato motivo, di occasioni di lavoro), atteso che spesso non è nelle effettive condizioni di poter conoscere la situazione del maggiorenne che, specialmente in caso di rottura del legame matrimoniale, non coabita più proprio con il genitore su cui graverebbe l'obbligo di cui si tratta [24]. In tale prospettiva, porre a carico del genitore l'onere di dimostrare il conseguimento dell'autonomia economica del figlio rende, quindi, in concreto, estremamente difficile per l'obbligato medesimo essere esentato dal dovere di mantenimento del maggiorenne [25]; in tal modo procedendo, si rischia di attribuirgli ingiustificatamente il diritto

---

[20] In altre parole, secondo il predetto orientamento, ai fini della cessazione della persistenza dell'obbligo di mantenimento, ciò che rileva non è il raggiungimento dell'autonomia economica ma – sulla base dei principi espressi dall'art. 36 Cost. – l'adeguatezza della professione alle inclinazioni, aspirazioni, caratteristiche soggettive e alla formazione ricevuta. Sempre in linea con il predetto orientamento teso a valorizzare l'adeguatezza professionale, si pone anche la decisione della Cass. 26 gennaio 2011, n. 1830, in *Fam. e dir*., 2011, 1008, con nota di Magli, *Il matrimonio del figlio maggiorenne quale causa di estinzione del diritto al mantenimento: presupposti e limiti*, ove si è riconosciuto la persistenza del diritto della giovane figlia al mantenimento, atteso che quest'ultima, pur essendosi sposata, non aveva costituito con il marito un nuovo nucleo familiare economicamente autonomo, né versava in colpa per non avere ancora terminato il percorso di studi.

[21] Secondo cui, appunto, l'obbligo dei genitori di provvedere al mantenimento dei figli si protrae finché questi ultimi non raggiungano una propria indipendenza economica o non versino in colpa per non essersi resi indipendenti.

[22] Trib. Cosenza, 13 gennaio 2020, n. 77, in *Guida al dir*., 2020, 39, 85; Cass. 18 gennaio 2005, n. 951, in *Fam. e dir*., 2005, 137, con nota di Liuzzi, *Mantenimento dei figli maggiorenni, onere probatorio e limiti temporali*; Cass. 26 settembre 2011, n. 19589, in *Foro it*., 2012, I, 1553; Cass. 22 luglio 2019, n. 19696, in *Diritto & Giustizia*, 2019, 23 luglio.

[23] Di Stefano, *L' obbligo di mantenimento del figlio maggiorenne tra esigenze di tutela e pericolo di "parassitismo" sine die*, in *Fam. pers. e succ*., 2009, 68.

[24] Roma, *La nozione di convivenza/coabitazione ai fini della legittimazione del genitore già affidatario a chiedere l'assegno di mantenimento per il figlio maggiorenne*, cit., 456.

[25] La giurisprudenza è costante nel ritenere che spetti al genitore obbligato l'onere di provare la cessazione del diritto del figlio a continuare ad essere mantenuto dai genitori (sul punto, v. *inter alia*, Cass. 29 ottobre 2013, n. 24424, in *Fam. e dir*., 2014, 1, 79; Cass. 8 settembre 2015, n. 17808, in *Diritto & Giustizia*, 2015, 9 settembre. Per quanto concerne le difficoltà dell'onere della prova posto a carico dei genitori, v. D'



di continuare a percepire l'assegno di mantenimento per un tempo non definito e pertanto una posizione di favore particolarmente protettiva che incide – spesso in misura eccessiva – sulla famiglia di origine [26].

3. – La Suprema Corte [27] – con una decisione che appare particolarmente approfondita rispetto alla sua veste formale di ordinanza [28] – si è posta di recente in una posizione di manifesta discontinuità rispetto al precedente citato orientamento, accogliendo una soluzione che, seppure in linea con il generale atteggiamento seguito anche in altri contesti

---

Auria, *Ancora sulla durata dell'obbligo di mantenimento dei figli ai sensi dell'art. 147 c.c. La "colpa" del figlio maggiorenne e l'assenza delle aule giudiziarie dell'art. 315 c.c. Riflessi in materia di onere della prova*, in *Giur. It*., 2003, 45; Stagna, *Obbligo di mantenimento da parte dei genitori nei confronti dei figli maggiorenni che rifiutano lavori non adeguati*, in *Il nuovo diritto*, 2002, 414; Basini, *I diritti-doveri dei genitori e dei figli*, in *Tratt. Dir. Fam*., diretto da Bonilini, III, Torino, 2016, 4054; Rossi Carleo – Caricato, *La separazione e il divorzio*, cit., 393.

[26] Sempre a conferma delle incoerenze presenti nel nostro stesso sistema giuridico occorre osservare come, se da un lato, si intende responsabilizzare sempre più il giovane nei confronti delle proprie scelte, dall'altro lato, la giurisprudenza accoglie soluzioni interpretative che finiscono, di fatto, per disincentivare il giovane ad emanciparsi dalla famiglia di origine. Per esempio, la stessa giurisprudenza afferma che, una volta legittimamente cessato l'obbligo di mantenimento del figlio maggiorenne per avere lo stesso espletato attività lavorativa, ovvero per altre cause che hanno determinato il venir meno del relativo presupposto, esso non possa risorgere se non nella forma del più ristretto dovere degli alimenti, fondato su condizioni sostanziali e procedurali differenti (da ultimo, v. Trib. Salerno 3 settembre 2020, n. 210, in *Redazione Giuffrè*, 2020; Cass. 16 maggio 2017, n. 12063, in *Diritto & Giustizia*, 2017, 17 maggio). In altri termini, nelle ipotesi in cui il figlio si sia attivato al fine di raggiungere la propria autonomia, appare difficile "un suo rientro in famiglia nella posizione di incapace di autonomia" e "un ripristino in suo favore di quella situazione di particolare tutela che il legislatore ha inteso predisporre a favore dei soli figli i quali ancora detta autonomia non abbiano conseguito per difetto di requisiti personali o di condizioni ambientali" (Cass. 7 luglio 2004, n. 12477, cit.; Cass. 27 gennaio 2014, n. 1585, cit.). Su questo specifico punto la giurisprudenza pare non univoca atteso che se, da un lato, la stessa Suprema Corte ha più volte ribadito la necessità di incentivare i figli maggiorenni a rendersi economicamente autonomi dai loro genitori, dall'altro lato, tuttavia, in tal modo ragionando, la medesima giurisprudenza potrebbe indurli, di fatto, ad astenersi dall'intraprendere un'attività lavorativa remunerativa (Magli, *Sulla persistenza del diritto al mantenimento del figlio maggiorenne*, in *Fam. e dir*., 2014, 2426. Sul punto, Cass. 26 settembre 2011, n. 19589, in *Foro it*., 2012, 5, 1, 1553; Cass. 22 novembre 2010, n. 23590). Iacono, *Quando la S.C. penalizza la volontà di lavorare dei figli, punisce la loro sfortuna e legittima inammissibili disparità tra i fratelli*, in *Dir. Fam*., 2007, 2, 592.

[27] Cass. ord., 14 agosto, 2020, n. 17183, cit. Il caso di specie riguardava un figlio ultratrentenne che aveva da tempo concluso gli studi trovando occupazione precaria come insegnante supplente e conseguendo redditi modesti ma significativi. Conforme anche Cass. 29 dicembre 2020, n. 29779, in *Diritto & giustizia*, 2021, 4 gennaio.

[28] Danovi, *Obbligo di mantenimento del maggiorenne, autoresponsabilità e vicinanza della prova: si inverte l'onus probandi?*, cit., 1015.



giuridici [29], finisce per responsabilizzare eccessivamente il maggiorenne. In particolare, in tale occasione, con una c.d. "pronuncia trattato" [30], richiamando gli artt. 1, 4 e 30 della Cost., i giudici di legittimità hanno affermato nuovi principi in materia di mantenimento del maggiorenne [31], sia con riguardo alla durata del predetto obbligo – si asserisce, infatti, che il diritto del figlio ad essere mantenuto dai genitori cessa con l'acquisizione della capacità di agire – [32] sia con riferimento all'onere della prova che, secondo l'orientamento richiamato, raggiunta la maggiore età, spetterebbe non già al genitore obbligato, ma proprio al figlio medesimo; su quest'ultimo, infatti, graverebbe l'onere di dimostrare che il diritto al mantenimento permane per l'esistenza di un percorso di studi o, più in

[29] Quadrucci, *Il diritto al mantenimento del figlio maggiorenne. Note di diritto comparato*, in *Familia*, 2003, 199. Nell'ordinamento statunitense, per esempio, il diritto del figlio al mantenimento si estingue tendenzialmente con il raggiungimento della maggiore età. Solo in alcuni stati "court-ordered child support can include postmajority support for educational costs". Tuttavia, le corti tendono ad escludere la persistenza del diritto se il figlio non è meritevole ed a ridurre il *quantum* nelle ipotesi in cui il giovane sia in grado di lavorare per mantenersi durante gli studi svolgendo dei lavori nel periodo delle vacanze estive o nel tempo non dedicato agli studi). Sul punto, v. anche Laura W. Morgan, "Child Support Fifty Years Later "Family Law Quarterly, vol. 41, 365-380 (2008); Douglas W. Allen & Margaret F. Brinig, "Child Support Guidelines: The Good, the Bad and the Ugly", Family Law Quarterly, vol. 45, pp. 135-156 (2011); Sott Altman, "A Theory of Chld Support", International Journal of Law, Policy, and the Family, vol. 17, pp. 173-210 (2003); Brian Bix, *The Oxford International to U.S. Law: Family law*, Oxford University Press, 2013, 215.

[30] Un esempio simile in materia di diritto di famiglia è costituito dalla recente sentenza Cass. S.U. 11 luglio 2018, n. 18287, in *Resp. civ. e prev*., 2018, 1856, concernente la *ratio* ed i presupposti dell'assegno di divorzio. La decisione è stata commentata, tra i tanti, da Patti, *Assegno di divorzio: il "passo indietro" delle Sezioni Unite*, in *Corr. giur*., 2018, 1197; Sesta, *Attribuzione e determinazione dell'assegno divorzile; la rilevanza delle scelte di indirizzo della vita familiare*, in *Fam. e dir*., 2018, 983; Balestra, *L'assegno divorzile nella nuova prospettiva delle Sezioni Unite*, in *Familia,* 2019, 15 ss.; Id., *L'assegno divorzile sotto la lente delle Sezioni Unite*, in *Giustiziacivile.com*., 23 luglio 2018; Al Mureden, *L' assegno divorzile e l'assegno di mantenimento dopo la decisione delle Sezioni Unite*, in *Fam. e dir*., 2018, 1019; Dogliotti, *L' assegno di divorzio tra innovazione e restaurazione*, in *Fam. e dir*., 2018, 964; Casaburi, *L' assegno divorzile secondo le sezioni unite della Cassazione: una problematica "terza via"*, in *Foro it*., 2018, I, 2699.

[31] Nonostante l'ordinanza sia innovativa, vi sono già decisioni che si discostano dal nuovo orientamento ribadendo il principio per cui l'obbligo di mantenimento non cessa con il raggiungimento della maggiore età da parte del figlio (Cass. 9 ottobre 2020, n. 21752, *Pluris*). Ecco dunque che, così come accaduto con riferimento all'assegno divorzile, anche in questa materia sarebbe auspicabile un intervento nomofilattico (v. art. 65 ordinamento giudiziario) della Suprema Corte (sulla necessità di assicurare anche con riguardo alla tematica in oggetto una uniforme applicazione del diritto, v. Lupo, *L' estinzione dell'obbligo di mantenimento del figlio maggiorenne e la funzione nomofilattica della Corte di Cassazione*, in *Fam. pers. e succ*., 2005, 450; Toti, *Oltre una certa età un figlio è ormai un adulto (recenti orientamenti sul mantenimento del figlio maggiorenne*, in *Nuove leggi civ. e comm*., 2, 2019, 37).

[32] Secondo la Cassazione, in particolare, la capacità lavorativa, intesa come adeguatezza a svolgere un lavoro remunerato si acquista con la maggiore età, ossia quando la legge stessa presuppone raggiunta l'autonomia ed attribuisce piena capacità lavorativa, da spendere sul mercato del lavoro, tanto che si gode della capacità di agire (e di voto).



generale, formativo *in fieri*, oppure ancora, per la necessità di usufruire di un lasso di tempo ulteriore per la ricerca di un lavoro che assicuri l'autosufficienza.

Concentrando in particolare l'attenzione sul primo profilo segnalato, occorre osservare come il predetto indirizzo, anche se si conforma alla condivisibile tendenza ad arginare sempre più le pretese opportunistiche del coniuge non obbligato,[33] non convinca nella specifica parte in cui sancisce che l'obbligo di contribuzione dei genitori nei confronti del figlio si estingue automaticamente con il raggiungimento della maggiore età. La suddetta soluzione, che intende invertire la regola giurisprudenziale circa la presunzione di persistenza dell'obbligo di mantenimento in favore del figlio maggiorenne, non persuade nella misura in cui stabilisce a priori una età anagrafica valevole per tutti i figli e non connota il relativo giudizio a criteri di relatività. Se il diritto al mantenimento rappresenta una componente essenziale del diritto alla formazione dell'individuo, la continuazione del diritto del figlio ad essere mantenuto non può essere rigidamente vincolata ad una età prestabilita, e quindi ad un limite, oggettivo e valevole in assoluto con riguardo ad ogni fattispecie[34], posto che detto diritto si giustifica all'interno e nei limiti del perseguimento di uno specifico progetto educativo e di un determinato percorso formativo[35].

---

[33] A conferma della tendenza ad arginare le richieste dell'altro coniuge, si consideri, in primo luogo, il *favor* legislativo *v*erso il c.d. mantenimento diretto del maggiorenne, specie quando il figlio conduca già una vita proiettata fuori dalle mura domestiche. In tal modo operando, si vuole responsabilizzare il figlio stesso e favorire il contatto tra quest'ultimo ed il genitore obbligato, evitando la mediazione dall'altro genitore. Sul punto, v. anche Sesta-Arceri, *La responsabilità genitoriale e l'affidamento dei figli*, 2016, 325. Nell'ottica di limitare le pretese del coniuge non obbligato, si pone altresì quell'orientamento che, in materia di assegnazione della casa familiare, ha precisato come la nozione di convivenza rilevante agli effetti dell'assegnazione della casa familiare comporti la stabile dimora del figlio presso l'abitazione di uno dei genitori (Cass. 17 luglio 2019, n. 16134, in *Dir. fam. e pers*., 2019, 1166). Nell'ampio panorama giurisprudenziale in materia di casa familiare, per quanto concerne il mantenimento del legame con la casa familiare da parte dei figli, soprattutto in caso di allontanamento per ragioni di studio o lavorative. Da ultimo, Cass. 27 ottobre 2020, n. 23473, in *Guida al dir*., 2020, 45, 95; Trib. Brindisi, 16 aprile 2020, in *Redazione Giuffrè*, 2020. *Contra*, Cass. 27 maggio 2005, n. 11320, in *Giust. civ. Mass*., 2005, 5*,* secondo cui, al fine di ritenere integrato il requisito della coabitazione, basta che il figlio maggiorenne mantenga un collegamento stabile con l'abitazione del genitore, facendovi ritorno ogniqualvolta gli impegni glielo consentano.

[34] Posto che, la funzione educativa del mantenimento è nozione idonea a circoscrivere la portata dell'obbligo di mantenimento, non solo in termini di contenuto, ma anche e soprattutto di durata, ai fini di determinare la persistenza o meno del diritto del figlio ad essere mantenuto dai genitori, occorre avere riguardo non già ad un termine preciso ed assoluto, ma al tempo occorrente e mediamente necessario – secondo le statistiche ufficiali – affinché l'individuo finalizzi il percorso educativo scelto e si inserisca nel contesto sociale di riferimento (Cass. 5 marzo 2018, n. 5088, in *Giust. civ. mass*., 2018).

[35] Trib. Milano 15 febbraio 2018, in *Ilfamiliartista, it*., 11 giugno 2018. Sulla stretta e necessaria correlazione tra diritto-dovere all'istruzione ed all'educazione e diritto al mantenimento, v. Dogliotti, *Doveri fa-*



D'altra parte, a conferma della non condivisibilità della soluzione accolta dall'ordinanza in questione, occorre considerare non solo il costante pregresso orientamento della Suprema Corte [36], ma anche lo stesso dato normativo; il legislatore medesimo (v. art. 337 *septies*, comma 1, c.c.), infatti, consapevole della eterogeneità delle situazioni concrete e della mutevolezza delle consuetudini sociali [37], ha preferito non ancorare l'obbligo di mantenimento del figlio maggiorenne a parametri temporali predeterminati e, conseguentemente, non ha individuato una precisa scadenza del predetto obbligo, permettendo allo stesso di adattarsi al singolo caso in esame [38].

Senza contare che l'orientamento secondo cui il diritto del figlio maggiorenne ad essere mantenuto dai genitori non si estingue automaticamente con il raggiungimento della maggiore età si conforma altresì alla tendenza a favorire il proseguimento del percorso formativo scelto dal figlio ed al suo inserimento in un contesto lavorativo

---

miliari e obbligazione alimentare, in *Trattato di diritto civile e commerciale Cicu– Messineo*, Milano, 1994, 50; Danovi, *Obbligo di mantenimento del maggiorenne, autoresponsabilità e vicinanza della prova: di inverte l'onus probandi?*, in *Fam. e dir*., 2020, 11, 1015.

[36] Nella stessa prospettiva, anche la medesima Suprema Corte ha, peraltro, costantemente affermato come il dovere dei genitori al mantenimento dei figli maggiorenni vada effettuata dal giudice di merito, caso per caso, e che il relativo accertamento non possa che ispirarsi a criteri di relatività in quanto necessariamente ancorato alle occupazioni ed al percorso scolastico, universitario e *post*-universitario del soggetto ed alla situazione attuale del mercato del lavoro, con specifico riguardo al settore nel quale il medesimo abbia indirizzato la propria formazione e la propria specializzazione, investendo impegno personale ed economie familiari (Cass. 20 dicembre 2017, n. 30540, in *Il familiarista.it*., 9 marzo 2018; Cass. 26 gennaio 2011, n. 1830, in *Dir. famiglia*, 2011, 2, 760; Cass. 22 giugno 2016, n. 12952, in *Foro it.*, 2016, 9, I, 2741; Cass. 12 marzo 2018, n. 5883, in *Guida al dir.*, 2018, 15, 87; Cass. 2018, n. 5088, in *Giustizia Civile Massimario* 2018; Cass. 11 luglio 2006, n. 15766, in *Mass. Giust. Civ*., 2006, 7-8.); Trib. Salerno 3 settembre 2020, n. 2106, in *De Jure* ove si è affermata la persistenza del diritto al mantenimento della figlia di ventisei anni che, dopo la laurea triennale, stava ultimando gli studi conseguendo un master. In argomento, v. anche Morozzo della Rocca, *Il mantenimento del figlio: recenti itinerari di dottrina e giurisprudenza*, in *Fam. e dir*., 2013, 4, 385; Trib. Ancora, 1 febbraio 2019, n. 206, in *Redazione Giuffrè*, 2019).

[37] Chindemi-Leonardi, *Mantenimento del coniuge e dei figli nella separazione e nel divorzio*, cit., 459. In argomento, v. anche Sesta, *Manuale di diritto di famiglia*, cit., 56; Lenti, *Diritto di famiglia e servizi sociali*, cit., 260.

[38] Nell'ipotesi in cui i genitori non abbiano mezzi sufficienti al fine di provvedere al mantenimento dei figli, grava sugli ascendenti l'obbligo di fornire ai genitori i mezzi necessari per adempiere (art. 316 *bis*, comma 1 c.c.); trattasi di un intervento solo sussidiario rispetto a quello dei genitori, atteso che viene in considerazione solamente qualora i genitori medesimi non abbiano le possibilità economiche e non anche quando si rifiutino ad adempiere. Gli ascendenti, pur essendo obbligati, non assumono alcuna responsabilità genitoriale (sul punto, v., Sesta– Arceri, *Il rapporto genitori-figli nella famiglia unita e nella crisi*, in Sesta-Arceri, *La responsabilità genitoriale e l'affidamento dei figli*, in *Trattato di diritto civile e commerciale*, già diretto da Cicu-Messineo-Mengoni, continuato da Schlesinger, *La crisi della famiglia*, III, Milano, 2016, 101; Lenti, *Diritto di famiglia e servizi sociali*, ed. agg., Torino, 2016, 259).



adeguato alle proprie attitudini ed aspirazioni [39] e si pone pertanto in linea di continuità con il profondo mutamento che ha investito i rapporti familiari nel corso del tempo [40].

4. – Se la soluzione accolta dalla Cassazione con l'ordinanza richiamata non convince pienamente perché pone un limite predefinito all'obbligo di mantenimento del figlio, ciononostante è apprezzabile nella misura in cui, valorizzando il principio di vicinanza della prova [41], dispone l'inversione dell'*onus probandi* che, una volta raggiunta la maggiore età, grava non più sul genitore obbligato, bensì sul figlio medesimo [42]. Si affer-

[39] D' altra parte l'esigenza di rispettare aspirazioni e la personalità dei figli, oltre che essere confermato da alcune decisioni giurisprudenziali, trova riscontro anche nella legge del 10 dicembre 2012 n. 219 (*Disposizioni in materia di riconoscimento dei figli naturali*) la quale ha inserito nel codice civile il nuovo art. 315 *bis* c.c. (rubricato "*Diritti e doveri dei figli"*); tale disposizione, pur non prendendo esplicita posizione sulla specifica questione concernente la persistenza dell'obbligo dei genitori di provvedere al mantenimento dei figli, tuttavia sancisce espressamente che il figlio ha diritto oltre a crescere in famiglia ed a mantenere rapporti significativi con i parenti, di essere mantenuto ed educato istruito ed assistito dai genitori, nel "rispetto" delle sue capacità, delle sue inclinazioni naturali e delle sue aspirazioni; in tal modo procedendo, lo stesso legislatore sembra confermare il *favor* sussistente all'interno del nostro ordinamento nei confronti della prole e al suo adeguato inserimento nella compagine sociale. Al riguardo, si è evidenziato, infatti, come il termine "rispettare" – se confrontato con la precedente indicazione a "tenere conto" (a cui si riferisce l'art. 147 c.c.) assuma un significato maggiormente concentrato sulla personalità del figlio (Sesta, *L'unicità dello stato di filiazione e i nuovi assetti delle relazioni familiari*, cit., 236).

[40] Si è osservato, infatti, come da una concezione istituzionale della famiglia (basata su una visione dei rapporti familiari di spiccata impronta gerarchica) si è passati al prevalente riconoscimento delle prerogative dei singoli membri ed in primo luogo dei figli e, proprio in tale prospettiva, dunque, anche il diritto al mantenimento del figlio – strumentale a quello di educazione ed istruzione (in quanto offre i mezzi economici per il loro assolvimento) – è finalizzato a sviluppare la personalità del medesimo, in conformità con i principi costituzionali che trovano applicazione anche all'interno della stessa comunità familiare la quale rappresenta una di quelle formazioni sociali tutelata proprio dall'art. 2 Cost. (Sesta, *Famiglia e figli in Europa: i nuovi paradigmi*, cit., Bianca, *Diritto civile*, cit., 334; Iorio, *Il fondamento dell'estinzione dell'obbligo di contribuzione dei genitori nei confronti dei figli maggiorenni*, cit., 1071; Lenti, *Note critiche in tema di interesse del minore*, in *Riv. dir. civ*., 2016, 87 ss. Bonamini, *Sul diritto al mantenimento dei figli maggiori d'età*, cit., 109, il quale sottolinea come il diritto al mantenimento sia strumentale al migliore sviluppo della personalità del figlio, garantendo in tal modo l'effettiva applicazione dell'art. 2 Cost.).

[41] Sul principio di vicinanza della prova, v. *ex multis*, Besso, *La vicinanza della prova*, in *Riv. dir. proc*., 2015, 1383; Sapone, *Inesatto adempimento e riparto dell'onere della probatorio: tra vicinanza della prova e presunzione di persistenza del diritto*, in *Giur. Mer*., 2007, 971. In giurisprudenza, v. Cass. S. U. 30 ottobre 2001, n. 13533, in *Corr. giur*., 2001, 1565; con nota di Mariconda*, Inadempimento e onere della prova: le sezioni unite compongono un contrasto e ne aprono un altro*; in *Contr. e impr*., 2002, 100, con nota di Carli, *Alla ricerca di un criterio generale in tema di ripartizione fra le parti dell'onere di allegazione e dell'onere della prova*.

[42] Sempre a conferma di come l'orientamento citato debba essere guardato in senso critico occorre osservare come la Cassazione con la decisione richiamata, ha inteso delimitare in maniera precisa la durata del



ma [43], in particolare, che il figlio divenuto maggiorenne ha diritto al mantenimento a carico dei genitori soltanto se, ultimato il prescelto percorso formativo scolastico, dimostri, con conseguente onere della prova a suo carico, non solo la mancanza di indipendenza economica – che è precondizione del diritto preteso – ma di avere curato, con ogni possibile impegno, la propria preparazione professionale o tecnica e di avere, con pari impegno, operato nella ricerca di un lavoro [44].

Tuttavia, a parere di chi scrive, al fine di contemperare i diversi valori in gioco [45], detta inversione della prova dovrebbe operare non già di *default* al compimento del diciottesimo anno [46], ma solamente qualora, nello specifico caso concreto, si possa supporre portata a

---

diritto del figlio ad essere mantenuto; tuttavia, con riferimento ai figli che continuano gli studi, non specificando fino a quando debba essere persistere l'obbligo dei genitori una volta che il figlio sia divenuto maggiorenne (né fornendo dei criteri sulla base dei quali stabilire un termine ragionevole per decretarne la cessazione dell'obbligo in questione) non risolve molte incertezze che l'orientamento consolidato porta con sé (la Cassazione, per esempio, non evita il rischio che la continuazione degli studi venga utilizzata dai figli come pretesto per non emanciparsi dalla famiglia di origine).

[43] In altri termini, secondo l'indirizzo citato, raggiunta la maggiore età si presume l'idonetà al reddito che per essere vinta necessita della prova delle fattispecie che integrano il diritto al mantenimento ulteriore.

[44] Cass. 14 agosto 2020, n. 17183, cit.

[45] Sull'applicazione del principio di autoresponsabilità in ambito familiare, v. Cordiano, *Il principio di autoresponsabiità nei rapporti familiari*, Torino, 2018. Con specifico riguardo al contesto che qui interessa, detto valore viene sempre più spesso invocato al fine di contenere il dovere genitoriale entro ragionevoli limiti, in conformità con quanto avviene in ordinamenti giuridici diversi da nostro (Maniaci, *Onere della prova e strategie difensive*, Milano 2020, 112).

Sul principio di solidarietà, v. *ex multis*, Rodotà, *Solidarietà. Un'utopia necessaria*, Roma-Bari, 2014; Balestra, *Pandemia, attività d'impresa e solidarietà*, in *Riv. trim. dir. e proc. civ*., 2020, 1153; Busnelli, *Il principio di solidarietà e "l'attesa della povera gente", oggi*, in *Riv. trim. dir. proc. civ*., 2013, 413; Grossi, *Pluralità delle fonti del diritto e attuazione della Costituzione*, in *Riv. trim. dir. proc. civ*., 2019, 765; Tampieri, *La riscoperta del principio di solidarietà*, in *Jus Civile*, 2020, 3, 612; Blais, *La solidarité. Histoire d'une idée*, Parigi, 2007; Resta, *Gratuità e solidarietà: fondamenti emotivi e "irrazionali"*, in *Riv. crit. dir. priv*, 2014, 1, 26; Scarpelli, *Blocco dei licenziamenti e solidarietà sociale*, in *Riv. it. dir. del lavoro*, 2020, 2, 313; Affinito, *La procedura arbitrale per l'accesso al fondo di solidarietà di cui alla L 208/215 ed esigenze di tutela dell'investitore*, in *Riv. trim. di dir. dell'economia*, 2020, 2, 75; Rosanò, *Le conseguenze economiche del Coronavirus e la battaglia sul quadro finanziario pluriennale 2021-2027: alla ricerca di un principio di solidarietà europea*, in *federalismi.it*., 2020, 24, 289. S. Patti, So*lidarietà e autosufficienza nella crisi del matrimonio*, in *Familia*, 2017, 275. Detto principio connota tanto i rapporti orizzontali tra coniugi (e successivamente la legge del 20 maggio 2016, n. 76 tra le parti dell'unione civile) quanto i rapporti tra genitori e figli (Bugetti, *La solidarietà tra genitori e figli e tra figli e genitori anziani*, cit., 313, la quale mette in luce l'asimmetrica valenza, sotto il profilo giuridico, della solidarietà a cui sono tenuti i genitori nei confronti dei figli e di quella a cui, invece, sono tenuti i figli nei confronti dei genitori.

[46] In particolare, secondo il predetto orientamento il diritto al mantenimento viene meno con la maggiore età ma può esservi una sua "riviviscenza" in presenza di specifiche circostanze: a) una peculiare minorazione o debolezza delle capacità personali, anche non tali da dare corso a misure di protezione degli incapaci; b) la prosecuzione degli studi ultra liceali con diligenza, con dimostrazione di un impegno effettivo e con



compimento la funzione educativa propria del diritto al mantenimento il quale costituisce [47], appunto, uno strumento diretto a guidare il figlio lungo il percorso che lo dovrebbe condurre al raggiungimento di una propria autonomia. Ne consegue che, nelle predette circostanze, – fermo restando l'onere [48] a carico del genitore interessato [49] a far dichiarare l'estinzione dell'obbligo, della relativa iniziativa processuale nonché di allegazione e di prova di avere posto il figlio nella condizioni di raggiungere l'autosufficienza economica – una volta, per esempio, terminato il percorso di studi [50] intrapreso (si pensi, alla laurea) [51] occorrerebbe addossare sul figlio maggiorenne medesimo che voglia continuare la propria formazione (si ipotizzi la necessità di un ulteriore periodo di studi [52]) il rischio della mancata dimostrazione delle ragioni che legittimano la sua pretesa. Sempre nella medesima prospettiva, trascorso il periodo di tempo generalmente necessario per il completamento del percorso intrapreso [53], dovrebbe essere onere del figlio stesso dimostrare la mancanza

---

il raggiungimento di risultati adeguati; c) l'essere trascorso un lasso di tempo ragionevolmente breve dalla conclusione degli studi, con dimostrazione di esservisi fattivamente adoperati nella ricerca di un lavoro.

[47] Trib. Perugia 1 giugno 2020*, Redazione Giuffrè*, 2020.

[48] Maniaci, *Onere della prova e strategie difensive*, Milano, 2020, 102; A.A. Dolmetta e U. Malvagna, *Vicinanza della prova e prodotti d'impresa del comparto finanziario*, in *BBTC*, 2014, I, 659; G.F. Ricci, *Questioni controverse in tema di onere della prova*, in *Riv. Dir. Proc.* 2014, 341, Cass. Ord. 18 aprile 2018, n. 9565, in *Rep. Foro it*., 2018, voce *Fallimento*, n. 63; Cass. 14 gennaio 2016, n. 486, ivi, 2016, voce "Agenzia", n. 5.

[49] Trib. Bari, 10 gennaio, 2010, in *Girusprudenzabarese.it*., 2009; Cass. 11 gennaio 2008, n. 577, in *Diritto e giustizia*, *2007*.

[50] Sempre nella stessa ottica, occorrerebbe invertire l'onere della prova nell'ipotesi in cui il figlio medesimo abbia compiuto delle scelte di vita importanti (si pensi, per esempio, al matrimonio al quale devono senz' altro equipararsi la volontà di costituire una unione civile, di instaurare una convivenza, o ancora l'ipotesi di procreazione) che presuppongono una effettiva emancipazione rispetto alla famiglia di origine (Trib. Salerno 3 settembre 2020, n. 2106, in *De Jure*, in cui si riconosce la cessazione del diritto del figlio a continuare a percepire il mantenimento da parte del genitore anche alla luce della circostanza per cui lo stesso aveva intrapreso da un anno una stabile convivenza). In argomento, Magli, *Il matrimonio del figlio maggiorenne quale causa di estinzione del diritto al mantenimento: presupposti e limiti*, cit., 999).

[51] Il Report 2020 sul profilo e sulla condizione occupazionale dei laureati (Rapporto 2020) – Consorzio Interuniversitario *AlmaLaurea – in https://www.almalaurea.it/info/convegni/roma2020*, ove si afferma che "L'età media alla laurea per il complesso dei laureati del 2019 è pari a 25,8 anni: 24,6 anni per i laureati di primo livello, 27,1 per i magistrali a ciclo unico e 27,3 anni per i laureati magistrali biennali".

[52] Sempre a titolo esemplificativo, un *master* o la frequenza di una scuola di specializzazione.

[53] Al fine di individuare con maggiore precisione il periodo temporale trascorso il quale il maggiorenne avrebbe dovuto terminare gli studi occorre riferirsi ai dati statistici che indicano il tempo mediamente necessario per il completamento dei diversi percorsi di studi e l'inserimento nel mondo del lavoro. In tal senso sembra muoversi la Cass. 7 aprile 2006, n. 8221, in *Giur. it*., 2006, 116, ove si afferma che il giudice di secondo grado, nel confermare la persistenza del dovere del genitore di mantenere la figlia ventiquattrenne non ancora laureata in biologia, ha fondato la propria decisione indagando quale sia l'età media dei laureati in biologia e quanto tempo mediamente necessitano questi ultimi al fine di trovare un primo impiego. Al



di colpa nonché le ragioni del ritardo (per esempio, la sussistenza di un impedimento oggettivo come una malattia) nel completamento degli studi.

Tale soluzione pare peraltro conforme al principio di ragionevolezza [54], dato che le circostanze ostative rientrano nella sfera di azione del figlio maggiorenne il quale si trova nella condizione migliore e più vicina alla prova medesima [55]. In tale prospettiva, l'accoglimento della predetta linea interpretativa si conforma con il principio del c.d. giusto processo e con il diritto all'equilibrio delle facoltà difensive [56] quale proiezione processuale del principio costituzionale di uguaglianza sostanziale [57] che impongono di interpretare la legge in maniera tale da non rendere impossibile o eccessivamente difficile l'esercizio di tale diritto. Inoltre, detta soluzione si allinea con l'esigenza di consapevolizzare maggiormente i giovani; [58] terminato, infatti, il percorso di studi (o trascorso il tempo mediamente necessario per completare la formazione del giovane ed inserirsi nel contesto lavorativo ambito) il rischio della mancanza della prova che giustifica il permanere dell'obbligo di mantenimento non grava più sul genitore, bensì sul figlio, il quale, poi, qualora non riesca a fornire la dimostrazione dell'incolpevolezza, non solo perde il diritto al mantenimento, ma potrà essere ritenuto inadempiente all'obbligo di cui all'art. 315-*bis*, comma 4 c.c., ai sensi del quale il figlio deve "contribuire, in relazione alle proprie capacità, alle proprie sostanze e al proprio reddito, al mantenimento della famiglia, finché convive con essa" [59].

---

riguardo, occorre però, osservare come non tutti i percorsi di studi siano uguali. Per esempio, il tempo mediamente necessario per un giovane che si iscrive a giurisprudenza per conseguire la laurea ed inserirsi nel mondo del lavoro sono circa otto anni mentre la laurea in scienze infermieristiche permette di inserirsi nel contesto lavorativo in tempi più rapidi (5 anni). V. www.*almalaurea.it*.

[54] Sul principio di ragionevolezza, Patti, *Ragionevolezza e clausole generali*, 2. Ed. Milano, 2016; *Principio di ragionevolezza delle decisioni giurisdizionali e diritto alla sicurezza giuridica* (a cura di Francario e Sandulli), Napoli, 2018; Morrone, *Il custode della ragionevolezza*, Bologna, 2000; Ricci, *Ragionevolezza e diritto privato*, Bologna, 2007; Modugno, *La ragionevolezza nel diritto costituzionale*, Napoli, 2007.

[55] Non è condivisibile, infatti, quell'indirizzo interpretativo secondo cui la obiettiva difficoltà in cui si trova una parte nel fornire una prova, o l'impossibilità di tale prova imputabile all'altra parte, non sono circostanze idonee ad influire sulla ripartizione del carico probatorio (Cass. 2 settembre 2005, n. 17702, in *Rep. Foro it*., 2006; Cass. 15 marzo 2010, n. 6205, *in Rep. Foro it*., 2010).

[56] Franchi, *Per uguaglianza delle armi nel processo civile*, in *Riv. dir. civ*., 1977, I, 122; Barile, *Diritti dell'uomo e libertà fondamentali*, Bologna, 1984, 287.

[57] Cort. Cost. 22 dicembre 1989, n. 568, in *Giur. cost*., 1989, 2613; Cass. Sez. Un., 10 gennaio 141, in *Foro it*., 2006, I, 706.

[58] Cass. 7 luglio 2004, n. 12477, in *Giust. civ*., 2005, 3, I, 699; Cass. 2 dicembre 2005, n. 26259, in *Dir. famiglia* 2007, 2, 588.

[59] Sul punto, Al Mureden-Sesta, *sub. Art. 315 bis. c.c*., in *Codice della famiglia*, (a cura di Sesta), 3° ed., 2015, 1166.



5. – Ai fini della decisione concernente la durata del diritto al mantenimento del figlio maggiorenne [60] assume particolare rilevanza il ruolo del giudice chiamato a pronunciarsi sul singolo caso concreto; egli deve attuare un difficile bilanciamento tra la valorizzazione del sempre più richiamato principio di autoresponsabilità [61] – in forza del quale si esclude che il figlio possa contare incondizionatamente sull'aiuto economico dei genitori medesimi [62] – ed, anche alla luce dei principi espressi dagli artt. 4, comma 2 e 34, Cost., le esigenze solidaristiche nonché di tutela della formazione e delle ambizioni dei figli sulla base delle quali si esclude altresì che possa ritenersi in colpa il figlio qualora rifiuti lo svolgimento di un lavoro non qualificato e del tutto disancorato alle sue aspirazioni [63].

In tale contesto, spetta al giudice individuare – tenendo anche conto delle variabili che influenzano il mercato del lavoro e del "comune sentire" – quando le ambizioni del figlio non sono più ragionevoli e, quindi, delineare il sottile confine che può sussistere

---

[60] Sulla quantificazione dell'ammontare del diritto al mantenimento del figlio maggiorenne, ci si chiede quale siano i criteri da seguire ai fini della sua misurazione e se questi debbano essere gli stessi utilizzati per i figli minori. In argomento, v. Sesta-Arceri, *La responsabilità genitoriale e l'affidamento dei figli*, Milano, 2016, 62; Dosi, *Le nuove norme sull'affidamento e sul mantenimento dei figli e il nuovo processo di separazione e divorzio*, Milano, 2006; Carbone, *Separazione dei coniugi e provvedimenti relativi al mantenimento dei figli*, in *Corr. giur*., 2013, 1469; Moramarco, *Ineludibilità del contributo del genitore separato o divorziato per le spese straordinarie*, in *Fam. e dir*., 2015, 340. Sui criteri diretti a determinare l'ammontare del diritto al mantenimento, v. Al Mureden, *Tenore di vita e assegni di mantenimento tra diritto ed econometria*, in *Fam. e dir*., 2008, 39; Al Mureden-Rovatti (a cura di), *Gli assegni di mantenimento tra disciplina legale e intelligenza artificiale*, Torino, 2020.

[61] Con riferimento all'applicazione del suddetto principio alle decisioni concernenti la persistenza del diritto al mantenimento del figlio maggiorenne, si pensi, per esempio, alla decisione della Cassazione ove si afferma che l'ingresso effettivo nel mondo del lavoro con la percezione di una retribuzione sia pure modesta ma che preclude una successiva spendita della capacità lavorativa a rendimenti crescenti e segna la fine dell'obbligo di contribuzione da parte del genitore; la successiva eventuale perdita dell'occupazione o il negativo andamento della stessa non comporta la reviviscenza dell'obbligo del genitore al mantenimento (Cass. 22 luglio 2019, n. 19696, in *Diritto & Giustizia* 2019, 23 luglio; Cass. 2 febbraio 2019, n. 206, in *Redazione Giuffrè*, 2019); oppure a quell'indirizzo giurisprudenziale secondo cui il figlio perde il diritto al mantenimento qualora non accetti un lavoro incoerente con il proprio percorso formativo e non corrispondente alle proprie aspettative (Cass. 22 giugno 2016, n. 12952, in *Nuova giur. civ. e comm*., 12, 2016, 1635, con nota di F. Esposito, *Il mantenimento del figlio maggiorenne e la sua cessazione*).

[62] Si pensi al caso del quarantenne che volontariamente si sottrae allo svolgimento dell'attività lavorativa perché non corrispondente alle proprie aspirazioni (Cass. 8 agosto 2013, n. 18974, in *Guida al dir*., 2013, 43, 63).

[63] Cass. 22 luglio 2019, n. 19696, cit.; Trib. Padova, 16 maggio 2016, n. 1506, in *Guida al dir*., 2016, 38, 74; Cass. 21 febbraio 2007, n. 4102, in *Fam. e dir*., 2007, 550, ove si è ritenuto legittimo il rifiuto opposto dal figlio quasi trentenne e con titolo di studio di geometra-ragioniere allo svolgimento di attività di manovale (Cass. 22 marzo 2012, n. 4555, in *Foro it*., 2012, 1384; Cass. 2 febbraio 2015, n. 1798, in *www.questionididirittodifamiglia.it*.).



tra legittima ambizione e vana illusione [64]. Infatti, se da un lato, una ragionevole attesa trova giuridica protezione perché la formazione del figlio costituisce un arricchimento per se stesso, per la famiglia ma anche per l'intera comunità, dall'altro lato, occorre tenere presente che, qualora il mantenimento del soggetto medesimo non sia più funzionale al raggiungimento dell'obiettivo di inserire lo stesso nel contesto lavorativo prescelto, il riconoscimento della prosecuzione dell'obbligo dei genitori a continuare a mantenere il figlio maggiorenne costituirebbe una tutela economica ingiustificabile, il cui costo sarebbe trasferito direttamente sui genitori ed indirettamente sulla società.

Proprio in tale ottica, diretta appunto a ricercare soluzioni interpretative che responsabilizzino il giovane, senza però sacrificare l'importanza che la solidarietà assume nella relazione familiare medesima, ed a cui i genitori *in primis* sono tenuti nei confronti dei figli ancorché maggiorenni [1], occorre in primo luogo tenere in debito conto il "fattore tempo" [65], in quanto la previsione del diritto al mantenimento si allenta fisiologicamente con il passare degli anni e la crescita del giovane; il dovere genitoriale si giustifica, quindi, solamente entro determinati confini temporali [66] nei quali è sensato presumere che le aspettative del figlio abbiano ragionevoli e concrete possibilità di realizzarsi [67]. Ecco dunque che, in mancanza di circostanze eccezionali idonee a giustificare il ritardo nel completamento degli studi [68] oltre una certa età [69] lo stato di dipendenza economica si deve presumere sempre colpevole [70].

---

[64] Monticelli, *L' assegno di mantenimento tra indipendenza economica e principio di adeguatezza economico-professionale*, in *Giust. Civ*., 2003, 188.

[65] Cass. 12 marzo 2018, n. 5883 (nella specie è stato revocato il mantenimento a un figlio che a tre anni dal mutamento del sesso non si era ancora attivato per reperire un lavoro).

[66] In altri termini, è necessario individuare una serie di parametri di riferimento al fine di limitare temporalmente l'obbligo di mantenimento e che possano di volta in volta adattarsi al singolo caso in concreto. Uno dei criteri espressi in dottrina è quello per il quale l'obbligo in questione permane entro confini temporali tali da fare presumere che le aspirazioni del figlio abbiano ragionevoli possibilità di essere realizzate (M.G. Cubeddu, *La separazione*, cit., 555).

[67] La stessa Cassazione ha affermato che la valutazione concernente la persistenza o meno del diritto al mantenimento del figlio maggiorenne debba essere condotta con rigore proporzionalmente crescente in rapporto all'età dei beneficiari, in modo da escludere che tale obbligo assistenziale, sul piano giuridico, possa essere protratto oltre ragionevoli limiti di tempo e di misura, posto che l'assistenza economica protratta *ad infinitum* potrebbe finire col risolversi in forme di vero e proprio parassitismo di *ex* giovani ai danni dei loro genitori sempre più anziani (v. *ex multis*, Cass. 22 giugno 2016, n. 12952, in *Foro it*., 2016, 9, I, 2741; Cass. 7 luglio 2004, n. 12477, in *De Jure*; Cass. 12 marzo 2018, n. 5883, in *Il familiarista.it*., 27 aprile 2018, secondo cui raggiunta l'età dei trent'anni si presume l'indipendenza economica; Trib. Modena 1 febbraio 2018, in *De Jure*, ove si afferma che oltre la soglia dei trentaquattro anni lo stato di non occupazione del figlio maggiorenne non può più essere considerato quale elemento ai fini del mantenimento).

[68] M.S. Esposito, *Il diritto al mantenimento del figlio maggiorenne tra aspirazioni personali e colpevole inerzia*, cit., 134 ss., la quale evidenzia come, anche con riguardo al ritardo nel completamento degli studi, sia richie-



Sempre nella medesima prospettiva diretta appunto ad assicurare una adeguata tutela al figlio, senza però incorrere in atteggiamenti eccessivamente protezionistici (che, nell'ipotesi di condotta del figlio deplorevole, capricciosa, lassista e pigra potrebbero sconfinare nell'abuso [71] da parte dei figli medesimi [72]) ai fini della decisione concernente la durata dell'obbligo di mantenimento dei genitori a favore dei figli maggiorenni, occorre dare la debita rilevanza anche al profilo della meritevolezza del figlio [73], ossia all'impe-

---

sta al giudice di accertare la mancanza di circostanze eccezionali, il cui ricorrere potrebbe giustificare il ritardo (si pensi, per esempio, alla necessità del figlio di impegnarsi, contemporaneamente negli studi, in un'attività lavorativa per fronteggiare una indisponibilità solo temporanea dei genitori ovvero all'ipotesi in cui il figlio debba accudire un genitore malato per un lasso di tempo più o meno lungo). Sul punto, v. anche Iorio, *Il fondamento dell'estinzione dell'obbligo di contribuzione dei genitori nei confronti dei figli maggiorenni*, cit., 1072.

[69] Morozzo della Rocca, *Il mantenimento del figlio: recenti itinerari di dottrina e giurisprudenza*, cit., 386; Ruscello, *Potestà dei genitori e rapporti con in figli*, in *Il nuovo diritto di famiglia*, Trattato diretto da Ferrando, Bologna-Roma, 2007, 3, 131; M.G. Cubeddu. *La separazione*, in S. Patti – M.G. Cubeddu, *Diritto della famiglia*, Milano, 2011, 555.

[70] Sulla necessità di evitare il protrarsi di situazioni indebite, v. Di Stefano, *L' obbligo di mantenimento del figlio maggiorenne tra esigenze di tutela e pericolo di "parassitismo" sine die*, in *Fam. pers. e succ*., 2009, 68; Toti, *Oltre una certa età il figlio è ormai un adulto (recenti orientamenti sul mantenimento del figlio maggiorenne)*, in *Nuove leggi civ*., 2019, 374. In giurisprudenza, App. Napoli, 18 marzo 2011, in *Fam. e dir*., 2011, 1117, con nota di Gelli, *Il diritto al mantenimento del figlio maggiorenne e i suoi limiti: lo studente ultratrentenne "fuori corso"*.

[71] Greco, *Mantenimento del figlio maggiorenne e prova della raggiunta indipendenza economica*, in *Fam. e dir*., 2007, 6, 552.

[72] Con riferimento ai pericoli derivanti da una tutela eccessiva, v. Nasti, *Nihil sub sole novi: i figli maggiorenni economicamente non autosufficienti hanno diritto al mantenimento*, in *Fam. e dir*., 2002, 4, 360; Arceri, *Diritto al mantenimento del figlio maggiorenne: inedite posizioni di un giudice di merito sulla legittimazione a spiegare intervento e sui presupposti di legittimazione attiva*, cit., 1139; Longo, *I diritti dei genitori anziani*, in Id. (a cura di), *Rapporti familiari e responsabilità civile*, Torino, 2004.

[73] Cass. 22 giugno 2016, n. 2016, n. 12952, cit.; Trib. Verona, 26 settembre 2019, in *Il familiarista.it*., 20 marzo 2020; Cass. 9 maggio 2013, n. 11020, cit., pur avendo trent'anni, successivamente alla laurea in medicina, doveva ancora frequentare la scuola di specializzazione e quindi completare il percorso di studi intrapreso al fine di potere esercitare la professione ambita. Conforme alla tendenza a valorizzare le aspirazioni e la personalità dei figli, v. anche Cass. 3 aprile 2002, n. 4765, in *Fam. e dir*. 2002, 351; Cass. 11 luglio 2006, n. 16756, cit. (nel caso di specie la figlia di 31 anni non si era ancora laureata in giurisprudenza ma tenuto conto della prossimità della laurea e della media degli esami (27/30) non si è ravvisato "il motivo per cui la figlia avrebbe dovuto rinunciare a conseguire un titolo di studio che le consentiva di appagare le proprie legittime aspirazioni ed ambizioni". Sul punto, v. anche Annunziata, *Il diritto al mantenimento del figlio maggiorenne*, in *Nuova giur. civ. e comm*., 2006, 1089; Fantetti, *Obbligo di mantenimento, realizzazione delle aspirazioni e indipendenza economica del figlio maggiorenne*, in *Fam. pers. e succ*., 2008, 970. Nello stesso senso tendente a rispettare la personalità e le ambizioni del figlio, v. anche Cass. 6 dicembre 2013, n. 377. *Contra*, Cass. 6 novembre 2006, n. 23673, in *Mass. Giust. Civ*., 2008, 11; Cirese, *Il mantenimento del figlio maggiorenne tra evoluzione del costume e dinamiche familiari alla luce della legge n. 54/2006*, cit., 1410; Tommasini-Soraci, *Sub. Art. 147*, cit., 489; Iorio, *Il fondamento dell'estinzione dell'obbligo di contribuzione dei genitori nei confronti dei figli maggiorenni*, cit., 1069.



gno effettivo del medesimo nel percorso di studio o professionale intrapreso. Infatti, in conformità peraltro con quanto avviene in altri sistemi giuridici [74], sembra sussistere un atteggiamento di rigore nei confronti dei figli che, per negligenza o inerzia, ottengono risultati mediocri e si riserva, invece, un approccio maggiormente "protettivo" verso i maggiorenni che si dimostrino diligenti [75] e determinati nel realizzare i propri obiettivi professionali [76]; in altri termini ancora [77], all'obbligo dei genitori di contribuire al mantenimento dei figli maggiorenni deve corrispondere un dovere dei medesimi di mettere a frutto le prestazioni eseguite a loro favore [78], atteso che il contributo dei genitori a favore dei figli (che, per esempio, decidono di proseguire gli studi universitari e *post*-universitari) si dovrebbe accompagnare all'impegno di questi ultimi ad adoperarsi [79] al fine di terminare la loro formazione in maniera seria ed efficiente [80].

---

[74] Si pensi, per esempio, a come negli Stati Uniti, proprio per evitare che l'iscrizione all'Università o ad altri corsi di formazione rappresentino una scusa per continuare a beneficiare del mantenimento, le Corti sono chiamate a valutare, tra le altre cose, la serietà del piano di studi e di risultati accademici (Laura W. Morgan, "Child Support Fifty Years Later "Family Law Quarterly, vol. 41, 365-380 (2008).

[75] Così, per esempio, ai fini del riconoscimento della persistenza del diritto del figlio ad essere mantenuto non è sufficiente la mera iscrizione all'Università ma è necessario anche il concreto rendimento atteso che l'art. 34 Cost., nel riconoscere il diritto per i capaci e i meritevoli di raggiungere i più alti studi, implica anche un effettivo riscontro con riguardo al profitto (Cass. 7 aprile 2006, n. 8221, cit.). Nello stesso senso, Trib. Catania, 15 gennaio 2019, n. 179, in *Redazione Giuffrè*, 2019; Cass. 1 febbraio 2016, n. 1858, in *Resp. civ. e prev*., 2016, 1351.

[76] Non sembra tenere conto di detto parametro la Cass. 30 ottobre 2013, n. 377, inedita, ove si afferma che il figlio ultratrentenne perde il diritto al mantenimento qualora sia dotato di patrimonio personale e svolga gli studi universitari in un luogo diverso dalla sede di residenza senza avere, per sua colpa, né il titolo, né essersi procurato un'occupazione remunerativa.

[77] Trib. Roma 10 gennaio 2018, n. 567, in *Redazione Giuffrè*, 2018; Cass. 11 luglio 2006, n. 15756, in *De Jure*, in cui la Corte ha riconosciuto il permanere del diritto al mantenimento della figlia trentunenne iscritta alla facoltà di giurisprudenza, la quale, seppure fuori corso, aveva fino a qual momento ottenuto una media dei voti alta). Conforme, Cass. 7 aprile 2006, n. 8221, ove si afferma che, ai fini del riconoscimento del diritto al mantenimento del figlio maggiorenne, non è sufficiente la formale iscrizione all'Università, ma è necessaria anche l'effettiva frequenza e il concreto rendimento.

[78] La meritevolezza dei figli maggiorenni può essere comprovata dai risultati raggiunti nel percorso formativo prescelto (si pensi, per esempio, all'andamento all'università, alla media degli esami ed al numero di esami sostenuti). A tal fine i dati statistici relativi ad un determinato corso di studi possono risultare utili al fine dell'accertamento concernente la persistenza o meno del diritto del figlio di continuare ad essere mantenuto dai genitori. Si pensi a come, secondo i dati statistici, i giovani che si laureano in medicina hanno mediamente ventisette anni e impiegano in media sette anni e tre mesi per conquistare il titolo, mentre, per il conseguimento della laurea in economia e commercio occorrono di media quattro anni e mezzo.

[79] Greco, *Mantenimento del figlio maggiorenne e prova della raggiunta indipendenza economica*, cit., 550; Iorio, *Il fondamento dell'estinzione dell'obbligo di contribuzione dei genitori nei confronti dei figli maggiorenni*, cit., 1072.

[80] M.G. Cubeddu, *La separazione*, in S. Patti-M.G. Cubeddu, *Diritto di famiglia*, Milano, 2011, 551, la



Al riguardo, però, occorre considerare altresì che figli anche diligenti negli studi coesistono a volte con altri membri della famiglia (per esempio, fratelli) anche essi aventi diritto al mantenimento e con gli impegni e gli obblighi giuridici dei loro genitori a mantenere, in ipotesi, ascendenti in tarda età e o bisognevoli di assistenza diretta o mediata dalle c.d. badanti, figure che vanno naturalmente retribuite e che pertanto rappresentano un costo per la famiglia intera. A causa appunto dell'allungamento della prospettiva di vita, quest'ultimo scenario risulta tutt'altro che improbabile, con la conseguenza che, in presenza delle predette circostanze – ossia quando la famiglia di origine deve fare fronte ad altri ed ulteriori oneri economici – al figlio maggiorenne (anche qualora meritevole) si richiede una maggiore solidarietà con il resto della famiglia – e quindi, per esempio, di cercarsi un lavoro mentre si prepara a un percorso di perfezionamento professionale difficile e ad esito non garantito – ed un rafforzamento della responsabilizzazione del giovane a discapito magari del perseguimento delle proprie stesse originarie ambizioni.

Infine, sempre nell'ottica di contemperare i diversi valori fondanti il nostro stesso ordinamento giuridico, un ulteriore parametro che dovrebbe essere tenuto in considerazione dal giudice nella valutazione complessiva della fattispecie sottoposta al suo esame è quello del contesto socio familiare di riferimento. Infatti, se per un verso, non dovrebbe assumere rilevanza il tipo di educazione impartita dai genitori, per altro verso, invece, si deve tenere in debita considerazione la compatibilità delle scelte del figlio con la situazione economico sociale della famiglia di origine, posto che anche la stessa giurisprudenza [81] ha in varie occasioni affermato che "le prospettive di vita del figlio non possono non risentire del livello economico-sociale in cui si colloca la figura del genitore" [82]. In

---

quale afferma la sussistenza di un preciso obbligo di diligenza in capo al figlio al pari di quello richiesto al coniuge separato; Iorio, *Il fondamento*, cit., 1071, sottolinea l'impegno attivo richiesto ai figli (i quali devono mettere a frutto le prestazioni eseguite a loro favore) nel raggiungimento dell'indipendenza economia. In argomento, v. Fantetti, *Obbligo di mantenimento, realizzazione delle aspirazioni e indipendenza economica del figlio maggiorenne*, cit., 970; Annunziata, *Il diritto al mantenimento del figlio maggiorenne*, in *Nuova giur. civ. e comm*., 2006, 10, 1095; Esposito, *Il diritto al mantenimento del figlio maggiorenne tra aspirazioni personali e colpevole inerzia*, cit., 134, secondo cui deve escludersi che un'offerta non corrispondente alle legittime aspettative (e dunque alla capacità professionale acquisita) possa determinare di per sé l'estinzione dell'obbligo di mantenimento dei genitori.

[81] Cass. 13 luglio 1995, n. 7644, in *Dir. fam*., 1996, 99; Cass. 4 aprile 2002, n. 4765, in *Dir. fam. pers*., 2002, 310; ove si esclude che siano ravvisabili profili di colpa nella condotta del figlio maggiorenne che rifiuti una sistemazione lavorativa non adeguata a quella a cui la sua specifica preparazione, le sue attitudini ed i suoi effettivi e non velleitari interessi siano rivolti, quanto meno nei limiti temporali in cui tali aspirazioni abbiano una ragionevole possibilità di essere realizzate e sempre che "l'atteggiamento di rifiuto sia compatibile con le condizioni economiche della famiglia". Nello stesso senso, App. Catania 3 novembre 2016, cit.

[82] Trib. Roma 16 dicembre 2016, in *Ilfamiliarista.it*, 31 luglio 2017; Cass. 13 luglio 1995, n. 7644, in



tale ottica, vero è che il diritto e l'obbligo di mantenimento si fondano sulla situazione del figlio e non sulle capacità reddituali dell'obbligato [83], tuttavia, le scelte del figlio medesimo devono essere compatibili con il livello economico-sociale dei genitori [84]. Proprio per tali ragioni, occorre considerare non solo se il percorso scelto dal figlio sia per il genitore obbligato un onere [85] eccessivamente gravoso [86], ma valorizzare anche l'ipotesi inversa, in cui, invece, il figlio appartenga ad un contesto familiare con un solido *background* socio-economico e culturale [87]. Tale soluzione [88], oltre che bilanciare i diversi valori in gioco, si pone anche in linea con la funzione sociale [89] attribuita al diritto al man-

---

Dir. Fam., 1996, 99; Cass. 3 aprile 2002, n. 4765, cit.; Cass. 2 dicembre 2005, n. 26259, in *Mass. Giust. Civ*., 2005; Trib. Cagliari 13 marzo 1997, in *Riv. giur. sarda*, 2000, 99, in cui si afferma che, con riferimento alla frequenza scolastica, il dovere dei genitori di provvedere al mantenimento dei figli persiste finché dura la scuola dell'obbligo. Per quanto riguarda i livelli superiori di istruzione (e senza dubbio per quella universitaria) occorrerebbe considerare l'ambiente sociale in cui vive la famiglia e le concrete capacità economiche del genitore obbligato (oltre che la meritevolezza del figlio). Sempre in tale ottica occorre valutare la situazione complessiva del genitore obbligato come, per esempio, se quest'ultimo deve mantenere anche altri figli non autonomi (Liuzzi, *Mantenimento dei figli maggiorenni, onere probatorio e limiti temporali*, in *Fam. e dir*., 1996, 3; Cass. 21 novembre 1996, n. 10268, in *Mass. Giust. Civ*., 1996, 1560).

[83] Cass. 25 settembre 2017, n. 22314, cit., ove si è ritenuto inammissibile il motivo diretto a denunziare l'omessa considerazione delle ottime condizioni economiche del genitore obbligato che, nel caso di specie, era titolare di diversi fabbricati e terreni e aveva acquisito dei beni per successione.

[84] Cass. 12 aprile 2016, n. 7166, cit.; Cass. 2 dicembre 2005, n. 26259, in *Dir. famiglia*, 2007, 2, 588; Cass. 4 marzo 1998, n. 2392, in *Giur. it.,* 1999, 252; Cass. 20 agosto 2014, n. 18076, cit.; Cass. 11 aprile 2019, n. 10207, cit.; Trib. Padova, 16 maggio 2016, n. 1506, cit.

[85] Trib. Salerno 17 febbraio 2020, n. 670, in *Redazione Giuffrè,* 2020; Trib. Torino 11 aprile 2016, in *Il-familiarista, it*., 28 giugno 2017; Cass. 4 marzo 1998, n. 2392, in *Giur. it*., 1999, 252.

[86] Le scelte del figlio devono essere ragionevoli ed adeguate alle condizioni della famiglia atteso che non è ammesso imporre un contributo eccessivamente gravoso e non rientrante nelle sue concrete possibilità economiche tenuto conto – secondo buona fede – "della non imposizione di un eccessivo sacrificio alle altrui esigenze di vita" (Cass. 14 agosto 2020, n. 17183, cit.).

[87] *Contra*, Cass. 25 settembre 2017, n. 22314, cit., ove si è reputato inammissibile il motivo che tendeva a denunziare l'omessa considerazione delle ottime condizioni economiche del padre.

[88] Ai fini della decisione concernente la durata del diritto al mantenimento del figlio maggiorenne, il livello di educazione dei genitori, le risorse familiari ed in generale il c.d. "standard of living" sembrano rilevare anche in altri ordinamenti giuridici (v., per esempio, le soluzioni adottate in alcuni stati americani (Childers v. Childers, 89 Wn.2d 592, 575 P.2d 201 (1978).

[89] Le esigenze sottostanti al predetto diritto sono, infatti, non solo quelle individuali dirette ad accordare sempre più considerazione alla personalità del figlio e di permettere a quest'ultimo di proseguire nel percorso formativo scelto (al fine di inserirsi in un contesto lavorativo appropriato alle proprie attitudini ed aspirazioni), ma anche e soprattutto quelle di implementare il c.d. *welfare*, posto che l'aumento dell'istruzione e della formazione favorisce, peraltro, la crescita culturale sociale ed economica dell'intera collettività (in Italia, nel 2019, la quota di popolazione tra i 25 e i 64 anni in possesso almeno di un diploma, è pari a 62,2% (+0,5 punti rispetto al 2018), un valore decisamente inferiore a quello medio europeo (78,7%



tenimento, atteso che, in tali casi, supportare il maggiorenne in un determinato percorso lungo ed incerto (si ipotizzi, sempre a titolo esemplificativo, al caso in cui il giovane intenda intraprendere una carriera particolarmente aleatoria come quella notarile o universitaria, oppure, all'ipotesi in cui il figlio desideri conseguire un titolo di studio all'estero [90] per avere maggiori occasioni occupazionali) [91] rappresenta per l'obbligato un sacrificio tutto sommato più che sostenibile [92], a fronte dei vantaggi potenzialmente derivabili – non solo per il singolo, ma anche per l'intera collettività – qualora il maggiorenne medesimo prosegua la propria formazione, specializzandosi o perfezionando la propria competenza in un determinato settore [93]. In termini conclusivi, dunque, il contesto

---

nell'Ue28) e a quello di alcuni tra i più grandi paesi dell'Unione: 86,6% in Germania, 80,4% in Francia e 81,1% nel Regno Unito. Solo Spagna, Malta e Portogallo hanno valori inferiori all'Italia).

[90] Trib. Roma 7 marzo 2017, in *Foro it*., 2017, ove si afferma la permanenza del dovere del genitore di mantenere la figlia maggiorenne che abbia rifiutato un'offerta di lavoro per la necessità di completare all'estero un prestigioso percorso postuniversitario, tenuto conto delle buone disponibilità dell'obbligato.

[91] Rapporto 2020 Sul Profilo e Sulla Condizione Occupazionale dei Laureati – Sintesi – Numeri del Rapporto e Dati di Contesto – Il profilo del Laureati – Rapporto 2020" – Almalaurea (www.almalaurea.it), ove si afferma che "L'11,2% dei laureati del 2019 ha svolto esperienze di studio all'estero riconosciute dal corso di studi (era l'8,5% nel 2009): più nel dettaglio, ciò è avvenuto per l'8,9% utilizzando programmi dell'Unione Europea (Erasmus in primo luogo) e per il 2,3% attraverso altre esperienze riconosciute dal corso di studi (Overseas, ecc.)" e che "un'esperienza di studio all'estero con un programma europeo sono carte vincenti da giocare sul mercato del lavoro: a parità di condizioni, infatti, il tirocinio si associa a una probabilità maggiore del 9,5% di trovare un'occupazione a un anno dalla conclusione del corso di studio, mentre le esperienze di studio all'estero riconosciute dal proprio corso di studio aumentano le *chance* occupazionali del 12,9%".

[92] Il contesto familiare ha un forte impatto sulle opportunità di completare il percorso di istruzione universitaria. V. "Rapporto 2020 Sul Profilo e Sulla Condizione Occupazionale dei Laureati – Sintesi – Numeri del Rapporto e Dati di Contesto – Il profilo del Laureati – Rapporto 2020" – Almalaurea *(www.almalaurea.it*) ove si afferma che "Il contesto familiare ha un forte impatto sulle opportunità di completare il percorso di istruzione universitaria: fra i laureati, infatti, si rileva una sovra-rappresentazione dei giovani provenienti da ambienti familiari favoriti dal punto di vista socio-culturale. I laureati AlmaLaurea 2019 provengono per il 31,8% e il 22,5% da famiglie della classe media, rispettivamente impiegatizia e autonoma, per il 22,4% da famiglie di più elevata estrazione sociale (ove i genitori sono imprenditori, liberi professionisti e dirigenti) e per il 21,8% da famiglie in cui i genitori svolgono professioni esecutive (operai ed impiegati esecutivi). La percentuale dei laureati di più elevata estrazione sociale sale al 32,7% fra i laureati magistrali a ciclo unico, percorso di studio che, com'è noto, comporta una previsione di investimento di durata maggiore rispetto alle lauree di primo livello. I laureati con almeno un genitore in possesso di un titolo universitario sono il 30,4% (nel 2009 erano il 26,1%). Il contesto culturale e sociale della famiglia influisce anche sulla scelta del corso di laurea: i laureati provenienti da famiglie con livelli di istruzione più elevati hanno scelto più frequentemente corsi di laurea magistrale a ciclo unico (il 43,4% ha almeno un genitore laureato) rispetto ai laureati che hanno optato per un percorso "3+2" (27,2% per i laureati di primo livello e 31,2% per i magistrali biennali)".

[93] Cass. 4 aprile 2002, n. 4765, in *Dir. fam. per*., 2002, 310, ove si legge che "deve escludersi che siano ravvisabili profili di colpa nella condotta del figlio maggiorenne, il quale rifiuti una sistemazione non ade-



socio-culturale di origine sostiene propensioni ed aspettative, sia formative sia di realizzazione professionale che consentono di ritardare l'ingresso nel mercato del lavoro, in attesa di una migliore collocazione [94]. Proprio per tali ragioni, qualora vi sia una solida situazione patrimoniale e la prosecuzioni degli studi anche in tempi più lunghi rientri nella subcultura e nella consuetudine della famiglia cui appartiene il figlio, il mantenimento può essere legittimamente preteso dal maggiorenne che intenda proseguire, anche contro la volontà del genitore [95], la propria formazione; ciò persino qualora il figlio abbia fatto scelte del tutto divergenti dal programma educativo predisposto dai genitori, atteso che questi ultimi hanno l'obbligo di rispettare le inclinazioni naturali e le aspirazioni dei figli anche nell'ambito di decisioni che, pure essendo accettate dalla società, non sono condivise dai genitori medesimi.

guata a quella a cui la sua specifica preparazione, le sue attitudini e i suoi effettivi e non velleitari interessi siano rivolti, quanto meno nei limiti temporali in cui tali aspirazioni abbiano una ragionevole possibilità di essere realizzare e sempre che l'atteggiamento di rifiuto sia compatibile con le condizioni economiche della famiglia".

[94] https://nova.ilsole24ore.com/infodata/le-lauree-non-sono-tutte-uguali-i-grafici-del-decennio/.

[95] Vercellone*, I rapporti genitori-figlio*, in *Trattato di diritto di famiglia*, diretto da Zatti, II, *La filiazione*, 951 ss.

JUS CIVILE



FRANCESCO ANGELI

Assegnista di ricerca – Università degli Studi di Perugia

LE AZIONI A TUTELA DELLA MASSA DEI CREDITORI DALLA LEGGE SUL SOVRAINDEBITAMENTO AL CODICE DELLA CRISI DI IMPRESA E DELL'INSOLVENZA

SOMMARIO*: 1. Premessa: la regolazione del sovraindebitamento nel vigente ordinamento concorsuale. – 2. Il debitore ed i creditori: luci ed ombre in relazione al bilanciamento degli interessi giudizialmente garantiti tra processi pendenti ed azioni giudiziarie al cospetto di una norma strutturalmente incompleta. – 3. La tutela degli interessi dei creditori tra le nuove azioni codificate e quelle non espressamente codificate. – 4. Conclusioni.*

1. – Il problema della gestione delle crisi dei c.dd. soggetti non fallibili rappresenta un profilo che, per lungo tempo trascurato da parte del legislatore, appare oggi centrale nelle nuove disposizioni che, diacronicamente, hanno interessato i non facili rapporti che si generano fra creditore e debitore in difficoltà [1].

L'evoluzione della normativa "fallimentare" sembra caratterizzata da una progressiva presa di coscienza da parte del legislatore della inopportunità di ancorare la gestione delle crisi economiche a procedure rigide, di natura squisitamente giudiziale e con finalità prevalentemente liquidatorie [2]. Sembra cioè rinvenibile un progressivo abbandono dell'idea della crisi dei soggetti economici quale evento socialmente rimproverabile sanzionabile con il fallimento, per aderire ad una concezione della "crisi" come evento che, pur se da evitare, risulta essere una eventualità prevedibile nelle moderne economie e, dunque, da gestire tramite rimedi giuridici adeguati [3].

---

[1] M. PARRINELLO, *Ragioni dell'impresa e sovraindebitamento,* in *giustiziacivile.com*, 2019, p. 29 ss.

[2] C. CAMARDI, *Il sovraindebitamento dopo il codice della crisi. Il diritto privato che cambia e la dogmatica civilistica*, in *Riv. dir. priv.*, 2020, pp. 487-532.

[3] D. VATTERMOLI, *La disciplina del sovraindebitamento nel Codice della crisi e dell'insolvenza,* Com-



La necessità di prevenire tempestivamente la crisi dell'imprenditore al fine di evitare il suo fallimento, nel corso degli anni, ha indotto il legislatore ad inserire nell'alveo della legge fallimentare regolata dal R.d. n. 267 del 1942, degli strumenti di composizione della crisi alternativi al fallimento ed al concordato preventivo. Nell'anno 2006, in seno alla prima strutturale riforma del sistema concorsuale, sono stati introdotti alcuni procedimenti volti a risolvere la crisi dell'impresa mediante procedure privatistiche e demandando il controllo giudiziale alla sola fase di omologazione degli accordi raggiunti tra debitore e creditori. Tuttavia il risultato degli interventi si è ridotto ad un corpo di norme non organico e, a volte, anche di difficile interpretazione per cui spesso, per dirimere i contrasti giurisprudenziali insorti tra le varie corti territoriali, si è reso necessario l'intervento del giudice di legittimità [4].

Da qui la necessità di rivisitare integralmente la materia concorsuale al fine di restituirle sistematicità ed organicità in considerazione del nuovo contesto economico e sociale in cui operano le imprese, specialmente nell'attuale contesto storico [5], ma anche alla luce della crisi economica generalizzata che ha colpito anche il piccolo imprenditore e l'insolvente civile [6].Con l'introduzione della l. n. 3 del 2012 [7] nell'ordinamento, non solo sono state previste varie procedure che permettono all'insolvente civile [8] di risolvere la

---

mento a d.lgs. 12 gennaio 2019, n. 14 (Codice della crisi d'impresa e dell'insolvenza); in *giustiziacivile.com*, 2019, p. 17 ss.

[4] A. BENOCCI, *Dal fallimento alla liquidazione giudiziale: rivoluzione culturale o* make-up *di regolamentazione?,* in *Giurispr. comm.*, 2017, p. 759.

[5] Per un maggiore approfondimento si veda L. MEZZASOMA, *Covid-19, Codice della crisi di impresa e dell'insolvenza, sovraindebitamento con riferimento all'ordinamento italiano,* in *Le Corti Umbre*, 2020 e, tradotto in lingua spagnola, in *Revista critica de derecho privado* (*Nùcleo de Derecho Civil – Uruguay*), n. 17/2020, p. 915 ss.

[6] S. PACCHI, *I procedimenti concorsuali per la crisi da sovraindebitamento*, in AA.VV., *Il sovraindebitamento del consumatore negli ordinamenti di matrice latina e nel modello statunitense*, Pisa, 2019, p. 97.

[7] In particolare il legislatore ha introdotto tre procedure, per le quali è legittimato alla loro richiesta solo il debitore, che sono volte alla risoluzione della sua crisi da sovraindebitamento. Anche se la finalità delle tre procedure appare unica, cioè quella di addivenire alla soluzione della crisi da sovraindebitamento, in esse si evidenziano varie differenze ed in particolare una di queste, risiede nel fatto che mentre la procedura di piano del consumatore e la procedura di accordo tra il debitore ed i creditori si fondano su di una matrice negoziale, la procedura di liquidazione dei beni è di natura esclusivamente liquidatoria determinando lo spossessamento, seppur volontario di tutti i beni del debitore in favore della massa dei creditori rappresentata da un liquidatore giudiziale. Con la l. n. 3 del 2012 è stata introdotta la possibilità dell'esdebitazione dell'insolvente che è un istituto che opera dopo l'adempimento della procedura alla quale l'insolvente ha avuto accesso e previa verifica di determinati requisiti da parte del giudice. Con l'esdebitazione è possibile procedere alla cancellazione dei debiti dell'insolvente che residuano ancora dopo la chiusura di una delle procedure di sovraidebitamento.

[8] E. PELLECCHIA, *La definizione di sovraindebitamento nel codice della crisi d'impresa e dell'insolvenza: cosa resta e cosa cambia*, in *Nuove leggi civ. comm*., 2019, pp. 1134-1159.



crisi da sovraindebitamento che lo affligge ma sono state anche rese le definizioni di consumatore e di sovraindebitamento che fino a quel momento non erano adeguatamente codificate, necessarie per delineare il perimetro soggettivo ed oggettivo di applicazione della norma [9]. In particolare nell'ordinamento concorsuale sono state introdotte tre procedure volte alla risoluzione della crisi da sovrandebitamento che sono il piano del consumatore e l'accordo, entrambe di matrice negoziale e la liquidazione dei beni di matrice liquidatoria [10]. La mancanza di una esatta ed univoca codificazione della definizione di consumatore [11], ha generato un diverso trattamento del medesimo soggetto sovraindebitato in relazione all'applicazione delle procedure di cui alla l. n. 3 del 2012 tant'è che, quantomeno inizialmente, la platea dei debitori sovraindebitati che potevano accedere agli istituti risolutori era ristretta rispetto a quella attuale [12] che accoglie, invece, non solo i consumatori ed i piccoli imprenditori individuali ma anche tutti quei soggetti che non possono essere sottoposti alle procedure previste dalla l. fall. a causa del mancato superamento dei prescritti limiti dimensionali [13].

La possibilità di prevedere delle procedure di definizione dell'insolvenza civile, il cui accesso è consentito anche ai soggetti "non fallibili", non può essere che condivisa sotto vari profili.

---

[9] L'art. 18 del Codice del Consumo definisce consumatore "qualsiasi persona fisica che, nelle pratiche commerciali oggetto del presente titolo, agisce per fini che non rientrano nel quadro della sua attività commerciale, industriale, artigianale o professionale". L'art. 6 della l. n. 3 del 2012 definisce consumatore "il debitore persona fisica che ha assunto obbligazioni esclusivamente per scopi estranei all'attività imprenditoriale o professionale eventualmente svolta".

[10] A. LOLLI e M.G. PAOLUCCI, *Procedure di composizione della crisi da sovraindebitamento* (Over-indebtedness crisis settlement procedures) in *Il nuovo diritto delle società*, 2020, pp. 923-959.

[11] Nello stesso senso Trib. Bergamo, (decr.), 12 dicembre 2014, che ha ritenuto che la definizione ricalca sostanzialmente quella di cui all'art. 3 del codice del consumo (d.lgs. 6 settembre 2005, n. 206) di matrice comunitaria.

[12] L'art. 31, comma 1, del d.l. 18 ottobre 2012, n. 179, convertito nella l. 17 dicembre 2012, n. 221, ha stabilito che "*la start-up innovativa non è soggetta a procedure concorsuali diverse da quelle previste al Capo II della legge 27 gennaio 2012, n. 3*". Le *start-up* innovative, pertanto, non sono soggette alle "classiche" procedure concorsuali, quali il fallimento, il concordato preventivo e la liquidazione coatta amministrativa, bensì è previsto il loro assoggettamento, in via esclusiva, ai procedimenti di composizione della crisi da sovraindebitamento e di liquidazione del patrimonio che la l. n. 3 del 2012 prima dell'estensione di tale disciplina alle *start-up* innovative, riservava agli imprenditori agricoli ed alle associazioni professionali.

[13] L'art. 1 l. fall. elenca i limiti dimensionali al di sotto dei quali l'imprenditore non può essere soggetto alle procedure concorsuali.



In primo luogo una parte rilevante di soggetti [14] che non potevano accedere agli istituti previsti dalla l. fall. per regolamentare la loro insolvenza, si trovavano in balia dei creditori che, anche in modo confusionario, aggredivano i loro beni mediante esecuzioni individuali che non portavano a risultati soddisfacenti di recupero del loro credito.

In secondo luogo il debitore, non avendo a disposizione strumenti risolutori del suo sovraindebitamento, si trovava per un considerevole tempo con un carico di debiti che non poteva essere soddisfatto se non mediante accordi transattivi spesso di difficile conclusione e spesso non rispettosi del principio dell'ordine delle prelazioni.

Infine il debitore sovraindebitato non poteva mai sperare nella sua ripartenza intesa nel senso che non poteva mai rientrare attivamente nel sistema economico.

Un ulteriore impulso volto a rinnovare ed armonizzare l'ordinamento concorsuale nella sua interezza, è stato dato con la promulgazione della l. delega n. 155 del 2017, che contiene la delega legislativa con la quale sono state fornite all'organo esecutivo le linee guida per l'attuazione della riforma della crisi di impresa e dell'insolvenza, con la quale si è finalmente concretizzata l'opportunità di rivisitare l'intera materia concorsuale e di introdurre nel contesto del nuovo Codice della Crisi di Impresa e dell'Insolvenza anche le procedure volte alla risoluzione della crisi da sovraidebitamento. Questo permetterà di rimodulare le procedure da sovraindebitamento adattandole alle esigenze del periodo storico che stiamo attraversando e favorendone l'accesso da parte dei soggetti interessati [15].

In materia di sovraindebitamento, con la promulgazione della l. n. 146 del 18 dicembre 2020, si è avuto un ulteriore intervento normativo con il quale il legislatore, anticipando l'entrata in vigore di alcune disposizioni contenute nel Codice della Crisi di Impresa e dell'insolvenza [16], ha previsto che il debitore non possa accedere ai benefici della

---

[14] Oltre all'insolvente civile non può accedere alle procedure previste dalla l. fall. anche l'imprenditore che non raggiunge i limiti dimensionali individuati dall'art. 1 della medesima legge ed i professionisti.

[15] P. VELLA, *L'impatto della Direttiva UE 2019/1023 sull'ordinamento concorsuale interno*, in AA.VV., *Il fallimento e le altre procedure concorsuali*, Milano, 2020, p. 747.

[16] Nello stesso senso ed autorevolmente si veda L. MEZZASOMA, *La responsabilità patrimoniale del consumatore tra decreti «RISTORI» e interventi giurisprudenziali,* in *Il consumatore e la normativa emergenziale ai tempi del COVID 19*, a cura di V. Rizzo, E. Llamas Pombo, G. Berti De Marinis, L. Mezzasoma, Napoli, in corso di pubblicazione, p. 477: "Il perdurare della situazione pandemica e la consapevolezza che le conseguenze nefaste anche in àmbito economico sono state e saranno particolarmente gravi ha portato il legislatore ad intervenire e, di fatto, ad anticipare l'entrata in vigore delle innovazioni previste in tema di sovraindebitamento contenute nel Codice della crisi d'impresa e dell'insolvenza. Cosí, a fronte dei numerosi impulsi della dottrina e del contrasto giurisprudenziale che si veniva formando su importanti questioni5, la l. n. 176 del 18 dicembre 2020 (di conversione di un ulteriore decreto ristori, d.l. n. 137 del 2020), in vigore dal 25 dicembre del 2020, ha di fatto riscritto i profili piú significativi e critici della l. n. 3 del 2012.



l. n. 3 del 2012 solo nel caso in cui abbia contratto le sue obbligazioni con colpa grave o malafede [17], ha introdotto una procedura di risoluzione della crisi riservata al debitore incapiente [18], ed ha concesso al liquidatore della procedura di liquidazione dei beni sia la legittimazione attiva alla prosecuzione dei giudizi pendenti alla data del decreto di apertura della procedura sia la legittimazione attiva alla proposizione dell'azione revocatoria [19].

Le modifiche apportate alla legge sul sovraindebitamento a seguito dell'introduzione della l. n. 146 del 2020, in alcuni casi appaiono, però, una mera trasposizione di alcuni precetti normativi contenuti nel Codice della Crisi dell'Impresa e dell'Insolvenza, trasposizioni che potrebbero portare ad uno stallo dell'applicazione della norma in quanto non adeguatamente armonizzati con l'intero impianto della l. n. 3 del 2012 tutt'ora vigente.

In particolare, con il presente studio, si intende soffermarsi su due aspetti significati della riforma normativa ed in tale ottica si evidenzia l'antinomia tra la disposizione dell'art. 14 *quinquies* l. n. 3 del 2012 che impone al giudice di accertare la mancanza di atti in frode compiuti dal debitore quale causa di inammissibilità all'accesso alla procedura di liquidazione dei beni e la correlata possibilità, prevista dall'art. 14 *decies* l. n. 3 del 2012, dell'esperimento dell'azione revocatoria da parte del liquidatore di atti in frode compiuti dal debitore che è stato ammesso alla medesima procedura li liquidazione dei beni.

Si evidenzia, inoltre, l'ulteriore criticità rilevata nella previsione contenuta nell'art. 14 *decies* l. n. 3 del 2012. Il precetto normativo in questione se da un lato concede la legittimazione al liquidatore di proseguire i processi pendenti alla data di apertura della procedura di liquidazione di cui è parte il debitore, dall'altro lato non dispone che il decreto giudiziale di apertura della procedura è causa di interruzione dei processi medesimi.

---

[17] In tema di colpa si evidenzia che l'art. 7, comma 2 *ter*, l. n. 3 del 2012 dispone che "la proposta non è ammissibile quando il debitore, anche consumatore: limitatamente al piano del consumatore, ha determinato la situazione di sovraindebitamento con colpa grave, malafede o frode".

[18] La definizione di debitore incapiente viene data dall'art. 14 *quaterdecies* l. n. 3 del 2012 "Il debitore persona fisica meritevole, che non sia in grado di offrire ai creditori alcuna utilità, diretta o indiretta, nemmeno in prospettiva futura, può accedere all'esdebitazione".

[19] Di seguito viene riportato il nuovo testo dell'art. 10 *decies*, comma 1 e comma 2, l. n. 3 del 2012 "Il liquidatore, autorizzato dal giudice, esercita o, se pendente, prosegue ogni azione prevista dalla legge finalizzata a conseguire la disponibilità dei beni compresi nel patrimonio del debitore e ogni azione diretta al recupero dei crediti. Il liquidatore, autorizzato dal giudice, esercita o, se pendenti, prosegue le azioni dirette a far dichiarare inefficaci gli atti compiuti dal debitore in pregiudizio ai creditori, secondo le norme del codice civile".



Anche se si apprezza lo sforzo del legislatore volto a rendere maggiormente applicabili le procedure di risoluzione della crisi del sovraindebitamento, purtroppo l'intervento normativo è apparso disorganico e, in alcuni casi, anche confuso al punto tale da rendere necessario un elevato lavoro interpretativo finalizzato all'applicazione della norma.

Se è pur vero che la recente introduzione della novella normativa nell'ordinamento concorsuale è ancora, di fatto, priva di interpretazioni dottrinali e giurisprudenziali, essa appare comunque, a maggior ragione, degna di una approfondita analisi necessaria per addivenire alla risoluzione dei contrasti che genera nella sua applicazione concreta.

2. – Il legislatore, con la promulgazione della l. n. 146 del 2020, ha apportato delle modifiche alle disposizioni contenute nella l. n. 3 del 2012, traslando in essa dei precetti normativi contenuti nel Codice della Crisi di impresa e dell'Insolvenza (di seguito CCII). Questo è quanto avvenuto nella procedura di liquidazione dei beni in materia di giudizi pendenti e di azione revocatoria difatti il precetto dell'art. 14 *decises* l. n. 3 del 2012 [20] è stato sostituito, integralmente, dal precetto dell'art. 270 CCII senza però considerare che l'attuale impianto normativo nel quale è stato collocato, non lo sorregge.

Le disposizioni contenute nella l. n. 3 del 2012, ed in particolare quelle contenute nella procedura di liquidazione dei beni, nulla dispongono in merito alle sorti dei giudizi pendenti alla data di apertura della procedura di cui è parte il debitore quando, invece, l'art. 14 *decies* l. n. 3 del 2012 dispone che il liquidatore, se autorizzato dal giudice, può proseguire il processo pendente. Appare, quindi, necessario, rifarsi all'ordinamento processualistico ed a quello concorsuale vigente in materia per colmare la lacuna normativa [21] creata dalla previsione contenuta nell'attuale art. 14 *decies* l. n. 3 del 2012 che dispone che il liquidatore può chiedere al Giudice di essere autorizzato alla prosecuzione dei processi pendenti alla data di apertura della procedura di liquidazione dei beni [22] non

---

[20] In relazione al testo previgente S. GIARRINI, *Procedura di liquidazione del patrimonio nella legge n. 3/2012* (Winding-up proceedings of the assets in the law n. 3/2012) in *Giurispr. comm.*, 2016, pt. 1, pp. 712-750.

[21] M. MONTANARI, *Profili processuali del nuovo codice della crisi d'impresa e dell'insolvenza*, in *Nuove leggi civ. comm.*, Milano, 2019, p. 890: "pensiamo: a) al dibattito agitatosi intorno al *dies a quo* dal quale far decorrere il termine per la riassunzione del giudizio *ipso iure* interrotto per effetto della sopravvenuta dichiarazione di fallimento, dibattito che dovrebbe venire ad esaurimento con la previsione di cui all'art. 143, ult. comma, ult. periodo, CCII, a mente della quale esso termine «decorre da quando l'interruzione viene dichiarata dal giudice».

[22] L'attuale impianto normativo non prevede l'interruzione del processo pendente alla data di apertura



tenendo in considerazioni che l'apertura della procedura non è causa di interruzione dei processi pendenti.

L'art. 299 c.p.c. tra le cause di interruzione del processo civile individua la perdita della capacità di stare in giudizio della parte [23], perdita di capacità tipicizzata dalla l. fall. che all'art. 43 sancisce il principio per il quale la capacità di stare in giudizio, a seguito dell'apertura della procedura fallimentare viene demandata al curatore il quale si sostituisce al debitore fallito [24].

Alla stessa stregua l'art. 43 l. fall. [25] dispone anche che l'apertura del fallimento determina l'interruzione del processo [26]. Dalla lettura del dato normativo appare subito evidente che sussistono alcune difficoltà di natura interpretativa e processuale in particolar modo in relazione alla portata effettiva della norma in relazione al decorso dei termini di riassunzione del processo previsti dall'art. 305 c.p.c. [27].

In particolare si critica l'avarizia legislativa della disposizione normativa già in relazione alla difficile individuazione dell'apertura del fallimento in quanto mentre è inequivocabile che l'apertura del fallimento avviene mediante una sentenza, occorre analizzare gli effetti della sentenza in relazione ai soggetti che coinvolge [28]. Il principio generale sancisce che la sentenza acquista efficacia e, quindi, spiega i suoi effetti, nei confronti delle parti per le quali viene emessa, dal giorno del suo deposito in cancelleria. L'art. 16

---

della procedura di liquidazione dei beni. Questo comporta la difficile applicazione della prosecuzione del processo pendente di cui all'art. 14 *decies*. Si è giunti, quindi, a ritenere che si potrà intervenire nel processo pendente alla data di apertura della liquidazione mediante l'intervento previsto dall'art. 105 c.p.c. L'art. 270, comma 5, dispone l'interruzione dei processi pendenti alla data della sentenza di apertura della liquidazione controllata e, conseguentemente la previsione della possibilità della prosecuzione del processo pendente prevista dall'art. 274 CCII è coerente con il sistema.

[23] G. FAUCEGLIA e L. PANZANI, *La sorte dei rapporti processuali*, *Fallimento e altre procedure concorsuali*, Torino, 2009, p. 466.

[24] Cass., 30 gennaio 2019, n. 2658, in *laleggepertutti.it*.

[25] Sul punto si veda anche F. COSSIGNANI, *Due questioni in tema di riassunzione del processo interrotto* ex *art. 43 legge fallim.*, in *Il diritto fallimentare e delle società commerciali*, 2014, pt. 2, pp. 243-264.

[26] E. STAUNOVO POLACCO, *Massimario di merito*, in A.A.V.V., *Il Fallimento e le altre procedure concorsuali*, Milano, 2018, p. 378.

[27] Cass., 30 novembre 2018, n. 31010, in *laleggepertutti.it*: "L'interruzione costituisce un arresto nel corso del processo, conseguente al verificarsi di taluni eventi, tassativamente indicati: morte della parte o del suo rappresentante legale; perdita della capacità di stare in giudizio di una delle parti o del rappresentante legale e la cessazione di tale rappresentanza; morte, radiazione o sospensione del difensore. Al verificarsi di uno di tali eventi, la parte non è più nella possibilità di difendersi adeguatamente, e dunque, l'interruzione del processo è necessaria fino a quando non sia ristabilita la detta effettività".

[28] E. STAUNOVO POLACCO, in A.A.V.V., *Il Fallimento e le altre procedure concorsuali*, Milano, 2017, p. 1240.



l. fall. dispone che la sentenza di fallimento deve essere iscritta presso il registro delle Imprese per produrre le finalità della cosiddetta pubblicità notizia ed è da questo momento che spiega i suoi effetti nei confronti dei terzi [29].

Si rileva, quindi, una oggettiva impossibilità di deduzione normativa del termine di decorrenza dell'interruzione del processo pendente a seguito della sentenza di fallimento, tant'è che, al fine di evitare un susseguirsi di contestazioni in relazione alla decorrenza, e quindi alla correlata tempestività, della riassunzione del processo pendente, è intervenuto fermamente il giudice di legittimità che, con varie pronunce, ha sancito che il termine di riassunzione del processo interrotto a causa dell'intervenuto fallimento di una delle parti decorre dal giorno in cui il giudice investito del giudizio civile ne dichiara l'interruzione. Sul punto il giudice di legittimità ha emesso il seguente principio di diritto: "in caso di interruzione automatica del processo determinata dalla dichiarazione di fallimento di una delle parti, il termine per la riassunzione di cui all'art. 305 c.p.c. decorre dalla dichiarazione o notificazione dell'evento interruttivo secondo la previsione dell'art. 300 c.p.c. ovvero, se anteriore, dalla conoscenza legale di detto evento procurata dal curatore del fallimento alle parti interessate" [30].

La giurisprudenza non poteva che giungere a tale conclusione in quanto sarebbe stato inverosimile che l'interruzione di un processo, per intervenuto fallimento di una delle parti, potesse avvenire senza un provvedimento giudiziale emesso dal giudice investito dell'istruzione del processo.

È indubbio che la legittimazione attiva alla riassunzione del processo pendente risieda sia in capo al curatore fallimentare che in capo alle altre parti processuali, fermo restando che, laddove il processo abbia come *petitum* il riconoscimento di un credito da parte di un terzo nei confronti del fallito, la competenza a giudicare, *ex lege,* si trasferisce in capo al giudice delegato alla procedura fallimentare [31].

È anche indubbio che la conseguenza della riassunzione del processo pendente com-

---

[29] M. FERRO, *Commento all'art. 43 L.F.*, *La legge fallimentare*, Padova, 2014, p. 614.

[30] Cass., 30 gennaio 2019, n. 2658, in *giuricivile.it*.

[31] Cass., 21 gennaio 2014, n. 1115, in *brocardi.it*: "Sebbene l'accertamento del credito nei confronti del fallimento sia devoluto alla competenza esclusiva del giudice delegato, ai sensi degli artt. 52 e 93 della legge (fallimentare), l'improponibilità della domanda in sede extrafallimentare e la rilevabilità d'ufficio in ogni stato e grado di tale vizio va coordinata con il sistema delle impugnazioni e la disciplina del giudicato, con la conseguenza che il vizio procedimentale, ove non dedotto come motivo di gravame resta superato dall'intervenuto giudicato, senza che – in ragione del principio di conversione delle nullità in motivi di impugnazione e in armonia con il principio della ragionevole durata del processo – possa ulteriormente dedursi nelle successive fasi del giudizio".



porta che la successiva sentenza spieghi i suoi effetti nei confronti del fallimento e, conseguentemente, nei confronti della massa dei creditori [32].

Se è pur vero che in relazione alla procedura di fallimento il tema non riguarda l'interruzione del processo, che è espressamente prevista dalla legge, ma l'esatta individuazione del termine di decorrenza della riassunzione del processo interrotto, è anche vero che nella procedura di liquidazione dei beni regolamentata dalla l. n. 3 del 2012 non è prevista l'interruzione del processo pendente alla data di apertura della procedura né, tantomeno, l'apertura della procedura di liquidazione dei beni è prevista tra le cause di interruzione del processo elencate dall'art. 299 c.p.c. [33].

Stante la mancata previsione normativa dell'interruzione del processo pendente, è d'obbligo chiedersi, in analogia alla previsione normativa della procedura fallimentare, se anche l'apertura della procedura di liquidazione dei beni generi una interruzione del processo e se, nel caso, il liquidatore abbia la legittimazione attiva a chiederne la sua riassunzione o prosecuzione.

Se da un punto di vista meramente sostanziale ritenere che in via analogica l'apertura della procedura di liquidazione dei beni genera una interruzione del processo pendente, con la conseguente possibilità del liquidatore di riassumerlo, nella realtà normativa questo non appare possibile in mancanza di uno specifico precetto dispositivo.

È necessario, quindi, capire se l'ordinamento offre istituti processuali idonei a fare spiegare l'efficacia della sentenza anche nei confronti della massa dei creditori della procedura di liquidazione [34].

Lo spunto è offerto dall'art. 105 c.p.c. il quale dispone che ciascuno può intervenire in un processo già incardinato tra altri soggetti quando intende far valere un suo diritto inerente allo stesso processo [35].

Sulla scorta di tale previsione, ed a seguito di una interpretazione sistematica delle norme presenti nell'ordinamento [36], si ritenere che il liquidatore sia legittimato ad inter-

---

[32] G. FAUCEGLIA e L. PANZANI, *La sorte dei rapporti processuali*, in *Il Fallimento e altre procedure concorsuali*, cit., p. 468.

[33] M. FABIANI, *Gli effetti della liquidazione giudiziale sul debitore e sui creditori*, in A.A.V.V., *Il Fallimento e le altre procedure concorsuali*, Milano, 2019, p. 1161.

[34] F. VIOLA e G. ZACCARIA, *Diritto e interpretazione. Lineamenti di teoria ermeneutica del diritto,* Roma-Bari, 2009, p. 229, "Invero soltanto tramite la comprensione del sistema è possibile la esatta cognizione della singola norma".

[35] Cass., 28 dicembre 2009, n. 27398, in G. ALPA e R. GAROFOLI, *Codice di Procedura Civile,* Trento, 2019, p. 436.



venire nel processo pendente, stante la connessione che intercorre tra la sua attività di liquidazione dei beni e lo spossessamento di questi in capo al debitore [37].

Ne discende, quindi, che gli effetti della sentenza spiegheranno anche riguardo al liquidatore che ne usufruirà in relazione alla sua attività liquidatoria [38].

La possibilità concessa al liquidatore di proseguire i processi pendenti, anche se collocata in un impianto normativo non adeguato, deve comunque essere accolta positivamente in quanto, anche se a seguito di una interpretazione sistematica, permette di dirimere le controversie che sino all'entrata in vigore della modifica normativa del dicembre 2020 erano tali da bloccare la corretta esecuzione della procedura di liquidazione dei beni.

Il medesimo lavoro di interpretazione sistematica, necessario per la corretta applicazione della norma, deve essere effettuato anche in relazione ad ulteriori fattispecie dello stesso precetto difatti proseguendo l'analisi dell'art. 14 *decies* (legge cit.) appare evidente la legittimazione attiva concessa al liquidatore in relazione all'esperimento di determinate azioni giudiziarie a tutela della massa dei creditori a condizione che il giudice investito della procedura ne autorizzi la loro proposizione [39].

Le azioni di competenza del liquidatore sono espressamente indicate dalla norma e, in particolare, l'art. 14 *decies* (legge cit.), dispone che il liquidatore può esercitare ogni azione prevista dalla legge finalizzata a conseguire la disponibilità dei beni compresi nel patrimonio da liquidare. La norma dispone, altresì, che il liquidatore è legittimato ad esercitare le azioni volte al recupero dei crediti vantati dal debitore alla data di apertura della procedura di liquidazione dei beni [40].

---

[36] N. BOBBIO, *Teoria generale del diritto,* Torino, 1993, p. 205 che afferma: "L'interpretazione sistematica trae i suoi argomenti dal presupposto che le norme di un ordinamento costituiscono una totalità ordinata, e pertanto sia lecito ricorrere al c.d. spirito di sistema".

[37] Cass., 30 dicembre 2016, n. 27528, in *studiocerbone.com*. "Per l'ammissibilità dell'intervento di un terzo in un giudizio pendente tra altre parti è sufficiente che la domanda dell'interveniente presenti una connessione od un collegamento implicante l'opportunità di un "*simultaneus processus*". In particolare, la facoltà di intervento in giudizio, per far valere nei confronti di tutte le parti o di alcune di esse un proprio diritto relativo all'oggetto o dipendente dal titolo dedotto in causa, deve essere riconosciuta indipendentemente dall'esistenza o meno nel soggetto che ha instaurato il giudizio della "*legitimatio ad causam*", attenendo questa alle condizioni dell'azione e non ai presupposti processuali".

[38] M. MONTANARI, *I rapporti tra fallimento e risoluzione giudiziale pendente nella prospettiva della Suprema Corte*, in A.A.V.V., *Il Fallimento e le altre procedure concorsuali*, Milano, 2020, p. 777.

[39] D. BENINCASA, *Codice della crisi d'impresa e dell'insolvenza – le procedure in caso di sovraindebitamento ai sensi dell'art. 2, 1° comma, lett. c)*, in *Giur. it.*, 2019, p. 1943.

[40] F. BOTTONI, *Rivendicazione, regolamento confini e usucapione opposta dal convenuto*, Nota a Trib. Macerata, 31 gennaio 2019, in *Giur. it,* 2020, pp. 572-577.



La norma non elenca analiticamente le azioni per le quali il liquidatore può agire in giudizio ma traccia degli elementi che, se adeguatamente interpretati, le individuano precisamente.

In primo luogo occorre soffermarsi sul fatto che il liquidatore può esperire le azioni volte ad acquisire la disponibilità dei beni compresi nel patrimonio, il che significa che se da un lato può esperire le cosiddette azioni petitorie [41], dall'altro lato è pacifico che non può esperire le azioni necessarie per rendere nulli gli atti dispositivi di beni compiuti dal debitore prima dell'apertura della procedura di liquidazione e, pertanto non potrà esperire l'azione di simulazione. Si ritiene, invece, che il liquidatore possa comunque esperire, nell'interesse dei creditori, le azioni di nullità incidenti sugli elementi del contratto dispositivo. Si ritiene, inoltre, che il liquidatore possa azionare, nell'interesse del debitore, le cosiddette nullità di protezione che seppur colpiscono, di solito, singole clausole e non l'intero rapporto contrattuale, sono rilevabili d'ufficio e l'azione è imprescrittibile [42].

Secondo l'insegnamento che ci giunge dal diritto romano, le azioni petitorie sono tutte quelle azioni, previste dall'ordinamento, che spettano al proprietario per difendere il suo diritto di proprietà contro le turbative messe in atto da terzi e, conseguentemente, sono considerate azioni reali in quanto concesse a difesa del diritto reale della proprietà.

Le azioni petitorie, regolamentate dal codice sono individuabili nell'azione di rivendicazione, nell'azione negatoria, nell'azione di regolamento dei confini e nell'azione di apposizione dei termini.

Anche se tutte le azioni petitorie hanno uno stesso comune denominatore, che è riconducibile all'accertamento della proprietà del bene, è diversa la prova che l'attore deve produrre in giudizio. Difatti se mentre per l'azione negatoria, per l'azione di regolamento dei confini e per l'azione di apposizione dei termini, come prova è sufficiente produrre gli atti di proprietà risultanti dai pubblici registri, la prova da fornire per l'azione di rivendicazione è più complessa, cosiddetta *probatio diabolica,* in quanto l'attore dovrà produrre non solo il titolo relativo alla proprietà del bene, ma dovrà produrre anche tutti gli altri titoli di proprietà del bene oggetto dell'azione fino al titolo di acquisto originario [43]. Se l'azione di rivendicazione ha ad oggetto beni immobili o mobili registrati la

---

[41] M. TALAMANCA, *Elementi di diritto privato romano*, Milano, 2001, p. 228.

[42] Per un maggior approfondimento P. PERLINGERI, *Manuale di diritto civile*, Napoli, 2018, p. 575 ss.

[43] A. NATUCCI, *L'onere della prova nell'azione di rivendica*, in *Nuova giur. civ. comm*., 2015, pt. 2, pp. 531-548.



prova si raggiunge producendo tutti gli atti di proprietà trascritti presso il pubblico registro secondo le disposizioni di cui all'art. 2650 c.c. [44].

Se, invece, l'azione ha ad oggetto un bene mobile non registrato, la prova della proprietà del bene si può offrire mediante l'applicazione della regola del possesso vale titolo [45], prevista dall'art. 1153 c.c., secondo la quale il possessore di una cosa mobile ne acquista la proprietà per effetto del possesso immediatamente, cioè nel momento stesso in cui ne riceve in consegna e inizia a possederla, purché egli sia in buona fede e la consegna avvenga in forza di un titolo astrattamente idoneo [46].

A seguito della riscrittura del precetto [47] dell'art. 14 *decies* (legge cit.), ulteriore azione che può esperire il liquidatore è l'azione revocatoria di un atto dispositivo eseguito dal debitore prima dell'apertura della procedura di liquidazione ai sensi dell'art. 2901 c.c. [48].

Anche se in seno alla l. n. 3 del 2012 non esiste una diretta correlazione tra la possibilità per il liquidatore di proporre l'azione revocatoria e gli atti in frode [49] compiuti dal debitore, si rileva che la sussistenza di tali atti compiuti dal debitore sembrerebbe rimanere un motivo di preclusione all'accesso alla procedura di liquidazione dei beni stante il disposto, immutato, dell'art. 14 *quinquies* (legge cit.) [50].

A parere di chi scrive, l'antinomia sussistente tra i due precetti normativi può, e deve, essere risolta secondo le disposizioni dell'art. 15 delle preleggi applicando alla fattispe-

---

[44] Cass., 10 settembre 2018, n. 21940, in *laleggepertutti.it*.: "L'atto di accettazione dell'eredità non è idoneo a provare un titolo di acquisto originario, giacché la prova della successione del possesso presuppone la prova del possesso del dante causa; allo stesso modo, il contratto di vendita di un bene non prova, di per sé, l'acquisto del possesso da parte dell'acquirente, occorrendo a tal fine la prova del possesso del venditore e dell'immissione nel possesso dell'acquirente".

[45] Per un maggiore approfondimento U. PETRONIO, *Possesso vale titolo tra presunzione processuale e diritto sostanziale,* in *Rivista del diritto commerciale e del diritto generale delle obbligazioni*, 2017, pt. 1, pp. 191-239.

[46] Cass., 27 gennaio 2017, n. 1593, in *laleggepertutti.it*.

[47] Art. 14 *decies* modificato dalla l. n. 146 del 18 dicembre 2020.

[48] M. FERRO, *Commento all'art. 66 L.F.*, in *La legge fallimentare*, Padova, 2014, p. 822.

[49] Sul punto prima dell'introduzione della modifica normativa vedi anche V. BARONCINI, *Apertura della procedura di liquidazione del patrimonio e atti in frode ai creditori,* Nota a decreto Trib. Lecco, sez. I, 28 giugno 2018; decreto Trib. Lecco, sez. I, 6 novembre 2018, in *Giur. it*., 2019, pp. 576-581.

[50] A seguito dell'entrata in vigore della l. n. 176 del 18 dicembre 2020, che ha anche introdotto la legittimazione attiva in capo al liquidatore dell'esperimento dell'azione revocatoria, l'art. 14 *quinquie*s, comma 1, l. n. 3 del 2012 è comunque rimasto immutato "Il giudice, se la domanda soddisfa i requisiti di cui all'art. 14 *ter*, verificata l'assenza di atti in frode ai creditori negli ultimi cinque anni, dichiara aperta la procedura di liquidazione".



cie il criterio cronologico [51]. Mediante l'applicazione di tale principio, che dispone che la norma più recente abroga, di fatto, la norma precedente nella parte in cui sussiste il loro conflitto, si può affermare, che l'esistenza di un atto in frode compiuto dal debitore nel quinquennio antecedente al decreto di apertura della procedura di liquidazione dei beni non può essere considerato un elemento preclusivo all'avvio giudiziale della procedura stessa stante il presupposto che di tale atto se ne può chiedere l'inefficacia ai sensi dell'art. 14 *decies* (legge cit.) [52].

Nonostante il necessario procedimento interpretativo che deve essere adottato, la possibilità di disancorare l'apertura della procedura di liquidazione dei beni alla verifica della sussistenza di atti in frode compiuti dal debitore, demandando la tutela dei creditori alla possibilità concessa al liquidatore di esperire l'azione revocatoria, appare coerente con la natura concorsualistica propria della procedura di liquidazione dei beni.

3. – Con la promulgazione del Codice della Crisi dell'Impresa e dell'Insolvenza [53], sono state compiutamente regolamentate anche le procedure da sovraindebitamento [54] che trovano in esso una corretta collocazione sistematica generando l'armonizzazione anche delle norme relative all'interruzione dei processi pendenti ed alle norme relative alla regolamentazione degli atti in frode compiuti dal debitore sovraindebitato.

L'art. 270, comma 5, del Codice della Crisi di Impresa e dell'Insolvenza sancisce che i processi pendenti, alla data della sentenza di apertura della liquidazione controllata sono interrotti [55].

---

[51] P. PERLINGERI, *Fonti e interpretazione, Il diritto civile nella legalità costituzionale,* Napoli, 2020, p. 351 "L'antinomia è risolta applicando una delle disposizioni in contrasto (apparente), in quanto deroga, abroga l'altra, perché a volte gerarchicamente superiore".

[52] Nello stesso senso P. PERLINGERI, *Fonti e interpretazione, Il diritto civile nella legalità costituzionale*, cit., p. 54 che autorevolmente sancisce che: "Si prospetta prezioso il compito del giurista di vigilare sulla regolarità formale e sostanziale di una confusa ed eterogenea produzione di regole, bisognosa di controlli sotto il profilo sia della legittimazione e del procedimento formativo sia della ragionevolezza dei contenuti".

[53] Le disposizioni del Codice della Crisi di Impresa e dell'Insolvenza acquisteranno efficacia dal 1° settembre 2021.

[54] V. BARONCINI, *Le novità in materia di sovraindebitamento alla luce della L. 19 ottobre 2017, n. 155 e del Codice della crisi di impresa e dell'insolvenza* (The news regarding over-indebtedness in the light of Law 19 October 2017, n. 155 and of the Code of business crisis and insolvency), in *Il Diritto fallimentare e delle società commerciali*, 2019, pt. 1, pp. 401-431.

[55] C. PECORARO, *interruzione e riassunzione del giudizio in cui è parte il fallito*, in AA.VV., *Il Fallimento e le altre procedure concorsuali*, Milano, 2019, p. 137. "La norma promuove l'interesse a favorire un'accelerazione nella definizione di rapporti processuali pendenti. Sotto il regime previgente, infatti, poteva



Anche se la previsione normativa non è espressamente prevista per la procedura di liquidazione controllata, la stessa è comunque applicabile stante l'espresso rinvio alla disposizione resa per la procedura di liquidazione giudiziale. In particolare l'art. 143, comma 3, del Codice della Crisi di Impresa e dell'Insolvenza sancisce che l'apertura della procedura di liquidazione determina l'interruzione del processo e sancisce, inoltre, che il termine per la riassunzione del processo interrotto decorre da quando l'interruzione viene dichiarata dal giudice. Il dettato della novella normativa trova la sua genesi nelle pronunce giurisprudenziali che si sono uniformemente orientate nel corso dell'ultimo decennio, come precedentemente evidenziato nel presente contributo.

Purtroppo la norma, anche se di nuovo conio, pur fissando, inequivocabilmente, il *dies a quo* dell'interruzione del processo non risolve le incertezze che coinvolgono le sorti dei processi pendenti e dell'efficacia delle relative sentenze.

Il perimetro del presente contributo deve essere circoscritto fino al punto di riuscire a individuare prima ed a colmare poi, le lacune della norma concorsuale.

È indubbio che l'apertura della procedura di liquidazione è causa di interruzione dei processi pendenti, come è indubbio che il termine per la loro riassunzione decorre da quando il giudice investito dell'istruttoria del processo ne dichiara l'interruzione. Ciò nonostante ancora una volta, neanche con la nuova norma, viene regolamentata la fattispecie, non inusuale, che coinvolge l'(in)efficacia delle sentenze emesse senza l'intervenuta interruzione dei processi pendenti.

Per espressa previsione normativa è il giudice investito del processo pendente, e non il giudice delegato alla procedura di liquidazione controllata, che è legittimato a decretarne la sua interruzione e, se il processo viene riassunto, la successiva sentenza spiega i suoi effetti tra le parti. Ma se il giudice non viene portato a conoscenza delle parti dell'intervenuta procedura di liquidazione controllata, le sorti della successiva sentenza non possono essere che ricondotte ad una inefficacia, sia formale che sostanziale, di quanto in essa statuito in relazione a tutte le parti del giudizio [56].

Ciò comporta che la parte interessata al giudizio, di fronte ad una sentenza che non è idonea a spiegare i propri effetti, si vedrà costretta a riproporlo, fatta salva la prescrizione del diritto e la decadenza relativa alla possibilità di esperire l'azione, con un aggravio

---

aversi che giudizi pendenti alla data dell'apertura della procedura non fossero dichiarati tempestivamente interrotti con l'inconveniente di vulnerare l'autonomia di azione del curatore e generare gravi inefficienze nella gestione delle procedure concorsuali".

[56] Cass., 13 settembre 2019, n. 22925, in *laleggepertutti.it*.



di spese da quantificare anche in termini di durata del processo che dovrà essere nuovamente incardinato [57].

La norma, anche alla luce delle disposizioni del Codice della Crisi di Impresa e dell'Insolvenza, non appare coerente con il sistema, sia dal lato processuale che dal lato sostanziale, in quanto non mette neanche al riparo da un comportamento, in ipotesi, non leale della parte che non ha interesse a fare decretare l'interruzione del processo dal giudice.

Se si parte dall'assunto che l'apertura della liquidazione controllata è motivo di interruzione del processo pendente e che l'interruzione la dichiara il giudice che istruisce il processo stesso, necessariamente si deve desumere che il processo pendente deve considerarsi interrotto nella fase processuale in cui si trova, nel giorno di emissione della sentenza di apertura della liquidazione controllata annullando, di fatto, tutti gli atti processuali successivi e mantenendo, invece, efficaci tutti gli atti processuali svolti anteriormente alla sentenza di apertura della liquidazione controllata, sia nel caso in cui il processo pendente venga ritualmente riassunto dalle parti, che nel caso in cui il processo non venga ritualmente interrotto. Questo permetterebbe non solo di salvaguardare tutta la fase processuale già istruita ma nel caso di mancata interruzione del processo, permetterebbe alla parte interessata di non ottenere una sentenza inefficace, con la conseguenza di proporre una nuova azione giudiziale che potrebbe risultare prescritta o per la quale la possibilità di proposizione dell'azione potrebbe essere oggetto di decadenza.

Il Codice delle Crisi di Impresa e dell'insolvenza ha ampliato l'alveo delle azioni a disposizione del liquidatore volte a tutelare gli interessi sia del debitore che della massa dei creditori [58].

Occorre subito precisare che il liquidatore ha la legittimazione attiva ad esperire le azioni volte al recupero dei crediti e le azioni volte a rientrare nel possesso dei beni facenti parti del patrimonio del debitore, che sono individuate nelle azioni possessorie in precedenza analizzate [59].

---

[57] P. CELENTANO, *Fallimento e concordati*, Torino, 2008, p. 416.

[58] L. DELLA TOMMASINA, *Le azioni revocatorie nella liquidazione controllata dell'impresa agricola*, in *Riv. trim. dir. e proc. civ*., 2020, pp. 1037-1063.

[59] M. MONTANARI, *Profili processuali del nuovo codice della crisi d'impresa e dell'insolvenza*, in *Nuove leggi civ. comm.*, 2019, p. 890: "liquidatore «esercita, o se pendente, prosegue, ogni azione prevista dalla legge finalizzata a conseguire la disponibilità dei beni compresi nel patrimonio del debitore e ogni azione diretta al recupero dei crediti», e, al secondo comma, che «esercita oppure, se pendente, prosegue l'azione sociale di responsabilità".



Occorre, inoltre, precisare anche che l'art. 274 del Codice della Crisi di Impresa e dell'Insolvenza concede al liquidatore la legittimazione attiva all'esperimento dell'azione revocatoria ordinaria regolamentata dall'art. 2901 del c.c. [60].

L'innesto della previsione normativa si è reso necessario alla luce della insussistenza tra le cause di inammissibilità della procedura e del compimento degli atti in frode ai creditori compiuti dal debitore. Appare logico che l'insussistenza della causa di inammissibilità è coerente con la novella normativa che ha introdotto l'azione revocatoria tra le azioni esperibili dal liquidatore [61].

In questa sede è necessario anche analizzare e verificare se il liquidatore, nella procedura di liquidazione controllata, abbia la legittimazione attiva ad esperire ulteriori azioni giudiziarie, anche in assenza di una specifica previsione normativa [62].

In particolare, si ritiene circoscrivere il campo di indagine alla possibilità in capo al liquidatore di esperire l'azione di responsabilità nei confronti dell'organo amministrativo e dell'organo di controllo della società debitrice nei confronti della quale la procedura di liquidazione controllata è stata aperta. Per dimostrare quanto asserito è necessario, seppur limitatamente ai presupposti soggettivi, analizzare ogni singola azione, per poi arrivare ad appurare se esse, o di una di esse, siano esperibili anche in seno alla procedura di liquidazione controllata seppur ciò non sia espressamente previsto dal dettato normativo.

Le azioni di responsabilità che l'ordinamento civilistico regolamenta sono tre e sono dettagliatamente previste dall'art. 2392 c.c., dall'art. 2394 e dall'art. 2395 c.c. [63].

L'art. 2392 c.c. prevede che gli amministratori incorrono in responsabilità verso la società e sono tenuti al risarcimento dei danni dalla stessa subiti quando non adempiono ai doveri ad essi imposti dalla legge o dallo statuto, con la diligenza richiesta dalla natura dell'incarico e dalle loro specifiche competenze [64]. L'azione di responsabilità nei con-

---

[60] L. DELLA TOMMASINA, *Le azioni revocatorie nella liquidazione controllata dell'impresa agricola,* in *Riv. trim. dir. proc. civ.*, 2020 p. 1037.

[61] V. BARONCINI, *Le novità in materia di sovraindebitamento alla luce della L. 19 ottobre 2017, n. 155 e del Codice della crisi di impresa e dell'insolvenza* (The news regarding over-indebtedness in the light of Law 19 October 2017, n. 155 and of the Code of business crisis and insolvency), in *Il Diritto fallimentare e delle società commerciali*, 2019, pt. 1, pp. 401-431.

[62] P. PERLINGERI, *Fonti e interpretazione, Il diritto civile nella legalità costituzionale*, cit., p. 17, sancisce che: "L'armonizzazione tra le fonti esige dal giurista un impegno costante al fine di individuare il complesso delle fonti vigenti in un determinato territorio (fonti nazionali, sovranazionali, locali) e di comporle a sistema normativo da applicare al caso concreto".

[63] N. DE LUCA, *Azione di responsabilità per danni diretti ai terzi (art. 2395 c.c.): prescrizione, onere della prova, territorialità*, in *Le Società*, 2020, pp. 1221-1226.

[64] Cass., 26 gennaio 2018, n. 2038, in *ildiritto.it.*: "nelle azioni sociali di responsabilità il danno risarci-



fronti degli amministratori deve essere deliberata dall'assemblea dei soci. Da qui discende che la legittimazione attiva all'esperimento dell'azione è in capo ai soci della società [65].

L'art. 2394 c.c. prevede che gli amministratori sono responsabili verso i creditori sociali a seguito dell'inosservanza degli obblighi inerenti alla conservazione dell'integrità del patrimonio sociale e prevede, inoltre, che l'azione può essere proposta solo quando il patrimonio risulta essere insufficiente al soddisfacimento dei loro crediti [66].

La legittimazione alla proposizione dell'azione è in capo ai creditori.

La medesima azione è prevista dall'art. 2476 c.c. in materia di società a responsabilità limitata.

L'art. 2395 c.c. completa la disciplina della responsabilità civile degli amministratori [67] prevedendo che il risarcimento del danno [68] spetta anche al singolo socio o al terzo quando vi è la prova che siano stati direttamente danneggiati da atti dolosi o colposi dell'amministratore [69].

Delineato il perimetro che circoscrive l'àmbito soggettivo di applicazione delle azioni di responsabilità, è necessario valutare, tramite una indagine circostanziata, se all'interno di esso può risiedere anche per il liquidatore la legittimazione attiva alla proposizione dell'azione, anche in assenza di una specifica norma.

Per dimostrare l'assunto è necessario partire dalla considerazione che la procedura di liquidazione controllata è una procedura di stampo concorsuale nella quale la massa dei creditori ha interesse a far liquidare giudizialmente il patrimonio del debitore. Ne discende che l'apertura della procedura se, da un lato, è volta garantire il concorso dei cre-

---

bile non può essere automaticamente liquidato, neppure dopo il fallimento della società, nella misura corrispondente alla differenza tra il passivo e l'attivo: chiaro essendo, in verità, che quel criterio può peccare non solo per eccesso, ma anche per difetto, come nelle ipotesi in cui una parte delle perdite di bilancio, per qualunque ragione, sia venuta meno: in definitiva, il solo principio corretto essendo quello secondo cui va imputato, con la migliore approssimazione possibile, all'amministratore inadempiente tutto e solo il danno causalmente ricollegato alla sua condotta, il quale, dunque, ben può non coincidere con l'intera perdita iscritta a bilancio nel momento in cui questo venga esamina".

[65] G.F. CAMPOBASSO, *Diritto commerciale*, Milano, 2019, p. 383.

[66] G.F. CAMPOBASSO, *Diritto commerciale*, cit., p. 383.

[67] N. DE LUCA, *Azione di responsabilità per danni diretti ai terzi (art. 2395 c.c.): prescrizione, onere della prova, territorialità,* Nota a sent. Trib. Milano, sez. spec. Impresa, 11 maggio 2020, in *Le Società*, 2020, pp. 1221-1226.

[68] D. CESIANO, *La responsabilità degli amministratori e la quantificazione del danno da violazione dell'art. 2486, 2 comma, c.c. Le novità introdotte dal codice della crisi di impresa e dell'insolvenza*, in *Il Diritto fallimentare e delle società commerciali*, 2020, pt. 1, pp. 693-726.

[69] Cass., 16 febbraio 2016, n. 2986, in *laleggepertutti.it*.



ditori sul patrimonio del debitore, dall'altro lato, a seguito dello spossessamento del debitore, permette anche la liquidazione del patrimonio stesso. Laddove il patrimonio del debitore, comparato all'ammontare dei suoi debiti, risultasse incapiente, l'amministratore della società sarebbe responsabile nei confronti dei creditori sociali ai sensi dell'art. 2394 c.c., per il danno a loro cagionato quantificabile nel differenziale negativo tra patrimonio liquidato e debiti accertati [70]. Alla stessa stregua appare ora evidente, con l'applicazione di un procedimento logico, che i creditori, che al cospetto della procedura giudiziale sono rappresentati dal liquidatore, possano trasmettere in capo ad esso la legittimazione attiva ad esperire l'azione di responsabilità nei confronti degli amministratori prevista dall'art. 2394 c.c., e, conseguentemente legittimare il liquidatore possa esperire l'azione risarcitoria nei confronti dell'organo di gestione e dell'organo di controllo della società assoggettata alla procedura di liquidazione controllata anche in mancanza di una espressa previsione normativa.

4. – La panoramica delle procedure di risoluzione della crisi da sovraindebitamento offerta in questo studio sottolinea la mutazione che l'ordinamento concorsuale italiano ha subito negli ultimi 20 anni, una mutazione che si è resa necessaria non solo per adeguare la norma coniata nel lontano 1943 e, quindi, in vigore, da quasi 80 anni, ma anche necessaria ad attualizzare le norme concorsuali all'attuale momento storico.

L'attuazione di un Codice unico nel quale sono state collocate tutte le norme di natura concorsuale, permetterà di bloccare il processo di decodificazione che nel corso del tempo ha dato luogo ad una normazione spesso incompleta e frammentaria [71].

La regolamentazione di tutte le procedure concorsuali all'interno di un Codice ha permesso al legislatore di operare rinvii alle disposizioni che riguardano la medesima fattispecie nelle differenti procedure addivenendo, quindi, ad una regolamentazione unitaria ed armonizzata dell'intero impianto normativo.

In particolare, si è giunti alla conclusione che anche se nel dato normativo contenuto nella l. n. 3 del 2012 non è prevista l'interruzione del processo pendente a seguito dell'apertura della procedura di liquidazione dei beni, è comunque possibile trasportare gli effetti della successiva sentenza di tale processo all'interno della procedura liquidatoria. La

[70] D. CESIANO, *La responsabilità degli amministratori e la quantificazione del danno da violazione dell art. 2486, 2 comma, c.c. Le novità introdotte dal codice della crisi d'impresa e dell'insolvenza,* in *Il Diritto fallimentare e delle società commerciali*, 2020, pt. 1, pp. 693-726.

[71] N. LIPARI, *Civilisti e la certezza del diritto*, in *Riv. trim. dir. e proc. civ.*, 2015, pp. 1115-1143.



tesi prospettata permette di salvaguardare le attività processuali svolte dalle parti e dal giudice senza renderle vane a seguito della carenza del dato normativo tutelando anche i diritti delle parti che non sono costrette ad incardinare un nuovo processo [72].

Conseguentemente si è giunti a dimostrare che se anche il Codice della Crisi di impresa e dell'Insolvenza fissa i criteri relativi all'interruzione del processo, è possibile cristallizzare gli atti processuali compiuti all'insorgere della procedura di liquidazione anche in assenza di una effettiva previsione normativa [73].

Si è cercato di dimostrare come la procedura di liquidazione dei beni sia ammissibile, contrariamente a quanto letteralmente disposto dal precetto normativo, anche di fronte alla sussistenza di atti in frode ai creditori compiuti dal debitore nel quinquennio antecedente al deposito della domanda.

Si è, infine, giunti alla conclusione che il liquidatore della procedura di liquidazione controllata, in mancanza di una disposizione contraria, ha la legittimazione attiva alla proposizione di azioni a tutela della massa dei creditori anche in assenza di una specifica codificazione delle stesse.

Con il presente contributo si è, quindi, dimostrato che anche quando la legge non prevede determinate fattispecie giuridiche e laddove la loro mancata previsione sia considerata una lacuna, mediante l'interpretazione sistematica delle norme presenti nell'ordinamento è sempre possibile colmare la lacuna evitando, quindi, il blocco operativo che potrebbe generare la singola disposizione letta nella sua individualità letterale. Da qui ne discende che compito del ricercatore è anche quello di trovare, e provare, un *iter* logico che porti alla completa applicazione della norma in seno all'ordinamento giuridico che è quindi in grado di autoregolamentarsi in maniera autonoma anche di fronte a norme, solo apparentemente, contrastanti [74].

---

[72] G. FANELLI, *Note sulla "sollecita" e "sostanziale" definizione del giudizio alla luce del principio di ragionevole durata del processo e del nuovo art. 360 bis, comma 2°, c.p.c.*, Nota a Cass. civ., sez. II, 22 gennaio 2010, n. 2723 in *Riv. dir. proc.,* 2011, pp. 224-232.

[73] P. PERLINGERI, *Fonti e interpretazione, Il diritto civile nella legalità costituzionale*, cit., p. 327, sancisce che: "Con il sopravvenire di nuove disposizioni – dello stesso rango dell'enunciato da interpretare e soprattutto di norme di rango superiore come quelle costituzionali, in base alle quali occorre rileggere l'intero sistema – non rileva cogliere quel che il testo legale dice alla luce dell'intenzione originaria del legislatore".

[74] P. PERLINGERI, *Fonti e interpretazione, Il diritto civile nella legalità costituzionale*, cit., p. 249: "Compito della scienza giuridica è trarre dal caos legislativo e dalla moltitudine di testi di rilevanza giuridica un ordine ed esprimerlo in un sistema che non abbia mai la pretesa della definitività, ma che al contrario, quale processo storico abbia la funzione di tendenziale e contingente composizione delle sue diverse parti: un insieme di elementi re di ragioni al quale riferirsi per il controllo di coerenza logica e assiologica delle disposizioni vigenti".

JUS CIVILE



GIUSEPPE DE FALCO

Avvocato

BREVE RICOGNIZIONE GIURISPRUDENZIALE E DOTTRINALE SULLE ECCEZIONI DILATORIE (ECCEZIONE DI INADEMPIMENTO; MUTAMENTO DELLE CONDIZIONI PATRIMONIALI DEI CONTRAENTI; CLAUSOLA *SOLVE ET REPETE*)

SOMMARIO*: A)* Eccezione d'inadempimento*. – 1. Origine storica dell'eccezione di inadempimento. – 2. Natura e funzione dell'*exceptio inadimpleti contractus*. – 3. Presupposti. a) Corrispettività e interdipendenza. – 4. b) Corrispettività e ambito di applicazione. – 5. c) Inadempimento. – 6. L'ordine cronologico delle prestazioni. – 7. Buona fede ed eccezione d'inadempimento. – 8. Onere della prova. – 9. Modificazioni soggettive del rapporto obbligatorio ed eccezione d'inadempimento. – B)* Mutamento delle condizioni patrimoniali dei contraenti*. – 1. Elementi comuni propri delle eccezioni dilatorie di cui agli articoli 1460 c.c. e 1461 c.c. – 2. Mutamento* in peius *delle condizioni patrimoniali dell'altro contraente. – 3. Buona fede. – 4. La giurisprudenza in tema di obbligo a contrarre del monopolista e l'articolo 1461 c.c. – C)* Solve et repete*. – 1. Natura e funzione della clausola "*solve et repete*". – 2. Ambito di applicazione – 3. Sospensione della condanna e "gravi motivi".*

A) *Eccezione d'inadempimento*

1. – È comune l'affermazione sia nei contributi che tangenzialmente si occupano della genesi dell'istituto [1] sia in trattazioni di impianto precipuamente storico [2] che l'ec-

[1] ROSSETTI, in P. Cendon (a cura di) *Il diritto privato nella giurisprudenza, I Contratti in generale, Risoluzione – Inadempimento – Impossibilità sopravvenuta – Eccessiva Onerosità, sez. X, L'eccezione di inadempimento* – pp. 301-371, *sez. XI,* pp. 301-302; ma con un ricorso maggiormente consapevole all'evoluzione storica della formazione dell'istituto sia in correlazione alla storia delle idee giuridiche sia in un'ottica comparatistica, si vedano i contributi di VECCHI, *L'eccezione di inadempimento* in MAZZAMUTO (a cura di), *Il contratto e le tutele. Prospettive di diritto europeo*. Torino, 2002, pp. 378-389; ADDIS, *Le eccezioni dilatorie,* in *Trattato del contratto,* diretto da ROPPO, Milano, 2006*,* p. 422.

[2] FASCIONE, *Profili storici dell'eccezione di inadempimento*, in *Riv. it. dir. lav.*, 1993, II, p. 704 ss.



cezione di inadempimento come strumento di difesa generale del contraente fedele nei contratti sinallagmatici è conquista relativamente recente.

Inizialmente, la giurisprudenza pretorile romana considera – nell'effettuazione di una valutazione di buona fede del comportamento delle parti di una "*emptio-venditio*" – l'eventuale inadempimento di uno dei due soggetti sino a riconoscere specifiche forme di legittima reazione a tutela del proprio interesse.

In particolare, al venditore è consentito di trattenere (*quasi pignus* o *pignoris loco*) presso di sé la cosa compravenduta sino all'avvenuto pagamento del prezzo [3] e al compratore di non pagare se non in presenza di *traditio* della cosa compravenduta [4].

Trattasi peraltro di casi in cui la debolezza dell'elaborazione teorica dell'istituto, tardivamente espresso attraverso la nota formula "*exceptio inadimpleti contractus*" [5], è da collegarsi alla timida ed incerta nozione di sinallagma in abito romanistico [6] e quindi dell'assoluta carenza di nozioni o modelli generali di contratto o negozio che troveranno solo successivamente più rigorosa classificazione allorché le riflessione pandettistiche astrattizzanti e categorizzanti daranno sistemazione all'ermeneutica canonistica e giusnaturalistica [7].

Lo sviluppo della nozione di sinallagma tuttavia non si è mostrato capace di per sé e da solo di superare la difficoltà di contemperare la (apparente) dicotomia tra il principio di consensualità e l'esigenza di tutelare il contraente fedele. L'eccezione di inadempi-

---

[3] D.19,1,13,8 (Ulp. XXXII *ad Ed.*): *Offerri pretium ad emptore debet, cum ex empto agitur, et ideo etsi pretii partem offerat, nondum est ex empto actio: venditor quasi pignus retinere potest eam rem quam vendidit.*

[4] C. 8, 44, 5 (Antoninus A. Patroinae): *Ex praediis, quae mercata es, si aliqua a venditore obligata et necdum tibi tradita sunt, ex empto actione consequeris, ut ea a creditrice liberentur: id enim fiet, si adversus venditorem ex vendito actione pretium petentem doli exceptionem opposueris.*

[5] Secondo taluni, SCADUTO, *L'"exceptio non adimpleti contractus" nel diritto civile italiano,* in *Ann. Palermo*, 8 (1921/22), 79), l'icastica formula latina risalirebbe al giurista Bartolo da Sassoferrato mentre secondo BIANCA, *Diritto Civile*, V, p. 38, sarebbe da attribuirsi ad una decisione del Parlamento di Grenoble del XVI secolo. È opportuno però aggiungere che l'uso stesso del termine eccezione, come attualmente conosciuto e adoperato, con l'implicito connotato tecnico di difesa processuale o sostanziale del (potenziale) convenuto, postula uno stato di articolazione concettuale del pensiero giuridico occidentale giunto a maturazione nel periodo post-giusnaturalistico e non prima.

[6] Un'introduzione ricca di spunti è contenuta in BRUTTI, *Il diritto privato nell'antica Roma,* Torino, 2009, pp. 432 ss. dove è tracciata l'embrionale configurazione/trasposizione del concetto di συναλλαγμ (in ambito giuridico ad opera di Labeone, sulla scorta del primo incontro del mondo romano con la filosofia aristotelica. Il concetto, secondo l'Autore, viene poi ampliato da Aristone sino ad elaborare *in nuce* gli elementi primigeni di una teoria generale del contratto.

[7] ADDIS, *op. cit.,* p. 422.



mento realizza, attraverso la sospensione temporanea del vincolo (eccezione dilatoria), una sorta di congelamento o cristallizzazione del rapporto contrattuale sinallagmatico funzionale ad un'economia di mezzi probatoria e processuale [8] [9].

È così che nel codice civile italiano del 1865 non esiste una norma espressa di tenore generale ma solo norme particolari, spesso legate all'ambito specifico di origine storica del rimedio (esemplare in questo senso l'articolo 1469 del codice civile del 1865 in tema di compravendita ma anche l'articolo 1510 dello stesso codice, sempre in tema di compravendita) estese poi nell'applicazione giurisprudenziale e nell'interpretazione della letteratura giuridica corrente anteriore al nuovo codice, a norme di comportamento generale valide per tutti i contratti sinallagmatici [10].

Sarà solo il codice civile del 1942 ad enunciare come principio generale l'*exceptio inadimpleti contractus* e a disciplinare per i contratti in genere le eccezioni di cui agli articoli 1461 c.c. e 1462 c.c. senza per questo sacrificare le specialità di singoli tipi contrattuali (la compravendita e gli articoli 1481 e 1482 c.c., che costituiscono applicazione particolare del principio in esame).

Questo stesso principio appare oggi patrimonio comune delle discipline sovranazionali del contratto [11].

---

[8] ADDIS, *op. cit.,* pp. 418-419.

[9] Non mancano nell'esperienza recente casi giurisprudenziali nei quali l'eccezione di inadempimento, come meglio vedremo successivamente, travalica i limiti del rimedio dilatorio, sospensivo, di manutenzione del rapporto e giunge ad avere effetti di definitività che non gli sarebbero propri sia pure nell'ambito di casi circostanziati di inadempimento definitivo ed irrimediabile. Si veda in proposito, A.M. BENEDETTI, *L'eccezione di inadempimento*, in VISINTINI (diretto da), *Trattato della responsabilità contrattuale*, vol. Primo, Padova, 2009, pp. 625 ss. ID. *La deriva dell'eccezione d'inadempimento: da rimedio sospensivo a rimedio criptorisolutorio?* in *Danno e resp.*, 2003, pp. 758 e s., dove si descrive puntualmente e polemicamente la parabola dell'*exceptio inadimpleti contractus* in direzione di effetti risolutori (o, come più prudentemente si esprime l'autore, "criptorisolutori"). Peraltro, l'opinione secondo cui l'eccezione di inadempimento possa avere effetto risolutivo, date particolari circostanze, era già positivamente ammessa da REALMONTE, *Eccezione di inadempimento,* in *Enciclopedia del diritto,* vol. XIV, Milano, 1965, p. 235.

[10] Opportunamente citato da ADDIS, *op. cit.* nota (28) p. 423, presumibilmente per il suo valore inconsapevolmente "profetico" oltre che rappresentativo della *communis opinio* degli operatori e degli interpreti sotto il codice abrogato, è un passo di LESSONA, in *Legittimità della massima "inadimplenti non est adimplendum",* in *Riv. dir. comm.* 1918, I, p. 383, "Vi sono scrittori e specialmente giudicati che applicano il nostro principio senza neppure enunciarne il fondamento: lo applicano come se fosse scritto chiarissimo in un articolo di codice dei più generali".

[11] Si vedano l'articolo 71 della "Convenzione di Vienna sulla vendita internazionale delle merci", la Section 9:201 dei *Principles of European Contract Law* e l'articolo 7.1.3 dei "Principi dei Contratti Commerciali Internazionali" elaborati da UNIDROIT. Il riferimento all'articolo 71 della "Convenzione di Vienna sulla vendita internazionale delle merci" contenuto in (lettera a) dell'articolo 71 della Convenzione VECCHI, *Eccezione di inadempimento,* in MAZZAMUTO (a cura di), *Il contratto e le tutele. Prospettive di di-*



2. – Prevale in dottrina la convinzione secondo cui l'*exceptio* in questione costituisca un rimedio annoverabile fra gli strumenti di autotutela [12] e sia definibile come un'eccezione in senso proprio [13]. La giurisprudenza, meno interessata alla disputa precipuamente teorica se il rimedio in esame sia configurabile tra gli strumenti di autotutela,

---

ritto europeo. Torino, 2002, p. 379, quale riconoscimento dell'eccezione di inadempimento appare quanto meno dubbio o, quantomeno, meritevole di precisazione. Il tenore letterale della norma: *"Una parte può sospendere l'adempimento delle sue obbligazioni se, dopo la conclusione del contratto, risulta manifesto che l'altro contraente non adempirà una parte essenziale delle sue obbligazioni in conseguenza di: a) una grave insufficienza nella sua capacità di adempiere o nella sua solvibilità; o b) del modo in cui si prepara a dare esecuzione o esegue il contratto."* sembra deporre per una commistione tra ipotesi di pericolo di inadempimento rese manifeste dalla sensibile ridotta solvibilità della controparte e il pericolo di inadempimento reso palese da casi di violazione di obblighi preparatori o dell'obbligo stesso di corretta esecuzione della prestazione (così CARBONI, *Sospensione dell'esecuzione del contratto, corrispettività delle prestazioni e responsabilità patrimoniale,* in *Rass. dir. civ.,* 2003, p. 831, nota 8). Ciò spinge altri autori (DE NICTOLIS, in *Leggi civ. comm.,* 1989, p. 230 ss.) a considerare come fondamento dell'eccezione di inadempimento nell'ambito della nota Convenzione, il diverso articolo 58 in base al quale il compratore, se non altrimenti previsto, è obbligato a pagare il prezzo *"(omissis)...quando, (omissis)..., il venditore mette a sua* [del compratore] *disposizione i beni o i documenti rappresentativi di essi."* Anche secondo un illustre autore (BIANCA, *Eccezione d'inadempimento e buona fede,* in *Realtà sociale ed effettività della norma, Scritti giuridici,* Volume secondo, *Obbligazioni e contratti Responsabilità,* Tomo II, p. 898) l'eccezione di inadempimento non sarebbe espressamente menzionata dalla Convenzione ma deve intendersi legittima ed utilizzabile nei limiti del principio generale ed inderogabile della buona fede. Si vedrà in seguito come un'avanzata interpretazione e una moderna lettura del combinato disposto degli articoli 1460 e 1461 c.c. nonché dell'articolo 71 della Convenzione permette una più consapevole, integrata e completa applicazione dei rimedi dilatori, l'eccezione di inadempimento e l'eccezione di cui all'articolo 1461 c.c., combinandoli in una superiore e unitaria disciplina (ADDIS, *Le eccezioni dilatorie*, cit., p.425).

[12] In tal senso si esprime la giurisprudenza sia pure senza approfondita motivazione sull'inquadramento della nozione giuridica di autotutela, così Cass. civ. sez. unite, 20 dicembre 2006, n. 27170, in *Mass. Giur. It.*, 2006, che ha ritenuto l'autotutela della Pubblica Amministrazione attraverso l'utilizzo di strumenti autoritativi incidenti su contratti di diritto privato, come strumento eccezionale di applicazione tassativamente limitata ai casi previsti dalla legge laddove, al di fuori di dette ipotesi limitate, il più generale ricorso all'autotutela privata da parte della P.A., nella specie all'eccezione di cui all'articolo 1460 c.c., è soggetto ai limiti e alle condizioni applicabili a qualsiasi soggetto privato; Cass. civ., sez. lavoro, 3 maggio 2004, n. 8364, in *Riv. Critica dir. lav.*, 2004, 637, con nota di BULGARINI D'ELCI, secondo cui l'esercizio dell'eccezione di cui all'articolo 1460 c.c., è espressione dell'autotutela del lavoratore nell'ambito del rapporto di lavoro. Analogamente, l'eccezione di inadempimento è qualificata come "mezzo di autotutela" da Cass. civ., sez. II, 11 novembre 1992, n. 12121, in *Mass. Giur. It.,* 1992 o formulazione espressa del principio stesso di autotutela, Cass. civ., 19 dicembre 2003, n. 19556, in *Corriere Giur.* 2004, 2, 161. Addirittura in un caso, Trib. Bari, 3 gennaio 2007, il giudice pugliese procedendo ad una vera e propria ma anche non corretta inversione dei termini della questione ha ritenuto che "Secondo la giurisprudenza di legittimità il diritto di ritenzione trova fondamento nel generale principio di autotutela stabilito dall'articolo 1460 c.c., per effetto del quale nei contratti a prestazioni corrispettive, ciascun contraente può rifiutare la sua obbligazione (sic!), se l'altro non adempie contemporaneamente la propria (Cass. n. 271/1998 in materia di contratto d'opera; Cass. n. 8235 e n. 2738/1982, in materia di appalto)". Nel caso specifico si trattava del rifiuto di un'autorimessa alla riconsegna di un veicolo ad un cliente che opponeva il rifiuto di pagare i servizi di ripa-



che pure è la ricostruzione prevalente dell'istituto, senz'altro e incontrastatamente tende a ricondurre l'articolo 1460 c.c. tra le eccezioni in senso proprio [14].

La propensione della dottrina e giurisprudenza dominanti a considerare l'eccezione di inadempimento come strumento di autotutela, relega oggi in secondo piano le diverse opinioni, espresse soprattutto in passato, secondo cui l'eccezione di inadempimento paralizza l'azione della parte inadempiente facendo valere un limite della stessa, quasi che il diritto del creditore-debitore sia condizionato al proprio adempimento ovvero sorga solo con l'adempimento del proprio obbligo o, più articolatamente e sottilmente, sia del tutto privo di tutela in quanto la pretesa della controprestazione sarebbe illegittima in mancanza di un proprio adempimento [15].

Similmente sono recessive o del tutto minoritarie le opinioni che attribuiscono al rimedio ex articolo 1460 c.c. la limitata funzione di riequilibrare prestazioni corrispettive solo se reciproche e simultanee (*mano contro mano*) [16].

Secondo Realmonte [17] l'*exceptio inadimpleti contractus* costituisce "una causa di giustificazione dell'inadempimento al pari dell'impossibilità sopravvenuta, nel senso che

---

razione ricevuti). Di autotutela parla anche il Lodo del Coll. Arbitrale 16 luglio 1984 in *Arch. Giur. oo. pp.* 1985, 916.

[13] In questo senso può dirsi paradigmatica la posizione di BIGLIAZZI GERI, *Risoluzione per inadempimento*, II, p.1, in *Commentario Scialoja-Branca*, (Art. 1460-1462) Bologna-Roma, 1988, p.1.

[14] Valga per tutte quanto sancito da Cass. civ., 5 agosto 2002, n. 11728, in *Mass. Giur. It.*, 2002 e *Contratti*, 2003, I, 38, che, con formula abitualmente ripetuta dalla giurisprudenza di legittimità e di merito, afferma: "L'exceptio inadimpleti contractus, di cui all'articolo 1460 c.c., costituisce un'eccezione in senso proprio, rimessa pertanto alla disponibilità ed all'iniziativa del convenuto, senza che il giudice abbia il dovere di esaminarla d'ufficio".

[15] SACCO, *Le eccezioni dilatorie,* in SACCO e DE NOVA, *Il Contratto,* I, 1993, 644.

[16] GRASSO, *Inadempimenti simultanei e rimedi sinallagmatici*, in *Saggi sull'eccezione di inadempimento e la risoluzione del contratto,* Napoli, 1993, p. 68: "...soltanto in presenza del cd. "adempimento mano contro mano" in senso proprio (e, perciò, degli inadempimenti simultanei e reciproci) al quale peraltro *esplicitamente* si riferisce la stessa norma in esame, si pone invece il problema di proteggere, con lo specifico rimedio in parola, una parte di fronte alla pretesa dell'altra, al fine di non eseguire la sua prestazione senza *contemporaneamente* conseguire – appunto secondo siffatta modalità cronologica di attuazione programmata nel contratto – la controprestazione alla quale ha diritto"; GAZZONI, *Manuale di diritto privato,* Napoli, 2006, p.1025. Secondo Grasso, la cui ricostruzione, rigorosa dal punto di vista teorico-formale, risente di alcuni limiti applicativi che non ne hanno decretato il successo in sede giurisprudenziale, la proposizione dell'eccezione di inadempimento estingue il diritto della controparte di chiedere l'adempimento da parte dell'*excipiens,* a sua volta e necessariamente inadempiente. L'autore considera difatti l'articolo 1460 c.c., in forza della sua lettera, applicabile alla sola ipotesi di domanda di adempimento da parte del contraente inadempiente non eccipiente giacché, nella diversa ipotesi in cui il contraente inadempiente non eccipiente domandasse la risoluzione del contratto, mancherebbero le condizioni stesse dell'azione di risoluzione, rilevabili d'ufficio dal giudice.

[17] REALMONTE, *op. cit.*, pp. 234-235.



non escluda soltanto la colpevolezza del fatto, ma la sua stessa antigiuridicità". Ne consegue, secondo questa tesi, che l'eccipiente non è liberato dalla propria obbligazione né è tenuto al pagamento di interessi moratori ma può essere definitivamente liberato allorché sopravvenga l'impossibilità della prestazione propria o della controparte con applicazione diretta [18] o analogica dell'art. 1256 c.c.

Per altra via, la tesi che attribuisce valore di diritto potestativo al potere di rifiuto del contraente fedele (normalmente tenuto per secondo) pure nega, necessariamente, antigiuridicità al comportamento dell'eccipiente poiché diversamente opinando si giungerebbe alla conclusione che l'eccipiente che abbia correttamente esercitato il potere di cui all'articolo 1460 c.c. si troverebbe esposto ad obblighi risarcitori sotto specie di pagamento di interessi moratori e impedito nella richiesta di rimedi risolutori o di adempimento coattivo [19].

Sebbene la giurisprudenza non vada al di là di una mera enunciazione di principio nel configurare l'eccezione di inadempimento come strumento di autotutela, lo stesso non può dirsi per la dottrina per la quale dall'inquadramento sistematico e concettuale dell'eccezione in parola tra gli strumenti di autotutela, discende la natura eccezionale del rimedio così ancorata alle ipotesi strettamente considerate dalla norma [20].

Una dottrina recente [21] ha invece negato, sulla scorta dell'evoluzione storico-dogmatica delle eccezioni dilatorie nonché sulla base delle risultanze dello sviluppo del processo normativo internazionale e dell'analisi comparatistica, che le eccezioni dilatorie rappresentino una deroga al principio generale della tutela giurisdizionale dei diritti [22] ma, semmai, che configurino esse stesse un principio generale nell'ambito dei rapporti sinallagmatici in guisa che sia la categoria dei contratti a prestazioni corrispettive concretamente individuata e non le ristrette maglie dell'autotutela a determinare il raggio d'azione del principio di tutela dilatoria. È verosimile, come sostenuto da più parti, che

---

[18] PERSICO, *L'eccezione d'inadempimento,* Milano, 1955, p. 227.

[19] GRASSO, *Eccezione di inadempimento e risoluzione,* (*Profili generali)*, Napoli, 1973, p. 82 ss.; 132 ss.

[20] RAPPAZZO, *L'autotutela della parte nel contratto,* Padova, 1999, p. 52 secondo cui l'eccezione di inadempimento è ammissibile solo ed esclusivamente nei caso di contratti a prestazioni corrispettive con assoluto divieto di applicazione analogica a casi differenti; BIGLIAZZI GERI, *Profili sistematici dell'autotutela privata,* I, *Introduzione,* Milano, 1971, *passim* che contiene l'enucleazione della teoria dell'eccezione di inadempimento come potere privato (diritto potestativo) di incidere sull'attuazione del rapporto obbligatorio leso dal comportamento illegittimo della controparte e, perciò stesso, un caso eccezionale di deroga al principio della somministrazione ordinamentale dei rimedi giuridici.

[21] ADDIS, *Le eccezioni dilatorie*, cit., pp. 435-437.

[22] L'art. 2907 c.c. può dirsi espressione centrale di questo principio a livello codicistico.



l'accostamento tra diritto di ritenzione ed eccezione di inadempimento, in virtù della comune origine dal ceppo dell'autotutela privata di romanistica memoria [23] abbia giocato a sfavore dell'eccezione di inadempimento, accostata così ad uno strumento di autotutela maggiormente caratterizzato da connotati di eccezionalità e tassatività [24] [25] da cui in realtà si differenzia in maniera pronunciata [26].

La giurisprudenza, come già visto, pare in ogni caso ricondurre la facoltà di cui all'art. 1460 c.c. all'eccezione ossia allo strumento di tutela dei diritti che, come indicato nell'art. 2697 c.c., consiste nella facoltà di introdurre fatti estintivi, modificativi o impeditivi del diritto dedotto in giudizio e, più in particolare, all'eccezione in senso stretto.

La distinzione tra eccezione in senso lato ed eccezione in senso stretto è fatta in ragione della rilevabilità d'ufficio delle stesse da parte del giudice, senz'altro possibile per le prime ed esclusa per le seconde.

La differenza non è solo nominalistica né ristretta alla sola circostanza della rilevabilità in quanto sempre più l'ordinamento ricorre a questa *summa divisio* in funzione della creazione di barriere processuali. Ha fatto da battistrada l'art. 416 c.p.c., nel rito del lavoro, che impone al convenuto di proporre nella memoria difensiva, a pena di decadenza, "le eccezioni processuali e di merito che non siano rilevabili d'ufficio". L'attuale articolo 167 c.p.c. contiene una norma analoga con riferimento al rito ordinario e un divieto di riproporre eccezioni in senso stretto in sede di appello è sancito dall'art. 345, comma 2, c.p.c. Una contrapposizione che non sembra risolvibile nella pura bipartizione tra

---

[23] v. *supra* note 3 e 4; passi del Digesto citati anche da VECCHI, op. *cit.*, p. 391 (nota 50) e 392.

[24] Cass. 15 novembre 1984, n. 5828, in *Mass. Giur. It.,* 1984, 1181.

[25] Secondo BIGLIAZZI GERI, *Profili sistematici dell'autotutela privata,* II, *cit.* 192, proprio il timore di un simile accostamento avrebbe indotto parte della dottrina ad un atteggiamento teso a negare ogni contatto tra eccezione di inadempimento e ritenzione che l'Autrice definisce come "eccesso opposto".

[26] Nella sintesi di ROSSETTI, *op. cit.* p. 310:

"– il diritto di ritenzione può esercitarsi anche nei confronti dei terzi mentre l'eccezione d'inadempimento può essere opposta alla sola controparte;

– il retentore non contesta l'esistenza dell'altrui diritto, ma intende esercitare una garanzia a soddisfazione del proprio credito; l'eccipiente contesta invece la stessa esistenza dell'altrui diritto alla prestazione;

– il diritto di ritenzione prescinde dal vincolo sinallagmatico;

– il diritto di ritenzione può cessare nel caso in cui l'obbligato presti idonea garanzia, il che non pè previsto in tema di eccezione d'inadempimento;

– il diritto di ritenzione può esercitarsi soltanto su una *res corporis,* mentre l'eccezione di inadempimento può avere ad oggetto qualsiasi tipo di obbligazione (*dare, facere, praestare*);

– i casi in cui è concesso il diritto di ritenzione costituiscono ipotesi eccezionali, tassativamente previste dalla legge.".



eccezione in senso sostanziale [27] e in senso processuale [28] che, tutt'al più consente di decidere se l'eccezione, in quanto sostanziale e non meramente processuale, possa essere proposta in sede stragiudiziale [29].

Tuttavia, l'intervento delle Sez. Unite n. 1099/98 [30], ha visibilmente accorciato la distanza e la rigorosa separazione posta dalla normativa processuale tra le due categorie di eccezione fondate sulla rilevabilità di ufficio in quanto ha tracciato una differenziazione tra il potere di allegazione della parte e il potere di rilevazione del giudice, il primo da esercitarsi entro i limiti temporali fissati dalla normativa processuale, il secondo esercitabile dal giudice in qualsiasi tempo se i fatti accertati dal processo consentono un accertamento della realtà concreta ulteriore ma più fedele di quello risultante dal formalismo processualistico. Il potere di rilevazione del giudice, sulla base degli atti di causa, del comportamento processuale delle parti e di quanto da esse allegato (non necessariamente dal solo convenuto) consentirà di non dare tutela a diritti non esistenti, estinti, mai sorti o sospesi ossia di avvicinare "la realtà accertata nel processo e il contenuto dell'accertamento giudiziale" [31].

In questo senso si esprime anche la prevalente giurisprudenza (di legittimità e di merito) in tema di rilevazione e proposizione dell'eccezione di inadempimento come, ad esempio, Cass. civ., 5 agosto 2002, n. 11728 [32]: "L'exceptio inadimpleti contractus, di

---

[27] PAGNI, *Le azioni di impugnativa negoziale. Contributo allo studio della tutela costitutiva.* Milano, 1999, p. 218 ss., che intende l'eccezione in senso stretto come manifestazione di un diritto potestativo di natura sostanziale da cui deriva l'effetto modificativo, estintivo o impeditivo.

[28] MERLIN, *Compensazione e processo,* vol. I, Milano, 1991, I, p. 204 ss., secondo cui l'eccezione non produce il fatto estintivo, modificativo o impeditivo ma si limita a catturarlo nel mondo reale per trasporlo in quello processuale.

[29] Come peraltro la giurisprudenza normalmente ritiene possibile, Cass. civ., 26 maggio 2003, n. 8314, in *Mass. Giur. It.*, 2003, e in *Contratti,* 2004, I, 47, in cui la suprema Corte ammette la possibilità di eccepire per la prima volta l'inadempimento della controparte in sede processuale pur non avendo l'eccipiente sollevato l'*exceptio* in sede stragiudiziale, salvo la verifica alla stregua della buona fede di un simile comportamento; nello stesso senso vedasi. Cass. civ., 18 marzo 1999, n. 2474, in *Mass. Giur. It,* 1999. Tuttavia, l'esercizio dell'eccezione per la prima volta in sede giudiziale, esaminato alla luce del comportamento complessivo dell'eccipiente anche durante la fase esecutiva del contratto può indurre ad una valutazione di contrarietà a buona fede dell'esercizio del potere di cui all'art. 1460 c.c., in tal senso, Cass. civ. 8 settembre 1986, n. 5459, in *Mass. Giur. It.,* 1986.

[30] Cass. civ. Sez. Unite, 3 febbraio 1998, n. 1099, in *Giust. Civ.*, 1998, I, 645, con nota di GIACALONE. È da notare che i principi enunciati dalla sentenza delle Sezioni Unite del 1998 sono ancora adesso richiamati dalla giurisprudenza più recente delle stesse Sezioni Unite (Cass. civ. Sez. Unite, 13 giugno 2019, n. 15895, in *One Legale*).

[31] COLESANTI, *"Eccezione"* in *Enc. dir.,* vol. XIV, Milano, 1965, p. 181.

[32] In *Mass. Giur. it.,* 2003; e in *Contratti,* 2003, 1, 38, v. anche Cass. civ. 23 luglio 2010, n. 17424.



cui all'art. 1460 c.c., costituisce un'eccezione in senso proprio, rimessa pertanto alla disponibilità e all'iniziativa del convenuto, senza che il giudice abbia il dovere di esaminarla d'ufficio. Tuttavia, essa, al pari di ogni eccezione, non richiede l'adozione di forme speciali o formule sacramentali, essendo sufficiente che la volontà della parte di sollevarla (onde paralizzare l'avversa domanda di adempimento) sia desumibile, in modo non equivoco, dall'insieme delle sue difese e, più in generale, dalla sua condotta processuale, secondo un'interpretazione del giudice del merito che, se ancorata a corretti canoni di ermeneutica processuale, non è censurabile in sede di legittimità"[33].

La questione trova più completa e definita trattazione nell'ambito della disciplina dei profili probatori dell'eccezione di inadempimento e, in generale, della prova della risoluzione e dell'adempimento ma, preliminarmente si è ritenuto opportuno partire dal dato giurisprudenziale acquisito secondo cui il rimedio di cui all'art. 1460 c.c. è da considerarsi eccezione, in senso proprio e in senso stretto. Naturalmente, la proposizione del-

[33] Val la pena sottolineare, tuttavia, che il tema della rilevabilità d'ufficio dell'eccezione d'inadempimento costituisce lo snodo concettuale fondamentale della ricostruzione della natura del rimedio come eccezione. Infatti, per gli autori che escludono la natura sostanziale dell'*exceptio*, equiparandola ad una sorta di ipostasi di una condizione di esigibilità dell'altra prestazione, dovrebbe coerentemente apparire illogico (come puntualmente spiega VECCHI, *op. cit.*, p. 383) che l'eccezione debba essere sollevata ad opera del contraente convenuto poiché i temuti inconvenienti processuali di una tesi contraria (ossia quella che pone a carico del convenuto l'onere di eccepire l'inadempimento dell'attore) sarebbero infondati. Da un lato, il giudice potrebbe chiedere alle parti di spiegare per intero le proprie domande fornendo ogni dettaglio sull'esecuzione del contratto; dall'altro è da ritenersi ammissibile nel nostro ordinamento anche una condanna condizionata (v. in tal senso, in giurisprudenza, Cass. civ. 10 febbraio 2003, n. 1934, in *Giust. Civ. Mass.* 2003, 287; Cass. civ. 25 agosto 2003, n. 12444, in *Giust. Civ. Mass.*, 2003, 7-8; Cass. civ. 15 luglio 2003, n. 11061 *Giust. Civ. Mass.*, 2003, 7-8; Cass. civ. 1 ottobre 2004, n. 19657, in *Banca, borsa e tit. cred.,* 2005, II, p. 611, con nota di L. PROSPERETTI, *Note in tema di tutela dell'utilizzatore rispetto ai vizi originari del bene nel leasing finanziario*, e, Cass. civ. 14 ottobre 2010, n. 21243, in *DeJure*, 2010, proprio in tema di inadempimento reciproco giacché il lodo arbitrale impugnato e rimasto incensurato dopo il giudizio della Suprema Corte, condannava la ditta acquirente a pagare l'ultima rata di prezzo per la fornitura ricevuta a condizione che il fornitore rimuovesse alcuni vizi della struttura, già stimati in perizia come suscettibili di agevole rimozione) stante la massima consolidata per cui "nel nostro ordinamento sono ammesse, in omaggio al principio dell'economia dei giudizi, sentenze condizionali, nelle quali l'efficacia della condanna è subordinata al verificarsi di un determinato evento futuro ed incerto, o di un termine prestabilito, o di una controprestazione specifica, sempre che il verificarsi della circostanza tenuta presente non richieda ulteriori accertamenti in merito da compiersi in un nuovo giudizio di cognizione. Con dette pronunce, infatti, non viene emessa una condanna da valere per il futuro, ma si accerta l'obbligo (attuale) di eseguire una certa prestazione ed il condizionamento (parimenti attuale) di tale obbligo al verificarsi di una circostanza il cui avveramento, pur presentandosi differito e incerto, non richiede, per il suo accertamento, altre indagini che quella se la circostanza stessa si sia o meno verificata." (Cass. civ. 15 luglio 2003, *cit.*). ADDIS, *op. cit.*, pp. 419, invece, attribuisce il successo dell'opzione interpretativa dell'eccezione d'inadempimento come eccezione in senso stretto proprio a motivi di economia processuale in quanto responsabilizza la parte interessata e solleva il giudice da onerosi accertamenti ed investigazioni.



l'eccezione d'inadempimento in via giudiziale o stragiudiziale non preclude, in seguito, all'eccipiente di richiedere la risoluzione o l'adempimento, anche in forma specifica [34].

In ordine alla funzione dell'eccezione di inadempimento, normalmente in dottrina, sono riscontrabili tre orientamenti.

Il primo e più accreditato orientamento [35] sostiene che l'eccezione d'inadempimento ha la finalità di garantire ed assicurare il rispetto dell'equilibrio sinallagmatico [36].

Una seconda opinione [37], largamente condivisa in passato [38], con rare conferme giurisprudenziali [39], proprio in considerazione della natura conservativa dell'eccezione di inadempimento tende a riconnettere all'*exceptio inadimpleti contractus* lo scopo di esercitare un'efficace "coazione psicologica" [40] indiretta sul contraente inadempiente ai fini del conseguimento dell'adempimento. In tal senso, l'eccezione di inadempimento deve intendersi, secondo questa tesi, preferibilmente diretta a conseguire l'adempimento anziché la risoluzione del contratto benché nulla escluda la possibilità, attraverso l'*exceptio* in parola, di preparare la risoluzione del contratto.

---

[34] Cass. civ. 13 aprile 2010, in *Guida al dir.* 2010, 26, p. 95 (s.m.): "La domanda di adempimento in forma specifica dell'obbligo di concludere un contratto avente ad oggetto una cosa determinata può essere respinta solo in caso di inadempimento della parte istante e non anche quando la stessa a termini dell'articolo 1460 c.c., si sia rifiutata (in precedenza) di addivenire alla conclusione del contratto eccependo l'inadempimento della parte promittente venditrice, come nel caso di avvenuta iscrizione, da parte del promittente venditore, di ipoteca sull'immobile in violazione dell'obbligo di trasmettere la proprietà libera da garanzie reali".

[35] BIGLIAZZI GERI, *op. cit.* p. 2, secondo cui, l'eccezione di inadempimento è un diritto potestativo del contraente fedele atto ad incidere "...non sul vincolo obbligatorio (nel senso, ad esempio, proprio delle eccezioni di prescrizione e di compensazione), ma sull'attuazione del rapporto; che essa [l'eccezione d'inadempimento] tende a conservare (e, con esso, l'equilibrio delle posizioni sostanziali, di diritto e di obbligo, delle parti)..."; analoga la posizione di BIANCA, *op. cit.*, p. 345, dove si legge che: "...funzione dell'eccezione di inadempimento è dunque quella di garantire l'eguaglianza delle posizioni delle parti nell'esecuzione del contratto...".

[36] Cass. civ., 10 novembre 2003, n. 16822, in *Arch. civ.*, 2004, p. 1078, afferma che "La salvaguardia del nesso sinallagmatico tra prestazioni corrispettive da adempiere simultaneamente, riconosciuto a ciascun contraente dall'articolo 1460 c.c., mediante la facoltà di sospendere l'adempimento della propria obbligazione fino a quando l'altra parte non adempia, o non offra di adempiere, la propria...".

[37] REALMONTE, *op. cit.*, p. 239.

[38] PERSICO, *op. cit.*, p. 8; DALMARTELLO, *Eccezione di inadempimento,* in *Noviss. Dig. It.,* VI, Torino, 1960, p. 356.

[39] Cass. civ., 11 febbraio 1987, n. 1489, in *Mass. Giur. It.* 1987, afferma che "L'eccezione di inadempimento ex articolo 1460 c.c., avente la finalità di rafforzare il vincolo contrattuale – stimolando la controparte all'adempimento della propria obbligazione...".

[40] REALMONTE, *loc. cit.*



Inoltre, ad avviso di chi se ne è fatto sostenitore, l'attribuzione all'*exceptio inadimpleti contractus* della funzione di stimolo psicologico indiretto all'adempimento, avrebbe anche lo scopo pratico di assicurare la validità della clausola con la quale le parti dovessero qualificare qualsiasi inadempimento, indipendentemente dall'applicazione concreta del canone di buona fede, come ragion sufficiente della proponibilità dell'eccezione d'inadempimento [41].

Infine, una terza teoria che oggi non ha alcuna eco nelle pronunce dei giudici individua la funzione dell'eccezione di inadempimento in una garanzia del contraente fedele, per alcuni garanzia per il conseguimento della controprestazione, per altri garanzia della ripetibilità della propria prestazione, altrimenti perduta [42].

3. – **a)** L'inquadramento dell'istituto dell'eccezione d'inadempimento nel contesto e in funzione dello sviluppo dell'idea di sinallagmaticità crea un legame di corrispondenza biunivoca tra l'individuazione dei contratti a prestazioni corrispettive e l'eccezione di inadempimento [43].

La giurisprudenza [44] mantiene da tempo ferma la statuizione secondo cui non è sufficiente a ritenere esistente un contratto a prestazioni corrispettive la circostanza che le obbligazioni reciproche delle parti [45] derivino da un medesimo contratto [46] qualora non

---

[41] REALMONTE, *loc. ult. cit.*, il quale, a riprova, cita (nota 91) la massima di Cass. 22 ottobre 1960, n. 2859; BIANCA, *Eccezione di inadempimento etc.*, cit., pp. 897-898, nota 1, condivide la massima testé citata pur con l'avvertenza che una clausola che attribuisse rilevanza genericamente a qualsiasi inadempimento, sia essa ai fini della risoluzione come dell'eccezione di inadempimento avrebbe contenuto non sufficientemente determinato.

[42] Si vedano gli autori e le opere citate da REALMONTE, *op. ult. cit.*, nota 90 ma anche PERSICO, *op. cit.*, p. 8.

[43] Al punto che taluno (DALMARTELLO, *op. cit.*, p. 354) ha parlato dell'eccezione di inadempimento come di "manifestazione minore del sinallagma funzionale, a fianco della risoluzione del contratto per inadempimento.". Altri (MIRABELLI, *Dei contratti in generale,* in *Commentario Utet,* Torino, 1955, p. 500) ha affermato che l'eccezione di inadempimento come anche l'eccezione di cui all'articolo 1461 c.c. "derivano dall'essenza stessa della corrispettività e, pertanto, sono effetti che conseguono, *ex lege,* dalla situazione di corrispettività".

[44] Per tutte, Cass. civ., 8 settembre 1994, n. 7701, in *Contratti,* 1995, 1, 21, secondo cui: "L'*exceptio inadimpleti contractus,* prevista dall'articolo 1460 c.c., è opponibile non già per il semplice fatto che essa si riferisca ad un contratto dal quale derivino obbligazioni per entrambe le parti, ma solo in quanto sussista un rapporto di corrispettività tra la prestazione non adempiuta e quella di cui si pretende che sia stato rifiutato l'adempimento. La valutazione della sussistenza di questo elemento, indispensabile per l'applicabilità dell'eccezione, risolvendosi in un apprezzamento di fatto demandato al giudice del merito è insindacabile in sede di legittimità se congruamente motivato".

[45] Pret. Torino, 13 maggio 1983, in *Lavoro,* 80, 1983, 835, nega che l'eccezione di inadempimento sia applicabile ad obbligazioni solo perché reciproche qualora manchi un nesso di corrispettività tra le medesime.



sia individuabile un nesso sinallagmatico ossia "di corrispettività e interdipendenza tra prestazioni ineseguite e prestazioni rifiutate"[47]. Una scriminante, dunque, quella della corrispettività, che ha non solo la finalità di definire il campo di applicazione della tutela di cui all'art. 1460 c.c. ma anche quella di selezionare, nella congerie di obblighi che fanno capo a ciascuna delle parti di un contratto, quelle prestazioni che si pongono in reciproco rapporto funzionale tale da realizzare o concorrere a realizzare congiuntamente il programma contrattuale frutto dell'assetto che la parti hanno dato ai propri interessi trasfusi in contratto.

È pacificamente riconosciuto che la nozione di corrispettività coinvolge le prestazioni essenziali di un contratto a prestazioni corrispettive senza le quali lo stesso valore di scambio, in senso giuridico, verrebbe meno. Appare evidente che il pagamento del canone si ponga come corrispettivo del godimento del bene immobile nel contratto di locazione o che nel contratto di compravendita, il prezzo rappresenti il corrispettivo del trasferimento della proprietà della cosa compravenduta.

Tuttavia è pur vero che la varietà di situazioni concrete che si pone all'attenzione dell'interprete è normalmente più complessa ed intrecciata e che una nozione letterale e restrittiva di corrispettività rischia di frustrare l'utile impiego dell'eccezione di inadempimento in situazioni in cui pure essa realizza correttamente il suo scopo.

Così nel caso, esemplificativamente, degli obblighi restitutori e di quelli accessori che, pure se collocati fuori dalla visuale ristretta della corrispettività, tuttavia necessitano di una tutela, quella della risoluzione per inadempimento, dell'eccezione d'inadempimento e della sospensione dell'adempimento ovvero del complesso degli strumenti giuridici connessi al "microsistema" dei contratti con prestazioni corrispettive da cui una nozione ristretta di corrispettività li espungerebbe.

Altrimenti detto, la nozione di "interdipendenza" avrebbe lo scopo di individuare un'area di applicazione dell'eccezione di inadempimento all'interno della categoria dei contratti con prestazioni corrispettive[48]. Quest'area, ad esempio, includerebbe gli obblighi di consegna nei contratti ad effetti reali, gli obblighi di restituzione e tutti gli obblighi

---

[46] Secondo PERSICO, *L'eccezione di inadempimento, cit.* p. 65, l'unicità della fonte è requisito necessario benché non sufficiente.

[47] App. Napoli, Sez. III, 1 marzo 2006 (inedita).

[48] Nelle parole di REALMONTE, *op. cit.*, p. 223: "Il problema affrontato [quello dell'interdipendenza], quindi, concerne esclusivamente l'applicabilità del rimedio [l'*exceptio inadimpleti contractus*] a rapporti che, pur derivanti da tali contratti [quelli a prestazioni corrispettive], non possono considerarsi volti direttamente alla realizzazione di risultati tra i quali intercorra il vincolo della corrispettività".



strumentali ed accessori di un contratto a prestazioni corrispettive, quali gli obblighi di protezione, di custodia, di salvataggio etc...

Tutti casi, secondo altri [49], che, ad una critica puntuale, rigorosa e serrata sarebbero comunque catturati dalla nozione di corrispettività [50] laddove una più ristretta nozione di interdipendenza dovrebbe riservarsi ad ipotesi limitate.

Invero, le incertezze dottrinali rendono ragione della relativa indifferenza con cui la giurisprudenza è usa riferirsi alle nozioni di interdipendenza e corrispettività.

Talvolta usate come sinonimi: "L'eccezione di inadempimento prevista dall'articolo 1460 c.c., attendendo al momento funzionale di ogni contratto a prestazioni corrispettive, trae fondamento dal nesso di interdipendenza che lega tra loro le opposte prestazioni, cioè dall'esigenza di simultaneità nell'adempimento delle reciproche obbligazioni scadute legate dal rapporto sinallagmatico" [51] oppure: "Il principio che sorregge l'eccezione inadimpleti contractus, e che trova la sua consacrazione nella formulazione dell'articolo 1460 c.c., trae fondamento dal nesso di interdipendenza che nei contratti a prestazioni

---

[49] BIGLIAZZI GERI, *op. cit.*, pp. 10-14.

[50] BIGLIAZZI GERI, *loc. ult. cit.*, secondo l'autorevole studiosa, in alcuni casi (deposito e mandato onerosi), l'*exceptio* è validamente sostituita dal diritto di ritenzione privilegiato (*ex* art. 2756 c.c. e 2761 c.c.) o comunque sarebbe applicabile *naturaliter* perché l'obbligo di consegna e quello restitutorio sono parte stessa della prestazione corrispettiva come anche in ogni altro caso di obbligazione accessoria che non abbia natura di mero onere. Nei contratti con efficacia reale (art. 1376 c.c.) i presunti obblighi accessori di consegna, secondo l'Autrice, sono, anch'essi, parte essenziale della prestazione, se intesa come strumento che procura l'attribuzione finale del bene oggetto del contratto. Anche per il collegamento negoziale, la nozione di corrispettività è sufficiente a qualificare il rapporto tra obblighi nascenti da più fonti negoziali in quanto avvinti dalla realizzazione di uno scopo comune. Sicché, in questa ricostruzione del rapporto tra le nozioni di corrispettività e interdipendenza, residua un'area marginale rappresentata da quelle situazioni in cui la reciprocità delle prestazioni è dovuta non all'astratta finalizzazione verso un risultato comune ma ad un obiettivo intrecciarsi degli obblighi delle parti di un contratto in virtù della doverosa o necessitata attuazione del rapporto nascente dal contratto. Si pensi, ad esempio, al caso di inadempimento da parte del mandante degli obblighi di cui all'articolo 1720 c.c. oppure al caso dai cd. contratti bilaterali imperfetti (es. comodato immobiliare, mutuo gratuito) quando un obbligo sia rinvenibile a carico del comodatario di un immobile o del mutuatario a titolo gratuito (nel primo caso il comodante potrebbe non adempiere all'obbligo di rimborso di cui all'articolo 1808, 2° comma, c.c.; nel secondo caso, un obbligo risarcitorio potrebbe ricadere sul mutuante per i vizi dei beni oggetto del mutuo *ex* art. 1821, comma 2, c.c.) e l'adempimento di tale obbligo consentirebbe di realizzare un equilibrio necessario alla realizzazione dello scopo dello specifico contratto.

[51] Cass. civ., sez. lav., 17 marzo 2006, n. 5938, in *Mass. Giust. Civ.,* 2006, 3; In senso analogo Trib. Sup. Acque, 4 marzo 1996, n. 25, in *Cons. Stato,* 1996, II, 498, secondo cui "L'esercizio dell'"*exceptio inadimpleti contractus"* di cui all'articolo 1460 c.c. presuppone che le reciproche prestazioni siano in rapporto di corrispettività, sicché l'*exceptio* non può essere invocata allorquando la relazione sinallagmatica non sussista (Nella specie, costituendo il canone il prezzo della fornitura, non è stato ritenuto legittimo il mancato pagamento dello stesso da parte del concessionario a fronte della pretesa mancata costruzione di una rete idrica da parte della Cassa del Mezzogiorno); ma vedi anche App. Napoli citato in nota 47 *supra.*



corrispettive lega le opposte obbligazioni e prestazioni nell'ambito di una rapporto sinallagmatico...(omissis)", le due nozioni e i loro contorni non sono sempre chiariti anche nelle decisione dell'organo nomofilattico.

Sembra di poter dire però che le decisioni giurisprudenziali sono solite far riferimento all'interdipendenza delle prestazioni ogniqualvolta si registri un nesso tra più prestazioni sorretto da un collegamento negoziale [52] [53]. Non è il caso in questa sede di approfondire i termini del dibattito ormai maturo sulle varie figure di collegamento negoziale e della concreta applicazione dei rimedi previsti dalla normativa in caso di patologia dei rapporti che dal collegamento sorgano [54], valga ai nostri limitati fini condividere l'analisi di chi, in relazione alle ipotesi di collegamento, ha preso atto di un allargamento significativo della nozione di corrispettività con sentenze che possono ormai considerarsi giurisprudenza costante [55]. In contrapposizione alla teoria che postula l'unicità della fonte contrattuale come requisito ineliminabile della corrispettività [56] la giurisprudenza, una volta riconosciuto il fenomeno del collegamento negoziale, ne ha tratto le ineludibili conse-

---

[52] Quando questo collegamento è assente, l'eccezione non è disponibile nonostante l'identità delle parti. Si veda Trib. Milano, sez. imprese (B), 29 novembre 2018 in *Le società*, 12, 2019, con di BREGGIA, *Eccezione di inadempimento tra società e amministratore*, p. 1385 ss. che ha rigettato l'eccezione ex articolo 1460 c.c. di una società nei confronti del proprio amministratore sollevata al fine di paralizzare la richiesta della corresponsione della remunerazione da parte di quest'ultimo deducendo la violazione di obblighi del medesimo amministratore realizzatisi quando questi era ormai cessato dalla carica conservando la sola qualità di socio della medesima società.

[53] L'uso del termine "interdipendenza" precipuamente riferito ai collegamenti negoziali appare anche in Cass. civ., 14 gennaio 1998, n. 271, in *Mass. Giur. It.,* 1998, questa volta per negare il diritto di ritenzione (definito applicazione concreta del principio generale di autotutela contrattuale di cui all'articolo 1460 c.c.) ad un carrozziere su un bene oggetto di riparazione per crediti attinenti ad altre prestazioni, in assenza di prova della sussistenza di un unico rapporto obbligatorio; in Cass. civ., 19 dicembre 2003, n. 19556 in *Foro It.* 2004, c. 718, con nota di FAELLA in base alla quale: "L'eccezione di inadempimento può essere opposta, da parte del contraente fedele, anche nell'ipotesi di inadempimento di un diverso negozio, che tuttavia risulti collegato con il primo da un nesso di interdipendenza, fatto palese dalla comune volontà delle parti, atto a rendere sostanzialmente unico il rapporto obbligatorio, con valutazione rimessa al prudente e insindacabile apprezzamento del giudice di merito (nella specie, è stata confermata la sentenza di merito che aveva ritenuto legittima l'*exceptio inadimpleti contractus* opposta dalla società promittente alienante di un immobile al socio promissario acquirente, che non aveva adempiuto l'obbligo di pagare il cinquanta per cento della passività sociali, assunto in forza dell'accordo – funzionalmente connesso al preliminare di vendita – con cui i soci avevano regolato i loro rapporti patrimoniali in conseguenza del suo recesso dalla società)".

[54] Valga qui un rinvio ad alcune opere quali quelle di G. LENER, *Profili del collegamento negoziale,* Milano, 1999; COLOMBO, *Operazioni economiche e collegamento negoziale,* Padova, 1999; RAPPAZZO, *I contratti collegati,* Milano, 1998.

[55] FAELLA, Nota a Cass. civ., Sez. III, 19 dicembre 2003, n. 19556, già citata, *supra,* alla nota 53, c. 720-721.

[56] PERSICO, *loc. ult. cit.*, *infra* nota 46.



guenze anche in tema di *exceptio inadimpleti contractus* allorché il collegamento investa anche la fase attuativa del rapporto, ossia tra prestazioni derivanti da contratti strutturalmente autonomi ma tenuti insieme da un vincolo funzionale [57].

Il medio di collegamento tra due contratti differenti può essere anche rappresentato dall'identità del rapporto su cui incidono [58].

Un'area in cui la valutazione del collegamento negoziale è di particolare interesse ai fini della valutazione dell'opponibilità dell'eccezione, è quella dei contratti di finanziamento al consumo o di beni strumentali, specie leasing o altre analoghe forme di finanziamento di scopo dove si realizza un delicato equilibrio di interessi governato da collegamenti negoziali di tipo funzionale [59].

In generale la giurisprudenza [60] tende a riconoscere nell'ambito del leasing finanziario, la legittimazione dell'utilizzatore del bene ad esercitare in nome proprio le azioni scaturenti dal contratto di vendita o facendo leva proprio sulla nozione di collegamento negoziale o, attraverso il ricorso all'azione diretta del mandante/utilizzatore, nei confronti del terzo venditore (dove la società di leasing assume, s'intende, il ruolo di mandatario) ex articolo 1705, 2° co., c.c. [61] [62].

---

[57] CIRILLO, *Negozi collegati ed eccezione di inadempimento,* nota a Cass. civ., 11 marzo 1981, n.1389, in *Foro. It.* 1981, c. 378 ss., nel caso concreto, la decisione della Suprema Corte conferma la sentenza di appello impugnata, negando a una ditta fornitrice di merci di potersi avvalere dell'eccezione di inadempimento relativa ad un precedente rapporto di fornitura non saldato, per rifiutare la consegna di merce relativa ad altra fornitura intercorsa tra le medesime parti posto che queste non avevano stabilito neppure convenzionalmente un nesso funzionale tra i due contratti.

[58] Così Cass. civ., Sez. Lavoro, 23 dicembre 2002, n. 13620, in *Arch. civ.* 1993, 144, secondo cui: "Il principio inadimplenti non est adimplendum opera anche con riguardo ad inadempienze inerenti a convenzioni diverse sempre che siano riferibili al medesimo rapporto; pertanto il rifiuto dei componenti la rsa di collaborare con la direzione dell'impresa al fine di definire le modalità di applicazione dell'orario flessibile, come previsto dal contratto collettivo applicabile, deve ritenersi legittimamente opposto – in base all'articolo 1460 c.c. – in relazione ad un pregresso inadempimento del datore di lavoro relativo al pagamento dell'indennità di contingenza dovuta ai lavoratori dell'azienda, trattandosi di prestazioni cui ciascuna delle parti si era impegnata rispettivamente con riguardo allo stesso contratto di lavoro".

[59] Per un'analisi delle varie forme di finanziamento di scopo e dell'influenza della nozione di collegamento in questo campo v. CLARIZIA, *I contratti per il finanziamento dell'impresa Mutuo di scopo, leasing, factoring,* in *Tratt. Dir. comm.* diretto da BUONOCORE, Sezione II, Tomo 4, Torino, 2000.

[60] Cass. civ., 13 dicembre 2000, in *Foro It.,* Rep. 2000, voce *Contratto in genere,* n. 317.

[61] FAELLA, *op. cit.*, c. 721.

[62] Esemplificatrice dell'atteggiamento dei giudici della Suprema Corte e dei giudici di merito, è la decisione di Cass. civ., Sez. III, 1 ottobre 2004, n. 19657, in Contratti, 2005, 5, 474, in una controversia che opponeva l'utilizzatore (lessee) di un calcolatore elettronico, da un lato, e il fornitore del medesimo, assieme alla società di leasing, dall'altro. A seguito della presenza di vizi del bene oggetto dell'operazione di lea-



La questione si pone in termini analoghi in caso di mutuo di scopo, specie se si tratta di prestito al consumo [63]. È pur vero che gli interventi legislativi recenti hanno, tuttavia, decisamente esplicitato il collegamento tra i contratti di mutuo e di acquisto di beni e servizi, a determinate condizioni [64], arrivando a contemplare esplicitamente l'adozione

---

sing, l'utilizzatore chiedeva, tra l'altro, ai giudici la restituzione da parte della società di leasing dei canoni già versati opponendo appunto l'eccezione di inadempimento.

In merito, la Corte di ultima istanza ha avuto modo di precisare che: "...nonostante il collegamento negoziale esistente tra il contratto di leasing finanziario, qual è quello in esame, ed il contratto di fornitura tra il concedente ed il fornitore, con obbligo di consegna del bene all'utilizzatore, allorché detta consegna vi è stata, è elemento naturale del negozio, salva clausola contraria, l'esonero dal locatore di ogni responsabilità in ordine alle condizioni del bene acquistato per l'utilizzatore, essendo quest'ultimo a prendere contatti con il fornitore, a scegliere il bene, che sarà oggetto del contratto, ed a stabilire le condizioni di acquisto per il concedente, per cui ogni vizio del bene dovrà essere fatto valere direttamente dall'utilizzatore nei confronti del fornitore, così come avviene nel caso di contratto concluso dal mandatario in nome proprio, ma per conto del mandante. In proposito, la sentenza di merito ha osservato che tanto nella fattispecie era anche espressamente statuito dalla clausola n. 9 del contratto di leasing. Ne ha fatto conseguire che, l'utilizzatore non può far valere l'eccezione di inadempimento del fornitore, per vizio del bene locato, a norma dell'articolo 1460 c.c. per rifiutare le proprie prestazioni nei confronti del concedente". Parzialmente, la decisione citata, pare dare rilievo – se non decisivo senz'altro significativo – alla volontà delle parti che, pur in presenza, di un collegamento funzionale obiettivo, hanno inteso escludere alcuni effetti di tale collegamento.

[63] In passato l'analisi degli autori che si sono occupati specificamente della eccezione in esame, ha scarsamente affrontato il tema recentemente di accresciuta importanza con la crescita esponenziale del mercato del credito al consumo e della susseguente crisi economica di questi anni. Oggi la materia è densa di contributi dottrinali, decisioni giurisprudenziali e interventi legislativi tra cui il Decreto Legislativo 13 agosto 2010, n. 141 (pubblicato sulla Gazzetta Ufficiale del 4 settembre 2010) attuativo della Direttiva 2008/48/CE del Parlamento Europeo e del Consiglio del 23 aprile 2008 relativa ai contratti di credito ai consumatori e che abroga la direttiva 87/102/CEE. Per una prima analisi della disciplina comunitaria del credito al consumo si veda CAPRIGLIONE (a cura di), *La disciplina comunitaria del credito al consumo,* in Banca d'Italia, *Quaderni di ricerca giuridica della consulenza legale,* luglio 1987, n. 15; più recentemente e con riferimento ai riflessi del collegamento negoziale tra il contratto di mutuo al consumo e il contratto oggetto di finanziamento, si veda CARRIERO, *Credito al consumo e inadempimento del venditore,* in *Foro. it.,* 2007, IV, 590.

[64] Già la normativa consumeristica (articolo 42, Codice del Consumo), consente oggi al consumatore, in caso di inadempimento del fornitore di beni e servizi, di agire contro il finanziatore qualora abbia effettuato inutilmente la costituzione in mora del fornitore e a condizione che esista un accordo di esclusiva tra fornitore e finanziatore. L'esistenza di una sorta di responsabilità sussidiaria del finanziatore ha indotto la dottrina (COLOMBO, *Operazioni economiche e collegamento negoziale,* Padova, 1999, cit., p. 317) a concludere che il consumatore possa far valere contro il finanziatore anche pretese di carattere risarcitorio e restitutorio, oltre a poter opporre eccezione di inadempimento e sospendere il pagamento delle rate (DE NOVA, *L'attuazione in Italia delle direttive comunitarie sul credito al consumo,* in *Riv. trim. dir. e proc. civ.,* 1992, 909. La normativa di attuazione della Direttiva 2008/48/CE, prima citata (*supra,* nota 63) ha ormai definitivamente sancito:

– sia l'evidente esistenza di un collegamento negoziale (l'Articolo 3, lettera n) della Direttiva 2008/48, contiene la seguente definizione di "«contratto di credito collegato»: un contratto di credito che soddisfa le due condizioni seguenti:



del rimedio risolutorio e, quindi, dell'eccezione di inadempimento, nei confronti del finanziatore benché soggetto diverso dal fornitore inadempiente [65].

La giurisprudenza sembra ormai consolidata nel riconoscere l'eccezione di inadempimento nei confronti del finanziatore qualora si tratti di mutuo di scopo [66].

Anche il collegamento genetico tra contratto preliminare e contratto definitivo è rilevante ai fini della corrispettività di cui all'art. 1460 c.c. [67].

Un orientamento giurisprudenziale consolidato [68] è rintracciabile anche in merito alla riconducibilità alla nozione di corrispettività delle obbligazioni accessorie in rapporto a

---

i) il credito in questione serve esclusivamente a finanziare un contratto relativo alla fornitura di merci specifiche o alla prestazione di servizi specifici;

ii) i due contratti costituiscono oggettivamente un'unica operazione commerciale; si ritiene esistente un'unica operazione commerciale quando il fornitore o il prestatore stesso finanzia il credito al consumo oppure, se il credito è finanziato da un terzo, qualora il creditore ricorra ai servizi del fornitore o del prestatore per la conclusione o la preparazione del contratto di credito o qualora le merci specifiche o la prestazione di servizi specifici siano esplicitamente individuati nel contratto di credito.");

– sia la facoltà (secondo il nuovo articolo 125-*quinquies* del t.u. l. banc.) di domandare la risoluzione del contratto di finanziamento per inadempimento grave del fornitore e, *a fortiori*, in questo caso, senza con ciò costruire un'equivalenza necessaria e biunivoca tra i due rimedi, di avvalersi dell'eccezione di inadempimento.

[65] È stato in proposito sottolineato (MACARIO, *Collegamento negoziale e principio di buona fede nel contratto di credito per l'acquisto: l'opponibilità al finanziatore delle eccezioni relative alla vendita,* in *Foro.it.,* 1994, I, 2, p. 3098 ss.) che il credito al consumo è da considerarsi operazione unitaria, almeno in termini temporali ed economici, al punto che una tesi atomistica che scinda le due fasi contrattuali astraendole dal contesto unitario dell'operazione economica "...evidenzia tutti i suoi limiti nel momento in cui gli effetti giuridici dell'autonomia concettuale tra i negozi si risolvono in un pregiudizio iniquo per il consumatore-utilizzatore del bene (o del servizio...)".

[66] Cass. civ., 11 febbraio 2011, n. 3392, sembra ritenere non valida una clausola che vieti al mutuatario di un credito al consumo di avvalersi dell'eccezione di inadempimento nei confronti del finanziatore nell'ipotesi di inadempimento del fornitore del bene acquistato mediante la somma mutuata, in quanto pattuizione contraria a buona fede. Si condivide la nota critica di RUMI, in *I Contratti*, n. 11, 1 novembre 2011, p. 994 ss. dove giustamente si sottolinea come la decisione in commento abbia impiegato categorie deputate al vaglio dell'esercizio dell'eccezione di inadempimento (fondamentalmente la buona fede) per trarne un giudizio ultroneo sulla validità della clausola laddove l'ordinamento offre in ambito consumeristico e bancario, norme definite, di origine comunitaria, che avrebbero consentito di considerare quella medesima clausola come abusiva ovvero di rintracciare quel collegamento negoziale che legittima la proposizione dell'eccezione di inadempimento in ragione del complesso e unitario assetto di interessi realmente voluto dalle parti".

[67] Cass. civ., 7 novembre 2005, n. 21490, in *Mass. Giur. It.,* 2005.

[68] Un chiaro esempio dell'orientamento prevalente in giurisprudenza è quello di Cass. civ., 16 novembre 2000, n. 14865, in *Corriere giur.,* 2001, 762, con nota di FORCHINO, *Onere della prova spettante al venditore a fronte dell'eccezione di inadempimento ex art. 1460 c.c. sollevata dall'acquirente,* secondo cui: "Nei contratti a prestazioni corrispettive i doveri di correttezza, di buona fede e di diligenza – di cui agli articoli 1337, 1338, 1374, 1375 e 1175 c.c. – si estendono anche alle cosiddette obbligazioni collaterali di protezione, di informazione, di collaborazione, che presuppongono e richiedono una capacità discretiva ed una disponibilità cooperativa dell'imprenditore nell'esercizio della sua professione e, quindi, nel tener conto delle motivazioni della contro-



quella principale per cui anche l'inadempimento di una di tali obbligazioni, tenendo conto dell'economia complessiva dello specifico contratto e alla luce del criterio interpretativo ed esecutivo della buona fede, può legittimare il rifiuto della controprestazione.

Il nesso di corrispettività involge le prestazioni accessorie in quanto la violazione di quest'ultime incida sull'equilibrio complessivo del contratto o intacchi, in modo particolare, interessi essenziali della parte non inadempiente [69].

È oggetto di analisi in dottrina se la violazione di obblighi precontrattuali possano condurre all'adozione del rimedio risolutorio [70].

Si ritiene peraltro che le obbligazioni accessorie che possano integrare la corrispettività, imprescindibile presupposto dell'applicabilità del rimedio di cui all'articolo 1460 c.c., siano non solo le obbligazioni immediatamente accessorie a quella principale [71] o quella risarcitoria, sostitutiva, per equivalente di quella lesa [72], ma anche gli obblighi di

---

parte all'acquisto. Detti doveri ed obblighi impongono che l'imprenditore, anzitutto, si preoccupi dell'esatta specificazione delle caratteristiche del bene compravenduto al momento della conclusione del contratto, rispondendo anche della negligenza dei propri agenti al riguardo, ed, in secondo luogo, che, nel caso la necessaria specificazione fosse stata omessa, ne faccia richiesta all'acquirente prima di provvedere alla propria prestazione, astenendosi dal consegnare beni di una specie qualunque fra quelli appartenenti al *genus* prodotto o commerciato, diversamente rendendosi inadempiente alle indicate obbligazioni accessorie, che si pongono come precondizioni dell'obbligazione principale, e già solo per questo legittimando l'eccezione ex articolo 1460 c.c.". Nella giurisprudenza di merito, Trib. Roma 15 febbraio 2000, in *Giur. romana,* 2000, 253, "L'eccezione di inadempimento, ex art. 1460 c.c., può essere sollevata non soltanto a fronte dell'inadempimento dell'obbligazione principale dedotta in contratto, ma anche dinanzi all'inadempimento di obbligazioni accessorie".

[69] Nel caso deciso da Cass. civ. 18 marzo 1999, n. 2474, in *Mass. Giur. It.,* 1999, una società acquirente di apparecchi telefonici forniti dall'allora Sip, da installare su autovetture, su cui effettuare il collaudo e la connessione di rete, aveva violato quest'obbligo creando una valigetta dove riporli trasformandoli così in portatili e inducendo la Sip a sospendere la fornitura, sospensione che la Suprema Corte ha ritenuto legittima poiché il principio di cui all'art. 1460 c.c. "...ben può trovare applicazione anche nel caso d'inadempimento a clausole particolari del contratto o ad obbligazioni accessorie, ove le une o le altre siano da considerare essenziali nell'economia complessiva del rapporto e tali, comunque, per cui la loro violazione comporti un pregiudizio rilevante per la parte in favore della quale dovevano operare e, per altro verso, incida negativamente sul rapporto fiduciario inter partes inducendo in quella lesa il ragionevole dubbio della probabile iterazione del comportamento illecito della controparte, per il che deve ritenersi che il principio stesso, alle considerate condizioni, possa trovare applicazione non solo nell'ipotesi d'integrale inadempimento dell'obbligazione principale ma anche nelle ipotesi di non rite adimpleti contractus". v. anche Trib. Monza, 9 gennaio 1997, in *Giust. Civ.,* 1997, I, 1401, con nota di CODINI.

[70] Solo alcuni autori hanno investigato approfonditamente la possibilità di ottenere la risoluzione del contratto per l'inadempimento di obblighi precontrattuali (da cui discende la stessa possibilità di ogni altro rimedio connesso, inclusi quelli degli articoli 1460 e 1461 c.c.) e tra questi DEL PRATO, *Ai confini della risoluzione per inadempimento*, in *I contratti*, 2013, 653; ID., *Le basi del diritto civile*, 2020, Torino, 168; Id., *Corrispettività senza contratto e rimedio risolutorio*, in Obbl. e contr., 2002, 405.

[71] REALMONTE, *op.cit.*, p. 224 ss.

[72] GRASSO, *op. cit.*, p. 122.



protezione benché aventi fonte diversa dal contratto [73]. In questo senso pare si esprima non solo la giurisprudenza lavoristica di legittimità e di merito [74] ma anche quella più prettamente civilistica [75].

Sotto altro profilo è stato oggetto di divergenti opinioni se la corrispettività di cui all'art. 1460 c.c., possa invocarsi anche nell'ipotesi di reciprocità di obblighi restitutori.

Ci si riferisce, in questo specifico caso, a quegli obblighi che sorgano dalla declaratoria di invalidità o di inefficacia di un contratto a prestazioni corrispettive.

In *subiecta materia* è noto si confrontino due teorie contrapposte, la prima propendendo per l'indipendenza di ciascuna obbligazione restitutoria con l'effetto che l'impossibilità di restituzione di una delle prestazioni non avrebbe conseguenze sulle altre – contrapposte e reciproche – e la contraria posizione dogmatica sostenendo che le dette obbligazioni sarebbero invero interdipendenti così che ciascuna parte non sarebbe tenuta a restituire la prestazione ricevuta se non nella misura in cui anche l'altra parte faccia o offra di fare altrettanto [76].

---

[73] VECCHI, *op. cit.* pp. 396-397.

[74] Si vedano le decisioni citate in massima da VECCHI, *op. cit.*, p. 397 (nota 64) in materia di demansionamento e trasferimento di sede.

[75] Cass. civ. 16 gennaio 1997, n. 387, in *Mass. Giur. It.,* 1997: "Il principio che sorregge l'eccezione inadimpleti contractus, e che trova la sua consacrazione nella formulazione dell'articolo 1460 c.c., trae fondamento dal nesso di interdipendenza che nei contratti a prestazioni corrispettive lega le opposte obbligazioni e prestazioni nell'ambito di un rapporto sinallagmatico il cui contenuto, indipendentemente da esplicite previsioni negoziali, è – secondo il principio interpretativo-integrativo correlato all'obbligo di correttezza delle parti (art. 1175 c.c.) – esteso alle cosiddette obbligazioni collaterali di protezione, di collaborazione, di informazione etc. Ne consegue che, in sede di valutazione comparativa delle condotte delle parti di un contratto di appalto, il giudice non può avere riguardo alle sole obbligazioni principali dedotte in contratto (e cioè, il pagamento del compenso, per il committente ed i compimento dell'opera, per l'appaltatore), ma anche quelle cosiddette "collaterali" di collaborazione, privilegiandone l'apprezzamento quando il loro inadempimento da parte dell'obbligato abbia dato causa a quello del creditore.".

[76] La questione ha sempre suscitato un fortissimo interesse della dottrina a causa dell'intreccio – mai compiutamente risolto nel nostro codice civile – delle discipline della patologia del contratto, dell'indebito e dei rimedi. Particolare rilievo ha in questo campo il noto volume di DI MAJO, *La tutela civile dei diritti*, III ed., Milano, 2001 e più di recente, Id., *Il regime delle restituzioni contrattuali nel diritto comparato ed europeo*, in MAZZAMUTO (a cura di) *Il contratto e le tutele. Prospettive di diritto europeo*. Torino, 2002, p. 423 ss. ma v. anche, MAFFEIS, *Responsabilità medica e restituzione del compenso: precisazioni in tema di restituzioni contrattuali*, in *Il caso.it*, Sezione II – Dottrina, opinioni e interventi, documento n. 29/2005 (commento alla sentenza del Trib. civ. di Roma del primo luglio 2004). Secondo le parole di DI MAJO (*Il regime delle restituzioni contrattuali nel diritto comparato ed europeo*, in MAZZAMUTO (a cura di) *Il contratto e le tutele. Prospettive di diritto europeo*. Torino, 2002, p. 436): "...le maggiori aporie sono sul terreno dei rapporti contrattuali che nascono sinallagmatici e che poi, dissolto il contratto, diventano per incanto unilaterali perché, in tema di indebito, l'originario sinallagma è destinato a scomparire".



I primi [77] sottolineano come, in maggiore aderenza alla coerenza dogmatica imposta dalla disciplina in materia di indebito, non esista un rapporto sinallagmatico a tenere insieme i due indebiti isolatamente considerati. A supporto di quest'ultimo orientamento vi è parte della stessa giurisprudenza [78].

Le molteplici costruzioni contrarie, dalla cosiddetta "*Saldotheorie*" di matrice tedesca, secondo cui il debitore di una restituzione deve conteggiare l'eventuale impossibilità o mancata restituzione dell'altra [79], alla teoria che fa leva sul pagamento dell'indebito come atto negoziale [80] ed altre più risalenti che pongono le controprestazioni in rapporto di reciproco condizionamento [81], muovono tutte dall'esigenze di conservare l'equilibrio dell'originario contratto anche in sede restitutoria per evitare conseguenze stridenti con il senso comune che premierebbero il soggetto più spregiudicato.

Alcuni autori non esitano, quindi, ad affermare l'opponibilità dell'eccezione di inadempimento, anche in sede restitutoria, non foss'altro che per il "perfetto parallelismo esistente tra gli effetti obbligatori" nascenti dal contratto e dal suo scioglimento negoziale o giudiziale [82].

La giurisprudenza talvolta si preoccupa dei possibili e paradossali esiti di una troppo rigorosa applicazione dell'atomismo in tema di obbligazioni restitutorie da indebito e ritiene ammissibile invocare l'*exceptio inadimpleti contractus* in caso di inadempimento di tali obblighi restitutori [83].

---

[77] MAFFEIS, *op.cit.*, p. 9, secondo cui nel nostro ordinamento "...*non vige* la regola della sinallagmaticità delle obbligazioni restitutorie".

[78] Cass. civ., 7 marzo 2008, n. 6197, in *Mass. Giur. It,* 2008; Cass. civ. 11 novembre 1992, n. 121121, in *Foro it., Rep.* 1992, voce "Indebito", n. 11 ("poiché il mezzo di autotutela, predisposto mediante l'eccezione di inadempimento di cui all'art. 1460 c.c., è applicabile ai contratti con prestazioni corrispettive e (...) non ai casi diversi ed analoghi, esso non può essere invocato nella fattispecie, in cui le obbligazioni delle parti discendono dal principio dell'indebito oggettivo, generalmente posto dall'articolo 2033". Cass. civ. 28 ottobre 1991, n. 11469, in *Foro. it. Rep.* 1991, voce "Contratto in genere", n. 394.

[79] Compiutamente descritta da DI MAJO, *La tutela civile dei diritti, op. cit.* in particolare, pp. 354 – 355. Più precisamente, tale teoria, nata sul piano delle restituzioni da indebito arricchimento suggerisce di dedurre dal proprio arricchimento, quello conseguito dalla controparte.

[80] RESCIGNO, voce *Ripetizione dell'indebito,* in *Noviss. dig. it.,* Torino, 1957, p. 1235.

[81] LUZZATTO, *Le obbligazioni nel diritto italiano,* Torino, 1950, pp. 176-177.

[82] REALMONTE, *op. cit.*, p. 227, per il quale l'unico limite della corrispettività tra obbligazioni restitutorie, per lo stesso parallelismo invocato, è il fatto che il contratto sciolto da cui gli obblighi restitutori traggono origine, fosse privo della irrinunciabile caratteristica della corrispettività o interdipendenza.

[83] Cass. civ. 23 aprile 1980, n. 2678, in *Banca borsa,* 1981, II, p. 145. Si segnala per esplicita adesione alla cosiddetta "*Saldotheorie*", Trib. Roma, 1 luglio 2004, in allegato a MAFFEIS, *Responsabilità medica e restituzione del compenso: precisazioni in tema di restituzioni contrattuali*, in *Il caso.it*, Sezione II – Dot-



Frequentemente l'eccezione di inadempimento *ex* art. 1460 c.c. è accolta in sede di risoluzione del rapporto di locazione di un immobile ad uso non abitativo quando una delle parti non adempia al proprio obbligo, si tratti del rilascio dell'immobile o del pagamento dell'indennità di avviamento [84]. Tuttavia, ci pare sarebbe forzoso in questo caso voler sostenere che le decisioni in tal senso possano comprovare il riconoscimento dell'operatività dell'eccezione di inadempimento in materia di obblighi restitutori se non altro perché, come la medesima Suprema Corte ha avuto modo di affermare [85], "il condizionamento dell'esecuzione del provvedimento di rilascio all'avvenuto pagamento dell'indennità, disposto dagli artt. 34 e 69 della l. n. 392/1978, non trova fondamento nell'attribuzione al conduttore di un "diritto di ritenzione", ma nell'instaurazione ex lege di una relazione di interdipendenza tra l'obbligazione del conduttore di restituire la cosa locata e l'obbligazione del locatore di corrispondere l'indennità, prevedendosene la reciproca inesigibilità in difetto di previo o contestuale adempimento della speculare obbligazione della controparte, mediante eccezione riconducibile nell'ambito della previsione dell'articolo 1460 c.c...".

Per contro. nella prospettiva rimediale [86] che è tendenza degli ordinamenti europei e del processo di costruzione di una regolamentazione generale paneuropea (ed oltre) dei contratti, è d'obbligo segnalare la preferenza di un modello che avvicina il regime restitutorio da indebito al rovescio simmetrico della disciplina del contratto cosicché, in ultima analisi, gli strumenti di tutela e le difese esperibili nella seconda siano parallelamente adoperati nel primo. Per usare le parole di un'autorevole dottrina [87], un modello che ten-

---

trina, opinioni e interventi, documento n. 29/2005 (commento alla sentenza del Trib. civ. di Roma del primo luglio 2004) e fortemente criticata da quest'ultimo sia per il recepimento della "*Saldotheorie*" sia per "un uso assai poco ragionato della comparazione giuridica".

[84] Si veda per tutte Cass. civ. 17 gennaio 2001, n. 580, in *Corriere Giur.,* 2001, 3, 307.

[85] Cass. civ. 22 gennaio 1999, n. 587, in *Foro. It.,* 1999, I, 1209.

[86] Una sintetica ma esaustiva rappresentazione della prospettiva rimediale (di matrice anglosassone e opposta a quella tradizionale di *civil law* imperniata sul diritto soggettivo), dei vantaggi della medesima e dell'avvicinamento progressivo dei sistemi continentali al modello anglosassone in funzione di una più ampia e generale convergenza degli ordinamenti verso un modello unificante di disciplina contrattuale è in CARINGELLA-BUFFONI, *Manuale di diritto civile,* Roma, 2009, pp. 279-294. Una profonda e coltivata meditazione sull'influenza del metodo e della circolazione delle idee della letteratura giuridica nella sua dimensione storica e geografica, con riferimento più particolare al diritto civile, si rinviene nello splendido testo di ALPA, *La cultura delle regole – Storia del diritto civile italiano,* Bari, 2009. Per una efficace rappresentazione dell'influenza della tradizione giuridica sull'ermeneutica dei giuristi, v. BUSSANI, *Il diritto nell'occidente. Geopolitica delle regole globali,* Torino, 2010, p. 9 ss.

[87] DI MAJO, *Il regime etc., cit.* p. 442, cui si rinvia più in generale per un'analisi del panorama internazionale e comparatistico.



ga conto che: "...quegli stessi principi contrattuali destinati a governare l'esecuzione del contratto si prendano anche la cura di governarne *lo scioglimento e gli effetti*...".

4. – b) La delimitazione dell'*incipit* di cui al primo comma dell'art. 1460 c.c. ("nei contratti con prestazioni corrispettive...") genera incertezze anche in ordine a talune figure contrattuali di più difficile e complesso inquadramento in cui, pur essendovi uno scambio, pare di ardua individuazione un vero e proprio vincolo sinallagmatico.

È normalmente escluso in giurisprudenza che tra questi contratti, cui il rimedio qui analizzato si applicherebbe, possa essere ricompreso il contratto plurilaterale con comunione di scopo [88] nella misura in cui tra il socio e la società intercorra il solo rapporto associativo mentre più articolata è la natura dei rapporti tra socio e società nelle società cooperative, ad esempio nelle cooperative edilizie in cui uno specifico rapporto di scambio tra socio e cooperativa, cui è applicabile la natura di contratto a prestazione corrispettiva, può affiancarsi a quello sociale [89] ovvero ancora può ad esso sostituirsi quando i so-

[88] Cass. civ., 4 maggio 1993, n. 5180 in *Mass. Giur. It.,* 1993: "L'eccezione di inadempimento (art. 1460 c.c.) è proponibile solo in relazione ai contratti con prestazioni corrispettive, in quanto è preordinata alla tutela degli interessi contrapposti delle parti, e non è, quindi, configurabile in ordine al contratto di società, nel quale non vi sono interessi contrapposti tra il socio e l'ente sociale e questo, in caso di morosità del primo nell'adempimento dei propri obblighi, ha solo l'alternativa di pretendere l'adempimento o di sciogliere il vincolo sociale, limitatamente al socio inadempiente, con l'esclusione dello stesso".

[89] Nel caso delle cooperative edilizie Cass. civ. 7 marzo 2008, n. 6197, in *Mass. Giur. It,* 2008,: "Nelle cooperative edilizie aventi come scopo la costruzione di alloggi e l'assegnazione degli stessi in godimento e, successivamente, in proprietà individuale ai soci, le anticipazioni e gli esborsi effettuati dal socio non a titolo di conferimento od in conseguenza dell'obbligo inerente alla partecipazione alle spese comuni di organizzazione e di amministrazione, ma per il conseguimento dei singoli beni o servizi prodotti dalla cooperativa, pongono il socio nella posizione di creditore verso la cooperativa, posizione che – una volta avvenuto lo scioglimento del rapporto sociale – si manifesta come diritto alla restituzione delle somme anticipate (sempre che la proprietà dell'alloggio non sia stata nel frattempo conseguita e lo scopo sociale non sia stato raggiunto); al diritto di credito al rimborso, tuttavia, non corrisponde un diritto di ritenzione dell'alloggio, né in relazione a ciò è possibile avvalersi dell'*exceptio inadimplenti non est adimplendum"* di cui all'art. 1460 c.c., poiché gli obblighi di riconsegna e di restituzione delle somme non sono configurabili come prestazioni reciproche di un sinallagma contrattuale, ma soltanto come un effetto del venir meno del rapporto sociale tra il socio receduto od escluso e la cooperativa". Conforme, Cass. civ. 10 luglio 2009, n. 16304 in *Contratti,* 3, 2010, p. 232 con nota di ANGIULI ma v. in senso che appare difforme, Cass. civ. 18 gennaio 2001, n. 694, in *Società,* 2001, n. 8, con nota di PAOLUCCI, *Mutualità e scambio mutualistico nelle cooperative,* p. 945: "Il principio secondo il quale i rimedi generali dettati in tema di inadempimento contrattuale (risoluzione del contratto, *exceptio inadimpleti contractus,* ecc.), non sono utilizzabili nel diverso ambito dei contratti societari (per essere questi ultimi caratterizzati non già dalla corrispettività delle prestazioni dei soci, bensì dalla comunione di scopo, sì che i rimedi invocabili sono quelli del recesso e dell'esclusione del socio) non si applica alle società cooperative, nelle quali il rapporto (ulteriore rispetto a quello relativo alla



ci abbiano definitivamente sciolto il loro vincolo sociale [90]. La dottrina si mostra più aperta alla possibilità di impiegare il rimedio come strumento alternativo e meno radicale del recesso o dell'esclusione [91].

È affermazione diffusa in giurisprudenza che l'eccezione di inadempimento non trovi applicazione ai contratti associativi agrari (colonia, mezzadria) [92].

Il difetto di corrispettività è considerato ostativo anche all'esperibilità del rimedio di cui all'art. 1460 c.c. da parte dei condomini nell'ambito di un rapporto di condominio [93]

---

partecipazione all'organizzazione della vita sociale) attinente al conseguimento dei servizi o dei beni prodotti dalla società, è caratterizzato dalla contrapposizione tra quelle prestazioni e il prezzo corrispettivo. In particolare, con riguardo alle cooperative edilizie, un tale rapporto economico-giuridico, distinto da quello sociale, instaurandosi (tra socio prenotatario e società) nella fase della successiva attribuzione dell'unità immobiliare costruita, caratterizza tale attribuzione come vero e proprio atto traslativo della proprietà a titolo oneroso, sicché riprendono vigore i rimedi generali volti a mantenere, o ristabilire, l'equilibrio sinallagmatico fra le prestazioni.".

[90] Cass. civ. 4 dicembre 1995, n. 12487, in *Giur. it.*, 1996, I, 1, 722, "Una volta verificatasi una causa di scioglimento *ex* art. 2272 c.c. di una società di persone costituita tra due soci, qualora uno dei soci della società ormai disciolta proponga nei confronti dell'altro domanda di adempimento relativamente ad un'obbligazione avente la sua fonte nel contratto costitutivo, non è impedita la proponibilità dell'eccezione di inadempimento ex articolo 1460 c.c., da parte del socio convenuto, secondo i principi contrattuali generali, in quanto le obbligazioni corrispettive facenti capo ai due soci non devono essere considerate e valutate nell'ambito di un rapporto societario o della vita di una società ormai disciolta, e sulla quale non possono più incidere in alcun modo". V. anche Cass. civ. 12 dicembre 2014, n. 26222, in *Pluris*. Cass. civ. 18 gennaio 2001, n. 694, in *Diritto societario*, 2001, 945, con nota di PAOLUCCI.

[91] BIANCA, *op. ult. cit.*, p. 331.

[92] Cass. civ., 4 ottobre 1986, n. 5897, in *Giur. Agr. It.,* 1987, p. 38, con nota di DANZA, "Ai contratti associativi agrari non è applicabile il principio inadimplenti non est adimplendum stabilito dall'art. 1460 c.c. in ordine ai contratti con prestazioni corrispettive". Analogamente Cass. civ. 11 ottobre 1985, in *Mass. Giust. Civ.,* 1985, n. 4951, che BIGLIAZZI GERI (*op. cit.*, nota 1, p. 8) definisce "singolarmente restrittiva". App. Genova, Sez. agraria, 31 maggio 2007, in *DeJure*, in tema di affitto agrario, negando nel caso concreto la corrispettività tra l'obbligo del concedente di effettuare le riparazioni straordinarie e quello dell'affittuario di pagare il canone, ammette implicitamente la proponibilità dell'exceptio nel contratto di affitto agrario, mancando questa figura tipica contrattuale di un profilo associativo altrove, in campo di contratti agrari, rinvenibile. ROSSETTI, *op. cit.*, ritiene al contrario che la negazione della corrispettività tra i due obblighi da parte della giurisprudenza (obbligo di riparazioni straordinarie a carico del concedente e obbligo di pagamento del canone a carico dell'affittuario) debba interpretarsi come inapplicabilità del rimedio dell'eccezione di inadempimento, in via generale, al contratto di affitto agrario.

[93] Cass. civ., Sez. Unite, 26 novembre 1996, n. 10492 in *Giur. It.,* 1997, I, 1, 1544, con nota di GUERRA: "L'obbligo di corrispondere gli oneri condominiali non scaturisce da un rapporto sinallagmatico di natura contrattuale, bensì dalla partecipazione necessaria alla proprietà comune degli impianti. Consegue che il rimedio di cui all'art. 1460 c.c., riguardante il campo dei contratti a prestazioni corrispettive, non può ritenersi applicabile ai rapporti fra condominio e condomini (Nella specie, la Suprema Corte ha ritenuto che la mancata o insufficiente erogazione del servizio relativo al riscaldamento centralizzato, non giustifichi il rifiuto del pagamento degli oneri ad esso relativi)". nella giurisprudenza di merito, v. Trib. Genova, 28 maggio 2007, in *DeJure*, e Trib. Monza, 15 marzo 2000, in *Giur. milanese,* 2000, 309.



poiché, l'obbligo di corrispondere gli oneri condominiali è funzione del diritto di comproprietà (art. 1123, comma 1, c.c.) ossia della necessaria condivisione degli oneri che ineriscono alla gestione e conservazione della comune proprietà e non un elemento del rapporto dialettico inerente al contratto sinallagmatico.

Similmente, nei rapporti di natura reale come tra soggetti, ad esempio, proprietari di suoli confinanti, la Corte di Cassazione ha affermato che: "Il principio 'inadimplenti non est adimplendum' (art. 1460 c.c.) non è applicabile ai rapporti tra proprietari confinanti poiché tali rapporti hanno natura reale, sono indipendenti l'uno dall'altro ed attribuiscono a ciascuno di essi il reciproco diritto di pretendere l'osservanza delle distanze legali".

Tuttavia, le ricordate affermazioni della giurisprudenza non possono indurre ad escludere senz'altro la possibilità di avvalersi dell'eccezione di inadempimento per il solo motivo che fonte del rapporto biunivoco, reciproco e corrispettivo non sia un contratto [94].

La Corte di Cassazione [95] ha inevitabilmente escluso corrispettività ad un accordo di separazione consensuale, omologato dal Tribunale di Milano, con il quale il padre donava alla figlia, quale *datio in solutum*, per il proprio obbligo di mantenimento nei confronti di questa, una propria casa ritenendo di aver diritto, quale "controprestazione", acché la moglie consentisse visite o incontri con la figlia. In realtà entrambi gli obblighi, paterno e materno, trovano fonte nella legge e non sono tra di essi in rapporto di corrispettività, nemmeno in forza dell'omologato accordo di separazione, sicché la violazione del-

[94] In questo senso, ROSSETTI, *op. ult. cit.* p. 317, dove viene citata la decisione di Cass. civ., 6 agosto 1983, n. 5276, in *Foro. it.,* 1983, *Rep.*, voce "Servitù", 56, nella parte in cui afferma che: "...nella servitù di derivazione e presa d'acqua in cui il proprietario del fondo servente si sia obbligato a sollevare l'acqua dal sottosuolo a norma dell'art. 1030 c.c. l'eventuale inadempimento della prestazione accessoria non incide sul rapporto costitutivo della servitù, atteso che l'utilità consiste nell'assicurare al fondo dominante la disponibilità di una determinata quantità d'acqua a scopo irrigatorio, e le opere occorrenti per l'eduzione dell'acqua dal fondo servente hanno una funzione meramente strumentale rispetto a tale utilità, costituendo solo prestazioni accessorie della servitù, con la conseguenza che ove il proprietario del fondo dominante non paghi il corrispettivo delle correlative spese, il concedente può opporre l'*exceptio inadimplenti non est adimplendum,* senza che tale inadempimento importi la risoluzione del contratto costitutivo della servitù, non facendo venire meno il vantaggio di presa d'acqua obiettivo e durevole che con il titolo si è inteso attribuire al fondo dominante". In verità, la citazione riportata da Rossetti menziona l'esistenza di un contratto costitutivo della servitù e fa, dunque, applicazione diretta dell'articolo 1460 c.c. che, non ricorrendo un contratto come fonte, dovrebbe invece applicarsi in via analogica o estensiva. Nel senso dell'applicazione estensiva dell'articolo 1460 c.c. a rapporti reciproci che non abbiano fonte contrattuale si pronuncia REALMONTE, *op. cit.*, p. 227.

[95] Cass. civ., 17 giugno 2004, n. 11342, in *Giust. civ.,* 2005, I, p. 415.



l'uno o dell'altro non può trovare tutela nei rimedi contrattuali di cui all'articolo 1453 e 1460 c.c. [96].

In materia di rapporti tra società ed amministratori, la fonte legale del rapporto [97] di natura societaria e quindi di immedesimazione organica non sembra assumere effetto preclusivo all'utilizzo dell'*exceptio* [98]. È anche vero che la posizione sottesa alla decisione delle Sezioni Unite n. 1545/2017 risente dell'angolazione prospettica di un confronto con il rapporto di lavoro subordinato ai fini specifici di quella decisione e che il rapporto di immedesimazione organica, di per sé, non esclude l'alterità e la contrapposizione astratta dell'amministratore rispetto alla società, come esplicitato nello specifico regime di responsabilità dell'amministratore di società che poggia su una fitta rete di obblighi, taluni generali ed altri puntuali.

Se non è premessa indefettibile della proponibilità dell'eccezione l'esistenza di una fonte contrattuale, dovrebbe dunque ammettersi che l'art. 1460 c.c. sia invocabile in caso di gestione di affari altrui [99].

Quanto, invece, alle cosiddette obbligazioni *propter rem,* si è già visto che la commistione di elementi di realità e personalità rende difficile una risposta affermativa e definitiva (da un lato, si nega che i rapporti condominiali possano ricadere nell'area di operati-

---

[96] La sentenza, *inter alia,* così afferma: "La stessa normativa in materia di separazione dei coniugi non consente di ravvisare, in un accordo solutorio del tipo di specie sul mantenimento della prole, parte essenziale del più ampio accordo di separazione tra coniugi, omologato dal giudice, quel rapporto di sinallagmaticità tra le prestazioni delle parti, che è fondamento della risolubilità od ineseguibilità del contratto per inadempimento, secondo le previsioni degli artt. 1453 e 1460 c.c. Ed invero, nient'affatto compatibile col vincolo di corrispettività tra prestazioni è la previsione che all'interesse esclusivo della prole, non ad altro, debba farsi riferimento sia nell'adozione dei connessi provvedimenti di separazione giudiziale (art. 155, co. primo, c.c.) e sia nel provvedimento di omologazione della separazione consensuale (art. 158, comma secondo, c.c.) ...".

[97] Cass. civ. Sez. Unite. 20 gennaio 2017, n. 1545 in *One Legale* nell'esaminare *funditus* la questione della pignorabilità dell'emolumento dell'amministratore di società, esclude il carattere di remunerazione proprio del lavoro dipendente poiché: "L'amministratore unico o il consigliere d'amministrazione di una società per azioni sono legati da un rapporto di tipo societario che, in considerazione dell'immedesimazione organica che si verifica tra persona fisica ed ente e dell'assenza del requisito della coordinazione, non è compreso in quelli previsti dall'art. 409 c.p.c., n. 3. Ne deriva che í compensi spettanti ai predetti soggetti per le funzioni svolte in ambito societario sono pignorabili senza í limiti previsti dall'art. 545 c.p.c., comma 4.".

[98] Trib. Milano, sez. imprese (B), 29 novembre 2018 in *Le società,* 12, 2019, con nota di BREGGIA, *Eccezione di inadempimento tra società e amministratore*, cit., p. 1385 ss.

[99] REALMONTE, *loc. ult. cit.* (nota 21). Al gestore spettano infatti, ai sensi dell'articolo 2031 c.c., il rimborso delle spese necessarie o utili con gli interessi dal giorno in cui sono state sostenute, oltre all'eventuale obbligo di corresponsione di indennizzi.



vità dell'eccezione qui esaminata [100], dall'altro si ammette che possano esservi inclusi i rapporti contrattuali che danno origine ad una servitù) benché, tuttavia, dato l'orientamento giurisprudenziale attuale che li considera un *numerus clausus,* il problema assuma limitato rilievo.

Diffusa è la giurisprudenza che ammette l'esercizio dell'eccezione d'inadempimento in sede di stipula del contratto definitivo quando vi sia stato inadempimento del contratto preliminare, specie in presenza di vizi o mancanza di qualità essenziali della cosa compravenduta. Diversi sono specialmente i casi in cui è stata ritenuta legittima la sollevazione dell'eccezione di inadempimento per la mancanza di abitabilità di un immobile o l'esistenza di trascrizioni o iscrizioni pregiudizievoli [101] sul bene compravenduto o sul bene costruito, in caso di appalto [102].

La giurisprudenza nega, invece, che l'eccezione d'inadempimento possa trovare applicazione in sede di esecuzione forzata: "La tutela di cui all'art. 1460 c.c., la quale consente di mantenere in vita il contratto e tuttavia nel sospendere l'adempimento quando ciò sia giustificato dall'inadempimento altrui, non è estendibile alla vendita forzata. Pertanto, non è valutabile la sussistenza degli estremi dell'art. 1460 c.c. (o eventualmente degli artt. 1481 e 1482 c.c.) al fine di escludere la decadenza dell'aggiudicatario e la confisca della cauzione o al solo fine di escludere quest'ultima nell'ipotesi in cui l'aggiudicatario non versi il prezzo nel termine adducendo la sussistenza di una situazione che comporta l'applicabilità delle norme sopraindicate" [103].

Discussa è la possibilità di invocare l'eccezione d'inadempimento nelle obbligazioni negative ossia di sospendere l'obbligo negativo violandolo. Il dubbio è originato dal fatto che la violazione dell'obbligo negativo è, per sua natura, irrimediabile e quindi incompatibile con la funzione dilatoria dell'eccezione d'inadempimento [104]. Più correttamente e prudentemente, altri autori [105] hanno segnalato che non sempre alla violazione di

---

[100] Con riferimento all'obbligo di pagamento degli oneri condominiali ex articolo 1123 c.c. (per cui v. *supra* nota 93).

[101] Cass. civ. 18 settembre 2003, n. 13767, in *Giur. Bollettino legisl. tecnica,* 2004, 253; Cass. civ. 25 febbraio 2002, in *Mass. Giur. It.,* 2002; Cass. civ. 8 marzo 2001, in *Danno e resp.,* 2001, 7, 758 e *Mass. Giur. It.,* 2001, che ammette l'esperimento dell'eccezione di inadempimento in presenza di vizi della cosa venduta. Cass. civ. 3 luglio 2000, n. 8880, in *Mass. Giur. It.,* 2000.

[102] Trib. Brescia, 1 dicembre 2003, in *Mass. Trib. Brescia,* 2004, 16.

[103] Cass. civ., 19 giugno 1995, n. 6940, in *Fall.*, 1996, 1, 58.

[104] ZANA, *La regola della buona fede nell'eccezione d'inadempimento,* in *Riv. trim. dir. e proc. civ.,* 1972, p. 1388.

[105] REALMONTE, *op. cit.*, p. 232; BIGLIAZZI GERI, *op. cit.*, pp. 43-44.



obbligazioni negative consegua l'effetto di vanificare l'interesse del creditore leso. Vi è differenza tra la violazione di un obbligo di non alienare che, una volta violato, non può essere rimediato e violazione di un obbligo di non concorrenza che, seppure temporaneamente violato, può essere per il futuro ancora interesse del creditore che non venga disatteso.

5. – c) La proposizione del rimedio di cui all'articolo 1460 c.c. presuppone un inadempimento [106] che è fatto costitutivo del diritto potestativo del creditore della prestazione – in rapporto di corrispettività con quella non eseguita – di rifiutare il proprio adempimento quando richiesto [107].

È considerato sufficiente ai fini dell'opponibilità dell'eccezione di inadempimento, salvo, in ogni caso, il controllo di buona fede, un qualsiasi inadempimento, totale o parziale, un adempimento inesatto o un ritardo nell'adempimento ed anche un inadempimento non imputabile [108] per il quale il contraente rispettoso, la controparte non soddisfatta, qualunque sia il motivo della mancata ricezione della prestazione, non può dover comunque diminuire il proprio patrimonio in presenza di un'alterazione obiettiva dell'equilibrio contrattuale.

Anche in giurisprudenza, l'opinione avversa, secondo cui l'inadempimento che legittima la proposizione dell'eccezione deve essere imputabile, è ormai da considerarsi superata.

Infatti, intuitive considerazioni di ordine equitativo hanno agevolmente prevalso su rigorose considerazioni sistematiche o su tradizionali interpretazioni dottrinali come in Cass. civ., 19 ottobre 2007, in *Mass. Giur. It.,* 2007: "L'esercizio dell'eccezione di inadempimento *ex* art. 1460 c.c. che trova applicazione anche in riferimento ai contratti ad

---

[106] Cass. civ. 13 aprile 2010, *cit.*:"La domanda di adempimento in forma specifica dell'obbligo di concludere un contratto avente ad oggetto una cosa determinata può essere respinta solo in caso di inadempimento della parte istante e non anche quando la stessa a termini dell'articolo 1460 c.c., si sia rifiutata (in precedenza) di addivenire alla conclusione del contratto eccependo l'inadempimento della parte promittente venditrice, come nel caso di avvenuta iscrizione, da parte del promittente venditore, di ipoteca sull'immobile in violazione dell'obbligo di trasmettere la proprietà libera da garanzie reali".

[107] BIGLIAZZI GERI, *op. cit.*, p. 17.

[108] BIGLIAZZI GERI, *op. cit.*, p. 19, che lo definisce più correttamente "mancato adempimento". Per l'irrilevanza dell'imputabilità anche REALMONTE, *op. cit.*, p. 227 e SACCO, *op. cit.*, p. 646, che efficacemente stigmatizza l'implausibile soluzione opposta: "A noi pare assurdo, peraltro, che un conduttore sia obbligato a pagare il canone ad un locatore che, sia pure senza colpa, non gli ha dato l'appartamento". L'opinione contraria appare oramai recessiva e legata alla concezione sanzionatoria dell'eccezione.



esecuzione continuata o periodica, nonché in presenza di contratti collegati, prescinde dalla responsabilità della controparte, in quanto è meritevole di tutela l'interesse della parte a non eseguire la propria prestazione in assenza della controprestazione e ciò per evitare di trovarsi in una situazione di diseguaglianza rispetto alla controparte medesima, sicché, detta eccezione può essere fatta valere anche nel caso in cui il mancato adempimento dipende dalla sopravvenuta relativa impossibilità della prestazione per causa non imputabile al debitore". Nel caso specifico, esaminato dalla Suprema Corte nella sentenza appena citata, il sequestro penale di un deposito aveva temporaneamente impedito (fino alla revoca del medesimo, intervenuta successivamente) una promessa fornitura di carbone, legittimando il soggetto tenuto al pagamento a sospenderne l'effettuazione.

In proposito si segnala anche il costante orientamento della giurisprudenza che ritiene opponibile l'eccezione d'inadempimento in sede di stipula di un contratto definitivo di compravendita immobiliare quando il contratto preliminare sia stato violato dal mancato rilascio del certificato di abitabilità, benché tale mancato adempimento non sia affatto dipeso dal promittente venditore bensì da un soggetto del tutto estraneo alla pattuizione, ossia dal Comune [109].

Analogamente in un caso in cui una compagnia aerea aveva sospeso la retribuzione di un dipendente cui la polizia giudiziaria aveva disposto la revoca del tesserino di accesso alla struttura aeroportuale, in forza di una violazione non riconducibile a istruzioni o direttive del datore di lavoro, ma a un provvedimento dell'autorità, estraneo, *stricto sensu,* alla sfera di volizione delle parti del rapporto [110].

Lo stesso dovrà dirsi di quelle ipotesi in cui la prestazione della controparte dell'eccipiente divenga impossibile per un fatto sopravvenuto come nel caso emblematico della paralisi temporanea degli obblighi contrattuali dovuta alle misure restrittive della libertà personale ovvero alla chiusura forzosa di determinate attività cagionate dalla pandemia da Coronavirus. In proposito, rileva la formula piuttosto vaga ed ambigua dell'art. 3, comma 6 bis, D.L. n. 6/2020 e poi dall'art. 91 del D.L. 17 marzo 2020, n. 18, c.d. "Cura Italia", secondo cui "Il rispetto delle misure di contenimento di cui al presente decreto è sempre valutata [sic!] ai fini dell'esclusione, ai sensi e per gli effetti degli articoli 1218 e 1223 c.c., della responsabilità del debitore, anche relativamente all'applicazione di eventuali decadenze o penali connesse a ritardati o omessi adempimenti". In proposito si è osservato che: "La "moratoria" dell'inadempimento o del ritardo sulla prima tipologia di

[109] Cass. civ. 11 maggio 2009, n. 10820.

[110] Cass. civ., sez. lavoro, 4 luglio 2018, n. 16388, in *OneLegale*.



obbligazioni [ossia obbligazioni ad esecuzione istantanea] mira a posticipare l'attuazione del vincolo alla revoca delle misure che rendono temporaneamente impossibile la prestazione, senza imputare a responsabilità del debitore la ritardata prestazione, con conseguente sospensione della controprestazione in applicazione del principio *inadimplenti non est adimplendum* che, in sede giudiziaria, fonda autotutela attuata mediante l'*exceptio inadimpleti contractus* di cui all'art. 1460 c.c., e che una corrente di pensiero radicata ritiene applicabile anche nel caso di violazione non imputabile del contratto, come, per l'appunto, quella determinata da un'impossibilità non colposa di carattere temporaneo"[111]. Per quel che qui interessa e ai fini limitati di questa ricognizione, tralasciando l'esegesi puntuale della disposizione su cui vi è ampia bibliografia[112], non si può che confermare quanto la presenza di una giustificazione dell'inadempimento non impedisca alla controparte non interessata dall'evento paralizzante dell'adempimento, di avvalersi dell'*exceptio*.

Qualora, alla stregua della valutazione imposta dalla norma ("Il rispetto delle misure di contenimento di cui al presente decreto è sempre valutato…") emergesse non una radicale esclusione della responsabilità del debitore, è chiaro che l'interprete e il giudice, in concreto, dovrà tenerne conto ai fini della gravità della lesione denunciata e della conseguente reazione della controparte interessata all'adempimento sospeso, sempre alla luce del criterio di buona fede di cui si dirà in appresso.

È dunque da condividersi, anche in relazione al quadro normativo emergenziale, quanto considerato di recente da un autore secondo cui legittimamente il creditore può reagire con il rimedio dell'eccezione di inadempimento al mancato adempimento del debitore "immune"[113] poiché: "i) da una parte, l'eccezione di inadempimento può essere attivata anche in reazione a inadempimenti incolpevoli, perché derivanti, ad esempio, da

---

[111] PIRAINO, *La normativa emergenziale in materia di obbligazioni e di contratti*, I Contratti, 4/2020, pp. 485 ss. dove si rinviene un'analisi dettagliata degli effetti delle misure emergenziali sull'equilibrio contrattuale anche in ragione dei tipi sociali o, se si preferisce, settoriali di contratto.

[112] Si rinvia in proposito alla bibliografia presente in PIRAINO, *La normativa emergenziale in materia di obbligazioni e di contratti*, in *I Contratti*, 4/2020, pp. 485 ss.

[113] BENEDETTI, *Stato di emergenza, immunità del debitore e sospensione del contratto,* in *La Nuova Giurisprudenza Civile Commentata*, n. 3, 1 maggio 2020 che definisce "immune" (forse anche in assonanza al dominante linguaggio di impronta sanitaria nel dibattito pubblico) il debitore di cui in forza della legge emergenziale possa scusarsi l'inadempimento alla stregua della valutazione da condursi secondo la disciplina eccezionale dettata per la crisi pandemica. In quest'ottica, dunque, si comprende anche il rilievo secondo cui l'eccezione di inadempimento assolverebbe in questo caso per il creditore non inadempiente a una funzione eminentemente conservativa laddove normalmente, secondo l'autore, il rimedio persegue una funzione di stimolo al conseguimento della controprestazione.



impossibilità sopravvenuta per causa non imputabile al debitore; ii) dall'altra, se si ritenesse diversamente, il creditore finirebbe con l'essere gravato di tutte le conseguenze economiche dello stato emergenziale, dovendo (essere costretto a) eseguire nei confronti di chi si trova nell'impossibilità (fattuale e giuridica) di farlo". La natura temporanea dell'impossibilità o della giustificazione dell'inadempimento, l'incolpevolezza, la finalità conservativa dell'esercizio dell'eccezione condurrebbero a ritenere che il contratto addivenga a una situazione di "quiescenza" o "paralisi".

Il rifiuto dell'adempimento che è contenuto dell'eccezione *ex* art. 1460 c.c. non sarà, invece, giustificato in presenza di un'offerta di adempimento da parte del debitore. L'offerta in discorso è (può ben essere) offerta non formale ai sensi dell'art. 1220 c.c., ed essa è "l'atto mediante il quale il debitore mette a disposizione del creditore per consentirgliene l'apprensione o il godimento" [114]. A differenza dell'offerta formale, gli effetti dell'offerta *ex* art. 1220 c.c., sono meramente conservativi ed atti e preservare il debitore contro eventuali iniziative del creditore per l'inadempimento, inclusa, appunto, l'opposizione dell'eccezione di inadempimento. Per contro la mancanza di un'offerta (formale o meno) non può essere strumentalmente utilizzata a pretesto del proprio inadempimento [115].

In taluni specifici casi l'offerta di adempimento potrà dover rivestire carattere formale in quanto costituisca adempimento di un obbligo contenuto in un contratto preliminare di cui si chieda l'esecuzione in forma specifica [116]. Il contraente, promittente acquirente, inadempiente al versamento della caparra contemplata nel preliminare non potrebbe poi chiedere l'esecuzione in forma specifica del contratto preliminare senza esporsi ad eccezione di inadempimento del promittente alienante. Al contrario un'offerta non formale è considerata sufficiente ai fini dell'art. 2932 c.c. quando la prestazione non sia già esigibile al momento della domanda giudiziale.

---

[114] BIANCA, *Inadempimento delle obbligazioni,* in *Comm. Scialoja-Branca,* Bologna, 1983, p. 219. L'offerta che dovrà essere esatta, seria e tempestiva deve concretamente porre il creditore nelle condizioni di ricevere la prestazione.

[115] È questo il caso, peraltro meglio configurabile come una concreta applicazione del canone correttivo delle buona fede, deciso da Cass. civ., sez. lavoro, 28 dicembre 1991, n. 13977, in *Mass. Giur. It.,* 1991.

[116] Cass. civ. 13 dicembre 2007, in *Mass. Giur. It.,* 2007 e in *Contratti,* 2008, 5, 487. V. anche Cass. civ. 28 ottobre 2004, n. 29867, in *Mass. Giur. It.* 2004. Analogo ragionamento è stato svolto da Trib. Roma, 5 aprile 2000, in *Giur. romana,* 2000, 332. In generale, il secondo comma dell'art. 2932 c.c. e il principio *inadimplenti non est adimplendum*, pur non essendo in rapporto di specie a genere, danno luogo a un necessario ma delicato intreccio e contemperamento, per il cui approfondimento, che qui non ci è concesso, preferiamo rinviare all'analisi puntuale contenuta nel recente articolo di VENTURELLI, *L'ambito di operatività dell'art. 2932, 2° co., c.c.: la "esigibilità" della prestazione,* in *Obbl. e Contr.,* 2011, 01, 40 ss.



Il ritardo nell'adempimento deve comunque ritenersi idoneo a giustificare la reazione dell'altro contraente mediante l'eccezione di inadempimento, pur in assenza di un termine essenziale, se sussista un apprezzabile interesse dell'eccipiente a ricevere in termine ragionevolmente utile i benefici della prestazione, oggetto dell'accordo [117].

È invece unanimemente riconosciuto che un parziale inadempimento possa comunque legittimare la controparte a sollevare l'*exceptio inadimpleti contractus* [118] e il consenso

[117] Cass. civ. 24 febbraio 1982, n. 1182, in *Mass. Giur. It.,* 1982.

[118] Dubbi sull'ampio riconoscimento dell'*exceptio non rite adimpleti contractus* si rinvengono oggi molto limitatamente e larvatamente in dottrina (BRECCIA, *Le obbligazioni,* Milano, 1991 e ROPPO, *Il contratto,* Milano, 2001, p. 986 ss., esplicitamente contrario DALMARTELLO, *op. cit.*, p. 357) Invero, alcune sentenze, in particolare in tema di locazione e di rapporto di lavoro subordinato non hanno segno univoco e, talvolta, accolgono l'eccezione di inadempimento solo quando l'inadempimento della controparte sia totale mancando del tutto l'adempimento della prestazione primaria. In tal senso, Cass. civ. 23 aprile 2004, n. 7772, in *Guida al diritto,* 2004, 28, 61: "Al conduttore di immobile urbano non è consentito astenersi dal versare il corrispettivo o di determinare unilateralmente il canone, nel caso in cui si verifichi una riduzione o diminuzione del godimento del bene, anche quando si assume che tale evento sia ricollegabile a fatto del locatore, e ciò perché la sospensione totale o parziale di detta obbligazione, ai sensi dell'articolo 1460 c.c. è legittima solo quando venga completamente a mancare la prestazione della controparte". In materia di rapporto di lavoro subordinato, si veda Cass. civ., sez. lavoro, 23 dicembre 2003, n. 19689, in *Mass. Giur. It.,* 2003 e *Gius.* 2004, 2232 (ma anche in *Lavoro nella giur.*, 2004, 1169 con nota di DALLACASA), V. anche Cass. civ., sez. lavoro, 1 marzo 2001, n. 2948, in *Riv. It. dir. lav.,* 2002, II, 70, con nota di MARRA e in *Dir. Lav.*, 2002, II, 181, con nota di IACOBONE. Nello stesso senso Cass. civ., sez. lavoro, 9 maggio 2007, n. 10547, in *Riv. It. dir. lav.,* 2008, 3, 597, con nota di RAIMONDI, *Rifiuto di svolgere mansioni inferiori e licenziamento per giusta causa: un revirement nella giurisprudenza della Cassazione?* Le decisioni appena mentovate, in deciso contrasto con l'orientamento giurisprudenziale maggioritario (espresso da Cass. civ., sez. lavoro, 5 gennaio 2007, n. 43, in *www.adapt.it* (Bolletino Adapt) e secondo cui la reazione del dipendente ad un trasferimento di sede illegittimo deve misurarsi alla stregua del canone di buona fede), di legittimità e di merito sembrano fortemente censurabili nella parte in cui negano che l'inadempimento che legittimerebbe la proponibilità dell'eccezione di inadempimento possa essere parziale ma debba essere necessariamente totale. Si oppongono due considerazioni, infatti, che paiono, entrambe decisive; in primo luogo, come meglio e più diffusamente si vedrà nel testo, che il giudizio di buona fede di cui al secondo comma dell'art. 1460 c.c. è il parametro attraverso il quale si può e si deve misurare la legittimità di una eccezione, eventualmente sproporzionata, rispetto ad un inadempimento parziale, com'è costante insegnamento di quell'orientamento dei giudici di legittimità che appunto nel controllo di buona fede vede la conferma dell'applicabilità dell'articolo 1460 c.c. anche ai casi di *exceptio non rite adimpleti contractus* (per questa via le due sentenze si pongono in evidente contrasto con tale orientamento della Suprema Corte); in secondo luogo, le due decisioni restringono il fascio complesso di obblighi riconducibili al datore di lavoro alle sole obbligazioni di remunerazione e previdenziali, omettendo di considerare che costituiscono obbligazioni primarie e non meramente accessorie, anche quelle concernenti il rispetto delle competenze, della professionalità e della dignità del lavoratore che si compendiano nel rispetto delle mansioni attribuitegli. Non sfugge al lettore l'impressione che i giudici abbiano utilizzato uno strumento giuridico e un'interpretazione, per così dire, "soverchiante" per conseguire un risultato di equità sostanziale che sarebbe stato più agevolmente raggiungibile con l'impiego di soluzioni ermeneutiche meno dirompenti e drastiche. Nel primo caso (rifiuto del lavoratore di svolgere occasionalmente mansioni inferiori) si sarebbe, infatti, potuto far ricorso all'opinione che ritiene non integrata una dequalificazione quando il lavoratore non abbia dato prova che le mansioni infe-



unisce dottrina [119] e giurisprudenza [120]. Si ritiene anzi che il legittimo esercizio della eccezione avverso un inadempimento parziale escluda che l'eccipiente sia tenuto al pagamento degli interessi di mora relativi al periodo in cui la propria prestazione è stata sospesa proprio per effetto del corretto esercizio dell'eccezione [121]. Incertezze e differenze vi sono in dottrina invece circa la legittimità di un esercizio parziale dell'eccezione benché in giurisprudenza, almeno nell'ambito dei contratti di locazione o di affitto di azien-

---

riori gli siano state affidate solo incidentalmente e marginalmente (Cass. civ., sez. lavoro, 25 febbraio 1998) con ciò escludendo in radice che via sia inadempimento da cui possa originare un diritto potestativo al rifiuto della propria prestazione; nel secondo caso, invece, sarebbero state applicabili tutte quelle decisioni che fanno ricorso ad una comparazione tra l'inadempimento datoriale e la reazione del lavoratore, per valutare se quest'ultima sia stata proporzionata e in rapporto di causalità con il primo ovvero ancora se l'eccezione non sia piegata allo scopo diverso ed ulteriore di realizzare pretestuosamente un vero e proprio inadempimento mascherandolo da reazione giustificata (in questo senso la mancata offerta della prestazione originaria, pur non richiesta ai fini del legittimo esercizio dell'eccezione d'inadempimento, è indizio di un atteggiamento contrastante con la buona fede). La dottrina lavoristica non ha mancato di aggiungere che l'orientamento criticato appare discutibile "...perché il ricorso all'autotutela non può ritenersi limitato né dagli obblighi di diligenza e obbedienza, né tantomeno da quello di fedeltà, atteso che la collaborazione che il prestatore di lavoro è tenuto ad assicurare non implica un dovere di compartecipazione al risultato produttivo finale cui tende l'organizzazione di impresa. Diversamente ragionando, infatti si arriverebbe a un ingiustificato ampliamento della responsabilità contrattuale, che verrebbe proiettata oltre il limite di cui all'art. 1176, secondo comma, c.c." (RICCOBONO, *Profili applicativi degli strumenti di risoluzione alternativa delle controversie: l'autotutela individuale del lavoratore,* in *Riv. It. dir. lav.,* 2010, 01, p. 121 ss.) Poiché, inoltre, il demansionamento, nella prassi, non si accompagna quasi mai alla sospensione degli obblighi retributivi e contributivi l'effetto pratico sarebbe che, di fronte ad un demansionamento "retribuito", il lavoratore non avrebbe alcuna autodifesa. Ragioni che inducono a privilegiare la via del riconoscimento dell'autotutela del lavoratore anche di fronte ad un parziale illegittimo esercizio dello *jus variandi* da parte del datore di lavoro qualificabile come inadempimento parziale (RICCOBONO, *op. cit.*, p. 129). Autotutela, soggetta al vaglio di buona fede e proporzionalità per cui potrebbe pur sempre apparire sproporzionato e, quindi, illegittimo, il rifiuto totale della prestazione lavorativa in presenza di un inadempimento solo parziale del datore di lavoro (App. Torino, 5 giugno 2002, in *Giur. piemontese,* 2004, 85).

[119] BIGLIAZZI GERI, *op. cit.*, p. 18 e, in specie, nota 3 dove si osserva che la distinzione tra i due tipi di *exceptio* dovrebbe, tutt'al più incidere sulla disciplina dell'onere della prova.

[120] L'affermazione è spesso implicita. Per un'esplicitazione della questione si veda Cass. civ. 17 maggio 1983, n. 3411, in *Foro. It.,* Repertorio, voce *Locazione,* n. 541.

[121] In tal senso, Cass. civ. 14 settembre 2017, n. 21315: "al riguardo va anzitutto rilevato che sospendendo l'adempimento della propria obbligazione di pagamento in ragione dei vizi denunziati, la committente ha posto in essere una condotta qualificabile come *exceptio non rite adimpleti contractus*; tale eccezione, infatti, non richiede l'adozione di forme speciali o formule sacramentali, essendo sufficiente che la volontà della parte di sollevarla sia desumibile, in modo non equivoco, dall'insieme delle sue difese (cfr. fra le altre Cass. 29.9.2009, n. 20870); – in proposito, questa Corte ha più volte affermato che il contraente che si avvale legittimamente di tale diritto non può essere considerato in mora, e non è perciò tenuto al pagamento degli interessi moratori e degli eventuali maggiori danni subiti dall'altro contraente, non essendo applicabile l'art. 1224 c.c., che ricollega alla mora del debitore il diritto del creditore al relativo pagamento (fra le altre, si v. Cass. 9.12.2013, n. 27437; Cass. 21.6.2010, n. 14926; Cass. 28.9.1996, n. 8567);".



da, dove sono previsti in corrispettivo del godimento di un bene pagamenti periodici di canoni, si sia consolidato un orientamento favorevole [122]. Proprio il caso dell'inadempi-

[122] Difende la possibilità di un esercizio parziale dell'eccezione BIANCA, *op. cit.*, pp. 916-918, definendola "un'eccezione proporzionale all'inadempimento del debitore" che, in taluni casi, quando l'inadempimento cui si oppone è parziale o quando un'eccezione totale sarebbe contraria a buona fede, consente di preservare l'equilibrio sinallagmatico evitando di "incappare in un eccesso di legittima difesa" (SACCO, *op. cit.*, p. 647). Altrimenti ragionando, il contraente fedele non avrebbe altra reazione, a fronte di un inadempimento parziale che procedere alla risoluzione del contratto o chiedere l'adempimento, senza potere, proprio nel caso in cui la prestazione potrebbe, in ipotesi, essere integrata o rimediata, spingere la controparte a farlo. Né hanno pregio i rilievi secondo cui l'eccezione parziale non sarebbe espressamente contemplata dall'articolo 1460 c.c. o che, in tal modo, l'eccipiente produrrebbe unilateralmente un effetto modificativo del contratto; il primo, infatti, non tiene conto che ammettendo l'inadempimento parziale, è giocoforza ammettere l'eccezione parziale proprio ai fini del rispetto del principio di buona fede e il secondo omette di considerare che al debitore inadempiente nulla preclude di offrire la prestazione non eseguita o la parte di prestazione non eseguita al fine di ricondurre il contratto e la sua esecuzione al loro tenore originario (BIANCA, *loc.ult.cit.*). In giurisprudenza, un esercizio parziale dell'eccezione di inadempimento appare in tema di locazione o in materia di demansionamento o trasferimento di sede del lavoratore, con decisioni oscillanti, come si è già visto (v. specie nota 118) o che fanno, parzialmente, ricorso a principi tipologici non necessariamente estensibili o generalizzabili (il riferimento è al richiamo giurisprudenziale all'articolo 1584 c.c. che legittima una riduzione proporzionale della pigione dovuta dal conduttore quando le riparazioni condotte sull'immobile ne riducano l'uso). La giurisprudenza più recente in tema di locazione è piuttosto consolidata nell'ammettere che, in omaggio al principio di proporzionalità, un limitato godimento del bene possa essere riequilibrato o contrastato da un più limitato importo del canone. In tal senso nella recente giurisprudenza si segnala una pronuncia che considera legittima la sospensione parziale o totale del pagamento del canone di locazione, ai sensi dell'articolo 1460 c.c., nell'ipotesi di inesatto inadempimento, "purché essa appaia giustificata in relazione alla oggettiva proporzione dei rispettivi inadempimenti, riguardata con riferimento all'intero equilibrio del contratto e all'obbligo di comportarsi secondo buona fede" (Cass. civ. 22 settembre 2017, n. 22039, con riferimento a un caso nel quale il conduttore rifiuta di versare il corrispettivo, per non aver potuto esercitare nell'immobile la prevista attività di ristorazione). Successivamente, in un caso analogo riguardante un affitto di azienda per l'esercizio di attività di ristorazione in locali rivelatisi parzialmente inagibili, Cass. civ. 29 marzo 2019, n. 8760, ha censurato la pronuncia della Corte di Appello impugnata davanti al medesimo organo supremo di giurisdizione, proprio per avere la corte di merito giudicato legittima, dinanzi ad un inadempimento grave, la totale sospensione dell'intera prestazione. La Suprema Corte ha rinvenuto il fondamento della pronuncia in diritto nel richiamo alla buona fede, intesa in senso oggettivo: "La buona fede oggettiva, tra le sue tante declinazioni, vanta anche questa: che la difesa sia proporzionata all'offesa. Dunque in tanto il rifiuto di pagamento integrale del canone poteva dirsi conforme a buona fede, in quanto l'inadempimento dell'affittante avesse impedito il godimento integrale dell'azienda" e quindi ha statuito che la sentenza fosse censurabile poiché: "La Corte d'appello, così giudicando, ha accertato in facto una situazione di sproporzione tra l'inadempimento della Punta Marana Club (che fu parziale) e la reazione "difensiva" della La Marinella, che consistette in un inadempimento totale; ed ha reputato in iure che l'eccezione di inadempimento fosse legittima, e dunque conforme a buona fede. Questa valutazione costituì perciò una violazione dell'art. 1460 c.c., perché ha ritenuto applicabile tale norma in un caso in cui l'oggettiva sproporzione tra i contrapposti inadempimenti rendeva la difesa non proporzionata all'offesa, e quindi non conforme a buona fede". Alla luce di questa ordinanza si ricava che il rispetto della buona fede può non solo consentire ma anche esigere un esercizio solo parziale dell'eccezione di inadempimento.



mento parziale rende necessario valutare la misura della violazione che è causa della proposizione dell'eccezione in rapporto al rifiuto della controprestazione, comparando l'atto causativo (inadempimento) e l'atto causato (rifiuto di adempimento) in guisa da valutarne la proporzione e la correttezza alla luce dei canoni elaborati in sede di buona fede *ex* art. 1460 c.c., secondo comma. L'ostilità antica nei confronti dell'eccezione *non rite adimpleti contractus* trae forse origine dalle medesime radici tipologiche del rimedio, nato nell'ambito del contratto di compravendita in concorrenza ad altri mezzi di tutela, come le azioni edilizie cui oggi, al contrario, la giurisprudenza non riconosce il ruolo esclusivo di tutela contro i vizi dei beni oggetto di compravendita [123]. È, infatti, ricorrente l'affermazione in giurisprudenza secondo cui l'eccezione *non rite adimpleti contractus* costituirebbe un rimedio di carattere generale, se non un principio o l'espressione tipica del principio di autotutela contrattuale e avrebbe fondamento nel comma 2 dell'art. 1460 c.c. [124].

Anche Cass. civ. 26 luglio 2019, n. 20322, in tema di locazione ha confermato l'orientamento prima descritto: "non vi è alcun dato positivo né ragione logica o sistematica che impongano di adottare, con riferimento al contratto di locazione, una interpretazione diversa ovvero una versione per così dire più limitata di tale strumento di autotutela e dei relativi presupposti", per cui i "criteri di buona fede e proporzionalità sinallagmatica che concretano il funzionamento dell'istituto verrebbero traditi ove, pur in presenza di accertati inadempimenti del locatore, ancorché non tali da escludere ogni possibilità di godimento dell'immobile, non si ammettesse una 'proporzionale' sospensione della prestazione di controparte, ma se ne richiedesse al contrario l'integrale adempimento".

[123] Cass. civ. 1 ottobre 1997, n. 9560, in *Corriere giur.,* 1998, p. 559 con nota di VIDIRI, *Contratto preliminare e mezzi di tutela del promissario acquirente,* in cui si riconosce al promissario acquirente la possibilità di avvalersi dell'eccezione d'inadempimento anche qualora sia decaduto dall'azione di garanzia per vizi o ne sia privo per intervenuta prescrizione.

[124] Cass. civ., 7 gennaio 2004, n. 58, in *Guida al diritto,* 2004, 7, 66. La decisione rinvia a giurisprudenza precedente della medesima Corte, a maggior conforto della tesi accolta (Cass. 4457/82; 250/85; 3341/2001). Le citate sentenze si collocano al cuore del dibattito in tema di eccezione d'inadempimento e locazione in cui si confrontano i pronunciamenti (come Cass. civ. 7772/2004, già citata in nota 118 *supra,* ma anche Cass. civ. 5 ottobre 1998, n. 9863 in *Mass. Giust. Civ.* 1998, 2014; 3411/83) secondo cui è legittima, *ex* art. 1460 c.c., una riduzione unilaterale o una sospensione integrale del pagamento del canone da parte del locatario, solo nel caso in cui l'inadempimento del locatore sia integrale. Nella giurisprudenza di merito, Trib. Padova, 11 luglio 2001, in *Mass. Giur. Civ. Patavina,* 2006, che definisce l'autoriduzione o la sospensione del pagamento del canone da parte del locatario, a fronte di inadempimento parziale del locatore, come "fatto arbitrario ed illegittimo". L'atteggiamento favorevole al riconoscimento dell'opponibilità dell'*exceptio non rite adimpleti contractus* si avvale, in realtà, di un argomento ulteriore e rafforzativo derivante dalla specifica normativa applicabile in materia di locazione (art. 1584, comma 1, c.c.) che consente la riduzione del canone, nel caso specifico applicata in autotutela dal conduttore, purché nel rispetto dei canoni di buona fede e correttezza e del principio di proporzionalità, come in Cass. civ. 8 gennaio 2010, n. 74, in *Giust. civ.* 2010, 3, p. 584 e in Cass. civ. 7 marzo 2001, n. 3341, in *Contr.* 2001, 995, con nota di ZAPPATA, *Eccezione di inesatto adempimento e denunzia dei vizi della cosa locata,* richiamata da App. Catania, 23 maggio 2007, *DeJure*,: "L'"exceptio non rite adimpleti contractus", di cui all'art. 1460 c.c. postula la



Anzi, lo stesso criterio di buona fede, con i suoi corollari di proporzionalità, cronologia e causalità, hanno la propria area di elezione nel vaglio di legittimità dell'esercizio dell'eccezione a fronte di un inadempimento parziale [125], come meglio si vedrà esaminando il criterio di buona fede applicato all'eccezione in parola.

Non si è mancato di osservare, peraltro, che una corretta e rigorosa nozione di adempimento imporrebbe di considerare già il primo comma quale fonte del riconoscimento dell'opponibilità dell'eccezione di inadempimento poiché vi è identità tra inadempimento, inesatto adempimento e ritardo nell'adempimento, costituendo tutti questi casi ipotesi di inadempimento [126].

L'identità logico-giuridica delle diverse situazioni di inadempimento tuttavia non esclude la diversa rilevanza empirica e, quindi, la differente reazione della controparte alla luce della quale si potrà misurare l'eventuale esercizio dell'eccezione d'inadempimento [127].

Diverso è infatti l'effetto dell'accettazione pura e semplice dell'adempimento, dell'accettazione con riserva e dell'accettazione piena della prestazione inesatta, in quanto ritenuta comunque idonea a soddisfare l'interesse del contraente fedele [128].

Nei primi due casi, è certo che il creditore-debitore possa ricorrere all'eccezione d'inadempimento, nell'ultimo caso, altrettanto convincentemente dovrebbe negarsi l'esperibilità del rimedio [129]. Inversamente e parallelamente, l'eccezione non può trovare luogo

---

proporzionalità tra i rispettivi inadempimenti, da valutare non in rapporto alla rappresentazione soggettiva che le parti se ne facciano, ma in relazione alla oggettiva proporzione degli inadempimenti stessi, riguardata con riferimento all'intero equilibrio del contratto e alla buona fede; pertanto, il conduttore, qualora abbia continuato a godere dell'immobile, per quanto lo stesso presentasse vizi, non può sospendere l'intera sua prestazione, consistente nel pagamento del canone di locazione e degli oneri accessori, perché così mancherebbe la proporzionalità tra i rispettivi inadempimenti, potendo giustificarsi, ricorrendone i presupposti, soltanto una riduzione del canone proporzionata all'entità del mancato godimento, applicandosi, per analogia, i principi dettati dall'art. 1584 c.c." e da Trib. Benevento, 10 dicembre 2007, in *DeJure*, secondo cui: "In tema di locazione di immobili, il conduttore che continua a godere dell'immobile, per quanto esso presenti vizi, non può sospendere integralmente il pagamento del canone di locazione, giustificandosi in tal caso, ex articolo 1460 c.c., soltanto una riduzione del canone proporzionata all'entità del mancato godimento dipendente dai difetti dell'immobile, imputabili ad inadempimento del locatore agli obblighi di manutenzione a suo carico, in applicazione analogica dei principi di cui all'art. 1584 c.c.".

[125] ADDIS, *op. cit.*, p. 452, secondo cui "non sembra azzardato affermare che l'area occupata da questa controversa figura coincide interamente con l'operatività della regola di buona fede".

[126] NATOLI, *Attuazione del rapporto obbligatorio,* in *Tratt. Cicu-Messineo,* Milano, 1984, Tomo II, p. 52.

[127] ADDIS, *op. cit.*, p. 452.

[128] REALMONTE, *op. cit.*, p. 228.

[129] In questo senso, *Cass. civ.*, 4 gennaio 1996, n. 26, in *Mass. Giur. It.,* 1996: "Nel caso in cui, nella opposizione all'esecuzione forzata promossa sulla base di titolo cambiario, si deduca la inefficacia del rap-



nei casi in cui la parte che la invoca, si sia posta nella condizione di non poter più adempiere [130]. L'eccezione, infatti, consente, in presenza dell'inadempimento (totale o parziale) di una delle parti, di conservare il vincolo contrattuale, in attesa che l'adempimento vi sia o che l'adempimento inesatto venga corretto o integrato, esso "non distrugge il rapporto, ma, anzi, punta alla sua conservazione, agevolando la piena attuazione dell'equilibrio sinallagmatico tra le prestazioni dedotte in contratto" [131]. Se l'inadempimento dell'attore è irreversibile, il convenuto può proporre una domanda di risoluzione, non una eccezione di inadempimento. Ciò non significa che l'eccezione di inadempimento sia volta solo a paralizzare un'azione di adempimento né, per converso, che essa rappresenti un mero atto preparatorio della risoluzione.

Infatti, l'eccezione di inadempimento può fungere anche come difesa nei confronti della proposizione di una domanda di risoluzione [132] o dell'operatività di una clausola risolutiva espressa [133].

---

porto causale per asseriti vizi della cosa venduta, non può l'opponente invocare, per paralizzare l'azione esecutiva, l'eccezione d'inadempimento di cui all'art. 1460 c.c., avendo ormai l'altra parte, per ammissione dello stesso opponente, adempiuto alla propria obbligazione, ancorché in modo inesatto, sicché non ricorre uno dei presupposti essenziali della norma citata, diretta ad apprestare un rimedio contro il rischio dell'altrui inadempimento". Nei contratti di durata, il principio espresso si applica alle prestazioni già eseguite (Cass. civ., 28 ottobre 1991, n. 11469, in *Mass. Giur. It.,* 1991: "Nei contratti a consegne ripartite, e per il caso in cui la prestazione sia economicamente scindibile, l'eccezione inadimplenti non est adimplendum (art. 1460 c.c.) può paralizzare la richiesta della controprestazione, relativa alla parte della prestazione non eseguita, ma non quella relativa alla parte della prestazione già eseguita, che non sia stata restituita né offerta in restituzione".

[130] Cass. civ., 28 aprile 1986, n. 2923, in *Mass. Giur. It.,* 1986:"Il promittente venditore, che si sia reso definitivamente inadempiente all'obbligo assunto con il preliminare, avendo ad altri trasferito il bene, ove evocato in giudizio con azione di risoluzione proposta dal promittente acquirente, il pregresso inadempimento di quest'ultimo, solo a sostegno di una propria domanda riconvenzionale di risoluzione, non quale mera eccezione per paralizzare la pretesa attrice, atteso che l'eccezione d'inadempimento, di cui all'art. 1460 c.c., configura uno strumento accordato alla parte che voglia salvaguardare i propri interessi, nell'ambito della conservazione del rapporto, e non può essere quindi utilizzata da chi si sia volontariamente posto nell'impossibilità di dare esecuzione al contratto". Analogamente, Cass. civ., sez. lavoro, 16 gennaio 1996, n. 307, in *Riv. It. dir. lav.,* 1996, II, con nota di SAISI e in *Mass. Giur. It.,* 1996:" Con riguardo al mezzo di autotutela previsto dall'art. 1460 c.c. (utilmente invocabile anche nel contratto di lavoro subordinato tenuto conto della sua tipica natura di contratto a prestazioni corrispettive) se la parte chiamata successivamente ad adempiere non si avvale del rimedio consentito dall'*exceptio inadimpleti contractus* ed esegue invece la prestazione, deve eseguirla esattamente, non potendo più richiamarsi al principio "inadimplenti non est adimplendum", dal momento che eseguendo, benché inesattamente, la prestazione dimostra di non volersi avvalere dell'eccezione, mentre dall'altra parte non è interdetto di avvalersi, per l'inesattezza dell'adempimento, del potere di risoluzione del contratto".

[131] A.M. BENEDETTI, *L'eccezione di inadempimento, op.cit.*, p. 635.

[132] Cass. civ., 13 aprile 2000, n. 4809, in *Mass. Giur. It.,* 2000 e *Contratti,* 2000, 8, p. 791: "L'*exceptio inadimpleti contractus ex* art. 1460 c.c. è invocabile oltre che per paralizzare una domanda di adempimento



Tuttavia, nell'esperienza recente, specie in materia di contratti d'opera professionale si registra un orientamento consolidato teso ad attribuire all'eccezione – proponibile indipendentemente dalla distinzione tra obbligazioni di mezzi e di risultato, in questa sede irrilevante [134] – una valenza ulteriore che supera la natura originaria di mezzo dilatorio a scopo conservativo per assumere i connotati del rimedio estintivo, "pararisolutorio" determinante la perdita del diritto al compenso del professionista inadempiente cui l'eccezione di inadempimento venga opposta [135] indipendentemente dalla proposizione di una domanda di risoluzione [136] ed, anzi, in mancanza della proposizione di un'azione di risoluzione [137].

---

anche nei confronti della domanda di risoluzione della controparte". È da notare che, nel caso in cui domandasse la risoluzione un soggetto inadempiente, mancherebbero le condizioni stesse per l'accoglimento della domanda sicché risulterebbe, secondo alcuni (Grasso), persino superfluo sollevare l'eccezione di inadempimento. In realtà, quest'ultima opinione, che tende a limitare fortemente l'ambito operativo del rimedio di cui all'articolo 1460 c.c., appare emarginata dall'orientamento giurisprudenziale corrente richiamata da Cass. civ., 3 febbraio 2015, n. 1904, secondo cui nell'ipotesi di reciproci inadempimenti sono da rammentare: "…i noti principi giurisprudenziali (da ultimo ancora ribaditi) di questa Corte, secondo cui "nei contratti con prestazioni corrispettive non è consentito al giudice del merito, in caso di inadempienze reciproche, di pronunciare la risoluzione, ai sensi dell'art. 1453 c.c., o di ritenere la legittimità del rifiuto di adempiere, a norma dell'art. 1560 c.c., in favore di entrambe le parti in quanto la valutazione della colpa dell'inadempimento ha carattere unitario, dovendo lo stesso addebitarsi esclusivamente a quel contraente che, con il proprio comportamento prevalente, abbia alterato il nesso di interdipendenza che lega le obbligazioni assunte mediante il contratto e perciò dato causa al giustificato inadempimento dell'altra parte" (Cass. civ., Sez. 2, 11 giugno 2013, n. 14648, nonché Cass. n. 20614/2009 e n. 13840/2010).".

[133] Cass. civ. 11 ottobre 1989, n. 4058, in *Mass. Giur. It.,* 1989, in quanto non potrebbe domandare la risoluzione il soggetto che fosse, a sua volta, inadempiente.

[134] Irrilevante in quanto assorbita dalla valutazione della violazione dell'obbligo di diligenza ex articolo 1176 c.c. da parte del professionista, così, Cass. civ. 26 marzo 2010, n. 7251; Cass. civ. 9 febbraio 2010, n. 2898, in *Guida al dir.* 2010, 26, p. 100 (s.m.).

[135] Cass. civ. 5 agosto 2002, n. 11728 in *Riv. trim. app.* 2003, 455 con nota di DAFARRA, *L'oggetto dell'obbligazione professionale e il diritto al compenso del professionista;* in termini analoghi, Cass. civ. 29 novembre 2004, n. 22487, in *Mass. Giur. It.,* 2004; Cass. civ. 23 aprile 2002, n. 5928, in *Mass. Giur. It.,* 2002 e in *Danno e resp.,* 2003, I, 66 con nota di BONETTA; Cass. civ. 4 maggio 2010, n. 10737, (inedita), in cui si è ritenuto che l'inadempimento di un avvocato, conformemente alla giurisprudenza citata in precedenza, abbia determinato "in applicazione del principio di cui all'articolo 1460 c.c., la perdita del compenso". L'orientamento esaminato, originariamente formatosi in materia di responsabilità dei professionisti tecnici (architetto, ingegnere), abbraccia oggi la responsabilità professionale di professionisti estranei al settore tecnico, inteso *stricto sensu,* offuscando il confine (sempre incerto, per vero) tra obbligazioni di mezzi e obbligazioni di risultato.

[136] Fortemente critico il giudizio di A.M. BENEDETTI, *L'eccezione di inadempimento*, cit., p. 640 che definisce quello accolto dalla Suprema Corte, un "uso distorto dell'eccezione di inadempimento" ovvero ancora, citando Roppo, come la legittimazione di una "giusta causa di un inadempimento radicale e definitivo" (ROPPO, *Il contratto,* p. 989). BREGGIA, *op. cit.* p. 1393 e s. rileva come l'effetto unilaterale pararisolutorio dell'*exceptio* si registri anche nell'ambito dei rapporti tra l'amministratore e la società poiché, se la



Si è già visto come l'*excipiens* possa paralizzare l'utilizzo della clausola risolutiva espressa e della diffida ad adempiere promossa dalla controparte mentre conserva intatto il diritto di avvalersene in proprio ai fini di far constatare la definitiva risoluzione del rapporto.

In caso di termine essenziale stabilito nell'interesse della parte inadempiente, l'opinione degli studiosi è divisa tra chi esclude che l'esercizio del potere di rifiuto dell'*excipiens* abbia effetto estintivo in quanto l'esercizio di un diritto potestativo è incompatibile con un inadempimento imputabile [138] e chi ritiene che il caso concreto – quand'anche la regola dell'art. 1457, comma 2, c.c., non trovasse applicazione per mancanza di un inadempimento imputabile – dovrebbe comunque essere analizzato alla luce dell'interesse effettivo che la prestazione possa avere per il creditore dell'eccipiente sia pure a seguito di un ritardo non imputabile [139].

6. – La circostanza per cui l'inadempimento contrattuale di una parte costituisce presupposto dell'esercizio dell'eccezione d'inadempimento presuppone, a sua volta, che tra le prestazioni vi debba essere contemporaneità o simultaneità oppure uno iato cronologico che renda possibile la dinamica contrapposta di inadempimento ed eccezione in cui il soggetto tenuto per secondo, per necessità logica in quanto cronologica, possa opporre il rifiuto quando il termine per l'adempimento a carico del primo sia trascorso senza che abbia ricevuto la prestazione o che l'obbligazione sia stata esattamente adempiuta.

Facendo leva sul dato letterale dell'articolo 1460 c.c. [140], si è sostenuta l'opinione secondo cui l'eccezione d'inadempimento ha come necessario campo di applicazione i casi

---

seconda potrebbe rifiutare il pagamento dell'emolumento al proprio amministratore, questi non potrebbe mai in sede di autotutela sottrarsi agli obblighi che a suo carico pone la legge, obblighi posti tuttavia, nel caso dell'amministratore di società, a tutela di profili che coinvolgono soggetti terzi (quali ad esempio la diligente informazione e gestione sociale nell'interesse di creditori, dipendenti, finanziatori e quindi di diverse categorie di *stakeholder*) oppure, come nel caso del difensore, involgenti valori primari di rango costituzionale (diritto di difesa, art. 24 Cost.).

[137] Comportamento espressamente contemplato nella casistica elaborata da BIANCA, *Eccezione d'inadempimento etc.*, cit., p. 907, come contrario a buona fede in quanto il creditore della prestazione professionale, tramite l'esercizio dell'eccezione, non si limita a preservare il vincolo contrattuale in vista del conseguimento della prestazione altrui (ormai irrimediabile) ma, addirittura, consegue un vantaggio indebito. v. anche REALMONTE, *op.cit.*, p. 232.

[138] BIGLIAZZI GERI, *op.cit.*, pp. 47-8.

[139] BIANCA, *op.cit.*, p. 912;

[140] Che sembra escludere la proponibilità dell'eccezione d'inadempimento allorché "termini diversi per l'adempimento siano stabiliti o risultino dalla natura del contratto".



in cui le prestazioni debbano essere simultanee poiché il soggetto che fosse tenuto per secondo, al fine di paralizzare qualsiasi pretesa di adempimento proveniente dalla controparte, potrebbe opporre l'inesigibilità della prestazione medesima, una difesa peraltro anche superflua, in quanto già il giudice dovrebbe, nel considerare le condizioni dell'azione, cogliere l'elemento ostativo all'accoglimento della domanda consistente nell'inadempimento dell'attore [141].

La giurisprudenza unanime e la dottrina sono, però, a dispetto della rigorosa lettura sopra citata, largamente favorevoli al riconoscimento dell'eccezione d'inadempimento anche nei casi in cui vi sia una scissione cronologica nella fase esecutiva del contratto [142] arrivando le decisioni dei giudici a considerare l'eccezione d'inadempimento espressione di un principio generale di autotutela.

La norma non può che concedere alla parte tenuta per seconda la possibilità di avvalersi dell'eccezione d'inadempimento [143] poiché, al fine di reagire ad un inadempimento, bisogna pure che questo avesse modo di manifestarsi.

La regola, però, può soffrire eccezioni, individuate dalla dottrina in quattro ipotesi at-

---

[141] GRASSO, *Saggi sull'eccezione d'inadempimento e la risoluzione del contratto*, cit., p. 86 ss. GRASSO, *Eccezione di inadempimento e risoluzione del contratto (Profili generali),* Napoli, 1973, p. 89 ss.: "...il voler giudicare applicabile l'eccezione da parte di colui che non è tenuto ad adempiere per primo, quando vi siano, quindi, diversi termini per l'adempimento, significa tralasciare del tutto il rilievo che in tal caso manca addirittura il presupposto per il funzionamento dell'istituto. Se questo è un mezzo per giustificare con l'inadempimento dell'altro il proprio inadempimento, cosa c'è da giustificare nell'ipotesi in cui termini diversi consentono alla parte di adempiere dopo l'altro? Ed invero se il termine non è ancora scaduto è indubbio che il preteso inadempimento da giustificare con l'eccezione non si è ancora verificato. Se invece il termine è già scaduto, allora l'ipotesi deve ritenersi assimilabile a quella generale della simultaneità degli adempimenti, essendo tutte le prestazioni divenute, dopo la scadenza del termine, contemporaneamente esigibili. Nemmeno ci si può riferire all'ipotesi di un contratto che preveda genericamente l'adempimento di una parte dopo quello dell'altra. Anche qui, infatti, è da riscontrare la stessa mancanza del fondamentale presupposto dell'inadempimento, atteso che la parte a cui è stato concesso di adempiere dopo l'altra non può essere considerata inadempiente fino all'adempimento di questa, sì che, sino a tale momento, non ha bisogno di giustificare con l'eccezione un inadempimento che, anche qui, non si è ancora verificato". Probabilmente, la premessa da cui parte il ragionamento dell'A., secondo cui l'eccezione è mezzo per giustificare il proprio inadempimento, da cui si dipartono, come logico corollario le conclusioni, potrebbe dirsi non completamente vera nella misura in cui all'eccezione si assegni eminentemente il compito di equilibrare il sinallagma alterato dall'inadempimento totale o parziale della controparte.

[142] Cass. civ. 19 aprile 1996, n. 3713, in *Giust. civ.,* 1997, I, p. 779, con nota di MANNA, *Osservazioni in tema di risoluzione del contratto di appalto.* In dottrina, SACCO, *op. cit.*, p. 642, secondo il quale, la scrittura della norma abbisogna dell'"aiuto dell'interprete" per una sua migliore intelligenza o, altrimenti detto, di una lettura correttiva che ne chiarisca l'interpretazione e ne renda l'applicazione coerente con il sistema dei rimedi dilatori.

[143] Cass. civ. 28 agosto 2002, in *Mass. Giur. It.,* 2002 e *Diritto e Giustizia*, 2002, 36, p. 70; Cass. civ., sez. lavoro, n. 267, in *Mass. Giur. It.,* 1999.



tinenti ai contratti di durata, la prima, alla dichiarazione di non adempiere resa dal soggetto tenuto per secondo, la seconda, al caso di decadenza dal beneficio del termine del contraente tenuto per secondo, la terza, e, infine, "alla certezza o fondata probabilità dell'altrui inadempimento" [144].

Nei contratti di durata, infatti, siano essi ad esecuzione periodica o continuata anche il contraente tenuto per primo potrebbe avvalersi dell'eccezione d'inadempimento per le prestazioni non eseguite quando il contraente tenuto per secondo non abbia adempiuto al proprio obbligo [145].

Nei casi di decadenza dal beneficio del termine, ai sensi dell'articolo 1186 c.c., che colpisca il contraente tenuto per secondo, l'altro contraente, prima della decadenza tenuto per primo, potrà dunque immediatamente domandare la prestazione, divenuta, infatti, esigibile e, in caso di inadempimento o di mancanza di un'offerta di adempimento, avvalersi dell'eccezione d'inadempimento. Più che di inversione cronologica vera a propria, l'applicazione della decadenza dal beneficio del termine conferma l'assunto che il soggetto tenuto per primo non possa, nella normalità dei casi, sollevare l'eccezione d'inadempimento.

L'inversione cronologica che determini l'operatività dell'eccezione d'inadempimento, anche ad opera della parte tenuta per prima, può essere provocata dall'espressa dichiarazione di non adempiere resa del soggetto tenuto per secondo. La dichiarazione di non voler adempiere resa dal soggetto obbligato prima della scadenza dell'obbligazione, è equiparata al vero e proprio inadempimento consentendo alla controparte di avvalersi della risoluzione del contratto e, quindi, di riflesso dell'eccezione d'inadempimento [146]. Il

---

[144] BIGLIAZZI GERI, *op. cit.*, pp. 24 ss.

[145] Cass. civ. 28 ottobre 1991, n. 11469, in *Mass. Giur. It.,* 1991: "Nei contratti a consegne ripartite, e per il caso in cui la prestazione sia economicamente scindibile, l'eccezione inadimplenti non est adimplendum (art. 1460 c.c.) può paralizzare la richiesta della controprestazione, relativa alla parte della prestazione non eseguita, ma non quella relativa alla parte della prestazione già eseguita, che non sia stata restituita né offerta in restituzione".

[146] Cass. civ., 14 marzo 2003, n. 3787, in *Contratti,* 2004, n. 5, p. 446 con nota di SARDO, *Pericolo di inadempimento ed* exceptio inadimpleti contractus:"L'"*exceptio inadimpleti contractus"* di cui all'articolo 1460, benché, di regola presupponga che le reciproche prestazioni siano contemporaneamente dovute, è tuttavia opponibile alla parte che debba adempiere entro un termine diverso e successivo, qualora questa abbia dichiarato di non voler adempiere, ovvero sia certo o altamente probabile che essa non sia in grado di adempiere, indipendentemente dall'imputabilità dell'inadempimento". Nel caso deciso un autotrasportatore ha sospeso il pagamento del prezzo dovuto alla società venditrice per l'acquisto di vari automezzi adducendo che il venditore non aveva provveduto, secondo l'impegno assunto, a rinnovare per tutti i veicoli acquistati l'autorizzazione necessaria per il trasporto merci per conto di terzi. Il venditore chiedeva la risoluzione del contratto in quanto, *inter alia,* protestava inimputabilità del preteso inadempimento (dovuto ad ostacoli



presupposto dell'inversione cronologica sta nel ritenere che il rifiuto di adempimento espresso per iscritto o con comportamenti univoci sia equiparabile al vero e proprio inadempimento [147].

Rilievi critici sono stati sollevati quanto a tale equiparazione posto che fattore costitutivo dell'inadempimento è l'attualità [148] mancando la quale la dichiarazione anticipata d'inadempimento rimane circostanza priva di effetti (se non sul piano della buona fede e della correttezza [149]) e inidonea a giustificare l'applicazione dell'articolo 1460 c.c. [150].

Altra dottrina ha invece giustificato l'inversione cronologica operata dalla giurisprudenza salvaguardando la coerenza con il presupposto dell'inadempimento ma dilatando la nozione di corrispettività ovverosia configurando come inadempimento suscettibile di eccezione ex articolo 1460 c.c., la violazione di obblighi accessori, preparatori o cosiddetti di protezione [151]. Pure è stato ipotizzato che la dichiarazione di non voler adempiere fatta dal debitore prima del termine determini, per effetto di un'interpretazione analogica, pare di intuire, dell'articolo 1186 c.c., una decadenza dal beneficio del termine quando se ne possa dedurre come ragionevolmente certo l'inadempimento conseguente [152].

---

di carattere amministrativo) e l'impossibilità per il soggetto tenuto per primo (in questo caso il compratore) di invocare l'eccezione d'inadempimento.

[147] In tal senso si veda Cass. 9 gennaio 1997, n. 97, in *Danno e resp.* 1997, p. 727, con nota di PRINCIGALLI, *La dichiarazione anticipata di non voler adempiere.*

[148] BIANCA, *Inadempimento delle obbligazioni*, cit., p. 15: "Assumendo l'attualità del tempo della prestazione a presupposto dell'inadempimento, deve coerentemente darsi risposta negativa al quesito se sia già inadempiente il debitore che anteriormente al termine della prestazione dichiari di non voler adempiere".

[149] BIGLIAZZI GERI, *op. cit.*, p. 29.

[150] SARDO, *Pericolo di inadempimento ed* exceptio inadimpleti contractus, cit., p. 453.

[151] VECCHI, *L'eccezione d'inadempimento*, cit., p. 397: "...sembra si possa riconoscere che anche gli obblighi di protezione rientrino nell'operazione sinallagmatica, giustificando così che la loro violazione sia idonea a fondare un'eccezione d'inadempimento". Circa l'attualità della violazione di obblighi preparatori dell'adempimento, v. BIANCA, *op. ult. cit.*, p. 14:"Già anteriormente alla scadenza del termine dell'obbligazione, come termine della prestazione finale, è invece attuale il tempo di esecuzione degli atti preparatori. Tali atti (...), rientrano nel contenuto della prestazione e la tempestività del loro compimento s'impone per la realizzazione dell'interesse strumentale del creditore. La violazione del tempo di esecuzione degli atti preparatori costituisce quindi immediata violazione del diritto creditorio e legittima l'applicazione dei rimedi a tutela dell'inadempimento. Anteriormente alla scadenza del termine della prestazione finale s'impone inoltre come immediatamente attuale l'osservanza di quel comportamento che è rivolto al rispetto della sfera giuridica del creditore, e che rientra anch'esso nel contenuto della prestazione dovuta [appunto gli obblighi di protezione]. Più in generale deve dirsi che l'inadempimento prescinde dalla scadenza del termine quando la prestazione è violata in modalità diverse da quella temporale (es.: difettosa esecuzione dell'opera) o addirittura diviene definitivamente impossibile".

[152] BIANCA, *op. ult. cit.*, p. 15. È dubbio se l'esimio Autore faccia applicazione analogica dell'articolo 1186 c.c. per l'uso dell'avverbio "analogamente" nell'incipit della proposizione: "Analogamente può quin-



Per altra via [153] si è invece sostenuto che pur non essendo identico il presupposto dell'*exceptio inadimpleti contractus* in quanto inadempimento e dichiarazione anticipata di non voler adempiere non sono equiparabili dal punto di vista definitorio e dogmatico, vi sarebbe tra le due ipotesi un'identità diversamente graduata, più accentuata in caso di inadempimento, più ridotta in caso di dichiarazione anticipata di non voler adempiere, dello stesso fenomeno, il pericolo d'inadempimento (o, meglio, il pericolo di perdere la controprestazione ma anche la propria prestazione) dal quale il creditore intende proteggersi in quanto (anche) debitore [154]. In ogni caso, il comportamento del creditore il cui termine di adempimento sia successivo, in quanto contrario a buona fede, legittimerebbe, rendendolo, per definizione *secundum bonam fidem*, l'esercizio dell'eccezione d'inadempimento promosso da controparte [155]

L'atteggiamento della giurisprudenza sembra però ormai consolidato, al di là delle dispute dottrinali, nel ritenere possibile l'uso dell'eccezione d'inadempimento dinanzi a situazioni di pericolo d'inadempimento [156].

---

di ammettersi che il debitore decada dal beneficio del termine se col fatto della propria dichiarazione di volontà abbia reso ragionevolmente certo il futuro inadempimento". *Contra* ADDIS, *op. cit.*, nota 39, pp. 40-1, ad avviso del quale la tesi in esame astrae dalla natura specifica della fattispecie di cui all'articolo 1186 c.c. dedicata al mutamento di condizioni economiche del debitore e, quindi, insuscettibile di ricomprendervi i casi di inattitudine "al (futuro) inadempimento".

[153] BIGLIAZZI GERI, *op. cit.*, p. 29.

[154] Ciò induce l'autrice a recuperare l'autonomia del presupposto del pericolo d'inadempimento quale fondamento dell'articolo 1461 c.c., attraverso una formalistica e puramente teorica distinzione tra la dichiarazione di non voler adempiere, rilevante ai fini dell'articolo 1460 c.c. e la dichiarazione di non poter adempiere, rilevante ai fini dell'articolo 1461 c.c. (BIGLIAZZI GERI, *op. cit.*, p. 69 e, più in particolare, p. 30, in nota 2) mancando la quale, secondo l'autrice, resterebbe da applicare solo il rimedio dell'articolo 1460 c.c.

[155] BIGLIAZZI GERI, *op. cit.*, p. 29.

[156] Cass. civ., 11 novembre 2003, in *Guida al diritto,* 2004, 1, 54; Cass. civ. 4 novembre 2003, n. 16530, in *Mass. Giur. It.,* 2003 e nello stesso senso Cass. civ. 8 settembre 2017, n. 20939 e, ancora più di recente, Cass. civ. 18 agosto 2020, n. 17214 secondo cui: "Come da tempo ribadito da questa Corte, la disposizione di cui all'arti. 1460, prima comma, ultima parte, cod. civ., secondo la quale l'eccezione di inadempimento non è ammissibile quando termini diversi per l'adempimento siano stabiliti dalle parti o risultino dalla natura del contratto, dev'essere interpretata nel senso che, pure in tale ipotesi, l'eccezione è consentita quando sia già evidente che la controprestazione non potrà mai essere adempiuta o vi siano fondate probabilità di un ritardo tale da superare il temine fissato in contratto per la controprestazione, eccedendo i limiti della normalità secondo un'interpretazione di buona fede ovvero, ancora, quando vi sia un evidente pericolo di perdere la controprestazione (v. ad es. Cass. 8 settembre 2017, n. 20939). Infatti, l'art. 1460 cod. civ. esclude soltanto che, nei contratti con prestazioni corrispettive, ove sia pattiziamente prevista la diversità dei termini di adempimento, il contraente tenuto per primo alla prestazione e resosi inadempiente possa giovarsi dell'*exceptio inadimpleti contractus,* salva l'ipotesi, sopra ricordata, del pericolo di perdere la controprestazione (Cass. 28 agosto 2002, n. 12609).".



La lettura integrale delle decisioni, quando disponibili, non dissolve l'incertezza e le imprecisioni che sembrano trasparire dalle massime in quanto realmente l'uso del rimedio ex articolo 1460 c.c. in situazioni di pericolo d'inadempimento appare spurio o deformato dalla peculiarità delle circostanze concrete esaminate in cui, in ultima analisi, o l'adempimento non è più possibile a cagione del comportamento stesso del debitore tenuto solo successivamente alla prestazione con evidente rischio (per non dire certezza) del soggetto tenuto per primo di perdere la prestazione propria senza riceverne in cambio alcuna o le capacità patrimoniali del debitore sono diminuite al punto che è a rischio il conseguimento della prestazione [157] oppure ancora, ed è questo il caso che maggiormente interessa, il caso concreto non è sussumibile né nella categoria dell'inadempimento vero e proprio (da cui il creditore si protegge con l'esperimento della tutela dell'articolo 1460 c.c.) né nel pericolo di inadempimento causato da mutamento della situazione patrimoniale del debitore (da cui il creditore si difende con lo schermo dell'articolo 1461 c.c.), eppure rimane al giudice la difficoltà di preservare l'equilibrio sinallagmatico, riconoscere tutela contro un rischio evidente di squilibrio a svantaggio di una delle parti del contratto e, al contempo, individuare il mezzo idoneo approntato dall'ordinamento che, con maggiore economia di mezzi, permetta di attingere l'obiettivo.

In questi casi, sembra che si sovrappongano elementi e presupposti propri dell'articolo 1460 c.c. e dell'articolo 1461 c.c. al punto che alcuni ritengono, sia pure con atteggiamento critico, che i giudici abbiano fatto applicazione "di una norma creata *ex novo,* risultante dalla combinazione delle fattispecie previste dagli artt. 1460 e 1461 c.c." [158], laddove altri, positivamente, riconoscendo il bisogno di protezione giuridica che sarebbe necessario, promuove l'applicazione, per via analogica, del combinato disposto dei succitati articoli [159].

---

[157] ADDIS, *op. cit.*, p. 430.

[158] SARDO, *op. cit.*, p. 454.

[159] ADDIS, *op. cit.*, p. 431-2, il quale tuttavia e, in aggiunta, osserva che il nostro ordinamento contiene già una tutela dilatoria contro il pericolo d'inadempimento, genericamente individuato, che prescinde dalle più strette maglie del mutamento delle condizioni patrimoniali del debitore ossia l'articolo 71 della Convenzione di Vienna sulla vendita internazionale di beni mobili (v. *infra* nota 11). L'esigenza di venire incontro al contraente fedele per esigenze di equità in casi in cui apparirebbe che lo *strictum jus* non possa sovvenire è presente a PORRARI, *Eccezione di inadempimento,* in *Riv. dir. civ.* 1985, II, p. 638-9 che, pur definendo, "sovversiva" una decisione (Cass. civ., 28 novembre 1984, n. 6196, in *Mass.,* 1984) con inversione cronologica che riconosce l'opponibilità dell'eccezione da parte del contraente tenuto per primo, condivide la conclusione raggiunta dalla Suprema Corte per non lasciare sguarnito di tutela detto contraente che veda in evidente pericolo la controprestazione. Ciò non esclude, ad avviso di BIGLIAZZI GERI, *op. cit.*, p. 36, che dovendo l'interprete valutare la buona fede alla luce delle "concrete circostanze", come recita il se-



7. – Esaminati i presupposti dell'eccezione d'inadempimento, resta da svolgere l'analisi sui limiti estrinseci all'esercizio del potere di rifiuto del contraente fedele giacché, pur in presenza di tutte le condizioni richieste dall'articolo 1460 c.c., l'esercizio dell'eccezione potrebbe considerarsi illegittimo se in violazione del limite della buona fede.

È molto discusso cosa debba tuttavia, almeno nel contesto dell'esercizio dell'eccezione d'inadempimento, intendersi per buona fede, posto come assunto che, in ogni caso, di buona fede in senso oggettivo si tratti.

L'orientamento prevalente in giurisprudenza tende a far coincidere la buona fede dell'esercizio dell'eccezione con la gravità dell'inadempimento cui reagisce per cui dove l'inadempimento che è presupposto dell'*exceptio inadimpleti contractus* è grave, è in buona fede l'eccipiente mentre qualora l'inadempimento medesimo grave non sia, l'*exceptio* non è opponibile [160]. A volte alla gravità si aggiunge il vaglio del rispetto della correttezza ex articolo 1175 c.c. imposta alle parti in relazione alla natura del contratto e alle finalità che con questo si perseguono [161]. Nel contesto della pandemia provocata dalla diffusione del *coronavirus* la giurisprudenza di merito ha ritenuto che gli effetti endemici della propagazione del contagio possa avere effetto lenitivo sulla gravità dell'inadempimento [162]. Difatti, la previsione dell'art. 91 del D.L. n. 18 del 2020 convertito nella

---

condo comma dell'articolo 1460 c.c., anche elementi desumibili dalla situazione soggettiva dell'eccipiente (ma, riterremmo, a questo punto, pure dello stesso soggetto inadempiente) possano essere tenuti in conto (v. *infra* nota 162).

[160] Cass. civ. 6 agosto 1999, n. 8481, in *Mass. Giur. It.* 1999: "La facoltà del compratore di sospendere il pagamento del prezzo, a norma dell'articolo 1482 c.c., costituendo un'applicazione alla compravendita del principio generale inadimplenti non est adimplendum di cui all'art. 1460 c.c. postula non la sola esistenza del diritto reale di godimento in favore di terzi ma che la sospensione del pagamento non sia contraria alla buona fede e di conseguenza il compratore non può avvalersi di tale facoltà, per la carenza di tale estremo, quando l'inadempienza contestata al venditore non sia grave". Nella giurisprudenza di merito, Trib. Bari, 27 ottobre 2006, in *DeJure;* Trib. Monza, 4 settembre 2006, in *DeJure*.

[161] Cass. civ., sez. lavoro, 7 novembre 2005, n. 21479, in *Mass. Giur. It.,* 2005 e *Lavoro nella giur.* 2006, 6, 600.

[162] Trib. Catania, sez. V, 30 luglio 2020, (*massima redazionale One Legale*): "In tema di locazioni e misure anti-Covid, deve ritenersi che l'art. 91 del d.l. n. 18 del 2020 convertito nella l. n. 27 del 2020 (secondo cui "il rispetto delle misure di contenimento di cui al presente decreto è sempre valutato ai fini dell'esclusione ai sensi e per gli effetti degli artt. 1218 e 1223 c.c. della responsabilità del debitore, anche relativamente all'applicazione di eventuali decadenze o penali connesse ritardati o omessi pagamenti") incida nella valutazione della gravità dell'inadempimento del conduttore in relazione alla domanda di risoluzione del contratto". Anche la sentenza del Tribunale di La Spezia del 15 dicembre 2020, n. 617 ha escluso la gravità dell'inadempimento ex articolo 1455 c.c. invocando in proposito l'applicazione dell'articolo 91 del d.l. 18/2020 pure con riferimento alle obbligazioni pecuniarie e anche dove l'attività, fonte di reddito del debitore, non fosse stata specifico oggetto di provvedimenti restrittivi (in tal senso anche Trib. Bologna 4 giugno 2020 e Trib. Venezia 30 agosto 2020, tutte sentenze rinvenibili su *One Legale*). In generale, l'emer-



L. n. 27 del 2020 secondo cui "il rispetto delle misure di contenimento di cui al presente decreto è sempre valutato ai fini dell'esclusione ai sensi e per gli effetti degli art. 1218 e 1223 c.c. della responsabilità del debitore, anche relativamente all'applicazione di eventuali decadenze o penali connesse ritardati o omessi pagamenti" con l'uso della locuzione avverbiale "anche" sembra lasciare teoricamente aperta all'interprete la possibilità di escludere del tutto un simile inadempimento, quale giustificazione della paralisi della controprestazione per effetto dell'articolo 1460 c.c. È doveroso avvertire, tuttavia, che in tal modo si potrebbe assistere a squilibri contrattuali non dissimili ovvero analoghi a quelli che si vedranno a proposito dell'obbligo a contrarre del monopolista (Parte B) 4.).

L'uso dell'eccezione d'inadempimento per paralizzare un inadempimento di lieve entità, si presta ad essere qualificato pretestuoso e, quindi, a "mascherare" l'inadempimento o la mancanza di volontà di adempiere da parte dell'eccipiente [163]. Non sempre, nelle decisioni dei giudici, la gravità dell'inadempimento ha il significato tecnico ad esso riconducibile [164] ma assume il ruolo di strumento di misurazione della correttezza della

---

genza nazionale seguita alla diffusione del cd. Coronavirus ha portato all'adozione di misure straordinarie di settore con stravolgimento dei principi più elementari del diritto dei contratti. In questo senso basti pensare all'articolo 5 del D.L. 16 luglio 2020, n. 76 (convertito con modificazioni dalla L. 11 settembre 2020, n. 120) che reca, nella *rubrica legis* un richiamo espresso (anche se non del tutto originale) relativo alle misure urgenti per la semplificazione e per l'incentivazione degli investimenti pubblici e privati nella difficile congiuntura economica determinata (da ultimo anche) dall'emergenza pandemica, che interviene sul codice degli appalti pubblici (d.lgs. 50/2016) sia pure in via di deroga necessariamente temporanea e fino al 31 dicembre 2021, stabilendo al comma 6 che: "le parti non possono invocare l'inadempimento della controparte o di altri soggetti per sospendere l'esecuzione dei lavori di realizzazione dell'opera ovvero le prestazioni connesse alla tempestiva realizzazione dell'opera". Si tratta di un divieto che, come intuibile, colpisce il solo soggetto privato, ad onta dell'apparente paritario riferimento alle parti del contratto, limitando le possibili sospensioni delle opere appaltate ai soli casi contemplati dal comma 1 del medesimo articolo.

[163] Cass. civ. 5 marzo 1988, n. 2294, in *Mass. Giur. It.,* 1998: "nell'eseguire l'indagine sulla buona fede della parte che abbia sollevato l'eccezione d'inadempimento a norma dell'articolo 1460 c.c., il giudice deve procedere ad una valutazione comparativa delle reciproche inadempienze delle parti e, conseguentemente, quando l'inadempimento della controparte risulti di lieve entità, deve ritenere contrario a buona fede il rifiuto ad adempiere opposto dalla prima, costituendo soltanto un mezzo con cui tende pretestuosamente a mascherare la propria inadempienza, anziché uno strumento di tutela del proprio diritto". Cass. civ. 18 maggio 1988, n. 3465, in *Mass. Giur. It.,* "Con riguardo all'eccezione di inadempimento ai sensi dell'articolo 1460 c.c., il giudice deve valutare se costituisca strumento per la tutela del proprio diritto ovvero mezzo per mascherare il proprio inadempimento, assumendo a tale fine rilevanza il fatto che la giustificazione del rifiuto o del ritardo nell'adempiere sia resa nota alla controparte soltanto in occasione del giudizio e non, come la correttezza e la buona fede imporrebbero, durante l'esecuzione del contratto". Nella giurisprudenza di merito v. App. Napoli, 1 marzo 2006, in *DeJure.*

[164] Al contrario, alcune pronunce espressamente si riferiscono all'articolo 1455 c.c. Cass. civ. 5 marzo 1984, in *Mass. Giur. It.,* 1984; Cass. civ. 3 luglio 2000, n. 8880, in *Riv. not.,* 2001, 242, con nota di CASU. Trib. Trento, 12 ottobre 1984, in *Giur. merito,* 1985, p. 812.



reazione nell'ambito di un giudizio di proporzionalità anche quando due reciproci inadempimenti si pongano a confronto [165].

Più specificamente, il vaglio giurisprudenziale di buona fede applicato all'eccezione d'inadempimento, specie allorché due pretesi inadempimenti si contrappongano, si appunta su tre elementi, quello cronologico, quello di causalità e quello di proporzionalità [166].

Quanto al criterio di proporzionalità, esso dev'essere ulteriormente circoscritto, delimitato e definito alla luce delle peculiarità concrete del caso [167].

L'equazione tra la gravità dell'inadempimento e la mancanza di buona fede dell'ecci-

---

[165] Cass. civ. 7 marzo 2001, n. 3341, *cit.* "L'*exceptio non rite adimpleti contractus* di cui all'art. 1460 c.c., postula la proporzionalità tra i rispettivi inadempimenti, da valutare non in rapporto alla rappresentazione soggettiva che le parti se ne facciano, ma in relazione all'oggettiva proporzione degli inadempimenti stessi riguardata con riferimento all'intero equilibrio del contratto e alla buona fede; ne consegue che il conduttore, qualora abbia continuato a godere dell'immobile, per quanto lo stesso presentasse vizi, non può sospendere l'intera sua prestazione consistente nel pagamento del canone di locazione, perché così mancherebbe la proporzionalità tra i rispettivi inadempimenti, potendo giustificarsi soltanto una riduzione del canone proporzionata all'entità del mancato godimento, applicandosi, per analogia, i principi dettati dall'art. 1584 c.c.". Cass. civ. 7 gennaio 2004, n. 58, "In tema di responsabilità contrattuale, l'"*exceptio non rite adimpleti contractus"* di cui all'art. 1460, secondo comma, c.c., postula la proporzionalità in relazione all'inadempimento della controparte, da valutarsi non già in rapporto alla rappresentazione soggettiva della parte bensì in termini oggettivi, con riferimento all'intero equilibrio del contratto ed alla buona fede".

[166] SACCO, *op. cit.*, p. 646. Cass. civ. 22 gennaio 2000, n. 699, in *Mass. Giur. It.,* 2000: "Nei contratti con prestazioni corrispettive, quando una delle parti giustifica il proprio inadempimento con l'inadempimento dell'altra ai sensi dell'art. 1460 c.c., occorre procedere alla valutazione comparativa del comportamento dei contraenti con riferimento non solo all'elemento cronologico delle rispettive inadempienze, ma altresì ai rapporti di causalità e proporzionalità delle stesse rispetto alla funzione economico-sociale del contratto al fine di stabilire se effettivamente il comportamento di una parte giustifichi il rifiuto dell'altra di eseguire la prestazione dovuta, tenendo presente il principio che quando l'inadempimento di una parte non sia grave, il rifiuto dell'altra non è di buona fede e quindi non è giustificato". Cass. civ. 12 agosto 2010, n. 18633 (ined.); Cass. civ. 9 giugno 2010, n. 13894 (con riferimento ai criteri di causalità, proporzionalità e cronologico); Trib. Milano, 28 dicembre 2007, in *Lavoro nella giur.,* 2008, 6, 634. Circa il criterio di proporzionalità, Cass. civ. 6 settembre 2012, in *One Legale,* ha specificato che il giudice debba soppesare gli inadempimenti reciproci tra di essi ma in relazione "alla funzione economico-sociale del contratto e alla loro rispettiva incidenza sull'equilibrio sinallagmatico, sulle posizioni delle parti e sugli interessi delle stesse".

[167] Cass. civ. 29 gennaio 2021, n. 2154: "Per stabilire in concreto, dunque, se l'eccezione d'inadempimento sia stata sollevata in buona fede oppure no, è altrettanto pacifico nella giurisprudenza di questa Corte che il giudice di merito deve verificare "se la condotta della parte inadempiente, avuto riguardo all'incidenza sulla funzione economico-sociale del contratto, abbia influito sull'equilibrio sinallagmatico dello stesso, in rapporto all'interesse perseguito dalla parte, e perciò abbia legittimato, causalmente e proporzionalmente, la sospensione dell'inadempimento dell'altra parte (Cass. 04/02/2007 n. 2720; v. anche Cass. 10/11/2003, n. 16822). Ebbene, non vi è alcun dato positivo né ragione logica o sistematica che impongano di adottare, con riferimento al contratto di locazione, una interpretazione diversa ovvero una versione per così dire più limitata di tale strumento di autotutela e dei relativi presupposti.".



piente è stata contestata dalla dottrina [168] con varie argomentazioni [169] tra cui merita menzione la diversità di funzione dettata per la gravità di cui all'articolo 1455 c.c. e la buona fede ex articolo 1460, comma secondo, c.c. La prima destinata a qualificare la serietà di un inadempimento in vista di un rimedio drastico e definitivo quale quello risolutorio, la seconda destinata a correggere possibili abusi di un rimedio dilatorio (o con effetti dilatori [170], se si preferisce); la prima funzionale alla risoluzione che presuppone un inadempimento "di non scarso rilievo", la seconda che si applica anche se vi fosse un mancato adempimento o un inadempimento non imputabile. La buona fede è comparazione di interessi [171], l'importanza dell'adempimento è valutata alla stregua dell'interesse del solo

---

[168] SACCO, *loc. ult. cit.*: "A noi pare chiaro che le garanzie operano a tutela di tutte quante le frazioni del diritto, senza escludere le quote minime di esso, dato che l'eccezione in esame ha natura di una garanzia in senso lato". ZANA, *La regola della buona fede nell'eccezione d'inadempimento*, cit., p. 1385. DALMARTELLO, *op. cit.*, p. 358, nota 4; PERSICO, *op. cit.*, p. 17 e s. A favore dell'orientamento preponderante in giurisprudenza, invece, CUBEDDU, *L'importanza dell'inadempimento,* Torino, 1995.

[169] Oltre alle argomentazioni ricordate nel testo BIANCA, *op. ult. cit.*, p.902, ha sottolineato il caso particolare riguardante l'individuazione nella compravendita di cose generiche in cui al compratore è consentito di non procedere all'individuazione indipendentemente dalla gravità dei vizi e dei difetti di qualità della merce.

[170] PORRARI, *op. cit.*, p. 637.

[171] BIGLIAZZI GERI, *op. cit.*, p. 32-33. Secondo BIANCA, *op. ult. cit.*, p. 905-6, più precisamente la buona fede impone alla parte che, almeno in questo caso, esercita un potere discrezionale (diritto potestativo) di utilizzarlo salvaguardando l'interesse altrui senza compromettere il proprio o senza distoglierlo dal fine cui esso è destinato. L'illustre Autore non si limita ad una enunciazione teorica ma individua quattro categorie o tipi di comportamenti contrari a buona fede che qui si riassumono sinteticamente: a) l'eccezione è opposta nei casi di prestazione inesatta ma non più rimediabile (salvo, da parte dell'inadempiente, l'offerta di risarcimento del danno per equivalente); b) l'eccezione opposta produce effetti pregiudizievoli a carico del debitore, ulteriori rispetto a quelli che risulterebbero dalla semplice sospensione del contratto; c) l'eccezione con effetto estintivo dell'obbligazione dell'eccipiente a fronte di un inadempimento di scarsa importanza; d) l'eccezione sospende prestazioni che sono essenziali a preservare interessi o valori fondamentali della persona (integrità fisica e morale, salute, sicurezza etc.). Il caso sub d), benché non specificamente oggetto della decisione commentata (Cass. civ. 14 febbraio 2008, in *Danno e resp.*, n. 8, 2011, p. 1102 con nota di A.M. BENEDETTI, *Quando basta (ancora) il codice civile. Utenti, pubblici servizi e diritto delle obbligazioni*) si è astrattamente posto per un'interruzione del servizio idrico da parte di un Comune a danno di un utente che pure aveva provveduto al pagamento del relativo canone d'uso, in quanto la Suprema Corte ha ritenuto che il rapporto tra l'utente del servizio idrico e l'ente erogatore era da ritenersi assoggettato alla normativa di diritto privato e l'atto di sospensione dovesse conseguentemente qualificarsi come eccezione d'inadempimento e non come provvedimento amministrativo. Il commento di A. M. BENEDETTI sostiene che il controllo di buona fede debba essere condotto anche in considerazioni del potere contrattuale di ciascuna parte dovendosi differentemente apprezzare il rifiuto del soggetto forte rispetto a quello della parte debole. In questo modo, giustamente ci sembra, si dia ingresso ad elementi soggettivi, quasi di *status,* che tuttavia hanno un sostrato oggettivo o, se si preferisce, oggettivizzato dalla dimensione economica dei rapporti di massa.



creditore [172]. Da ciò consegue secondo la maggioranza degli autori che sarebbe ben possibile un'eccezione conforme a buona fede per paralizzare un inadempimento lieve [173] e, viceversa, la violazione della buona fede pur in presenza di un inadempimento grave [174].

Non mancano, invero, decisioni dei giudici, anche di legittimità, che abbiano provato a disancorare la valutazione della buona fede dal rigido schematismo gravità/non gravità dell'inadempimento. In particolare, in una recente decisione, la Suprema Corte ha esplicitamente escluso che un inadempimento valutato di scarsa importanza potesse, per ciò stesso, colorare di buona fede l'esercizio dell'eccezione d'inadempimento da parte della controparte [175]. La decisione ha fatto da precedente ad una ancor più recente decisione della Suprema Corte che più dettagliatamente ha sviluppato le differenziazioni concettuali tra la nozione di gravità dell'inadempimento nell'ambito della valutazione dei presupposti della risoluzione e quella di buona fede come limite estrinseco dell'esercizio del potere di cui all'articolo 1460 c.c. [176] e ne ha valorizzato la portata facendo leva sul carat-

---

[172] BIGLIAZZI GERI, *loc. ult. cit.*

[173] BIANCA, *op. ult. cit.*, mirabilmente nell'articolare la tipologia di casi di esercizio abusivo dell'eccezione d'inadempimento considera il caso, già sintetizzato *infra* sub c) alla nota 171, in cui l'esercizio del rimedio in parola abbia effetto estintivo – per decorso del termine essenziale ai sensi dell'articolo 1457, comma secondo, c.c., o per violazione di un'obbligazione negativa – dell'obbligazione dell'eccipiente in presenza di un inadempimento non grave (art. 1455 c.c.) della controparte.

[174] REALMONTE, *op. cit.*, p. 230. Anche in giurisprudenza si registrano casi di questo genere, come, ad esempio, sul tema della mancata consegna del certificato di abitabilità al compratore da parte del venditore che, quale inadempimento di un contratto preliminare di vendita, pur non potendo dar luogo a risoluzione del contratto e pur nel rispetto delle norme igienico-sanitarie e urbanistiche, comunque legittima la proposizione di un'eccezione d'inadempimento con conseguente legittimo rifiuto di stipulare il contratto definitivo (Cass. civ. 24 giugno 2010, n. 15313; Cass. civ., 3 luglio 2000, n. 8880, in *Riv. not.,* 2001, p. 243).

[175] Cass. civ. 26 gennaio 2006, n. 1690, in *Impresa,* 2006, 7-8, 1177: "Non incorre in alcuna contraddizione il giudice di merito che apprezzi un comportamento di inadempimento come contrario a buona fede ai fini di giustificare un'eccezione di inadempimento ex art. 1460 c.c. e poi lo consideri di scarsa importanza ai fini di un'azione di risoluzione del contratto per inadempimento. Infatti, i due piani di valutazione sono del tutto diversi. Ai fini della valutazione prevista dall'art. 1460 c.c., l'inadempimento della parte viene valutato solo nell'ottica della realizzazione del sinallagma contrattuale, al fine di considerarlo o meno giustificato in dipendenza dell'inadempimento dell'altra. Tale valutazione si esprime in un confronto tra i due inadempimenti e non nell'oggettiva valutazione di ciascuno di essi e può risolversi negativamente sia per il fatto che le prestazioni corrispettive inadempiute dovessero eseguirsi in tempi diversi (art. 1460, primo comma. c.c.), sia perché uno degli inadempimenti non appaia conforme a buona fede. Il piano di valutazione supposto dall'art. 1455 c.c. in relazione alla non scarsa importanza dell'inadempimento quale fatto giustificativo della risoluzione del contratto è, invece, del tutto diverso, giacché non è funzionale all'apprezzamento della realizzazione del sinallagma contrattuale ma del suo scioglimento e l'inadempimento viene valutato non comparativamente alla condotta dell'altra parte, bensì nel suo significato oggettivo di impedimento alla realizzazione del sinallagma stesso".

[176] Il riferimento è a Cass. civ. 13 febbraio 2008, n. 3472, in GIANNITI, BONAMASSA, GRANDE (a cura di)



tere definitivo e radicale della risoluzione in contrapposizione alla natura dilatoria, conservativa dell'eccezione d'inadempimento [177].

Sentenze scelte in materia civile e penale, Torino, 2008. di cui si riporta ampio stralcio concernente la questione in esame" ... il riferimento alla scarsa importanza dell'inadempimento dell'appaltatore compiuto dalla Corte territoriale per giustificare l'accoglimento della domanda di pagamento del corrispettivo è non solo giuridicamente inesatto, ma altresì fuorviante. La nozione relativa all'importanza dell'inadempimento è infatti impiegata dall'art. 1455 c.c., esclusivamente come limite alla domanda di risoluzione del contratto e non già a quella volta ad ottenere il suo adempimento, differenza che ben si spiega con l'esigenza di prevedere, in qualche modo limitandola, l'operatività del rimedio della risoluzione soltanto nei casi in cui il comportamento di una parte produca un effettivo pregiudizio all'interesse della parte non inadempiente, alterando il c.d. sinallagma funzionale, atteso che la relativa azione è diretta allo scioglimento del vincolo contrattuale, vale a dire a costituire un effetto diverso e contrapposto rispetto a quello della sua esecuzione, che ha già ricevuto un assetto di interessi ben definito tramite il regolamento contrattuale.

La diversità delle due situazioni domanda di risoluzione, da un lato, domanda di adempimento, dall'altro si misura del resto agevolmente proprio dal confronto tra l'art. 1455 c.c., e l'art. 1460 c.c., laddove quest'ultimo, nel disciplinare la facoltà del contraente di rifiutare l'adempimento in ragione dell'inadempimento della controparte, richiede che tale rifiuto, per essere legittimo, non debba essere contrario a buona fede, criterio qui da intendersi come buona fede in senso oggettivo in relazione al generale principio dell'esecuzione del contratto secondo buona fede (art. 1375 c.c.) e che si differenzia dalla nozione di non scarsa importanza dell'inadempimento di cui all'art. 1455 c.c., dal momento che esso tende a salvaguardare l'interesse positivo all'esatto adempimento del contratto con il solo limite costituito dal mero pretesto o abuso. La parte, pertanto, può legittimamente rifiutare di adempiere invocando l'inadempimento della controparte non quando esso riveste una certa gravità, ma purché il suo rifiuto non sia contrario a buona fede. La gravità dell'inadempimento, come si è già rilevato, è infatti un presupposto specificatamente previsto dalla legge per la risoluzione del contratto e trova la ragione della sua previsione proprio nella radicalità e definitività di tale rimedio. L'eccezione di inadempimento è invece attivabile nel caso di inesattezza qualitativa o quantitativa della prestazione pur se tale differenza non sia tale da giustificare la risoluzione del contratto, atteso che l'esercizio di questo mezzo di autotutela incide soltanto sull'esecuzione contrattuale, sospendendola temporaneamente. Con la conseguenza, quindi, sul piano delle garanzie contrattuali, che l'interesse all'adempimento, da intendersi qui come interesse all'esatto adempimento, è tutelato, in conformità al principio della efficacia vincolante del contratto (art. 1372 c.c.), in maniera più intensa rispetto all'interesse alla risoluzione del contratto, non incontrando esso il limite, più rigoroso, della non scarsa importanza, ma soltanto quello della buona fede in senso oggettivo. Il che non significa che la non scarsa importanza dell'inadempimento non possa integrare una di quelle situazioni in presenza delle quali il rifiuto di adempiere possa considerarsi contrario a buona fede, ma evidenzia come i due concetti non siano tra loro identificabili e che, pertanto, una tale affermazione non possa porsi in termini assoluti. Considerazione, questa, che toglie ogni persuasività al richiamo operato dalla sentenza de qua alla circostanza che la giurisprudenza abbia operato talvolta la sovrapposizione di tali criteri (cfr. la massima della sentenza di questa Corte n. 669 del 2000, riportata dalla sentenza de qua) al fine di escludere la legittimità dell'eccezione di inadempimento a fronte di difformità trascurabili".

[177] Secondo il SAPONE, *Exceptio non rite adimpleti contractus e gravità dell'inadempimento,* in *Giur. merito,* 2009, 3, p. 589 ss., poiché la funzione dell'eccezione d'inadempimento ha carattere non solo conservativo, difensivo ma anche compulsivo, in quanto può spingere la controparte alla correzione dell'adempimento inesatto o all'adempimento *tout court* l'equazione tra gravità e mancanza di buona fede rischia di frustrare lo scopo propulsivo dell'eccezione, scopo che legittimerebbe, *a fortiori,* secondo l'Autore, persino una sproporzione tra l'inadempimento e l'eccezione d'inadempimento. A questa generale conclusione farebbero eccezione, sempre nell'opinione dell'Autore, i contratti di durata (benché sia addotto ad esempio



In altra occasione i giudici di legittimità hanno fatto riferimento all'"uso normale del diritto" (in contrapposizione all'abuso in cui si sostanzierebbe la violazione della buona fede) disatteso dall'eccipiente nei casi in cui l'eccezione non sia "rimedio necessario a tutelare l'interesse essenziale perseguito con la conclusione del contratto" [178]. Altrimenti detto, con formula meno circonvoluta, è in buona fede l'eccipiente che ricorra all'*exceptio inadimpleti contractus* quando "...rappresenti il solo mezzo che il contraente ha a disposizione per realizzare lo scopo che egli intendeva raggiungere stipulando il contratto" [179].

Altre volte ancora, la valutazione complessiva del comportamento di buona fede ha interessato l'atteggiamento globalmente tenuto da una delle parti del contratto anche prima e dopo l'esecuzione del contratto, al di là della mera valutazione circa la gravità o meno dell'inadempimento altrui. Piace citare in proposito una decisione in materia di assicurazione [180] e, in particolare, circa l'applicazione dell'articolo 1901 c.c. che, com'è noto dispone la sospensione della copertura assicurativa sino all'avvenuto pagamento del premio. I giudici di legittimità, prendono spunto dalla "consolidata giurisprudenza secondo cui "in tema di assicurazione, l'art. 1901 c.c., comma 2, il quale prevede la sospensione della garanzia per effetto del mancato pagamento del premio alle scadenze convenute – costituisce applicazione dell'istituto generale dell'eccezione d'inadempimento, di cui all'art. 1460 c.c." e, ne inferiscono che "In applicazione di esso [l'istituto dell'eccezione d'inadempimento], deve, pertanto, negarsi all'assicuratore la facoltà di rifiutare la garanzia assicurativa ove ciò sia contrario a buona fede, come nel caso in cui

---

dal Sapone il solo contratto di lavoro subordinato) nei quali, la prestazione rifiutata dall'eccipiente non sarebbe più recuperabile (si pensi appunto all'astensione dal lavoro del prestatore di lavoro che si ritenga leso da un inadempimento del datore di lavoro) con l'effetto di produrre una perdita di utilità irreversibile il cui sacrificio esigerebbe che l'eccipiente risponda solo ad un inadempimento grave.

[178] Cass. civ. 21 febbraio 1983, n. 1308, in *Giust. civ.,* 1983, I, p. 2379, con nota di COSTANZA, *Buona fede ed eccezione di inadempimento.* Nella controversia decisa, l'acquirente di un immobile ipotecato che aveva opposto il proprio rifiuto a pagare il prezzo nelle mani del creditore ipotecario con il consenso del venditore e del creditore stesso e la Corte ha ritenuto che il rifiuto dovesse considerarsi di buona fede o meno in ragione del fatto se le modalità di pagamento individuate fossero o meno idonee a estinguere l'ipoteca e liberare l'immobile. L'affermazione secondo cui la buona fede consiste nell'uso normale del diritto è considerata sostanzialmente pleonastica da BIANCA, *op. ult. cit.*, in quanto generica come, secondo l'illustre Autore, anche la diversa teoria che riconduce la buona fede all'uso del dell'eccezione in coerenza con l'interesse contrattuale perseguito dal contratto.

[179] COSTANZA, *Buona fede ed eccezione di inadempimento*, cit., p. 2389. In questo senso anche SARDO, *op. cit.*, p. 455.

[180] Cass. civ. 19 dicembre 2006, n. 27132, in *Mass. Giur. It.,* 2006 e *Contratti,* 2007, 6, p. 579; v. anche Cass. civ. 11 giugno 2010, n. 14065.



l'assicuratore medesimo abbia, sia pure tacitamente, manifestato la volontà di rinunciare alla sospensione, ad esempio tramite ricognizione del diritto all'indennizzo ovvero accettazione del versamento tardivo del premio senza effettuazione di riserve nonostante la conoscenza del pregresso verificarsi del sinistro (Cfr. Cassazione sezione lavoro n. 15407 del 2 dicembre 2000 e Cassazione civile sezione terza n. 13344 del 19 luglio 2004).

La censura del *venire contra factum proprium* sembra ispirare anche la giurisprudenza che nega al locatario che non abbia denunziato i vizi del bene locato all'atto della stipulazione del contratto di potersene avvalere ai fini dell'opponibilità dell'eccezione d'inadempimento [181] mentre altra decisione [182] ha ritenuto che un inadempimento grave che non incida sulla prestazione in rapporto di diretta corrispettività non legittimi l'esercizio dell'eccezione d'inadempimento [183].

È presto, cionondimeno, per sostenere che la giurisprudenza si sia decisamente mossa verso nuovi e più rigorosi approdi in tema di giudizio di buona fede ché nella maggioranza dei casi essa rimane persistentemente ancorata al criterio di equivalenza tra scarsa importanza dell'inadempimento e buona fede o gravità dell'inadempimento e mancanza di buona fede [184] [185].

---

[181] Cass. civ. 6 agosto 2010, n. 18337 (inedita).

[182] Cass. civ. 8 aprile 2010, n. 8369 (inedita).

[183] Non può ritenersi di per sé una forma di *venire contra factum proprium* la proposizione giudiziale dell'eccezione, non sollevata in fase stragiudiziale. Un'interessante e recente ordinanza della Cassazione, già sopra citata (Cass. civ. 18 agosto 2020, n. 17214), ha precisato che la parte inadempiente che eccepisca in giudizio l'inadempimento altrui a propria scusante, non abbia l'onere di previamente sollevare l'eccezione in fase stragiudiziale tantomeno in modo formale attraverso diffide o contestazioni, sia pure generiche, dell'inadempimento della controparte. Anche in questo caso, però, saranno le circostanze concrete rimesse alla valutazione del giudice di merito, salvi i profili rilevanti ex articolo 360, primo comma, n. 5, c.p.c., a orientare l'interprete verificando se in concreto l'esperimento dell'eccezione sia solo strumentale e quindi essenzialmente contraria a buona fede il che tuttavia non si traduce nell'inammissibilità dell'eccezione ma solo nella sua inefficacia ossia nell'inidoneità dell'eccezione a giustificare l'inadempimento o a ritardarlo.

[184] V. Cass. civ., 8 gennaio 2010, n. 74, in *Dir. e giust.*, 2010, con nota di Izzo.

[185] Tuttavia, nel senso di ancorare la ponderazione dell'eccezione a parametri diversi e ulteriori rispetto alla gravità dell'inadempimento si segnala Cass. civ. sez. lavoro del 07 maggio 2013, n. 10553, secondo cui. "il requisito della buona fede previsto dall'art. 1460 c.c., comma 2 per la proposizione dell'eccezione *inadimplenti non est adimplendum* sussiste quando tale rifiuto sia stato determinato non solo da un inadempimento grave, ma anche da motivi corrispondenti agli obblighi di correttezza che l'art. 1175 c.c. impone alle parti in relazione alla natura del contratto e alle finalità da questo perseguite (cfr. Cass. *cit.* ed ivi n. 4743/1998)". È opportuno aggiungere che, però, il richiamo alla correttezza contenuto nella decisione, unito a quello circa la gravità dell'inadempimento, appare scarno e incerto quanto al rilievo autonomo del parametro della correttezza ex articolo 1175 c.c.



8. – Il panorama giurisprudenziale antecedente l'ormai famoso arresto delle Sezioni Unite della Corte di Cassazione del 30 ottobre 2001, n. 13533 [186] era composto di due orientamenti in ordine al tema generale del riparto dell'onere della prova ex articolo 2697 c.c. rapportato ai due rimedi che l'articolo 1453 c.c. contempla in ipotesi di inadempimento.

Il primo orientamento chiede al creditore di provare l'inadempimento del contratto solo quando è domandata la risoluzione mentre la richiesta di adempimento può essere sorretta dalla sola e semplice statuizione dell'esistenza della fonte dell'obbligo della controparte e, quindi, del diritto del creditore a ricevere la prestazione. L'orientamento avverso, invece, in forza dell'identità dei presupposti delle due azioni (risoluzione e adempimento), entrambe con fonte nel titolo, fonte del diritto azionato, riteneva possibile e doverosa una soluzione omogenea che imponesse al creditore solo di provare l'esistenza del titolo salvo l'onere del debitore, appunto, di dover provare il fatto estintivo eccepito in difesa. Al fine le Sezioni Unite privilegiano il secondo orientamento (definito minoritario) per due ragioni o, se si vuole, nella nomenclatura della Suprema Corte, due principi convergenti, quello di "prossimità della prova" e quello di "persistenza della prova". Il primo, desumibile dall'articolo 2697 c.c., secondo il quale il diritto sorto si presume esistente sin quando non venga data prova di un fatto contrario di natura estintiva così dimostrata la nascita di un diritto di credito, l'inadempimento si presume se l'attore ne faccia allegazione; il secondo principio, quello della "vicinanza o prossimità della prova" tende a gravare dell'onere probatorio il soggetto che debba dare prova di un fatto positivo, piuttosto che di un fatto negativo e il soggetto che in un inevitabile condizione di asimmetria informativa disponga verosimilmente di maggiori mezzi probatori o affronti un minor costo per procurarseli.

In questa sede poco interessa e poco è opportuno diffondersi in un'analisi approfondita e dettagliata dell'argomentazione giuridica e logica trasfusa dalle Sezioni Unite nella decisione citata se non per intendere quali conclusioni essa ne tragga in materia di ecce-

---

[186] La decisione è stata in più riviste pubblicata e ampiamente commentata ma in questa sede valga solo un richiamo ad alcuni commenti in cui peraltro si potrà agevolmente trovar traccia di ulteriori, numerose pubblicazioni di commento. *Corriere giur.* 2001, p. 1565 con nota di MARICONDA, *Inadempimento e onere della prova: le Sezioni Unite compongono un contrasto e ne aprono un altro; Contr.* 2002, p. 113 con nota di CARNEVALI *Inadempimento e onere della prova*, *Nuova giur. civ. comm.,* 2002, I, p. 349 con nota di MEOLI *Risoluzione per inadempimento e onere della prova*, *Riv. dir. civ.,* 2002, II, p. 7907 (s.m.) con nota di VILLA, *Onere della prova, inadempimento e criteri di razionalità economica;* nonché gli articoli di VISINTINI, *Studi in onore di Piero Schlesinger,* II, Milano, 2004, p. 1701 ss.; SCARPA, *Responsabilità contrattuale e onere della prova: l'incertezza probatoria rientra tra i rischi della prestazione,* in *Giur. merito,* 2007, 1, p. 248.



zione d'inadempimento e di onere della prova a carico dell'eccipiente, trascrivendo direttamente i passi salienti, in merito, dell'arresto: "Eguale criterio di riparto dell'onere della prova [s'intende quello sostenuto dall'orientamento minoritario accolto appunto dalle Sezioni Unite] deve ritenersi applicabile nel caso in cui il debitore, convenuto per l'adempimento, la risoluzione o il risarcimento del danno da inadempimento si avvalga dell'eccezione di inadempimento di cui all'art. 1460 c.c. per paralizzare la pretesa dell'attore. In tale eventualità i ruoli saranno invertiti. Chi formula l'eccezione può limitarsi ad allegare l'altrui inadempimento: sarà la controparte a dover neutralizzare l'eccezione, dimostrando il proprio adempimento o la non ancora intervenuta scadenza dell'obbligazione a suo carico (in tal senso. sent. n. 3099/87; n– 13445/92; n. 3232/98) (...) Le richiamate esigenze di omogeneità del regime probatorio inducono ad estendere anche nell'ipotesi dell'inesatto adempimento il principio della sufficienza dell'allegazione dell'inesattezza dell'adempimento (per violazione di doveri accessori, come quello di informazione, ovvero per mancata osservanza dell'obbligo di diligenza, o per difformità quantitative o qualitative dei beni) gravando anche in tale eventualità sul debitore l'onere di dimostrare l'avvenuto esatto adempimento. Appare artificiosa la ricostruzione della vicenda secondo la quale il creditore che lamenta un inadempimento inesatto manifesterebbe, per implicito la volontà di ammettere l'avvenuto adempimento. In realtà, il creditore esprime una ben precisa ed unica doglianza, incentrata sulla non conformità del comportamento del debitore al programma negoziale, ed in ragione di questa chiede tutela, domandando l'adempimento, la risoluzione o il risarcimento. D'altra parte la diversa consistenza dell'inadempimento totale e dell'inadempimento inesatto non può giustificare il diverso regime probatorio. In entrambi i casi il creditore deduce che l'altro contraente non è stato fedele al contratto. Non è ragionevole ritenere sufficiente l'allegazione per l'inadempimento totale (massima espressione di infedeltà al contratto) e pretendere dal creditore la prova del fatto negativo dell'inesattezza se è dedotto soltanto un inadempimento inesatto o parziale (più ridotta manifestazione di infedeltà al contratto). In entrambi i casi la pretesa del creditore si fonda sull'allegazione di un inadempimento alla quale il debitore dovrà contrapporre la prova del fatto estintivo costituito dall'esatto adempimento".

Quindi, in coerenza con la tesi espressa e con l'esigenza di omogeneità di soluzione, esigenza cui è sotteso il bisogno di certezza del diritto, anche a scapito di alcune semplificazioni [187] o di potenziali abusi [188], il soggetto eccipiente l'inadempimento o l'inesatto

[187] Semplificazioni che contraddicono, a nostro avviso, proprio il principio di "prossimità della prova" poiché, se il convenuto eccepisce l'inesatto adempimento, ammette per ciò stesso di aver ricevuto una pre-



adempimento della controparte dovrà limitarsi ad allegarlo [189]. La direzione indicata dalla nota pronuncia in tema di onere della prova in ambito contrattuale appare seguita in tema di eccezione di inadempimento contrattuale anche dalla successiva giurisprudenza della Corte di Cassazione [190].

È intuitivo quali conseguenze possa comportare la soluzione fatta propria dalle Sezioni Unite nel riferito pronunciamento quando si ponga mente ai seguenti casi: in tema di appalto, il committente che voglia resistere alla richiesta di pagamento del corrispettivo dell'opera denuncerebbe la difformità della stessa rispetto al progetto sollevando un'*exceptio non rite adimpleti contractus* e l'appaltatore avrà in carico l'onere di provare che l'opera, al contrario, è stata realizzata e realizzata conformemente al progetto [191] oppure al caso del consumatore che, acquistato un bene di consumo, invochi la

---

stazione per cui gli sarà più agevole provare cosa non abbia ricevuto (ADDIS, *op. cit.*, p. 458, nota 116). L'argomento è rigettato dalla Corte sia negando che il creditore ammetta alcunché lamentando il pregiudizio sofferto sia riaffermando superiori esigenze di uniformità del riparto dell'onere della prova in caso di inadempimento totale e parziale. Per contro, la contraddizione tra il "principio di vicinanza della prova" e l'onere della prova posto a carico dell'esatto adempimento del debitore cui venga eccepito il parziale inadempimento è al cuore della decisione del T.A.R. Campania, sez. Napoli, 22 marzo 2002, n. 1614, in *Foro Amm. TAR,* 2002, III, p. 1671, con nota di ELEFANTE, *Giudizio amministrativo ed onere della prova dell'inadempimento,* che ritiene, invece, l'onere della prova posto a carico dell'eccipiente in caso di *exceptio non rite adimpleti contractus* compatibile con la sentenza 13533/2001 delle Sezioni Unite proprio in quanto conforme al "principio di vicinanza della prova" da quella decisione enunciato. BIANCA, *Inadempimento delle obbligazioni*, cit., p. 176, ritiene che l'adempimento parziale comporti una parziale insussistenza del "principio di persistenza".

[188] Di cui è menzione in MARICONDA, *Inadempimento e onere della prova: le Sezioni Unite compongono un contrasto e ne aprono un altro*, cit., p. 712; l'Autore, peraltro molto critico verso la decisione delle Sezioni Unite, paventa la possibilità che una rigida applicazione del criterio penalizzi il creditore inadempiente a vantaggio della parte che avendo pur ricevuto la prestazione, si limita ad eccepirne la correttezza senza fornire alcuna prova.

[189] Il riparto dell'onere della prova così inteso dalle Sezioni Unite in tema di *exceptio non rite adimpleti contractus* è difforme dall'opinione della dottrina prevalente, rappresentata in ciò da REALMONTE, *op. cit.*, p. 236.

[190] Cass. civ. 15 aprile 2014, n. 8736 e ancora più di recente Cass. civ. 29 gennaio 2021, n. 2154 che richiama la già citata decisione delle sezioni unite del 2001 per censurare una decisione della Corte di Appello di Roma che dichiarava la risoluzione per inadempimento di un contratto di locazione. La corte d'Appello di Roma, rovesciando la decisione di primo grado, aveva ritenuto che il conduttore di un immobile che aveva sospeso il pagamento del canone ex articolo 15460 c.c. non aveva dato prova della pretesa inidoneità del locale allo svolgimento dell'attività commerciale in quanto sprovvisto del cambio di destinazione d'uso e della agibilità. La Suprema Corte ha quindi ritenuto erronea la distribuzione dell'onere probatorio effettuata dai giudici di merito in quanto, a fronte dell'eccezione di inadempimento del conduttore, il locatore era tenuto a: "*dimostrare di avere correttamente e pienamente adempiuto all'obbligo di rendere l'immobile locato pienamente idoneo all'uso pattuito*".

[191] Ciò che conclude proprio Cass. civ. 20 gennaio 2010, n. 936, in *Guida al dir.* 2010, 8, p. 74 (s.m.)



difformità ai sensi dell'articolo 129 del Decreto Legislativo 6 settembre 2005, n. 206 (noto come "Codice del Consumo") per costringere il venditore all'ardua prova che il bene fosse, in realtà, conforme ai sensi del predetto articolo 129 del Codice del Consumo [192].

Al di là dei numerosi rilievi critici formulati in dottrina, la decisione ha ben assolto il suo compito di nomofilachia assumendo la guida di un filone giurisprudenziale ormai costante [193] e conforme nel senso che "Eguale criterio di riparto dell'onere della prova deve ritenersi applicabile al caso in cui il debitore convenuto per l'adempimento, la risoluzione o il risarcimento del danno si avvalga dell'eccezione di inadempimento ex articolo 1460 c.c. risultando in tal caso invertiti i ruoli delle parti in lite, poiché il debitore eccipiente si limiterà ad allegare l'altrui inadempimento ed il creditore agente dovrà dimostrare il proprio adempimento ovvero la non ancora intervenuta scadenza dell'obbligazione. Anche nel caso in cui sia dedotto non l'inadempimento dell'obbligazione, ma il suo inesatto adempimento, al creditore istante sarà sufficiente la mera allegazione dell'inesattezza dell'adempimento, gravando ancora una volta sul debitore l'onere di dimostrare l'avvenuto esatto adempimento" [194].

Le notazioni critiche non sono però del tutto disattese in quanto manifestano un disagio reale nell'applicare la troppo rigida formulazione della giurisprudenza delle Sezioni Unite, disagio di cui è già consapevole la giurisprudenza di merito [195].

---

ponendo a carico dell'appaltatore l'onere della prova della regolarità dell'opera di cui il committente aveva denunciato i vizi avvalendosi dell'eccezione d'inadempimento.

[192] Gli esempi sono tratti da SCARPA, *Responsabilità contrattuale e onere della prova: l'incertezza probatoria rientra tra i rischi della prestazione,* in *Giur. merito,* 2007, 1, p. 248 ss. In casi come questi – come anche in casi di fornitura di servizi o prestazione professionali – è stato detto che l'adozione del criterio di riparto accolto dalla Corte di Cassazione a Sezioni Unite, in tema di inadempimento parziale, comporterebbe che "i costi della prova tendono all'infinito" (PORRECA, *Logica e onere della prova nell'ipotesi di adempimento contrattuale viziato: riaffiorano i dubbi nella giurisprudenza di merito,* in *Resp. civ. e prev.,* 2008, 5, p. 1140 commento a Trib. Bologna 21 maggio 2007) se addossati al debitore.

[193] Cass. civ. 15 novembre 2002, n. 16092 in *Guida al diritto,* 2003, 6, p. 62; T.A.R. Calabria, 17 luglio 2003, n. 2347 in *Ragiusan.* 2004, 239/240, 377; Cass. civ. 12 aprile 2006, n. 8615, in *Mass. Giur. It.,* 2006; Cass. civ. 13 giugno 2006, n. 13674, in *Mass. Giur. Civ.,* 2006; Cass. civ. 10 aprile 2008, n. 9439 in *Contratti,* 2008, 8-9, p. 826; Cass. civ. 12 febbraio 2010, n. 3373, in *Guida al dir.,* 2010, 16, p. 83; Tribunale Busto Arsizio, 1 giuno 2010.

[194] In tal senso è la giurisprudenza costante che ripete il principio pedissequamente nelle seguenti decisioni: ci si riferisce a Cass. civ. 24/07/2018, n. 19549 (dove si trovano citate: Cass. civ. n. 826 del 2015; Cass. civ. n. 15659 del 2011; Cass. civ. n. 3373 del 2010; Cass. civ. n. 15677 del 2009; Cass. civ. n. 1743 del 2007; Cass. civ. n. 13674 del 2006).

[195] v. *infra* Trib. Bologna 21 maggio 2007, *cit.* in nota 192 e T.A.R. Campania, cit., in nota 187.



9. – A mo' di completamento dell'illustrazione della tematica dell'eccezione d'inadempimento è utile far cenno al tema della legittimazione alla proposizione dell'eccezione nelle ipotesi in cui si verifichi un mutamento soggettivo del rapporto obbligatorio, dal lato attivo o passivo.

Il campo delle modificazioni soggettive del lato attivo, escludendo i casi di novazione soggettiva, comprende essenzialmente la cessione dei crediti (articoli 1260 e ss.).

È discusso infatti se e quali eccezioni possa proporre il debitore ceduto nei confronti del cessionario del credito poiché, a differenza di quanto espressamente statuito in sede di modificazioni soggettive dal lato passivo [196], manca, in questo caso una specifica disciplina.

In linea generale, il principio accolto in giurisprudenza è che il rapporto tra cedente e ceduto non può considerarsi dal momento della cessione e perciò stesso come travolto e il ceduto ha dunque facoltà di tutelarsi anche nei confronti del cessionario qualora avesse avuto ragione di opporre eccezioni nei confronti del cedente [197].

Dunque, non solo le eccezioni che attengono alla fonte del credito (nullità, annullabilità) o quelle attinenti alle forme di circolazione del credito ma anche quelle attinenti allo sviluppo e alla dimensione esecutiva del rapporto sinallagmatico (se tale rapporto sia sussistente nel caso concreto), a fatti estintivi o modificativi del rapporto obbligatorio e, potrebbe ben dirsi *a fortiori*, le eccezioni legittimanti la sospensione dell'esecuzione della prestazione, si ritengono comprese nella concreta e definita applicazione del principio [198].

Ne consegue che il debitore ceduto potrà opporre al cessionario l'eccezione d'inadempimento o di inesatto adempimento sempre che l'eccezione abbia ad oggetto circo-

---

[196] v. art. 1271 c.c., in tema di delegazione, articolo 1272, 2° co., in tema di espromissione e 1273, 3° co., in tema di accollo.

[197] I giudici ritengono infatti che il trasferimento della posizione creditoria pone il debitore di fronte ad un nuovo soggetto ma pur sempre in base al rapporto che il debito/credito ha originato con la conseguenza che (Cass. civ. 17 gennaio 2001. n. 575, in *Mass. Giur. It.,* 2001): "A seguito della cessione del credito il debitore ceduto diviene obbligato verso il cessionario allo stesso modo in cui era tale nei confronti del suo creditore originario. Pertanto, potrà opporre al cessionario tutte le eccezioni opponibili al cedente sia quelle attinenti alla validità del titolo costitutivo del credito, sia quelle relative ai fatti modificativi ed estintivi del rapporto anteriore alla cessione od anche posteriori al trasferimento, ma anteriori all'accettazione della cessione o alla sua notifica o alla sua conoscenza di fatto".

[198] In tal senso, PANUCCIO, *Cessione dei crediti,* in *Enc. dir.,* VI, Milano, 1960, in particolare pp. 864 e 865, dove si tenta una ricostruzione sistematica e una classificazione delle eccezioni opponibili dal ceduto in funzione della natura delle medesime. BIANCA, *Diritto civile, L'obbligazione.* Milano, 1990, p. 572, pur condividendo l'interpretazione del diritto positivo brevemente sintetizzata nel testo, non manca di sottolineare l'assoluta inadeguatezza di una simile soluzione rispetto all'esigenza di una rapida circolazione dei diritti di credito.



stanze anteriori all'intervenuta accettazione, notifica o, in mancanza di accettazione o notifica, anche in caso di conoscenza effettiva da parte del terzo [199].

In tema di espromissione, l'articolo 1272, terzo comma, c.c., prevede che l'espromittente possa opporre al creditore le eccezioni che avrebbe potuto opporgli il debitore originario "se non sono personali a quest'ultimo e non derivino da fatti successivi all'espromissione". Tralasciando – perché inappropriato da svolgersi in questa sede – l'ampio dibattito sulla natura successoria dell'espromissione [200], basti, in questa sede, rilevare che l'interpretazione della dottrina prevalente consiste nel dedurre dalla lettura della norma testé citata che sono opponibili dall'espromittente all'espromissario le sole eccezioni che, non basate su fatti o circostanze accadute dopo l'espromissione, non siano personali al debitore originario [201].

Interpretando la congiunzione che termina il primo alinea del comma 3 dell'articolo 1272 c.c. come prescrizione della ricorrenza congiuntiva di entrambi i requisiti di esclusione delle eccezioni opponibili, altra dottrina [202] conclude che non sia opponibile dall'espromittente all'espromissario l'eccezione non personale basata su fatti sopravvenuti al mutamento soggettivo del debitore e, per contro, sia possibile all'espromittente opporre all'espromissario sia quelle eccezioni non personali che non si basino su fatti sopravvenuti all'espromissione sia quelle eccezioni che, pur basate su fatti sopravvenuti all'espromissione, non siano personali al debitore originario [203].

In merito, è opportuno notare che l'eccezione d'inadempimento come anche l'eccezione di sospensione *ex* art. 1461 c.c., in quanto eccezioni personali [204], potrebbero proprio sorgere sia da eventi anteriori sia da fatti posteriori all'espromissione.

---

[199] PANUCCIO, *Cessione dei crediti*, cit., p. 868, secondo il quale il fondamento della distinzione tra la fase anteriore e quella posteriore alla conoscenza della cessione da parte del debitore ceduto, comunque quest'ultimo l'abbia acquisita, consiste nell'evitare possibili collusioni tra cedente e ceduto a tutto danno del cessionario.

[200] Sul quale un contributo utile all'orientamento è offerto da LA PORTA, *L'assunzione del debito altrui,* in *Tratt. Cicu-Messineo,* Milano, 2009.

[201] In tal senso, BIANCA, *op. cit.*, p. 669.

[202] GRASSI, *L'espromissione, considerazioni sulle eccezioni opponibili dall'espromittente,* in *Giust. Civ.,* 2001, p. 389.

[203] Condivide l'esito del processo ermeneutico di questa dottrina, pur criticandone l'iter argomentativo basato sul dato letterale, MAIOLO, *L'espromissione,* in BOSETTI (a cura di), *Le modificazioni soggettive del rapporto obbligatorio,* in *Nuova giur. di dir. civ. e comm.* fondata da BIGIAVI, *Diritto delle obbligazioni,* diretto da BRECCIA, Torino, 2010, pp. 553-4 e nota 134 a p. 553.

[204] In tal senso MAIOLO, *L'espromissione*, cit., p. 554 ma anche GRASSI, *L'espromissione, considerazioni sulle eccezioni opponibili dall'espromittente*, cit., pp. 398-403, in particolare, secondo il quale proprio le eccezioni di cui agli articoli 1460 c.c. e 1461 c.c. rientrerebbero tra le eccezioni personali proponibili dall'e-



In tema di delegazione passiva, si ritiene sulla base dell'articolo 1271 c.c., che il delegato possa opporre al delegatario le sole eccezioni attinenti al rapporto con quest'ultimo (compensazione, incapacità di agire al momento dell'assunzione dell'obbligo, etc.) ma che, salvo diversa pattuizione, né le eccezioni attinenti il rapporto di provvista (ossia quello originario tra delegante e delegato) né quelle attinenti al rapporto di valuta (ossia quello intercorrente tra delegante e delegatario). Conseguentemente, salvo, si ripete, il caso di delegazione titolata, il delegato non potrà eccepire l'inadempimento del delegante [205] ma nemmeno l'eventuale inadempimento del delegatario nei suoi rapporti con il delegante.

Nel caso di surrogazione, trattandosi di una vicenda successoria vera e propria, si reputa, con il conforto della giurisprudenza, che il debitore possa opporre al terzo surrogato tutte le eccezioni opponibili già prima della surrogazione al creditore originario e che al terzo siano trasferiti tutti i diritti e rimedi, anche conservativi, azioni ed eccezioni inerenti al titolo contrattuale [206] (benché riesca alquanto difficile ipotizzare, nel contesto qui esaminato, la possibilità dell'esercizio dell'eccezione d'inadempimento).

B) *Mutamento delle condizioni patrimoniali dei contraenti*

1. – In ragione della partecipazione dell'eccezione di cui all'articolo 1461 c.c. dei caratteri o degli effetti dilatori e quindi della centralità nell'ambito del microsistema degli strumenti dilatori, si afferma che comune ai mezzi di tutela di cui agli artt. 1460 e 1461 c.c. è l'ambito di operatività rappresentato dai contratti con prestazioni corrispettive, condivisa è la natura di eccezione sostanziale o in senso proprio, sempre presente il tem-

---

spromittente verso l'espromissario e che, solo eventualmente, possono originare da fatti anteriori all'espromissione. L'Autore, tuttavia, accede ad una tesi restrittiva circa la natura e il campo d'azione dell'eccezione d'inadempimento (in tutto aderente alla tesi di GRASSO, più volte menzionata in questo testo e nelle relative note) che confina l'eccezione d'inadempimento "in senso stretto" ai soli casi di adempimenti simultanei. Pertanto, in coerenza con tale interpretazione restrittiva dell'articolo 1460 c.c., l'Autore annovera i casi di applicazione dell'articolo 1460 c.c. a situazioni diverse dalla tutela del reciproco adempimento simultaneo, tra le eccezioni inerenti all'esigibilità della prestazione e non afferenti alla protezione del sinallagma funzionale e, quindi, in ultima analisi, tra le eccezioni "reali", sempre proponibili dall'espromittente all'espromissario sia che il fatto originante e giustificativo sorga prima sia che sorga dopo il mutamento soggettivo dal lato passivo.

[205] BIANCA, *op. ult. cit.*, p. 646.

[206] MARTONE, *La surrogazione per pagamento,* in BOSETTI (a cura di), *Le modificazioni soggettive del rapporto obbligatorio,* in *Nuova giur. di dir. civ. e comm.* fondata da BIGIAVI, *Diritto delle obbligazioni,* diretto da BRECCIA, Torino, 2010, p. 417.



peramento che viene, in fase esecutiva, dall'applicazione del parametro di buona fede benché non espressamente richiamato nel testo della norma dell'articolo 1461 c.c. (a differenza di quanto previsto per l'eccezione d'inadempimento), ricorrente in entrambi una funzione di autotutela che offre al debitore che sia al contempo creditore uno strumento, un diritto potestativo con cui paralizzare e cristallizzare una situazione di incertezza, rischio, pericolo per la posizione del creditore-debitore [207].

Gli elementi di consonanza delle due figure di autotutela e il loro compartito fondamento riecheggiano nella giurisprudenza che si spinge ad adoperare il medesimo linguaggio, persino lo stesso brocardo [208] laddove parte della dottrina preferibilmente menziona, quale radice ultima della previsione in oggetto, la clausola "*rebus sic stantibus*" [209].

Ciò che distingue le due figure è proprio la situazione di pericolo che fronteggiano o, per meglio dire, il fenomeno, l'evento, l'accadimento che cagiona la situazione di pericolo da cui il creditore intende difendersi. Nel caso dell'eccezione d'inadempimento, la situazione di rischio per il creditore è rappresentata concretamente da un pregresso inadempimento mentre nel caso dell'eccezione di cui all'articolo 1461 c.c. si oggettiva nel deterioramento della condizione patrimoniale di uno dei contraenti e, quindi, mentre nel primo caso involge un comportamento, nel secondo un "dato di fatto" [210].

Del tutto difforme è altro orientamento dottrinale che vede nell'eccezione d'insolvenza di cui all'articolo 1461 c.c. non un'espressione del principio *"inadimplenti non est*

---

[207] BIGLIAZZI GERI, *op. cit.*, p. 59. Utilizzando la definizione in senso aristotelico (*genus proximum, differentia spoecifica)* si potrebbe dire che il *genus proximum* delle due eccezioni di cui all'articolo 1460 c.c. e all'articolo 1461 c.c., è l'eccezione dilatoria che mira a salvaguardare il contraente dal rischio di controparte (in senso atecnico, ossia non in senso strettamente finanziario), ma la *differentia spoecifica* sta nel fatto che l'articolo 1460 c.c. presuppone un inadempimento mentre, al contrario, l'articolo 1461 c.c., per definizione, appunto esclude che un inadempimento possa ricorrere, essendo necessario e sufficiente un mutamento *in peius* delle condizioni patrimoniali di uno dei contraenti.

[208] Cass. civ. 24 febbraio 1999, n. 1574, in *Giur. It.,* 2000, p. 737, con nota di MIGLIORE secondo cui l'articolo 1461 c.c. trova fondamento nel principio "*inadimplendi non est adimplendum*", richiamato anche da Cass. civ. 22 gennaio 1999, n. 602, in *Corriere giur.* 1999, 3, p. 302; Cass. civ., sez. lavoro, 20 ottobre 2009, n. 22167, in *Red. Giust. Civ. Mass.* 2009, 10, riconduce entrambi gli istituti al "principio sinallagmatico nell'esecuzione dei contratti a prestazioni corrispettive".

[209] SACCO, *Le eccezioni dilatorie*, cit., p. 647. Secondo ADDIS, *op. cit.*, p. 468, la disciplina del mutuo, del mandato di credito e della fideiussione – in cui è sufficiente la notevole difficoltà della restituzione della cosa o del soddisfacimento del credito al fine di provocare l'estinzione o la sospensione della prestazione – potrebbe deporre per un generale principio di tutela del contraente esposto unilateralmente al rischio dell'altrui insolvenza (in quanto ha già effettuato la propria prestazione), dai rischi delle vicende economiche delle proprie controparti e, in tale ambito, dar ragione dei riferimenti dottrinali alla clausola *rebus sic stantibus*.

[210] BIGLIAZZI GERI, *loc. ult. cit.*



adimplendum", non una esplicitazione della clausola *rebus sic stantibus*, non uno strumento contro il pericolo di perdere o di non conseguire la controprestazione in quanto inadempiuta ma avverso il rischio di non poter conseguire in sede esecutiva, sul patrimonio ormai incapiente del debitore l'equivalente di quanto si perderebbe [211]. Si tende a prevenire la mancata realizzazione del credito [212] ragione per cui è in errore, secondo questa ricostruzione, la giurisprudenza consolidata e quella parte di dottrina che unifica le due figure sotto il cappello unitario della difesa contro il pericolo d'inadempimento [213].

In ogni caso, non suscita dubbi, quanto ai presupposti dell'operatività dell'eccezione ai sensi dell'articolo 1461 c.c., la necessaria presenza di un contratto a prestazioni corrispettive (per cui si rinvia a quanto sopra detto in materia di eccezione di inadempimento,

---

[211] In questo senso, con ampiezza di ulteriori riferimenti alla letteratura giuridica in materia, CARBONI, *Sospensione dell'esecuzione del contratto, corrispettività delle prestazioni e responsabilità patrimoniale*, cit., *passim*. Vedi anche BIANCA, *Diritto civile, V*, cit., p. 355.

[212] CARBONI, *op. cit.*, p. 848, efficacemente afferma che "La relazione che l'articolo 1461 c.c. (…) postula è tra entità della controprestazione attesa e capacità del patrimonio del debitore di rispondere, nel senso che soltanto ove questa difetti sarà attuabile la sospensione della prestazione prioritariamente dovuta". Secondo questo autore la linea di demarcazione dell'operatività del rimedio di cui all'articolo 1461 c.c. rispetto alla decadenza dal beneficio del termine è da ricercarsi proprio nella diversa fase della relazione sinallagmatica in cui interverrebbero che, per l'articolo 1461 c.c., sarebbe limitata ai soli casi di intreccio sinallagmatico non ancora attuato (in particolare a p. 838 e s. e 842 e s.). Di contrario avviso E. SIMONETTO, *I contratti di credito,* Padova, 1953, pp. 144 ss. che non esclude l'invocabilità dell'articolo 1186 c.c. in ipotesi di contratto non sinallagmatico.

[213] Una rigorosa, accurata ed approfondita ricostruzione storico-dogmatica della genealogia delle due eccezioni a partire dalle sistemazioni concettuali dell'800 per finire al processo (sempre *in fieri*) di unificazione del diritto privato europeo (per cui v. ADDIS, *Le eccezioni dilatorie, cit.*,) mostra quanto esse rispondano a esigenze fortemente prossime se non parzialmente sovrapposte. Come vedremo, la differente impostazione teorica – tra chi ritiene che *exceptio inadimpleti contractus* ed eccezione di insolvenza ex articolo 1461 c.c. siano diverse nei presupposti e negli effetti per cui sono state concepite, rispetto all'opposta tesi che riconosce nei due istituti forti affinità e comunanze – è foriera di conseguenze di non poco conto nelle soluzioni concrete poiché conduce a risultati diametralmente opposti quanto all'applicabilità del rimedio in parola in caso di prestazioni contemporanee o nel caso in cui lo stato di dissesto fosse preesistente alla conclusione del contratto ma sconosciuto all'eccipiente o ancora in caso di aggravamento post-contrattuale del dissesto. Sintomo o precipitato delle incertezze di inquadramento sistematico è anche la pluralità di denominazioni fiorite in dottrina con sfumature di significato differenti correlate alla prospettiva ermeneutica prediletta ("eccezione di sospensione", "eccezione di insolvenza", "eccezione di insicurezza" – anche se quest'ultima ha un significato suo particolare – ed "eccezione di pericolo d'inadempimento"). Le intuizioni e le considerazioni di questo scritto si sono poi ampliate, espanse ed evolute nell'assai pregevole monografia che l'autore ha dedicato al "mutamento" nelle condizioni patrimoniali dei contraenti in cui, in uno con l'esito di un'analisi storico-comparatistica del processo nomogenetico della disposizione in commento, si sottolinea il connotato peculiare e distintivo – rispetto al modello tedesco del § 321 del BGB – e il precipuo legame concettuale della sospensione dell'esecuzione con l'ambito più radicale della disciplina del rimedio risolutorio icasticamente rappresentato dalla collocazione topografica degli articoli 1460 e 1461 c.c. (ADDIS, . *Il "mutamento" nelle condizioni patrimoniali dei contraenti*, Milano, 2013, pp. 1-64).



3. *Corrispettività ed interdipendenza*). In particolare, l'articolo 1461 c.c. è applicabile ai contratti di durata [214], al contratto preliminare, anche per persona da nominare [215] mentre, coerentemente, l'eccezione di sospensione è stata ritenuta non applicabile al contratto di società, ovverosia ai rapporti endosocietari [216].

Vi è stata, specie in passato, incertezza sul se la sospensione del pagamento del premio sia invocabile dall'assicurato in caso di dissesto dell'assicuratore mentre oggi la soluzione positiva pare prevalere [217] né pare messa in discussione.

Quanto all'ordine cronologico delle prestazioni si è osservato che, per sua natura, la sospensione della prestazione potrà essere decisa unicamente dal soggetto tenuto per primo se i termini di adempimento sono scansionati mentre nemmeno pare configurabile potersi avvalere dell'eccezione di sospensione quando vi sia sincronia o contemporaneità tra le prestazioni in quanto abbiano eguale scadenza [218] poiché, in tal caso, è tema di adempimento o inadempimento dell'obbligazione e, quindi, campo di elezione dell'articolo 1460 c.c. [219].

In senso opposto, si è soliti citare una sentenza della Suprema Corte del 1999 [220] in cui è rinvenibile l'affermazione (anche nella massima) secondo cui "Il potere di sospensione [ex articolo 1461 c.c.] può esercitarsi anche nel caso di prestazioni con eguale sca-

---

[214] Cass. civ. 12 ottobre 1957, n. 3768, in *Mass. Giur. It.,* 1957: "La normale cautela della sospensione della prestazione, prevista dall'articolo 1461 c.c. per i contratti a prestazioni corrispettive nel caso del sopravvenire di una situazione tale da porre in pericolo il conseguimento della controprestazione, a causa delle condizioni patrimoniali dell'altro contraente, trova applicazione anche nei contratti di somministrazione". In dottrina, BIGLIAZZI GERI, *op. cit.*, p. 69.

[215] Cass. civ. 24 febbraio 1999, n. 1574, cit.; Cass. civ. 26 gennaio 1985, n. 402, in *Mass. Giur. It.,* 1985. In tema di contratto preliminare esiste anzi una nutrita giurisprudenza che sarà appresso esaminata.

[216] Trib. Milano, 17 maggio 1990 in *Giur. It.,* 1991, I, 2, p. 932 con nota di OCCHINO: "Il mutamento delle condizioni patrimoniali della società non giustifica la sospensione dei versamenti da parte dei soci, poiché l'articolo 1461 c.c. è applicabile ai soli contratti con prestazioni corrispettive".

[217] Cass. civ. 16 ottobre 1972, n. 3096, in *Giust. Civ.* 1973, 1, 464 con nota di DI AMATO, *Ancora in tema di dissesto dell'assicuratore e tutela dell'assicurato*; indirettamente e implicitamente, Cass. civ. 3 dicembre 1993, n. 12011, in *Mass. Giur. It.,* 1993.

[218] SACCO, *op. cit.*, p. 617; BOCCALATTE, *op.cit.*, p. 31.

[219] ROLFI, *Art. 1461 e contratto preliminare,* Commento a Cass. civ. 24 febbraio 1999, n. 1574, p. 1265

[220] Cass. civ., 24 febbraio 1999, n. 1574, *cit.* e nel medesimo senso, Cass. civ. 22 gennaio 1999, n. 602, *Corriere giur.,* 1999, 3, p. 302. e Cass. civ. 15 maggio 2002, in *Corriere giur.,* 2002, 8, p. 993 tutte esaminate *funditus* da SERIOLI, *Le "sorti magnifiche e progressive" della eccezione d'insicurezza. Saggio di diritto giurisprudenziale,* in ADDIS, *Ricerche sull'eccezione di insicurezza,* Milano, 2006, p. 23 ss. La giurisprudenza anteriore, di molto risalente (per la quale si vedano taluni riferimenti in ROLFI, *op. cit.*, p. 1264, note 13 e 16) appare divisa ma prevalentemente orientata in senso difforme.



denza". L'affermazione, in realtà, sottoposta ad analisi critica [221], mostra una chiara debolezza d'impianto poiché, partendo dall'assunto, pure diffuso in dottrina, della comune matrice dell'eccezione d'inadempimento e del potere di sospensione (icasticamente raffigurata dalla decisione in commento attraverso una sorta di apoftegma *"inadimplenti non est adimplendum"*), giunge quasi a confondere i due rimedi ritenendoli entrambi applicabili in una situazione di pericolo di inadempimento per poi concludere che, in caso di effettivo inadempimento, sarà l'*exceptio inadimpleti contractus* a determinare l'effetto risolutorio [222].

È stato per contro giustamente considerato che i due istituti hanno diversa natura e struttura e diversi presupposti poiché l'articolo 1460 c.c. postula l'inadempimento, l'articolo 1461 c.c. è escluso in caso d'inadempimento operando indipendentemente – ed eventualmente anteriormente – all'*exceptio inadimpleti contractus* secondo il seguente schema logico-temporale: il contraente tenuto per primo sospende la propria prestazione dilazionandone l'esecuzione e, quindi, pretende la controprestazione alla scadenza dell'obbligazione del contraente tenuto per secondo il quale potrà o adempiere o non adempiere, in quest'ultimo caso legittimando la sollevazione dell'eccezione d'inadempimento (in questa sequenza è stata omessa la variante costituita dalla prestazione della garanzia, di cui appresso si vedrà) [223].

---

[221] Da ROLFI, *Art. 1461 e contratto preliminare*, cit., p. 1261 ss.

[222] In questo modo attribuendo all'eccezione ex articolo 1460 c.c. un effetto che valica la portata dilatoria del rimedio.

[223] ROLFI, *op. cit.*, p. 1266, il quale ha poi modo, nella medesima pagina e oltre, di dimostrare che l'enunciato della Suprema Corte, quanto all'applicabilità dell'articolo 1461 c.c. anche ai casi di prestazioni contemporanee era del tutto superflua ai fini della decisione del caso. Infatti, la questione poneva di fronte il promittente venditore di un albergo e lo stipulante che aveva proceduto ad una *electio* ex articoli 1401 ss., in favore di un soggetto terzo ritenuto, in quanto società in accomandita semplice con capitale sociale insignificante, di non sicura solvibilità, che avrebbe dovuto provvedere al pagamento di due terzi del prezzo dell'immobile mediante cambiali e pagare il canone per l'affitto dell'azienda. Il promittente venditore rifiutava di stipulare il contratto definitivo adducendo un mutamento delle condizioni patrimoniali del soggetto nominato il quale non rifiutava di eseguire la prestazione contemplata nel preliminare, anzi insisteva e chiedeva giudizialmente la stipula del contratto definitivo pure argomentando circa la non applicabilità dell'articolo 1461 c.c. a prestazioni contemporanee (ossia la mutua prestazione del consenso). Sennonché, la preoccupazione del promittente venditore non investiva la prestazione del consenso ma l'adempimento del contratto definitivo, una volta stipulato, quindi un'"obbligazione futura" (come precisato da SERIOLI, *op. cit.*, p. 66). Ciò che dimostra, semmai, proprio la differenza cronologica nella posizione delle parti, in cui il promittente venditore è tenuto per primo salvo l'apprezzabile circostanza che, nel caso divisato, come in genere dinanzi alla sequenza preliminare-definitivo o in ogni caso di collegamento contrattuale (parla di collegamento sinallagmatico allargato il ROLFI, *op. cit.*, p. 1267), le obbligazioni si intrecciano per l'intrecciarsi delle fonti contrattuali, superando il modello astratto del contratto corrispettivo tipico che si consuma *uno actu*, presente alla mente del legislatore del '42. Il problema è acutizzato dalla tendenza odierna del preliminare ad anticipare la regolamentazione del contratto definitivo.



La peculiarità del caso, cui risponde la criticata *(in parte qua)* massima dei giudici, stava nel collegamento tra contratto preliminare e definitivo, un labirinto dal quale i giudici hanno inteso trarsi d'impaccio con l'affermazione generale secondo cui il potere di sospensione è invocabile anche in caso di prestazioni contemporanee [224]. Ha un peso in questa decisione anche il fatto che il principio consensualistico, quando sia accompagnato dalla consegna da parte del venditore tenuto per primo, non consente oltre di far uso del potere di sospensione, tutt'al più potendosi attivare l'articolo 1186 c.c., per fronteggiare il rischio del possibile fallimento del compratore e, in specie, della revocatoria del pagamento [225- 226].

2. – È questo il presupposto tipico dell'eccezione di sospensione che consente di distinguerla dall'eccezione d'inadempimento.

Tuttavia non vi è molta chiarezza quanto alla esatta individuazione di una nozione concreta del mutamento delle condizioni patrimoniali cui l'articolo 1461 c.c. fa riferimento nella rubrica.

Secondo alcuni il peggioramento della situazione economica dell'altro contraente è da intendersi come insolvenza, quella stessa cui si riferisce l'articolo 1186 c.c., disciplina della decadenza dal beneficio del termine ma non quella di cui all'articolo 5 l. fall. [227]. Ad escludere che il rimedio ex articolo 1461 c.c. si riduca ad essere un'inutile superfetazione normativa, il discrimine tra le due nozioni di insolvenza, secondo questa dottrina, assume i contorni di una differenziazione quantitativa, o, meglio, di graduazione sicché

---

[224] All'esito di un dettagliato e serrato scrutinio, secondo SERIOLI, *op. cit.*, p. 78, la sentenza di Cass. civ., 24 febbraio 1999, n. 1574, cit., riposa sull'affermazione dell'inadempimento dello stipulante per aver rifiutato la stipula del definitivo e aver insistito nella nomina di un soggetto ex articolo 1402 c.c., che minacciava il conseguimento della prestazione mentre le residue affermazioni in tema di articolo 1461 c.c. rappresentano una raffazzonata giustapposizione di massime tralatizie.

[225] Cass. civ. 6 novembre 1998, n. 12358, in *Studium oecon*. 2000, p. 147.

[226] Ricorrendo ad un'analisi dettagliata e puntuale della giurisprudenza (inclusa la decisione sopra menzionata della Cass. n. 1574/1999 di cui alla nota 224) che sembra attenuare la rigidità dei modelli cronologici differenti nell'articolo 1460 c.c. e 1461 c.c., ADDIS, *Il "mutamento" nelle condizioni patrimoniali dei contraenti*, *cit.* pp. 107 –116, conclude nel senso che i margini di applicazione dell'eccezione di insicurezza di cui all'articolo 1461 c.c. in relazione all'esecuzione di un contratto preliminare appaiono ridotti alla sola ipotesi in cui "la disponibilità a concludere il definitivo da parte del contraente dissestato non si accompagni ad un'idonea garanzia in ordine al futuro adempimento delle prestazioni in esso dedotte", ipotesi che tuttavia potrebbe ben esulare dal rimedio sospensivo in esame configurandosi piuttosto come inidoneità o incapacità di esecuzione dell'obbligo a contrarre al di là della formale conclusione del contratto.

[227] BIGLIAZZI GERI, *op. cit.*, p. 61.



l'insolvenza che provoca decadenza è più intensa e pregnante di quella che legittima la sospensione della prestazione [228].

Di contrario avviso sono coloro che, invece, alla radice, assegnano un diverso contenuto alle due nozioni in base a dove sono collocate le relative norme poiché l'insolvenza di cui all'articolo 1461 c.c. sarebbe un *tertium genus* rispetto alla nozione fallimentare come a quella che giustifica la decadenza [229].

Anche chi sostiene l'identità, diversamente accentuata, del presupposto dell'insolvenza riflessa nei due articoli, conviene con l'orientamento che configura per gli effetti e per la struttura, due strumenti di tutela che differiscono profondamente con un necessario riflesso sulla gravità del deterioramento presupposto [230].

Infatti, l'articolo 1186 c.c., sul piano strutturale, prescinde da un rapporto a prestazioni corrispettive [231] ed è anzi dettato per un rapporto obbligatorio o per il caso dei cd. contratti bilaterali imperfetti. Ma ancora più evidente è la differenza sul piano degli effetti o degli scopi dei due mezzi di tutela.

Il meccanismo dell'articolo 1186 c.c. consente l'immediata esigibilità del credito ed è quindi misura "satisfattoria" mentre la sospensione dell'esecuzione ha natura "cautelare" [232]. Ulteriore elemento di differenziazione sul piano effettuale – che retroagisce sulla

---

[228] Di qui il corollario che, poiché nel più vi è il meno, è nella discrezione del contraente *in bonis*, in una situazione di insolvenza ex articolo 1186 c.c., di voler solo sospendere la propria prestazione e non di voler richiedere immediatamente quella che gli è dovuta.

[229] SACCO, *op. cit.*, p. 648 ad avviso del quale il mutamento di cui all'articolo 1461 c.c. "non si identifica né con la situazione di decozione che dà luogo al fallimento, né con l'insolvenza di cui all'articolo 1186 c.c. che dà luogo alla decadenza del debitore dal termine. Un'analogia intercorre, se mai, fra la circostanza contemplata nell'art. 1461, e quella considerata nell'art. 2901[3]".

[230] DI MAJO, *Termine (dir. priv.),* in *Enc. Dir.,* XLIV, Milano, 1992, p. 219; CARBONI, *op. cit.*, p. 841-846, secondo cui la differenza del piano su cui operano i due rimedi impedisce "l'applicazione ad una fattispecie, della regola dettata per l'altra, anche nel caso in cui nelle due ipotesi, fosse analoga l'intensità delle intervenute modifiche patrimoniali".

[231] ADDIS, *op. cit.*, p. 465; BOCCALATTE, p. 39, fa riferimento ai contratti in cui una parte ha adempiuto e sia rimasta creditore senza essere più debitore o ai contratti con obbligazioni di una sola parte.

[232] CARBONI, *op. cit.*, p. 845 che riecheggia le parole di DI MAJO, *Termine (dir. priv.),* in *Enc. Dir.,* XLIV, Milano, 1992, p. 219 ("rimedio cautelare" il 1461 c.c. e "misura satisfattiva (e non meramente cautelare)" l'articolo 1186 c.c.); ADDIS, *op. cit.*, p. 465, parla di "effetto estintivo" ed "effetto sospensivo". In giurisprudenza si esprime in questo senso tracciando una chiara distinzione tra le due norme, Cass. civ. 13 luglio 1991, n. 7805, in *Mass. Giur. It.,* 1991: "La clausola contrattuale che nel solo caso di mancato pagamento, anche parziale, del prezzo di precedenti forniture attribuisca al venditore la facoltà di recedere dal contratto, o di sospendere l'esecuzione dello stesso, con diritto al risarcimento del danno, rientra tra le clausole cosiddette onerose, richiedenti l'approvazione specifica per iscritto (art. 1341, secondo co., c.c.), non essendo riconducibile né alla fattispecie dello stato di insolvenza che, a norma dell'art. 1186 c.c., autorizza il creditore ad esigere immediatamente la prestazione (essendo per ciò necessaria una situazione di dissesto



corretta lettura dei presupposti – è nel carattere irreversibile del rimedio di cui all'articolo 1186 c.c. da cui discende l'immediata esigibilità del credito a fronte di una sospensione della prestazione superabile attraverso la prestazione di un'idonea garanzia [233].

Infine, sul piano stesso della fattispecie, nell'articolo 1186 c.c. l'insolvenza manifestatasi vale per ciò sola a determinare l'effetto di decadenza mentre l'articolo 1461 c.c., in quanto rimedio cautelare, si rapporta ad un rischio, il rischio di perdita della controprestazione attraverso il medio dell'"evidente pericolo" per cui è ben possibile dire che l'eccezione di insolvenza è uno schema relazionale in cui dato un mutamento patrimoniale e dato un evidente pericolo di non conseguire la controprestazione, nasce il potere di sospendere l'esecuzione della propria prestazione.

C'è dunque esigenza di valutare un rapporto tra una causa efficiente ed un pericolo concreto. Invero la lettera dell'articolo 1461 c.c. non adopera il termine "depauperamento" o "deterioramento" o "impoverimento" o altro equivalente ma solo richiede che un mutamento delle condizioni economiche vi sia stato, dovendo apprezzare l'interprete in concreto se il fenomeno occorso sia idoneo a incidere sull'aspettativa di soddisfacimento della parte *in bonis* [234].

---

economico, sia pure temporaneo, la quale renda verosimile l'impossibilità da parte del debitore di far fronte ai propri impegni), né alla facoltà cautelare attribuita al creditore dall'art. 1461 c.c. per cui non è sufficiente la mera insoddisfazione di debiti alla loro scadenza, in quanto, in assenza di un dimostrato pericolo attuale ed evidente di perdere la controprestazione, tale situazione debitoria, di per sé considerata, se può giustificare la previsione di un futuro pericolo di conseguire la controprestazione, non legittima il contraente *in bonis* a sospendere la prestazione da lui dovuta".

[233] L'osservazione è in ADDIS, *Il "mutamento" nelle condizioni patrimoniali dei contraenti*, *cit.* p. 85 e s. Acutamente l'autore osserva che ai fini del "*conseguimento*" della prestazione, secondo il lemma di cui all'articolo 1461 c.c., l'*excipiens* potrebbe accompagnare la sospensione dell'esecuzione della propria prestazione al rifiuto di ricevere quella della controparte ex artt. 1206 e 1220 del codice civile, quando le condizioni finanziarie di questa si siano deteriorate al punto di vedere minacciata la possibilità di una revocatoria fallimentare, qualora si tratti, in tutta evidenza, di soggetto assoggettabile a fallimento (p. 86).

[234] In tal senso, può essere utile citare il caso deciso da Cass. civ., 9 febbraio 2011, n. 3173 (in *OneLegale*): i promittenti acquirenti di un immobile per il quale era stato stabilito il pagamento rateale del prezzo, nell'apprendere dell'esistenza di un sostanzioso debito dei coniugi promittenti venditori nei confronti di un terzo, hanno chiesto chiarimenti ai promittenti venditori senza riceverne risposta. Successivamente, dinanzi alla sospensione del versamento della rata, i promittenti venditori dichiaravano la risoluzione del contratto cui seguiva azione dei promittenti acquirenti ex articolo 2932 c.c. per l'esecuzione coattiva del contratto definitivo. La decisione ha considerato giustificata la sospensione dei pagamenti ex articolo 1461 c.c. – sebbene legata all'esistenza di un debito dei promittenti venditori appresa solo dopo la conclusione del contratto preliminare – in ragione del pericolo del pignoramento (che in effetti poi interveniva) ma anche in ragione del rifiuto dei venditori di addivenire a una soluzione negoziata del problema, consistente nel pagamento del prezzo mediante l'accollo da parte dei promittenti acquirenti del debito della parte venditrice verso il terzo creditore. Tecnicamente, il patrimonio dei promittenti venditori, considerando il debito verso un terzo, da un lato e il credito verso i promittenti acquirenti dall'altro, non poteva dirsi dissestato né, tan-



La giurisprudenza talvolta parla di una situazione patrimoniale deteriorata in maniera "seria ed irreversibile" [235].

Quanto alla precisa identificazione di cosa sia l'evento di cui all'articolo 1461 c.c. né la dottrina né la giurisprudenza possono dare indicazioni univoche, astratte e predeterminate.

In dottrina si è peraltro sostenuto che l'evento possa anche incidere sulla sostanza o sulla qualità del patrimonio come, ad esempio, nel caso di trasmutazione di un patrimonio immobiliare in patrimonio solo mobiliare, liquido e quindi facilmente occultabile e più difficilmente aggredibile o una temporanea illiquidità, situazioni assimilabili all'*eventus damni* di cui all'articolato sistema di tutela generica del credito [236].

In giurisprudenza ricorre l'affermazione secondo cui il mutamento rilevante ai fini dell'articolo 1461 c.c. è quello che genera un pericolo attuale ed evidente, non bastando il semplice timore [237] o la sola preoccupazione di perdere la controprestazione, frutto di rappresentazione soggettiva [238 -239].

---

tomeno, mutato quantitativamente ma l'intreccio delle posizioni, la trasformazione del bene immobile in liquidità e l'effetto paralizzante del pignoramento, era tale da mettere comunque in pericolo per i compratori il conseguimento dell'oggetto della prestazione, più precisamente i giudici hanno menzionato l'esistenza di un pericolo di evizione. In proposito però, non si può mancare di ricordare la disciplina specifica dedicata dal codice sostanziale all'evizione in materia di compravendita, pacificamente ritenuta applicabile anche ai contratti preliminari (artt. 1481 e 1482 c.c.) che al presupposto del mutamento delle condizioni patrimoniali non fa alcun cenno. Nella nota a sentenza di VENTURELLI, *Contratto preliminare, pericolo di revocatoria e «mutamento» delle condizioni patrimoniali* in *Obbligazioni e Contratti*, n. 4, 1 aprile 2011, p. 260 ss., non si manca di sottolineare acutamente che, stante l'inesistenza almeno in un primo momento, di una fase esecutiva per la riscossione del credito da parte del terzo e l'offerta dei promissari venditori di anticipare la stipulazione del contratto definitivo in guisa da realizzare prontamente con la trascrizione un acquisto opponibile al terzo creditore, rifiutata dai promittenti acquirenti, il reale pericolo paventato doveva ritenersi nella specie, quello di una possibile revocatoria da parte del creditore. L'Autore aggiunge quindi che, se così inteso, il pericolo contro cui è predisposto il rimedio dell'eccezione di insicurezza dell'articolo 1461 c.c. abbraccia tutti i casi in cui l'effettivo conseguimento della prestazione si possa rivelare obiettivamente incerta nel tempo per l'effetto di impugnazioni anche successive. È intuibile il rischio cui si esporrebbe qualsiasi contraente se l'eccezione in commento si ritenesse estensibile anche alle ipotesi di pericolo della stabilità giuridica di un acquisto a meno che, come richiesto dall'articolo 1461 c.c., accanto a tale pericolo non si dimostri l'effettivo mutamento delle condizioni patrimoniali della controparte, circostanza trascurata nel caso esaminato.

[235] Cass. civ. 15 febbraio 2002, n. 7060, *cit.*; App. Roma, 2 ottobre 2008 (inedita).

[236] BIGLIAZZI GERI, *op. cit.*, p. 64.

[237] Come ammetteva sia pure sotto forma di "ragionevole timore", per contro, la giurisprudenza meno recente, v. Cass. civ. 20 marzo 1961, n. 627, in *Giust. Civ. mass.,* 1961, 255.

[238] Cass. civ. 3 dicembre 1993, n. 12011, cit., ha escluso il potere di un assicurato di sospendere il pagamento del premio assicurativo nonostante la "legittima preoccupazione" in questi suscitata dalla pubblicazione di un articolo di giornale specializzato in materia finanziaria che aveva dato notizia di un'ispezione Isvap condotta sulla compagnia assicuratrice in ragione della notevole esposizione debitoria di questa verso



È stata ritenuta sufficiente invece a integrare il presupposto dell'articolo 1461 c.c. – dacché se ne desumeva un pericolo serio e concreto di inadempimento – la situazione dell'acquirente di una fornitura di tessuto che non aveva pagato la fornitura precedente, aveva concordato un piano di rientro rateizzato e ritardato il pagamento di un residuo debito [240].

Nel caso deciso da Cass. civ. 24 febbraio 1999, n. 1574 (analizzato *infra* sub 1. *Elementi comuni propri delle eccezioni dilatorie di cui agli articoli 1460 c.c. e 1461 c.c.*), si è già visto come il mutamento soggettivo della controparte sia stato ritenuto idoneo a mettere a repentaglio il conseguimento della controprestazione.

È da menzionare sotto il profilo del mutamento delle condizioni patrimoniali del debitore un caso singolare rappresentato dalla sentenza n. 602 del 22 gennaio 1999 della Corte Suprema [241] nella quale l'eccezione di cui all'articolo 1461 c.c. ha deciso di una controversia in cui apparentemente nessun ruolo avrebbe potuto giocare.

---

gli assicurati. La preoccupazione dell'assicurato era stata accresciuta dal silenzio della compagnia ad una lettera con cui il cliente dell'assicurazione chiedeva notizie sull'esito dell'ispezione e sulle ragioni di una mancata rettifica sulla stampa.

[239] Tuttavia, un pericolo attuale ed evidente è stato escluso nel caso in cui la controparte del soggetto in bonis non aveva onorato alcuni debiti alla scadenza. In tal senso Cass. civ. 4 agosto 1988, n. 4835, in *Mass. Giur. It.,* 1988. Nella specie, la Suprema Corte ha confermato la sentenza d'appello con la quale era stata escluso il legittimo esercizio del potere di sospensione applicato ad acconti sul prezzo dovuti in base al preliminare, rilevando che le istanze di fallimento nei confronti del venditore erano state promosse dopo l'esercizio dell'eccezione e che le procedure esecutive promosse, benché riguardanti debiti precedenti, non riguardavano l'immobile oggetto della vendita.

[240] Cass. civ. 20 febbraio 2008, n. 4320, in *Mass. Giur. It.,* 2008, e in *Obbl. e contr.,* 2010, 5, p. 363, con nota critica di VENTURELLI, *Cessione del credito e "mutamento" delle condizioni patrimoniali del debitore.* Inoltre, nel caso descritto, non ha influito sul lecito esercizio del potere di sospensione la circostanza che il creditore avesse acconsentito a ricevere il pagamento mediante incasso dei crediti del debitore. Questa circostanza, ad avviso della Cassazione, non solo non era influente sulla situazione di "compromissione oggettiva della situazione patrimoniale" che prescinde, dunque, dalla colpa del debitore, ma dimostrava vieppiù le condizioni di difficoltà economica dell'azienda acquirente. Ad avviso dell'Autore della nota la decisione allarga significativamente l'ambito di operatività dell'articolo 1461 c.c. per aver valutato la capacità di adempimento dei terzi debitori ai fini della verifica dei presupposti dell'articolo in questione. Più in particolare, ad esito di una puntuale analisi della decisione, la Cassazione avrebbe sostanzialmente disatteso la netta distinzione tra inadempimento e pericolo d'inadempimento, pure proclamata in tutta chiarezza dai giudici, poiché ha effettivamente fondato la propria decisione sul pericolo di inadempimenti futuri ingenerato nel creditore, fornitore dei tessuti, da una serie di inadempimenti pregressi del debitore, situazione che avrebbe potuto trovare diretta tutela, nell'opinione del Commentatore, in un'applicazione analogica dell'articolo 71, lettera b) della Convenzione di Vienna sulla vendita internazionale di beni. In ultima analisi, anche in questo caso, è l'epilogo del ragionamento dell'Autore, si constata l'esistenza di una sorta di "terra di nessuno", di zona grigia in cui il pericolo d'inadempimento non discende da un vero e proprio mutamento *in peius* della situazione patrimoniale né da un inadempimento rilevante ex articolo 1460 c.c. e in cui quindi entrambi i rimedi codicistici lasciano insoddisfatto l'interprete.

[241] Cass. civ. 22 gennaio 1999, n. 602, *cit.*; per una ricostruzione dell'intera vicenda giudiziale v. SERIOLI, *op. cit.*, in particolare Sezione Prima, pp. 23-49.



Leggendo la motivazione della sola decisione della Suprema Corte se ne ricaverebbe che è sussumibile nel novero dei mutamenti delle condizioni patrimoniali del debitore meritevoli di protezione mediante sospensione, l'esistenza di ipoteche e pignoramenti su di un bene oggetto di preliminare immobiliare come se l'esistenza delle ipoteche e di pignoramenti rendesse attuale ed evidente solo il pericolo di non conseguire la controprestazione [242 -243].

Più di recente [244] la Cassazione ha deciso il caso di un agente il cui mandato era stato sospeso sulla base del rilievo che lo stesso ("arrestato nei primi giorni del mese di marzo del 1998" "per associazione per delinquere", con ampia diffusione della notizia nella stampa, "nell'ambito di un'inchiesta (...) relativa ad operazioni internazionali di riciclaggio di titoli" e poi sottoposto ad obbligo di dimora) "era nell'impossibilità di adempiere il mandato affidatogli ed inoltre il clamore suscitato dalla vicenda in cui era stato coinvolto ledeva fortemente l'immagine della stessa mandante". L'agente contestava l'applicazione del rimedio di cui all'articolo 1461 c.c. per difetto del mutamento *in peius* delle proprie condizioni patrimoniali.

La Suprema Corte ha ritenuto che già la concreta impossibilità di adempiere al mandato, in forza dei provvedimenti di restrizione della libertà personale, rendesse di per sé

---

[242] Le situazioni di fatto che sono alla base della controversia decisa avrebbero deposto o per una risoluzione per inadempimento da parte del venditore o l'applicazione del rimedio di cui all'articolo 1482 c.c., certo non dell'articolo 1461 c.c. che solo regola il pericolo d'inadempimento dovuto al mutamento delle condizioni economiche del debitore. Eppure la pronuncia in esame giunge ad applicare l'articolo 1461 c.c. mediante un processo tortuoso secondo cui l'esistenza di un diritto reale altrui e di un pignoramento mostrano come il venditore si trovi in una situazione debitoria rischiosa per il creditore e sotto il profilo patrimoniale e sotto l'aspetto concreto e particolare del rischio di evizione. Per giunta, all'articolo 1461 c.c. viene attribuito un effetto risolutorio che giammai possiede. Si ricava, per contro, dall'analisi puntuale fattane in dottrina (SERIOLI, op. cit., pp. 23-49 in cui si mostra l'opportunità di seguire, mai come in questo caso, il percorso di tutto il procedimento a partire dalla prima decisione di merito) che l'articolo 1461 c.c., è qui adoperato dai giudici come unico strumento disponibile per assicurare giustizia sostanziale in una situazione in cui i rimedi appropriati erano stati falcidiati dal divieto di proposizione di nuove domande in appello ex articolo 345 c.p.c.

In breve, l'articolo 1461 c.c. ha quindi svolto la funzione di un escamotage "a fin di bene" e non se ne può ricavare che il rischio di evizione o la violazione dell'obbligo del venditore di trasferire il bene, libero da pesi e oneri possa tutelarsi mediante il ricorso al potere di sospensione.

[243] SERIOLI, *op. cit.*, p. 49: "Il caso giurisprudenziale esaminato consente soltanto di evidenziare una singolare "potenzialità processuale", se ci si consente l'espressione, dell'art. 1461 cod. civ. Da un vago e in sé irrilevante richiamo di tale disposizione, l'ambiguità delle domande proposte nell'atto di appello e la volontà dei giudici di fornire una soluzione equitativamente condivisibile hanno consentito all'art. 1461 cod. civ. di "recuperare" in corso di causa domande ed eccezioni, non proposte nei termini stabiliti, che presentano solo qualche attinenza con una situazione di dissesto patrimoniale".

[244] Cass. civ., sez. lavoro, 20 0ttobre 2009, n. 22167, in *Red. Giust. Civ., Mass.* 2009, 10.



legittima la sospensione del mandato, "in virtù del principio del nesso di sinallagmaticità nella esecuzione dei contratti a prestazioni corrispettive, sottostante non solo all'eccezione dilatoria prevista dall'articolo 1461 c.c. (che, comunque, non è stato direttamente applicato dalla Corte di Appello nella fattispecie), ma, tra l'altro, anche all'eccezione di inadempimento di cui all'articolo 1460 c.c.".

Successivamente, la motivazione aggiunge a mo' di corroborazione del ragionamento appena illustrato che: "Infatti anche la *ratio* di tale ultima norma "deve essere ravvisata nell'esistenza di un pericolo attuale di inadempimento riconducibile alla sfera dell'obbligato e quindi tale da pregiudicare l'equilibrio sinallagmatico del contratto" (v. fra le altre Cass. 12-1-1999 n. 267, Cass. 10-11-2003 n. 16822). Legittimamente, quindi, la sentenza impugnata ha affermato che si è trattato "di una forma di autotutela che non è vietata dall'ordinamento" con la quale "la appellata intese cautelarsi in attesa degli sviluppi della situazione, senza recedere dal contratto, come pure avrebbe potuto a fronte dell'inadempimento dell'altra parte".

Anche in questo caso, come si vede, l'articolo 1461 c.c., pure considerato nell'ambito della motivazione, appare del tutto inconferente [245] ed il giudice correttamente qualifica la sospensione del mandato come legittimo esercizio dell'eccezione d'inadempimento. Solo che poi nel tentativo di dare corpo, con una superflua digressione teorica, al proprio ragionamento (in realtà già conchiuso con la constatazione che l'inadempimento di un contratto consente alla parte fedele di sospendere l'esecuzione della propria prestazione) i giudici di legittimità avvertono l'esigenza di precisare che "anche la *ratio*" dell'articolo 1460 c.c. [246] è nel "pericolo attuale di inadempimento" con ciò omettendo, anzi contraddicendo quanto appena constatato, ossia che un inadempimento dovesse ritenersi già consumato da parte dell'agente [247].

È dubbio se possa confluire nella nozione di pericolo attuale ed evidente, quello consistente nella possibile revocatoria connessa al dissesto della controparte [248].

---

[245] Questo pare potersi desumere dalla lettura della motivazione della sentenza di legittimità indotta a pronunciarsi sull'applicabilità della norma dal ricorrente nonostante la Corte d'Appello non avesse, dell'articolo in parola, fatto espressa applicazione.

[246] L'uso della congiunzione "anche" lascia intendere che l'enunciata *ratio* dell'articolo 1460 c.c. sottenda all'articolo 1461 c.c.

[247] Né varrebbe contestare, come già visto *infra* nel testo sub) Eccezione di inadempimento. *5. Inadempimento.*, che si potrebbe trattare d'inadempimento non imputabile o di impossibilità sopravvenuta, ammesso che simili argomentazioni siano sostenibili, poiché nel primo caso, l'imputabilità sarebbe irrilevante ai fini dell'opponibilità dell'eccezione d'inadempimento mentre l'impossibilità sopravvenuta consentirebbe la risoluzione e non renderebbe certo *contra bonam fidem* l'esercizio dell'*exceptio.*

[248] Favorevole, Trib. Milano, 23 gennaio 2009 (inedita).



L'inadempimento in pericolo deve comunque essere tale da incidere sostanzialmente sull'interesse del creditore al conseguimento dell'esatta prestazione poiché non basterebbe che il pericolo pregiudicasse l'adempimento atteso in misura marginale o inidonea a divenire inadempimento, sia pure parziale. In questo senso si è ritenuto che la "non scarsa importanza dell'inadempimento in relazione all'interesse dell'altra parte costituisce un elemento integrante della fattispecie dalla quale scaturisce il diritto della medesima di sospendere la propria prestazione" [249].

È stata ritenuta fonte di legittimazione della sospensione ex articolo 1461 c.c., la dichiarazione scritta della controparte di non voler adempiere al contratto [250].

Quanto al momento in cui deve verificarsi il mutamento di cui all'articolo 1461 c.c., è unanime il consenso in dottrina sul fatto che il deterioramento delle condizioni patrimoniali di una parte verificatosi successivamente alla conclusione del contratto, legittimi l'altro contraente all'uso del potere di sospensione del contratto [251].

Un primo orientamento dottrinale ritiene, però, che solo ed unicamente un mutamento concreto, materialmente percepibile e valutabile delle condizioni patrimoniali comunque successivo al perfezionamento del contratto possa autorizzare il contraente *in bonis* alla sospensione [252].

La giurisprudenza praticamente unanime e la dottrina prevalente ritengono invece che il mutamento possa anche consistere in un aggravamento della situazione economica del debitore [253] ovvero in un dissesto, preesistenti al contratto che assuma la consistenza del

---

[249] Cass. civ. 19 aprile 1996, n. 3713, in *Giust. Civ.,* 1997, I, 7791, con nota di MANNA, *Osservazioni in tema di risoluzione del contratto di appalto.* Questa decisione è stata in parte censurata da CARBONI, *op. cit.*, p. 851-2, nota 47, in quanto perpetua, sia pure in diverso ambito, l'orientamento criticabile della giurisprudenza in materia di eccezione d'inadempimento nel correlare automaticamente buona fede e scarsa importanza dell'inadempimento.

[250] Cass. civ., 19 aprile 1996, n. 3713, *cit.*; la decisione è stata criticata in quanto la dichiarazione di non voler adempiere equivarrebbe a certezza del futuro inadempimento (e non a semplice pericolo d'inadempimento) peraltro non causata da mutamento *in peius* delle condizioni patrimoniali, e quindi il giudice avrebbe dovuto far applicazione dell'articolo 1460 c.c. (CARBONI, *op. cit.*, p. 847, nota 42). Nel medesimo senso e, per così dire "*ante litteram"*, BIGLIAZZI GERI, *locc. cit.*, *supra* in note 147 e 152. Si veda inoltre *infra* quanto detto in tema di Eccezione di inadempimento. 6. *Ordine cronologico delle prestazioni*.

[251] VENTURELLI, *Sospensione dell'esecuzione da parte del monopolista legale,* in *Obbl. e Contr.* 2, Ottobre 2005, p. 126, commento a Cass. civ., Sez. Unite, 23 gennaio 2004, n. 1232.

[252] SACCO, *op. cit.*, p. 647: "La giurisprudenza – in modo arbitrario – ha prontamente equiparato alla sopravvenuta insolvibilità del debitore l'insolvibilità originaria incognita alla controparte". ROPPO, *Il contratto*, cit., p. 991.

[253] Si osserva tuttavia che tale aggravamento, per rilevare ai fini dell'articolo 1461 c.c., dovrebbe essere conseguenza o di nuovi fattori causali per l'avanti sconosciuti o il precipitato imprevedibile della situazione



mutamento ex articolo 1461 c.c. dopo la conclusione del contratto ma pure quando il dissesto diventa noto all'altro contraente solo posteriormente all'assunzione del vincolo contrattuale [254].

La tesi più rigorosa poggia, oltre che sulla stretta interpretazione del dato letterale che richiede il mutamento, da intendersi come cambiamento materiale, concreto e fisico (benché anche solo qualitativo) delle condizioni patrimoniali, altresì sul convincimento che la parte che ignorava lo stato d'insolvenza, venendone a conoscenza solo in un momento successivo, possa chiedere l'annullamento del contratto per errore [255].

Condizione necessaria della soluzione ermeneutica che ammette l'applicazione dell'articolo 1461 c.c. – cd. "mutamento gnoseologico" – è che il soggetto *in bonis* che solleva l'eccezione di sospensione, ovviamente, non fosse a conoscenza della situazione di dissesto [256] [257] e che tale ignoranza non fosse colpevole [258]. Anche la giurisprudenza più

---

di criticità, già manifesta o comunque nota all'atto della stipulazione del contratto; per contro il rimedio non sarebbe disponibile al contraente *in bonis* che, consapevole dello stato di dissesto, sospenda la prestazione dinanzi ad un aggravamento delle condizioni economiche della controparte che sia sviluppo ineludibile della situazione originariamente nota. (ADDIS, *Il "mutamento" nelle condizioni patrimoniali dei contraenti*, *cit.* p. 222 e s.).

[254] In giurisprudenza, si vedano Cass. civ., 9 febbraio 2011, n. 3173; Cass. civ. 20 febbraio 2008, n. 4320, *cit.*; Cass. civ. 15 febbraio 2002, n. 7060, *cit.*; Cass. civ. 24 febbraio 1999, n. 1574, *cit.*; Cass. civ. 22 gennaio 1999, n. 602, *cit.* App. Roma, 2 ottobre 2008, *cit.* In dottrina si mostrano favorevoli ROLFI, p. 1261; MASSONE, *Mutamento delle condizioni patrimoniali dei contraenti,* in *Nuova Giur. comm.*, 1990, II, 47. BIGLIAZZI GERI, *op. cit.*, p. 66; ADDIS, *op. cit.*

[255] E più precisamente invocando l'articolo 1439 c.c., per l'errore provocato o gli articoli 1429 ss. c.c. per l'errore spontaneo, SACCO, *op. cit.*, p. 648; MASSONE, *op. cit.*, p. 127. *Contra* ADDIS, op. cit., p. 474 ss. (in particolare nota 152), nonché in *Il "mutamento" nelle condizioni patrimoniali dei contraenti*, *cit.* in particolare p. 260 e s., che afferma l'infondatezza dell'argomento letterale invocato dalla tesi opposta in quanto la deliberata omissione di un riferimento al momento dell'insorgenza del mutamento era atta a dare ingresso ai precedenti giurisprudenziali nei quali, invece, si consentiva proprio la possibilità di sospensione del contratto da parte del contraente *in bonis* che, avendo creduto alla solvibilità della controparte, scopra solo in seguito, al momento di effettuare la propria prestazione che la situazione economica dell'altro contraente potrebbe precludergli la soddisfazione del proprio interesse ad ottenere la controprestazione; il mutamento, inteso sul piano gnoseologico, andrebbe dunque interpretato come "manifestazione dello stato di dissesto" che diverrebbe così oggetto potenziale di apprensione psichica.

[256] ADDIS, *Le eccezioni dilatorie*, cit., p. 470 che ritiene equivalente il caso in cui il soggetto *in bonis* conosceva il dissesto ma ha ignorato, dopo la conclusione del contratto, l'aggravamento del dissesto.

[257] SACCO, *op. cit.*, p. 682 e s. e altri autori (come il TAMPONI, *op. cit.*, p. 1784) contestano all'illustrato orientamento giurisprudenziale sul cd. "mutamento gnoseologico" di adattare lo strumento dell'articolo 1461 c.c. a situazioni tipicamente riconducibili alla figura dell'errore e di trascurare il dato testuale del "mutamento" che implicherebbe, al contrario, un'obiettiva alterazione delle condizioni patrimoniali del contraente dissestato intervenuta dopo la stipulazione del contratto.

[258] ADDIS, *op. ult. cit.*, p. 471, l'Autore argomenta come l'esigenza di tutela dell'affidamento del contraente *in bonis* per il "mutamento gnoseologico" – che Egli definisce piuttosto come "manifestazione dello



recente sembra consentire la sospensione dell'esecuzione del contratto alla parte che della modificazione, anche non sopravvenuta al contratto, "sia venuto a conoscenza successivamente" non avendola conosciuta o potuta conoscere con la normale diligenza [259]. Quest'ultima affermazione, frutto di una superficiale massimazione [260], ha suscitato più di qualche motivata preoccupazione per l'implicito corollario secondo cui il contraente avrebbe l'onere di indagare approfonditamente sulle condizioni patrimoniali della controparte, circostanza che invece è da ritenere del tutto eccezionale, circoscritta a situazioni in cui emergano o siano già noti alcuni indici di rischio, e in cui hanno influenza anche la natura, l'importanza dell'affare, la natura delle parti, la rapidità dei commerci, l'esistenza di obblighi informativi e di altri fattori peculiari di natura extragiuridica ma certo non suscettibile di automatica generalizzazione né tali da assurgere ad onere di attiva ricognizione delle condizioni reddituali/patrimoniali dell'altro contraente [261].

Alcune sentenze del giudice di legittimità sembrano aver esteso l'applicazione dell'articolo 1461 c.c. anche ai casi in cui non sia riconoscibile alcun mutamento della situazione patrimoniale del contraente in condizioni critiche, perfettamente note al contraente *in bonis*, il quale può sospendere la prestazione solo perché il pericolo di inadempimento è avvertito in sede di esecuzione del contratto [262].

---

stato di dissesto", ossia come apprensione psichica e consapevolezza di un fenomeno, indipendentemente dall'esistenza di un effettivo mutamento materiale – non può giungere sino al punto di deresponsabilizzare la parte "sana" del contratto a tutto svantaggio del principio di vincolatività del contratto e della sua forza di legge, ragion per cui la "manifestazione dello stato di dissesto" è tutelata dall'articolo 1461 c.c. a condizione che l'ignoranza del contraente *in bonis* sia incolpevole, configurandosi un rimedio che, sulla scorta della dottrina tedesca, egli definisce "eccezione d'insicurezza". *Contra.* ROLFI, *op. cit.*, p. 1262, il quale, guidato da più argomentazioni, pratiche e teoriche, conclude per l'operatività dell'articolo 1461 c.c. sulla base del solo fattore oggettivo del mutamento, prescindendo da ogni stato soggettivo e che il limite contro eventuali abusi dell'articolo 1461 c.c. può essere rappresentato da un comportamento viziato da colpa grave del contraente *in bonis,* letto alla luce del principio di buona fede; secondo BIGLIAZZI GERI, il contraente *in bonis* che esegua la prestazione nonostante sia consapevole dello stato di dissesto della controparte, rinuncia tacitamente ad avvalersi della sospensione.

[259] Cass. civ., 20 febbraio 2008, n. 4320.

[260] Sul punto VENTURELLI, *Cessione del credito e mutamento delle condizioni patrimoniali del debitore*, in *Obbligazioni e contratti*, 2010, p. 365 e s. ha rilevato che la massima della decisione sembra lasciare trasparire un argomento secondario come decisivo laddove nel caso esaminato dalla decisione in commento, il contraente in condizioni patrimoniali deteriorate aveva offerto idonea garanzia così fugando ogni dubbio sulla doverosità dell'adempimento sospeso dal contraente in bonis.

[261] VENTURELLI, *Cessione del credito e mutamento delle condizioni patrimoniali del debitore*, in *Obbligazioni e contratti*, 2010, p. 365 e s.

[262] Cass. civ., sez. un., 23 gennaio 2004, n. 1232, *cit.* e Cass. civ. 20 febbraio 2008, n. 4320, *cit.* criticate da VENTURELLI, rispettivamente in *Sospensione dell'esecuzione da parte del monopolista legale,* in *Obbl. e Contr.* 2, Ottobre 2005, p. 126 e ID., *Cessione del credito e "mutamento" delle condizioni patrimoniali del*



Il riconoscimento, anche da parte dei giudici, che per mutamento rilevante ai sensi dell'articolo 1461 c.c., debba intendersi anche il possibile aggravamento delle condizioni dissestate del patrimonio del debitore, ha portato la dottrina ad ammettere, specularmente, la rilevanza dei cambiamenti *in melius* delle condizioni patrimoniali della parte in difficoltà economica [263].

Al contraente in condizioni di dissesto economico è consentito prevenire o eliminare il presupposto fattuale di esercizio del potere di sospensione offrendo idonea garanzia [264]. Si ritiene che qualsiasi tipo di garanzia valga allo scopo (reale o personale, propria o di terzi) purché idonea [265].

La costituzione della garanzia è qualificata in dottrina come onere o come obbligo. In quest'ultimo caso, è stato obiettato, il potere di sospensione dovrebbe intendersi come sanzione per la violazione di un obbligo [266]. La maggioranza degli Autori propende, comunque, per la qualificazione come onere [267]. Accanto all'offerta di un'idonea garanzia, il contraente che voglia evitare o precludere l'esercizio del potere di sospensione da parte del contraente *in bonis* potrebbe adempiere anticipatamente. Le opinioni divergono però quanto agli effetti di tale adempimento od offerta di adempimento anticipata in quanto una prima tesi [268] afferma che il creditore potrebbe egualmente rifiutare la prestazione se

---

debitore, cit., p. 363 ss., poiché, nella sostanza, applicano una definizione di fatto coincidente con l'eccezione d'insicurezza, così come concepita dalla dottrina italiana (ADDIS), sulla scorta di quella tedesca, ad una situazione in cui manca uno dei presupposti della medesima, ossia il mutamento delle condizioni patrimoniali o la "manifestazione dello stato di dissesto" ovvero, rovesciando in positivo quest'affermazione, applicano l'eccezione di sospensione a qualunque situazione di pericolo, come strumento *ex post* di riequilibrio del contratto. Critiche, forse mitigabili, solo nei confronti di Cass. civ. 23 gennaio 2004, n. 1232, cit., dove l'esigenza di conciliare l'obbligo del monopolista con la tutela di questi in sede fallimentare rendeva spiegabile, in termini pratici, la maggiore ampiezza del raggio d'azione del potere di sospensione.

[263] In tal senso, SACCO, *op. cit.*, p. 648; *Contra* CARBONI, *op. cit.*, p. 858-9, secondo il quale, il solo modo legittimo offerto dall'ordinamento per manifestare il miglioramento sopravvenuto è quello di offrire idonea garanzia.

[264] Cass. civ. 21 marzo 1983, n. 1990, in *Mass. Giur. It.,* 1983: "Qualora per le mutate condizioni patrimoniali di un contraente si verifichi una situazione di pericolo per il conseguimento della prestazione da parte del contraente *in bonis*, questi, mentre a norma dell'art. 1461 c.c. è legittimato a sospendere e rifiutare la prestazione da lui dovuta, salvo che gli sia offerta idonea garanzia, la quale ha la funzione di ristabilire l'equilibrio tra le parti circa l'affidamento da esse fatto sul buon esito del contratto, può dopo la scadenza del termine per l'adempimento dell'altra parte, chiedere altresì la risoluzione del contratto".

[265] CARBONI, *op. cit.*, p. 860, nota 66.

[266] BARBIERA, *Garanzia del credito e autonomia privata,* Napoli, 1971, p. 28.

[267] BIGLIAZZI GERI, *op. ult. cit.*, p. 76 e, in giurisprudenza, Cass. civ., 29 ottobre 1971, n. 3035, in *Giur. It.,* I, 1, c. 856.

[268] BOCCALATTE, *op. cit.*, p. 382.



vi fosse un termine a suo favore (ai sensi dell'articolo 1206 c.c., non spendibile in caso di idonea garanzia). Invece, altra opinione [269] stima necessario, in ogni caso, un controllo condotto alla stregua della buona fede per cui, anche l'adempimento o l'offerta di adempimento anticipati potrebbero avere effetto estintivo del potere di sospensione se il rifiuto dell'adempimento opposto dal contraente *in bonis* fosse *contra bonam fidem*.

3. – Nonostante che l'articolo 1460 c.c. non richiami la buona fede come condizione di opponibilità o, alternativamente, fattore integrativo o presupposto della fattispecie dell'eccezione di sospensione, non si riscontrano opinioni che contestino l'applicazione di questa clausola generale al rimedio in esame.

Alla buona fede suole farsi capo per giustificare una serie di obblighi di comunicazione e di informazione attinenti all'esercizio del potere di sospensione o di fatti estintivi o impeditivi dello stesso. Ad esempio, è sulla buona fede che poggiano le argomentazioni di coloro che pongono a carico del contraente *in bonis*, che intenda avvalersi del rimedio, di darne comunicazione [270].

La scarsa giurisprudenza sembra, per converso, contraria ad un onere di avviso per l'esercizio del potere di sospensione da parte del contraente *in bonis*: "La sospensione dell'esecuzione della prestazione contrattuale, nei casi in cui è consentita dall'articolo 1461 c.c., non richiede per la sua validità alcuna previa comunicazione o dichiarazione alla controparte, né è necessario che la relativa decisione sia adottata prima della scadenza del termine previsto per l'adempimento" [271].

Alla buona fede dovrebbero poi ricollegarsi anche gli oneri di comunicazione in caso di miglioramento delle condizioni patrimoniali, sopravvenuto ad un precedente depauperamento o comunque a un mutamento [272].

---

[269] BIGLIAZZI GERI, *op. cit.*, p. 79.

[270] ROPPO, *op. cit.*, p. 991; BOCCALATTE, *op. cit.*, p. 36; TAMPONI, *La risoluzione per inadempimento,* in *I contratti in generale,* (a cura di) GABRIELLI, in *Tratt. dei Contratti*, RESCIGNO, Torino, 1999; giungono allo stesso risultato, senza evocare espressamente l'obbligo di buona fede, coloro che, come DONISI, *Il contratto di assicurazione e l'articolo 1461 c.c.,* in *Dir. e giur.,* 1967, p. 683, nota 10, correlano l'onere di avvisare il "contraente dissestato" con il diritto di questi di prestare garanzia ma anche VENTURELLI, *Monopolio legale e "mutamento" delle condizioni patrimoniali dei contraenti* in ADDIS, *Ricerche sull'eccezione di insicurezza*, cit., p. 136. *Contra* BIGLIAZZI GERI, *op. cit.*, p. 73, ritiene che non sia possibile dare una soluzione assoluta ed univoca al problema poiché in base allo stesso principio di buona fede, applicato alle circostanze, l'onere di avviso a carico dell'eccipiente potrebbe essere escluso.

[271] Cass. civ. 10 agosto 2007, n. 17632, in *Contr.,* 2008, 2, p. 166.

[272] BIGLIAZZI GERI, *op. cit.*, p. 80, considera scorretto il comportamento del soggetto in condizioni di



Si è pure ritenuto che la contrarietà a buona fede sia motivo dell'inopponibilità dell'eccezione di sospensione quando l'inadempimento prospettico sia di scarsa importanza.

4. – Merita un'attenzione particolare, per quanto qui interessa ed omettendo, dunque, gli aspetti di marca prettamente fallimentaristica, la questione dell'applicazione dell'articolo 1461 c.c. ai contratti con prestazioni corrispettive conclusi con il monopolista di diritto che, com'è noto, è tenuto, in forza dell'articolo 2597 c.c. e della propria posizione particolare a contrattare con chiunque ne richieda le prestazioni e, per giunta, rispettando la parità di trattamento [273].

Il tema origina in sede fallimentare al momento in cui il curatore esperisce azione revocatoria ex articolo 67, l. fall., per recuperare i pagamenti ricevuti dal monopolista (in genere fornitore di servizi pubblici essenziali) nell'anno (oggi semestre) precedente la dichiarazione di fallimento. Il monopolista, d'altro canto, quand'anche conoscesse le condizioni patrimoniali dissestate, critiche, persino irreversibili dell'altro contraente, non avrebbe potuto opporsi alla conclusione del contratto in quanto obbligato a contrarre per legge (articolo 2597 c.c.).

Sul punto si pronunciano in conflitto tra di esse diverse decisioni della Corte di Cassazione. Alcune pronunce, argomentando che il monopolista è obbligato a contrarre e che non può, nemmeno in fase esecutiva, avvalersi dell'articolo 1461 c.c., ne traggono la conclusione che esso non possa consapevolmente accettare il rischio dell'insolvenza e, quindi, debba essere esentato dalla revocatoria [274] [275]. Altre addivengono alla soluzione

---

dissesto le cui condizioni economiche si fossero *medio tempore* meglio assestate che, non informandone la controparte, domandi la risoluzione del contratto per inadempimento del contraente *in bonis* non informato e inconsapevole.

[273] Un'analisi puntuale, approfondita e ricca di riferimenti giurisprudenziali e dottrinali dell'intera tematica alla luce di una riflessione generale sull'eccezione di sospensione, sulla funzione dell'azione revocatoria e sulla connessa nozione di consapevole accettazione del rischio, è in VENTURELLI, *Monopolio legale e "mutamento" delle condizioni patrimoniali dei contraenti* in ADDIS, *Ricerche sull'eccezione di insicurezza*, cit., p. 103 ss.

[274] Cass. civ., 6 aprile 1990, n. 2913, in *Giur. it.,* 1990, I, 1, 1237 ss. con nota di CAVALIERE, *Brevi note in tema di revocatoria fallimentare dei pagamenti effettuati nei confronti di imprese creditrici che operano in regime di monopolio legale;* in *Foro. It.,* 1991, I, 852 ss., con nota di MAZZIA, Commoda e incommoda *del monopolista: due sentenze in apparente contrasto.* Cass. civ., 30 maggio 1990, n, 5051, in *Corriere giur.,* 1990, 1108 ss. con nota di V. CARBONE, *Il monopolista e la revocatoria fallimentare,* in *Giust. civ.,* 1991, I, 384 ss., con nota di LO CASCIO, *Ancora un'altra esenzione dall'azione revocatoria fallimentare;* Cass. 10 gennaio 1991, n. 186, in *Foro.it.,* 1991, I, 1821 ss., con nota di FABIANI.

[275] In senso critico, ADDIS, *Il "mutamento" nelle condizioni patrimoniali dei contraenti*, *cit.* p. 209 ss. che correttamente sottolinea come il richiamo alla fonte legale dell'obbligazione del monopolista escluda in



opposta, sostenendo che l'obbligo del monopolista concerne solo il momento della contrazione del vincolo contrattuale e non quello dell'esecuzione del contratto per cui non ricorrerebbero gli estremi per una disapplicazione dei rimedi sinallagmatici né dell'esenzione da revocatoria [276]. Quest'ultimo filone casistico non tiene conto né consente al monopolista di rifiutare il pagamento del contraente in decozione e lo condanna a riattivare il servizio. Nel 1998, le Sezioni Unite [277] compongono il contrasto affermando che, nei casi in cui il debitore (fallito) abbia pagato tempestivamente, il rifiuto della prestazione da parte del monopolista non sia possibile perché, ancora una volta, manca la possibilità di una scelta consapevole, ed è inapplicabile l'articolo 1461 c.c. con l'esito di derogare alla revocatoria ex articolo 67, l. fall.; mentre, avvalendosi dell'articolo 1460 c.c., gli sarebbe possibile l'*exceptio inadimpleti contractus* per il caso di inadempimento (anche nel caso di ritardo).

Richiamate a pronunciarsi sulla questione, le Sezioni Unite [278] hanno infine disarticolato la motivazione della differenziazione tra le due eccezioni dilatorie e riaffermato, nel segno della unitarietà del momento esecutivo del contratto sinallagmatico, l'utilizzabilità dei rimedi cautelari di cui agli articoli 1460 c.c. e 1461 c.c. anche da parte del monopoli-

---

radice la sinallagmaticità del vincolo contrattuale con l'effetto che dinanzi ad un regolamento legale non sarebbe possibile nemmeno lo scioglimento. È semmai l'obbligo del monopolista di assicurare la parità di trattamento ad imporre al monopolista di assicurare l'economicità della gestione in funzione della erogazione universale del servizio che verrebbe meno se il monopolista non avesse a propria disposizione gli strumenti di reazione predisposti dall'ordinamento a fronte del pericolo di inadempimenti o di inadempimenti veri e propri.

[276] Cass. civ. 21 aprile 1993, n. 4712, in *Fallimento* 1993, p. 728 ss., con nota di GIACALONE, *Il monopolista legale tra* par condicio creditorum *e parità di trattamento dei consumatori;* in *Nuova giur. comm.,* 1994, I, 221 ss., con nota di PONTI. Nella giurisprudenza di merito, Trib. Milano, 9 novembre 1998, in *Fallimento,* 1999, p. 927 ss., con nota di PETTARIN e PONTI, *Inapplicabilità della revocatoria fallimentare ai pagamenti del legal-monopolista*.

[277] Cass. civ., Sez. Unite 11 novembre 1998, n. 11350, in *Giust. civ.,* 1998, I, 3024 ss., con nota di LO CASCIO, *La revocatoria fallimentare dei pagamenti in favore del legal monopolista: le Sezioni Unite risolvono il conflitto?;* in *Giur. It.,* 1999, p. 97 ss., con nota di BERTOLOTTI, *Le Sezioni Unite si pronunciano sul rapporto tra l'art. 2597 c.c. e l'art. 67 legge fallimentare: prime note a margine di un problema controverso;* in *Corriere giur.,* 1999, p. 317 ss., con nota di TARZIA, *La "doverosità della prestazione" del monopolista legale e la revocatoria dei pagamenti: intervengono le Sezioni Unite.*

[278] Cass. civ., Sez. Unite, 23 gennaio 2004, n. 1232, in *Giur. it.,* 2004, p. 1000 ss., con nota di BERTOLOTTI, *Monopolio legale e fallimento: le Sezioni Unite "virano" di 180 gradi;* in *Corriere giur.,* 2004, p. 1028 ss., con nota di TARZIA, *Ancora sulla soggezione o meno del monopolista legale alla revoca fallimentare dei pagamenti: le Sezioni Unite cambiano idea;* in *Giust. civ.,* 2005, I, p. 1091, con nota di MENTI, *Le Sezioni Unite ci ripensano: revocabili i pagamenti al monopolista legale;* in *Giust. civ.,* 2005, I, p.1091 ss., con nota di FAUSTINI, *Le sezioni unite intervengono (nuovamente) a sanare il contrasto giurisprudenziale in materia di revocatoria fallimentare dei pagamenti ricevuti.*



sta, stante l'operatività dell'articolo 2597 c.c. nel solo momento genetico del contratto e non nella fase esecutiva, di attuazione del programma contrattuale [279- 280].

Volendo ora appuntare l'interesse sulle asserzioni ed i ragionamenti giurisprudenziali che, nell'ambito di questo confronto dialettico, ineriscono specificamente alla misura di autotutela in esame, è utile osservare che le Sezioni Unite stabiliscono che tra l'articolo 1460 c.c. e l'articolo 1461 c.c. non esiste un'identità di presupposti ma un'identità funzionale, di carattere cautelare, conservativa; che l'eccezione di sospensione (come quella d'inadempimento) è rimedio a valenza generale, applicabile a tutti i contratti con quegli adattamenti che saranno richiesti da particolari casi, come quello del monopolista nel quale un allargamento alla fase di esecuzione come momento in cui si possa manifestare il pericolo di perdere la controprestazione, indipendentemente dalla consapevolezza dello stato di dissesto, trova giustificazione nella doverosità della stipula del contratto che non può "trasmodare nell'obbligo di esporsi ad erogazioni destinate a rimanere senza corrispettivo" [281]; che il miglioramento sopravvenuto estingue il diritto potestativo di sospendere il contratto [282].

---

[279] FAUSTINI, *Le sezioni unite intervengono (nuovamente) a sanare il contrasto giurisprudenziale in materia di revocatoria fallimentare dei pagamenti ricevuti*, cit., p. 1098.

[280] Pur condividendo l'esito della decisione delle Sezioni Unite che poggia sulla separazione tra il momento genetico, vincolato per legge, e quello esecutivo dove opererebbe in pieno la sinallagmaticità dell'intreccio delle prestazioni, è stato notato che al medesimo risultato sia possibile pervenire con differente percorso logico-argomentativo vale a dire sostenendo che l'obbligo a contrarre del monopolista di cui all'articolo 2597 c.c. non può essere inteso come mero obbligo formalistico di elaborare una proposta contrattuale ma piuttosto come obbligo di conformare l'attività imprenditoriale secondo criteri di economicità e di universalità che assicurino la parità di trattamento, che traligna in principio di ragionevolezza nella misura in cui il trattamento di situazioni identiche dev'essere identico coì come differenziato dove le situazioni sono diverse sino al rifiuto della stipula del contratto con soggetti in condizioni di dissesto (ADDIS, *Il "mutamento" nelle condizioni patrimoniali dei contraenti*, *cit.* pp. 212-214).

[281] Cass. civ. Sez. Unite, 23 gennaio 2004, n. 1232, *cit.* La flessibilità mostrata dalle Sezioni Unite nell'individuazione del momento in cui interverrebbe il mutamento *in peius*, talmente ampia da eliminare persino una parvenza di mutamento, è comprensibile nell'ambito della particolare natura della formazione ed esecuzione del contratto del monopolista (in tal senso ADDIS, *op. cit.*, p. 485, "Le particolari circostanze nelle quali il principio è affermato inducono però a limitarne l'operatività al solo contratto stipulato dal legal-monopolista"); tuttavia, non sono mancate le legittime preoccupazioni della dottrina (VENTURELLI, *op. ult. cit.,* p. 145) che ha sollevato il "sospetto di una valenza universale" del richiamo – da parte della pronuncia appena citata – all'eccezione di sospensione come rimedio per il pericolo d'insolvenza, anche fuori dalla contrattualistica del monopolista di diritto. Sospetto, a quanto pare, fondato, a giudicare dalla disamina svolta dallo stesso Autore sulla decisione di Cass. civ. 20 febbraio 2008, n. 4320, cit., (VENTURELLI, *Cessione del credito e "mutamento" delle condizioni patrimoniali del debitore*).

[282] L'*obiter dictum* delle Sezioni Unite, comunque argomento della motivazione, tra gli altri, ha scarso significato pratico nel caso specifico, come ammettono esse stesse ("L'improbabilità di tali ultime evenienze [il miglioramento delle condizioni economiche tra il momento della stipulazione e quello dell'esecuzione



Alla luce di quanto sopra sintetizzato ci pare interessante concludere il discorso sulla questione in oggetto accennando ad un caso, a nostro avviso, interessante di interesse giurisprudenziale concernente l'articolo 1461 c.c. e il rifiuto di contrarre di un monopolista di fatto [283].

Un'agenzia di viaggi ha concluso un contratto di agenzia con una nota associazione di vettori aerei (conglobante circa il 94% dei vettori mondiali) per l'emissione di biglietti di cui incassa il corrispettivo presso la clientela, quale custode o depositante nell'interesse dell'associazione, cui poi trasferisce mensilmente l'importo. L'associazione provvede a smistare gli incassi fra le compagnie aeree detraendo le commissioni delle agenzie.

Orbene, accade che l'agenzia di viaggi concede dilazioni alla propria clientela (in violazione del contratto di agenzia con l'associazione) e, a causa del mancato pagamento da parte della clientela illegittimamente affidata, tarda il versamento di una mensilità riferita ai biglietti emessi.

L'associazione, dopo un sollecito e una contestazione d'inadempimento, recede dal contratto e domanda ai fideiussori dell'agenzia, il pagamento della mensilità dovuta. L'agenzia ricorre al giudice con rimedio cautelare d'urgenza e, tra gli altri motivi di ricorso con cui domanda di impedire l'escussione delle garanzie, censura il recesso dell'associazione, ritenuto abusivo, in quanto effettuato da un monopolista di fatto tenuto, comunque, all'obbligo a contrarre di cui all'articolo 2597 c.c.

Il giudice respinge l'argomento con quest'affermazione che testualmente si riporta "È noto infatti che il monopolista può paralizzare la pretesa alla prestazione dell'utente, in relazione, all'inadempimento dello stesso (Cass. civ., sez. un., 11/11/1998, n. 11350, in Foro. Amm., 2000, 1633) e che in favore dell'imprenditore che somministri beni o presti servizi in regime di monopolio, trovano applicazione, in assenza di espressa deroga, non solo l'art. 1460 c.c., sull'eccezione d'inadempimento, ma anche l'art. 1461 c.c., sulla facoltà di sospendere l'esecuzione della prestazione dovuta quando sussista un evidente pericolo di non ricevere il corrispettivo in ragione delle condizioni patrimoniali dell'altro contraente, trattandosi di previsioni compatibili con l'obbligo, posto dall'articolo 2597 c.c., di contrattare e di osservare parità di trattamento (Cass. civ., sez. unite, 23/01/2004, n. 1232, in Impresa, 2004, 492; Arch. Civ., 2004, 1324; CED Cassazione, 2004) che non è contraddetto dunque neppure dal rifiuto di contrarre con un soggetto che già si sia mo-

---

del contratto] non consentirebbe comunque un'estensione dell'art. 2597 c.c., oltre i confini segnati dalla sua lettera e dalla sua *ratio,* fino ad attribuirgli portata eccettuativa della regola dell'art. 1461 c.c....") ma potenziale applicazione in altri.

[283] Trib. Perugia, 10 ottobre 2009 (ord.) (inedita).



strato inadempiente e che, con il suo inadempimento, abbia determinato la risoluzione del contratto precedentemente in essere tra le parti" [284].

Dalla lettura della motivazione parrebbe, a meno di non voler confinare le formule ripetitive mutuate dalla massimazione delle decisioni della Suprema Corte a "trattatello teorico" [285], che l'articolo 1461 c.c. (anziché l'articolo 1460 c.c., che pare solo evocato) giustificherebbe, in virtù di precedenti inadempimenti (e non per un pericolo attuale ed evidente di perdere la controprestazione), il futuro rifiuto di contrarre del monopolista di fatto (e non di diritto) [286].

C) Solve et repete

1. – L'introduzione dell'attuale articolo 1462 nel codice civile è stata preceduta da un serrato ed intenso dibattito [287]. Ancora sino a poco tempo fa esisteva un vivace confronto dottrinale sulla legittimità ed opportunità di una clausola *solve et repete* che nel recente passato ha portato persino la Corte Costituzionale a doversi pronunciare sulla compatibilità della previsione normativa di cui all'articolo 1462 c.c. con la carta fondamentale [288].

---

[284] Il principio appare affermato indirettamente come argomento rafforzativo per corroborare la tesi dell'ammissibilità del rimedio risolutorio per i contratti del monopolista da Cass. civ. 20 dicembre 2007, n. 26977 ("deve escludersi, ancora, che l'art. 1453 c.c., sia inapplicabile qualora la parte adempiente operi in regime di monopolio, atteso che se in favore dell'imprenditore che somministri beni o presti servizi in regime di monopolio legale, trovano applicazione, in assenza di espressa deroga, non solo l'art. 1460 c.c., sull'eccezione di inadempimento, ma anche l'art. 1461 c.c., sulla facoltà di sospendere l'esecuzione della prestazione dovuta quando sussista un evidente pericolo di non ricevere il corrispettivo in ragione delle condizioni patrimoniali dell'altro contraente, trattandosi di previsioni compatibili con l'obbligo, posto dall'art. 2597 c.c., di contrattare e di osservare parità di trattamento (Cass. civ., Sez. Unite, 23 gennaio 2004, n. 1232) a maggiore ragione sono applicabili le altre disposizioni in tema di inadempimento contrattuale;".

[285] SERIOLI, *op. cit.*, p. 78, che così, citando il Gorla, stigmatizza l'abuso di *obiter dicta.* In effetti, il brano della decisione citato nel testo riporta letteralmente passi di noti commentari giurisprudenziali che, però, vengono maldestramente giustapposti a un caso concreto ben differente.

[286] Si ricorda che in materia di obbligo a contrarre ex articolo 2597 c.c., l'orientamento giurisprudenziale è netto nell'escludere l'applicazione della norma alle situazioni di monopolio di fatto mentre la dottrina di mostra in grande prevalenza, favorevole all'interpretazione estensiva dell'articolo 2597 c.c. in modo da ricomprendervi anche le situazioni di monopolio di fatto (Per una ricognizione sintetica ma esauriente delle opinioni dottrinali in merito v. OSTI, *L'obbligo legale a contrarre,* in *Diritto civile,* diretto da LIPARI e RESCIGNO, coordinato da ZOPPINI, Vol. III, *Le obbligazioni,* II, *Il contratto in generale,* Milano, 2009, p. 726-733.

[287] Per il quale valga un richiamo alla bibliografia citata da ADDIS, *Le eccezioni dilatorie*, cit., p. 489, nota (174).

[288] C. Cost., 12 novembre 1974, n. 256, in *Foro. it.,* 1974, I, c. 3261; e in *Giur. It.,* 1975, I, 1, c. 1178.



La posizione più critica e severa nei confronti della clausola ritiene infatti, in buona sostanza, che essa dia ingresso, sotto le formali spoglie dell'autonomia privata, ad uno squilibrio del sinallagma contrattuale, esattamente contrapposto ai rimedi di riequilibrio sinallagmatico sanciti negli articoli che immediatamente precedono (artt. 1460 e 1461 c.c.). Secondo quest'orientamento l'articolo 1462 c.c. è posto a tutela di un solo contraente, quello più forte [289], in grado di imporre contrattualmente la propria volontà all'altro e, intanto può dirsi coerente con l'equilibrio che deve connotare i rapporti contrattuali con prestazioni corrispettive in quanto è temperato dal controllo di cui al comma secondo della medesima disposizione [290].

Diversamente, altri autori [291], danno valenza positiva ad un rimedio teso a bloccare la capacità dilatoria dei rimedi di riequilibrio del contratto, ossia il potenziale abusivo delle eccezioni dilatorie e della domanda di risoluzione formulata nel giudizio promosso per l'adempimento [292]. Con la clausola legittimata dall'articolo 1462 c.c., la parte rinuncia ad avvalersi di un rimedio dilatorio o, per meglio dire, rinuncia temporaneamente o subordinatamente all'adempimento, evitando nelle more dell'accertamento giudiziale il pregiudizio del creditore a cui favore la clausola è disposta [293].

La stessa Corte Costituzionale [294] ha confermato la legittimità del rimedio in quanto espressione di autonomia privata, diretta a prevenire squilibri del sinallagma a danno, spesso, di soggetti che, nella pratica corrente degli affari, hanno provveduto per primi al-

---

[289] BIGLIAZZI GERI, *op. cit.*, p. 88, che definisce la clausola "espressione di un liberismo economico *ancien régime"*.

[290] BIGLIAZZI GERI, *loc.ult.cit.*; LUCCHI, *Patto o clausola del solve et repete*, in *Digesto*, 4^ ed., Torino, XVIII, 1998, p. 587.

[291] SACCO, *op. cit.*, p. 649, che noma il patto in parola come "clausola ostativa" o "clausola d'indifferibilità".

[292] SACCO, *loc. ult. cit.*, e DALMARTELLO, *Solve et repete (patto o clausola del)*, in *Noviss. dig. it.*, XVII, Torino, 1970, p. 854.

[293] Non ci sembra si possa obiettare che l'abuso delle eccezioni dilatorie sia già corretto dal controllo di buona fede poiché esso presuppone un accertamento giudiziale che la "clausola ostativa" ha proprio lo scopo di rinviare alla fase successiva all'adempimento.

[294] C. Cost., 12 novembre 1974, n. 256, *cit.*; il giudice delle leggi fu chiamato a pronunciarsi da un'ordinanza del Trib. Milano, 15 giugno 1972, in *Giur. it.,* 1973, I, 2, 783 ss., con nota adesiva di VITUCCI, *Clausola "solve et repete", principio d'uguaglianza (ed autonomia contrattuale) nell'ordinanza di rimessione alla Corte Costituzionale dell'art. 1462 cod. civ.*, incoraggiata dalla precedente pronuncia della Corte Costituzionale con la quale era stata accertata l'illegittimità costituzionale del *"solve et repete"* in campo tributario per violazione dell'articolo 24 Cost. In realtà, la decisione in materia tributaria riguardava un istituto di diritto tributario con tutt'altri presupposti e ambito di operatività e di natura eminentemente processuale.



l'adempimento (locatore, venditore, fornitore), contro comportamenti illeciti mascherati dall'uso pretestuoso, defatigatorio, cavilloso di mezzi di autotutela o tutela giudiziaria. Essa ha inoltre considerato la legittimità dell'articolo 1462 c.c. alla luce del controllo giudiziario, comunque assicurato dal secondo comma del medesimo articolo e chiarificato che, operando la clausola sul piano sostanziale (benché con effetti di natura processuale), non sono invocabili i motivi che hanno indotto alla declaratoria di illegittimità costituzionale del *solve et repete* fiscale confliggente con l'articolo 24 Cost.

Il tema dell'opportunità della previsione di cui all'articolo 1462 c.c. da un punto di vista di politica legislativa (giustamente posto con forza in passato) ovvero di coerenza sistematica, è oggi grandemente scemato di importanza in ragione, non solo delle limitazioni che, per via interpretativa, subisce l'utilizzo del rimedio ma, soprattutto, perché, alla luce della normativa consumeristica oggi vigente, può ben dirsi che la clausola *"solve et repete"* sia oggi stata bandita nei rapporti di consumo di massa dove tradizionalmente si confrontano soggetti deboli e soggetti forti cui, in ultima analisi, lo strumento del patto di cui all'articolo 1462 c.c. è sostanzialmente sottratto [295].

In giurisprudenza è corrente l'affermazione circa il fatto che lo strumento giuridico di cui all'articolo 1462 c.c. sia un'eccezione sostanziale [296]. Con ciò intendendo che il suo esercizio non è di ostacolo alla instaurazione di un procedimento giurisdizionale ma solo importa la previa soddisfazione della pretesa creditoria rispetto alla disamina delle eccezioni del debitore che comunque saranno esaminate nell'ambito del medesimo giudizio [297]. Da ciò discende anche che, nel rispetto dei termini e delle decadenze processuali, è consentito al debitore cui sia stata opposto il *solve* di adempiere nel corso del procedimento e avanzare domanda riconvenzionale (nello stesso giudizio o separatamente) per

---

[295] A.M. BENEDETTI, *L'eccezione di inadempimento del (e contro il) contraente debole,* in *Obbl. e contr.,* agosto-settembre 2010, p. 566 ss., in particolare, p. 568:"Il rischio art. 1462 c.c., per il consumatore, è inesistente: la legge protegge il suo interesse a ricorrere all'eccezione di inadempimento [nel testo, non correttamente, "adempimento"] in tutte le sue forme, senza che possano essergli opposte eventuali limitazioni contenute, ad esempio, nelle condizioni generali di contratto predisposte dal professionista o in altre clausole fatte sottoscrivere al consumatore all'atto della conclusione del contratto che, nella sostanza, rappresentino rinunzie del consumatore a servirsi dell'eccezione di inadempimento (o dell'eccezione sospensiva regolata dall'articolo 1461 c.c.)".

[296] Cass. civ. 27 febbraio 1995, n. 2227, in *Corriere giur.,* 1995, 7, p. 835, con nota di FRANGINI; Cass. civ. 14 dicembre 1994, in *Mass. Giur. It.,* 1994; Cass. civ. 26 gennaio 1994, in *Mass. Giur. It.,* 1994; C. Cost., 12 novembre 1974, n. 256, *cit.*

[297] LUCCHI, *op. cit.*, p. 588 ben sintetizza questo connotato della clausola in esame "la clausola consente le eccezioni, semplicemente differendole, e la normativa processuale permette il loro esame nel medesimo processo, che potrà dar luogo a due sentenze, una non definitiva, di condanna del debitore, l'altra, definitiva, che si pronuncerà sulle eccezioni da lui proposte".



la ripetizione dell'indebito quando l'eccezione paralizzata dal *solve* dovesse ritenersi fondata [298]. La ricostruzione dell'istituto in questi termini ha motivato la Corte Costituzionale a ritenere l'articolo 1462 c.c. del tutto compatibile con una piena tutela del diritto alla tutela giurisdizionale.

In dottrina, invece, si dibatte sulla natura sostanziale o processuale del rimedio assegnando però all'aggettivo "sostanziale" un senso diverso da quello corrente in dottrina di eccezione che non determina un difetto di giurisdizione. Escluso questo significato del termine, per eccezione sostanziale dovrebbe intendersi che la clausola consista in una rinuncia ad avvalersi dell'eccezione di inadempimento con l'effetto di consentire al creditore inadempiente di chiedere l'adempimento e l'esecuzione pur in presenza di un inadempimento del creditore provato in modo certo e in forza di mezzi istruttori acquisiti o di facile acquisizione. Le eccezioni dilatorie sono mezzi di tutela perfettamente disponibili e, come tali, perfettamente rinunciabili [299].

Di contro, la dottrina prevalente ritiene che la clausola abbia solo l'effetto, essenzialmente operante a livello processuale, di accantonare l'esame delle eccezioni dilatorie da parte del giudice tant'è che il giudice medesimo potrebbe diversamente determinarsi ad esaminare immediatamente le eccezioni paralizzate ed acquisire subito i necessari mezzi istruttori sempre che, è evidente, sussistano i presupposti del comma secondo dell'articolo 1462 c.c. Alla tesi della natura sostanziale della clausola di indifferibilità pure si oppone che l'ordinamento non consente una rinuncia preventiva a un diritto non ancora sorto e che il *solve* del contraente protetto dalla clausola può ben venire dopo la proposizione sul piano sostanziale di un'eccezione dilatoria da parte dell'altro contraente il quale, però, in forza del patto ex articolo 1462 c.c. non potrà farlo valere in sede giudiziale se non dopo l'adempimento (sempre che il giudice non ritenga di sospendere la condanna ex articolo 1462 c.c., secondo comma) [300].

2. – Sono espressamente escluse dal novero delle eccezioni paralizzabili dalla clausola ostativa, quelle di nullità, annullabilità e rescissione. L'esclusione delle eccezioni appena citate ha fondamento nel fatto che esse attengono a vizi genetici del contratto, inci-

---

[298] Cass. civ., 14 dicembre 1994, n. 10697, *cit.* Dello stesso parere la dottrina, v. BIGLIAZZI GERI, *op. cit.*, p. 107.

[299] SACCO, *op. cit.*, p. 649-650.

[300] BIGLIAZZI GERI, *op. cit.*, p. 106; LUCCHI, *op. cit.*, p. 596.



denti sulla stessa esistenza del vincolo contrattuale di cui si pretende la tutela in sede processuale [301].

Si ritiene comunemente in dottrina che la clausola non osti alla proposizione di eccezioni estintive, come l'eccezione di pagamento e quelle di novazione, estinzione, compensazione, remissione, confusione, e impossibilità sopravvenuta [302].

Inoltre, si ritiene che il *solve* sia legittimamente utilizzabile contro la domanda riconvenzionale di risoluzione perciocché, sebbene si tratti di azione e non di eccezione, essa mira a realizzare lo stesso risultato di un'eccezione riconvenzionale, quest'ultima pure temporaneamente sospesa dal *solve* (v. *infra,* nota 269) [303] e il medesimo ragionamento dovrebbe trovare applicazione ai casi di azione ed eccezione di risoluzione per impossibilità sopravvenuta. Diversa la soluzione per il caso di risoluzione per eccessiva onerosità sopravvenuta poiché, a differenza della rescissione per lesione *ultra dimidium,* la prima non riguarderebbe il momento genetico e la validità del contratto ma il solo squilibrio in fase esecutiva, come dimostrato dalla possibilità della *reductio ad equitatem* [304].

In generale, dunque, la clausola non opera quando si tratti di eccezioni che non afferiscano all'inadempimento ovvero al rapporto sinallagmatico.

Ne consegue che il campo di elezione della clausola in commento è proprio quello stesso in cui operano le eccezioni che essa tipicamente è idonea a differire. l'eccezione di inadempimento e quella di sospensione o di insolvenza di cui all'articolo 1461 c.c. [305].

Eppure, non si è mancato di contestare le incongruenze, i pericoli, i paradossi cui condurrebbe l'applicazione del patto in discorso, proprio in caso di mutamento *in peius* delle condizioni patrimoniali del contraente a favore del quale il detto patto sia previsto.

---

[301] Secondo BIGLIAZZI GERI, *op. cit.*, p. 90, nota (2), non è la comune natura delle tre eccezioni a giustificarne la menzione nell'articolo ma la gravità dei motivi che sono alla base delle tre eccezioni. Secondo DALMARTELLO, *op. cit.*, p. 848, le tre eccezioni in parola sono tutte assieme menzionate in quanto tutte "travolgono il contratto" e i suoi effetti, inclusa la clausola *solve et repete.*

[302] LUCCHI, *op. cit.*, p. 589; DALMARTELLO, *op. cit.*, p. 848 vi include la prescrizione, la transazione e il giudicato (articolo 2909 c.c.).

[303] DALMARTELLO, *op. cit.*, p. 849, secondo il quale operano fuori dall'ambito di applicazione della clausola anche le eccezioni di estinzione del rapporto dovute a diffida ad adempiere, dichiarazione di avvalersi della clausola risolutiva espressa e scadenza del termine essenziale. La giurisprudenza non risulta si sia pronunciata sul punto benché sia usa far riferimento alla clausola come ad uno strumento operante "sul piano dell'adempimento" (Cass. civ. 27 febbraio 1995, n. 2777, in *Mass. Giur. Civ.,* 1995, p. 455). *Contra* MIRAGLIA, *"Solve et repete",* in *Enc. dir.,* XLII, Milano, 1990, p. 1260 c.c.

[304] Cass. civ. 5 ottobre 1976, n. 3272, in *Foro. It.,* 1976, I, c. 2626.

[305] REALMONTE, *op. cit.*, p. 222 e 238, il quale argomenta in tal senso anche in ragione della collocazione della norma, a contatto proprio con la disciplina delle eccezioni dilatorie di cui, per così dire, rappresenterebbe il contraltare.



Infatti, di fronte al rischio di perdere la controprestazione, il contraente *in bonis* dovrebbe pur sempre cedere al *solve* e prestare quanto previsto nel contratto, salvo conseguire una ripetizione che in questo caso non sarebbe possibile [306].

In giurisprudenza è accolta l'interpretazione restrittiva della clausola secondo cui il patto *"solve et repete"* non vale a paralizzare temporaneamente l'eccezione d'inadempimento, *exceptio inadimpleti contractus,* ma solo l'eccezione di parziale inadempimento ossia l'*exceptio non rite adimpleti contractus* [307].

L'orientamento giurisprudenziale è stato avversato dalla dottrina prevalente che ha contestato sia l'assoluta inidoneità della distinzione meramente "descrittiva" [308] tra *exceptio inadimpleti contractus* ed *exceptio non rite adimpleti contractus* a fondare un difetto di operatività della clausola, sia la difficoltà di limitare per via interpretativa la possibilità per l'autonomia privata di consentire alla clausola ostativa di frapporsi temporalmente all'esame dell'eccezione d'inadempimento anche quando questo sia totale [309].

---

[306] DALMARTELLO, *op. cit.*, p. 850, specialmente nota 2, secondo il quale l'ipotesi di insolvenza costituirebbe *ex se* un "grave motivo" ai sensi dell'articolo 1462, comma 2; BIGLIAZZI GERI, *op. cit.*, p. 93 ritiene che il ragionamento sia replicabile anche per il caso di inadempimento rilevante ai sensi dell'articolo 1460 c.c., anch'esso suscettibile di essere qualificato come "grave motivo" ai sensi del comma 2 dell'articolo 1462 c.c. Secondo ADDIS, *Le eccezioni dilatorie, cit.* p. 491, nei casi di più grave pericolo se non di certezza della perdita della controprestazione, ai sensi dell'articolo 1461 c.c., senz'altro sono integrati i "gravi motivi" di cui al secondo comma dell'articolo 1462 c.c.

[307] Cass. civ. 3 dicembre 1981, n. 6406, in *Foro It.,* 1982, I, con nota di DI PAOLA seguita da Cass. civ. 16 luglio 1994, n. 6697, in *Mass. Giur. It.,* 1994 che si legano ad autorevole dottrina dei tempi meno recenti (DALMARTELLO, *op. cit.*, p. 851-853). Nella giurisprudenza di merito si veda Trib. Roma, 14 settembre 2009, in *Pluris*: "La clausola solve et repete (art. 1462 c.c.) non ha l'efficacia di paralizzare in toto l'exceptio inadimpleti contractus ma resta operante nell'ambito della cd. exceptio non rite adimpleti contractus, sicché essa non incide sulla possibilità di far valere la mancata esecuzione totale o parziale della prestazione ma impedisce di opporre soltanto l'inesatto adempimento. Compete alla parte in cui favore è posta il potere di sollevare la relativa eccezione (cosicché essa non può essere rilevata d'ufficio): ratio di tale norma è quella di assicurare il soddisfacimento della pretesa del creditore, senza il ritardo imposto dall'esame delle eccezioni del convenuto. La giurisprudenza ha sottolineato che tale clausola, pur avendo un'indubbia portata processuale, non può essere considerata un presupposto processuale, la cui mancanza impedisce l'instaurazione di un regolare rapporto processuale (come è evidenziato sia dalla sua collocazione nel codice civile, sia dagli interessi che essa mira a tutelare): di conseguenza, non solo il mancato adempimento può essere rimosso anche nel corso del processo, ma in tale ipotesi in cui sia avvenuto il soddisfacimento della prestazione in corso di causa, il giudice potrà altresì esaminare l'eccezione o la domanda riconvenzionale proposta dal contraente gravato ex art. 1462 c.c.".

[308] BIGLIAZZI GERI, *op. cit.*, p. 98, che, in altro punto dell'opera citata (p. 18, nota 3) sostiene che la differenza tra le due formule può tutt'al più assumere significato in sede probatoria poiché l'inesatto adempimento è pur sempre adempimento e nessuna differenziazione di disciplina, tanto più se conduce a soluzioni diametralmente opposte, se ne può trarre.

[309] LUCCHI, *op. cit.*, p. 59 0: "Nulla impedisce peraltro all'autonomia privata di dilatare l'efficacia della clausola [ex articolo 1462 c.c.] all'*exceptio inadimpleti contractus*". Contro l'atteggiamento restrittivo della giurisprudenza citata, v. anche BIANCA, *Diritto civile V*, cit., p. 359.



In ambito consumeristico, come già visto prima (cfr. *infra* nota 66), si ritiene ormai del tutto consunto ogni spazio d'intervento della clausola *solve et repete* poiché le eccezioni dilatorie proposte dal consumatore non sono differibili (ovviamente non è vero il contrario quanto alle eccezioni proposte dal professionista, seppure l'ipotesi di una clausola *solve et repete* a favore del consumatore fosse immaginabile nella realtà). In proposito, l'articolo 33, co. 2, lett. *r,* del Codice del Consumo considera vessatoria la clausola che escluda o limiti la proponibilità dell'eccezione d'inadempimento ma, per diverse vie, si arriva a riconoscere vessatorio qualsiasi ostacolo alla piena realizzazione della tutela del consumatore nell'ambito del rapporto sinallagmatico [310]. Fuori dal campo specifico della tutela del consumatore, la clausola continua a rivestire comunque il carattere della vessatorietà, ai sensi dell'articolo 1341 c.c. [311].

Il più frequente campo di emersione della clausola in parola è oggi, oltre al tradizionale inserimento nei contratti di locazione, quello delle garanzie personali, fideiussione cosiddetta a prima richiesta e contratto autonomo di garanzia [312]. L'adozione della clausola *"solve et repete"* è comune alle due forme di garanzia personale appena citate, solo che, mentre nel caso della fidejussione a prima richiesta la clausola arricchisce il contenuto di una garanzia, pur sempre accessoria, di una tutela rafforzativa, nel contratto autonomo di garanzia ha piuttosto lo scopo di sottolineare l'astrattezza dell'obbligazione di garanzia rispetto all'obbligazione garantita [313].

---

[310] ADDIS, *op. cit.*, p. 490, ritiene che l'esplicito riferimento all'eccezione d'inadempimento contenuto nell'articolo in realtà "copra l'intera area delle tutele sinallagmatiche di natura dilatoria. PADOVINI, *Clausole vessatorie nei contratti con i consumatori* in *Il codice civile Commentario diretto da P. Schlesinger* a cura di ALPA E PATTI, Milano 2003. p. 578 ss. ritiene che l'eccezione di sospensione sia coperta, invece, dalla lettera *t)* dell'articolo 33, comma 2 del Codice del Consumo. Di questa medesima opinione è anche MINERVINI, *I contratti dei consumatori,* in ROPPO, *Trattato del contratto,* IV, *Rimedi – 1,* a cura di GENTILI, p. 587, secondo cui l'articolo 33, co. 2, lett. *t),* sub II, "riecheggia palesemente il disposto dell'articolo 1341 c.c. ed anzi ingloba in una più ampia categoria la clausola considerata nel precedente punto *r).* Tuttavia, sarebbe riduttivo considerare il riequilibrio normativo così introdotto come limitato al solo ambito dei rapporti tra il professionista e il consumatore, senza cogliere l'influenza che queste innovazioni del diritto comune esercitano sia in altri ambiti normativi definiti (es. subfornitura, affiliazione commerciale etc.) sia nell'elaborazione di nuovi paradigmi o principi fondati sulla lesione della parità contrattuale di portata generale (BARENGHI, *I contratti dei consumatori,* in *Diritto civile,* diretto da LIPARI e RESCIGNO, coordinato da ZOPPINI, Vol. III, *Le obbligazioni,* II, *Il contratto in generale,* Milano, 2009, p. 110 ss., in particolare p. 157 –158.

[311] BIGLIAZZI GERI, *op. cit.*, p. 89.

[312] Cass. civ. 21 febbraio 2008, n. 4446, in *Mass. Giur. It.,* 2008.

[313] Cass. civ. 12 dicembre 2005, n. 27333, in *Mass. Giur. It.,* 2005; l'intervento delle Sezioni Unite della Corte di Cassazione sul tema con una decisione che ricostruisce *funditus* la questione della differenziazione delle varie tipologie di garanzia personali rafforzate o astratte, variamente graduate, tenendo in conto la



Fuori dal campo di applicazione della clausola di cui all'articolo 1462 c.c. sono senza dubbio le eccezioni processuali attinenti la valida costituzione del rapporto processuale (eccezione di d'incompetenza, di difetto di giurisdizione, di difetto di legittimazione) perché la clausola non è diretta a differire il processo in sé considerato ma solo l'esame delle eccezioni connesse al collegamento sinallagmatico dei contratti a prestazioni corrispettive. Del resto, l'opinione diversa condurrebbe il giudice a pronunciare condanna prima ancora di conoscere della propria competenza o della propria giurisdizione e quindi della validità del processo stesso [314] e, quindi, a legittimare i profili di incostituzionalità sollevati dinanzi al giudice (violazione dell'articolo 24 Cost.) delle leggi ma da questo esclusi proprio in ragione dell'inidoneità del patto a creare un difetto di giurisdizione [315].

Inoltre, a stretto rigore, comunque le eccezioni o le domande [316] differibili sono proposte e proponibili da parte del soggetto contro cui è opposto il *solve* per consentire al giudice, quantomeno, di vagliare l'eventuale sussistenza dei "gravi motivi" di cui al comma 2 dell'articolo 1462 c.c. [317].

3. – A temperare il rischio di abusi variamente identificati dalla dottrina rivenienti dall'operatività concreta della clausola, l'articolo 1462, secondo comma, consente al giudice di sospendere la condanna, effetto del *solve,* se sussistano "gravi motivi", eventualmente dietro presentazione di una cauzione da parte del soggetto contro cui il patto è fatto valere.

L'identificazione dei "gravi motivi" che sono presupposto della sospensione della

---

diacronia degli interventi giurisprudenziali e dai commenti dottrinali (Cass. civ., sez. unite, 18 febbraio 2010, n. 3947 in *Dir. e Gius.,* 2010, 0, p. 159, con nota di MILIZIA, *Negozi pattizi: le clausole "a prima richiesta e senza eccezioni" sono un contratto (atipico) autonomo di garanzia e non una fideiussione*) ha confermato l'aspetto plurisemantico della clausola "a prima richiesta" o "a semplice richiesta" che, a seconda del contesto, assume varia coloritura tipologica e funzionale, dalla semplice inversione dell'onere probatorio, alla determinazione di un effetto *"solve et repete"* ancora inscritto nell'ambito del tipo fideiussorio, sino alla separazione del diritto all'adempimento dell'obbligazione di pagamento del garante rispetto all'obbligazione sottostante (nel che consiste appunto l'autonomia del *Garantievertrag*).

[314] LUCCHI, *op. cit.*, p. 593.

[315] C. Cost., 12 novembre 1974, n. 256, *cit.*

[316] LUCCHI, *op. cit.*, p. 592, sostiene che l'opponibilità della clausola ostativa per le domande riconvenzionali debba valere altresì per le domande poste in via principale altrimenti agevolandosi l'uso sapiente di tali domande da parte del contraente contro cui la clausola opererebbe.

[317] LUCCHI, *op. cit.*, p. 592.



condanna non può avvenire in astratto ma deve essere il frutto di un esame delle concrete circostanze del caso, valutate alla luce dell'applicazione di un criterio di buona fede [318].

Sinteticamente si può precisare che "gravi motivi" sussistano sia nel caso in cui appaia che le difese del convenuto siano fondate o basate su elementi di prova facilmente esperibili o verificabili [319] o, secondo alcuni autori, quando l'opposizione del *solve* sia frutto di mala fede, ossia di un atteggiamento malizioso [320].

Il criterio della buona fede trova comunque applicazione come strumento di controllo dell'esercizio della facoltà prevista dall'articolo 1462 c.c. potendo operare, ad esempio, come criterio di valutazione dell'opponibilità del *solve* nel caso in cui vi sia stata una preventiva rinuncia espressa o tacita del soggetto a cui favore la clausola opera [321].

Quanto alla "sospensione della condanna" si reputa che essa sia propriamente una disapplicazione della clausola [322] piuttosto che una vera e propria sospensione [323].

---

[318] BIGLIAZZI GERI, *op. cit.*, p. 103.

[319] BIANCA, *op. ult. cit.*, p. 358 sulla base dell'articolo 1528 c.c., ritenuto un'applicazione specifica del *solve et repete* nell'ambito della vendita contro documenti.

[320] MIRAGLIA, *op. cit.*, p. 1269.

[321] Per contro, proposta domanda di risoluzione non sarà possibile al medesimo soggetto opporre il *solve* che costituisce manifestazione implicita di una domanda di adempimento, stante il disposto di cui all'articolo 1453, comma 2, c.c. (BIGLIAZZI GERI, *op. cit.*, p. 108). Di questo avviso, anche la giurisprudenza Cass. civ. Sez. III, 16/11/1993, n. 11284, in *Mass. Giur. It.,* 1993: "La clausola *solve et repete* non può essere invocata dal contraente a cui favore è stabilita, quando questi chieda la risoluzione del contratto" e più di recente Cass. civ. 18 agosto 2020, n. 17214.

[322] DALMARTELLO, *op. cit.*, p. 860.

[323] Più dettagliatamente sintetizza gli aspetti processuali concernenti la sospensione ex articolo 1462, secondo comma, c.c. LUCCHI, *op. cit.*, pp. 594-595.

JUS CIVILE



GIULIA PULEIO

Assegnista di ricerca – Università di Trento

LA GESTIONE DEL RISCHIO EMERGENTE DA VEICOLI AUTONOMI IN DUE PROPOSTE DI REGOLAMENTO DELL'UE E LE CONSEGUENZE SULL'ASSICURAZIONE DEGLI OPERATORI

SOMMARIO*: 1. Nozioni di intelligenza artificiale e veicoli autonomi. – 2. Rischio di incertezza giuridica. – 3. Rischi tecnologici connessi all'utilizzo di veicoli autonomi. – 4. Obblighi degli operatori imposti dalla nuova strategia europea in materia di intelligenza artificiale. – 5. Assicurazione degli operatori: una teoria antica per un problema futuro?*

1. – Nel mese di aprile 2021, la Commissione europea ha presentato due Proposte di Regolamento destinate ad incidere sulla disciplina dei veicoli a guida autonoma: la Proposta di Regolamento del Parlamento europeo e del Consiglio sui prodotti macchina [1] e la Proposta di Regolamento del Parlamento europeo e del Consiglio che stabilisce regole armonizzate sulla Intelligenza Artificiale (legge sulla intelligenza artificiale) e modifica alcuni atti legislativi dell'Unione [2].

Le Proposte di Regolamento intervengono in una materia complessa, che era già stata al centro di diversi documenti europei di *soft law* [3]. Tra questi, grande rilevanza hanno,

[1] Bruxelles, 21.4.2021 COM(2021) 202 final 2021/0105 (COD), consultabile qui: https://ec.europa.eu/docsroom/documents/45508/attachments/2/translations/en/renditions/native.

[2] Bruxelles, 21.4.2021 COM(2021) 206 final 2021/0106 (COD), consultabile qui: https://eur-lex.europa.eu/legal-content/EN/TXT/?uri=celex%3A52021PC0206.

[3] Si segnalano, in particolare: la Risoluzione del Parlamento europeo del 16 febbraio 2017, n. 2015/2013 (INL), recante raccomandazioni alla Commissione concernenti norme di diritto civile sulla robotica, che ha l'obiettivo di integrare e aggiornare il quadro giuridico dell'Ue in materia di robotica; il Libro Bianco "L'intelligenza Artificiale a servizio del cittadino", 21 marzo 2018, Agenzia per l'Italia digitale (AGID); la Comunicazione del 25 aprile 2018, L'intelligenza artificiale per l'Europa; la Risoluzione del Parlamento europeo del 12 febbraio 2019, 2018/2088 (INI), su una politica industriale europea globale in materia di robotica e intelligenza artificiale; il documento Scenarios and conditions for the implemantation of CAD and



anche sul piano delle declamazioni che fungono da indirizzo politico, il Libro Bianco sulla IA – Un approccio europeo alla eccellenza e alla fiducia [4] e la Risoluzione del Parlamento europeo recante raccomandazioni alla Commissione sul regime di responsabilità civile e intelligenza artificiale [5].

Dall'analisi degli atti legislativi e dei documenti citati emerge che l'ordinamento europeo, che ambisce ad un ruolo di primo piano nella corsa mondiale alla intelligenza artificiale, attribuisce alla materia della implementazione, dello sviluppo e della regolazione della intelligenza artificiale il ruolo di questione fondamentale dell'agenda politica italiana, laddove la promozione dell'utilizzo dell'IA impone anche di governare i rischi associati a determinati utilizzi di tale tecnologia [6]. I vantaggi attesi dalla diffusione dell'IA nel mercato europeo sono, infatti, numerosissimi, essendo tantissimi i settori coinvolti: dalla sfera personale (i trasporti [7], l'istruzione personalizzata [8], l'assistenza alle persone vulnerabili [9], il commercio digitale [10]) fino alle sfide globali (i cambiamenti climatici [11]).

---

proactive mapping of policy measures, Commissione Europea, Direzione generale delle Reti di comunicazione, dei contenuti e delle tecnologie, Bruxelles, 2018; la Risoluzione 20 gennaio 2021 sul tema dei sistemi autonomi di armi letali. Inoltre, sono anche numerosi gli studi europei condotti in materia: GEAR 2030 Strategy 2015-2017 – Comparative analysis of the competitive position of the EU automotive industry and the impact of the introduction of autonomous vehicles, Bruxelles, 2017; A common EU approach to liability rules and insurance for connected and autonomous vehicles – European Added Value Assessment, 5 Servizio Ricerca del Parlamento Europeo, Tatjana Evans, Bruxelles, 2018, Orientamenti etici per UN'IA affidabile elaborato da un gruppo di esperti ad alto livello SULL'IA, istituito dalla Commissione europea nel giugno 2018, e pubblicato nell'aprile 2019. Tra i primi studi condotti in Italia sull'argomento, si rinvia a A. BERTOLINI-E. PALMERINI: Regulating robotics: A challenge for Europe, in EU Parliament, Workshop on Upcoming issues of EU law for the IURI Committee, Publications Office of the Europe Parliament, Bruxelles, 2014, pp. 110 ss.

[4] Libro Bianco sulla IA – Un approccio europeo alla eccellenza e alla fiducia, Commissione europea, 19 febbraio 2020, per cui si veda: https://ec.europa.eu/info/sites/default/files/commission-white-paper-artificial-intelligence-feb2020_it.pdf.

[5] Risoluzione del 20 ottobre 2020 raccomandazioni alla Commissione sul regime di responsabilità civile e intelligenza artificiale, 2020/2014 (INL), consultabile qui: https://www.europarl.europa.eu/doceo/document/TA-9-2020-0276_IT.html.

[6] Come si legge nella Relazione che accompagna la Proposta di Regolamento 2021/0106.

[7] M. FINCK, M. LAMPING, V. MOSCON, H. RICHTER, Smart Urban Mobility, MPI Studies on Intellectual Property and Competition Law, Springer, 2019; M. MAURER, J. CHRISTIAN GERDES, B. LENZ, H. WINNER, Autonomous Driving, SpringerOpen, 2016.

[8] Per cui si veda il progetto, finanziato dall'Unione europea e coordinato dall'Università Campus biomedico di Roma, CONBOTS: https://cordis.europa.eu/project/id/871803/it

[9] In questo campo, le potenziali applicazioni sono tantissime. Per una ricognizione, E. MURRAY, E. B. HEKLER, G. ANDERSSON, L. M. COLLINS, A. DOHERTY, C. HOLLIS, D. E. RIVERA, R. WEST, J. C. WYATT, Evaluating Digital Health Interventions: Key Questions and Approaches, American Journal of Preventive Medicine, Volume 51, Issue 5, November 2016, pp. 843 ss. Per avere solo un esempio, si pensi all'enorme



L'articolo in esame si propone di analizzare la possibilità di governare il rischio introdotto sul mercato dall'utilizzo dei veicoli autonomi attraverso lo strumento del contratto di assicurazione degli operatori coinvolti nei processi di fabbricazione e immissione nel mercato dei veicoli autonomi. Preliminari a questo fine sono la definizione di intelligenza artificiale e di veicoli autonomi (paragrafo 1), l'analisi dei rischi che il loro utilizzo può produrre (paragrafi 2 e 3) e la ricostruzione del panorama normativo che gli atti legislativi presentati dall'Unione permettono di intravedere (paragrafo 3).

Le intelligenze artificiali sono tecnologie in grado di adattarsi all'ambiente in cui lavorano pur avendo conoscenze e risorse originarie insufficienti, risolvendo compiti inaspettati e imparando dalla esperienza: l'intelligenza consiste, quindi, nella capacità di apprendimento [12]. Con l'espressione "sistemi di intelligenza artificiale" si intende una serie molto numerosa di tecnologie differenti, dalla cui introduzione si attende appunto un miglioramento della vita umana in settori fondamentali, tra cui è ovviamente anche quello della mobilità privata e pubblica [13].

Utilizzando software di intelligenza artificiale, i veicoli a guida autonoma sono sistemi in grado di prendere decisioni indipendentemente dalla interferenza umana e, a differenza della semplice automazione, di prendere queste decisioni mentre affrontano l'in-

---

potenzialità, anche per l'accesso al lavoro delle persone con disabilità, rappresentata da una intelligenza artificiale in grado di comprendere il linguaggio naturale, per cui si rinvia R. A. KHALIL, E. JONES, M. I. BABAR, T. JAN, M. H. ZAFAR AND T. ALHUSSAIN, Speech Emotion Recognition Using Deep Learning Techniques: A Review, in IEEE Access, vol. 7, pp. 117327-117345, 2019.

[10] Si veda, in particolare, la Risoluzione del Parlamento europeo del 20 ottobre 2020 recante raccomandazioni alla Commissione sulla legge sui servizi digitali: adeguare le norme di diritto commerciale e civile per i soggetti commerciali che operano online, commentata da M.R. MAUGERI, La Risoluzione del Parlamento europeo del 20 ottobre 2020 e gli Smart Contracts. Prime riflessioni in tema di diritto dei contratti e della concorrenza, in Contratto e impresa Europa, 2021, 25 ss.

[11] C. MULLEN, Governing a Risky Relationship Between Sustainability and Smart Mobility, in Smart Urban Mobility, MPI Studies on Intellectual Property and Competition Law, diretto da M. Finck, M. Lamping, V. Moscon, H. Richter, Springer, 2019, pp. 21 ss.

[12] Così M. ELING, D. NUESSLE, J. STAUBLI, The impact of artificial intelligence along the insurance value chain and on the insurability of risks, The Geneva Papers on Risk and Insurance – Issues and Practice, 2021, disponibile qui: https://link.springer.com/article/10.1057/s41288-020-00201-7, i quali interpretano l'intelligenza artificiale come una forma di razionalità relativa con una profonda capacità di apprendimento. È possibile anche descrivere in maniera diversa i campi di applicazione della intelligenza artificiale, attraverso altre categorie informatiche quali "apprendimento automatico", "modellazione" o "risoluzione dei problemi". Le nozioni di autonomia e intelligenza artificiale involgono questioni etiche molto complesse, per cui si rinvia a WILLEN F.G., HASELAGER, 'Robotics, Philosophy and the Problems of Autonomy' 3 Pragmatics & Cognition, pp. 517 ss.

[13] Risoluzione del Parlamento europeo del 20 ottobre 2020 recante raccomandazioni alla Commissione su un regime di responsabilità civile per l'intelligenza artificiale, Introduzione, pt 1.



certezza [14]. I veicoli autonomi sono, quindi, in grado di elaborare, imparare da e adattare i loro sistemi di guida in funzione delle condizioni esterne e in maniera molto più rapida rispetto ad un conducente umano standard. Inoltre, essendo forniti di tecnologie di comunicazione veicolo – veicolo (V2V) e veicolo – infrastruttura (V2I) sono in grado anche di imparare da altri veicoli [15].

I livelli di automazione sono cinque [16]. I veicoli che hanno livelli di automazione 1 e 2 (rispettivamente automazione assistita e automazione parziale), già in commercio, hanno funzioni di assistenza alla guida del conducente umano, cui comunque sono rimessi i compiti di guida dinamica. A partire dall'automazione condizionata che rappresenta il livello tre, è il sistema di guida automatizzato ad eseguire compiti di guida dinamica. I veicoli con livello di automazione 3 sono considerati semi-autonomi, perché il conducente umano può occasionalmente controllare il veicolo. Un veicolo raggiunge un'alta automazione al livello 4 e una piena automazione al livello 5: al livello 4 al conducente potrebbe essere richiesto di intervenire in determinate circostanze o residua la possibilità di guidare in condizioni in cui è vietato l'inserimento della guida autonoma, mentre nel caso di piena automazione il sistema sarà in grado di guidare in qualsiasi circostanza [17]. I veicoli con livelli di automazione da 3 a 5 non sono stati ancora immessi sul mercato, ma diverse stime prevedono che ciò avverrà nei prossimi anni, tanto che tra il 2030 e il 2040 saranno introdotti nel mercato europeo veicoli completamente autonomi [18], fino a rappresentare, nel 2040, il 25% del mercato.

2. – La progressiva introduzione sul mercato di questo tipo di automobili, se comporta vantaggi significativi nei termini di sicurezza delle strade, eliminando gli incidenti do-

---

[14] A. TAEIHAGH, H. SI MIN LIM, Governing autonomous vehicles: emerging responses for safety, liability, privacy, cybersecurity, and industry risks, Transport Reviews, 2019, vol. 39, n. 1, pp. 103 ss.

[15] D.M. WEST, Moving forward: Self-driving vehicles in China, Europe, Japan, Korea, and the United States, 2016, disponibile qui: https://www.brookings.edu/research/moving-forward-self-driving%20vehicles-in-china-europe-japan-korea-and-the-united-states/.

[16] I criteri per distinguere tra i diversi livelli di automazione sono fissati dallo standard J3016 elaborato da SAE International nel 2016 e poi aggiornato nel 2018: https://www.sae.org/news/2019/01/sae-updates-j3016-automated-driving-graphic.

[17] D. MILAKIS, D.B. VAN AREM, B. VAN WEE, Policy and society related implications of automated driving: A review of literature and directions for future research. Intelligent Transportation Systems, 2017, pp. 1 ss.

[18] Scenarios and conditions for the implemantation of CAD and proactive mapping of policy measures, Commissione Europea, Direzione generale delle Reti di comunicazione, dei contenuti e delle tecnologie, Bruxelles, 2018, pp. 15 ss.



vuti ad errori umani e rappresentando un progresso significativo anche nella gestione del traffico e nella lotta all'inquinamento [19], comporta anche il sorgere di rischi nuovi, che devono essere governati in maniera efficace dal diritto.

Un primo problema fondamentale attiene proprio alla incertezza giuridica, laddove bisogna comprendere quali istituti del diritto civile possano essere applicati in materia di danni derivanti da veicoli autonomi. In proposito, occorre chiarire che i veicoli con livelli di automazione 1 e 2 non possono essere considerati veicoli autonomi e, pertanto, i rischi che la loro introduzione immette nel mercato non sono diversi in maniera significativa da quelli dei veicoli tradizionali, potendo pertanto essere applicate le norme già esistenti in materia di responsabilità e assicurazione [20].

Alcuni ordinamenti europei stanno timidamente modificando il proprio apparato di regole in materia di danni derivanti da circolazione stradale in previsione della successiva immissione nel mercato dei veicoli autonomi, di cui sono fornite diverse definizioni [21]. In particolare, in Germania, la riforma dell'articolo 1.a dello *Strassenverkehrsgesetz* ha esteso la nozione di veicolo a motore alle macchine dotate di dispositivi tecnici in grado di prendere parzialmente o completamente il controllo del veicolo, purché tali dispositivi possano essere disattivati manualmente dal conducente in qualsiasi momento. La modifica da parte del legislatore tedesco non permette di comprendere le automobili con un livello di automazione 4 e 5 che non possono circolare sulle strade tedesche, pur essendo concesso l'utilizzo a fini sperimentali di tali veicoli nelle circostanze e condizioni per le quali sono stati progettati. Nel Regno Unito, è stata introdotta una disciplina nel 2018 che si applica anche ai veicoli con alta e piena automazione. Similmente, una definizione ampia di veicoli autonomi è contenuta all'articolo 1, lett. F, del Decreto italiano Smart Roads [22], che definisce il veicolo a guida automatica "un veicolo dotato di

---

[19] M. FINCK, M. LAMPING, V. MOSCON, H. RICHTER, Smart Urban Mobility, MPI Studies on Intellectual Property and Competition Law, Springer, 2019; M. MAURER, J. CHRISTIAN GERDES, B. LENZ, H. WINNER, Autonomous Driving, SpringerOpen, 2016.

[20] Nell'ordinamento giuridico italiano, si tratta, com'è noto, delle norme di cui all'articolo 2054 c.c. in sinergia con il sistema di assicurazione privata obbligatoria per i veicoli a motore senza guida di rotaie introdotto dalla l. 24 dicembre 1969, n. 990, e oggi regolata dall'articolo 122 del Codice delle assicurazioni private, d.lgs. 7 settembre 2005, n. 209. Sul punto, si rinvia a M. TAMPIERI, L'intelligenza artificiale: una nuova sfida anche per le automobili, in Contratto e impresa/Europa, 2/2020, pp. 732 ss.

[21] Per una ricognizione completa, si rinvia a R. LOBIANCO Veicoli a guida autonoma e responsabilità civile: regime attuale e prospettive di riforma, Parte I, Resp. Civ. e prev., n. 3, 2020, pp. 724 ss.

[22] D.m. 28 febbraio 2018 relativo alle "Modalità attuative e strumenti operativi della sperimentazione su strada delle soluzioni di Smart Road e di guida connessa e automatica".



tecnologie capaci di adottare e attuare comportamenti di guida senza l'intervento attivo del guidatore, in determinati ambiti stradali e condizioni esterne".

A causa della capacità dei veicoli autonomi di imparare a compiere azioni per i quali non avevano istruzioni originariamente e di operare autonomamente, secondo una impostazione della dottrina questi – come tutte le tecnologie che utilizzino intelligenze artificiali in grado di apprendere – non sarebbero ontologicamente prodotti, ma dovrebbero essere dotati di una propria soggettività giuridica [23]. In particolare, secondo questa tesi, i sistemi di intelligenza artificiale che utilizzano tecnologie come le reti neurali e i processi di apprendimento profondo pongono, in punto di responsabilità, e quindi di allocazione del rischio e del danno, un problema nuovo al diritto civile. L'operatore economico cui si deve la produzione o la immissione nel mercato del prodotto potrebbe perdere il controllo dell'attività del sistema di intelligenza artificiale: se il danno deriva dalla operazione autonoma del veicolo autonomo, è inefficiente che la responsabilità sia attribuita alla persona fisica proprietaria del veicolo o all'operatore economico che ne è produttore, perché estraneo alla sfera d'azione. Proprio per evitare che l'attribuzione del danno sia inefficiente, la dottrina citata ritiene che responsabile sia il veicolo autonomo in quanto tale. Tuttavia, questa impostazione, già duramente criticata da una parte della dottrina, che riconosce la soggettività giuridica, e quindi la responsabilità, soltanto ai soggetti, rispetto ai quali i robot sono al servizio [24], risulta ormai superata dalla Risoluzione del Parlamento europeo di ottobre 2020, secondo la quale *i sistemi di IA non possiedono né una personalità giuridica né una coscienza umana e* […] *il loro unico compito consiste nel servire l'umanità* [25]. In maniera coerente, poi, la Risoluzione del Parlamento europeo in esame ritiene meno ambiguo l'utilizzo della espressione "processo decisionale automizzato", anziché il termine "intelligenza artificiale", al fine di individuare l'utente, il quale, utilizzando un software o un servizio, delega inizialmente una decisione, in parte o interamente, alla entità che, a sua volta, utilizza modelli decisionali automatizzati per lo

[23] A. SANTOSUOSSO, C. BOSCARATO, F. CAROLEO, Robot e diritto: una prima ricognizione, La nuova giurisprudenza civile commentata, 2012, 7/8, pp. 494 ss.; CURTIS E.A. KARNOW, The Application of Traditional Tort Theory to Embodied Machine Intelligence, in R. CALO, M. FROOMKIN, I. KERR, (a cura di), Robot Law, Edward Elgar Publishing, 2016, pp 51 ss.; W.F.G. HASELAGER, Robotics, Philosophy and the Problems of Autonomy, 3 Pragmatics & Cognition, 2005, pp. 517 ss.

[24] A. BERTOLINI, Insurance and Risk Management for Robotic Devices: Identifying the Problems, in Global Jurist, January 2016, 16(3) pp. 291 ss.

[25] Risoluzione del Parlamento europeo del 20 ottobre 2020 recante raccomandazioni alla Commissione su un regime di responsabilità civile per l'intelligenza artificiale, Considerando 6 del Testo della Proposta Richiesta.



svolgimento di un'azione per conto di un utente, o per informare le decisioni dell'utente nello svolgimento di un'azione [26].

Prima di procedere all'analisi dei rischi che saranno immessi nel mercato con la introduzione di veicoli autonomi e degli obblighi che la Risoluzione del Parlamento europeo e le Proposte di Regolamento citate individuano in capo ai soggetti potenzialmente responsabili, può essere utile condurre qualche considerazione in ordine al dibattito (anche italiano) in materia di intelligenza artificiale, che, come si è già accennato, rileva un rischio giuridico rappresentato dalla incertezza in ordine alle norme applicabili in materia [27].

In materia, anche la "Relazione sulle implicazioni della intelligenza artificiale, dell'Internet delle cose e della robotica in materia di sicurezza e responsabilità", che ha accompagnato il Libro Bianco del 2020, sottolinea come la certezza del diritto sia fondamentale per aumentare la fiducia nelle tecnologie digitali, anche perché le eventuali lacune potrebbero ostacolare un ostacolo alla parità dei concorrenti fabbricanti, e quindi minare l'efficienza. In particolare, la Relazione, dopo avere condotto un'analisi dell'impatto delle nuove tecnologie e delle sfide che esse pongono per la legislazione dell'Unione in materia di sicurezza, ha individuato tutte le lacune della direttiva macchina [28] rispetto alla ipotesi di introduzione sul mercato di veicoli autonomi. In particolare, la direttiva macchina non prende in considerazione il rischio che deriva dalla interazione diretta uomo – robot nel caso di utilizzo di robot collaborativi (cobot). Altre fonti di rischio discendono dalla connessione tra i veicoli e dal modo in cui gli aggiornamenti dei software modificano il comportamento delle macchine immesse sul mercato. In dubbio è anche la capacità del fabbricante di condurre una valutazione del rischio emergente dalle applicazioni di apprendimento automatico prima della immissione del veicolo sul mercato. Soprattutto, la direttiva macchine presuppone sempre che vi sia una persona fisica lato sensu incaricata del funzionamento della macchina, anche semplicemente nel senso che questa venga azionata grazie ad un telecomando. Ma i veicoli con livelli di automazione 4 e 5 sono privi di conducente e la funzione di guida dinamica è svolta dal veicolo

---

[26] Ibidem.

[27] A. BERTOLINI, Insurance, cit., pp 291 ss, in particolare p. 292 sottolinea che, sebbene un certo grado di incertezza sia strutturale in tutti i sistemi giuridici a causa dell'applicazione di termini che risultano elastici e, spesso, descrittivi, non può applicarsi in materia di veicoli autonomi un approccio caso per caso, che porterebbe a risultati random nell'attribuzione del rischio, generando una imprevedibilità del risarcimento.

[28] Direttiva 2006/42/CE del Parlamento europeo e del Consiglio, del 17 maggio 2006, relativa alle macchine (GU L 157 del 9.6.2006, pag. 24).



in un modo che la direttiva macchine non prende assolutamente in considerazione. La Risoluzione del Parlamento europeo sostiene che queste lacune devono essere colmate in modo da garantire la certezza del diritto per tutte le parti, produttore, operatore, persona interessata o terzi.

Rispetto all'ordinamento giuridico italiano, la dottrina ha sottolineato soprattutto il rischio di una possibile sovrapposizione dei diversi gruppi di norme astrattamente applicabili [29] in assenza di un intervento legislativo in materia.

Innanzitutto, bisogna ricordare la disciplina in materia di responsabilità del produttore, che, di certo, non è stata dettata considerando i rischi rappresentati dai veicoli autonomi: infatti, le tre categorie dei difetti di fabbricazione, dei difetti di progettazione e dei difetti di istruzione mal si adattano agli eventuali danni derivanti da guasti dei veicoli autonomi [30]. Inoltre, è difficile comprendere se la responsabilità vada configurata in capo alle imprese che abbiano fabbricato il veicolo autonomo oppure ai terzi progettisti del software (articolo 121 codice del consumo). La disciplina che deriva dagli articoli 114 codice consumo è insufficiente anche per altre ragioni, che attengono al regime probatorio (difetto, danno e nesso causale sarebbe in capo al danneggiato), alle voci di danno risarcibile (non sarebbe risarcito la perdita del veicolo autonomo, pur economicamente significativa), alla difficoltà di inquadrare il software tra i prodotti.

L'ordinamento italiano conosce, poi, all'articolo 2054 c.c. un regime di responsabilità che grava sul conducente del veicolo a causa di una colpa presunta, cui si affianca, per garantire la compensazione, la responsabilità del proprietario del veicolo – cui è equiparato anche l'usufruttuario, l'acquirente con patto di riscatto, nonché l'utilizzatore a titolo di locazione finanziaria – il quale risponde in solido salva la prova che la circolazione sia avvenuta contro la sua volontà. Nel quadro giuridico che ne deriva, conducente e proprietario sono solidalmente responsabili per i danni derivanti da vizi di costruzione e difetti di manutenzione, laddove poi la previsione di una copertura assicurativa obbligato-

[29] Tra i contributi più recenti, R. LOBIANCO, Veicoli, pp. 724 ss. e Parte II, Resp. Civ. e prev., nn. 4, 2020, pp. 1080 ss.; RATTI, Riflessioni in materia di responsabilità civile e danno cagionato da dispositivo intelligente alla luce dell'attuale scenario normativo, in Contratto e impresa, 3/2020, pp. 1174 ss.; U. SALANITRO, Intelligenza artificiale e responsabilità: la strategia della Commissione europea, in Riv. Dir. Civ., n. 6/2020, pp. 1246 ss.; P. SERRAO D'AQUINO, La responsabilità civile per l'uso di sistemi di intelligenza nella risoluzione del Parlamento europeo 20 ottobre 2020: Raccomandazioni alla Commissione sul regime di responsabilità civile e intelligenza artificiale, in Diritto Pubblico Europeo Rassegna online, Fascicolo 1/2021, pp. 248 ss.; M. TAMPIERI, L'intelligenza, pp. 732 ss.; F. P. PATTI, The European Road to Autonomous Vehicle, Fordham Int'l L.J. 125, 43, 2019-2020, pp. 125 ss.

[30] Direttiva 85/374/CEE del 25 luglio 1985 e articoli 114 e ss. codice del consumo. Vedi infra, paragrafo 2.



ria ha la funzione di garantire la compensazione dei danni subiti dai terzi. Evidentemente, la principale difficoltà rispetto all'applicazione di questa disciplina deriva dalla impossibilità di individuare un conducente. Come è stato detto, non si può accogliere la tesi di chi vorrebbe attribuire la personalità giuridica al software di bordo. Anche la proposta di identificare il conducente nel soggetto che mette in moto il veicolo, attivando la guida automatica, secondo quanto disposto dall'articolo 1.a dello Strassenverkehrsgesetz, non convince, perché l'introduzione di veicoli completamente autonomi stravolgerà il sistema dei trasporti, pubblici e privati, per cui non è razionale estendere una responsabilità per colpa presunta al soggetto che si limiti ad accendere il dispositivo e non ha nessun controllo su di esso [31]. Stesse obiezioni possono muoversi in ordine alla possibilità di applicare estensivamente l'articolo 2050 c.c. come ipotesi di responsabilità oggettiva per attività pericolosa.

Per questo, deve essere accolta con favore la nuova strategia europea di disciplinare con un approccio differenziato i rischi derivanti dall'utilizzo di sistemi di intelligenza artificiale anche nel campo dei veicoli.

L'articolo 6 della Proposta di Regolamento che stabilisce regole armonizzate sull'intelligenza artificiale subordina la classificazione di un sistema di IA come "ad alto rischio" alla presenza cumulativa di due condizioni: a) il sistema di IA è destinato a essere utilizzato come componente di sicurezza di un prodotto, o è esso stesso un prodotto, disciplinato dalla normativa di armonizzazione dell'Unione elencata nell'allegato II; b) il prodotto, il cui componente di sicurezza è il sistema di IA, o il sistema di IA stesso in quanto prodotto è soggetto a una valutazione della conformità da parte di terzi ai fini dell'immissione sul mercato o della messa in servizio di tale prodotto ai sensi della normativa di armonizzazione dell'Unione elencata nell'allegato II.

In proposito, le Proposte di Regolamento di aprile 2021 collocano i veicoli con livello di automazione elevato tra le tecnologie ad alto rischio, perché il funzionamento autonomo può, in maniera causale e difficile da governare, causare danni come la lesione dei diritti fondamentali (ad esempio, la vita, la salute, la privacy). Obiettivo delle due Proposte, che sono state presentate in tandem lo stesso giorno e contengono le stesse definizioni di intelligenza artificiale, è quello di dettare un quadro uniforme in tutta l'Unione europea in materia di gestione dei rischi creati dalle intelligenze artificiali, nella consapevolezza che uno dei problemi principali in materia di uso della intelligenza artificiale è

[31] M. FINCK, M. LAMPING, V. MOSCON, H. RICHTER, Smart Urban Mobility, pp. 1 ss.; M. MAURER, J. CHRISTIAN GERDES, B. LENZ, H. WINNER, Autonomous Driving, pp. 1 ss.



rappresentato dalla incertezza del diritto dovuto alla mancanza di chiarezza sull'ambito di applicazione delle diverse regole e sulle definizioni. Da una parte, la Proposta di Regolamento sulla intelligenza artificiale detta alcuni requisiti volti a governare i rischi per la sicurezza dei sistemi di IA che assolvono funzioni di sicurezza nelle macchine; dall'altra, la Proposta di Regolamento sui prodotti macchina, destinata a sostituire la Direttiva macchine [32], individua requisiti specifici per garantire la sicurezza della integrazione del sistema di IA nella macchina nel suo complesso. Le due Proposte di Regolamento definiscono l'ambito di applicazione della loro disciplina facendo salve le eventuali azioni derivanti dal diritto europeo derivato in materia di protezione dei dati, tutela dei consumatori, non discriminazione e parità di genere, mentre l'approccio proporzionale fondato sul rischio, comune ad entrambe le Proposte, dimostra tutte le inadeguatezze, rispetto alle tecnologie emergenti, della disciplina eurounitaria in materia di prodotti difettosi [33]. Le procedure di conformità previste in materia di messa in servizio e uso di sistemi di intelligenza artificiale e di prodotti macchine risultano poi in linea con la disciplina europea in materia di accreditamento, vigilanza e commercializzazione dei prodotti [34].

Occorre adesso analizzare quali siano i rischi tecnologici dovuti all'utilizzo di veicoli autonomi, in modo da valutare gli obblighi in capo agli operatori *lato sensu* responsabili dell'immissione di tali rischi sul mercato e vagliare l'impatto di tali obblighi in punto di assicurazione.

3. – Com'è stato detto *supra*, studi recenti prevedono che le aziende automobilistiche lanceranno sul mercato veicoli autonomi a partire dai prossimi anni e che entro il 2040 questi rappresenteranno il 25% del mercato globale [35]. Diventa, quindi, fondamentale

[32] Direttiva 2006/42/CE del Parlamento europeo e del Consiglio, del 17 maggio 2006, relativa alle macchine (GU L 157 del 9.6.2006, pag. 24).

[33] Direttiva 85/374/CEE del Consiglio del 25 luglio 1985 relativa al ravvicinamento delle disposizioni legislative, regolamentari ed amministrative degli stati membri in materia di responsabilità per danno da prodotti difettosi (85/374/CEE).

[34] Regolamento (CE) n. 765/2008 del Parlamento europeo e del Consiglio che pone norme in materia di accreditamento e vigilanza del mercato dei prodotti; Decisione n. 768/2008/CE del Parlamento europeo e del Consiglio relativa a un quadro comune per la commercializzazione dei prodotti; Regolamento (UE) 2019/1020 del Parlamento europeo e del Consiglio sulla vigilanza del mercato e sulla conformità dei prodotti ("nuovo quadro legislativo per la commercializzazione dei prodotti").

[35] A. TAEIHAGH, H. SI MIN LIM, Governing autonomous vehicles, pp. 103 ss.



comprendere quali siano i diversi tipi di rischi associati all'utilizzo di veicoli a guida autonoma [36]. Poiché l'obiettivo dell'articolo è quello di valutare l'impatto che l'introduzione di veicoli autonomi ha sui contratti di assicurazione stipulati dagli operatori economici responsabili dei rischi connessi all'utilizzo sul mercato, occorre concentrarsi sui rischi tecnologici [37], in quanto conseguenze negative la cui allocazione può essere governata dai contratti di assicurazione, mentre si trascurano altri tipi di rischio, quali quelli ambientali [38] e quelli legati alla occupazione [39], che possono essere regolati da altri istituti di diritto privato e pubblico.

Innanzitutto, occorre ricostruire l'insieme di rischi che derivano dal guasto o da malfunzionamento del prodotto e del software tali da potere provocare incidenti, in modo da determinare il grado di sicurezza dei veicoli autonomi. Secondo la stima effettuata da Sicurstrada [40], nel 2019 il comportamento scorretto del guidatore ha causato il 90% degli incidenti su strade urbane [41] e l'87,9% su strade extraurbane [42]. La progressiva introduzione di veicoli a guida autonoma nel mercato avrà come vantaggio evidente quello di diminuire progressivamente il numero di incidenti causati da errori umani. Tuttavia, se le cause mutano, gli incidenti non spariscono. Infatti, crescendo la complessità della tecnologia, aumenta anche la probabilità statistica di errori tecnici, che compromettono la sicurezza del veicolo.

Pur prescindendo dalla condotta umana, possono esserci incidenti provocati da un guasto o un'anomalia dell'hardware o dal malfunzionamento del software. Inoltre, i veicoli autonomi sono dotati di sistemi V2V e V2I, per cui un incidente potrebbe anche es-

---

[36] Per un'analisi della corretta allocazione del rischio derivante dall'utilizzo di veicoli autonomi, si veda A. BERTOLINI, M. RICCABONI, Grounding the case for a European approach to the regulation of automated driving: the technology selection effect of liability rules, European Journal of Law and Economics, 1, 2020, pp. 1 ss.

[37] O. RENN, C. BENIGHAUS, Perception of technological risk: Insights from research and lessons for risk communication and management, Journal of Risk Research,16 (3-4), 2013, pp. 293 ss.

[38] C. MULLEN, Governing a Risky Relationship, pp. 21 ss e in B. LENZ, E. FRAESDRICH, New Mobility Concepts and Autonomous Driving: The Potential for Change, in Autonomous Driving, diretto da M. Maurer, J. Christian Gerdes, B. Lenz, H. Winner, SpringerOpen, 2016, pp. 173 ss.

[39] A. TAEIHAGH, H. SI MIN LIM, Governing autonomous vehicles, pp. 103 ss.

[40] Per consultare i dati si rinvia a: https://www.sicurstrada.it/Risorse/Incidenti%20stradali%20-%20Rapporto%20ACI-ISTAT%202019.pdf.

[41] La cifra sale al 94,7% se si considera il comportamento scorretto di conducente e pedone, e quindi l'errore umano complessivo.

[42] La cifra sale all'89,9% se si considera il comportamento scorretto di conducente e pedone, e quindi l'errore umano complessivo.



sere causato da un guasto nella infrastruttura viaria oppure da una improvvisa assenza di rete telematica. Anzi, secondo la stima della Risoluzione del Parlamento europeo del 2020, se è vero che tutte le attività, i dispositivi o i processi fisici o virtuali che sono guidati da sistemi di IA possono causare direttamente o indirettamente danni o pregiudizi, quasi sempre l'evento dannoso è il risultato della creazione, della diffusione o dell'interferenza con i sistemi da parte di qualcuno.

Alcuni Paesi stanno affrontando, in previsione dell'ingresso sul mercato, il problema della sicurezza dei veicoli autonomi. In particolare, il Dipartimento dei Trasporti del Regno Unito ha elaborato una serie di test attraverso i quali i produttori valutano la sicurezza del comportamento dei veicoli autonomi in situazioni differenti [43]. In maniera simile, in Australia, il National Transport Commission ha elaborato quattro diverse opzioni normative per aumentare gli standard di sicurezza, sulle quali è stato richiesto agli operatori del mercato interessati una valutazione [44]. A livello europeo, in un periodo precedente alle Proposte di Regolamento da ultimo presentate (su cui si veda *infra*), sono stati apportati alcuni emendamenti alla Convenzione di Vienna del 1968 sulla circolazione stradale per rendere lecito l'uso delle tecnologie di guida automatizzata [45]. Nonostante le modifiche, il testo della Convenzione richiede ancora che ogni veicolo abbia un conducente sempre pronto a prendere il controllo dei veicoli autonomi [46]. Come sottolineato dal Servizio di ricerca del Parlamento europeo, questo obbligo è incompatibile con la maggior parte dei sistemi altamente o completamente automatizzati, che potrebbero non richiedere un conducente [47].

La piena automazione dei veicoli comporta un problema ulteriore. Infatti, poiché i veicoli autonomi di livello 4 e 5 prescindono dalla guida dinamica umana, nel caso in cui, nel corso del suo utilizzo, il veicolo autonomo si trovi di fronte ad un incidente inevitabile, la macchina deve essere stata programmata in modo da compiere scelte di ordine etico [48].

---

[43] Department for Transport, The Pathway to Driverless Cars – Summary report and action plan, 2015, disponibile qui: https://assets.publishing.service.gov.uk/government/uploads/system/uploads/attachment_data/file/401562/pathway-driverless-cars-summary.pdf.

[44] Automated Vehicle Program Approach – National Transport Commission, settembre 2020, disponibile qui: https://www.ntc.gov.au/sites/default/files/assets/files/Automated%20vehicle%20approach.pdf.

[45] Emendamenti del 26 marzo 2014, in vigore dal 23 marzo 2016 (RU 2016 1019) alla Convenzione sulla circolazione stradale, Conclusa a Vienna l'8 novembre 1968, ratificata in Italia con Legge 5 luglio 1995, n. 308.

[46] Articolo 1, Convenzione di Vienna.

[47] S. PILLATH, Automated vehicles in the EU, EPRS, European Parliamentary Research Service, Members'Research Service, PE 573.902, 2016, pp. 2 ss.

[48] In questo senso i veicoli autonomi ripropongono con particolare urgenza questioni etiche già affronta-



Per questa ragione, la Proposta di Regolamento che stabilisce regole armonizzate sulla intelligenza artificiale prevede (articolo 57) la istituzione di un Comitato etico, composto dal capo o da un alto funzionario di livello equivalente delle autorità nazionali di controllo, e dal Garante europeo della protezione dei dati, cui i fornitori di sistemi di IA ad alto rischio immessi sul mercato dell'Unione segnalano qualsiasi incidente grave o malfunzionamento dei sistemi.

Ma l'introduzione di veicoli autonomi comporta anche l'immissione nel mercato di rischi di natura profondamente diversa da quelli di sicurezza tradizionalmente connessi alla circolazione stradale. Infatti, i veicoli autonomi sono dotati, evidentemente, di sensori, mappe ad alta definizione e altri strumenti che raccolgono informazioni e dati per garantire il funzionamento del veicolo e la comunicazione con altri veicoli e con la infrastruttura. A rischio è, evidentemente, la privacy degli utenti: occorre una regolamentazione precisa in ordine alla possibilità di raccogliere informazioni, alla natura dei dati raccolti, alla durata ammissibile della conservazione dei dati [49]. Evidentemente, le comunicazioni V2V e quelle V2I impongono di trasmettere informazioni tra veicoli autonomi, rendendo più sicure le strade e diminuendo il rischio di incidenti, ma permettono anche di accedere da reti esterne ai movimenti del veicolo autonomo e alla sua posizione geografica. Com'è noto, l'UE adotta una strategia orientata al controllo in materia di privacy e di rischi di sicurezza informatica, realizzata in particolare dal Regolamento generale sulla protezione dei dati dell'UE [50].

Norme di dettaglio sono poi adottate in alcuni Stati europei. Ad esempio, lo Stato tedesco ha pubblicato tredici raccomandazioni volontarie in materia di privacy e gestione

---

te dalla dottrina giuridica e dalla filosofia morale, che vengono ripercorsi in maniera approfondita, con peculiare riguardo all'applicazione nel campo dei veicoli autonomi, da G. WAGNER, Produkthaftung für autonome Systeme, Working Paper No. 3 des Forschungsinstituts für Recht und digitale Transformation, 2019, pp. 707 ss, in particolare pp. 740 ss. Il governo federale tedesco ha approvato nel 2017 un rapporto Ethik-Kommission Automatisiertes und Vernetztes Fahren: https://www.bmvi.de/SharedDocs/DE/Publikationen/DG/bericht-der-ethik-kommission.pdf?blob=publicationFile.

[49] D. J. GLANCY, Privacy in autonomous vehicles. Santa Clara Law Review, 52(4), 2012, pp. 1171 ss.

[50] Regolamento (UE) 2016/679 del Parlamento europeo e del Consiglio, del 27 aprile 2016, relativo alla protezione delle persone fisiche con riguardo al trattamento dei dati personali, nonché alla libera circolazione di tali dati e che abroga la direttiva 95/46/CE, accanto al quale si possono ricordare anche la Proposta di regolamento del Parlamento europeo e del Consiglio relativo alla governance europea dei dati (Atto sulla governance dei dati) (COM/2020/767); la Direttiva (UE) 2019/1024 del Parlamento europeo e del Consiglio, del 20 giugno 2019, relativa all'apertura dei dati e al riutilizzo dell'informazione del settore pubblico, PE/28/2019/REV/1 (GU L 172 del 26.6.2019, pag. 56); la Comunicazione della Commissione, Una strategia europea per i dati (COM/2020/66 final).



dei dati indirizzate ai produttori di veicoli autonomi [51], mentre il Dipartimento dei Trasporti del Regno Unito, in collaborazione con il Centre for the Protection of National Infrastructure (CPNI), ha elaborato una serie di principi chiave per la privacy e la cibersicurezza [52].

Rispetto all'utilizzo dei dati e delle informazioni sensibili emergono anche in maniera inquietante i rischi legati alla cibersicurezza [53]: i software dei veicoli autonomi sono vulnerabili all'attività di hacker. Evidentemente, i diritti fondamentali potenzialmente lesi sono numerosi: non solo la privacy violata, ma anche il diritto alla vita e quello alla salute sono messi a rischio, nel caso in cui hacker, per scopi terroristici, manomettano tali veicoli e i sistemi di software utilizzati. Negli Stati Uniti, sono state divulgate, sotto forma di raccomandazione ai produttori, alcune linee guida di NHTSA, che rinviano agli standard internazionali esistenti in materia di cibersicurezza, e in particolare a quelli pubblicati dal National Institute for Standards and Technology, SAE e l'Alliance of Automobile Manufacturers. Anche l'Unione europea non ha emanato ancora norme vincolanti in materia di cibersicurezza dei veicoli autonomi [54], anche se l'organo consultivo indipendente dell'UE sulla protezione dei dati e della privacy, il Data Protection Working Party, ha pubblicato le sue opinioni per sensibilizzare sugli sviluppi dell'intelligenza artificiale applicata ai veicoli autonomi e sui problemi di sicurezza ad esso associati [55].

Soprattutto, rispetto ai contratti di assicurazione dei produttori, un problema fondamentale è rappresentato dalla difficoltà di comprendere effettivamente quale sia il rischio

---

[51] Tutte consultabili qui: https://www.bfdi.bund.de/DE/Home/home_node.html.

[52] Accessibili qui: https://www.gov.uk/government/publications/principles-of-cyber-security-for-connected-and-automated-vehicles/the-key-principles-of-vehicle-cyber-security-for-connected-and-automated-vehicles.

[53] M. KÖNIG, L. NEUMAYR, Users'resistance towards radical innovations: The case of the self-driving car, Transportation Research Part F: Traffic Psychology and Behaviour Volume 44, January 2017, p. 42 ss.; J. Lee, Perspectives on Automotive Automation and Autonomy, Sage Journals, Volume: 12 issue: 1, 2017, p. 53 ss.

[54] La strategia di cybersecurity DELL'UE ha come pilastri fondamentali il Regolamento (CE) n. 460/2004 del Parlamento europeo e del Consiglio, del 10 marzo 2004, che istituisce l'Agenzia europea per la sicurezza delle reti e dell'informazione e il Regolamento (UE) 2019/881 del Parlamento europeo e del Consiglio, del 17 aprile 2019, relativo ALL'ENISA, l'Agenzia dell'Unione europea per la cibersicurezza, e alla certificazione della cibersicurezza per le tecnologie dell'informazione e della comunicazione, e che abroga il regolamento (UE) n. 526/2013 («regolamento sulla cibersicurezza.

[55] Guidelines 1/2020 on processing personal data in the context of connected vehicles and mobility related applications: https://edpb.europa.eu/sites/default/files/consultation/edpbguidelines_202001connectedvehicles.pdf.



prima dell'ingresso dei veicoli sul mercato [56]. I livelli di sicurezza dei veicoli possono migliorare solo con la diffusione di massa, in modo che le automobili acquisiscano una maggiore esperienza di guida nel mondo reale [57]. Per questa ragione, alcuni governi nazionali hanno adottato strategie volte ad evitare misure troppo severe per gestire i rischi di sicurezza, prevedendo aree di deregolamentazione finalizzate a permettere alle imprese il test dei dispositivi in pubblico, in modo da potere verificare il comportamento del veicolo autonomo in tutte le possibili interazioni con l'uomo, e determinare in maniera più consapevole tutti i rischi che emergono dalla immissione nel mercato delle nuove tecnologie in esame [58]. La strategia di governance dell'Unione europea è stata più timida, laddove si è scelto di utilizzare le intelligenze artificiali in ambienti realistici ricreati in laboratorio [59]. Del resto, l'Unione si propone di sviluppare le tecnologie che utilizzano sistemi di intelligenza artificiale nella piena tutela dei diritti fondamentali e quindi garantendo la sicurezza della vita, della salute, della integrità fisica e della privacy degli uomini. Per contemperare le due esigenze, la necessità di raccogliere dati utili e la tutela dei diritti fondamentali, le due Proposte di Regolamento presentate ad aprile 2021 prevedono che, ai fini dello sviluppo di sistemi di IA ad alto rischio, sia concesso ad alcuni soggetti, come fornitori, organismi notificati e altre entità pertinenti, quali i poli dell'innovazione digitale, le strutture di prova e sperimentazione e i ricercatori, l'accesso a set di dati di elevata qualità e la possibilità di utilizzarli nell'ambito dei rispettivi settori di attività.

L'individuazione dei rischi specifici che i veicoli autonomi comportano rappresenta evidentemente un presupposto necessario per lo sviluppo del mercato e sono a fondamento delle regole elaborate nelle Proposte di Regolamento in esame.

4. – Il rischio immesso nel mercato con l'introduzione delle tecnologie nuove ed emergenti e il grado di controllo da mantenere sulla operatività e sul funzionamento del sistema della intelligenza artificiale costituiscono i fondamenti delle regole definite tanto dalla Risoluzione recante raccomandazioni del Parlamento europeo di ottobre 2020 quanto dalle due Proposte di Regolamento presentate ad aprile 2021.

---

[56] A. BERTOLINI, Insurance, pp. 291 ss.

[57] A. TAEIHAGH, H. SI MIN LIM, Governing autonomous vehicles, pp. 103 ss.

[58] Un esempio è rappresentato dal Toku Special Zone for Robotic Empirical Testing and Development, istituito nel 2003, di cui fornisce una profonda descrizione A. BERTOLINI, Insurance, pp. 291 ss.

[59] Il riferimento è al progetto di ricerca Robotic Innovation Facilities, di cui è disponibile l'accesso online: https://link.springer.com/chapter/10.1007/978-3-030-22327-4_3.



Più precisamente, secondo la Risoluzione del Parlamento europeo del 2020, la futura proposta di regolamento in materia di responsabilità civile derivante dall'uso di sistemi di intelligenza artificiale dovrebbe costituire uno dei due pilasti di un quadro comune europeo in materia, insieme alla Direttiva 85/374/CEE, fonte normativa di riferimento anche per le azioni civili risarcitorie intentate nei confronti del produttore di un sistema di intelligenza artificiale. Individuando così nella responsabilità per danno da prodotti difettosi un mezzo efficace per ottenere il risarcimento, la Risoluzione 2020 ruota intorno al cardine rappresentato dalla responsabilità del cosiddetto operatore. In particolare, l'operatore di front-end è "la persona fisica o giuridica che esercita un certo grado di controllo su un rischio connesso all'operatività e al funzionamento del sistema di IA e che beneficia del suo funzionamento", mentre l'operatore di back-end è "la persona fisica o giuridica che, su base continuativa, definisce le caratteristiche della tecnologia e fornisce i dati e il servizio di supporto di back-end essenziale e pertanto esercita anche un elevato grado di controllo su un rischio connesso all'operatività e al funzionamento del sistema di IA". La Risoluzione in esame ritiene necessaria la previsione, in caso di danni derivanti da sistemi di IA, di una ipotesi di responsabilità oggettiva, che consenta di raggiungere un equilibrio tra tutela dei cittadini e incentivi alle imprese, in un ordinamento che consideri costantemente i rischi di responsabilità civile connessi ai sistemi di IA durante il loro intero ciclo di vita, dallo sviluppo all'uso fino al termine del ciclo di vita. Chiunque crei un sistema di IA, ne esegua la manutenzione, lo controlli o interferisca con esso dovrebbe essere chiamato a rispondere del danno o pregiudizio che l'attività, il dispositivo o il processo provoca. La previsione di una ipotesi di responsabilità oggettiva sarebbe coerente con le numerose norme nazionali che prevedono una responsabilità oggettiva fondata sul rischio [60]. Tuttavia, la Risoluzione del Parlamento europeo ritiene che il semplice funzionamento di un sistema di IA autonomo non sia condizione sufficiente per ammettere l'azione di responsabilità. Nei casi in cui sia estremamente oneroso o addirittura impossibile identificare il soggetto preposto al controllo del sistema di intelligenza artificiale, la Risoluzione ritiene tollerabile che il costo del danno resti in capo a chi lo abbia subito, piuttosto che realizzare un'attribuzione della responsabilità iniqua o inefficiente.

Più complesso è il quadro di obblighi imposto agli operatori del mercato delle due Proposte di Regolamento, che però non dettano norme espresse in materia di responsabi-

[60] Più correttamente si è parlato, nell'ordinamento giuridico italiano, di una frammentazione dell'elemento soggettivo, per cui si veda, ex multis, DI MAJO, Responsabilità e danni nelle violazioni comunitarie ad opera dello Stato, in Europa e diritto privato, 1998, pp. 767 ss.



lità civile, ma perseguono lo scopo di definire una solida metodologia per la gestione dei rischi dei sistemi di intelligenza artificiale "ad alto rischio", cioè che pongono rischi significativi per la salute e la sicurezza o per i diritti fondamentali.

Innanzitutto, le due Proposte di Regolamento determinano in maniera puntuale i rispettivi ambiti di applicazione, stabilendo che la Proposte di Regolamento in materia di intelligenza artificiale è integrata dalla normativa settoriale quale risulta dall'approvazione della Proposta di Regolamento sui prodotti macchine, in modo da assicurare la coerenza dell'impianto normativo e ridurre al minimo gli oneri degli operatori del mercato. La principale norma di coordinamento tra le due Proposte di Regolamento è contenuta all'articolo 9 della Proposta di Regolamento su prodotti macchine, in base alla quale, qualora i prodotti macchina siano dotati di un sistema di intelligenza artificiale, al quale si applicano i requisiti essenziali di sicurezza e di tutela della salute di cui al regolamento IA, in relazione a tale sistema di intelligenza artificiale il regolamento macchine si applica soltanto per quanto concerne la sua integrazione sicura nella macchina complessiva, in maniera da non compromettere la sicurezza del prodotto macchina nel suo complesso [61]. Del resto, i contenuti delle due Proposte di Regolamento sono speculari quanto ai requisiti richiesti al fine di garantire la sicurezza del sistema di intelligenza artificiale e del veicolo che lo incorpora: il fine ultimo è quello di garantire la sicurezza del prodotto finale. La eventuale approvazione delle due Proposte modificherà profondamente il quadro normativo attuale perché la Proposta di Regolamento sui prodotti macchina finisce per abrogare, rispetto ai veicoli autonomi, la disciplina europea precedente, inadeguata rispetto ai rischi generati dalle tecnologie emergenti [62].

Le due Proposte di Regolamento intervengono sulla disciplina esistente in maniera incisiva, distinguendo le tecnologie di intelligenza artificiale in tre gruppi: pratiche IA vietate perché fonti di un rischio inaccettabile; pratiche che introducono un rischio alto;

---

[61] Art 9, Proposta di Regolamento del Parlamento Europeo e del Consiglio sui prodotti macchina.

[62] Oltre alla Direttiva macchine, della cui inadeguatezza rispetto ai veicoli autonomi si è parlato supra (paragrafo 2), le due Proposte di Regolamento avranno un impatto sulla disciplina dettata da Regolamento (UE) 2019/2144 del Parlamento europeo e del Consiglio, del 27 novembre 2019, relativo ai requisiti di omologazione dei veicoli a motore e dei loro rimorchi, nonché di sistemi, componenti ed entità tecniche destinati a tali veicoli, per quanto riguarda la loro sicurezza generale e la protezione degli occupanti dei veicoli e degli altri utenti vulnerabili della strada, che modifica il regolamento (UE) 2018/858 del Parlamento europeo e del Consiglio e abroga i regolamenti (CE) n. 78/2009, (CE) n. 79/2009 e (CE) n. 661/2009 del Parlamento europeo e del Consiglio e i regolamenti (CE) n. 631/2009, (UE) n. 406/2010, (UE) n. 672/2010, (UE) n. 1003/2010,(UE) n. 1005/2010, (UE) n. 1008/2010, (UE) n. 1009/2010, (UE) n. 19/2011,(UE) n. 109/2011, (UE) n. 458/2011, (UE) n. 65/2012, (UE) n. 130/2012,(UE) n. 347/2012, (UE) n. 351/2012, (UE) n. 1230/2012 e (UE) 2015/166 della Commissione (GU L 325 del 16.12.2019, pag. 1).



pratiche che generano un rischio minimo. Come detto, i veicoli autonomi sono collocati tra le tecnologie che usano sistemi di intelligenza artificiale ad alto rischio, a causa del loro potenziale impatto nocivo significativo sulla salute, sulla sicurezza e sui diritti fondamentali delle persone nell'Unione. È istituito, pertanto, un sistema di controllo, grazie alla istituzione di organismi notificati coinvolti come terze parti indipendenti nelle procedure di valutazione della conformità, al fine di garantire che i sistemi di IA ad alto rischio disponibili nell'Unione o i cui output sono altrimenti utilizzati nell'Unione non presentino rischi inaccettabili per interessi pubblici importanti, come riconosciuti e tutelati dal diritto dell'Unione. I requisiti richiesti sono volti a mitigare i rischi per la salute, la sicurezza e i diritti fondamentali che il veicolo autonomo nel suo insieme può generare e riguardano la qualità dei set di dati utilizzati, la documentazione tecnica e la conservazione delle registrazioni, la trasparenza e la fornitura di informazioni agli utenti, la sorveglianza umana e la robustezza, l'accuratezza e la cibersicurezza. Inoltre, sono definiti alcuni obblighi informativi affinché i veicoli autonomi risultino corredati da documentazione e istruzioni per l'uso pertinenti. In maniera puntuale, l'articolo 5 della Proposta di Regolamento su Prodotto macchina stabilisce che il rischio posto da ogni prodotto macchina deve essere ricostruito sulla base della combinazione della probabilità del verificarsi del danno e della sua gravità, attraverso il riferimento ad una serie di indici specifici: il grado delle ripercussioni derivanti dal danno per ciascuna persona interessata; il numero di persone potenzialmente interessate; il grado di dipendenza delle parti potenzialmente interessate dal risultato prodotto dal prodotto macchina; la misura in cui le parti potenzialmente interessate si trovano in una posizione vulnerabile nei confronti dell'utilizzatore del prodotto macchina; il grado di reversibilità del danno derivato dal prodotto macchina; la misura in cui il prodotto macchina è stato utilizzato per una destinazione specifica; le indicazioni del danno generato in passato da prodotti macchina che sono stati utilizzati per una destinazione specifica.

L'eliminazione dei rischi emergenti dal veicolo autonomo è perseguita attraverso un'adeguata progettazione e fabbricazione del veicolo, ma, laddove non ne risulti possibile la completa eliminazione, saranno necessarie misure di attenuazione e di controllo e la fornitura di informazioni adeguate agli utenti dei veicoli.

La definizione del sistema di gestione degli alti rischi emergenti dalla introduzione dei veicoli autonomi sul mercato si trova all'articolo 9 della Proposta di Regolamento sulla IA, cui rinvia anche il considerando 19 della Proposta di Regolamento sui prodotti macchina. In particolare, è previsto un processo iterativo continuo per l'intero ciclo di vita della tecnologia ad alto rischio, con un aggiornamento continuo e un'articolazione in



più fasi seguenti: identificazione e analisi dei rischi noti e prevedibili associati a ciascun sistema di IA ad alto rischio; stima e valutazione dei rischi che possono emergere quando il sistema di IA ad alto rischio è usato conformemente alla sua finalità prevista e in condizioni di uso improprio ragionevolmente prevedibile; valutazione di altri eventuali rischi derivanti dall'analisi dei dati raccolti dal sistema di monitoraggio successivo all'immissione sul mercato di cui all'articolo; adozione di adeguate misure di gestione dei rischi conformemente alle disposizioni dei paragrafi seguenti.

Gli articoli 14 e 15 della Proposta di Regolamento che stabilisce regole armonizzate sull'intelligenza artificiale dettano una serie di norme rilevanti anche ai fini dell'attribuzione della responsabilità. In particolare, l'articolo 14 sottopone ad una sorveglianza umana obbligatoria l'utilizzo dei sistemi di IA ad alto rischio, che devono essere così dotati di sistemi di interfaccia uomo – macchina adeguati. L'articolo successivo fissa gli standard di accuratezza, robustezza e cibersicurezza che deve essere fornito dalla intelligenza artificiale.

La Proposta di Regolamento sui prodotti macchina determina la procedura di valutazione della conformità da applicare ai veicoli autonomi [63], che l'articolo 28 rimette al controllo di un organismo notifica, con personalità giuridica e sottoposto ad un regime di assicurazione obbligatoria [64], istituito a norma della legge nazionale di ciascuno Stato membro, in modo che abbia garanzie di terzietà e indipendenza.

In base alle Proposte di Regolamento in esame le due figure principalmente responsabili dell'adempimento degli obblighi relativi alla sicurezza del veicolo autonomo sono il fornitore del sistema di intelligenza artificiale [65] e il fabbricante del prodotto [66], cui poi sono affiancati utenti, importatori e distributori.

---

[63] Le Proposte di Regolamento in esame prevedono che, per motivi eccezionali di pubblica sicurezza o di tutela della vita e della salute delle persone fisiche nonché della proprietà industriale e commerciale, gli Stati membri possano autorizzare l'immissione sul mercato o la messa in servizio di sistemi di IA che non sono stati sottoposti a una valutazione della conformità.

[64] Non è necessario che l'organismo notificato stipuli il contratto di assicurazione se lo Stato membro risulta direttamente responsabile della conformità, secondo quanto stabilito dall'articolo 33 della Proposta di Regolamento che stabilisce regole armonizzate sull'intelligenza artificiale.

[65] L'articolo 3 della Proposta di Regolamento che stabilisce regole armonizzate sull'intelligenza artificiale definisce il fornitore *una persona fisica o giuridica, un'autorità pubblica, un'agenzia o un altro organismo che sviluppa un sistema di IA o che fa sviluppare un sistema di IA al fine di immetterlo sul mercato o metterlo in servizio con il proprio nome o marchio, a titolo oneroso o gratuito.*

[66] L'articolo 3 della Proposta di Regolamento sui prodotti macchina definisce il fabbricante *qualsiasi persona fisica o giuridica che fabbrichi prodotti macchina o che faccia progettare o fabbricare tali prodotti macchina e li commercializzi con il suo nome o con il suo marchio oppure che progetti e costruisca prodotti macchina per uso proprio.*



Il fornitore è la persona fisica o giuridica che assume la responsabilità della immissione sul mercato o della messa in servizio del sistema di intelligenza artificiale ad alto rischio, indipendentemente dalla eventualità che sia anche il soggetto che abbia progettato o sviluppato il sistema. È il fornitore, in maniera proporzionata alle sue dimensioni, a dovere istituire un solido sistema di gestione della qualità, garantendo l'espletamento della procedura di valutazione di conformità, adempiendo ai previsti obblighi di documentazione e istituendo un sistema robusto per il monitoraggio successivo alla immissione sul mercato.

Più precisamente, gli articoli 16 e 17 della Proposta di Regolamento IA attribuiscono ai fornitori dei sistemi di intelligenza artificiale ad alto rischio gli obblighi di sottoporre la tecnologia alla procedura di conformità normativa, di disporre un sistema costante di gestione del rischio e monitoraggio della qualità, di redigere la documentazione tecnica. Gli stessi adempimenti imposti al fornitore vengono estesi, dall'articolo 24 della Proposta di Regolamento IA, ai fabbricanti dei prodotti, in quanto soggetti dotati delle conoscenze più dettagliate rispetto al processo di progettazione e produzione.

In caso di veicoli autonomi, quindi, anche il fabbricante del prodotto assume la responsabilità della conformità del sistema di intelligenza artificiale cui il veicolo dispone rispetto ai requisiti richiesti dalla Proposta di Regolamento sulla IA. In maniera del tutto coerente, infatti, la Proposta di Regolamento sul prodotto macchina attribuisce al fabbricante [67] i compiti di stabilire quali requisiti essenziali di sicurezza e di tutela della salute siano applicabili e in relazione a quali requisiti devono essere adottate misure per affrontare i rischi che il prodotto macchina può presentare, comprendendo anche i rischi derivanti dall'utilizzo di un sistema di intelligenza artificiale.

Entrambe le proposte di regolamento attribuiscono a importatori [68] e a distributori [69] il compito di verificare, prima della immissione sul mercato, che il sistema di intelligenza

---

[67] Si veda l'articolo 10 della Proposta di Regolamento sui prodotti macchina, rubricato *Obblighi dei fabbricanti.*

[68] Secondo l'articolo 3 della Proposta di Regolamento che stabilisce regole armonizzate sull'intelligenza artificiale, l'importatore è *qualsiasi persona fisica o giuridica stabilita nell'Unione che immette sul mercato o mette in servizio un sistema di IA recante il nome o il marchio di una persona fisica o giuridica stabilita al di fuori dell'Unione.* In maniera speculare, l'articolo 3 della Proposta di Regolamento sui prodotti macchina definisce l'importatore *qualsiasi persona fisica o giuridica stabilita nell'Unione che immette sul mercato dell'Unione prodotti macchina originari di un Paese terzo.*

[69] Per l'articolo 3 Proposta di Regolamento che stabilisce regole armonizzate sull'intelligenza artificiale, il distributore è *qualsiasi persona fisica o giuridica nella catena di approvvigionamento, diversa dal fornitore o dall'importatore, che mette a disposizione un sistema di IA sul mercato dell'Unione senza modificarne le proprietà*. Allo stesso modo, l'articolo 3 della Proposta di Regolamento sui prodotti macchina de-



artificiale e il prodotto macchina siano stati sottoposti alle procedure di conformità previste e, in caso di rischi per la salute e la sicurezza delle persone, dei beni e della protezione dell'ambiente, di darne comunicazione all'autorità nazionale competente. L'articolo 14 della Proposta di Regolamento sui prodotti macchine stabilisce che l'importatore viene considerato un fabbricante qualora abbia immesso sul mercato un prodotto macchina con il proprio nome o marchio commerciale o abbia apportato una modifica sostanziale ad un prodotto macchina già immesso sul mercato o messo in servizio.

Infine, sono previsti alcuni obblighi in capo agli utenti del sistema di intelligenza artificiale, cioè le persone fisiche o giuridiche, l'autorità pubblica, l'agenzia o altro organismo sotto la cui autorità è utilizzato il sistema di IA, con la esclusione del soggetto che si serva della tecnologia nel corso di un'attività personale non professionale. In particolare, gli utenti devono usare i sistemi di IA ad alto rischio conformemente alle istruzioni per l'uso e rispettare altri obblighi in materia di monitoraggio.

Pur non disciplinando in maniera esplicita il profilo del risarcimento del danno, evidentemente il quadro che risulta dalle due Proposte di Regolamento ora analizzate in materia di responsabilità è complesso. Sembra che l'allocazione della responsabilità dipenderà dalla causa del danno. Se si può ravvisare una violazione degli obblighi di condotta in capo ad un soggetto – sia questo il fornitore, il fabbricante, l'importatore o il distributore, l'utente – e il danno è realizzazione del rischio che la norma violata mirava ad evitare [70], allora il risarcimento spetterà al soggetto che non abbia adempiuto agli obblighi imposti. Le ipotesi possono essere molteplici: il fabbricante che non abbia istituito il sistema costante di gestione del rischio; l'importatore che non abbia accertato il rispetto della procedura di conformità; l'utente che abbia usato il sistema in maniera non conforme alle istruzioni. Mi sembra si possa interpretare il dettato letterale delle Proposte di Regolamento in esame nel senso che, in assenza di una responsabilità imputabile ai soggetti citati, del danno rispondano gli organismi notificati che hanno proceduto alla valutazione di conformità e che pertanto correttamente sono sottoposti ad un regime di assicurazione obbligatoria. Non si tratta di ipotesi peregrine: come si è già detto, il danno potrebbe essere dovuto alla capacità di

---

finisce il distributore come *qualsiasi persona fisica o giuridica nella catena di approvvigionamento, diversa dal fabbricante o dall'importatore, che mette a disposizione prodotti macchina sul mercato.*

[70] Secondo lo schema di attribuzione di responsabilità dello *Schutzgesetz*, di cui al § 823, Abs II, accolto anche in Italia dall'impianto normativo dell'articolo 185 c.p., che autorevole dottrina ritiene possa essere applicato in generale: A. DI MAJO, Il problema del danno al patrimonio, in Riv. crit. dir. priv., 1983, pp. 306 ss.; C.W. CANARIS, Norme di protezione, obblighi del traffico, doveri di protezione, in Riv. crit. dir. priv., 1983. pp. 572 ss.; C. SCOGNAMIGLIO, Danno da violazione della disciplina antitrust e rimedi, in Riv. dir. comm., 2006, p. 727.



apprendimento della intelligenza artificiale, nonostante il monitoraggio costante della tecnologia. Non credo sia efficiente applicare, in questa ipotesi di responsabilità civile, una regola che limiti la responsabilità degli operatori (intendendo con questo termine tutti i soggetti cui le due Proposte di Regolamento impongono regole di condotta) alle migliori conoscenze scientifiche del momento, proprio perché la garanzia di un adeguato regime di responsabilità costituisce una condizione essenziale per lo sviluppo delle tecnologie fondate sull'intelligenza artificiale. L'eventuale effetto di disincentivo alla produzione dei veicoli autonomi potrebbe essere evitato attraverso la previsione di un regime adeguato di assicurazione degli operatori, quale strumento fondamentale di gestione del rischio e internalizzazione del costo di un eventuale danno.

5. – La definizione di regole certe volte ad individuare i soggetti responsabili degli eventuali danni derivanti dal veicolo autonomo è un presupposto fondamentale anche ai fini della definizione degli obblighi assicurativi, perché in tutti gli ordinamenti giuridici il contratto di assicurazione rappresenta uno strumento di gestione dei rischi, trasformando una incertezza ex post in un costo ex ante [71]. In termini civilistici, può dirsi che la nozione di rischio del contratto di assicurazione di eventi dannosi descrive la possibilità di un danno futuro e incerto, ove l'incertezza non riguarda tanto l'evento dannoso, ma i danni che da questo possono derivarne [72].

Com'è noto, la Direttiva 2009/103/CE prevede un regime di assicurazione obbligatoria per la responsabilità civile risultante dalla circolazione di autoveicoli, ritenendo troppo elevato il rischio associato alla circolazione di autoveicoli. Dato che il veicolo autonomo è una tecnologia ad alto rischio, nei termini che si è cercato di dimostrare, anche in questo caso un regime di assicurazione obbligatoria dovrebbe essere previsto a livello di ordinamento europeo. Tuttavia, l'analisi delineata mostra anche le profonde differenze tra responsabilità derivante da incidenti automobilistici convenzionali dalla ipotesi, futura, di danni derivanti dalla circolazione di veicoli autonomi. Queste differenze si iscrivono su più livelli e mi sembra comportino la necessità di definire in maniera differente la struttura del contratto di assicurazione dei veicoli autonomi, con alcuni risultati pratici quanto agli obblighi delle parti coinvolte.

---

[71] A. BERTOLINI, Insurance, pp. 291 ss.

[72] CORRIAS P., La causa del contratto di assicurazione: tipo assicurativo o tipi assicurativi?, in Riv. Dir. Civ., 2013, 1, pp. 10041 ss.



Un primo aspetto fondamentale attiene alla persona del soggetto tenuto alla gestione del rischio e, quindi, sottoposto all'obbligo assicurativo. Nei veicoli tradizionali, il conducente mantiene sempre un grado di controllo sul veicolo e quindi è in prima battuta il responsabile per i danni causati. Le Proposte di Regolamento analizzate, così come la Risoluzione del Parlamento europeo, non annoverano tra i soggetti responsabili della gestione del rischio del veicolo autonomo l'utente persona fisica che usi il veicolo autonomo per attività non professionali. Il quadro di responsabilità che sembra delinearsi, e rispetto alla quale è pertanto auspicabile una definizione chiara in tempi brevi, induce a ritenere che sia necessario collegare l'assicurazione al prodotto e non alla persona che ne sia proprietaria, in un sistema complessivo in cui tutti gli operatori del mercato dei veicoli autonomi dovrebbero essere in possesso di un'assicurazione per responsabilità civile,[73] i cui costi influenzano il prezzo del veicolo. Sul punto, il Parlamento europeo ha anche vagliato l'ipotesi di un meccanismo di risarcimento a livello di Unione, finanziato con denaro pubblico, volto a colmare vuoti assicurativi. La soluzione di una garanzia pubblica di risarcimento dei danni provocati da intelligenze artificiali è poi stata esclusa dalla Risoluzione del Parlamento europeo del 2020, che parimenti però nega la opportunità di rimettere interamente al mercato lo sviluppo di un regime assicurativo obbligatorio. Per questo motivo, la Commissione dovrebbe collaborare strettamente con il settore assicurativo al fine di definire prodotti assicurativi innovativi. Inoltre, la Risoluzione del 2020 ipotizza il caso di eventi eccezionali, che comportino danni collettivi, in cui il risarcimento superi in modo significativo i massimali previsti dalla disciplina europea. Ricorrendo questa ipotesi, gli Stati membri dovrebbero essere incoraggiati a istituire, per un periodo limitato, uno speciale fondo di risarcimento che faccia fronte alle specifiche esigenze di tali casi.

Emerge, infatti, il secondo problema fondamentale in materia di assicurazione di veicoli autonomi: in crisi è il rapporto funzionale tra premio e rischio, ove il nesso tra entità della prestazione dovuta dall'assicurato e verificarsi dell'evento di danno rappresenta l'elemento strutturale fondamentale del regolamento contrattuale dell'assicurazione[74].

---

[73] A. HEVELKE, J. NIDA-RÜMELIN, Responsibility for crashes of autonomous vehicles: An ethical analysis. Science and Engineering Ethics, 21(3), 2015, pp. 619 ss. J. M. TIEN, The sputnik of servgoods: Autonomous vehicles. Systems Science and Systems Engineering, 26(2), 2017, pp. 133 ss.

[74] Così T. ASCARELLI T., Aleatorietà e contratti di borsa, in Banca, borsa, titoli di credito, 1958, I, pp. 435 ss, spec. 439 ss, secondo il quale un contratto è aleatorio quando l'alea concerne la valorizzazione dell'evento che sfugge al controllo delle parti, l'evento è definito nel contratto e può importare anche l'assoluta mancanza di una prestazione di una parte o dell'altra, senza che la verificazione di questa eventualità influisca sulla controprestazione.



Questa crisi del rapporto funzionale tra premio e rischio è determinata da elementi differenti.

Innanzitutto, la mancanza di dati statistici sui rischi rischia di rendere troppo elevati i premi assicurativi e costituire così un ostacolo alla ricerca e alla innovazione. Il mercato delle assicurazioni avrà bisogno di tempo per adattarsi alla introduzione di veicoli autonomi. Infatti, uno dei criteri che determina l'offerta di prodotti e servizi assicurativi è la valutazione del rischio, che le compagnie di assicurazione svolgono attraverso l'accesso ai dati storici raccolti con le precedenti richieste di risarcimento. La scarsa quantità di tali dati storici o l'assenza di dati di alta qualità rappresenta il principale ostacolo alla creazione di prodotti assicurativi adeguati ai veicoli che incorporino tecnologie nuove ed emergenti. Tuttavia, si può prevedere che lo sviluppo della intelligenza artificiale avrà anche un impatto positivo sul mercato delle assicurazioni, laddove le nuove tecnologie generano dati e permettono un migliore accesso ad essi, avendo, nel giro di qualche anno, l'effetto di migliorare l'assicurabilità dei rischi [75].

Si può, però, delineare un problema ulteriore, che attiene alla natura degli eventi dannosi e ha un effetto diretto sull'assicurabilità dei rischi. Come dimostrano i dati ricordati in materia di incidenti stradali e condotta umana, è probabile che la diffusione di veicoli autonomi riduca considerevolmente il numero totale di incidenti, e ciò comporta una probabilità di perdite molto più bassa. Di contro, il malfunzionamento di un sistema di intelligenza artificiale sottostante o un attacco di hacking può causare a cascata una serie di incidenti che comportano un aumento considerevole del valore delle perdite. La crescente connessione tra veicoli comporta una connessione degli eventi di danno e quindi richiede limiti di copertura e pagamenti di premi molto alti che possono anche risultare non proporzionati rispetto al rischio immesso nel sistema del singolo veicolo.

Il tema della incidenza strutturale e funzionale del rischio nel contratto di assicurazione è stato profondamente scandagliato negli studi dogmatici del tipo contrattuale [76]. In

---

[75] M. ELING, D. NUESSLE, J. STAUBLI, The impact, disponibile qui: https://link.springer.com/article/10.1057/s41288-020-00201-7.

[76] D. VIDALI, Il concetto del rischio nell'assicurazione, in Dir. prat. ass., 1929, p. 433 ss.; G. FANELLI, Considerazioni sul concetto giuridico di rischio, in Assicuraz., 1944, p. 41 ss.; ID., Le assicurazioni, in Tratt. Cicu-Messineo, XXXVI, 1, Milano 1973, p. 65 ss.; A. DONATI, Trattato del diritto delle assicurazioni private, II, Milano 1954, p. 110 ss.; A. PINO, Rischio e alea nel contratto di assicurazione, in Assicuraz., 1960, p. 236 ss.; A. GAMBINO, L'assicurazione nella teoria dei contratti aleatori, Napoli 1964; G. MARESCA, Alea contrattuale e contratto di assicurazione, Napoli 1981; R. IPPOLITO, L'evoluzione normativa del rischio nel contratto di assicurazione, in Assicuraz., 1981, p. 155 ss., 387 ss., 477 ss.; ID., Ancora del rischio nel contratto di assicurazione, ivi, 1988, p. 371 ss.; G. DI GIANDOMENICO, Il contratto e l'alea, Padova 1987, in part. p. 137 ss.; P. CORRIAS, Alea e corrispettività nel contratto di assicurazione (indivisibilità



attesa di un intervento legislativo dell'Unione in materia, che definisca gli obblighi assicurativi in capo a ciascun operatore, spunti utili possono trarsi dal dibattito italiano intorno al conflitto di interessi sotteso al contratto di assicurazione. In particolare, sembra che il fenomeno dell'assicurazione dei veicoli autonomi risulti ben descritto, con eventuali ricadute operative in punto di disciplina, dalla tesi, minoritaria ma autorevolmente sostenuta [77], che attribuisce al contratto di assicurazione natura associativa.

Sul punto, com'è stato anche ricordato da studi recenti dell'argomento [78], gli Autori che hanno sostenuto la tesi dell'assicurazione come contratto associativo ricostruiscono in termini di prestazione contrattuale la tecnica assicurativa, tradizionalmente eseguita perché necessaria per la sopravvivenza della impresa, in base alla quale i premi vanno calcolati in modo da ripartire proporzionalmente su tutti gli assicurati l'insieme dei rischi assunti dalla impresa con la stipulazione del contratto. Se l'obbligazione principale della compagnia di assicurazione consiste nell'inserire il rischio assicurato in una massa di rischi omogenei, allora sussiste un collegamento, anche sul piano giuridico, tra le prestazioni degli assicurati. Secondo questa tesi, il contratto di assicurazione si configura come contratto plurilaterale associativo perché realizza una comunione di interessi tra le parti, cioè tutti gli assicurati il cui contratto appartiene allo stesso portafoglio. La tesi è stata sviluppata valorizzando alcune norme in materia di indivisibilità del premio (articolo 1932 c.c.) e mutamento nel corso del rapporto (articoli 1897, 1898, 1926 c.c.).

In particolare, il fine di garantire l'interesse collettivo degli assicurati al mantenimento delle risorse patrimoniali previste giustifica la deroga ai principi sinallagmatici rappresentata dalla disciplina in materia di indivisibilità del premio, che esclude, in alcune ipo-

---

del premio e sopravvenienza); P. CORRIAS, La causa, pp. 10041 ss.; M. FRANZONI, L'assicurazione fra i contratti aleatori, in Contratto e impr., 2011, p. 417 ss.; M. VERNIZZI, Il rischio putativo, Milano 2008, passim; S. LANDINI, Assicurazione e responsabilità, Milano 2004, in part. p. 18 ss.

[77] ANGELICI, In tema di dissesto dell'assicuratore, in Riv. Dir. Comm., 1972, II, pp. 79 ss, spec. 81 e 85; VOLPE PUTZOLU, Riflessioni su assicurazione e comunione dei rischi, in Studi in onore di Pietro Rescigno, IV, Milano, 1998, 790, in L'assicurazione, in Trattato Rescigno, 13, V, Torino, 1985, pp. 61 ss. e in Alea e Assicurazione, Riflessioni sulla monografia di Giovanni di Giandomenico: Il contratto e l'alea, in Riv. Crit, dir. Priv., 1991, pp. 274 ss. La tesi ha ricevuto autorevolissimo avallo anche da un indirizzo della Corte costituzionale: Corte cost, 5 febbraio 1975, n. 18, in Giur. Cost., 1975, I, pp. 79 ss., prec. 86, poi confermata da Corte cost., 10 maggio 1979, n. 14, in Giur. Cost., 1979, pp. 251 ss., spec. 255, che ha configurato un *obbligo dell'assicurato di partecipare, mediante il pagamento dei premi, alla comunione dei rischi*. Tuttavia, è prevalso poi l'orientamento opposto, in base al quale in contratto di assicurazione è un contratto di scambio bilaterale: Cass., III sez. civ, 30 aprile 2010, n. 10596. Sul rapporto tra pluralità di parti e corrispettività, si rinvia a F. MESSINEO, Contratto plurilaterale e contratto associativo, in Enc. Dir., X, Milano, 1962, pp. 152 ss.

[78] P. CORRIAS, Alea, pp. 301 ss.



tesi di scioglimento del contratto, la possibilità per l'assicurato di recuperare i premi o lo obbliga alla corresponsione [79]. Allo stesso modo, lo scopo di proteggere la massa degli assicurati giustifica la disciplina dettata in caso di mutamento del rischio nel corso del rapporto (artt. 1897, 1898, 1926 c.c.), in base alla quale in capo all'assicuratore, e non all'assicurato, è riconosciuta la facoltà di determinare lo scioglimento del contratto [80].

Nell'ambito dell'ordinamento giuridico italiano, la tesi non è stata sviluppata con valore puramente descrittivo, ma è servita a mettere a rapporto le norme generali in materia di solvibilità e inadempimento (articoli 1460, 1461, 1901 c.c.) con alcune discipline di settore in materia di recesso dell'assicurato (gli articoli 75, 83 e 84 t. u. 13 ottobre 1959, n. 449) [81].

Mi sembra che questa tesi si adatti meglio a descrivere il conflitto di interessi sotteso al fenomeno delle assicurazioni della responsabilità civile in caso di ingresso sul mercato di veicoli autonomi. Come si è messo in evidenza nel corso dello studio, i rischi principali in materia di veicoli autonomi derivano dal loro elevatissimo grado di connessione, dovuta alla capacità di comunicazione V2V e V2I. Da ciò discende che il legislatore europeo ha dovuto individuare una pluralità di soggetti a vario titolo responsabili della gestione del rischio emergente dalla introduzione nel mercato di questa tecnologia, in capo ai quali si registrano obblighi di condotta differenti. Configurare il contratto di assicurazione stipulato tra una compagnia di assicurazione e i fabbricanti, i fornitori, gli importatori, gli utenti, gli organismi notificati come contratto associativo risulta più rispettoso del reale conflitto di interessi in gioco e probabilmente potrebbe fornire uno spunto utile per il legislatore europeo al fine di determinare la disciplina applicabile a questo sottotipo contrattuale.

Presupposto perché il sistema funzioni è, evidentemente, la certezza del diritto, per cui deve essere ben chiaro a quali obblighi sia tenuto ciascun operatore economico, in modo che possano essere stipulate polizze che lo coprano dal verificarsi del particolare rischio che gli è attribuito. La differenziazione degli obblighi giuridici, e quindi delle ipotesi di responsabilità in caso di violazione del dovere di condotta e realizzazione del

---

[79] La dottrina contraria all'orientamento in esame F. DENOZZA, Contratto e impresa nell'assicurazione a premio, Milano, 1978, pp. 75 ss. valorizza la natura dispositiva di queste norme per escludere che da questa possano trarsi indicazioni di principio rispetto alla struttura e alla funzione del contratto.

[80] Anche rispetto a questo blocco di norme, gli Autori che sostengono la tesi dell'assicurazione come contratto bilaterale sottolineano la loro natura di norme dispositive: P. CORRIAS, Alea e corrispettività nel contratto di assicurazione (indivisibilità del premio e sopravvenienza), in Banca, borsa e titoli di credito, n. 3, 2015, pp. 301 ss., in particolare p. 325.

[81] C. ANGELICI, In tema, pp.79 ss.



danno che la regola violata mirava ad evitare, avrebbe l'effetto di mitigare il valore dei premi assicurativi concordati, che in ogni caso gli operatori economici scaricano a valle sugli utenti finali [82]. Soprattutto, mi sembra che la disciplina in materia di obbligo di solvibilità debba essere determinata in modo da assicurare la maggiore copertura possibile a garanzia non solo della massa degli interessati ma di tutti i soggetti esposti ai rischi per la salute, la privacy, la cibersicurezza e il patrimonio derivanti dalla circolazione di veicoli autonomi. Così, se il contratto di assicurazione è in questa ipotesi un contratto associativo, l'obbligo di solvibilità viene assunto verso ogni assicurato per l'intero ammontare dei rischi dedotti in contratto. Al fine di adempiere a un tale obbligo, l'impresa non solo dovrebbe perseguire la comunione dei rischi attraverso una valorizzazione tecnica in grado di neutralizzare i rischi, ma il legislatore europeo potrebbe richiedere garanzie patrimoniali ulteriori rispetto alle riserve tecniche che l'impresa deve possedere.

[82] Sul tema, sono stati condotti studi volti a comprendere l'impatto che l'introduzione dei veicoli autonomi sul mercato avrà sul mercato assicurativo dei veicoli tradizionali, con particolare riferimento al mercato della California, per cui si rinvia a R. W. PETERSON, New Technology – Old Law: Autonomous Vehicles and California's Insurance Framework, Santa Clara Law Review, 52, 2012, pp. 1341 ss.

JUS CIVILE



FRANCESCO MASTROBERARDINO

Notaio

L'ACQUIESCENZA AL TESTAMENTO

SOMMARIO*: 1. L'acquiescenza al testamento: fattispecie dai tratti sbiaditi. – 2. La funzione pratica dell'acquiescenza al testamento. – 3. Alcune considerazioni circa la natura giuridica. – 4. Critica alla qualificazione dell'acquiescenza quale mero fatto giuridico. Il rilievo rivestito dall'elemento volontaristico. – 5. Profili relativi alla trascrizione dell'atto di acquiescenza. – 6. Ulteriori tratti di disciplina. – 7. Considerazioni conclusive.*

1. – La riflessione sull'acquiescenza al testamento muove da un contesto giuridico piuttosto incerto, e, per questo motivo, particolarmente bisognoso di un chiaro inquadramento, specie in considerazione del diffuso ausilio pratico, al quale è asservita codesta fattispecie. Questa, all'apparenza, ben potrebbe mostrarsi anodina, incapace di incidere, in alcun modo, nella sfera dei diritti dell'acquiescente, o di altri, anche indirettamente coinvolti; epperò, nella sostanza, si rivela per la propria sostanza di strumento in grado di ingenerare effetti giuridici rilevanti, dalle tinte differenti, a seconda delle sfumature lessicali, e dell'effettivo contenuto, asserviti al suo impiego.

Non è infrequente, in virtù di prassi professionali piuttosto consolidate, l'impiego di codesto peculiare, e indefinito, atto di acquiescenza, in vero estraneo all'architettura giuridica allestita dal Codice civile vigente. Tale strumento, di regola, viene suggerito con lo scòpo di definire gli assetti successorî *mortis causa*, dipendenti da un determinato testamento, specie per le ipotesi in cui esso si discosti da alcuni dei principî scolpiti nel Libro secondo del Codice civile. Ciò può avvenire, a modo di esempio, in presenza di una lesione della quota di eredità riservata a un legittimario, ai sensi degli artt. 536 ss. cod. civ., oppure al cospetto di una causa di invalidità, formale, o sostanziale, della scheda testamentaria[1]. Tale strumento

[1] Per i casi di impiego dell'acquiescenza al testamento, si rinvia, in maniera più approfondita, al successivo § 2.



giuridico – e, prima ancóra, di prosaico uso pratico – vanta un'origine che può essere ricondotta, per larga parte, all'*ars notariae*, servitasi di tale espediente, al fine di fronteggiare esigenze concrete, vicine a necessità economico-giuridiche, ma, spesso, dimentico delle esigenze morali che vi si rannodano, di certo non meno importanti. Si badi, tali necessità, dal carattere assai vario, paiono spesso intrecciarsi l'una con l'altra, quale vicendevole giustificazione, tanto che, talvolta, diviene assai arduo distinguerle.

È d'uopo rilevare come la giurisprudenza, benché ripetutamente chiamata a pronunciarsi su vicende inerenti ad atti di acquiescenza, si sia soffermata, soltanto di rado, sulla fattispecie in esame, mostrando maggiore attenzione per le conseguenze di contorno, capaci di derivarne [2]. In ogni caso, gli esiti raggiunti, nient'affatto soddisfacenti, non hanno dimostrato attenzione per le incerte fondamenta giuridiche, alla base dell'atto di acquiescenza.

Del pari, la dottrina non ha riservato pressoché alcun interesse nei riguardi dell'acquiescenza al testamento [3], atto che, se osservato pel tramite delle lenti del Diritto privato, non trova conforto nell'assetto ordinamentale vigente. Ebbene, nonostante la scarsa fortuna che la letteratura giuridica, nel tempo, ha riservato a codesta opaca figura, questa non può continuare a essere trascurata. A tal proposito, pare utile soffermarsi sul rilievo effettivo che l'acquiescenza assume nell'esistenza quotidiana, e, al contempo, riflettere sul significato che serba, in virtù dell'ausilio di espressioni, spesso poco considerate, epperò ricche di risvolti giuridici, e in grado di incidere profondamente nell'individualità dei consociati, non soltanto nel settore degli interessi patrimoniali, ma anche nella sfera, degna di non minore considerazione, contraddistinta dagli affetti.

L'acquiescenza, talvolta, viene impropriamente confusa con la così detta tolleranza, istituto giuridico, in vero, desumibile da una sóla, isolata, disposizione di legge dettata in tema di possesso: l'art. 1144 cod. civ. («Atti di tolleranza»). Cionondimeno, i due concetti – acquiescenza e tolleranza – debbono essere tenuti distinti, nonostante i limitati tratti, che paiono accomunarli. In entrambi i casi, infatti, discendono effetti, da ultimo,

---

[2] In particolare, v.: Cass., 13 ottobre 1961, n. 2137, con nota di G. CASSISA, *In tema di conferma di disposizioni testamentarie contenute in un olografo falsamente sottoscritto*, in *Giust. civ.*, p. 1962 ss.; Trib. Padova, 26 gennaio 2004, in *Banca dati Leggi d'Italia*; Trib. Novara, 29 dicembre 2006, in *www.novaraius.it*; Trib. Roma, 22 gennaio 2014, n. 1564, in *Banca dati IlSole24ore – Diritto 24*.

[3] Tra le non numerose riflessioni in materia, si possono rammentare: F. MESSINEO, *Manuale di diritto civile e commerciale*, vol. VI, Milano, s. d., ma 1962, IX ed., p. 371; A. BULGARELLI, *Gli atti «dispositivi» della legittima*, in *Notariato*, 2000, p. 481 ss.; M. F. HERCOLANI, *L'acquiescenza e l'adesione alle disposizioni testamentarie*, in *Form. not. comm.*, a cura di G. Petrelli, vol. VII, t. I, *Successioni e donazioni. Le successioni per causa di morte*, dir. da G. Bonilini, Milano, 2011, p. 241 ss.



sfavorevoli al titolare della situazione giuridica soggettiva di riferimento [4], sebbene dipendenti da presupposti nettamente differenti: un comportamento attivo, per l'acquiescenza, e una mera sopportazione, nel caso della tolleranza. Il risultato, per certi versi, può presentare profili affini, dal momento che esso si risolve in un'accettazione di situazioni giuridiche, o di fatto, ingenerate dall'altrui comportamento. Nel caso dell'acquiescenza, tuttavia, come si avrà modo di vedere, a ciò concorre l'intervento attivo dell'acquiescente stesso, capace di determinare conseguenze ulteriori, che, altrimenti, non si verificherebbero affatto.

Se, nel diritto sostanziale, non vi è traccia dell'acquiescenza, differente è il caso del Diritto processuale civile [5], come si può osservare prendendo in considerazione gli artt. 329 («Acquiescenza totale o parziale») e 334 («Impugnazioni incidentali tardive») del Codice di rito vigente, in cui è preclusa la proponibilità di impugnazioni, qualora sia intervenuta l'espressa accettazione della sentenza di riferimento, oppure là dove tale accettazione possa essere desunta da atti incompatibili con l'impugnazione del provvedimento [6]. In sede di processo civile, dunque, il concetto di acquiescenza si sostanzia in un comportamento giuridicamente rilevante, già noto ai giuristi di epoca romana, ma rimasto, in parte, inesplorato [7].

---

[4] Nemmeno la tolleranza rinviene esplicita disciplina, all'interno del sistema giuridico vigente, e, per tale motivo, l'individuazione dei suoi tratti essenziali è lasciata, solo in parte, alla dottrina, mentre la giurisprudenza è giunta a risultati, in genere, maggiormente definiti. In tal senso, v., di recente: Cass., 31 gennaio 2019, n. 2706, in *Banca dati De jure*; Cass., 3 luglio 2019, n. 17880, in *Banca dati De jure*.

Si rammenti, altresì, come la contrapposizione tra tolleranza e acquiescenza risulti, talvolta, asservita al fine della definizione di peculiari contegni, tenuti in presenza di un dato rapporto obbligatorio. In tema, v. S. PATTI, voce *Acquiescenza. Diritto civile*, in *Enc. giur. Treccani*, Roma, 1988, p. 1 ss.

[5] A tal proposito, v., fra tutti, E. MINOLI – A. BERGOMI, voce *Acquiescenza (dir. proc. civ.)*, in *Enc. dir.*, vol. I, Milano, s. d., ma 1958, p. 496 ss.

[6] Nel processo civile è possibile scorgere un'acquiescenza espressa e un'acquiescenza tacita. La medesima acquiescenza può essere, inoltre, totale, ai sensi del primo comma dell'art. 329 cod. proc. civ., oppure parziale, come desumibile dall'art. 329, cpv., cod. proc. civ. Secondo E. MINOLI – A. BERGOMI, *op. cit.*, p. 497 ss., è, altresì, d'uopo distinguere un'acquiescenza «propria», da una «impropria», e l'elemento di discrimine, in tali ipotesi, sarebbe fornito dalla volontà, o consapevolezza, del soggetto di riferimento. Tale volontà sarebbe, infatti, tipica della sóla acquiescenza propria, mentre mancherebbe nell'acquiescenza impropria. Per questo tema, cfr., diffusamente, l'opera monografica di E. MINOLI, *L'acquiescenza nel processo civile*, Milano, 1942, concentratasi sull'istituto dell'acquiescenza, nel Diritto processuale civile, ma capace di suggerire numerosi spunti, utili anche per le sue differenti manifestazioni, in altri settori del diritto.

[7] Per un'analisi delle fonti romane, dedicate all'acquiescenza nel processo civile, v., di nuovo, E. MINOLI, *op. cit.*, p. 1 ss., secondo il quale, in séguito, il concetto di acquiescenza ha trovato pòsto nell'ordinamento giuridico francese, rinvenendo, poi, spazio anche nel Codice di Procedura civile italiano, come attualmente in vigore.



Per di più, l'acquiescenza non è sconosciuta nemmeno al Diritto processuale penale [8], come emerge dal disposto dell'art. 570 cod. proc. pen., contenente un principio valido, anche in questa circostanza, in tema di impugnazioni, che, tuttavia, ne assume per presupposto il significato. In questo caso, infatti, il senso dell'acquiescenza si sostanzia in una tacita accettazione del provvedimento al quale inerisce, che ne preclude ogni successiva contestazione, da parte del medesimo acquiescente.

Non è questa la sede per approfondire le venature che, nelle differenti manifestazioni del diritto, possono segnare l'acquiescenza, figura dal significato tutt'altro che definito, ma capace di prestare i suoi servigî in numerosi àmbiti, anche grazie al contenuto, nei fatti alquanto eterogeneo, che la caratterizza. A tal proposito, si consideri come essa risulti, altresì, in grado di affiorare in settori giuridici diversi da quelli poc'anzi menzionati – in particolare, il Diritto amministrativo, il Diritto del lavoro e il Diritto tributario –, e, anche in questi casi, in assenza di specifiche disposizioni normative [9]. Tutto ciò pare sintomo del fatto che, probabilmente, l'acquiescenza, pur contraddistinta da una conformazione tuttora poco chiara, si offre ai consociati, quanto meno, quale espressione utile, al fine di radunare svariati contegni, rilevanti per l'ordinamento, e in grado di incidere nella sfera giuridica di ognuno, anche se con intensità differente.

2. – La nozione di acquiescenza, per quanto incerta nei suoi lineamenti, nei fatti si propone alla stregua di strumento pratico, elastico, e, apparentemente, utile per affrontare esigenze concrete, tant'è che, spesso, se ne propone l'ausilio, nel tentativo di tacitare, o prevenire, contestazioni relative a una determinata successione ereditaria. Al contempo, per il suo tramite, vengono trascurati profili di indiscutibile rilievo, attinenti alla sfera giuridica e morale dei soggetti coinvolti, spesso inconsapevoli delle conseguenze che ne derivano, oppure, financo, mal consigliati.

---

[8] In questo caso, si veda, almeno, C. MASSA, voce *Acquiescenza (dir. proc. pen.)*, in *Enc. dir.*, vol. I, Milano, s. d., ma 1958, p. 502 ss.

[9] Nel Diritto amministrativo, si discorre di acquiescenza, sia nei confronti di decisioni giurisdizionali, sia nei riguardi di atti amministrativi. Cfr. M. S. GIANNINI, voce *Acquiescenza (dir. amm.)*, in *Enc. dir.*, vol. I, Milano, s. d., ma 1958, p. 506 ss.

La figura dell'acquiescenza emerge, inoltre, nel Diritto del lavoro, nel caso di accettazione, da parte del lavoratore subordinato, di un provvedimento adottato dal datore di lavoro, e sfavorevole al prestatore medesimo. A tal riguardo, v., nuovamente, S. PATTI, *op. cit.*, p. 1.

Si consideri, infine, il Diritto tributario, là dove è fatto riferimento, per maggiore precisione, a una rinuncia all'impugnazione dell'avviso di liquidazione, come desumibile dall'art. 15, D. Lgs. 19 giugno 1997, n. 218 («Disposizioni in materia di accertamento con adesione e di conciliazione giudiziale»).



Si badi, malgrado possano sembrare affini le rispettive finalità generali, questa fattispecie non può essere affatto confusa con il contratto di transazione (artt. 1965 ss. cod. civ.), dal momento che, per quanto ne risulti dibattuta la natura – mero fatto, atto, o negozio giuridico [10] –, e benché, in alcuni casi, sia possibile scorgere una contrapposizione di interessi tra i soggetti in giuoco, l'acquiescenza, di per sé, conserva la propria struttura unilaterale, che dovrebbe prescindere da ogni eventuale accordo con altri individui, più o meno direttamente interessati.

Le ragioni giustificatrici sottese all'acquiescenza al testamento, in vero, ben potrebbero presentare profili, *lato sensu*, transattivi, oppure la stessa potrebbe essere, financo, sorretta proprio da una celata transazione. Si pensi, a modo di esempio, all'atto di acquiescenza posto in essere da chi, non considerato nel testamento, abbia, sostanzialmente, ricevuto quanto di spettanza, mentre il *de cuius* era ancóra in vita, in virtù di liberalità indirette, dalla causa rimasta inespressa. In tali circostanze, si potrebbero prevenire attriti tra i successori del defunto, specie impedendo ogni eventuale contestazione, proveniente proprio da coloro i quali siano stati trascurati nel testamento, perché già soddisfatti, in forza di quelle liberalità, poc'anzi evocate.

Del pari, codesti motivi potrebbero non sussistere, come nel caso (in vero, di dubbia ricorrenza) di un'acquiescenza al testamento portatrice, essa stessa, dell'intento liberale, proveniente da chi abbia, nei fatti, ricevuto meno della propria quota di spettanza, in virtù della successione ereditaria oggetto di discussione. Più probabile è, invece, l'ipotesi in cui il legittimario, leso o pretermesso, decida di prestare acquiescenza, dopo aver ricevuto compensazione delle proprie ragioni, in maniera, per così dire, informale, determinando un disinteressato beneficio, benché soltanto apparente, in capo agli altri interessati alla successione di riferimento.

Si consideri, ancóra, l'ipotesi di un genitore, il quale, spinto da un dovere morale, non intenda fare distinzioni tra i proprî figli, e desideri destinare l'intero suo patrimonio a uno soltanto di essi, in ragione di quanto già dispensato, in vita, all'altro, per la sua costosa educazione. Come è noto, l'art. 742 cod. civ. esclude da collazione le spese sostenute per l'educazione; peraltro, si ritiene che le medesime spese non siano soggette a riduzione [11]. Queste somme, sostenute al fine di adempiere a un obbligo legale – il mantenimento e l'educazione dei figli – non integrano un atto caratterizzato dallo spirito libe-

[10] Cfr., *infra*, §§ 3 e 4.

[11] V., in questo senso, G. BONILINI, *Manuale di diritto ereditario e delle donazioni*, Torino, 2020, X ed., p. 205.



rale, e non debbono, pertanto, essere oggetto di imputazione *ex se*, operazione da annoverare tra i presupposti all'esercizio dell'azione di riduzione, ai sensi dell'art. 564, secondo comma, cod. civ. Ebbene, il figlio, non considerato nel testamento, ben potrebbe far valere la qualifica di legittimario, e, in forza di essa, pretendere la sua quota di riserva. Del pari, non sarebbe inverosimile un'acquiescenza al testamento da parte di quest'ultimo, suscitata dal proposito di riconoscere al fratello quanto di spettanza sull'eredità paterna, pur non avendo essi ricevuto, in vita, pari considerazione dal comune genitore, e ciò per tramite di un atto sorretto da un intento liberale, o, quanto meno, giustificato da un obbligo, ancóra una volta, morale.

Ebbene, nonostante questa peculiare funzione, suscitata, su tutto, da necessità contingenti, è opportuno notare come, talvolta, l'ausilio dell'acquiescenza al testamento ecceda l'effettiva volontà di chi se ne serva. In alcuni casi, infatti, il suo impiego dipende unicamente dal suggerimento di un professionista del diritto – di solito, l'avvocato, o il notaio –, nel tentativo di risolvere e prevenire controversie, relative a una determinata successione *mortis causa*. Talvolta, sono esigenze di certezza (e di utilità) care, *in primis*, allo stesso professionista, a sollecitare l'ausilio di codesto strumento, per molti versi atipico [12], che, altrimenti, difficilmente avrebbe trovato diffusione. La stessa acquiescenza, inoltre, è spesso degradata a semplice strumento veicolante istituti giuridici (questi, lo si vedrà, tipici), senza che ai medesimi si aggiunga alcun profilo di specialità. Ebbene, in simili ipotesi, è difficile giustificare l'impiego dell'acquiescenza, in luogo degli strumenti tradizionalmente conosciuti dal Diritto civile, ma sovente trascurati, o, financo, dimenticati, al cospetto di una consuetudine che, per quanto consolidata, non presenta basi giuridiche sicure.

L'acquiescenza al testamento ha origini antiche, difficili da scovare, e si è distinta per la capacità di tramandarsi in virtù di una prassi tollerata dalla giurisprudenza. Questo strumento si è rivelato, comunque, bisognoso dell'ausilio del professionista del diritto, per garantire la produzione di effetti immediatamente fruibili, ed evitare di essere, ogni volta, soggetto allo scrutinio del giudice, determinante esiti, peraltro, spesso, incerti. Si badi, un ausilio non necessariamente conveniente, giacché determinante l'abbandono di mezzi tipici, senza apparente giustificazione, e con la frequente conseguenza di una inevitabile, e complessa, opera interpretativa. Un sostegno, inoltre, che deve essere in grado

[12] Si badi, occorre cautela nell'impiego del termine "atipico", con riferimento alla fattispecie in esame, specie là dove si intenda ricondurla, quanto alla relativa natura giuridica, alla categoria degli atti giuridici in senso stretto. A tal proposito, v., *infra*, § 4.



di tradurne, quanto meno, gli effetti, in una forma conosciuta dall'ordinamento giuridico vigente.

Questa peculiare fattispecie si risolve in uno strumento, tutt'al più, socialmente tipizzato, anche se, non per questo, meritevole di minore considerazione. Ciononostante, la dottrina, salvo alcuni interventi, oltremodo circoscritti [13], non ha reputato necessario approfondire codesto strumento, preferendo dedicare la propria attenzione agli istituti giuridici che, solitamente, esso è in grado di celare, e, di conseguenza, alle pieghe che, in concreto, ne discendono.

Se, nei fatti, l'acquiescenza al testamento permette di risolvere *impasse* contingenti, se ne rinviene l'impiego in presenza di presupposti differenti, e piuttosto eterogenei. In primo luogo, codesta acquiescenza può essere evocata nell'ipotesi di un testamento, o precedenti donazioni, in grado di definire un assetto ereditario dimentico, in tutto o in parte, della quota di eredità riservata ai legittimarî [14]. In tali casi, essa può determinare una rinunzia all'azione di riduzione, sì generata da un'espressa manifestazione di volontà – si pensi alla sottoscrizione di un atto notarile di acquiescenza –, ma che, più propriamente, deve essere reputata alla stregua di una rinunzia tacita – o, meglio, implicita [15] –

---

[13] V., in tal senso, i riferimenti bibliografici contenuti, *supra*, nella nota 3.

[14] Nel ricco approfondimento dottrinale, circa i diritti dei legittimarî, si vedano, quanto meno: L. FERRI, *Dei legittimari. Art. 536-564*, in *Comm. cod. civ.*, a cura di A. Scialoja e G. Branca, Bologna-Roma, 1981, II ed.; G. CATTANEO, *La vocazione necessaria e la vocazione legittima*, in *Tratt. dir. priv.*, dir. da P. Rescigno, vol. 5, *Successioni*, t. I, Torino, 1997, p. 433 ss.; L. MENGONI, *Successioni per causa di morte. Parte speciale. Successione necessaria*, in *Tratt. dir. civ. e comm.*, già dir. da A. Cicu e F. Messineo, continuato da L. Mengoni, Milano, 2000, IV ed., p. 43 ss.; A. TULLIO, *L'intangibilità dei diritti di riserva. Il divieto di pesi e condizioni*, in *Tratt. dir. delle successioni e donazioni*, dir. da G. Bonilini, vol. III, *La successione legittima*, Milano, 2009, p. 447 ss. Di recente, v. l'ampia, importante, monografia di V. BARBA, *La successione dei legittimari*, Napoli, s. d., ma 2020.

Cfr., in maniera critica, per una riforma della disciplina incisa negli artt. 536 ss. cod. civ., G. BONILINI, *Sulla possibile riforma della successione necessaria*, in *Tratt. dir. delle successioni e donazioni*, dir. da G. Bonilini, vol. III, *La successione legittima*, Milano, 2009, p. 729 ss.

Con riferimento, invece, all'azione di riduzione, v.: F. S. AZZARITI, G. MARTINEZ, G. AZZARITI, *Successioni per causa di morte e donazioni*, Padova, 1979, VII ed., p. 247 ss.; F. MONCALVO, *Sulla natura giuridica dell'azione di riduzione*, in *Familia*, 2004, p. 177 ss.; A. TULLIO, *L'azione di riduzione. L'imputazione* ex se, in *Tratt. dir. delle successioni e donazioni*, dir. da G. Bonilini, vol. III, *La successione legittima*, Milano, 2009, p. 533 ss.; G. BONILINI, *Manuale di diritto ereditario e delle donazioni*, cit., p. 198 ss. Per il periodo di vigenza del Codice civile del 1865, cfr., infine: E. BETTI, *Appunti di diritto civile*, Milano, s.d., ma 1929 (rist. Napoli, 2017), p. 509 ss.; R. DE RUGGIERO, *Istituzioni di diritto civile*, vol. III, *Diritti di obbligazione. Diritto ereditario*, Messina, s. d., ma VI ed., p. 639 ss.

[15] Rimane particolarmente chiara, in questo àmbito, l'analisi proposta da G. GIAMPICCOLO, *Note sul comportamento concludente*, in *Riv. trim. dir. proc. civ.*, 1961, p. 778 ss.

Secondo R. SACCO, voce *Negozio giuridico*, in *Dig. disc. priv. Sez. civ.*, agg. I, Torino, s. d., ma 2014, p. 470, inoltre, «quando parliamo di dichiarazione implicita, una dichiarazione espressa è ben presente nella



all'ausilio del medesimo strumento, a patto che sia possibile scorgere la volontà di dismettere tale diritto. Il legittimario leso nei suoi diritti, prestando acquiescenza al testamento, anche alla luce di precedenti donazioni, può, quindi, manifestare l'intento di rispettare le ultime volontà dell'ereditando, privandosi della facoltà di esercitare ogni eventuale azione contraria [16]. In tale eventualità, si deve riconoscere un rilievo, per così dire, attivo all'acquiescenza al testamento, risultante nell'effettiva rinunzia a un diritto – in questo caso, il diritto di esercitare l'azione di riduzione –, siccome non pare esatto paragonare tale attività alla passiva sopportazione delle ultime volontà del defunto [17].

Del pari, il medesimo strumento viene impiegato, nella prassi, in presenza di disposizioni testamentarie viziate da cause di invalidità. In questo caso, codesto strumento pare impiegato al fine di determinare una conferma [18], rilevante ai sensi dell'art. 590 cod. civ. [19], nella sua peculiare forma di volontaria esecuzione di disposizioni testamentarie

---

scena. Semplicemente, al significato esplicitato dalla dichiarazione viene ad aggiungersi un secondo significato, credibile perché logicamente inferibile dal primo in modo univoco. Ad es.: Tizio, inserendo nel testamento la clausola risolutoria di un legato, dice implicitamente che vuol lasciare quel legato a quella persona».

[16] La legittimità della rinunzia all'azione di riduzione è facilmente desumibile dal dettato normativo, giacché essa può essere scorta nel divieto, opposto al suo impiego, dall'art. 557, cpv., cod. civ., per il solo caso in cui il donante risulti ancóra in vita. Diversamente, ovvero a séguito della morte del donante, la rinunzia a tale strumento è, sostanzialmente, libera, tant'è che questa può manifestarsi, in forma espressa, oppure in maniera tacita, proprio come pare avvenire in presenza di un atto di acquiescenza al testamento.

In dottrina, per la rinunzia tacita all'azione di riduzione, v., in particolare: L. MENGONI, *op. cit.*, p. 335 ss.; A. PALAZZO, *Le successioni*, Milano, 2000, II ed., I, p. 572 ss.; A. NATALE, *Le rinunzia a diritti ereditarii: formalismo e revocabilità*, in *Fam. pers. succ.*, 2007, p. 327 ss.; M. CINQUE, *Rinuncia tacita all'azione di riduzione e conflitti tra figli e nuovo coniuge del* de cuius, in *Nuova giur. civ. comm.*, 2009, p. 559 ss.; A. TULLIO, *L'intangibilità dei diritti di riserva. Il divieto di pesi e condizioni*, cit., p. 562 ss.; A. BUCCELLI, *Dei legittimari. Artt. 536-564*, in *Cod. Civ. Comm.*, fond. da P. Schlesinger e dir. da F. D. Busnelli, Milano, 2012, p. 591 ss.

[17] Non sembra, quindi, condivisibile l'opinione di F. MESSINEO, *Manuale di diritto civile e commerciale*, vol. VI, cit., p. 371, secondo il quale: «se […] si tratti di *legittimario pretermesso*, l'acquiescenza può condurre alla prescrizione del diritto di agire in riduzione, per il fatto che l'interessato non provveda a esercitare, in termine utile (decennio dall'apertura della successione), il proprio diritto». Così concludendo, infatti, l'acquiescenza risulterebbe degradata a mera modalità di espressione dell'istituto generale della prescrizione, scolpito negli artt. 2946 ss. cod. civ., ma in contrasto con la sua disciplina, che esige l'inerzia del titolare del diritto in questione, in maniera confliggente con la sostanza dell'acquiescenza.

[18] Per l'istituto generale della conferma dell'atto nullo, v.: G. GIACOBBE, voce *Convalida (dir. priv.)*, in *Enc. dir.*, vol. X, Milano, s. d., ma 1962, p. 479 ss.; F. GAZZONI, *L'attribuzione patrimoniale mediante conferma*, Milano, 1974; R. TOMMASINI, voce *Nullità (dir. priv.)*, in *Enc. dir.*, vol. XXVIII, Milano, s. d., ma 1978, p. 892 ss.; G. B. FERRI, *Convalida, conferma e sanatoria del negozio giuridico*, in *Dig. disc. priv. Sez. civ.*, vol. IV, Torino, s. d., ma 1989, p. 335 ss.

[19] Al fine di approfondire, invece, il peculiare istituto della conferma, ed esecuzione volontaria, di disposizioni testamentarie nulle, v., *ex multis*: G. GIAMPICCOLO, *Il contenuto atipico del testamento. Contri-*



nulle (asservibile, secondo l'opinione prevalente, anche all'ipotesi di disposizioni annullabili)[20], ovvero di una fattispecie che pare rivestire significato, là dove proveniente da chi, in mancanza di quella specifica scheda testamentaria, sarebbe chiamato per legge[21]. Certo, non si creda che, al cospetto di un atto di acquiescenza, avente a oggetto un testamento affetto da una causa di nullità, o di annullabilità, quest'ultimo debba considerarsi, giocoforza, confermato, siccome l'istituto, racchiuso nell'art. 590 cod. civ., esige, per la sua configurazione, un duplice elemento soggettivo. La lettera dell'art. 590 cod. civ. richiede, infatti, la conoscenza della causa di invalidità, in capo a chi abbia confermato, o dato esecuzione, al testamento in oggetto, che deve accompagnarsi alla manifestazione di volontà, per quanto possibile esplicita, di porre rimedio al medesimo vizio[22]. Tale requisito soggettivo non risulta, necessariamente, integrato, in presenza dell'acquiescenza, atto che, pertanto, non è in grado di determinare, in ogni caso, la sanatoria del negozio.

Ancóra, l'acquiescenza al testamento, posta in essere da parte del successibile, testamentario o legittimo, potrebbe considerarsi (seppur con grandi riserve, come presto approfondite) sufficiente, al fine di determinare l'acquisto della qualità di erede, e ciò in virtù di un'accettazione di eredità, a prima vista, tacita, ma che, per certi versi, potrebbe, financo, considerarsi espressa, benché sorretta da espressioni nient'affatto usuali.

---

buto ad una teoria dell'atto di ultima volontà, Milano, 1954 (rist. Napoli, 2010), p. 209 ss.; G. GABRIELLI, *L'oggetto della conferma* ex *art. 590 c.c.*, in *Riv. trim. dir. proc. civ.*, 1964, p. 1366 ss.; R. CAPRIOLI, *La conferma delle disposizioni testamentarie e delle donazioni nulle*, Napoli, 1985.

Per la manualistica, cfr., in maniera assai chiara, G. BONILINI, *Manuale di diritto ereditario e delle donazioni*, cit., p. 377 ss.

[20] Secondo la dottrina prevalente, l'istituto racchiuso nell'art. 590 cod. civ. può essere impiegato anche in presenza di cause di annullabilità del testamento. A tal proposito, v., per tutti, G. STOLFI, *Appunti sull'art. 590 c.c.*, in *Giur. it.*, 1977, I, 2, c. 357 ss. Nel medesimo senso, v., in giurisprudenza: App. Milano, 5 aprile 1974, in *Giur. it.*, 1975, I, 2, c. 718 ss.; Cass., 11 agosto 1980, in *Foro it.*, 1981, I, p. 435 ss.

Per un'opinione contraria, cfr., invece, F. GAZZONI, *L'attribuzione patrimoniale mediante conferma*, cit., p. 313 ss.

[21] Così, ancóra, F. MESSINEO, *Manuale di diritto civile e commerciale*, vol. VI, cit., p. 371.

[22] Secondo G. BONILINI, *Manuale di diritto ereditario e delle donazioni*, cit., p. 379, la conferma, là dove espressa mediante un atto formale, deve presentare i requisiti indicati, dall'art. 1444 cod. civ., riguardo alla convalida del contratto annullabile, vale a dire: menzione della disposizione testamentaria invalida; indicazione del motivo di invalidità; dichiarazione dell'intento di procedere alla conferma.

Cfr., inoltre, F. GAZZONI, *L'attribuzione patrimoniale mediante conferma*, cit., pp. 96 e 296 ss., tenendo, comunque, presente la rammentata contrarietà di tale Autore, nei confronti dell'applicazione dell'art. 590 cod. civ. al testamento annullabile. Approfondendo codesta opinione, sarebbe chiara l'inapplicabilità dell'art. 1444 cod. civ. alla peculiare ipotesi di volontaria esecuzione di disposizioni testamentarie, nulle o annullabili.

Per la giurisprudenza, v., altresì, Cass., 13 luglio 2017, n. 17392, in *Banca dati Foro it.*



In termini più generali, codesto strumento, calato nella materia del Diritto ereditario, può determinare, a seconda delle circostanze, un ampio spettro di conseguenze giuridiche, le quali debbono essere indagate singolarmente, specie al cospetto dell'effettiva volontà dell'acquiescente. Da queste prime considerazioni, emerge, facilmente, l'elasticità per la quale pare caratterizzarsi l'acquiescenza, vaga nei suoi tratti essenziali, ma asservita a esigenze differenti, e che riesce a intrecciarsi con numerosi profili del diritto, quali, tra gli altri, quelli afferenti al regime della trascrizione, come disciplinata nel Libro sesto del Codice civile. Eppure, a una simile versatilità, si contrappongono gli assai consistenti dubbî interpretativi, che ne discendono, spesso non confortati da giustificazioni convincenti, al cospetto del necessario bilanciamento degli interessi giuridico-economici, e morali, capaci di stagliarsi sul suo sfondo.

3. – Dinnanzi a tinte così sbiadite, incapaci di segnare, con tratto sicuro, i contorni dell'acquiescenza al testamento, è necessario riflettere sulla natura giuridica di tale fattispecie, evidentemente trascurata dal Legislatore, quanto meno nella materia del Diritto civile, ma che, nell'esperienza quotidiana, ha ricevuto una tipizzazione di matrice consuetudinaria, o, per così dire, sociale. Al fine di individuare la qualificazione giuridica, maggiormente in grado di adeguarsi ai lineamenti dell'acquiescenza – strumento idoneo a determinare conseguenze, nei fatti, alquanto eterogenee – occorre riprendere, brevemente, la discussione che ha, a lungo, impegnato la dottrina, affaticatasi nella ricerca di un criterio utile al fine della distinzione tra fatto e atto giuridico [23]. Non è questo il luogo deputato ad approfondire, nel dettaglio, simili temi, da sempre cari alla teoria generale del diritto, eppure, questi non possono essere trascurati *in toto*, ai fini della presente indagine.

---

[23] Nella letteratura occupatasi della definizione, e dell'approfondimento, del fatto giuridico, impossibile da richiamare, in questa sede, in maniera compiuta, v., almeno: F. SANTORO-PASSARELLI, *Dottrine generali del diritto civile*, Napoli, 1954, p. 87 ss.; R. SCOGNAMIGLIO, *Fatto giuridico e fattispecie complessa*, in *Riv. trim. dir. proc. civ.*, 1954, p. 331 ss.; E. BETTI, *Teoria generale del negozio giuridico*, in *Tratt. dir. civ. it.*, dir. da F. Vassalli, Torino, 1960, II ed. (rist. Napoli, 2002), p. 7 ss.; C. MAIORCA, voce *Fatto giuridico – Fattispecie*, in *Noviss. Dig. it.*, VII, Torino, 1961, p. 111 ss.; A. FALZEA, voce *Fatto giuridico*, in *Enc. dir.*, vol. XVI, Milano, s. d., ma 1967, p. 941 ss.; F. MESSINEO, *Manuale di diritto civile e commerciale*, vol. I, cit., p. 443 ss.; R. SACCO, voce *Fatto giuridico*, in *Dig. disc. priv. Sez. civ.*, Torino, s. d., ma 2010, p. 610 ss.

Per un adeguato approfondimento, circa il dibattito dottrinale sviluppatosi attorno all'atto giuridico, cfr.: SANTI ROMANO, voce *Atti e negozi giuridici*, in *Frammenti di un dizionario giuridico*, Milano, 1947, p. 3 ss.; M. TRIMARCHI, *Atto giuridico e negozio giuridico*, Milano, 1940; E. BETTI, voce *Atti giuridici*, in *Noviss. Dig. it.*, Torino, 1958, p. 1505 ss.; R. SCOGNAMIGLIO, voce *Atto giuridico*, in *Enc. forense*, I, Milano, 1958, p. 589 ss.; F. SANTORO-PASSARELLI, voce *Atto giuridico*, in *Enc. dir.*, vol. IV, Milano, s. d., ma 1959, p. 941 ss.; F. MESSINEO, *Manuale di diritto civile e commerciale*, vol. I, cit., p. 453 ss.



Non a caso, è a tale confronto che gli esigui contributi dedicati al tema dell'acquiescenza al testamento hanno fatto riferimento, al fine di caratterizzarne i tratti essenziali [24]. In particolare, ne è stata proposta la sussunzione entro i confini della categoria dei fatti giuridici [25], per le motivazioni che saranno presto approfondite. Ciononostante, la stessa definizione di fatto giuridico non trova spazio nel dettato normativo, tant'è che di esso è stata proposta una duplice qualificazione, senza, tuttavia, riuscire a individuare il criterio principe, utile a ritrarre ogni circostanza. Secondo una particolare opinione, deve intendersi, per fatto giuridico, tutto ciò che, al lume di una norma giuridica, determina effetti rilevanti per il diritto. Da altra prospettiva, la qualifica in esame non può prescindere dal confronto proprio del fatto con l'atto giuridico, al punto che debbono essere considerati fatti giuridici tutti «i fenomeni temporali che non sono attività volontarie dell'uomo» [26], e che, quindi, non possono essere considerati atti giuridici.

Diversamente, l'atto giuridico, che si presenta quale peculiare specificazione del fatto giuridico, si connota, essenzialmente, per l'elemento volontaristico, o, meglio, esso viene individuato in quel comportamento umano, al quale l'ordinamento riconosce rilievo, in ragione della sua volontarietà e consapevolezza [27].

Si consideri, inoltre, il negozio giuridico, ovvero quell'ulteriore precisazione dell'atto (e quindi, a sua volta, del fatto) giuridico, figura che potrebbe essere evocata anche dinnanzi all'acquiescenza al testamento [28]. Il negozio giuridico, categoria dommatica che, talvolta, è arduo distinguere dall'atto giuridico, si rivela in quella manifestazione di volontà, enunciante gli effetti perseguiti dal dichiarante, e alla quale l'ordinamento riconduce conseguenze giuridiche conformi al risultato voluto, purché contraddistinta da finalità meritevoli di tutela, e rispettose del dettato normativo [29]. In sintesi, il negozio giuri-

---

[24] Così, di nuovo: A. BULGARELLI, *op. cit.*, p. 482; M. F. HERCOLANI, *op. cit.*, p. 242.

[25] A. BULGARELLI, *op. cit.*, p. 482.

[26] Così, A. FALZEA, *op. cit.*, p. 942, secondo il quale, pertanto, è fatto giuridico tutto ciò che non è ascrivibile alla categoria dell'atto giuridico.

[27] In tal senso, v., per tutti, F. SANTORO-PASSARELLI, voce *Atto giuridico*, cit., p. 203. Per una ulteriore qualificazione, volta a distinguere atto e negozio giuridico, cfr., *ibidem*, p. 205 ss.

Secondo F. MESSINEO, *Manuale di diritto civile e commerciale*, vol. I, cit., p. 453, «*in senso largo*, si intende per *atto giuridico* (testualmente: 1324, 1334 e 1703), un atto *umano*, compiuto *consapevolmente e volontariamente*, da un soggetto (di regola, capace di agire), dal quale scaturiscono effetti giuridici, poiché *il soggetto*, compiendolo, *intende determinare un risultato*; e tale risultato è *preso in considerazione* dal diritto».

[28] Cfr. il successivo § 4.

[29] Nella ricca letteratura dedicata al negozio giuridico, v., almeno: V. SCIALOJA, *Negozi giuridici*, Roma, 1938, IV rist.; AUR. CANDIAN, *Intorno alla teoria del negozio giuridico*, in *Temi*, 1947, p. 92 ss.; G. STOLFI,



dico si presenta quale autoregolamento di interessi privati, offerto ai consociati alla luce della, assai ampia, autonomia custodita nell'art. 1322 cod. civ. Principio, quest'ultimo, in vero testualmente riferito alla materia contrattuale [30], eppure, rammentando il mancato accoglimento, da parte dell'ordinamento giuridico vigente, della nozione di negozio giuridico, prevale l'opinione secondo la quale la medesima autonomia manifestata dall'art. 1322 cod. civ., fermi i dovuti accorgimenti del caso, pare poter essere estesa, più in generale, anche all'àmbito definito dal negozio giuridico [31].

Si tratta, pertanto, di concetti – fatto, e atto giuridico, quest'ultimo anche nella sua peculiare specificazione di negozio giuridico – che si presentano alla stregua di fondamenta, sulle quali regge l'intera struttura del Diritto privato vigente, capaci di intrecciarsi, inevitabilmente, l'un l'altra, e che trovano, nella rispettiva essenza, gli elementi in grado di determinarne una vicendevole qualifica. Si potrebbe, financo, affermare come la definizione di fatto giuridico non avrebbe ragion d'essere, in assenza della determinazione dell'atto giuridico.

Ebbene, accostando la figura dell'acquiescenza ai concetti di fatto e atto giuridico, parte della dottrina, lo si rammenta, ha ritenuto codesto strumento pratico più vicino all'insieme definito dal fatto giuridico [32], sulla scorta di alcune considerazioni. In particolare, in presenza di un'acquiescenza al testamento, ci si troverebbe al cospetto di comportamenti, dai quali discendono effetti rilevanti per l'ordinamento, ma che prescindono dalla volontà dell'agente. O, meglio, tale intento ben potrebbe esistere, ma la sua presenza, nei fatti, sarebbe indifferente, nella prospettiva della concreta efficacia dell'acquiescenza stessa, al punto che le conseguenze da essa dipendenti si realizzerebbero in ogni caso, anche in assenza di tale volontà. Se, per un verso, è facile notare gli effetti generati dal-

---

Teoria del negozio giuridico, Padova, 1947 (rist. 1961); R. SCOGNAMIGLIO, *Contributo alla teoria del negozio giuridico*, Napoli, 1950; F. SANTORO-PASSARELLI, *Dottrine generali del diritto civile*, cit., p. 108 ss.; E. BETTI, *Teoria generale del negozio giuridico*, cit.; L. CARIOTA FERRARA, *Definizione del negozio giuridico come esercizio di un diritto o di una facoltà o di un potere*, in *Riv. dir. civ.*, 1961, I, p. 321 ss.; F. MESSINEO, *Manuale di diritto civile e commerciale*, vol. I, cit., p. 460 ss.; G. MIRABELLI, voce *Negozio giuridico (teoria del)*, in *Enc. dir.*, vol. XXVIII, Milano, s. d., ma 1978, p. 1 ss.; G. B. FERRI, voce *Negozio giuridico*, in *Dig. disc. priv. Sez. civ.*, vol. IV, Torino, s. d., ma 1995, p. 61 ss.; F. GALGANO, *Il negozio giuridico*, in *Tratt. comm. dir. civ. e comm.*, già dir. da A. Cicu e F. Messineo e continuato da L. Mengoni, Milano, 2002, II ed.; R. SACCO, voce *Negozio giuridico*, cit., p. 452 ss.

[30] Si rammenti, peraltro, il rinvio operato dall'art. 1324 cod. civ., che estende l'applicazione delle regole, dettate per i contratti, anche agli atti unilaterali tra vivi, aventi contenuto patrimoniale.

[31] Con l'inclusione, pertanto, dei negozî giuridici unilaterali, anche se con alcune accortezze, che saranno, *infra*, approfondite, ai §§ 6 e 7.

[32] Così, ancóra, A. BULGARELLI, *op. cit.*, p. 482. Sembra propendere per le medesime conclusioni anche M. F. HERCOLANI, *op. cit.*, p. 242.



l'atto di acquiescenza (come, peraltro, emerge dalla costante prassi, anche relativa agli adempimenti pubblicitari che ne discendono, come presto approfonditi [33]), per altro verso, secondo codesta impostazione, l'elemento soggettivo non sarebbe in grado di qualificarne l'essenza. Non sarebbe, infatti, possibile scorgere l'intento, da parte dell'agente, di raggiungere proprio quei risultati, enunciati nella relativa manifestazione di volontà, la quale si presenta alla stregua di mero presupposto di fatto, al fine della produzione degli effetti rammentati.

Seguendo il solco segnato da simili considerazioni, alla base dell'acquiescenza, e del rilievo che alla medesima viene riservato, non vi sarebbe null'altro, se non un'esigenza di tutela dell'altrui affidamento, siccome il comportamento dell'acquiescente non sarebbe sufficiente, in sé, a determinare quelle conseguenze che, invece, tale strumento di fatto provoca [34]. L'acquiescenza a un determinato testamento, più o meno esplicita, ben potrebbe indirizzare il comportamento altrui per i sentieri della buona fede, in virtù della consapevole accettazione, da parte dell'acquiescente medesimo, di quelle peculiari conseguenze, spesso a lui sfavorevoli, e determinanti la dismissione del potere di impugnare il testamento.

Un altro possibile risvolto, anch'esso legato ai profili della buona fede, capace di insorgere nell'altrui persona, e che sembrerebbe suggerire la qualificazione dell'acquiescenza quale mero fatto giuridico, potrebbe essere osservato nell'eventuale inversione dell'onere probatorio, in sede di processo civile, determinato dall'espressa acquiescenza a un dato testamento. Come è noto, l'art. 2697 cod. civ. impone, a chiunque voglia far valere un diritto in giudizio, la prova dei fatti pòsti a suo fondamento [35]. Si pensi, quindi, al caso di una controversia ereditaria instaurata tra i successori legittimi del testatore, e chi, a modo di esempio, pur chiamato in forza di testamento, non rientri nel novero dei legittimarî, ed eventualmente nemmeno in quello dei successibili *ex lege*. Là dove quest'ultimo esiga il rispetto delle volontà del testatore, eventualmente viziate da una causa di invalidità, o determinanti una lesione dei diritti di legittima, in simili ipotesi potrebbe essere il legittimario, o il successore legittimo, che abbia prestato acquiescenza al testamento, a dover dimostrare, in prima battuta, le sue ragioni, fornendo la

[33] Con riferimento al regime della trascrizione, v., *infra*, § 5.

[34] Non pare inutile rammentare codesti eterogenei effetti, dei quali, tuttavia, rimane dubbia la consistenza: accettazione di eredità, rinunzia all'azione di riduzione, conferma di disposizioni testamentarie nulle.

[35] Al fine di approfondire codesto principio, v., quanto meno, L. P. COMOGLIO, *Art. 2697 – Onere della prova*, in *Comm. cod. civ.*, dir. da E. Gabrielli, *Della tutela dei diritti. Artt. 2643-2783* ter, a cura di G. Bonilini e A. Chizzini, Torino, 2016, p. 291 ss.



prova del fatto che, attraverso tale atto, non ha inteso (*rectius*, determinato) affatto la conferma della scheda testamentaria viziata, oppure, a seconda dei casi, che non ha implicitamente rinunziato al suo diritto di agire in riduzione. L'esistenza di un atto di acquiescenza potrebbe determinare una situazione, di fatto, paragonabile a una presunzione, benché relativa, consistente nell'avvenuta accettazione delle ultime volontà del defunto, nella maniera in cui esse sono state confezionate, e, quindi, mantenendo salve eventuali attribuzioni eccedenti la quota disponibile, oppure viziate da cause di invalidità.

Epperò, una simile considerazione, riservata all'acquiescenza al testamento, si fonda su di un presupposto: il necessario intervento del giudice, chiamato a valutare il significato del comportamento tenuto dall'acquiescente, e, soprattutto, a bilanciare gli interessi in giuoco, con ciò, di fatto, negando rilievo all'immediata efficacia del contegno tenuto dall'agente, e concentrandosi sulle conseguenze che, per l'ordinamento giuridico, da questo dipendono [36]. Certo, l'affidamento ingenerato nei terzi deve essere ben tenuto in considerazione, ma la qualificazione dell'acquiescenza, alla stregua di mero fatto giuridico, pare muovere da presupposti non adeguati alle circostanze, e tali da condurre a una soluzione non del tutto convincente, anche se coerente con il suo punto di partenza.

È, sì, vero che, talvolta, l'acquiescenza al testamento prescinde dalla volontà dell'agente, o, meglio, è vero che i suoi effetti non corrispondono, in ogni caso, a quelli voluti, ma ciò non significa che la medesima volontà non assuma alcun rilievo, nella prospettiva della classificazione di codesto peculiare strumento. Piuttosto, si avrà modo di approfondirlo, in assenza di una volontà rilevante, dovrebbe, più propriamente, discorrersi di una semplice cifra di stile, incapace di determinare conseguenze degne di nota, e non in grado di reggere il nome di acquiescenza, con il significato che, nella più diffusa considerazione, ne discende.

4. – L'inquadramento, dell'acquiescenza al testamento, nell'insieme dei meri fatti giuridici è determinato da un presupposto, che, tuttavia, non pare risolutivo ai fini di codesta opera esegetica. Talvolta, in presenza di una determinata dichiarazione, o di un comportamento concludente, veicolati nella forma dell'acquiescenza, possono prodursi conseguenze diverse, e, all'apparenza, non coerenti con l'intenzione esternata. Epperò, il difetto di corrispondenza tra l'intento, così come manifestato, e gli effetti giuridici pro-

[36] A. BULGARELLI, *op. cit.*, p. 482.



dotti, non sembra, da solo, in grado di relegare l'acquiescenza al testamento nella categoria dei fatti giuridici, giacché, in questo modo, sembrerebbe limitato il significato che tale strumento riveste nella prassi.

Per di più, non si tratterebbe affatto di una verità assoluta, siccome non è infrequente la coincidenza tra quanto voluto, e quanto effettivamente verificatosi in virtù dell'acquiescenza stessa; di tale circostanza può essere testimone la conseguente trascrizione [37]. Si dovrebbe, inoltre, dubitare della correttezza di una trascrizione che si distanzî, del tutto, dall'intento dell'acquiescente, al punto che ben potrebbero scorgersi profili di responsabilità in capo al professionista, che, in concreto, se ne sia fatto carico, ignorando, o addirittura prevaricando, le reali intenzioni dell'agente [38].

Codesta circostanza, vale a dire l'apparente incoerenza tra presupposto di fatto, e conseguenze giuridiche prodotte, sembra, più propriamente, sintomo dell'atipicità, ed elasticità, per le quali si contraddistingue l'acquiescenza al testamento. Al cospetto di questo strumento, e là dove si rendesse necessaria una sua effettiva interpretazione, non pare possibile trascurare l'elemento della volontà, tant'è che, nei casi di maggiore dubbio, il giudice è tenuto proprio a individuare l'intento, che ha mosso l'acquiescente, nell'accettazione delle disposizioni testamentarie oggetto di indagine. Certo, quell'elasticità, che caratterizza la fattispecie in esame, non può essere affatto considerata, da ogni prospettiva, un pregio, e anzi, talvolta, essa si rivela il principale difetto dell'acquiescenza, tanto da impedirne un'analisi sicura e valida pressoché in ogni circostanza, specie in un terreno così scivoloso.

In alcuni casi, nell'impiego dell'acquiescenza, non sembra inverosimile scorgere gli echi dell'abuso, ascrivibili al professionista, che ne abbia suggerito l'ausilio, al fine di prevenire controversie, e, soprattutto, fornire al cliente una soluzione apparentemente giuridica, ma che si rivela, principalmente, morale, in momenti di profonda debolezza. Dovrebbe essere proprio la fragilità di chi ha, da poco, perso un affetto, a suggerire seria riflessione nell'impiego dell'acquiescenza, il cui utilizzo, spesso, si dimostra oltremodo disinvolto, e noncurante dei significativi risvolti giuridici, che essa è in grado di determinare.

Uno strumento, dunque, con il quale si anela al raggiungimento di un certo grado di sicurezza, in vero fondato su esigenze presunte, non necessariamente rispondenti alle

---

[37] Cfr., *infra*, § 5.

[38] Si veda, inoltre, *infra*, § 7, circa la possibilità che l'atto di acquiescenza, in tali casi, possa essere viziato da errore, risultando, pertanto, annullabile.



reali intenzioni dell'acquiescente, il quale può risultare semplicemente mal consigliato. D'altronde, in virtù di un atto di acquiescenza, per un verso, è possibile prevenire eventuali liti, nei riguardi di un dato testamento, evitando contestazioni future, ma, per altro verso, si producono sicure conseguenze, per certi versi sfavorevoli, nei confronti di chi se ne sia servito. Un soggetto, quest'ultimo, che, così facendo, ha dismesso alcune importanti facoltà, nei confronti di una determinata successione ereditaria. Certo, può essere proprio questa l'intenzione dell'acquiescente, e, in tal caso, non si porrebbero simili problemi; ma ciò non sempre accade.

A ogni modo, quella parte di dottrina, che ha sussunto l'acquiescenza al testamento nella categoria dei fatti giuridici, pare aver mosso da presupposti sbagliati. Codesta impostazione sembra aver osservato l'acquiescenza al testamento in termini rigidi, assoluti, senza considerare le numerose *nuances*, di cui essa può tingersi. Astrattamente, sarebbe questo il sentiero auspicabile per il corretto studio della fattispecie; strada che, tuttavia, si rivela insoddisfacente in concreto, perché incapace di abbracciare l'ampio spettro di situazioni di fatto, riconducibili all'esercizio dell'acquiescenza al testamento. Tale strumento va, dunque, osservato tenendo bene a mente l'eterogenea pluralità di effetti, che da esso possono protendersi, e che ne suggeriscono una scomposizione ai minimi termini, attenta ad alcuni peculiari profili.

Se è vero che l'acquiescenza, talvolta, prescinde dall'esplicita volontà dell'agente di determinare proprio quegli effetti, che in concreto ne discendono, è altrettanto vero come ciò non avvenga in ogni circostanza. In aggiunta, non si può negare rilievo al fatto che l'atto di acquiescenza debba, in realtà, essere sempre sorretto dalla volontà dell'agente, salvo il caso in cui, in esso, sia possibile scorgere una semplice espressione di stile[39], non riconducibile nemmeno alla categoria del fatto giuridico, perché priva di quel significato, di cui, finora, si è tentata un'indagine. Sono, questi, tuttavia, casi eccezionali, in cui la dichiarazione di acquiescenza al testamento non nasconde alcunché, risolvendosi

[39] Come già anticipato, stante il rifiuto della sussunzione dell'acquiescenza nell'insieme dei contratti, non è corretto, appieno, il rinvio alle così dette clausole di stile, figure che, in questo caso, potrebbero essere, quanto meno, evocate. A ogni modo, tenendo a mente le dovute distanze, che separano i temi in esame, pare, comunque, utile rammentare la riflessione sviluppatasi proprio attorno alle clausole di stile. Così, v., *ex multis*: G. CAVALIERI, *Le clausole di stile*, in *Giur. it.*, 1957, I, 2, c. 939 ss.; F. MESSINEO, *Considerazioni sulle clausole contrattuali di stile*, in *Riv. trim. dir. proc. civ.*, 1960, p. 27 ss.; G. BONILINI, *Le clausole contrattuali c.d. di stile*, in *Riv. trim. dir. proc. civ.*, 1979, p. 1190 ss.; A. DE CUPIS, *Vizio della volontà e clausole di stile*, in *Giur. it.*, IV, 1987, c. 320 ss.; S. PARDINI, *Le clausole di stile nei negozi* mortis causa, in *Riv. not.*, 1989, p. 1101 ss.

Per un ampio contributo recente, cfr. T. BONAMINI, *Premesse al contratto e clausole di stile*, Napoli, 2017.



in una mera formula, ripetuta acriticamente, come talvolta accade in sede di pubblicazione di un testamento olografo.

Ebbene, pur accogliendo il rilievo secondo il quale, non sempre, l'intento dell'acquiescente mira alle conseguenze che, su di esso, si ripercuotono, non si può negare come tale volontà si distingua, comunque, quale tratto caratteristico di questa fattispecie, giacché, in sua assenza, o nell'ipotesi di sua totale irrilevanza, dovrebbe concludersi, ancóra una volta, nel senso della natura di mera cifra stilistica, e, quindi, di figura non ascrivibile nemmeno alla categoria del fatto giuridico. Chi reputa l'acquiescenza un semplice fatto giuridico [40], sembra negarne, semplicemente, la riconducibilità nell'insieme dei negozî giuridici, quale autoregolamento di interessi privati, dimenticando che la medesima figura del negozio giuridico è, a sua volta, niente meno che una specificazione dell'atto giuridico.

Talvolta, l'acquiescente intende raggiungere proprio quegli esiti, che si verificano in concreto. Altre volte, alla volontà di rispettare un determinato testamento, per come esso si presenta, debbono ricollegarsi conseguenze ulteriori, non necessariamente volute dall'agente, ma, non per questo, avulse dall'intento che ne ha mosso lo spirito. Potrebbe, pertanto, ritenersi che, tenendo ferma la necessaria presenza di una volontà tesa alla produzione di determinati effetti, a questa si accompagni una volontà implicita, e prodromica (a modo di esempio, l'acquisto della qualità di erede), giacché, in sua assenza, non sarebbe configurabile alcuna conseguenza. A ogni modo, volontà e consapevolezza si elevano a tratto caratteristico, in grado di contrassegnare, in codesta fattispecie, quanto meno, i lineamenti dell'atto giuridico [41], ché, senza un'azione volontaria e consapevole non potrebbe esservi effettiva acquiescenza, e non potrebbero determinarsi ripercussioni degne di rilievo, nella sfera dell'acquiescente. Una volontà, in questo caso, diretta a cristallizzare i desiderî del testatore, dandovi attuazione, e dismettendo qualsivoglia potere di impugnazione, nei confronti della scheda testamentaria.

Scendendo più nel dettaglio, in alcuni casi l'acquiescenza sembrerebbe riconducibile alla figura del negozio giuridico, peculiare specificazione dell'insieme definito dall'atto giuridico. Nella maggioranza dei casi, invece, è d'uopo concludere per la natura di atto giuridico in senso stretto, vale a dire quella categoria, di approfondimento dottrinale, che pare essere stata trascurata da chi ha ricondotto, perentoriamente, il peculiare istituto in

[40] In questo senso, v., ancóra, A. BULGARELLI, *op. cit.*, p. 482.

[41] V., nel medesimo senso, E. MINOLI, *op. cit.*, p. 49.



esame alla *species* del fatto giuridico [42]. A differenza del negozio giuridico, nell'atto giuridico *stricto sensu* (di cui, per giunta, è tutt'altro che pacifica la definizione [43)] quella consapevolezza, e volontarietà, già tipiche dell'atto giuridico, rimangono, in parte, confinate al comportamento tenuto dall'agente, mentre sbiadiscono, al cospetto degli effetti prodotti [44], pur tipizzati dalla legge. Questi, infatti, si realizzano, non tanto in maniera difforme dalla volontà dell'agente, quanto, piuttosto, a prescindere dalla medesima [45]. La volontà, presupposto dell'atto, rimane estranea alla sua struttura. In presenza di un atto di acquiescenza, ci si potrebbe trovare al cospetto di una peculiare forma di atto giuridico in senso stretto, ove, appurato il rilievo della volontà dell'agente, e la consapevole accettazione dell'altrui testamento, nella forma e sostanza in cui esso si presenta, si determinano effetti tipici, pur in mancanza di un atto tipico [46]. Lo si è già rammentato, una atipicità

---

[42] M. F. HERCOLANI, *op. cit.*, p. 242, apre proprio a questa possibilità, senza, tuttavia, prendere posizione apertamente.

[43] Si consideri che, secondo F. SANTORO-PASSARELLI, voce *Atto giuridico*, cit., p. 205, gli atti giuridici in senso stretto sono tutti gli atti giuridici diversi dai negozî, senza che sia possibile scorgere, al loro interno, un'ulteriore classificazione.

[44] Per una chiara, e sintetica, definizione di atto giuridico in senso stretto, v. F. GAZZONI, *Manuale di diritto privato*, Napoli, 2019, XIX ed., p. 84 ss.

[45] Secondo V. ROPPO, *Il contratto*, Milano, 2011, II ed., p. 69, «il negozio è manifestazione di volontà diretta a produrre effetti giuridici conformi alla volontà stessa. A contrariis, sono atti non negoziali gli *atti non volontari*; e inoltre gli *atti volontari in cui la volontà non è diretta a produrre conformi effetti giuridici*, o comunque in cui gli effetti si producono a prescindere dalla volontà stessa: l'atto funziona come semplice presupposto fattuale, cui si ricollegano gli effetti stabiliti dalla legge in totale indipendenza dal se e dal come tali effetti corrispondano alle rappresentazioni e alla volontà dell'autore».

Secondo la più recente interpretazione, inoltre, il negozio giuridico si caratterizzerebbe, su tutto, per l'autonomia di cui è dotato, da intendersi quale autoregolamento di interessi tra privati, ovvero un regolamento impegnativo, per il quale «già la sua fattispecie, prima ancora che il suo effetto, prescrive un regolamento impegnativo, il quale, rafforzato che sia dalla sanzione del diritto, è destinato ad assorgere a precetto giuridico. In altre parole la fattispecie a cui si ricollegano gli effetti giuridici contiene un precetto dell'autonomia privata il cui riconoscimento da parte dell'ordinamento giuridico configura essenzialmente un fenomeno di recezione. Tutto ciò non si riscontra invece nell'atto non negoziale, nel quale l'autonomia privata è limitata alla scelta del mezzo offerto dalla legge, cioè della fattispecie legale». Così, sinteticamente, P. CISIANO, voce *Atto giuridico*, in *Dig. disc. priv. Sez. civ.*, agg. I, Torino, s. d., ma 2003, p. 151.

Cfr., infine, M. SEGNI, *Autonomia privata e valutazione legale tipica*, Padova, 1972, p. 124, il quale afferma che: «si avrà […] un autoregolamento di interessi quando il comportamento, per produrre effetti giuridici, deve necessariamente essere sorretto da una siffatta valutazione. Quando invece la legge ricolleghi determinate conseguenze a un atto volontario, senza richiedere però che una tale volizione sia necessariamente presente, il contegno esulerà dall'ambito dell'autonomia privata, e sarà perciò riconducibile alla categoria dell'atto in senso stretto».

[46] F. GAZZONI, *Manuale di diritto privato*, cit., p. 84 e 86, afferma la necessaria tipicità, non soltanto degli effetti giuridici, bensì anche degli stessi atti giuridici in senso stretto. Nel medesimo senso, v., quanto



apparente, che trova, invece, conforto nella considerazione sociale, che ne è derivata, e che ha determinato la sussunzione della stessa acquiescenza, quanto meno per gli effetti da essa dipendenti, in àmbiti normativi già definiti [47].

Seguendo codesto sentiero, l'acquiescenza non potrebbe essere considerata un autoregolamento di interessi privati [48], fonte cosciente e diretta degli effetti giuridici che da essa dipendono, precludendo, pertanto, la sua sussunzione tra i negozî giuridici, come individuati dall'opinione prevalente in dottrina. Ci si troverebbe al cospetto di un «mero presupposto di effetti giuridici», e non quel peculiare «autoregolamento impegnativo», caratteristico del negozio giuridico [49]. I suoi effetti sono, comunque, definiti dall'ordinamento, e di ciò ne è testimone la conseguente possibilità di trascrizione, pur limitata ad alcune, peculiari, ipotesi. In virtù della trascrizione, infatti, l'acquiescenza diviene veicolo (innominato, per l'ordinamento giuridico vigente) di strumenti tipici, e impiegato per consolidare l'efficacia di un dato testamento, con l'accoglimento della sua portata.

Così, a modo di esempio, il legittimario leso nei suoi diritti di riserva, prestando acquiescenza al testamento, può rinunziare, implicitamente [50], all'azione di riduzione, a lui spettante, in forza degli artt. 553 ss. cod. civ. Del pari, il soggetto legittimato a far valere una causa di invalidità del testamento, è in grado di dismettere tale facoltà, ai sensi dell'art. 590 cod. civ. In entrambe le ipotesi – come anche nel caso di semplice pubblicazione di testamento – e in presenza di delazione ereditaria, potrebbero delinearsi, altresì, i contorni di un'accettazione tacita dell'eredità (art. 476 cod. civ.), anche se i dubbî al riguardo sono tutt'altro che inconsistenti.

Certo, in queste ipotesi si propone, spesso, un interrogativo di fondo, vale a dire quale sia il motivo capace di suggerire l'impiego dell'acquiescenza, in luogo di altri istituti

---

meno, A. TRABUCCHI, *Istituzioni di diritto civile*, a cura di G. Trabucchi, Padova, 2019, XLIX ed., p. 103 ss. A tal proposito, v., *infra*, in questo paragrafo.

[47] Pur riferita alla materia contrattuale, è sempre convincente la profonda analisi offerta da R. SACCO, *Autonomia contrattuale e tipi*, in *Riv. trim. dir. e proc. civ.*, 1966, p. 785 ss. In particolare, rammentato il superamento, a opera del Codice civile del 1942, della dicotomia «contratti nominati-innominati», alla quale è stata preferita quella dei «contratti appartenenti-non appartenenti ai tipi che hanno una disciplina particolare», rimane assai utile il riferimento a quei contratti tipizzati socialmente, o di matrice giurisprudenziale, riflessione che pare suscettibile di agevole estensione anche al, più ampio, àmbito definito dal concetto di negozio giuridico.

[48] Così, di nuovo, P. CISIANO, *op. cit.*, p. 151.

[49] È questa la posizione di F. SANTORO-PASSARELLI, voce *Atto giuridico*, cit., p. 207, con riferimento alla distinzione tra atto giuridico, e atto di autonomia privata.

[50] Non si tratta, propriamente, di rinunzia tacita, dal momento che vi è, pur sempre, una manifestazione di volontà. Epperò, tale rinunzia non è espressa, ma può essere desunta dal contegno, e dalle dichiarazioni, dell'agente, tanto da determinare una fattispecie, per l'appunto, *implicita*, piuttosto che *tacita*.



giuridici, già definiti dal dettato normativo, o dall'interpretazione offerta da dottrina e giurisprudenza, senza che sia possibile scorgere alcuna aggiunta rispetto a essi. Istituti giuridici, questi ultimi, dei quali vengono ripresi, generalmente in maniera acritica, i tratti essenziali, e determinanti i medesimi effetti auspicati per il tramite dell'acquiescenza, la quale rimane senza apparente giustificazione. Proprio per tale motivo, l'asservimento di tale strumento alle necessità del singolo rimane, sovente, privo di ragioni condivisibili, o, quanto meno, chiare.

A ogni modo, occorre esaminare ulteriormente la proposta classificazione all'interno degli atti giuridici in senso stretto, siccome, secondo una diffusa opinione dottrinale, sembrerebbe doversi propendere per la tipicità di tale categoria [51]. Qualora si accogliesse una simile conclusione, sarebbe alquanto dubbia la sussunzione dell'acquiescenza entro i confini segnati per gli atti giuridici *stricto sensu*, giacché questa fattispecie si propone per un'essenza tutt'altro tipica, non soltanto nella forma. Per un verso, accogliendo la necessaria tipicità degli atti giuridici in senso stretto, la figura dell'acquiescenza al testamento sarebbe, giocoforza, svilita a mera modalità di manifestazione di uno di quei negozî giuridici che, solitamente, vengono chiamati in causa, per gli effetti dipendenti dal suo impiego [52]. Così facendo, si negherebbe rilievo al preteso accoglimento delle ultime volontà del testatore, ovvero quel tratto caratterizzante l'acquiescenza, anche per come questa si è affermata nella prassi, e per come è stata esaminata dalla giurisprudenza.

Per altro verso, occorre rilevare l'assenza, nel Codice civile vigente, di un'esplicita qualificazione, e della conseguente elencazione, degli atti giuridici in senso stretto, come, del pari, manca un aperto divieto nei confronti degli atti unilaterali atipici, a differenza di quanto statuito, dall'art. 1987 cod. civ., nei confronti delle promesse unilaterali atipiche. Cionondimeno, pare difficile negare la tipicità degli effetti ingenerati da codesto peculiare atto, che si intende qualificare "giuridico in senso stretto", e ciò a prescindere dalle modalità concrete nelle quali vengono prodotti [53]. Si badi, non si intendono abbattere le colonne del tempio, insinuando il germe della specialità in una materia così ampia, quale quella relativa all'atto giuridico. A muovere, è il semplice desiderio di sco-

---

[51] Cfr., *supra*, nota 46.

[52] Questi, lo si rammenta ancóra una volta, possono essere così individuati, non certo senza dubbî: accettazione di eredità, rinunzia all'azione di riduzione, conferma, o volontaria esecuzione, di disposizioni testamentarie nulle. Si tratta, peraltro, di istituti giuridici capaci di manifestarsi in diverse forme, e che non richiedono affatto una dichiarazione espressa in tal senso, potendo essere desunti, implicitamente, anche da un complessivo contegno.

[53] Secondo F. GAZZONI, *Manuale di diritto privato*, cit., p. 86, dovrebbe riconoscersi un vincolo inscindibile tra la tipicità degli atti giuridici in senso stretto e gli effetti che da essi possono scaturire.



vare le disposizioni normative applicabili a una figura così particolare, come quella definita dall'atto di acquiescenza al testamento.

Ebbene, anche qualora si rifiutasse, per gli atti giuridici *stricto sensu*, quel principio di autonomia scolpito, per il contratto, nell'art. 1322 cod. civ., ed esteso, in virtù dell'art. 1324 cod. civ., agli atti giuridici unilaterali tra vivi, aventi contenuto patrimoniale [54], si potrebbe ugualmente considerare l'acquiescenza alla stregua di strumento utile a sorreggere atti e negozî tipici, benché per il tramite di modalità e manifestazioni atipiche. Ciò significa che deponendo, rigidamente, per il *numerus clausus* degli elementi rientranti in questa categoria, si potrebbe evitare di scomodare un'improbabile, ed eccezionale, deroga a un simile principio, scomponendo l'acquiescenza al testamento nei minimi termini, quale sommatoria di atti tipici, talvolta dotati di natura negoziale. Il minore rilievo, nella prospettiva teorica-generale, che, così, sarebbe riservato all'acquiescenza al testamento, permetterebbe, al contempo, di continuare a riconoscere il significato pratico che essa riveste nella prassi.

Al lume di quanto osservato, e spinti dalla necessità di assumere un criterio interpretativo capace di fregiarsi di una portata, per quanto possibile, generale, e non limitata al singolo caso, pare d'uopo escludere l'ascrizione dell'acquiescenza al testamento alla categoria dei fatti giuridici, per le motivazioni appena proposte, e inerenti, su tutto, alla volontà, e alla consapevolezza, che si riscontrano nel soggetto agente. L'acquiescente, di regola, intende accettare il testamento, e, in generale, la successione ereditaria, per come essa è stata espressamente definita, rispettando le ultime volontà dell'ereditando.

Da altra prospettiva, e decidendo di non limitarsi a considerare l'acquiescenza quale mera sommatoria di altri istituti, che in essa vengono raccolti ed esplicitati, pare possibile ricondurre la sua essenza all'insieme degli atti giuridici in senso stretto. Ciò avverrebbe, naturalmente, a discapito della riconduzione dell'acquiescenza, in ogni circostanza, nella categoria dei negozî giuridici. Non sempre, infatti, è possibile scorgervi quella volontà, diretta alla produzione degli effetti ricercati, o quell'autoregolamento di interessi privati, che, secondo lo scolio interpretativo consolidatosi attorno a codesta figura, sarebbero caratteristici del solo negozio giuridico [55]. Sovente, lo spirito, che muove l'acquiescente, si fonda sulla necessità, su tutto morale, di rispettare determinate disposi-

[54] Circa tale profilo, v., *infra*, § 6.

[55] Secondo E. BETTI, voce *Negozio giuridico*, in *Enc. it. scienza, lettere ed arti*, vol. XXIV, Roma, s.d., ma 1934, p. 505 ss., carattere generale del negozio giuridico «è la conformità degli effetti giuridici dell'atto alla coscienza che di solito lo accompagna e alla volontà che normalmente lo determina».



zioni testamentarie, esigenza dalla quale derivano risultati giuridici dalle fattezze differenti, anche alla luce dei diversi presupposti, dai quali prendono avvio.

Nulla esclude che talune, forse numerose, ipotesi di acquiescenza possano essere reputate fattispecie negoziali, in quanto effettivi atti di autonomia privata, con i quali il privato regola, liberamente, i proprî interessi, al fine della produzione degli effetti sperati [56]. In tali eventualità, l'acquiescenza potrebbe essere reputata alla stregua di un fenomeno, non già degno di autonoma considerazione, bensì mera forma asservita all'ausilio di altri strumenti negoziali, che trovano, in essa, il veicolo per manifestarsi a terzi. Si potrebbe, altresì, considerare l'atto di acquiescenza quale sommatoria di negozî giuridici, capace di manifestare, in maniera assai sintetica, il complesso insieme di intenzioni dell'acquiescente, nei riguardi di un dato testamento. Le espressioni, ampie e, in vero, piuttosto generiche, asservite all'impiego dell'acquiescenza ben potrebbero, infatti, serbare, e conseguentemente manifestare, l'effettivo intento di rispettare integralmente le altrui ultime volontà, siano esse inficiate da cause di invalidità, o lesive di taluni dei diritti spettanti all'acquiescente.

Per altro verso, e a prescindere dall'effettiva volontà del dichiarante, è difficile negare che, in presenza dell'atto di acquiescenza, si possano, in ogni caso, verificare alcune conseguenze, già compiutamente definite dalla legge, e al cospetto delle quali l'atto di acquiescenza – da intendersi, ora, quale atto giuridico in senso stretto – è condizione necessaria e sufficiente per il loro prodursi. Si badi, il timore riservato nei confronti dell'atipicità degli atti unilaterali sbiadisce in presenza di ciò che, servendosi di una riflessione già proposta in dottrina, non influisce nell'altrui persona [57]. A ben vedere, i profili derivanti dall'acquiescenza coinvolgono direttamente il solo soggetto agente, che regola e definisce situazioni giuridiche incerte, inerenti ai profili di sua competenza, attribuendo loro stabilità, e precludendosi, per il futuro, la possibilità di comportamenti contrarî a quanto già manifestato. Non vi è, infatti, alcuna intrusione nella sfera giuridica degli altri soggetti interessati alla successione di riferimento, siccome, tutt'al più, sarà

[56] Così, v. F. SANTORO-PASSARELLI, voce *Atto giuridico*, cit., p. 206 e 208 ss., là dove è precisato che, a seconda delle circostanze, taluni atti possono assumere la natura di atto giuridico in senso stretto, oppure quella di negozio giuridico. Secondo codesta, illustre, opinione, l'elemento distintivo, per ipotesi assai simili tra loro, coinciderebbe con la dispositività dell'atto di riferimento, tant'è che, in presenza di tale tratto caratteristico, si dovrebbe concludere per la natura negoziale di tale atto, mentre, in sua assenza, per quella di atto giuridico in senso stretto.

[57] V., in particolare, V. ROPPO, *op. cit.*, p. 27 ss., il quale propone una distinzione tra atti unilaterali "intrusivi", e "non intrusivi".



possibile scorgere un mero contatto empirico, piuttosto che giuridico [58]. Potranno, infatti, prodursi effetti, capaci di incidere nell'altrui persona, soltanto in maniera indiretta.

Simili considerazioni, senz'altro più vicine alle finalità proprie della teoria generale del diritto, sono, in vero, utili anche nell'indagine concreta dedicata all'acquiescenza al testamento, giacché la sua classificazione all'interno di un determinato insieme, piuttosto che di un altro, ha sicuro e immediato rilievo, anche nell'individuazione della disciplina applicabile. Si pensi, a modo di esempio, al diverso significato che assumerebbero la volontà, e la capacità di agire, dell'acquiescente, nel caso in cui l'acquiescenza sia reputata un atto giuridico in senso stretto, piuttosto che un fatto, o un negozio giuridico.

5. – Esaminata la possibile natura giuridica dell'atto di acquiescenza al testamento, anche alla luce delle ragioni pratiche, che ne suggeriscono l'impiego, quelle medesime ragioni, a loro volta, si rannodano a esigenze di certezza dei rapporti giuridici, e, in particolare, all'opportunità di trascrivere l'acquiescenza, per gli effetti che ne discendono. Secondo l'opinione tradizionale, il regime della trascrizione si fonda sulla tassatività dei casi in cui essa può essere impiegata, come pare desumibile dagli artt. 2643 ss. cod. civ. Codesto principio, in vero, è stato messo in dubbio dalla più recente dottrina [59], maggiormente incline al riferimento a una *tipicità*, piuttosto che *tassatività*, delle ipotesi di trascrizione.

Senza addentrarsi ulteriormente in tali profili, si presenta l'opportunità per alcuni spunti di riflessione, considerato che, appurate le incertezze interpretative, in relazione alla vera natura giuridica dell'acquiescenza al testamento, è, altresì, necessario rilevare come, nella prassi, questo atto venga effettivamente trascritto, e, all'apparenza, senza problemi di sorta [60]. Si badi, la semplice acquiescenza non pare in grado di reggere la tra-

---

[58] L'accettazione di eredità da parte di un chiamato può precludere, ad altri, l'assunzione della qualità di erede, ma ciò rileva da una prospettiva unicamente di fatto, impedendo la delazione ereditaria, nei confronti dei soggetti diversi dall'accettante. Per tale motivo, secondo V. ROPPO, *op. cit.*, p. 28, l'accettazione di eredità deve, comunque, essere considerata per la sua caratteristica di atto giuridico "non intrusivo".

[59] A tal riguardo, si veda la chiara sintesi offerta da R. TRIOLA, *Art. 2643 – Atti soggetti a trascrizione*, in *Comm. cod. civ.*, dir. da E. Gabrielli, *Della tutela dei diritti. Artt. 2643 – 2783* ter, a cura di G. Bonilini e A. Chizzini, Torino, 2016, p. 5 ss. Cfr., altresì: G. PETRELLI, *L'evoluzione del principio di tassatività nella trascrizione immobiliare. Trascrizioni, annotazioni, cancellazioni: dalla "tassatività" alla "tipicità"*, Napoli, 2009; A. BIZZARRO, *Sul superamento del principio di tassatività della trascrizione*, in *Rass. dir. civ.*, 2010, p. 918 ss.

[60] Tale possibilità è stata confermata, tra gli altri, da un provvedimento dell'Agenzia delle Entrate: la Circolare n. 128, del 2 maggio 1995, che ha precisato le modalità pratiche, e i relativi codici, con i quali è



scrizione, ma ne può essere comunque soggetta, a guisa di veicolo, utile al fine di dare pubblicità a taluni effetti, che da essa dipendono. Effetti che, pertanto, compenetrano l'essenza dell'atto di acquiescenza, e ne puntellano l'impiego pratico.

È stato rilevato [61] come l'acquiescenza, di per sé, non possa considerarsi atto trascrivibile, in quanto non espressamente prevista dalla legge tra gli atti passibili di trascrizione, e non rientrante nel relativo elenco, custodito nel Libro sesto del Codice civile [62]. Nondimeno, nella prassi, dall'acquiescenza dipendono diverse possibilità di trascrizione, dovute ai molteplici effetti che possono scaturirne. Si badi, se anche si deponesse in senso contrario alla trascrizione dell'atto di acquiescenza, non se ne potrebbe, comunque, negare l'esistenza, la quale si dimostrerebbe, a ogni modo, foriera di conseguenze rilevanti per l'ordinamento giuridico vigente. Sono proprio tali effetti, dunque, ad assumere interesse, nella prospettiva della trascrizione, anche se, talvolta, non è agevole distinguere le reali intenzioni di chi abbia prestato acquiescenza a un determinato testamento. E così, a tale difficoltà si accompagna l'interrogativo circa l'adempimento pubblicitario più adeguato, e che sarebbe auspicabile impiegare, al cospetto di tale fattispecie.

Sovente, l'acquiescenza si accompagna alla pubblicazione del testamento, al quale inerisce, per consolidarne gli effetti, unitamente alla trascrizione del relativo verbale. Ciò avviene, a modo di esempio, là dove il testamento stesso determini un acquisto, a titolo di legato, rilevante ai sensi del combinato disposto degli artt. 2648 e 2643 cod. civ., oppure qualora lo si accompagni a una espressa accettazione di eredità, la quale, per giunta, nel caso di accettazione con beneficio di inventario, non richiede, ai fini della trascrizione, la presenza di beni immobili all'interno dell'asse ereditario [63]. In tale ipotesi, in mancanza di una chiara intenzione al riguardo, la trascrizione del verbale di pubblicazione del testamento, pur comprendente la relativa acquiescenza, potrebbe non essere sorretta da circostanze differenti, rispetto all'acquisto *mortis causa*, precludendo ulteriori adem-

---

concesso trascrivere l'acquiescenza al testamento, nelle forme che saranno presto esaminate. Un contributo di tal genere, non fornisce affatto basi giuridiche sicure, ma si rivela utile nel riconoscimento pratico di taluni strumenti impiegati, assai frequentemente, nella prassi negoziale.

[61] Cfr., di nuovo, la Circolare n. 128/1995 dell'Agenzia delle Entrate, e, in particolare, quanto precisato al § 5.7.

[62] Per una critica a tale impostazione, v., nuovamente, i riferimenti bibliografici svolti, *supra*, nota 59.

[63] Come è noto, il capoverso dell'art. 484 cod. civ. impone, in presenza di accettazione di eredità con beneficio di inventario, la sua trascrizione «presso l'ufficio dei registri immobiliari del luogo in cui si è aperta la successione». Nell'ipotesi in cui l'accettazione in esame comporti, altresì, l'acquisto di alcuni dei diritti enunciati dall'art. 2643 cod. civ., e, precisamente, secondo quanto racchiuso nei relativi nn. 1, 2 e 4, occorrerà procedere a una seconda trascrizione, ai sensi dell'art. 2648 cod. civ., presso l'ufficio dei registri immobiliari del luogo in cui si trovano gli immobili.



pimenti pubblicitari. La dichiarazione di acquiescenza, contenuta in tale atto, anche se trascritto, rivelerebbe, nella sostanza, la propria natura di mera formula di stile, insuscettibile di trascrizione autonoma, e incapace di ingenerare effetti di sòrta.

Alla medesima conclusione si potrebbe giungere, lo si riconosceva poc'anzi, nell'ipotesi in cui l'acquiescenza al testamento si accompagni all'accettazione espressa di eredità. Ebbene, anche in tale eventualità, e in assenza di intenzioni ulteriori, diverse dall'acquisto ereditario, la dichiarazione di acquiescenza non rivestirebbe alcun significato proprio, risolvendosi, ancóra una volta, in una semplice cifra stilistica, incapace di determinare autonome conseguenze. Eppure, deve essere rilevato come, nella maggioranza dei casi, l'atto di acquiescenza si appoggi proprio alla pubblicazione del testamento, o all'accettazione di eredità, giovandosi della loro portata, al fine di produrre i peculiari effetti, auspicati da chi ne suggerisce l'impiego, e a questi intrinsecamente correlati, ché, altrimenti, codesta fattispecie non avrebbe ragione di esistere, nemmeno apparente.

Ebbene, il legame dell'acquiescenza, con gli istituti giuridici richiamati in sede di sua trascrizione, in alcuni casi si rivela assai incerto. Secondo una prassi, in vero non molto diffusa, l'acquiescenza al testamento sarebbe, infatti, in grado di determinare, autonomamente, l'accettazione tacita (o financo espressa) dell'eredità alla quale inerisce [64]. Ciò avverrebbe, là dove l'acquiescenza stessa provenga da un soggetto chiamato per legge, o per testamento, che manifesti l'intenzione di rispettare le ultime volontà del testatore, così accogliendo, secondo questa peculiare opinione, la delazione ereditaria.

Si badi, la compresenza di delazione ereditaria e atto di acquiescenza al testamento, non sembrano, di per sé, sufficienti a determinare l'acquisto ereditario, permettendo la trascrizione del relativo atto, a guisa di accettazione di eredità. In taluni casi, l'acquiescenza si sostanzia in una semplice previsione stilistica, non sorretta da alcun intento ulteriore, rispetto a quello relativo alla pubblicazione del testamento al quale si accompagna. In altri casi, invece, non è affatto chiaro l'intento dell'acquiescente. A ogni modo, volendo scorgere uno di quegli atti, che presuppongono la volontà di accettare, e che l'agente «non avrebbe il diritto di fare se non nella qualità di erede», integranti accettazione tacita, ai sensi dell'art. 476 cod. civ. [65], sarebbe necessaria una profonda, e, per cer-

[64] La già rammentata Circolare n. 128/1995 annovera, tra i codici che possono essere impiegati al fine della trascrizione dell'acquiescenza, quello relativo all'accettazione tacita (cod. 303), e quello per l'accettazione espressa di eredità (cod. 302).

[65] In tal senso si è, peraltro, pronunciato l'*Ufficio studi* del Consiglio Nazionale del Notariato, in data 14 maggio 2009, in risposta al Quesito n. 214-2009/C, pel tramite un documento, di certo non in grado di orientare l'opinione dottrinale, ma che si dovrebbe presentare quale utile riferimento pratico, nelle esitazio-



ti versi, piuttosto ardita, opera di interpretazione, giacché la manifestazione della volontà di rispettare un dato testamento non sembra determinare, giocoforza, l'acquisto ereditario. Pare, infatti, tutt'altro che agevole rilevare tale circostanza nella semplice acquiescenza al testamento, vale a dire un atto, spesso, dal significato neutro, che non viene spontaneamente impiegato dal comune consociato, e che, nonostante le sue antiche radici, non sembra trovare spazio nella coscienza collettiva. Si tratta, piuttosto, di uno strumento imbastito, e suggerito, da chi dovrebbe essere provvisto di particolari competenze giuridiche; soggetti che, proprio per tale motivo, dovrebbero preferire strumenti tipici, capaci di esprimere, senza incertezze, le intenzioni dell'interessato, e di reggere le conseguenze che ne derivano.

L'acquiescenza al testamento può, pertanto, risultare utile, al fine di manifestare, in maniera formale, il rispetto delle altrui volontà, senza che ciò determini – *rectius*: senza

---

ni della professione. Nel contributo in esame, la categoria notarile ha affermato l'opportunità (se non, addirittura, la necessità) di procedere con la trascrizione dell'accettazione tacita di eredità (art. 476 cod. civ.), in virtù dell'atto di acquiescenza, là dove esso provenga da un legittimario leso nelle sue ragioni. Ne rimarrebbe esclusa l'acquiescenza al testamento derivante da un legittimario pretermesso, in quanto soggetto non destinatario della delazione ereditaria. Ebbene, nella risposta al quesito in esame, l'atto di acquiescenza viene, per l'appunto, dipinto quale fattispecie «che presuppone necessariamente la volontà di accettare da parte del legittimario leso», con la precisazione che, in tal caso, «il chiamato ha il diritto di compiere un simile atto proprio in virtù della delazione in suo favore alla successione di cui si tratta». Epperò, lo si ripete, tali conclusioni non paiono persuasive, quanto meno per due ordini di motivi. In primo luogo, non è sempre possibile scorgere, nell'acquiescenza al testamento, quel *quid* ulteriore, consistente nella volontà di accettare l'eredità. Tale ultima circostanza è richiesta dall'art. 476 cod. civ., eppure, in questo caso, si deve fare riferimento a un (meno specifico) intento: il rispetto delle ultime volontà del testatore, che non pare in grado di escludere una eventuale rinunzia all'eredità, da parte dell'acquiescente.

In secondo luogo, così facendo, si determinerebbe un'ingiustificata disparità di trattamento, tra la posizione del legittimario pretermesso, e quella del legittimario che risulti semplicemente leso nelle sue ragioni, in virtù, non tanto di effettive differenze, in relazione all'attività giuridica svolta, bensì, semplicemente, in ragione della presenza della delazione ereditaria, circostanza che, nel caso del legittimario pretermesso, è soltanto potenziale. Si badi, con ciò deve essere, comunque, tenuta ferma l'opinione, tuttora maggioritaria, e assai condivisibile, che scorge la delazione ereditaria, nei confronti del legittimario pretermesso, soltanto a séguito del vittorioso esperimento dell'azione di riduzione, posizione per la quale si rinvia a: F. SANTORO-PASSARELLI, *Dei legittimari*, in *Comm. cod. civ.*, dir. da M. D'Amelio e E. Finzi, *Libro delle successioni per causa di morte e delle donazioni*, Firenze, 1941, p. 272; L. CARIOTA FERRARA, *Le successioni per causa di morte*, vol. I, *Parte generale*, t. II, *Le specie. I soggetti*, Napoli, s. d., ma 1977 (rist. Napoli, 2011), p. 176 ss.; L. MENGONI, *op. cit.*, p. 43 ss. (cfr., inoltre, più sinteticamente, G. CAPOZZI, *Successioni e donazioni*, Milano, 2015, IV ed. a cura di A. Ferrucci e C. Ferrentino, t. I, p. 398 ss.; per un'opinione contraria, v., invece, A. CICU, *Le successioni. Parte generale. Successione legittima e dei legittimari. Testamento*, Milano, 1947, p. 218 ss.).

Pertanto, la semplice, ed effettiva, presenza della vocazione ereditaria non pare in grado di incidere, in maniera così profonda, nelle differenti posizioni, che può assumere il legittimario pretermesso, o semplicemente leso, giacché, in entrambi i casi, le intenzioni del legittimario potrebbero risultare coincidenti, a prescindere dall'attualità della delazione ereditaria.



che ciò sia in grado di determinare – alcuna accettazione di eredità, nemmeno in forza del rammentato art. 476 cod. civ. Altro è la dichiarazione di acquiescenza, e altro è la volontà di accettare l'eredità. L'atto di acquiescenza, infatti, può essere impiegato anche da colui il quale non risulti chiamato all'eredità [66], ma che intenda esprimere, in maniera solenne, la propria adesione a un dato testamento, dismettendo ogni eventuale pretesa nei suoi confronti. È lo stesso tenore letterale dell'art. 476 cod. civ. a dimostrare l'incompatibilità dell'acquiescenza al testamento, con l'istituto giuridico dell'accettazione tacita dell'eredità, giacché, altrimenti, dovrebbe concludersi per una legittimazione attiva spettante soltanto ai destinatari della delazione ereditaria. Al contrario, la prassi (in questo frangente, senza dubbio condivisibile) ammette l'acquiescenza anche da parte di altri soggetti, escludendo la riconducibilità dello strumento in esame all'ampio insieme di atti tratteggiato dall'art. 476 cod. civ., e determinanti accettazione tacita di eredità.

Per altro verso, l'acquiescenza al testamento, pur non determinando, *recta via*, accettazione di eredità, può affiancarsi a quest'ultima, e, in tal caso, occorrerà indagare l'effettiva portata di una simile dichiarazione. Ebbene, in questa eventualità, all'acquiescenza al testamento occorrerebbe riservare un significato ulteriore, rispetto all'acquisto ereditario, dalla portata quanto mai incerta. Nel caso in cui, nell'acquiescenza al testamento, si dovesse scorgere un'accettazione di eredità, tale atto dovrebbe, presumibilmente, serbare una volontà ulteriore, giacché, altrimenti, non si dimostrerebbe portatore di alcun significato autonomo. Qualora, infatti, l'acquisto ereditario fosse l'unico effetto ingenerato da tale atto, ci si troverebbe, più propriamente, al cospetto di una vera e propria accettazione espressa di eredità, compiuta per il semplice tramite di espressioni inconsuete – *acquiescenza* alle disposizioni testamentarie –, differenti da quelle suggerite dal Codice civile – *accettazione* dell'eredità –, ma determinanti il medesimo risultato: l'acquisto della qualità di erede.

È per tali motivi, che, frequentemente, l'acquiescenza nasconde, nei fatti, finalità, e conseguenze, differenti, dalla sagoma, per certi versi, meno confusa. Tra queste, ben può rientrare la rinunzia all'azione di riduzione, la quale, talvolta, è oggetto di autonoma trascrizione. Nonostante l'assenza di disposizioni di legge capaci di giustificarne l'utilizzo, particolari esigenze, in parte condivisibili, hanno suggerito all'Amministrazione finanziaria il rispetto di tale prassi [67]. Un simile adempimento pubblicitario è, comunque, la-

[66] Ci si figuri, ancóra una volta, l'acquiescenza proveniente da un legittimario pretermesso.

[67] Tenendo ancóra a mente il circoscritto significato giuridico rivestito dal provvedimento in esame, cfr., di nuovo, la Circolare dell'Agenzia delle Entrate n. 128/1995, e, in particolare, il § 5.7.



sciato all'apprezzamento del singolo, e pare, su tutto, sorretto dall'intento di agevolare la circolazione dei beni immobili pervenuti per donazione, o per testamento, nel tentativo di garantirne, almeno in parte, il valore di mercato.

Si badi, codesto peculiare caso di trascrizione, non confortato dalla lettera del Codice civile [68], ma, al contempo, da quest'ultimo nient'affatto vietato, determina un'ipotesi di semplice pubblicità-notizia, in mancanza della quale non possono punto discendere conseguenze sfavorevoli per i soggetti coinvolti. Sono mere ragioni di opportunità, e di maggiore stabilità dei rapporti giuridici, a suggerire la trascrizione dell'azione di riduzione, adempimento pubblicitario di cui, altrimenti, si dovrebbe dubitare. Al cospetto di una rinunzia all'azione di riduzione, non si verificherebbe, infatti, alcun acquisto a causa di morte, come richiesto dall'art. 2648 cod. civ., ovvero la disposizione serbante le principali norme, che governano la trascrizione, in presenza di una successione ereditaria [69].

Un interrogativo, quello relativo alla trascrizione dell'azione di riduzione, che presenta profili, al contempo, teorici e pratici. È stato, peraltro, sostenuto come il suo impiego debba reputarsi ammesso, soltanto accogliendo un particolare giudizio, circa la stessa natura giuridica della successione necessaria (artt. 536 ss. cod. civ.). In particolare, si dovrebbe concordare con la risalente opinione, ormai superata, secondo la quale, all'apertura della successione, il legittimario (pretermesso, e rinunziante all'azione di riduzione) dovrebbe reputarsi comunque destinatario di una delazione, nella quota a lui riconosciuta dalla legge [70]. Ed è proprio per questi motivi, di stretto diritto, che sono assai consistenti i dubbî che avvolgono la trascrizione della rinunzia all'azione di riduzione, fattispecie, comunque, non meramente episodica, nonostante, in molti casi, incapace di determinare quella certezza perseguita per il suo tramite. Codesta rinunzia, di fatti, ben potrebbe provenire soltanto da alcuni dei soggetti legittimati all'esercizio della relativa azione, come individuati dall'art. 557 cod. civ. [71]; a tale rinunzia, inoltre, potrebbero so-

---

[68] Altro è, invece, la trascrizione della domanda di riduzione di donazioni, e disposizioni testamentarie, concessa dall'art. 2652, n. 8, cod. civ.

[69] All'art. 2648 cod. civ., che, a sua volta, si appoggia all'art. 2643 cod. civ., si affiancano, altresì, gli artt. 2660 ss. cod. civ., serbanti le modalità concrete per l'esecuzione di codeste ipotesi di trascrizione.

[70] Per un'efficace sintesi delle principali opinioni, circa la posizione giuridica del legittimario, v., per tutti, G. CAPOZZI, *op. cit.*, t. I, p. 393 ss.

[71] Si consideri che, secondo l'opinione prevalente in dottrina, l'azione di riduzione può essere esercitata anche da parte dei creditori del legittimario, in virtù dell'istituto della legittimazione surrogatoria (art. 2900 cod. civ.). V., in tal senso: F. SANTORO-PASSARELLI, *Dei legittimari*, cit., p. 305; L. FERRI, *Dei legittimari. Art. 536-564*, cit., p. 200; G. TAMBURRINO, voce *Successione necessaria (dir. priv.)*, in *Enc. dir.*, vol. XLIII, Milano, s. d., ma 1990, p. 1369; G. CATTANEO, *La vocazione necessaria e la vocazione legittima*, in *Tratt. dir. priv.*, dir. da P. Rescigno, vol. 5, *Successioni*, t. I, Torino, 1997, II ed., p. 461; V. CARBONE, *Ri-*



pravvenire uno, o più, legittimarî, determinando, così, un negozio dall'efficacia, nei fatti, claudicante.

Non è inutile, da ultimo, rammentare le ombre che si stagliano attorno all'eventuale trascrizione della conferma di disposizioni testamentarie nulle, racchiusa nell'art. 590 cod. civ., vale a dire l'ultima delle concrete possibilità pubblicitarie offerte dall'atto di acquiescenza al testamento. Al pari della rinunzia all'azione di riduzione, manca una disposizione normativa a ciò dedicata, e, pur ammettendone la legittimità – conclusione, anche in questo caso, accolta dalla prassi –, rimane incerto il suo fondamento. Questo dipende, infatti, dalla natura giuridica da riservare alla vicenda confirmatoria descritta dall'art. 590 cod. civ.: autonoma attribuzione patrimoniale, dal carattere *inter vivos*, oppure atto determinante sanatoria [72]. Nel primo caso, la norma di riferimento sarebbe quella offerta nell'art. 2645 cod. civ., mentre, nell'altra ipotesi, occorrerebbe appoggiarsi ai principî custoditi dall'art. 2648 cod. civ.

È da un quadro normativo e consuetudinario così particolareggiato, che deve desumersi come la semplice acquiescenza al testamento, allontanata dalle finalità perseguite pel suo tramite, non possa essere reputata degna di trascrizione, sibbene ciò non ne suggerisca l'inesistenza, e nemmeno la sua inefficacia. Se l'acquiescenza non fosse rilevante per l'ordinamento, il suo utilizzo non sarebbe in grado di determinare alcuna conseguenza, nemmeno in termini di mera trascrizione. Per questi motivi, pur tenendo a mente le riserve, relative alla trascrizione di tali fattispecie (in particolare: la trascrizione della rinunzia all'azione di riduzione, e della conferma di disposizioni testamentarie nulle), pare chiaro come l'atto di acquiescenza al testamento possa essere trascritto, su tutto, in virtù

---

duzione delle donazioni e delle disposizioni testamentarie lesive della legittima, in *Dig. disc. priv. – Sez. civ.*, vol. XVII, Torino, 1998, p. 619; F. FESTI, *Art. 557 – Soggetti che possono chiedere la riduzione*, in *Comm. cod. civ.*, dir. da E. Gabrielli, *Delle Successioni. Artt. 456-564*, a cura di V. Cuffaro e F. Delfini, Torino, 2009, p. 654; A. TULLIO, *L'azione di riduzione. L'imputazione* ex se, in *Tratt. dir. delle successioni e donazioni*, dir. da G. Bonilini, vol. III, *La successione legittima*, Milano, 2009, p. 551.

Per la giurisprudenza, cfr., invece: Cass., 30 ottobre 1959, n 3208, in *Foro it.*, 1960, I, c. 797 ss.; Trib. Parma, 27 aprile 1974, in *Giur. it.*, 1975, I, 2, c. 350; Trib. Cagliari, 14 febbraio 2002, con nota di M. PERRECA, *Considerazioni minime sugli strumenti di tutela dei creditori del legittimario verso la rinunzia tacita alla legittima*, in *Riv. giur. sarda*, 2003, p. 321 ss.; Trib. Lucca, 2 luglio 2007, n. 864, in *Banca dati De Jure*; Trib. Savona, 23 marzo 2019, in *Banca dati De Jure*.

Sia concesso, infine, il rinvio alla recente Cass., 20 giugno 2019, n. 16623, con nota di F. MASTROBERARDINO, *L'esercizio in surrogatoria dell'azione di riduzione. Legittimazione tacita o riconoscimento indiretto?*, in *Fam. e dir.*, 2020, p. 12 ss.

[72] Un'attenta analisi dedicata ai profili della trascrizione della conferma, o volontaria esecuzione, di disposizioni testamentarie nulle è offerta da F. GAZZONI, *La trascrizione degli atti e delle sentenze*, in *Tratt. della trascrizione*, dir. da E. Gabrielli e F. Gazzoni, vol. I, t. II, Torino, 2012, p. 339 ss.



degli effetti che da esso vengono ingenerati, capaci di giustificarne l'impiego, e in questo strumento rinvenienti il veicolo pratico, in grado di reggerne la trascrizione.

6. – Ricollegandosi alla pretesa, e incerta, natura giuridica dell'acquiescenza al testamento, la quale pare doversi includere nell'insieme degli atti giuridici in senso stretto, è d'uopo caratterizzarne ulteriormente i profili, giacché, da tale operazione, dipendono conseguenze nient'affatto trascurabili. Scostandosi, per il momento, dai problemi legati all'eventuale atipicità dell'atto giuridico in senso stretto, si nota come la forma dell'atto di acquiescenza risulti, sostanzialmente, libera, salvo quanto richiesto per la sua eventuale trascrizione [73]. L'acquiescenza è reputata titolo idoneo ai fini della trascrizione, *ça va sans dire*, là dove espressa in forma di atto pubblico, oppure di scrittura privata con sottoscrizione autenticata (art. 2657 cod. civ.). Soltanto in tali eventualità è possibile dare pubblicità ai risultati giuridici conseguiti per il suo tramite.

A ulteriore fondamento di codesta libertà formale, eccezion fatta per le rammentate esigenze pubblicitarie, si può notare come, in parallelo, l'acquiescenza al testamento sia in grado di determinare taluni effetti, tipici di atti per i quali non sono richiesti particolari requisiti di forma. Secondo il Codice civile vigente, infatti, l'accettazione di eredità (in questo caso, tacita), la rinunzia all'azione di riduzione, e la conferma di disposizioni testamentarie nulle possono essere manifestate anche per il tramite di modalità alternative a quella espressa, tanto da potersi adeguare a strutture differenti, quali, per l'appunto, l'acquiescenza al testamento.

Certo, è difficile individuare la disciplina di legge applicabile a codesto peculiare strumento, specie ove si reputi corretta la sua sussunzione nell'insieme degli atti giuridici *stricto sensu*. Questa categoria, infatti, contraddistinta per una genesi meramente dottrinale, non è affatto definita dal Codice civile del 1942, con la conseguenza che non risulta agevole individuare le norme capaci di governarne l'esistenza. A tal riguardo, sono state proposte alcune considerazioni, provenienti dalla migliore dottrina, e che qui possono essere, soltanto brevemente, rammentate [74], pur nella consapevolezza della loro incapacità di giungere a soluzioni univoche, o, quanto meno, ampiamente condivise.

Da un lato, si potrebbe sostenere come le norme dettate per i contratti possano essere

[73] Cfr., *supra*, § 5.

[74] Per una sintetica, ma assai chiara, analisi delle posizioni della dottrina classica, relative alla disciplina dell'atto giuridico in senso stretto, v., ancóra una volta, F. SANTORO-PASSARELLI, voce *Atto giuridico*, cit., p. 211 ss.



applicate, direttamente, anche agli atti giuridici in senso stretto, in virtù del rinvio operato dall'art. 1324 cod. civ. La cui norma, infatti, premesso il necessario giudizio di compatibilità che deve coinvolgere il caso concreto [75], esplicita l'estensione della normativa contrattuale anche agli «atti unilaterali tra vivi aventi contenuto patrimoniale», senza distinguere tra atti negoziali, e atti non negoziali. Avverso tale posizione, vi è chi ha sostenuto come l'art. 1324 cod. civ., in vero, possa essere applicato ai soli negozî unilaterali, escludendo gli atti giuridici non negoziali [76], come sembrerebbe, financo, confermato dai Lavori preparatorî al Codice civile [77]. Da altro lato, e in presenza di *eadem ratio*, è stato affermato il necessario ausilio del procedimento analogico [78], utile al fine di colmare il vuoto legislativo, caratterizzante la disciplina dell'atto giuridico in senso stretto. Ancóra, secondo un'altra illustre opinione, sarebbe opportuno appoggiarsi alle regole dettate per l'atto illecito, da intendersi, *in primis*, quale atto giuridico in senso stretto, pur tenendo ferme le differenti conseguenze dipendenti dalla conclusione di un atto, in questo caso, lecito [79].

Simili considerazioni, fondate su presupposti assai differenti, mirano, da ultimo, al medesimo risultato: inquadrare la disciplina di legge, nei fatti, applicabile agli atti giuri-

---

[75] È evidente come talune disposizioni dettate per i contratti, e implicanti, giocoforza, una pluralità di parti (si pensi, a modo di esempio, alla disciplina delle trattative precontrattuali, delle condizioni generali di contratto, nonché alle ipotesi di recesso e risoluzione del contratto), non possano essere affatto impiegate per la definizione degli atti giuridici unilaterali, ivi inclusi gli atti giuridici *stricto sensu*, quale potrebbe essere considerata l'acquiescenza al testamento.

[76] Si tenga presente come il generico riferimento, operato dall'art. 1324 cod. civ., non distingua tra atti negoziali e atti non negoziali, giacché il Codice civile del 1942 non ha, apertamente, accolto la categoria del negozio giuridico. Per un approfondimento in tema, v., fra tutti, F. GALGANO, voce *Negozio giuridico (dottrine gen.)*, in *Enc. dir.*, vol. XXVII, Milano, s. d., ma 1977, p. 932 ss.

[77] V., in tal senso, F. GAZZONI, *Manuale di diritto privato*, cit., p. 87, e, *ivi*, la casistica riportata, con i relativi riferimenti giurisprudenziali. Si rammenti, altresì, come gli artt. 1321 ss. cod. civ., tra i quali può essere, agevolmente, annoverato proprio l'art. 1324 cod. civ., regolino il contratto, vale a dire una delle principali fattispecie negoziali, che possono essere rinvenute nell'ordinamento giuridico vigente. Circostanza, quest'ultima, che potrebbe determinare la valida esclusione degli atti giuridici in senso stretto dal rinvio operato dall'art. 1324 cod. civ. L'opinione in esame, in vero, è ben più risalente, ed è stata oggetto, a sua volta, di aspre critiche. A tal proposito, si rammenti la posizione assunta da G. MIRABELLI, *L'atto non negoziale nel diritto privato italiano*, Napoli, 1955, *passim*, e, in particolare, p. 35 ss., il quale ha preso spunto da alcuni indizî offerti dal Codice civile. Tra questi: l'art. 1703 cod. civ., che, nel suo riferimento agli "atti giuridici", non può essere limitato ai soli atti negoziali (si pensi, a modo di esempio, al così detto mandato *post mortem exequendum*, il quale, secondo l'opinione prevalente, può essere reputato valido, soltanto se avente a oggetto il compimento di meri atti materiali), nonché l'art. 1334 cod. civ., applicabile anche alle semplici dichiarazioni di scienza.

[78] R. SACCO, voce *Negozio giuridico*, cit., p. 459.

[79] Così, F. SANTORO-PASSARELLI, voce *Atto giuridico*, cit., p. 211 ss.



dici unilaterali, e, in particolare, agli atti giuridici in senso stretto. Pare, dunque, d'uopo accogliere un criterio fondato sulla valutazione della fattispecie, caso per caso, e che, in assenza di specifiche previsioni, si dimostri capace di indicare la disciplina maggiormente in grado di adeguarsi a ipotesi indefinite, proprio come avviene in presenza di un atto dai tratti, quanto meno, insoliti, quale è l'acquiescenza al testamento. In concreto, potrebbe risultare applicabile, per numerosi aspetti, proprio la normativa dettata per i contratti (e, più in generale, per i negozî giuridici), ma non senza una preventiva analisi della fattispecie.

Appoggiandosi ad ulteriori e necessarie classificazioni, per così dire, di sistema, è d'uopo domandarsi se, in questa ipotesi, ci si trovi al cospetto di un atto dalla natura *inter vivos* – tra i presupposti, peraltro, per l'applicazione dell'art. 1324 cod. civ. –, oppure *mortis causa*. Si badi, non si può, specie in questa circostanza, fare affidamento su di una definizione fondata unicamente sulla contrapposizione delle categorie giuridiche in esame – atti *inter vivos*, e atti *mortis causa* – siccome una descrizione meramente comparativa non sembra capace di offrire l'ausilio necessario in simili frangenti. Per di più, occorre rilevare come la valutazione di tali insiemi non corra sui medesimi binarî, non potendo rimanere ancorata a un vicendevole confronto [80], che si dimostrerebbe incapace di cogliere tutte le sfumature, che ne riempiono i contorni.

A ogni modo, dinnanzi a un simile interrogativo, la sfuggevole, indocile, essenza, per la quale si caratterizza l'acquiescenza al testamento, si manifesta, ancóra una volta, al lume dell'eterogeneo contenuto del quale può fregiarsi. Da una prima indagine, è facile rilevare come l'acquiescenza trovi sicura origine in una determinata successione ereditaria. Approfondendone il significato, tuttavia, ciò non è sufficiente a farla rientrare tra gli atti *mortis causa*. In questo caso, l'evento morte non si eleva a causa giustificatrice dell'acquiescenza stessa, e nemmeno a suo elemento funzionale, mostrandosi nelle vesti di semplice condizione di fatto, necessaria per il suo impiego. In altri termini, non vi è

[80] Continua a brillare, per chiarezza, l'insegnamento di G. GIAMPICCOLO, *Il contenuto atipico del testamento. Contributo ad una teoria dell'atto di ultima volontà*, cit., p. 41, secondo il quale «atto *mortis causa* è quello che ha per funzione sua propria di regolare rapporti e situazioni che vengono a formarsi in via *originaria* con la morte del soggetto o che dalla sua morte traggono comunque una loro autonoma qualificazione», e, *ibidem*, p. 52: «atto *mortis causa* è infatti l'atto che ha a proprio contenuto la disciplina di una situazione *post mortem*; e qui l'elemento a cui si guarda è quello oggettivo-funzionale. Il termine *inter vivos*, invece, vuol chiaramente esprimere l'idea di una relazione intersoggettiva, di una situazione giuridica che in senso lato collega, o interessa correlativamente, più persone (viventi)».

Cfr., altresì: R. DE RUGGIERO, *Istituzioni di diritto civile*, vol. I, *Introduzione e parte generale. Diritto delle persone*, Messina, s. d., ma VI ed., p. 233; E. BETTI, *Teoria generale del negozio giuridico*, cit., p. 310; A. TRABUCCHI, *op. cit.*, p. 121.



una sistemazione di rapporti giuridici, relativi a una determinata persona, per il tempo successivo alla sua scomparsa, bensì, semplicemente, l'accoglimento delle altrui, ultime, volontà, da parte dei successibili, siano essi chiamati in forza di legge, o per testamento. A essere disciplinati sono, per lo più, i profili giuridici di codesti soggetti, interessati alla successione ereditaria, e che si conformano alle volontà del testatore, rafforzandone la stabilità. Tutto ciò pare chiaro, in particolar modo, nel momento in cui è possibile scorgere, in tale atto, un'accettazione tacita di eredità, oppure una rinunzia all'azione di riduzione. Per questi motivi, la scomparsa della persona degrada a mero presupposto, determinante un atto dal carattere sì *inter vivos*, epperò connesso alla (altrui) morte [81].

Da altra prospettiva, si potrebbe affermare come nemmeno questa conclusione possa valere in termini assoluti. Si consideri, infatti, l'eventualità di un'acquiescenza determinante la conferma, ai sensi dell'art. 590 cod. civ., di un testamento nullo. Ebbene, pur nelle difficoltà che, di per sé, si incontrano nella caratterizzazione della vicenda confirmatoria di disposizioni testamentarie nulle [82], non si può trascurare l'accessorietà che, al cospetto del testamento al quale essa si appoggia, potrebbe riempirne i lineamenti. Da una simile accessorietà, capace di attribuire maggiore stabilità e certezza alla successione ereditaria di riferimento, potrebbero derivare sfumature *mortis causa* anche per l'atto di acquiescenza, se considerato quale semplice completamento del negozio di ultima volontà, e sua successiva integrazione.

Un simile tratto, tuttavia, potrebbe tingere in maniera chiara la fattispecie, soltanto là dove questa non sia in grado di produrre ulteriori effetti, come poc'anzi rammentati, in quanto, a modo di esempio, posta in essere da colui il quale non sia legittimato all'esercizio dell'azione di riduzione, secondo il disposto dell'art. 564 cod. civ. Cionondimeno, anche al cospetto di simili considerazioni, sembrerebbe preponderante l'essenza *inter vivos* dell'atto in oggetto, comunque privo di quella caratteristica funzionale, tesa alla si-

---

[81] V., per una definizione, e un approfondimento, dei cosiddetti "negozî connessi alla morte", G. BONILINI, *Manuale di diritto ereditario e delle donazioni*, cit., p. 29 ss.

[82] Si veda, di nuovo, R. CAPRIOLI, *op. cit.*, p. 7 ss. Cfr., altresì, G. F. BASINI, *Conferma ed esecuzione volontaria in caso di disposizioni testamentarie nulle (art. 590 c.c.)*, in *Cod. comm. succ. e don.*, a cura di G. Bonilini e M. Confortini, Torino, 2011, II ed., p. 559 ss., capace di delineare una felice sintesi – alla quale si fa ampio rinvio, per un migliore approfondimento del tema in oggetto – delle opinioni dottrinali, circa la natura giuridica da attribuire alla conferma di disposizioni testamentarie nulle. In particolare, sono degne di nota: la contrapposizione tra la qualifica di negozio giuridico, e quella di atto giuridico in senso stretto; l'individuazione di una ipotesi di sanatoria dell'atto di ultima volontà; la considerazione della conferma, *ex* art. 590 cod. civ., quale negozio giuridico autonomo, determinante una attribuzione distinta da quella operata in forza del testamento; l'individuazione di una causa di preclusione dell'azione di nullità; il semplice adempimento di un'obbligazione naturale.



stemazione di assetti ereditari, che è tipica degli atti *mortis causa*, rimanendo, al contempo, legata all'evento morte: la scomparsa, in questo caso, di un soggetto diverso dall'agente.

Approfondendone ulteriormente le pieghe, si deve rilevare come l'acquiescenza fatichi ad adeguarsi al caso in cui, successivamente al suo impiego, vengano scoperte ulteriori disposizioni testamentarie. A tal proposito, è ragionevole affermare come tale strumento possa dispiegare i proprî effetti, soltanto per il testamento al quale esso faccia riferimento. Quegli elementi – volontà e coscienza – capaci di contraddistinguere l'atto di acquiescenza al testamento, perderebbero ogni significato, qualora si accettasse l'estensione della sua portata anche a disposizioni testamentarie non ancóra conosciute dall'agente. Così concludendo, inoltre, l'acquiescenza dovrebbe essere relegata nell'insieme dei fatti giuridici, secondo la definizione che, in dottrina, ne è, comunemente, proposta [83], rifiutando, quindi, la natura di atto giuridico, come sinora indagata. Epperò, sembra difficile giustificare, sul piano logico, prima ancóra che giuridico, l'estensione degli effetti di un atto di acquiescenza a un testamento scoperto in un momento successivo, che non poteva essere affatto conosciuto dallo stesso acquiescente.

Volgendosi, di nuovo, all'ausilio pratico offerto dall'acquiescenza al testamento, si deve concludere come, a tale atto, si possano ricondurre chiari connotati fiscali. Codesta fattispecie, infatti, si presenta agli interpreti, non soltanto per il rilievo civilistico che la contraddistingue, ma anche per i profili di Diritto tributario che ne discendono, niente affatto secondarî [84]. A differenza di quanto, sinora, indagato, nella materia tributaria paiono esservi minori dubbî, circa la qualificazione dell'acquiescenza, e l'individuazione della disciplina a essa applicabile. Tralasciando, ora, la sua eventuale trascrizione [85], pare, infatti, corretto considerare l'acquiescenza al testamento alla stregua di quegli atti «non aventi per oggetto prestazioni a contenuto patrimoniale», con la

[83] V., *supra*, nota 23, e, *ivi*, i riferimenti bibliografici. Fra gli Autori richiamati, si rammenti, quanto meno, R. SACCO, voce *Fatto giuridico*, cit., p. 610 ss.

[84] Si considerino, ora, i risvolti tributarî dipendenti dall'acquiescenza al testamento, da tenere ben distinti dalla figura dell'acquiescenza conosciuta, autonomamente, nel Diritto tributario, e già rammentata alla nota 9.

[85] Come è noto, gli adempimenti pubblicitarî dipendenti dalla trascrizione di un determinato atto rilevano ai fini dell'imposta di bollo, per la quale è prevista una maggiorazione, come precisato nella Tariffa, Parte I, allegata al D.P.R. 26 ottobre 1972, n. 642 («Disciplina dell'imposta di bollo»), nonché con riferimento all'imposta, e alla tassa, ipotecaria. Queste, infatti, risultano dovute soltanto nel caso in cui si proceda alla trascrizione dell'atto, ai sensi del D. Lgs. 31 ottobre 1990, n. 347 («Approvazione del testo unico delle disposizioni concernenti le imposte ipotecaria e catastale»).



conseguenza che, nel caso in cui sia impiegata la forma dell'atto pubblico, o della scrittura privata con sottoscrizione autenticata, questa sarà soggetta all'imposta di registro in misura fissa, ai sensi dell'art. 11 della Tariffa I, Parte I, allegata al D.P.R. 26 aprile 1986, n. 131 («Approvazione del testo unico delle disposizioni concernenti l'imposta di registro»).

Certo, dall'acquiescenza al testamento derivano tratti capaci di lambire gli interessi patrimoniali dell'agente, il quale acquista la qualità di erede, oppure si preclude la facoltà di impugnarlo, servendosi delle possibilità offerte dagli artt. 553 ss. e 590 cod. civ. Epperò, il significato dell'atto di acquiescenza rimane intrinsecamente legato alla sistemazione, e al consolidamento, di un'altrui successione ereditaria, non essendovi alcun trasferimento di diritto, pagamento di somme, o assunzione di obbligazioni per atto *inter vivos*. O, meglio, taluni di questi effetti possono prodursi (si pensi ai diritti acquistati in virtù di quell'accettazione tacita di eredità, che, secondo una discutibile interpretazione, può dipendere dall'atto di acquiescenza), ma essi derivano, giocoforza, dalla successione ereditaria alla quale ineriscono, non già, direttamente, dall'acquiescenza.

Nulla esclude, ovviamente, una differente volontà, siccome, in presenza di un corrispettivo, anche soltanto promesso, oppure contestualmente versato, si dovrebbe configurare una diversa imposizione tributaria, in termini di proporzionalità, rispetto al corrispettivo concordato. In questo peculiare caso, tuttavia, si dovrebbe riconsiderare la natura giuridica da attribuire all'acquiescenza al testamento, siccome quell'accordo, alla base del corrispettivo, e termine di definizione dell'imposizione tributaria, ne precluderebbe la sussunzione tra gli atti giuridici unilaterali, come sinora indagata [86], alla luce della sua maggiore affinità con gli istituti della transazione, della rinunzia onerosa all'azione di riduzione, o degli accordi di reintegrazione di legittima (art. 43, D. Lgs. 31 ottobre 1990, n. 346, «Approvazione del testo unico delle disposizioni concernenti l'imposta sulle successioni e donazioni») [87].

---

[86] A tal proposito, cfr. M. V. CERNIGLIARO DINI, *Acquiescenza a disposizioni testamentarie lesive dei diritti dei legittimari: imposta di successione o imposta di registro?*, nota a Comm. trib. centrale, sez. XXVII, 15 gennaio 1990, n. 191, in *Boll. trib.*, 1990, p. 1767 ss. Si badi, le considerazioni ivi proposte, circa la natura giuridica dell'acquiescenza, si intrecciano, inscindibilmente, ai profili tributarî della medesima, che, tuttavia, percorrono sentieri differenti rispetto a quelli previsti per la materia civilistica, e, pertanto, non pienamente condivisibili, ai fini della presente indagine.

[87] Codesto strumento negoziale, desumibile dalla norma tributaria racchiusa nel citato art. 43, D. Lgs. n. 346/1990, ben potrebbe mostrare, a un primo esame, elementi di contatto con l'atto di acquiescenza, dal quale, in vero, si distingue notevolmente, per le ragioni sinora approfondite. In ogni caso, per un approfondimento dell'istituto degli accordi di reintegrazione della legittima, v.: F. SALVATORE, *Accordi di reintegrazione di legittima: accertamento e transazione*, in *Riv. not.*, 1996, 211 ss.; A. GENOVESE, *L'accordo di rein-*



7. – La caliginosa coltre, che avvolge l'acquiescenza al testamento, suggerisce alcune conclusioni, forse non risolutive, ma necessarie, al cospetto della notevole incertezza giurisprudenziale in materia, giunta a esiti tutt'altro che soddisfacenti, nell'approfondimento di questo singolare strumento pratico [88]. Giova rimarcarlo: l'impiego dell'acquiescenza è suscitato da esigenze di certezza (e di utilità) care, su tutto, al professionista del diritto, che ne favorisce l'ausilio, le quali possono non coincidere con le reali intenzioni, e le necessità, del dichiarante. Non di rado, a essere trascurato è il particolare coinvolgimento emotivo che, in quel dato momento, può agitare l'acquiescente, il quale ben potrebbe versare in un particolare stato di turbamento, determinato dal recente lutto.

Ebbene, in siffatti casi, non sarebbe inverosimile scorgere i presupposti per l'annullabilità dell'atto, là dove lo si reputi viziato, alla base, dall'errore dell'acquiescente [89], esprimente una volontà che, nei fatti, non risponde a quanto da lui effettivamente serbato, ma influenzata dal mero desiderio di convenienza, riconducibile a chi ne favorisce l'utilizzo indiscriminato, talvolta a guisa di vuota formula stilistica. Uno strumento utile, in particolare, per agevolare la circolazione dei beni aventi provenienza successoria *mortis causa*, facilitata dalla dismissione del potere di impugnativa, nei confronti di un determinato testamento, ma che può facilmente valicare, e tradire, le intenzioni dell'acquiescente.

La eco determinata dall'eventuale errore si rannoda, ancóra una volta, all'incerta natura dell'acquiescenza al testamento. Come è noto, l'art. 1427 cod. civ. enuclea i vizî del consenso, capaci di determinare l'annullabilità del contratto, mentre manca una disciplina generale dedicata all'annullabilità degli atti unilaterali, eccezion fatta per alcune, isolate, disposizioni [90]. Nondimeno, occorre rammentare quanto disposto dall'art. 1324 cod.

---

tegrazione della legittima, in *Tratt. dir. delle successioni e donazioni*, dir. da G. Bonilini, vol. III, *La successione legittima*, Milano, 2009, p. 615 ss.

[88] Cfr., *supra*, nota 3.

[89] Il concetto di errore è, ora, impiegato in termini, per certi versi, generici, ma che saranno presto approfonditi, e meglio precisati. A ogni modo, con riferimento alla letteratura dedicata all'errore, istituto giuridico definito dagli artt. 1428 ss. cod. civ., v., almeno: F. MESSINEO, *Dottrina generale del contratto*, Milano, 1952, III ed., p. 80 ss.; F. SANTORO-PASSARELLI, *Dottrine generali del diritto civile*, cit., p. 140 ss.; L. FERRI, *Errore ostativo e interpretazione del contratto*, in *Riv. trim. dir. proc. civ.*, 1958, p. 1505 ss.; V. PIETROBON, *L'errore nella dottrina del negozio giuridico*, Padova, 1963; P. BARCELLONA, voce *Errore (dir. priv.)*, in *Enc. dir.*, vol. XV, Milano, s. d., ma 1966, p. 246 ss.; C. ROSSELLO, voce *Errore nel diritto civile*, in *Dig. disc. priv. Sez. civ.*, vol. VII, Torino, s. d., ma 1991, p. 510 ss.; R. SACCO, *Volontà, intento, vizi del consenso*, in *Tratt. dir. priv.*, dir. da P. Rescigno, vol. 10, *Obbligazioni e contratti*, t. I, Torino, 1997, p. 143 ss.; C. M. BIANCA, *Diritto civile*, vol. III, *Il contratto*, Milano, 2019, III ed., p. 601 ss.

[90] Tra queste, è possibile ricordare, in particolare, l'impugnazione dell'accettazione di eredità per violenza, o per dolo (art. 482 cod. civ.), e l'impugnazione dell'accettazione di eredità per errore (art. 483 cod. civ.). Proprio l'art. 483 cod. civ. esclude l'annullabilità dell'accettazione di eredità, in caso di errore, pel



civ., e il generale rinvio da esso operato, in forza del quale viene manifestata l'estensione, agli «atti unilaterali tra vivi aventi contenuto patrimoniale», delle norme previste per i contratti, tra le quali rientrano quelle relative ai vizî della volontà, la cui disciplina è dettata dagli artt. 1428 ss. cod. civ. Tutto ciò, ovviamente, dovrà essere anticipato dal necessario controllo di compatibilità, delle singole norme, con la struttura, e l'eventuale disciplina, che contraddistingue l'atto unilaterale di riferimento.

Una estensione, quella prevista dall'art. 1324 cod. civ., che può ritenersi valida anche per l'acquiescenza al testamento, soltanto là dove se ne rifiuti la natura di fatto giuridico, siccome, altrimenti, la volontà dell'acquiescente non assumerebbe alcun rilievo. Si badi, l'art. 1324 cod. civ. non distingue affatto tra atti negoziali, e atti non negoziali, ovvero trascurando il profilo capace di insinuare i principali interrogativi, in tema di acquiescenza [91], ma ciò si pone in linea con la circostanza secondo la quale il Codice civile vigente non concede spazio a tale dicotomia, non accogliendo, peraltro, nemmeno la figura del negozio giuridico. Ebbene, escludendo, ancóra una volta, la riconduzione dell'atto di acquiescenza nell'insieme dei fatti giuridici, questa prima prerogativa, relativa al disposto dell'art. 1324 cod. civ., pare integrata.

Quanto, invece, alla sussistenza, anche al cospetto dell'acquiescenza al testamento, degli ulteriori profili richiesti dall'art. 1324 cod. civ., per l'estensione, agli atti unilaterali, della disciplina del contratto, pare piuttosto agevole rispondere [92]. Escludendo la natura di atto *mortis causa*, in ragione della sua preferibile essenza *inter vivos* [93], nell'acquiescenza al testamento è, altresì, possibile scorgere il significato patrimoniale, che dipende dal suo impiego: un atto in grado di influire, direttamente, sull'aspettativa, o, financo, sull'effettiva delazione ereditaria, nei confronti di un dato soggetto, con dirette ripercussioni sulla sua sfera economica, oltre che su quella morale.

Ebbene, lo si accennava poc'anzi, la riflessione sull'eventuale vizio, capace di affliggere codesta fattispecie, non può prescindere dalla considerazione relativa alla natura

---

tramite, tuttavia, di una norma di stretta applicazione, sorretta dall'intento di evitare che un erede possa liberarsi, agevolmente, di una *damnosa hereditas*, dopo averla accettata. Secondo V. PIETROBON, *op. cit.*, p. 472, è, comunque, possibile domandare l'annullamento di un'accettazione di eredità, là dove l'errore attenga alla natura del negozio, o all'oggetto dell'accettazione. Si pensi, a tal proposito, a Tizio, il quale risulti chiamato, contemporaneamente, all'eredità di Caio, e di Sempronio, e che accetti l'eredità del primo, mentre intendeva riferirsi a quella del secondo.

[91] A tal proposito, si rinvia, *supra*, ai §§ 3 e 4.

[92] Una estensione, ovviamente, non indiscriminata, ma che deve essere subordinata, nuovamente, a un attento scrutinio, teso, in primo luogo, ad accertare l'assenza di differenti disposizioni di legge, e, poi, dalla concreta compatibilità della singola norma, con la struttura dell'atto unilaterale alla quale dovrebbe riferirsi.

[93] Cfr., *supra*, § 6.



giuridica, che a essa si intende riconoscere. Pertanto, là dove si concludesse per l'ascrizione dell'acquiescenza al testamento nell'insieme degli atti giuridici in senso stretto, si dovrebbe escludere l'applicabilità della disciplina dell'errore, nell'accezione di vizio del consenso (o, meglio, della volontà). Potrebbe, tutt'al più, rilevare il semplice errore nella dichiarazione, il così detto errore ostativo; una dichiarazione, in vero, giammai voluta, perché, a non essere voluto, sarebbe l'intero insieme di effetti giuridici che ne possono discendere. Una vera e propria dissonanza, tra quanto manifestato, e quanto interiormente serbato, determinata, non tanto da una volontà claudicante nella sua formazione, quanto, piuttosto, dalla totale assenza di codesto intento. A non essere voluto sarebbe, pertanto, l'atto in sé, circostanza, forse, in grado di negarne la giuridicità, al punto da suggerire la, pressoché totale, ininfluenza, per l'ordinamento giuridico, della fattispecie, qualora non sorretta dalla volontà del dichiarante.

Differenti debbono essere le considerazioni, qualora si concludesse per la natura di negozio giuridico unilaterale [94]. Ebbene, in tal caso, premessa la chiara estensibilità della disciplina dei vizî del consenso, per le medesime ragioni poc'anzi esposte, e, in particolare, la configurabilità dell'errore (non più ostativo, ma vero e proprio vizio nella formazione della volontà), occorre verificare l'applicabilità all'acquiescenza, quale negozio giuridico unilaterale, delle singole disposizioni dedicate a codesti temi. Sono numerose, infatti, le norme dedicate ai contratti, che mirano a tutelare l'interesse della controparte, fine che non può essere perseguito, in caso di strutture giuridiche unipersonali, incapaci di incidere nella sfera giuridica altrui, se non in maniera indiretta, e limitata a elementi di fatto, proprio come pare verificarsi in presenza di un'acquiescenza a testamento.

I soggetti interessati, mediatamente, da un simile negozio, rimangono terzi, rispetto a esso, nonostante l'affidamento, di cui si possono scorgere i tratti, anche a fronte della dichiarazione di acquiescenza. La riconoscibilità richiesta per l'errore, nella materia contrattuale (art. 1431 cod. civ.), non può, pertanto, rivestire un particolare significato, in presenza di un simile atto [95], considerata la limitata rilevanza, che esso determina in relazione all'altrui affidamento. Con riferimento, invece, all'essenzialità descritta dall'art. 1429 cod. civ., questa ben può essere scorta nella natura del negozio, o, meglio, per evitare sovrapposizioni concettuali, nella reale essenza dello stesso, capace di manifestarsi per gli effetti che è in grado di produrre, e come sinora indagati. Una essenza, spesso, si-

[94] A tal proposito, rimangono, tuttora, preziose le riflessioni svolte da V. PIETROBON, *op. cit.*, p. 458 ss., fondate, su tutto, sul concetto di «volizione consapevole», di cui deve potersi fregiare il negozio giuridico unilaterale, al fine dell'estensione della disciplina dedicata all'errore, in tema di contratto.

[95] V. PIETROBON, *op. cit.*, p. 468.



billina, capace di prestarsi a molteplici finalità, e di essere ricondotta a fattispecie dai tratti, e risvolti, assai eterogenei.

L'errore, in questo caso, parrebbe travolgere, per intero, l'atto di acquiescenza, non potendosene preservare alcuni effetti, piuttosto che altri. Rammentate le difficoltà interpretative, che si incontrano al cospetto dell'acquiescenza al testamento, sarebbe inutile, e, forse, financo pericoloso, provare a distinguere ciò che doveva intendersi realmente desiderato: gli effetti dipendenti da un simile atto risulterebbero, infatti, ugualmente verificatisi, in virtù di una volontà alterata, alla base, dall'errore. In questo caso, un errore vizio, sorretto da una volontà formatasi in maniera non genuina. Non sarebbe, infatti, inverosimile ritenere che, illustrando all'interessato tutte le possibili conseguenze derivanti da un atto di acquiescenza, tale strumento possa essere accantonato. Ciò non significa concludere nel senso della presenza, in questo caso, di un errore di diritto, ai sensi dell'art. 1429, n. 4, cod. civ., e non significa nemmeno disconoscere l'antico principio, secondo il quale «*ignorantia legis non excusat*». Codesta ignoranza si rivelerebbe inescusabile, soltanto in presenza di una chiara disciplina di legge, che qui manca del tutto. Al contrario, l'acquiescenza al testamento si contraddistingue proprio per le difficoltà interpretative, che da essa discendono, e per gli interrogativi che pone, con riferimento alle norme applicabili, in virtù delle estensioni interpretative comunemente operate.

Per tutte queste ragioni, unitamente alla caratteristica atipicità, che pare contraddistinguere l'atto di acquiescenza al testamento, sembra opportuno preferire, in suo luogo, l'ausilio degli istituti giuridici da esso soltanto evocati, ma ben conosciuti dall'ordinamento vigente. Non si intende, in tal modo, negare cittadinanza, nell'assetto privatistico vigente, alla possibile emersione social-giurisprudenziale [96] di nuovi tipi negoziali, in ossequio all'ampia autonomia di cui sono dotati i consociati. Eppure, al cospetto del comune impiego dell'acquiescenza al testamento, la sua estraneità a schemi giuridici già definiti non determina, necessariamente, la nascita di un nuovo tipo. Si potrebbe, piuttosto, concludere per un atto dal contenuto, all'apparenza, semplice, ma, se ben osservato, composito, e, spesso, dalla dubbia portata, in ragione dei molteplici effetti che ne possono scaturire. Effetti riconducibili a negozî tipici, richiamati dalla fattispecie in esame, la quale ben potrebbe essere considerata uno strumento veicolante altri atti, ma non mera sommatoria degli stessi. Al cospetto dell'acquiescenza, infatti, si potrebbe riscontrare il rilievo (quanto meno morale), che pare derivarne, tale da esplicitare la volontà di rispettare il testamento al quale inerisce, dismettendo ogni eventuale intenzione contraria. Al-

[96] Così, R. SACCO, *Autonomia contrattuale e tipi*, cit., p. 796.



tro sarebbe, invece, rilevare, concretamente, gli effetti tipici di quegli istituti giuridici, in genere evocati in questo àmbito.

Paiono d'uopo, quindi, alcune conclusioni, utili per il caso in cui ci si accosti a un atto di acquiescenza, anche nell'ipotesi di un suo impiego soltanto evocato. Considerati i dubbî interpretativi dipendenti dall'ausilio dell'acquiescenza al testamento, specie là dove si intenda, in un secondo momento, procedere con la sua trascrizione, sarà d'uopo appoggiarsi, più propriamente, agli strumenti dei quali essa, in realtà, intende servirsi. Pel tramite di istituti tipici, la volontà dell'agente viene, infatti, manifestata in maniera, di regola, inequivoca, e comunque, pur producendo effetti, nella sostanza, equivalenti, questi non necessitano del medesimo sforzo interpretativo, richiesto dinnanzi all'atto di acquiescenza al testamento.

Pertanto, in caso di lesione dei diritti riservati al legittimario, sarà preferibile impiegare la rinunzia all'azione di riduzione. Là dove, invece, in presenza di delazione testamentaria, si intenda rispettare, *in toto*, le ultime volontà del testatore, alla generica formula di adesione e acquiescenza alle disposizioni testamentarie, dovrà privilegiarsi un'espressa accettazione dell'eredità. Da ultimo, al cospetto di una scheda testamentaria invalida, pare opportuno servirsi dello strumento giuridico della conferma, o volontaria esecuzione, di disposizioni testamentarie nulle (art. 590 cod. civ.), in luogo della vaga, e generica, dichiarazione di acquiescenza, e dismissione del potere di impugnazione, nei confronti del testamento. In presenza di una simile espressione, si potrebbe, peraltro, dubitare della conseguente e reale portata, se priva di ulteriori riferimenti, considerando che, secondo l'opinione prevalente, l'istituto, definito dall'art. 590 cod. civ., esige il rispetto dei medesimi requisiti imposti, dall'art. 1444 cod. civ., riguardo alla convalida del contratto annullabile [97].

Nulla esclude, naturalmente, la volontà di perseguire tutti gli effetti giuridici poc'anzi rammentati: in tal caso, nonostante la migliore sintesi, di regola, offerta dalla formula di acquiescenza al testamento, la maggiore certezza, derivante dall'impiego di strutture negoziali tipiche, suggerisce l'ausilio di queste ultime, in concorso tra loro, e capaci di reggere, con minori incertezze, le eventuali e conseguenti trascrizioni.

[97] Cfr., nuovamente, G. BONILINI, *Manuale di diritto ereditario e delle donazioni*, cit., p. 379.

JUS CIVILE



MONICA PUCCI

Dottoressa di ricerca – Università degli studi di Perugia

SOVRAINDEBITAMENTO, FALCIDIA DEI CREDITI ERARIALI E TUTELA DEL DEBITORE*

SOMMARIO*: 1. Premessa. – 2. Il divieto di falcidia dell'Iva e delle ritenute operate e non versate nella legge n. 3/2012. – 3.* (Segue) *La pronuncia della Corte costituzionale n. 245 del 2019. – 4. Il trattamento dei crediti fiscali nel Codice della crisi di impresa e dell'insolvenza. – 5. Il* cram down *fiscale e previdenziale nella composizione della crisi da sovraindebitamento – 6. Considerazioni conclusive.*

1. – Il trattamento dei crediti tributari e previdenziali nell'ambito delle procedure di risoluzione della crisi da sovraindebitamento assume notevole importanza specie in considerazione della circostanza che la crisi di impresa sia frequentemente caratterizzata dalla sussistenza di una rilevante posizione debitoria nei confronti dell'Erario e degli Enti previdenziali per mancato adempimento di debiti fiscali e contributivi [1]. La comune esperienza dimostra, infatti, che il sovraindebitamento fiscale sia significativo proprio sul piano dell'omesso versamento dell'IVA, delle ritenute e dei contributi previdenziali, quali forme estreme di autofinanziamento improprio per le imprese in crisi di liquidità.

Tutto ciò risulta essere ancora più evidente nel momento storico attuale, in ragione delle accresciute difficoltà economiche che le imprese stanno attraversando quale conseguenza nefasta della pandemia da Covid-19, difficoltà economiche che hanno

---

* Lo scritto elabora, con l'aggiunta di note, la relazione esposta in data 16 aprile 2021 in occasione del "Corso di Alta Formazione per Revisori contabili Enti privati", organizzato su iniziativa congiunta dell'Università degli Studi di Perugia, dell'Ordine dei Dottori Commercialisti ed Esperti Contabili di Terni e dell'Ordine degli Avvocati.

[1] Cfr. G. SELICATO, *Composizione delle crisi da sovraindebitamento e transazione fiscale*, in *Fallimento*, 2017, p. 1401 ss. e L. DEL FEDERICO, *I crediti tributari nell'accertamento del passivo fallimentare*, in *Rass. trib.*, 2015, p. 11, che si esprime in termini di «patologia da sovraindebitamento fiscale».



determinato un aumento delle istanze di definizione concordata delle posizioni debitorie [2].

Sulla base di tali premesse, il presente scritto si propone di delineare i confini dell'attuale disciplina relativa al trattamento dei crediti tributari e contributivi nel sovraindebitamento, muovendo dalle previsioni di cui alla legge n. 3 del 2012 (cd. legge salva suicidi) [3] che – come si vedrà nel prosieguo– ha fatto sorgere diversi rilievi critici rispetto alla corrispondente normativa riservata alle procedure concorsuali maggiori, per arrivare alle modifiche di cui al nuovo Codice della crisi d'impresa e dell'insolvenza [4], con il quale il legislatore ha riformato l'intera legge fallimentare unificandola alla disciplina del sovraindebitamento e, infine, alle novità introdotte dall'art. 4 *ter* del cd. decreto Ristori [5] convertito, con modificazioni, dalla legge n. 176/2020, che ha introdotto norme di sem-

---

[2] Per una riflessione in merito alle procedure di sovraindebitamento in corso durante l'emergenza epidemiologica da Covid-19, v. L. MEZZASOMA, *Covid-19, codice della crisi di impresa e dell'insolvenza, sovraindebitamento con riferimento all'ordinamento italiano*, in *Le Corti umbre*, 2020, p. 334 ss.

[3] Legge 27 gennaio 2012, n. 3 (*Disposizioni in materia di usura e di estorsione, nonché di composizione delle crisi da sovraindebitamento*), come modificata da d.l. 18 ottobre 2012, n. 179. In argomento, senza pretese di esaustività, CRIVELLI, *Il piano e la proposta nelle procedure di composizione della crisi da sovraindebitamento nella l. n. 3/2012 e nel CCII*, in *Fallimento*, 2019, p. 713 ss.; R. DI RAIMO, *Consumatore e mercato nelle discipline della crisi. Nozioni preliminari*, in *Il consumatore e la riforma del diritto fallimentare*, a cura di E. LLAMAS POMBO, L. MEZZASOMA, U. RANA e F. RIZZO, Napoli, 2019, p. 33 ss.; V. RICCIUTO, *Il sovraindebitamento nella legge delega sulle crisi d'impresa*, *ivi*, p. 189 ss.; R. DI RAIMO, *Debito, sovraindebitamento ed esdebitazione del consumatore: note minime sul nuovo diritto del capitalismo postmoderno*, in *Il sovraindebitamento del consumatore tra diritto interno e ordinamenti stranieri* a cura di E. LLAMAS POMBO, L. MEZZASOMA, U. RANA e V. RIZZO, Napoli, 2018, p. 29 ss.; L. MEZZASOMA, *Il sovraindebitamento e la tutela del consumatore*, in *Il sovraindebitamento del consumatore tra diritto interno e ordinamenti stranieri*, cit., p. 135 ss.; F. PASQUARIELLO, *Le procedure di sovraindebitamento alla vigilia di una riforma*, in *Nuove leggi civ. comm*., 2018, p. 732 ss.; B. BLASCO, *Sulle procedure di soluzione della crisi da sovraindebitamento*, in *Vita not*., 2017, p. 565 ss.; F. FIMMANO e G. D'ATTORRE, *La composizione della crisi da sovraindebitamento*, Napoli, 2017, *passim*; G. LO CASCIO, *Composizione della crisi da sovraindebitamento*, in *Fallimento*, 2013, p. 803 ss.

[4] D.lg. 12 gennaio 2019, n. 14 e successive modifiche. In proposito, *ex multis*, C. CAMARDI, *Il sovraindebitamento dopo il codice della crisi. Il diritto privato che cambia e la dogmatica civilistica*, in *Riv. dir. priv*., 2020, p. 487 ss.; V. RICCIUTO, *Il sovraindebitamento nella legge delega sulle crisi di impresa*, cit., p. 189 ss.; D. BENINCASA, *Codice della crisi d'impresa e dell'insolvenza. Le procedure in caso di sovraindebitamento ai sensi dell'art. 2, 1° comma, lett. c)*, in *Giur. it*., 2019, II, p. 38 ss.; G. D'AMICO, *Il sovraindebitamento nel codice della crisi e dell'insolvenza*, in *Contratti*, 2019, p. 318 ss.; L. D'ORAZIO, *Il sovraindebitamento nel codice della crisi e dell'insolvenza*, in *Fallimento*, 2019, p. 697 ss.; PELLECCHIA, *Indebitamento e sovraindebitamento: tra codice civile e codice della crisi e dell'insolvenza*, in *Nuova giur. civ. comm*., 2019, p. 822 ss.; ID., *La definizione di sovraindebitamento nel codice della crisi d'impresa e dell'insolvenza: cosa resta e cosa cambia*, in N*uove leggi civ. comm*., 2019, p. 1134 ss.

[5] D.l. 28 ottobre 2020, n. 137, recante *Ulteriori misure urgenti in materia di tutela della salute, sostegno ai lavoratori e alle imprese, giustizia e sicurezza, connesse all'emergenza epidemiologica da Covid-19*.



plificazione in materia di accesso alle procedure di sovraindebitamento per le imprese ed i consumatori anticipando, di fatto, gli effetti di una parte delle previsioni di cui al nuovo Codice della crisi di impresa la cui iniziale entrata in vigore è stata differita [6] a causa dell'emergenza economica causata dalla diffusione della pandemia da Covid-19.

2. – L'analisi delle previsioni in tema di trattamento dei crediti tributari e contributivi nel settore delle procedure di ristrutturazione della posizione debitoria dei soggetti «sotto soglia» impone un breve cenno, in un'ottica comparativa, alla disciplina del soddisfacimento dei crediti tributari nell'ambito delle soluzioni concordate di gestione della crisi di impresa regolamentate dalla legge fallimentare, volte a riportare il soddisfacimento di tali crediti nelle cerchia delle regole ordinarie del concorso fra creditori.

Tra i numerosi interventi legislativi [7] che si sono succeduti nel corso del tempo [8] – che si giustificano in ragione dall'estrema delicatezza della tematica relativa al trattamento di crediti pubblici – imprescindibile è il riferimento alla Legge di stabilità del 2017 [9] che, introducendo un vero e proprio *revirement* in tema di transazione fiscale a seguito di una modifica integrale della disciplina delle obbligazioni tributarie e previdenziali nel concordato preventivo e nell'àmbito delle trattative che precedono la stipulazione degli accordi di ristrutturazione di cui all'art. 182 *bis* l. fall., ha creato una ingiustificata disarmonia tra le previsioni legislative dedicate all'insolvenza fiscale civile e quelle volte a regolamentare l'insolvenza commerciale [10].

---

[6] Il cd. decreto Liquidità (d.l. 8 aprile 2020, n. 23), recante misure urgenti in materia di accesso al credito e di adempimenti fiscali per le imprese, ha posticipato l'entrata in vigore della nuova codificazione dal 15 agosto 2020 al 1° settembre 2021, al fine di consentire a tutti i soggetti coinvolti di continuare ad operare secondo una disciplina consolidata e permettere al sistema economico di superare la fase più acuta dell'emergenza.

[7] C. DE MARTINI, *Commento a prima lettura delle modifiche alla legge n. 3/2012 sulla composizione della crisi da sovraindebitamento*, in *www.ilcaso.it*, 8 gennaio 2021, parla di «interventi periodici e reiterati di *maquillage* o di rammendi sui testi della normativa in materia di procedure concorsuali» compiuti dal legislatore negli ultimi 15 anni.

[8] Per una ricostruzione dell'evoluzione normativa, v. S. QUERCIA, *La transazione fiscale:* excursus *normativo e lineamenti della riforma*, in *www.iusinitinere*, 26 febbraio 2021; E. PAULETTI, *Trattamento, ridotto o dilazionato, del debito fiscale e profili problematici in caso di proposta di concordato preventivo*, in *www.dirittobancario.it*, 25 settembre 2020; L. GAMBI, *Considerazioni attorno alla transazione fiscale*, in *www.ilcaso.it*, 19 novembre 2020; F. PAPARELLA, *Il nuovo regime dei debiti tributari di cui all'art. 182*-ter *l.f.: dalla transazione fiscale soggettiva e consensuale alla retrogradazione oggettiva*, in *Rass. trib.*, 2018, p. 317 ss.

[9] Art. 1, comma 81 (Disciplina delle transazioni fiscali nelle procedure concorsuali), Legge 11 dicembre 2016, n. 232, pubblicata nella Gazzetta Ufficiale n. 297 del 21 dicembre 2016.

[10] Cfr. G. SELICATO, *Composizione delle crisi da sovraindebitamento e transazione fiscale*, cit., p. 1401



È indubbio che tale novella rappresenti il frutto di un'intensa evoluzione giurisprudenziale sviluppatasi a partire dalla nota sentenza *Degano Trasporti* della Corte di Giustizia del 2016 [11], con la quale i Giudici hanno riconosciuto la compatibilità rispetto alla normativa comunitaria della falcidia dell'IVA nel concordato preventivo [12], sull'assunto che i principi e le norme comunitarie non ostano ad una normativa nazionale che consenta all'imprenditore in stato di insolvenza di proporre una domanda di concordato preventivo al fine di saldare i propri debiti addivenendo ad una soddisfazione solo parziale del credito IVA, purché vi sia l'attestazione di un esperto comprovante l'insussistenza di una miglior soddisfazione nell'ipotesi dell'alternativa liquidatoria. In tale circostanza, infatti, non si verifica una rinuncia generale ed indiscriminata da parte dello Stato alla riscossione del tributo, bensì se ne assicura il pagamento, seppure parzialmente.

Nel recepire i principi enunciati dalla Corte comunitaria, il legislatore ha innovato lo strumento della transazione fiscale e, con la nuova formulazione dell'art. 182 *ter* l. fall. [13], ha superato il principio dell'intangibilità dell'IVA [14] e riconosciuto la possibilità

---

ss. L'autore, invocando il «criterio di buon senso qual è quello del trattamento indistinto, nelle procedure di composizione delle crisi d'impresa, dei crediti tributari e previdenziali», auspica una «piena osmosi tra le due discipline».

[11] Corte giust., 7 aprile 2016, C– 546/14, in *Giur. comm*., 2017, p. 327, con nota di P. DE QUATTRO, *La falcidia del credito Iva nel concordato preventivo: profili europei e problematiche di diritto nazionale*; in *Fallimento*, 2016, p. 1003, con nota di E. STASI, *Falcidiabilità dell'Iva nel concordato preventivo senza transazione fiscale*; in *Riv. trim. dir. trib*., 2016, p. 985, con nota di S. ARIATTI, *Il diritto europeo non osta alla falcidia dell'Iva nel concordato preventivo*; in *Corr. trib*., 2016, p. 1549, con nota di V. FICARI, *La Corte ammette la riduzione dell'Iva mediante transazione fiscale*. Con tale pronuncia i Giudici di Lussemburgo – chiamati da Trib. Udine, (ord.), 30 ottobre 2014 (in *www.ilcaso.it*) a pronunciarsi in via pregiudiziale sulla compatibilità tra la disciplina del concordato preventivo di cui all'art. 160 l. fall., intesa nel senso di consentire un pagamento parziale dell'Iva, e l'art. 4, paragrafo 3, TUE, nonché gli artt. 2, 250, paragrafo 1 e 273 della direttiva 2006/112/Ce – hanno «demolito» uno dei capisaldi argomentativi su cui si basava la netta posizione di chiusura della nostra Corte di legittimità che negava la falcidia dell'Iva in applicazione del principio di intangibilità delle risorse dell'Unione: v. Cass., 4 novembre 2011, nn. 22931 e 22932, in *Fallimento*, 2012, p. 169, con nota di P. VELLA, *Transazione fiscale facoltativa e trattamento iva inderogabile*; in *Corr. trib*., 2012, p. 93. In senso critico, v. A. GUIDARA, *L'infalcidiabilità dell'Iva e delle ritenute nel sovraindebitamento: tra diritto Ue e diritto interno*, in *Riv. dir. trib*., 2018, p. 646, per il quale «le limitazioni alla falcidia tributaria nel concordato preventivo, di cui al comma 1 dell'art. 182 *ter*, si devono probabilmente ad un'errata visione del rapporto tra diritto interno e diritto Ue nelle procedure concorsuali, fondata su una presunta superiorità delle risorse tributarie dell'Ue, tra le quali vi è ricompresa l'Iva».

[12] Con il solo supporto di tale pronuncia, ed ancora sotto il vigore della vecchia formulazione dell'art. 182 *ter* l. fall., i Tribunali di merito hanno iniziato ad ammettere la falcidia dell'Iva nel concordato preventivo: cfr. Trib. Livorno 13 aprile 2016, in *www.ilcaso.it*, 27 aprile 2016 e App. L'Aquila, 30 settembre 2016, in *www.leggiditalia.it*.

[13] Tale norma, introdotta dall'art. 146, comma 1, del d.lg. 9 gennaio 2006, n. 205, è stata più volte rivisitata: per un'analisi critica dell'evoluzione normativa della disposizione, cfr. M. ALLENA, *La transazione*



di falcidiare – mediante proposta di accordo all'interno del concordato preventivo, nonché di transazione nell'ambito degli accordi di ristrutturazione – tutti i tributi amministrati dalle agenzie fiscali compresi Iva [15] e ritenute operate e non versate, nonché i contributi INPS, a condizione che il pagamento non sia inferiore a quello realizzabile sul ricavato in ipotesi di liquidazione dei beni.

La novella legislativa, tuttavia, non ha investito anche le procedure di risoluzione della crisi da sovraindebitamento di cui alla legge n. 3/2012, vendendosi così a creare, all'indomani della Riforma, una discrasia di sistema in materia di trattamento dei crediti tributari e contributivi nell'ambito delle diverse procedure di risoluzione della crisi presenti nel nostro ordinamento giuridico [16].

I soggetti non fallibili, infatti, sono rimasti ancorati alla previsione di cui all'art. 7, comma 1, terzo periodo della legge n. 3/2012 che, occupandosi di crediti tributari e previdenziali con riferimento agli accordi di ristrutturazione dei debiti e di soddisfazione dei crediti, sanciva espressamente la possibilità per il debitore di proporre un pagamento parziale dei crediti privilegiati, con eccezione dei tributi Iva e ritenute operate e non versate, i quali potevano essere dilazionati, ma sempre pagati per intero [17].

---

fiscale nell'ordinamento tributario, Padova, 2017, p. 192 ss. V., anche, E. STASI, *Transazione fiscale e contributiva nel risanamento imprenditoriale*, in *Fallimento*, 2017, p. 1101 ss.

[14] La questione, tutt'altro che pacifica, della falcidiabilità dell'Iva rispetto alle procedure concorsuali aveva alimentato, *ante* riforma del 2017, un ampio dibattito giurisprudenziale che vedeva contrapporsi la Corte di legittimità ancorata al divieto di falcidia ed i Tribunali di merito orientati in senso inverso: in proposito, M. MONTELEONE, *C'era una volta … l'infalcidiabilità del credito IVA*, in *www.osservatorio-oci.org*, maggio 2016. Sia consentito anche il rinvio a M. PUCCI, *La falcidia del credito iva nell'àmbito degli accordi di composizione della crisi da sovraindebitamento: una questione risolta*, in *Le Corti Umbre*, 2019, pp. 683-686.

[15] A pochi giorni dall'entrata in vigore della Legge di bilancio del 2017, si è registrato un *revirement* della Corte di Cassazione (v. Cass., Sez. un., 13 gennaio 2017, n. 760, in *ilfallimentarista.it*, con nota di E. STASI, *Il* dictum *delle Sezioni Unite sulla falcidiabilità dell'Iva nel concordato senza transazione fiscale*) la quale, contrariamente a quanto affermato in passato, ha statuito che l'infalcidiabilità dell'Iva non rappresenti un principio di carattere generale, bensì una prerogativa del concordato preventivo con transazione fiscale. In proposito, B. DENORA, *Sì alla falcidia dell'IVA, ma non per tutti*, in *www.rivistadirittotributario.it*, 30 gennaio 2017.

[16] In proposito, M. CARDILLO, *Una nuova apertura verso la falcidiabilità dell'Iva: le due sentenze gemelle della Corte di Cassazione*, in *Dir. prat. trib.*, 2017, p. 1758, evidenzia un problema di coordinamento, ai limiti dell'incostituzionalità, tra il riformato art. 182 *ter* l. fall. e l'art. 7 della l. n. 3 del 2012. V., anche, A. GUIDARA, *L'infalcidiabilità dell'Iva e delle ritenute nel sovraindebitamento: tra diritto Ue e diritto interno*, cit., p. 648, la quale osserva che «verosimilmente si è in presenza di una "dimenticanza" del legislatore», in quanto una discriminazione tra procedure vicine al concordato preventivo o agli accordi di ristrutturazione dei debiti, in relazione ai quali è venuto meno il divieto di intangibilità dell'Iva, non trova alcuna giustificazione né alla luce del diritto comunitario, né di quello interno.

[17] Tale scelta è stata ampiamente criticata da L. DEL FEDERICO, *Gli aspetti fiscali della procedura*, in *Fallimento*, 2012, p. 1122, il quale osserva che «per quanto riguarda gli aspetti fiscali, la disciplina della



Tale disposizione, in altri termini, parafrasando quanto previsto dall'art. 182 *ter* l. fall. nella versione *ante* riforma del 2017, sostanzialmente dettava una regola generale seguita da due grandi eccezioni: alla previsione dell'obbligo di soddisfazione integrale di 'tutti' i crediti muniti di privilegio, pegno e ipoteca [18], si affiancava la possibilità – tutt'ora vigente – di un loro pagamento parziale purché «in misura non inferiore a quella realizzabile, in ragione della collocazione preferenziale sul ricavato in caso di liquidazione, avuto riguardo al valore di mercato attribuibile ai beni o ai diritti sui quali insiste la causa di prelazione», ovvero qualora l'alternativa liquidatoria non sia affatto vantaggiosa per il creditore, per incapienza del bene o del diritto in caso di liquidazione. Da notare, che in questa prima macro eccezione non è prevista alcuna distinzione tra crediti tributari [19], contributivi e crediti di altra origine: ciò che li accomuna ai fini della falcidia è la sussistenza di cause di prelazione, a prescindere dalla qualifica del creditore, sia esso un privato, l'Agenzia delle Entrate oppure l'Inps.

Il terzo periodo del comma 1 dell'art. 7 estrapolava, poi, dal perimetro di tutti i crediti muniti di privilegio, pegno e ipoteca, tre precise tipologie di crediti per i quali ammetteva esclusivamente la dilazione e mai la falcidia: 1) i tributi costituenti risorse proprie dell'Unione Europea, 2) l'imposta sul valore aggiunto e 3) le ritenute operate e non versate. L'assenza, nell'ambito di tale seconda eccezione, di ogni riferimento ai crediti contributivi consente di dedurre che gli stessi, al pari di tutti gli altri crediti tributari diversi dalle tre categorie per le quali è stato disposto il divieto, seguano le sorti degli altri creditori prelatizi e siano pertanto falcidiabili alle condizioni previste dall'art. 7, comma 1, secondo periodo della legge n. 3/2012, ovvero qualora venga attestata l'incapienza dei beni o dei diritti sui quali sussiste la causa di prelazione in caso di liquidazione.

---

composizione della crisi da sovraindebitamento risult(i) assolutamente rinunciataria». In argomento v., anche, L. DEL FEDERICO e S. ARIATTI, *L'irragionevole infalcidiabilità dell'Iva nella composizione della crisi da sovraindebitamento*, in *Fallimento*, 2018, p. 1299 ss.; A. GUIDARA, *L'infalcidiabilità Iva nel sovraindebitamento tra irragionevolezza e disapplicazione*, cit., p. 3003 ss.; ID., *L'infalcidiabilità dell'Iva e delle ritenute nel sovraindebitamento: tra diritto Ue e diritto interno*, cit., p. 641 ss.; F. GALLO, *Sovraindebitamento: l'impossibilità di falcidiare l'Iva è contraria al principio di neutralità*, in *ilfallimentarista.it*; ID., *Falcidia del credito Iva nell'àmbito delle procedure di sovraindebitamento*, *ivi*.

[18] Si osserva che, a differenza della nuova formulazione dell'art. 182 *ter* l. fall., non è prevista una distinzione tra crediti tributari e contributivi.

[19] La possibilità di falcidia di tali crediti, peraltro, è stata espressamente riconosciuta dalla stessa Agenzia delle Entrate con la Circolare n. 19/E del 6 maggio 2015, nella quale si è dato atto che fra i «debiti risanabili attraverso la composizione della crisi da sovraindebitamento rientrano anche quelli di natura tributaria». In proposito, cfr. G. SELICATO, *Composizione delle crisi da sovraindebitamento e transazione fiscale*, cit., p. 1401 ss., che attribuisce all'amministrazione finanziaria il merito di aver fatto «chiarezza, per una volta in assenza di esplicite sollecitazioni giurisprudenziali, sulla falcidiabilità dei debiti fiscali e sugli effetti correlati alla presentazione della proposta o del piano del debitore».



Da un confronto tra la nuova formulazione dell'art. 182 *ter* l. fall. e l'art. 7, comma 1, terzo periodo della legge n. 3/2012 conseguiva, evidentemente, una palese disparità di trattamento – sostanzialmente basata sul criterio della dimensione economica dell'impresa [20] – tra gli imprenditori fallibili, cui veniva riconosciuta la possibilità di falcidiare 'tutti' i crediti tributari e contributivi, purché fosse attestata l'incapienza dei beni su cui sussiste la causa di prelazione, e quelli non fallibili soggetti al divieto di falcidia da ultimo indicato, con con pesanti ripercussioni sul piano costituzionale, specie alla luce del principio di eguaglianza sostanziale [21]. Disparità di regime ingiustificata anche in considerazione della circostanza che l'alveo dei debiti tributari e contributivi costituisca, frequentemente, larga parte dell'indebitamento complessivo del debitore e che, ancor più spesso, la fattibilità della procedura per sovraindebitamento sia strettamente dipendente proprio dalle sorti di tali debiti, dalla possibilità di dilazionarli o falcidiarli [22].

3. – Sulla questione, dopo diverse pronunce dei Tribunali di merito [23] che invocando il principio affermato dalla Corte di Giustizia nella sentenza *Degano Trasporti* e disappli-

---

[20] Sul punto L. DEL FEDERICO e S. ARIATTI, *L'irragionevole infalcidiabilità dell'Iva nella composizione della crisi da sovraindebitamento*, cit., p. 1301, sostengono la non esaustività del criterio anche con riferimento all'impresa commerciale sull'assunto che, potendo la sua dimensione mutare nel tempo, il debitore potrebbe essere privato del beneficio della falcidia dell'Iva previsto dalla legge fallimentare nel corso della sua attività economica, per mere contingenze.

[21] In generale, sul principio di eguaglianza, v. per tutti, P. PERLINGIERI, *Il diritto civile nella legalità costituzionale secondo il sistema italo-comunitario delle fonti*, Napoli, 2006, p. 448 ss.

[22] Cfr. F.M. COCCO, *Evoluzione dei crediti tributari e contributivi nel sovraindebitamento*, in *Il nuovo trattamento dei crediti tributari e contributivi secondo il codice della crisi e dell'insolvenza* a cura di G. Rocca e A. Di Falco, in *I Quaderni*, N. 79 – Commissione Crisi Ristrutturazione e Risanamento D'impresa di Odcec Milano, Osnago, 2019, p. 112 ss., consultabile in *www.odcec.mi.it*.

[23] Cfr. Trib. Pistoia, 26 aprile 2017, in *ilcaso.it* e *ilfallimentarista.it*, con nota di F. GALLIO, *Falcidia del credito Iva anche nell'ambito delle procedure di sovraindebitamento*, che fa salva l'operatività dell'art. 7, comma 1, terzo periodo, della legge n. 3/2012 mediante una sua «interpretazione conforme al diritto dell'Unione europea»; Trib. Torino, 7 agosto 2017, in *www.ilcaso.it*, che ritiene legittima l'immediata disapplicazione dell'art. 7, sull'assunto che la sentenza della Corte di giustizia del 2016 abbia introdotto un principio di carattere generale immediatamente applicabile a tutte le procedure che regolano l'uscita del debitore da uno stato di insolvenza, incluse le procedure di composizione della crisi da sovraindebitamento, le quali presentano integralmente i presupposti richiesti dal diritto comunitario per consentire, in conformità all'art. 273 della direttiva 2006/112/Ce, la falcidia dell'Iva; Trib. La Spezia, 10 settembre 2018, in *www.ilcaso.it*, che ha ritenuto di procedere ad una disapplicazione dall'art. 7, limitatamente al divieto di falcidia dell'iva, per contrasto con il principio di neutralità fiscale previsto dall'Ue che impone agli Stati membri di non creare significative diseguaglianze tra i contribuenti. Il Tribunale è giunto a tale conclusione dopo aver appurato che la disparità di trattamento tra i creditori soggetti alla disciplina del concordato preventivo e gli imprenditori soggetti alla procedura di accordo di composizione della crisi non possa essere



cando *tout court* l'art. 7 della legge n. 3/2012, hanno ammesso la falcidia dell'IVA nell'ambito delle procedure di risoluzione della crisi da sovraindebitamento [24], è intervenuta la Corte Costituzionale [25] consacrando definitivamente l'illegittimità costituzionale della previsione di cui all'art. 7, comma 1, terzo periodo della legge n. 3/2012 limitatamente al divieto di falcidia dell'IVA.

La conclusione cui è giunta la Consulta appare condivisibile tanto sul fronte del ragionamento logico-giuridico seguito, quanto su quello della soluzione adottata. Sulla base di un parallelismo tra la disciplina del concordato preventivo di cui alla l. fall. e l'accordo di composizione della crisi da sovraindebitamento, i Giudici hanno ravvisato un'identità di *ratio* tra le procedure, ovvero il reinserimento del soggetto incapiente nel sistema economico-sociale anche a fronte di un adempimento solo parziale del passivo maturato. Con la conseguenza che, successivamente alla novella apportata alla disciplina del trattamento dell'Iva nel concordato preventivo, la volontà del legislatore di lasciare immutato il divieto di cui all'art. 7 della legge n. 3/2012 è risultata essere contraria al canone della ragionevolezza [26], specie in considerazione della circostanza che sulla base di tale scelta si è venuta a creare quella discrasia di sistema che lo stesso legislatore aveva inteso evitare in sede di formulazione dell'art. 7, il cui contenuto riproduceva sostanzialmente la disciplina dell'art. 182 *ter* l. fall. all'epoca vigente.

La Corte ha ritenuto che la disparità di trattamento così realizzata fosse lesiva tanto del principio di eguaglianza di cui all'art. 3 cost., causando un irragionevole ed ingiusti-

---

giustificata neanche sulla base del principio di effettività dell'Iva e in *www.ilfallimentarista.it*, con nota di F. GALLO, *Sovraindebitamento: l'impossibilità di falcidiare l'Iva è contraria al principio di neutralità*, cit.; Trib. Pescara, 22 ottobre 2017, in *www.ilcaso.it*; Trib. Terni, 6 novembre 2019, n. 3, in *Le Corti Umbre*, 2019, p. 679 ss., con nota di M. PUCCI, cit.

[24] Nonostante la posizione contraria espressa dall'Agenzia delle Entrate che, anche con la Circolare n. 16/E/2018 del 23 luglio 2018, ha continuato ad escludere la possibilità di falcidiare Iva e ritenute operate e non versate nelle procedure per la composizione della crisi da sovraindebitamento, ribadendo che le modifiche di cui alla l. fall. non abbiano inciso sulle procedure concorsuali minori.

[25] Corte cost., 29 novembre 2019 n. 245, in *www.ilfallimentarista.it*, con commento di G. LAZOPPINA, *Falcidia Iva nel sovraindebitamento*; in *www.rivistadirittotributario.it*, 10 aprile 2020, con commento di M. MARTELLA, *La falcidia iva è possibile anche nel sovraindebitamento, ma resta aperta la questione delle ritenute fiscali*; in *www.ilcaso.it*, 22 gennaio 2020, con nota di L. GAMBI, *La consulta legittima la "falcidia" del credito i.v.a. nel sovraindebitamento*. La Corte si è pronunciata sul ricorso del Tribunale di Udine (Trib. Udine, 14 maggio 2018, in *Corr. trib*., 2018, p. 3009 ss., con nota di A. GUIDARA, cit.) il quale, a differenza delle precedenti pronunce giurisprudenziali sul tema (v. nt. 22), ha ritenuto che la questione del divieto di falcidia dell'Iva nel sovraindebitamento fosse, *in primis*, un fatto squisitamente nazionale, da risolvere «soltanto nel quadro dell'ordinamento interno».

[26] In tema di ragionevolezza v., per tutti, G. PERLINGIERI, *Sul criterio di ragionevolezza*, in *Annali della SISDIC*, 2017, I, p. 25 ss.; ID., *Profili applicativi della ragionevolezza nel diritto civile*, Napoli, 2015, *passim*.



ficato trattamento differenziato cui sono soggetti i debitori non fallibili rispetto a quelli fallibili, dinnanzi a procedure concorsuali che invece perseguono il medesimo obiettivo di definizione della crisi; quanto dell'art. 97 cost.: il riconoscimento della facoltà di presentare una proposta che preveda un pagamento parziale del tributo porrebbe, invece, l'Amministrazione finanziaria nella condizione di agire secondo i canoni di efficienza, economicità e massimizzazione delle risorse, vedendosi riconosciuta la possibilità di varare una proposta che, dinnanzi alla grave situazione debitoria del contribuente, le permetterebbe di conseguire maggiori introiti, ed in termini più rapidi, rispetto a quelli ricavabili nell'ipotesi liquidatoria. Opportunità, questa, preclusa dalla previsione normativa dell'obbligo di soddisfacimento integrale del tributo.

Quanto a quest'ultimo aspetto, appare opportuno rilevare che, già qualche anno prima rispetto alla pronuncia della Corte costituzionale, il Tribunale di Perugia [27] ammetteva la falcidia del credito Iva nell'ambito di un concordato preventivo senza transazione fiscale, sul rilievo che escluderne «*a priori* ogni negoziabilità (…), prescindendo dal contesto concreto e cioè dal fatto che si trova di fronte ad un debitore-imprenditore che versa in stato di dissesto, appare un comportamento contrastante con il precetto costituzionale dell'art. 97 cost. che impone all'Amministrazione di improntare la propria azione a criteri di buon andamento, efficienza ed efficacia il che vuol dire mirare, in alcuni casi, al male minore ossia accettare quella che *ex ante* appare l'ipotesi di realizzo più realistica e quindi optare per una soluzione di convenienza, di efficienza e di economicità quale può essere la falcidia dell'Iva a chirografo poiché solo questa soluzione può garantire allo Stato la possibilità di incamerare comunque qualcosa». Il Tribunale umbro, quindi, partendo dal presupposto dell'assenza di una norma di diritto interno dalla quale si possa far

[27] Cfr. Trib. Perugia, 28 marzo 2015, in *Le Corti Umbre*, 2016, p. 70 ss., con nota di V. PETTIROSSI, *Falcidia del credito iva e per ritenute operate e non versate nella disciplina del concordato*, in *Le Corti Umbre*, 2016, p. 77 ss. che, ancorato il divieto di stralcio esclusivamente alla transazione fiscale e confermato l'indirizzo interpretativo enunciato in un precedente provvedimento (v. Trib. Perugia, 22 giugno 2012, in *Fall*., 2013, p. 882 ss., con nota di E. FRASCAROLI SANTI, *Concordato preventivo e creditori postergati*), ha ritenuto omologabile un concordato preventivo senza transazione fiscale e con falcidia dell'Iva, sull'assunto che l'art. 182 *ter* l. fall. sia una norma eccezionale non suscettibile di un'interpretazione estensiva oltre il proprio ambito di applicazione, ovvero la transazione fiscale. Tale decisione merita particolare rilievo in quanto il Giudice perugino, da un lato, si è posto in evidente contrasto rispetto alla posizione della Corte di legittimità che aveva sancito l'applicabilità del divieto di falcidiazione dell'Iva ad ogni forma di concordato preventivo anche senza transazione fiscale (v. nt. 14); dall'altro, con le riflessioni compiute in merito all'assenza di una norma di diritto interno dalla quale si possa far derivare l'esistenza di un principio di indisponibilità del credito tributario inteso come impossibilità di negoziare il pagamento di un tributo in situazioni in cui sarebbe oggettivamente incerta l'integrale riscossione, ha anticipato le considerazioni sulle quali si è basata la successiva statuizione della Corte di Giustizia europea con la sentenza *Degano Trasporti*.



derivare l'esistenza di un principio di intangibilità del credito tributario, ha ritenuto che il divieto di negoziare il pagamento dell'Iva in situazioni in cui la sua integrale riscossione appaia obiettivamente incerta sia in contrasto con l'art. 97 della carta costituzionale.

Da ultimo occorre precisare che la pronuncia di illegittimità costituzionale non ha riguardato espressamente anche la locuzione relativa «alle ritenute operate e non versate», in quanto la fattispecie concreta sottoposta al vaglio della Corte non contemplava tale caso.

Una recente decisione di merito [28] ha tuttavia ritenuto ammissibile una proposta di accordo di composizione che prevedeva la falcidia del credito per ritenute operate e non versate, proprio alla luce dell'art. 7, comma 1, terzo periodo della legge n. 3/2012 come interpretato dalla Corte costituzionale con la pronuncia n. 245/2019 ed ha respinto l'eccezione di inammissibilità dell'accordo formulata dall'Erario sull'assunto che, seppure la Consulta non si sia espressa sul punto, si debba procedere, proprio in ragione di tale pronuncia e del parallelismo dalla stessa tracciato tra il concordato preventivo e l'accordo di composizione della crisi da sovraindebitamento, «ad una soluzione interpretativa costituzionalmente orientata, ulteriormente rafforzata in chiave interpretativa dalla nuova disciplina del Codice della Crisi di Impresa, che seppure non ancora in vigore, deve ritenersi utilizzabile a tal fine», e che ammette nell'ambito del concordato minore (che sostituirà l'attuale accordo di composizione) il pagamento parziale dei crediti tributari senza i limiti alla falcidia di cui all'art. 7, comma 1, parte terza della legge n. 3/2012.

In ogni caso preme anticipare che, se fino all'entrata in vigore del Codice della crisi di impresa e dell'insolvenza era possibile ipotizzare che i Tribunali affermassero la falcidiabilità delle ritenute facendo appello alla circostanza che la nuova codificazione ha superato tale disparità di trattamento ammettendo anche nel sovraindebitamento la falcidia di 'tutti' i debiti fiscali, la questione è stata espressamente risolta in senso positivo – come si vedrà *infra* – dall'art. 4 *ter* del cd. decreto Ristori.

4. – La pronuncia della Corte costituzionale ha consentito su un piano pratico di anticipare la possibilità di stralciare parte del debito erariale riconducibile ad Iva nell'ambito di una procedura concorsuale minore, preannunciando sostanzialmente ciò che sul piano legislativo è stato definitivamente consacrato dal nuovo Codice della crisi d'impresa e

[28] Trib. Parma, 26 marzo 2021, in *www.ilcaso.it*, 20 aprile 2021.



dell'insolvenza, con il quale il legislatore ha tentato di riportare ad una certa linearità l'intero sistema normativo, abbracciando le varie ipotesi di regolazione della crisi previste nel nostro sistema, dalle procedure minori della disciplina del sovraindebitamento sino alle ristrutturazioni delle grandi imprese; nonché di risolvere il problema, sorto all'indomani della riforma del 2017 dell'art. 182 *ter* l. fall., di garantire una gestione uniforme dei crediti tributari e contributivi all'interno delle diverse procedure di risanamento: concordato ed accordi di ristrutturazione, da un lato, accordi di composizione della crisi da sovraindebitamento, dall'altro.

Dall'analisi delle norme che la codificazione riserva alle procedure di risoluzione della crisi da sovraindebitamento – la cui entrata in vigore comporterà l'abrogazione della legge n. 3/2012 – ciò che emerge è che sia venuto definitivamente meno il principio generale sancito dall'art. 7, comma 1, terzo periodo della stessa legge, ovvero la possibilità di una mera dilazione per i tributi Iva e per le ritenute operate e non versate [29] con esclusione della falcidia.

Con riguardo alla ristrutturazione dei debiti del consumatore, nel nuovo CCII, all'art. 67, comma 4, si legge semplicemente che «è possibile prevedere che i crediti muniti di privilegio, pegno o ipoteca possono essere soddisfatti non integralmente, allorché ne sia assicurato il pagamento in misura non inferiore a quella realizzabile, in ragione della collocazione preferenziale sul ricavato in caso di liquidazione, avuto riguardo al valore di mercato attribuibile ai beni o ai diritti oggetto della causa di prelazione, come attestato dall'OCC». Viene, quindi, eliminata la precedente statuizione per cui «in ogni caso» per i tributi Iva e per le ritenute operate e non versate è prevista esclusivamente la dilazione di pagamento, senza possibilità di falcidia.

Quanto all'omologazione del piano (artt. 70, comma 7, CCII), la stessa viene subordinata esclusivamente alla verifica da parte del giudice dell'ammissibilità e della fattibilità dello stesso, diversamente dall'attuale formulazione dell'art. 12 *bis*, comma 3, legge n. 3/2012, in cui è espressamente prevista l'omologa del piano del consumatore, solo dopo la verifica da parte del giudice che il piano sia idoneo ad assicurare l'integrale pagamento dell'Iva e delle ritenute operate e non versate.

Allo stesso modo, con riferimento alla revoca dell'omologazione (art. 72, comma 1, CCII) si legge che il Giudice la disponga «(...) quando è stato dolosamente o con colpa grave aumentato o diminuito il passivo, ovvero sottratta o dissimulata una parte rile-

[29] Cfr. F.M. Cocco, *Evoluzione dei crediti tributari e contributivi nel sovraindebitamento*, in *Il nuovo trattamento dei crediti tributari e contributivi secondo il codice della crisi e dell'insolvenza*, cit., p. 137 ss.



vante dell'attivo ovvero dolosamente simulate attività inesistenti o se risultano commessi altri atti diretti a frodare le ragioni dei creditori». Diversamente, l'art. 12 *ter*, comma 4, legge n. 3/2012 stabilisce che gli effetti dell'omologa del piano vengono meno, *inter alia*, in caso di mancato integrale pagamento dell'Iva e delle ritenute operate e non versate.

In merito al Concordato minore, invece, l'art. 74, comma 4, CCII prevede espressamente che allo stesso si applicheranno, in quanto compatibili, le disposizioni in tema di concordato preventivo e, quindi, anche l'art. 88 CCII che non prevede più alcuna distinzione di trattamento tra il credito IVA e gli altri crediti privilegiati ai fini di un pagamento parziale. Al pari, poi, delle previsioni relative all'omologazione ed alla revoca dell'omologazione del piano di ristrutturazione, anche con riferimento al concordato minore (artt. 80, comma 1 e 82, comma 1, CCII) viene archiviato ogni riferimento al pagamento integrale delle Iva e delle ritenute quale presupposto per l'omologa, ovvero al mancato integrale pagamento delle stesse quale condizione del venire meno, *inter alia*, degli effetti dell'omologa.

Sostanzialmente, con riguardo al trattamento dei crediti erariali nelle procedure di composizione della crisi da sovraindebitamento come riformate dal d.lgs. n. 14/2019, si può concludere che: 1) i crediti previdenziali e tributari non ricevono un trattamento differenziato rispetto agli altri crediti, bensì seguono le sorti generali, a seconda che siano chirografari o prelatizi: possono, quindi, essere falcidiati allorquando la liquidazione dei beni, sui quali insiste la prelazione, sia un'alternativa meno vantaggiosa per lo stesso ente creditore, indipendentemente dalla circostanza che, nell'ambito dei secondi, figurino crediti per Iva e per ritenute operate e non versate; 2) è stato conseguito l'obiettivo di garantire una ragionevole gestione dei tributi uniforme in tutte le procedure concorsuali di risoluzione della crisi, facendo scomparire definitivamente il divieto di falcidia dell'Iva e delle ritenute operate e non versate ed eliminando, in tal modo, quello che sino ad ora ha rappresentato il principale ostacolo alla sostenibilità del piano proposto dal debitore.

5. – A fronte del momentaneo rinvio dell'entrata in vigore del Codice, al fine di individuare misure urgenti per il sostegno ed il rilancio dell'economia in un momento storico particolarmente complesso a causa della diffusione della pandemia, il legislatore ha introdotto, con la legge di conversione del decreto Ristori, specifiche norme in materia di sovraindebitamento destinate a favorire l'adozione delle soluzioni più adeguate a supera-



re le criticità derivanti dalle esposizioni debitorie dei soggetti più deboli [30], che di fatto anticipano le misure contenute nel d.lgs. n. 14/2019 [31].

La peculiarità dirompente di tale riforma è legata alla immediata applicabilità delle disposizioni introdotte anche alle procedure di risoluzione della crisi già pendenti al 25 dicembre 2020, data di entrata in vigore della legge. Si anticipa, così, la possibilità di beneficiare di alcune delle previsioni di cui al CCII offrendo al debitore sovraindebitato nuove opportunità da sfruttare fin da subito, senza dover attendere l'entrata in vigore della codificazione.

Fra le principali novità introdotte, per quanto qui di interesse, si segnala la soppressione dell'art. 7, comma 1, terzo periodo della legge n. 3/2012 che vietava la falcidia dei tributi costituenti risorse proprie dell'Unione europea e delle ritenute fiscali: viene così definitivamente archiviata la questione sorta all'indomani della pronuncia della Corte costituzionale del 2019 in merito all'ammissibilità non solo di una dilazione, ma anche di un pagamento parziale delle ritenute operate e non versate.

La novità dirompente relativa al trattamento dei debiti erariali è rappresentata dall'estensione anche alle procedure di composizione della crisi da sovraindebitamento del cd. *cram down* fiscale e previdenziale [32] – già previsto nell'ambito del concordato preventivo e degli accordi di ristrutturazione di cui alla l. fall. [33] –, ovvero dell'attribuzione al giudice, in sede di omologa dell'accordo di composizione della crisi da sovraindebitamento,

---

[30] Per un commento a tale novella, C. DE MARTINI, *Commento a prima lettura delle modifiche alla legge n. 3/2012 sulla composizione della crisi da sovraindebitamento*, cit. V., anche, F. VALERINI, *Sovraindebitamento più appetibile per i debitori dopo la conversione del decreto Ristori*, in *www.dirittoegiustizia.it*, 21 dicembre 2020; F. CESARE, *Il nuovo sovraindebitamento modificato dalla legge di conversione del Decreto Ristori*, in *www.ilfallimentarista.it*, 5 gennaio 2021.

[31] In senso critico, C. DE MARTINI, *Commento a prima lettura delle modifiche alla legge n. 3/2012 sulla composizione della crisi da sovraindebitamento*, cit., rileva che sarebbe stato più opportuno, per esigenze di coerenza ed organicità della disciplina, introdurre nel decreto Ristori una norma volta ad anticipare l'entrata in vigore delle previsioni del Codice concernenti le procedure di composizione della crisi da sovraindebitamento.

[32] Disciplinato all'art. 80, comma 3, del CCII.

[33] Si vedano gli artt. dell'art. 180, comma 4 e 182 *bis* l. fall., come novellati dal d.l. del 7 ottobre 2020, n. 125 (Recante «Misure urgenti connesse con la proroga della dichiarazione dello stato di emergenza epidemiologica da COVID-19 e per la continuità operativa del sistema di allerta COVID, nonché per l'attuazione della direttiva (UE) 2020/739 del 3 giugno 2020») convertito, con modificazioni, dalla legge 27 novembre 2020, n. 159. In argomento, E. MATTEI, *Il trattamento dei crediti tributari e contributivi: ancora novità sulla cd "transazione fiscale*", in *www.ilcaso.it*, 24 novembre 2020. V., anche. L. DE BERNARDIN, *Brevi note a prima lettura sull'omologa dei piani di ristrutturazione con trattamento dei crediti tributari e contributivi (o anche: "del* cram down *del tribunale nella transazione fiscale")*, in *www.ilcaso.it*, 2 gennaio 2021; A. TURCHI, Cram down *fiscale anche in caso di voto negativo dell'amministrazione finanziaria*, *ivi*, 12 febbraio 2021; L. GAMBI, *Alcune note sul nuovo* cram down *nella transazione fiscale e contributiva*, *ivi*, 13 gennaio 2021.



del potere di contravvenire alla posizione del creditore – l'Amministrazione finanziaria – in merito alla convenienza della proposta presentata dal debitore e di decidere autonomamente, in presenza di determinati presupposti [34].

L'art. 12 della legge n. 3/2012, infatti, è stato arricchito con un comma 3 *quater*, il quale prevede la possibilità per il Tribunale di procedere all'omologa dell'accordo di composizione «anche in mancanza di adesione da parte dell'Amministrazione finanziaria», qualora sussistano le seguenti due condizioni: 1) l'adesione all'accordo da parte dell'Amministrazione finanziaria sia decisiva per il raggiungimento delle maggioranze prescritta dalla legge per l'approvazione della proposta [35]; 2) sulla base delle risultanze della relazione redatta dall'Organismo di composizione della crisi (O.C.C.), la proposta di soddisfacimento presentata dal debitore sia conveniente per l'ente creditore rispetto all'alternativa liquidatoria.

Sostanzialmente si introduce la possibilità di stralciare debiti erariali senza che sia necessario attendere l'adesione dell'Amministrazione finanziaria, attribuendo al Tribunale il potere di superare le resistenze dell'ente gestore di tali crediti e procedere all'omologa.

Deve osservarsi che mentre la verifica del primo requisito non desti particolari problemi per il Tribunale, risolvendosi in una mera operazione aritmetica, la prova della maggior convenienza della proposta rispetto alla alternativa liquidatoria può rivelarsi particolarmente delicata. Tale circostanza rende evidente l'importanza del ruolo assegnato all'O.C.C. che dovrà dimostrare il vantaggio che la proposta comporti nel soddisfacimento dell'Amministrazione finanziaria rispetto l'alternativa liquidatoria e, quindi, rafforzare la credibilità degli impegni assunti dal debitore mediante il piano [36].

Il riconoscimento al Tribunale della facoltà di imporre all'ente creditore la riduzione del credito anche nel caso di mancata adesione dell'ente stesso all'accordo, deve essere interpretata come volontà del legislatore di trasferire la competenza decisionale agli organi giurisdizionali al fine di superare le «ingiustificate resistenze alle soluzioni concor-

---

[34] Cfr. C. DE MARTINI, *Commento a prima lettura delle modifiche alla legge n. 3/2012 sulla composizione della crisi da sovraindebitamento*, cit.; F. CESARE, *Il nuovo sovraindebitamento modificato dalla legge di conversione del Decreto Ristori*, cit.

[35] V. art. 11, comma 2, legge n. 3/2012 ai sensi del quale: «Ai fini dell'omologazione di cui all'articolo 12, è necessario che l'accordo sia raggiunto con i creditori rappresentanti almeno il sessanta per cento dei crediti (…)».

[36] L'importanza del ruolo svolto dal professionista attestatore è espressamente evidenziata, con riferimento allo stralcio dei debiti erariali e previdenziali nell'ambito delle procedure concorsuali maggiori, dalla stessa Agenzia delle Entrate, nella Circolare n. 34/E del 29 dicembre 2020 (consultabile in *www.altalex.com*), con la quale sono state fornite delle linee guida in materia di valutazione delle proposte di transazione fiscale presentate nell'ambito delle procedure di gestione della crisi di impresa, in considerazione del particolare momento di emergenza derivante dall'epidemia da COVID-19.



date che spesso si sono registrate nella prassi» [37], qualora la proposta sia conveniente per l'Amministrazione finanziaria. Questo ruolo sostitutivo del giudice appare peraltro condivisibile se si considera che lo stesso operi, nell'ambito della gestione dei procedimenti di risoluzione della crisi, quale garante dei contrapposti interessi coinvolti e, dunque, soggetto cui naturalmente spetta il compito di valutarne il loro inevitabile bilanciamento [38].

Il riformato art. 12 della legge n. 3/2012 lascia però aperta la questione interpretativa relativa al significato da attribuire all'espressione «mancanza di adesione» dell'ente creditore: ci si chiede, in altri termini, se la stessa ricorra soltanto qualora l'amministrazione finanziaria non si pronunci sulla proposta formulata dal debitore ovvero anche quando la rigetti [39].

Sull'argomento si è pronunciato con un recente provvedimento il Tribunale di La Spezia [40], chiamato ad esprimersi nell'ambito dell'omologazione di un accordo di composizione della crisi in relazione al quale l'Agenzia delle Entrare, il cui voto era decisivo per raggiungere la maggioranza prescritta per l'approvazione della proposta, aveva espressamente manifestato la volontà di non aderirvi.

Il Tribunale, richiamando l'applicazione del principio di buon andamento di cui all'art. 97 della Costituzione, nella sua accezione di presidio di tutela dell'efficienza della pubblica amministrazione, ha optato per la seconda soluzione interpretativa, ovvero che la mancanza di adesione ricorra anche qualora l'ente rigetti la proposta, ritenendo che «L'art. 12, comma 3 *quater*, (…), comporti la conversione *ipso iure* in voto positivo del voto negativo espresso dall'Agenzia delle Entrate rispetto alla proposta di accordo di composizione della crisi avanzata dal debitore» qualora ricorrano le due condizioni richieste dalla norma [41], spingendosi a concludere che il «legislatore impon[ga] all'Am-

---

[37] Così la *Relazione illustrativa* al D.lgs. n. 14/2019.

[38] Cfr. F. DAMI, *La gestione dei debiti fiscali nel nuovo "codice della crisi di impresa e dell'insolvenza*, in *www.rivistadirittotributario.it*, 23 luglio 2019.

[39] In proposito, con riferimento alle procedure concorsuali maggiori, v. G. ANDREANI, *Le nuove norme della legge fallimentare sulla transazione fiscale*, in *www.ilfallimentarista.it*, 5 gennaio 2021; L. GAMBI, *Alcune note sul nuovo* cram down *nella transazione fiscale e contributiva*, cit.; L. DE BERNARDIN, *Brevi note a prima lettura sull'omologa dei piani di ristrutturazione con trattamento dei crediti tributari e contributivi (o anche: "del* cram down *del tribunale nella transazione fiscale")*.

[40] Trib. La Spezia, 14 gennaio 2021, in *www.ilcaso.it*, 12 febbraio 2021, con nota di A. TURCHI, Cram down *fiscale anche in caso di voto negativo dell'amministrazione finanziaria*, cit.

[41] A tal proposito, il Tribunale ha altresì precisato che il *cram down* si applichi limitatamente alle ipotesi in cui il voto dell'amministrazione finanziaria sia decisivo ai fini del raggiungimento delle maggioranze prescritte *ex lege*, «poiché qualora esso risulti ininfluente l'obiettivo della massima efficienza della Pubblica Amministrazione è già realizzato (nel caso di approvazione della proposta) oppure non può essere realizzato (nel caso di mancata approvazione della proposta) per fattori estranei alla condotta (*rectius* al voto) della Pubblica Amministrazione».



ministrazione Finanziaria l'adesione alle proposte di composizione giudiziaria della crisi (...) che consentono la migliore soddisfazione possibile del credito erariale in raffronto a qualsiasi altra alternativa giudiziaria concorsuale».

6. – Nell'attesa di verificare come si orienteranno gli altri Giudici di merito, ciò che è certo è che la previsione di cui all'art. 12, comma 3 *quater*, della legge n. 3/2012 consenta di concludere che il *cram down* fiscale rappresenti uno strumento di composizione della crisi idoneo a supportare un numero elevato di debitori in difficoltà, superando le posizioni particolarmente intransigenti da parte delle pubbliche amministrazioni mediante il conferimento di un ruolo preminente alla valutazione del Tribunale in sede di disamina della proposta presentata dal debitore.

Ciò nonostante, il dubbio che rimane riguarda l'equità di tale strumento che permette al debitore di beneficiare, seppure in presenza di requisiti tassativamente previsti, della falcidia di crediti dello Stato, con un potenziale effetto distorsivo della concorrenza [42]. Ne consegue l'imprescindibile rilevanza tanto del controllo giudiziale idoneo a garantire ai creditori che sia stata attentamente verificata la sussistenza delle condizioni richieste dalla legge per la applicabilità dello stralcio, quanto dell'operato dell'O.C.C. quale garanzia di legalità e correttezza delle proposte di trattamento dei crediti erariali presentate dal debitore, al fine di consentire al Tribunale di autorizzare il pagamento parziale solo qualora vi sia la certezza che una tale soluzione permetta allo Stato di conseguire maggiori introiti rispetto all'alternativa liquidatoria.

In ogni caso, in questo preoccupante momento storico che vedrà quale effetto nefasto della pandemia il moltiplicarsi delle situazioni di sovraindebitamento e la conseguente apertura di procedure di risoluzione della crisi, un tale strumento non può che considerarsi efficace ed incisivo, permettendo di superare le ritrosie e le inerzie dell'amministrazione finanziaria che ha sempre guardato con diffidenza allo strumento della transazione, nei casi in cui la proposta di accordo presentata dal debitore comporti di fatto un vantaggio certo tanto per il sovraindebitato quanto per l'ente creditore.

---

[42] Sul punto, E. MATTEI, *Il trattamento dei crediti tributari e contributivi: ancora novità sulla cd "transazione fiscale"*, cit., nt. 3, con riferimento al *cram down* nell'ambito degli accordi di ristrutturazione e del concordato di cui alla l. fall., rileva che la decisione del Giudice di concedere lo stralcio dei crediti tributari non possa che basarsi esclusivamente sulla capacità del debitore di soddisfarli, seppure parzialmente, in quanto «diversamente opinando si rischia di non trovare alcuna soddisfazione a tali crediti nell'alternativa fallimentare, trovandosi in questo caso, innanzi ad un danno erariale certo».

JUS CIVILE



CLAUDIA CONFORTINI

Professore a contratto – Università degli studi Link Campus *di Roma*

GARANZIA AUTONOMA E NULLITÀ DEL PATTO USURARIO. IL PROBLEMA DELLE ECCEZIONI OPPONIBILI

SOMMARIO*: 1. L'eccezione del carattere usurario degli interessi di conto corrente nel quadro delle eccezioni opponibili dal garante autonomo. – 2. La rinuncia del garante alla proponibilità di eccezioni relative al rapporto base come tratto distintivo della garanzia autonoma. – 3. Le diverse ipotesi ricostruttive del fondamento causale della garanzia autonoma: riflessi sul piano della selezione delle eccezioni opponibili. – 3.1. La garanzia autonoma come strumento della contrattazione d'impresa. – 4. Il garante può opporre al beneficiario la nullità del contratto base per illiceità o illegalità, ma non la inesistenza del rapporto garantito o la nullità strutturale del contratto principale. – 5. La pattuizione d'interessi usurari è contraria a norma imperativa; la sua nullità inficia la pretesa di pagamento degli interessi del garante e tuttavia, non invalida la transazione (novativa) sul conto corrente. La transazione (novativa) sul patto usurario invece … – 6. Considerazioni conclusive.*

1. – Una serie di pronunce anche molto recenti [1], sia di merito sia di legittimità, si occupa di regolare le conseguenze che si generano, nell'ambito di un rapporto di conto corrente bancario e sul contratto di garanzia autonoma del credito derivante dal saldo del

[1] Cfr. Trib. Cagliari, 15 luglio 2020, n. 1632, ined. Nel caso di specie, era stata domandata revoca di un decreto col quale era stato ingiunto il pagamento in favore di BNL s.p.a. di una somma di circa 81.000 euro, asseritamente dovuta in adempimento di un contratto di fideiussione prestata a garanzia delle obbligazioni di una società e dunque, anche del debito di questa derivante dal saldo del conto corrente. L'opponente lamentava la applicazione da parte della banca d'interessi superiori sia al tasso contrattualmente stabilito sia al tasso soglia con capitalizzazione trimestrale degli stessi nel corso degli anni. Il tribunale ha rilevato come il contratto fosse «rispettoso del principio di identica periodicità di capitalizzazione» sì che l'opponente non poteva dolersi della capitalizzazione degli interessi, ma ha ravvisato il superamento del tasso soglia, osservando come questo si fosse «verificato non già per effetto di una oscillazione del tasso soglia (evenienza nella quale esso, secondo gli insegnamenti della Suprema Corte, sarebbe stato irrilevante) (Cass. S.U., 19 ottobre 2017 n. 24675), ma a causa di un aumento degli oneri imposti dalla banca […]. Il decreto ingiuntivo opposto è stato revocato e l'opponente è stato condannato al pagamento di una somma di circa 60.000, ottenuta detraendo dal saldo finale calcolato dalla banca gli interessi maturati a partire dal trimestre in cui si è verificato il superamento del tasso soglia.



conto, allorché il tasso effettivo degli interessi applicato dalla banca superi il tasso soglia non già per effetto di un'oscillazione di quest'ultimo, bensì a causa di un aumento degli oneri imposti dalla banca [2].

Trattandosi non già di "usura sopravvenuta" [3], ma di modifica contrattuale direttamente soggetta alla normativa antiusura, in casi come questo, viene fatta applicazione della norma contenuta al secondo comma dell'art. 1815 cod. civ., che sanziona con la nullità la pattuizione di interessi usurari: nessun interesse, di conseguenza, è dovuto e il garante richiesto del pagamento può paralizzare la pretesa del creditore-beneficiario eccependo la nullità della previsione d'interessi usurari.

---

[2] In base all'articolo 2, comma quarto, della l. 7 marzo 1996, n. 108, così come modificato dall'art. 8, comma quinto, lett. *d* del d.l. 13 maggio 2011, n. 70, il limite oltre il quale gli interessi sono sempre usurari, previsto dal terzo comma dell'art. 644 cod. pen., è stabilito nel tasso medio degli interessi praticati dalle banche e dagli intermediari finanziari per operazioni della stessa natura, secondo le rilevazioni effettuate trimestralmente dal Ministero dell'Economia e delle Finanze e pubblicate nella G.U. (c.d. TEGM, Tasso Effettivo Globale Medio), aumentato di un quarto, cui si aggiunge un margine di ulteriori quattro punti percentuali. La differenza tra il limite ed il tasso medio, in ogni caso, non può essere superiore a otto punti percentuali. *Ex* art. 644, quarto comma, cod. pen. gli interessi sono, inoltre, usurari, quando, anche se inferiori al limite legale, risultino comunque sproporzionati rispetto alla prestazione ricevuta, avuto riguardo alle modalità dell'operazione, se chi li ha dati versava in condizioni di difficoltà economica o finanziaria. In assenza di una definizione codicistica, sembra indubitabile che la nozione di «interessi usurari» vada ricostruita sulla base dell'art. 644 cod. pen. Cfr. E. QUADRI, *Usura* (*dir. civ.*), *Enc. giur. Trecc.*, XXXVII, Roma, 1999, p. 3; D. SINESIO, *Gli interessi usurari*. *Profili civilistici*, Napoli (Jovene), 1999, p. 16. In giur. fa espressamente riferimento al (nuovo) testo dell'art. 644, terzo comma, cod. pen. per ricavare la nozione di interessi usurari Cass. civ. Cass., 9 gennaio 2013, n. 350, in *Foro it*., 2014, pt. I, c. 128.

[3] In tema di usura sopravvenuta cfr. Cass. civ., sez. un., 19 ottobre 2017 n. 24675, pubblicata e commentata su numerose riviste, tra le quali: *Foro it*., 2017, fasc. 11, pt. I, c. 3274 ss., con note di G. CARRIERO, *Usura sopravvenuta. C'era una volta?* e di G. LA ROCCA *Usura sopravvenuta e "sana e prudente gestione" della banca: le sezioni unite impongono di rimeditare la legge sull'usura a venti anni dall'entrata in vigore*; *Contr.*, 2017, fasc. 6, p. 637 ss., con nota di L. MORISI, *Il tramonto dell'usura sopravvenuta*; *Nuova giur. civ*., 2018, fasc. 4, p. 524 ss. con note di G. SALVI, *L'irrilevanza dell'usura sopravvenuta alla luce del vaglio (forse) definitivo delle Sezioni Unite* e di S. PAGLIANTINI, *Dopo le Sezioni Unite: sulla c.d. usura sopravvenuta ed un abuso del diritto che non c'è*; *Banca borsa*, 2018, fasc. 3, pt. II, p. 304, con nota di G. FAUCEGLIA, *L'usura sopravvenuta nella Cassazione Sezioni Unite n. 24675/2017: più interrogativi che risposte*; in *Rass. dir. civ.*, 2019, fasc. 1, p. 205 ss., con nota di E. ADAMO, *Le Sezioni unite chiudono le porte all'usura sopravvenuta: riflessioni in tema di sorte del mutuo in caso di tassi divenuti usurari*; *Giur. it.*, 2018, fasc. 1, p. 40 ss., con nota di P. BARTOLOMUCCI, *L'usura sopravvenuta al vaglio delle Sezioni Unite*: *Riv. dir. ec. tras. amb*., 2018, p. 21 ss., con nota di F. GIULIANI, *Riflessioni su Cassazione 19 ottobre 2017 n. 24675: le Sezioni Unite decretano il definitivo tramonto dell'usura sopravvenuta*; in *Corr. giur.*, 2017, fasc. 12, p. 1484 ss. con nota di G. GUIZZI, *Le Sezioni Unite e il "*de profundis*" per l'usura sopravvenuta* e di S. PAGLIANTINI, *L'usurarietà sopravvenuta ed il canone delle SS.UU.: ultimo atto?* cui *adde* ID., *La saga (a sfaccettature multiple) dell'usurarietà sopravvenuta tra regole e principi*, in G. D'AMICO (a cura di), *Gli interessi usurari. Quattro voci su un tema controverso*, Torino, 2017, p. 95 ss.; M. SEMERARO, *Usura bancaria e regole del mercato del credito*, in *Banca borsa*, 2017, n. 2, pt. I, p. 213 ss. anche per ulteriori opportuni riferimenti bibliografici.



A tacere delle perplessità che può destare la scelta di applicare in modo generalizzato a ogni contratto cd. di credito una norma dettata in tema di mutuo, derogatoria «rispetto al principio di naturale fecondità del denaro *ex* art. 1282 c.c., alle disposizioni in tema di pattuizioni di interessi ultralegali *ex* art. 1284 cod. civ. e alla disciplina della nullità parziale *ex* art. 1419 cod. civ.»[4], non si può omettere di osservare come la giurisprudenza si limiti a ripetere in modo tralatizio che, nella garanzia autonoma: «improntandosi il rapporto tra il garante e il creditore beneficiario a piena autonomia, il garante non può opporre al creditore la nullità di un patto relativo al rapporto fondamentale, salvo che essa dipenda da contrarietà a norme imperative o dall'illiceità della causa, come appunto, la

[4] Cfr. L. MORISI, *Crisi dell'usura pecuniaria e prospettive di riforma*, *Nuove leg. civ. comm.*, 2020, fasc. 6, p. 1429, per il quale, trattandosi di norma eccezionale, sarebbe dogmaticamente corretto applicarla solo in relazione al contratto di mutuo; anzi: sarebbe «opportuno meditare circa l'opportunità di una diversa *sedes materiae*». *Contra* M. RABITTI, *Contratto illecito e norma penale*, Milano, 2000, p. 255, per la quale l'art. 1815 cod. civ. reca invece una norma applicabile analogicamente a tutti i contratti di finanziamento o di "credito"; L. NIVARRA, *Il mutuo civile e l'usura*, in G. GITTI-M. MAUGERI-M. NOTARI (a cura di), *I contratti per l'impresa*, II, *Banca, mercati, società*, Bologna, 2012, p. 26, per il quale l'art. 1815, comma 2°, cod. civ. «è espressivo di un principio generale applicabile a qualsiasi convenzione». Per la tesi che considera la norma dell'art. 1815 cod. civ., comma 2°, eccezionale e dunque, inapplicabile in via analogica, ma suscettibile d'interpretazione estensiva F. DI MARZIO, *La nullità del contratto*, Padova, 2008, p. 480; Id., *Contratto illecito e disciplina del mercato*, Napoli (Jovene), 2001, p. 109; p. 111. Giustifica l'estensione dell'art. 1815 cod. civ. secondo comma, sul presupposto che regoli in via generale il patto sugli interessi, attraverso un'operazione, dichiaratamente, «di ortopedia interpretativa» A. GENTILI, *I contratti usurari: tipologie e rimedi*, *Riv. dir. civ.*, 2001, fasc. 3, pt. I, p. 375. Per una disamina degli argomenti a favore e contro la «estendibilità "orizzontale" dell'art. 1815, 2° co. c.c.» v. P. DAGNA, *Profili civilistici dell'usura*, in B. INZITARI (a cura di), *Il diritto degli affari*, Padova, 2008, p. 56 ss. In giur., nel senso che l'art 1815, comma secondo, cod. civ. reca una «regola applicabile per tutti i contratti che prevedono la messa a disposizione di denaro dietro una remunerazione» si segnala Cass. civ., sez. I, 22 giugno 2016, n. 12965, in *Nuova giur. civ.*, 2016, fasc. 12, pt. I, p. 1593, con nota di U. SALANITRO, *Usura e commissione di massimo scoperto: la Cassazione civile riconosce il valore vincolante del principio di simmetria*; *Foro nap.*, 2017, fasc. 2, p. 539 ss., con nota di M. CICORIA, *"Cosí è (se vi pare)": nota breve a Cassazione n. 12965/2016*; *Banca borsa*, suppl., 2017, p. 267; *Giur. comm.*, 2017, fasc. 1, pt. II, p. 5, con nota di M. CIAN; *Questioni in tema di commissione di massimo scoperto: a volte ritornano (anzi, sono sempre state qui)*; *Banca borsa*, 2018, fasc. 1, pt. II, p. 28, con nota di M. PASSARETTA, *Il costo del credito tra clausole di salvaguardia anti-usura e commissioni di massimo scoperto.* Nel senso che la previsione dettata in tema di mutuo ha carattere eccezionale e dunque, non può applicarsi analogicamente a rapporti diversi e che, per quanto concerne i contratti bancari, la pattuizione d'interessi usurari (nulla per contrarietà a norme imperative) determina, *ex* artt. 1339 e 1419 comma secondo cod. civ., l'applicazione dell'art. 117, comma 7°, t.u.b. C. SILVETTI, *I contratti bancari*, in V. CALANDRA BUONAURA-M. PERASSI-C. SILVETTI, *La banca: l'impresa e i contratti*, vol. VI, *Tratt. dir. comm.*, diretto da G. COTTINO, Padova, 2001, p. 424. Reputa la tesi della sostituzione automatica della clausola nulla col criterio enunciato all'art. 117, comma 7°, t.u.b. «chiara, ma non persuasiva» M. Cian, *Appunti sul sistema dell'usura civile: complessità del fenomeno reale e rigidità del modello normativo*, *Studium iuris*, 2008, fasc. 12, p. 1382. Per l'A. «il temperamento della sanzione sul piano civilistico per tutti i contratti non riconducibili al mutuo, e specie per quelli bancari […] determinerebbe una rottura della unità sistematica trasversalmente voluta dalla riforma tra disciplina del delitto e dell'illecito civile».



previsione di interessi usurari»[5] senza chiarire se, nel caso di specie, si verta nell'una o nell'altra ipotesi.

---

[5] Il riferimento è all'orientamento espresso da Cass., 25 agosto 2017, n. 20397, in *Vita not*., 2018, p. 272 ss., ma anche, diversi anni prima, da Cass. civ., sez. III, 3 marzo 2009, n. 5044, che può leggersi in *Dir. e giur.*, 2010, fasc. 1, p. 120 ss., con nota di C. RUSSO, *Il contratto autonomo di garanzia negli orientamenti dottrinali e giurisprudenziali*; *Banca borsa*, 2011, fasc. 3, pt. II, p. 287 ss., con nota di M. CUCCOVILLO, *Clausola di pagamento "a prima richiesta" (e "senza eccezioni") e qualificazione della garanzia personale*: «L'autonomia che caratterizza il rapporto fra il garante e il creditore beneficiario nell'ambito del contratto autonomo di garanzia comporta dunque che la nullità di un patto relativo al rapporto fondamentale non può essere opposta al medesimo creditore, salvo che dipenda da contrarietà a norme imperative o illiceità della causa e salvo che, attraverso il contratto autonomo si intenda assicurare un risultato vietato dall'ordinamento. Non sempre però la nullità della pattuizione di interessi ultralegali si comunica al contratto autonomo di garanzia, non essendo vietato nel nostro ordinamento il pagamento di tali interessi ma soltanto quello di interessi usurari (Cass., 7 marzo 2002, n. 3326). E non è neppure configurabile un divieto assoluto di anatocismo, essendo anzi quest'ultimo permesso alle particolari condizioni previste dall'art. 1283 c.c., e, per gli esercenti l'attività bancaria, dal D. Lgs. 1° settembre 1993, n. 385, art. 120 (T.U. bancario)». Analogamente Cass. civ. [ord.], sez. I, 25 agosto 2017, n. 20397, cit.: «[…] il garante, improntandosi il rapporto tra lo stesso ed il creditore beneficiario a piena autonomia, non può opporre al creditore la nullità di un patto relativo al rapporto fondamentale, salvo che dipenda da contrarietà a norme imperative o dall'illiceità della causa e che, attraverso il medesimo contratto autonomo, si intenda assicurare il risultato vietato dall'ordinamento. Nondimeno, si deve escludere che la nullità della pattuizione di interessi ultralegali si comunichi sempre al contratto autonomo di garanzia, atteso che detta pattuizione – eccezion fatta per la previsione di interessi usurari – non è contraria all'ordinamento, non vietando quest'ultimo in modo assoluto finanche l'anatocismo, così come si ricava dall'articolo 1283 c.c. e il Decreto Legislativo n. 385 del 1993, articolo 120». «Più in generale» proseguono i giudici «questa Corte ha chiarito che la "*exceptio doli generalis seu praesentis* ha ad oggetto la condotta abusiva o fraudolenta dell'attore, che ricorre quando questi, nell'avvalersi di un diritto di cui chiede tutela giudiziale, tace, nella prospettazione della fattispecie controversa, situazioni sopravvenute alla fonte negoziale del diritto fatto valere ed aventi forza modificativa o estintiva dello stesso, ovvero esercita tale diritto al fine di realizzare uno scopo diverso da quello riconosciuto dall'ordinamento o comunque all'esclusivo fine di arrecare pregiudizio ad altri, o, ancora, contro ogni legittima ed incolpevole aspettativa altrui. Ne consegue che, in materia di contratto autonomo di garanzia, non possono essere addotte a fondamento della *exceptio doli* circostanze fattuali idonee a costituire oggetto di eccezione di merito opponibile nel rapporto principale dal debitore garantito al creditore e beneficiario della garanzia, in quanto elemento fondamentale di tale rapporto è", proprio, "la inopponibilità da parte del garante di eccezioni di merito proprie del rapporto principale" Cass. sez. 5, sent. 12.9.2012, n. 15216 (conf. Cass. sez. 1, sent. 31.7.2015, n. 16213)». I motivi di ricorso venivano, peraltro, respinti sul rilievo che la ricorrente non avesse «specificamente contestato perché, nel caso di specie, ricorrerebbe un'ipotesi di nullità della causa o di indeterminatezza, ed indeterminabilità, dell'oggetto del contratto». Nella giurisprudenza di merito, in senso conforme, v. Trib. Firenze, sez. lav., 27 ottobre 2020, n. 2323 in *Dejure.it*; App. Roma, sez. I, 3 ottobre 2020, n. 4645 in *Dejure.it.* In questo quadro, devono peraltro segnalarsi: Cass. civ., sez. I, 10 gennaio 2018, n. 371, in *Banca, borsa*, 2020, fasc. 2, pt. II, p. 235 ss., con nota di F. ATTANASIO, *La legittimazione del garante a proporre l'eccezione di nullità della clausola anatocistica: perdita dell'autonomia della garanzia?*, per cui la clausola che stabilisce la capitalizzazione degli interessi è invece nulla, costituendo non un uso normativo bensì — per la mancanza della *opinio juris ac necessitatis* — un uso negoziale, come tale inidoneo a atteggiarsi come effetto automaticamente integrativo del contratto; la regola della normale indipendenza e insensibilità del rapporto di garanzia rispetto alle vicende del contratto di base è destinata a essere eccezionalmente superata nelle ipotesi di nullità per illiceità della cau-



La formula impiegata nelle sentenze sembra associare le due forme di nullità in una endiadi, senza lasciare intendere in modo inequivoco se la previsione d'interessi usurari sia nulla per contrarietà a norme imperative o per illiceità.

Ammesso che possa distinguersi chiaramente tra le due ipotesi sul piano teorico, nelle pagine che seguono, si tenterà di sciogliere l'ambiguità, ponendo in evidenza le conseguenze che possono trarsi sul piano applicativo.

Proprio il nodo delle eccezioni opponibili dal garante è, peraltro, uno tra i più intricati in tema di garanzia autonoma: mentre per quanto concerne le eccezioni afferenti al rapporto di garanzia, dottrina e giurisprudenza propendono per soluzioni tendenzialmente convergenti, con riguardo alle eccezioni attinenti al rapporto fondamentale si registrano dissonanze e contrasti d'opinioni.

I punti fermi sono così pochi da poter essere agevolmente sunteggiati: il garante è comunemente ammesso a formulare le eccezioni attinenti alla validità e all'efficacia del contratto di garanzia [6]; quelle cd. letterali o formali nonché le cd. eccezioni dirette o personali come la compensazione del debito nascente dal contratto di garanzia autonoma con il credito che il garante vanti verso il beneficiario [7]. In particolare, che il garante possa sempre opporre le eccezioni direttamente riguardanti la sua promessa ossia il rapporto

---

sa, illiceità dell'oggetto o dei motivi del contratto fonte della obbligazione principale; Trib. Avellino, 1° ottobre 2019, n. 1774, in *Dejure.it*.; Cass. civ., sez. I, 7 marzo 2002, n. 3326, che può leggersi in *Banca borsa*, 2002, pt. II, p. 653 ss.; *Contr.*, 2002, p. 1085 ss., con nota di M. AMBROSOLI, *Contratto autonomo di garanzia e invalidità dell'obbligazione garantita*, riguardante un caso di presunta nullità dell'accordo sugli interessi ultralegali per mancata pattuizione scritta.

[6] G. CHINÉ, *Il contratto autonomo di garanzia*, in V. CUFFARO (a cura di), *La fideiussione e le altre garanzie personali*, Bologna, 2014, p. 311 ss.; F. MACARIO, *Garanzie personali*, cit., p. 473; F. MASTROPAOLO-A. CALDERALE, *Fideiussione e contratti di garanzia personale*, in F. MASTROPAOLO (a cura di), *I contratti di garanzia*, *Trattato dei contratti*, diretto da P. Rescigno ed E. Gabrielli, vol. V, t. 1, Torino, 2006, p. 602-603; F. MASTROPAOLO, *Pagamento a prima richiesta, limiti alla inopponibilità delle eccezioni e problemi probatori*, in *Banca borsa*, 1990, fasc. 5, pt. II, p. 569; M. VIALE, *op. loc. utl. cit*.; V. MONTANI, *Contratto autonomo di garanzia: l'autonomia travolge ogni eccezione*, in *Nuova giur. civ. comm.*, 2012, fasc. 7-8, p. 555: «[…] il garante può opporre al beneficiario tutte le eccezioni che attengono al rapporto intercorrente tra gli stessi, di carattere diretto e personale quale, ad esempio, l'eccezione di compensazione, purché non derivante dal rapporto di base, o quella di corretto adempimento da parte del garante stesso; ove così non fosse, si legittimerebbe astrattamente una serie infinita di condanne di pagamento sulla base di un unico titolo, quello del contratto autonomo di garanzia». In giur. cfr. Cass., 7 marzo 2002 n. 3326, cit.

[7] G. BOZZI, *Il contratto autonomo di garanzia*, in ID. (a cura di) *La fideiussione*, Torino, 2009, p. 916 ss.; G. CHINÉ, *Il contratto autonomo di garanzia*, cit., p. 311; F. MACARIO, *Garanzie personali*, cit., p. 467; M. VIALE, *Le garanzie bancarie*, in *Tratt. dir. comm. e dir. pubbl. econ*., diretto da F. Galgano, Padova, 1994, vol. XVIII, p. 188 ss.; S. MONTICELLI, *Le garanzie autonome*, in L. RUGGERI-ID., *Garanzie personali*, in *Tratt. dir. civ. del Consiglio Nazionale del Notariato*, diretto da P. Perlingieri, sez. III, 19, Napoli, 2005, p. 249 ss.; F. MASTROPAOLO-A. CALDERALE, *Fideiussione e contratti di garanzia personale*, cit., p. 607 ss.



di garanzia lo si ricava dall'art. 1462 cod. civ., primo comma; del resto, similmente accade nel credito documentario irrevocabile [8]. Né destano grossi dubbi le eccezioni relative alle modalità e ai termini della richiesta di pagamento: il garante è ammesso (anzi, di norma, in base agli accordi con l'ordinante è tenuto) a sollevarle, rifiutando il pagamento [9].

Problematica è, invece, la selezione delle eccezioni attinenti al rapporto fondamentale.

I giudici, dal canto proprio, sono propensi a individuarle *i*) nella nullità per illiceità della causa o per contrarietà a norme imperative del rapporto di provvista (intercorrente tra l'ordinante e il garante) e *ii*) nell'inesistenza del rapporto garantito oltre che *iii*) nella c.d. "*exceptio doli generalis*" ove vi sia un'escussione dolosa e fraudolenta della garanzia da parte del creditore [10]. Anche di recente, la Suprema Corte ha ribadito che «l'impermeabilità del contratto autonomo di garanzia alle eccezioni di merito del garante trova un limite, oltre che nel caso in cui sia proponibile la cd. *exceptio doli generalis seu presentis*, basata sull'evidenza certa del venir meno del debito garantito per pregressa estinzio-

---

[8] Lì «dove rimane sempre conservata alla banca l'opponibilità delle irregolarità del «rapporto di conferma del credito» (art. 1530 co. 2; *rectius*: della cd. apertura di credito irrevocabile)». G.B. PORTALE, *Fideiussione e* Garantievertrag *nella prassi bancaria*, in *Le garanzie bancarie internazionali*, Milano, 1989, p. 21. Per contro, esclude che dalla disciplina del credito documentario irrevocabile possano ricavarsi norme e principi generali applicabili alla garanzia autonoma data «la mancanza del carattere di "autonomia" tra le diverse operazioni (*rectius* i diversi atti) in cui è scandita» quella fattispecie P. TARTAGLIA, *I negozi atipici di garanzia personale*, Milano, 1992, p. 137.

[9] Si tratta delle eccezioni, nella prassi, sollevate più di frequente. Cfr. F. FEZZA, *Le garanzie personali atipiche*, in *Tratt. dir. comm. diretto da V. Buonocore*, II, t. 3.X, Torino, 2006, p. 217.

[10] Cfr. Cass., 24 aprile 2008, n. 10652, in *Banca borsa*, 2009, fasc. 4, pt. II, p. 411 ss., con nota di M. CUCCOVILLO, *Gli ultimi sviluppi giurisprudenziali in tema di contratto autonomo di garanzia* e, anche se in *obiter dictum*, Cass., Sez. un., 18, febbraio 2010, n. 3947, in *Banca borsa*, 2010, fasc. 3, pt. II, p. 257 ss., con nota di G.B. BARILLÀ, *Le Sezioni unite e il* Garantievertrag *un quarto di secolo dopo: una pronuncia "storica" fa chiarezza sui differenti modelli di garanzie bancarie autonome*; ivi, p. 425 ss., con nota di F. NAPPI, *Un tentativo (non convincente) di "definitivamente chiarire" la differenza tra fideiussione e* Garantievertrag; *Corr. giur*., 2010, p. 1022 s., con nota di F. ROLFI, Garantievertrag *e polizza fideiussoria: il* grand arrêt *delle Sezioni Unite tra massime ed* obiter dicta; *Giust. civ*., 2010, I, p. 1365 s., con note di A. LAMORGESE, *Il* Garantievertrag *secondo le sezioni unite* e di G. PASCIUCCO, *Le polizze fideiussorie e un'occasione di riflessione sulle clausole di pagamento «a prima richiesta»*; ivi, 2011, I, p. 497 s., con nota di P. TARTAGLIA, *Le polizze fideiussorie, il contratto autonomo di garanzia e le sezioni unite*; *Contr*., 2010, p. 453 s., con nota di M. LOBUONO, *La natura giuridica della polizza fideiussoria: l'intervento delle Sezioni Unite*; *Nuova giur. civ. comm*., 2010, I, p. 904 ss.; da ultimo, Trib. Salerno, sez. I, 15 settembre 2020, n. 2182; Trib. Salerno, sez. I, 5 marzo 2020, n. 893, entrambe in *Dejure.it*. Nel senso che il garante ha facoltà di eccepire la mancanza di causa della garanzia autonoma ove il contratto fondamentale sia inesistente o nullo (e dunque, l'obbligazione principale non sia sorta o sia nulla) ovvero l'avvenuto soddisfacimento del creditore Cass. civ., sez. I, 10 febbraio 2004, n. 2464, in *Foro it*., 2005, pt. I, c. 1191 ss.; *Dir. banc. merc. fin*., 2005, fasc. 3, pt. I, p. 451 ss., con nota di G. BARILLÀ, *Il requisito del formalismo nel contratto autonomo di garanzia arriva in Cassazione: si ridimensiona la portata di un principio troppo "rigido"*.



ne dell'obbligazione principale per adempimento o per altra causale, in queste altre ipotesi: quando le eccezioni attengano alla validità dello stesso contratto di garanzia; quando esse ineriscano al rapporto tra garante e beneficiario; quando il garante faccia valere l'inesistenza del rapporto garantito; quando, infine, la nullità del contratto-base dipenda da contrarietà a norme imperative o illiceità della causa ed attraverso il contratto di garanzia si tenda ad assicurare il risultato che l'ordinamento vieta» [11].

La dottrina, invece, – come si dirà più ampiamente – è su posizioni non sempre convergenti e assai variegate: l'idea che il garante possa eccepire la nullità del contratto principale per illiceità, seppur ampiamente condivisa, non è unanimemente accolta. Inoltre, è controverso che il garante sia ammesso a eccepire l'inesistenza del rapporto principale o che egli possa opporre al beneficiario la nullità del contratto principale per motivi diversi dall'illiceità.

Nella letteratura scientifica, la questione della selezione delle eccezioni tratte dal rapporto base che il garante può sollevare in confronto del beneficiario è affrontata in relazione al problema dell'inquadramento giuridico di questo contratto atipico: a seconda dell'opzione ricostruttiva scelta si approda a conclusioni differenti. Basti dire che, nel ventaglio delle sfumate opinioni dottrinali, a un estremo, v'è chi, valorizzando al massimo il legame tra rapporto garantito e di garanzia, ammette il garante autonomo a eccepire la nullità *tout court* del contratto principale [12]; all'opposto v'è chi, invocando la delegazione di pagamento pura, sostiene che il garante possa formulare la sola eccezione della nullità della doppia causa, essendogli preclusa financo l'eccezione di nullità per illiceità del contratto principale [13]. Appare evidente come, se si aderisse a questa seconda ricostruzione, dovrebbe negarsi che il garante possa opporre la nullità del patto usurario.

Considerato come il dibattito sulla selezione delle vicende del rapporto di base in grado d'inficiare il vincolo di garanzia sia condizionato da quello in ordine al fonda-

---

[11] Cass. civ. sez. VI, 10 febbraio 2021, n. 3193 in *Dejure.it.* In senso conforme v. Trib. Milano, 24 luglio 2020, cit.: per cui «l'autonomia del rapporto di garanzia trova un preciso limite soltanto al ricorrere dei presupposti dell'*exceptio doli generalis*, allorché l'escussione della garanzia da parte del beneficiario si presenti *ictu oculi* come abusiva e fraudolenta ossia quando risulti evidente, certa ed incontestabile l'avvenuta estinzione dell'obbligazione per adempimento della prestazione o per altra causa ovvero quando il diritto viene esercitato al fine di realizzare uno scopo diverso da quello riconosciuto dall'ordinamento o comunque all'esclusivo fine di arrecare pregiudizio o ancora contro ogni legittima ed incolpevole aspettativa altrui; altro limite è costituito dalla possibilità di opporre eccezioni fondate sulla nullità del contratto principale per contrarietà a norme imperative o per illiceità della causa».

[12] E. NAVARRETTA, *Causalità e sanzione degli abusi nel contratto autonomo di garanzia*, in *Contr. impr.*, 1991, p. 299.

[13] M. SESTA, *Pagamento a prima richiesta*, in *Contr. impr.*, 1985, p. 952, spec. p. 956-957.



mento causale della garanzia autonoma e alla rilevanza funzionale del rapporto garantito sul vincolo di garanzia [14], non sembra di poter prescindere, in questa sede, dalla considerazione dei tratti distintivi di questa garanzia personale atipica e soprattutto, dall'acquisizione del portato della elaborazione teorica che si è sviluppata nella ricerca del fondamento giustificativo dell'impegno del garante e della disciplina applicabile.

Per contro, proprio per il limitato oggetto di questa indagine, è parso preferibile sorvolare sulle origini storiche della garanzia autonoma [15], le varie forme che ha assunto nella prassi [16], gli aspetti comparatistici o problemi applicativi specifici come quelli concernenti la tutela cautelare dell'ordinante in caso di escussione manifestamente abusiva [17].

2. – Benché in tempi passati si sia dubitato [18] della validità di una clausola di deroga all'art. 1939 cod. civ. [19] – da taluni giudicata «quasi rivoluzionaria» [20] –, superate le ini-

---

[14] Cfr. F. MACARIO, *Garanzie personali*, cit., p. 470; F. CAPPAI, *Il contratto autonomo di garanzia nel commercio internazionale*, in *Riv. dir. civ*., 2015, fasc. 1, p. 148: la questione delle «eccezioni legittimamente spendibili dal garante per sottrarsi alla escussione della garanzia risente in misura significativa del dibattito relativo alla rilevanza causale che il rapporto garantito esplica sul vincolo di garanzia, nella misura in cui prelude ad una differente selezione delle vicende del rapporto di base in grado di inficiare direttamente il vincolo di garanzia (per mancanza di causa)».

[15] Sui profili storici cfr. G.B. BARILLÀ, *Contratto autonomo di garanzia e* Garantievertrag, Frankfurt am Main, 2005, p. 1 ss. Sul progressivo arricchimento, dopo l'entrata in vigore del codice del 1942, della tipologia e della portata dei negozi di garanzia sul terreno sia del pegno sia della fideiussione v. L. BARBIERA, *Le garanzie atipiche e innominate nel sistema del codice del 1942*, in *Banca borsa*, 1992, fasc. 6, pt. I, p. 727 ss.; spec. 736 ss. per quanto concerne la creazione del contratto autonomo di garanzia.

[16] Sul punto possono vedersi F. MACARIO, *Garanzie personali*, in *I singoli contratti*, nel *Trattato di diritto civile*, diretto da R. SACCO, X, Torino, 2009, p. 432 ss.; S. MONTICELLI, *Le garanzie autonome*, in L. RUGGERI-ID., *Garanzie personali*, cit., p. 207 ss.

[17] L. LAUDISA, *Garanzia autonoma e tutela giurisdizionale*, Milano, 1993, p. 27 ss.

[18] Tra gli studiosi che hanno negato la validità di una clausola di deroga all'art. 1939 cod. civ. G. STOLFI, *In tema di fideiussione per debiti futuri*, *Riv. dir. comm*., 1971, pt. I, p. 226; E. FAVARA, *Fidejussione di obbligazione principale invalida e validità della clausola che estende la garanzia fidejussoria anche a tali ipotesi*, *Econ. e cred*., 1974, pt. II, p. 936; A. RAVAZZONI, *Fidejussione* in *Novissimo Dig. it.*, vol. VII, p. 280; R. MICCIO, *Comm. cod. civ*., *Le obbligazioni*, vol. IV, 4, p. 414. Su posizione diversa M. FRAGALI, *Il richiamo a norme dell'avallo nel regolamento convenzionale della fideiussione*, *Banca borsa*, 1967, pt. I, p. 313 ss.; R. RASCIO, *La fideiussione* omnibus. *Premesse per la discussione del tema*, in *Riv. dir. comm*., 1978, pt. I, p. 31: «Non si può sostenere che è *contra legem* la clausola secondo la quale «in deroga all'art. 1939 cod. civ. la fideiussione mantiene i suoi effetti anche se l'obbligazione principale sia dichiarata invalida»; il carattere di accessorietà della fideiussione, infatti, non ha «consistenza *ontologica*, né significato assoluto: pur sempre esso deve essere riguardato in senso relativo». Sul significato relativo del carattere dell'accessorietà, tradizionalmente attribuito alla fideiussione cfr., in dottrina, E. BRIGANTI, *Garanzie personali atipiche*, in *Banca borsa*, 1988, I, p. 582-583. Anche per la Suprema Corte: «tra astrazione assoluta e ac-



ziali ritrosie sull'ammissibilità del contratto autonomo di garanzia [21], proprio nel divieto per il garante di addurre eccezioni tratte dal rapporto principale si è individuato non solo un patto valido, ma il tratto che connota questa forma di garanzia atipica [22] e il principale profilo distintivo della figura rispetto al negozio fideiussorio [23].

---

cessorietà [...] si stagliano orizzonti che abbracciano diverse gradazioni di strutture negoziali che il legislatore di volta in volta legittima, secondo un giudizio di valore rispetto ai vari interessi coinvolti». Cfr. Cass., sez. un., 18 febbraio 2010, n. 3947, cit.

[19] Cfr. in arg. G. B. PORTALE, *Fideiussione e* Garantievertrag *nella prassi bancaria*, in *Le garanzie bancarie internazionali*, cit., p. 3 ss.; L. PONTIROLI, *Le garanzie autonome ed il rischio del creditore. Un contributo alla lettura del sistema*, Padova, 1992, p. 17.

[20] G. CAVALLI, *Contratti bancari su modulo e problemi di tutela del contraente debole*, Torino, 1976, p. 80.

[21] A proposito della impostazione dottrinale meno recente, scettica rispetto alla validità della garanzia autonoma cfr. F. Nappi, *La garanzia autonoma*. *Profili sistematici*, Napoli, 1992, p. 27 ss. Per l'opinione contraria alla validità del contratto autonomo di garanzia nel nostro ordinamento M. RUBINO SAMMARTANO, *Accessorietà delle fideiussioni bancarie di buon adempimento*, *Foro pad*., 1982, I, c. 88 ss.; M. VALIGNANI, *L'intervento del giudice nei crediti documentari e nelle garanzie bancarie internazionali*, *Banca borsa*, 1981, pt. II, p. 182, ov'è espresso l'auspicio di una graduale eliminazione di questo tipo di garanzia; G. Visentini, *Relazioni conclusive. Aspetti civilistici*, in G. DE NOVA-E. GERELLI-G. TREMONTI-G. VISENTINI (a cura di), *Nuove forme di impiego del risparmio e di finanziamento delle imprese: disciplina civile e fiscale*, Milano (Franco Angeli), 1984, p. 331 ss., spec. 333; più di recente, S. D'ANDREA, *Nullità del contratto autonomo di garanzia per frode alla legge*, *Rass. dir. civ*., 2018, p. 1203 ss.; ID., *Immeritevolezza e illiceità in astratto dei contratti atipici*, *Nuova giur. civ. comm.*, 2020, fasc. 2, p. 475, il quale osserva criticamente come la dottrina sia «stata intenta a validare, più che a indagare se il contratto o una sua clausola fosse valido o invalido; la dottrina si è chiesta perché il contratto autonomo di garanzia è valido, non se sia valido». In giur. cfr. Cass. 1° ottobre 1987, n. 7341, in *Banca borsa*, 1988, p. 1 ss. Per un quadro delle pronunce in ordine alla meritevolezza degli interessi perseguiti nel contratto autonomo di garanzia possono vedersi F. FEZZA, *Le garanzie personali atipiche*, cit., p. 169, nt. 95; G. STELLA, *Le garanzie del credito*, in *Tratt. dir. priv.* a cura di G. Iudica e P. Zatti, Milano, 2010, p. 811 ss.; G. GARONE, *Le garanzie a prima richiesta. La giurisprudenza italiana*, in *Dir. comm. intern*., 1994, p. 35 ss.

[22] Cfr. G.B. PORTALE, *Fideiussione e* Garantievertrag *nella prassi bancaria*, in ID. (a cura di), *Le operazioni bancarie. Profili giuridici*, I, Milano, 1977, p. 197 ss.; F. BENATTI, *Il contratto autonomo di garanzia*, in *Banca borsa*, 1982, fasc. 2, pt. I, p. 188; S. MACCARONE, *Contratto autonomo di garanzia*, in U. CARNEVALI (a cura di) *Dir. comm. e ind.*, III, *Diz. dir. priv*. a cura di N. Irti, Milano, 1981, p. 393 ss.; U. LA PORTA, *Considerazioni sulla causa e sui limiti dell'autonomia nel contratto autonomo di garanzia*, *Riv. not*., 1992, fasc. 1-2, pt. I, p. 131 ss.

[23] Cfr. L. PONTIROLI, *Spunti critici e profili ricostruttivi per lo studio delle garanzie bancarie a prima richiesta*, in *Le garanzie contrattuali: fideiussione e contratti autonomi di garanzia nella prassi interna e nel commercio internazionale*, Milano (E.G.E.A.), 1994, p. 15; P. CORRIAS, *Spunti in tema di garanzie personali del credito*, *Riv. dir. impr*., 2014, fasc. 3, p. 437; ID., *Garanzia pura e contratti di rischio*, Milano, 2006, p. 426: a caratterizzare il contratto autonomo di garanzia rispetto alla fideiussione è «il totale distacco dell'obbligazione del garante da quella principale» nonché «la circostanza che la prestazione pattuita deve essere corrisposta a semplice richiesta [...] del beneficiario e, soprattutto, senza che a quest'ultimo il garante possa, in nessun momento contestare alcunché in ordine alla consistenza, esistenza, esigibilità o — persino — validità dell'obbligazione originaria». Nello stesso senso M. ZANA, *Fideiussione e contratto autonomo di garanzia*, in *Riv. not*., 2008, fasc. 3, pt. I, p. 589 ss. La denominazione «garanzia autonoma» trova giusti-



La stessa giurisprudenza ha avuto modo, in svariate occasioni, di ribadire come a distinguere la garanzia autonoma rispetto alla fideiussione sia l'esclusione della facoltà del garante di opporre al creditore le eccezioni spettanti al debitore principale, in deroga alla regola essenziale posta per la fideiussione dall'art. 1945 c. c. nonché l'esclusione della legittimazione del debitore principale a chiedere al garante di opporre al creditore garantito le eccezioni nascenti dal rapporto principale [24].

---

ficazione proprio alla luce della preventiva rinunzia del garante «a far valere qualsiasi eccezione relativa all'invalidità, all'avvenuto adempimento o all'impossibilità sopravvenuta del contratto principale: nel testo contrattuale è normalmente presente la clausola di pagamento «senza sollevare eccezioni», o altre equipollenti («senza contestazioni», «senza riserva alcuna», "*unconditionally*", "*without exception*")». Così G. STELLA, *Garanzie autonome e* uniform rules for demand guarantees, *Resp. civ. prev*., 2015, fasc. 2, p. 370 ss. In giur. cfr., a es., Trib. Roma, 21 febbraio 2018, n. 3929 in *Dejure.it*. *Contra* M. RUBINO SAMMARTANO, *Accessorietà delle fideiussioni bancarie di buon adempimento*, cit., cc. 88-89, per il quale «la rinuncia a far valere eccezioni, prima del pagamento, non modifica per nulla la natura della obbligazione ma incide solo […] sulla tempistica delle eccezioni rispetto al pagamento [...] pospone l'esame delle eccezioni a dopo l'effettuazione del pagamento; la rinuncia a far valere eccezioni [...] non può essere certo estesa sino a farla divenire operante anche qualora la obbligazione garantita non sia mai venuta in essere». Sulle differenze tra il contratto autonomo di garanzia e la fideiussione ci limita a richiamare qui, per tutti, F. MASTROPAOLO, *I contratti autonomi di garanzia*, Torino, 1995, p. 179 ss. A proposito dei rapporti tra garanzia autonoma, fideiussione e polizza fideiussoria, è d'obbligo il rinvio a Cass., sez. un., 18 febbraio 2010, 3947, cit., successivamente confermata da Cass. civ. [ord.], sez. VI, 3 dicembre 2020, n. 27619, *Mass. Giust. civ.*, 2021; Cass., sez. III, 19 febbraio 2019, n. 4717, in *Mass. Giust. civ*., 2019; Cass., sez. I, 6 aprile 2017, n. 8926, in *diritto24.it*; Cass., sez. I, 31 luglio 2015, n. 16213, con nota di M. RENNA, *Gli indici denotativi della garanzia autonoma nella recente giurisprudenza di legittimità*, in *Contr.*, 2016, p. 135 ss. Di recente, torna sull'antica questione dei rapporti tra fideiussione, polizza fideiussoria e garanzia autonoma anche Cass. civ. [ord.], 29 aprile 2020, n. 8399, in *Contr*., 2020, fasc. 6., p. 667 ss., con nota di S. BOSA, *Garanzia di corretta esecuzione e* fideiussio indemnitatis *in una recente ricostruzione della Suprema Corte*.

Per la compatibilità della clausola di deroga all'art. 1939 cod. civ. con la fideiussione v. invece M. FRAGALI, *Il richiamo a norme dell'avallo nel regolamento convenzionale della fideiussione*, cit., p. 313 ss., spec. 320 ss.; R. RASCIO, *La fideiussione* omnibus. *Premesse per la discussione del tema*, cit., p. 21 ss.

[24] Cfr. Cass. civ., sez. I, 21 giugno 2018, n. 16345, in *Dejure.it*; Cass., sez. I, 31 luglio 2015, n. 16213, cit.; Cass. civ., sez. III, 23 giugno 2009, n. 14621, in *Giust. civ*., 2010, pt. I, p. 2259 ss. e in *Contr.*, 2009, fasc. 12, p. 1103 ss., con nota di G. TARANTINO, *Contratto autonomo di garanzia: causa e operazione economica*; Cass. civ., sez. III, 9 novembre 2006, n. 23900, in *Mass*., 2006, p. 1935; *Contr.*, 2007, fasc. 7, p. 635 ss., con nota di M. MASTRANDREA, *Fideiussione e contratto autonomo di garanzia: criteri distintivi*; *Giust. civ*., 2007, pt. I, p. 1138 ss.; Cass. civ., sez. I, 17 gennaio 2008, n. 903, *Mass*., 2008, p. 174. Fa eco una nutrita giurisprudenza di merito. Cfr., *ex aliis*, Trib. Milano, sez. VI, 24 luglio 2020: «L'elemento caratterizzante della garanzia a prima richiesta viene individuato nell'impegno del garante a pagare immediatamente, senza alcuna facoltà di opporre al creditore/beneficiario le eccezioni relative ai rapporti di valuta e di provvista, in deroga agli artt. 1936, 1941 e 1945 c.c. caratterizzanti, di converso, la garanzia fideiussoria»; Trib. Milano, 26 febbraio 2020, n. 1786; Trib. Vicenza, 25 febbraio 2020, n. 419, per cui: «In linea generale va rammentato che il carattere distintivo del contratto autonomo di garanzia è costituito dall'assenza dell'elemento dell'accessorietà della garanzia, derivante dall'esclusione del garante dalla facoltà di opporre al creditore le eccezioni spettanti al debitore principale, in deroga alla regola essenziale posta per la fideiussione dall'art. 1945 cod. civ. (Cass. Civ. 31 luglio 2015 n. 16213)». Tutte e tre le sentenze possono leggersi in *Dejure.it.*



In dottrina, è opinione comune che la garanzia autonoma si contraddistingua in quanto le obbligazioni del garante sono staccate dall'alea della genesi o della esecuzione del patto fondamentale; la garanzia è strutturalmente recisa rispetto al debito principale e, in linea di massima, le eccezioni relative alla validità del contratto tra terzo e beneficiario non possono essere a quest'ultimo opposte dal garante. D'altra parte, è proprio l'automatismo dell'escussione della garanzia, reso possibile per l'insindacabilità da parte del garante della richiesta di pagamento, ad assicurare la rispondenza del modello negoziale alle esigenze emerse nella prassi commerciale [25]: al beneficiario si vuol consentire d'incamerare una riserva monetaria anche ove la mancata esecuzione della prestazione principale non sia imputabile al debitore o il rapporto principale sia invalido [26].

Appartengono al patrimonio comune della letteratura giuridica le riflessioni sulle origini del contratto autonomo di garanzia come strumento nato per «dare sicurezza nel commercio internazionale» [27] e offrire una copertura rispetto ai c.d. rischi atipici [28], garantendo il risultato consistente in una data prestazione non solo in caso d'inadempimento, ma anche ove la obbligazione del terzo debitore non sia venuta a esistenza o sia divenuta successivamente impossibile [29] e «più in generale, per l'ipotesi di mancata percezione dei vantaggi legati alla completa esecuzione del programma negoziale» [30].

Il garante offre sicurezza contro il rischio dell'insoddisfazione dell'interesse patrimoniale del garantito [31], impegnandosi a eseguire non l'obbligazione principale, ma la pre-

---

[25] M. RENNA, *Garanzie personali e autonomia d'impresa*, Pisa, 2021, p. 223.

[26] Anche se questo «non significa che le garanzie «astratte» siano concepite per tutelare il creditore a fronte di qualunque evento lesivo». Cfr. F. CAPPAI, *Il contratto autonomo di garanzia nel commercio internazionale*, cit., p. 130.

[27] G. B. PORTALE, *Fideiussione e* Garantievertrag *nella prassi bancaria*, in *Le garanzie bancarie internazionali*, cit., p. 7.

[28] Per F. CAPPAI, *Il contratto autonomo di garanzia nel commercio internazionale*, cit., p. 130 si tratta di una «(espressione allusiva a fattori di inattuazione del credito per lo più ascrivibili alla categoria del *factum principis*)».

[29] G. B. PORTALE, *Fideiussione e* Garantievertrag *nella prassi bancaria*, in *Le garanzie bancarie internazionali*, cit., p. 9.

[30] F. FEZZA, *Le garanzie personali atipiche*, cit., p. 133.

[31] Con il contratto autonomo di garanzia «piuttosto che garantire in senso tecnico l'esatto adempimento del rapporto sottostante, si mira ad assicurare la soddisfazione dell'interesse economico del beneficiario compromesso dall'inadempimento». G. B. PORTALE, *Le Sezioni Unite e il contratto autonomo di garanzia («Causalità» ed «Astrattezza» nel* Garantievertrag*)*, in *Le garanzie bancarie internazionali*, cit., p. 122. In giur., cfr. Cass., Sez. Un., 18 marzo 2010, n. 6538 […]. Osserva V. MONTANI, *Contratto autonomo di garanzia: l'autonomia travolge ogni eccezione*, cit., p. 556: «per giustificare la promessa [in esso contenuta] è sufficiente rintracciare al suo interno un interesse del beneficiario, il quale varia a seconda dello stampo



stazione di volta in volta individuata come idonea a eliminare il rischio di una perdita economica gravante sul beneficiario in dipendenza del contratto stipulato col terzo (l'ordinante)[32]. Anziché rispondere solidalmente del debito altrui[33], il garante assume l'obbligo – non accessorio né collegato al debito principale[34] – di versare *prontamente* un indennizzo (di norma, infatti, la prestazione non ha natura solutoria, bensì funzione indennitaria[35]) per l'*immediata*[36] soddisfazione dell'interesse economico del beneficia-

---

concreto nel quale si inserisce, consistendo genericamente nel rischio per quest'ultimo di non conseguire una prestazione ovvero nel rischio del verificarsi di un evento sfavorevole, come la mancata conclusione di un contratto o la scoperta dell'inesistenza del soggetto debitore». Nel senso che il contratto di garanzia autonoma assolve «alla funzione di creare una forma di "garanzia forte"; assicurando al beneficiario la certezza della realizzazione della prestazione garantita» G. SALVI, *I rimedi attribuiti al garante nel contratto autonomo di garanzia: giustificazione e limiti dell'eccezione di nullità del rapporto garantito*, in *Corti sal.*, 2012, fasc. 2-3, p. 277.

[32] L. PONTIROLI, *Spunti critici e profili ricostruttivi per lo studio delle garanzie bancarie a prima richiesta*, cit., p. 24-25; ID., *Le garanzie autonome ed il rischio per il creditore*, cit., p. 51: il pregiudizio che può incidere sul garantito «va inteso come perdita economica e non come vicenda di un rapporto giuridico»; pp. 191-192. Sulla stessa linea F. BONELLI, *Le garanzie bancarie «a prima domanda» nel commercio internazionale*, Milano, 1991, p. 28: «Causa o funzione di questo contratto è dunque quella di *assicurare il pagamento* di una somma predeterminata (direttamente o *per relationem*) nel caso si verifichi *un rischio per il beneficiario in conseguenza di un evento indicato nella garanzia bancaria*»; M. ZANA, *Fideiussione e contratto autonomo di garanzia*, cit., p. 599: «scopo della garanzia autonoma non è quello, tipico della fideiussione, di assicurare al creditore l'adempimento della stessa obbligazione assunta dal debitore principale, ma quello di dargli sicurezza che il suo interesse economico verrà comunque realizzato». Nel senso che la causa concreta della garanzia autonoma «è quella di trasferire da un soggetto ad un altro il rischio economico connesso alla mancata esecuzione di una prestazione contrattuale, sia essa dipesa da inadempimento colpevole oppure no» Cass. civ. [ord.], 29 aprile 2020, n. 8399, cit.

[33] Nel senso che «non sussiste vincolo di solidarietà tra l'obbligazione assunta dal debitore principale e quella derivante da un contratto autonomo di garanzia, perché la causa concreta del negozio autonomo consiste nel trasferire da un soggetto all'altro il rischio economico connesso alla mancata esecuzione di una prestazione contrattuale, mentre nelle obbligazioni solidali in generale, e nella fideiussione in particolare, è tutelato l'interesse all'esatto adempimento della medesima prestazione principale, sicché l'obbligazione del garante autonomo rimane sempre distinta da quella del debitore principale, essendo finalizzata ad indennizzare il creditore insoddisfatto mediante il tempestivo versamento di una somma di denaro predeterminata, sostitutiva della mancata o inesatta prestazione, configurandosi tra le stesse un mero collegamento negoziale ed un cumulo di prestazioni» Cass. civ. [ord.], sez. VI, 31 marzo 2021, n. 8874, Ced Cass. civ., rv. 660997-01.

[34] Cfr. P. CORRIAS, *Sugli indici di autonomia delle garanzie personali del credito (l'ipotesi della fideiussione "a prima richiesta")*, Nota a Trib. Cagliari 14 novembre 2013, n. 3273; Trib. Cagliari 24 febbraio 2014, n. 717 in *Riv. giur. sarda*, 2014, p. 351; ID., *Garanzia pura e contratti di rischio*, cit., p. 432; Id., *La valenza delle clausole "a richiesta" e "senza eccezioni" nella qualificazione dei negozi di garanzia personale del credito*, cit., p. 579.

[35] Cfr. F. FEZZA, *Le garanzie personali atipiche*, cit., p. 133, nt. 4; G. SALVI, *La garanzia autonoma e le interferenze con la tutela consumeristica*, *Contr.*, 2020, fasc. 1, p. 93: «l'obbligazione del garante autonomo è qualitativamente altra rispetto a quella dell'ordinante, sia perché non necessariamente sovrapponibile ad



rio (apprezzabile alla luce del contratto fonte del rapporto principale) senza possibilità di sollevare eccezioni relative al rapporto principale, salva la facoltà del debitore ordinante di ripetere l'indebito agendo nei confronti del creditore beneficiario [37].

Il garante è tenuto, indipendentemente da altro rapporto, a corrispondere una somma di denaro a fronte della mera attestazione dell'inadempimento; dunque, con immediatezza. Correlativamente, il beneficiario ha diritto di pretenderla incondizionatamente [38]. Questi acquisisce la liquidità corrispondente al valore del credito col vantaggio di poter «litigare al sicuro» col debitore principale [39], ma anche di scoraggiare iniziative contenziose pretestuose e dilatorie.

L'ordinante finisce per rendere al beneficiario un «servizio *lato sensu* di natura finanziaria, consistente in ciò, nella attribuzione del diritto di ottenere una somma a sua semplice richiesta» [40]. Dal canto proprio, il garante non può ripetere dal beneficiario quanto pagato e non dovuto: può soltanto agire nei confronti dell'ordinante con l'esperimento dell'*actio mandati contraria* e proprio in sede di rivalsa emerge a pieno il significato dell'autonomia del rapporto di garanzia rispetto al rapporto di base [41].

---

essa, sia perché non rivolta al pagamento del debito principale, bensì ad indennizzare il creditore insoddisfatto mediante il tempestivo versamento di una somma di denaro predeterminata, sostitutiva della mancata o inesatta prestazione del debitore». In giur., cfr. Cass. civ., sez. III, 29 aprile 2020, n. 8399, cit., per cui, se l'obbligazione assunta non è quella di garantire in senso preventivo l'adempimento, bensì quella di assicurare, in chiave reintegratoria, il creditore privato della prestazione principale, non si ha fideiussione bensì *fideiussio indemnitatis*: «la natura accessoria tipica della fideiussione nel caso di specie è allentata e comunque deve essere intesa in termini diversi da quelli relativi al contratto tipico di fideiussione, potendosi ravvisare tutt'al più un semplice collegamento/coordinamento tra obbligazioni, che induce a ragionare di una fattispecie *quoad effecta* assimilabile al contratto autonomo di garanzia». Nella giurisprudenza di merito, a proposito sulla natura indennitaria della garanzia autonoma, cfr. Trib. Roma, 3 maggio 2019, n. 9356 in *Dejure.it.*

[36] «Il contratto autonomo garantisce dunque non soltanto la soddisfazione dell'interesse del creditore […] ma anche l'*immediatezza di tale soddisfazione*, assicurandogli una liquidità molto simile a quella di una cauzione [*c.d.A.*]». F. MASTROPAOLO, *Pagamento a prima richiesta, limiti alla inopponibilità delle eccezioni e problemi probatori*, cit.,p. 577.

[37] G. STELLA, *Garanzie autonome e* uniform rules for demand guarantees, cit., p. 380 ss.; spec. p. 385-386. In giurisprudenza, cfr. Cass. civ., 21 gennaio 2020, n. 1186, in *Dejure.it*, che afferma come «anche, nell'azione di pagamento dell'indebito esperita (come nel caso in esame) dal debitore garantito *ex* art. 2033 c.c., nei confronti del beneficiario del pagamento rilevi solo il profilo dell'eventuale condotta fraudolenta ed abusiva di quest'ultimo e, dunque, l'esperibilità del rimedio generale dell'*exceptio doli*, e ciò proprio perché la fraudolenza dell'escussione della garanzia da parte del beneficiario qualifica come indebito (e, dunque, non dovuto) il pagamento di cui si richiede, ora, la restituzione».

[38] Cfr. P. CORRIAS, *Garanzia pura e contratti di rischio*, cit., p. 428 ss.

[39] Ivi, p. 463 ss.

[40] Ivi, p. 513.

[41] Ivi, p. 432. Sul problema dell'autonomia può vedersi G. BOZZI, *L'autonomia negoziale nel sistema delle garanzie personali*, Napoli, 1990, p. 197 ss.; p. 285 ss.



In linea generale, il rapporto di valuta è esterno al debito del garante e le vicende del primo restano estranee alla sorte del rapporto di garanzia [42].

Il meccanismo è improntato all'automatismo, alla rapidità e alla sicurezza: tratti analoghi a quelli che connotano le cauzioni reali [43]. Con esse la garanzia autonoma presenta indubbie affinità sul piano funzionale, ferme le differenze strutturali [44] e salvo il vantaggio di una maggiore efficienza dal punto di vista economico-finanziario [45] atteso che il debitore-ordinante non è tenuto a immobilizzare le somme [46]. Attraverso la garanzia au-

---

[42] Cfr. P. CORRIAS, *Sugli indici di autonomia delle garanzie personali del credito*, cit., p. 351: «le eccezioni relative al rapporto di valuta non solo […] non potranno essere opposte dal garante al creditore-garantito [...] ma esse non potranno neppure essere opposte al garante dall'ordinante in sede di rivalsa (v. art. 1203 n. 3 e 1299 c.c.), poiché sono esterne al rapporto di provvista (tra ordinante e garante)». In merito, si vedano le osservazioni critiche di S. D'ANDREA, *Immeritevolezza e illiceità in astratto dei contratti atipici*, cit., p. 475: «costringere il debitore ad adempiere l'obbligazione di rivalsa, senza poter opporre al "garante" le eccezioni non dilazionabili che il debitore avrebbe potuto opporre al creditore, significa collocarlo esattamente nella medesima situazione che il legislatore vieta (come frode alla legge) quando la mancata esecuzione della prestazione principale è assistita da una penale».

[43] A differenza della fideiussione, la garanzia autonoma consente al beneficiario di gestire un'eventuale controversia col debitore principale dopo aver comunque sia ricevuto il pagamento dal garante. Essa, dunque, tende, a un risultato analogo a quello perseguito attraverso la cauzione reale, ferma la totale diversità sia strutturale che funzionale tra i due modelli. Cfr. P. CORRIAS, *Garanzia pura e contratti di rischio*, cit., p. 431; p. 465 ss.; Id., *La valenza delle clausole "a richiesta" e "senza eccezioni" nella qualificazione dei negozi di garanzia personale del credito*, in *Vita not.*, 2014, fasc. 2, p. 580. In questo senso già F. BENATTI, *Il contratto autonomo di garanzia*, cit., p. 173. Sull'affinità di scopi tra garanzia autonoma e cauzioni reali v. anche M. SESTA, *Pagamento a prima richiesta*, cit., p. 941; Id., *Le garanzie atipiche*, Padova, 1988, p. 457, ove può trovarsi un ampio panorama di pronunce giurisprudenziali risalenti agli anni '80, significative sia in tema di validità della garanzia autonoma sia a proposito delle eccezioni opponibili dal garante. In giur., v. Cass., sez. un., 18 febbraio 2010, 3947, cit., per cui il contratto autonomo di garanzia ha la funzione «di sostituire la *traditio* del denaro tipica della cauzione con l'obbligazione di corrispondere una somma di denaro, da parte del garante, a richiesta del creditore, senza alcuna possibilità, per il primo, di invocare il meccanismo, tipicamente fideiussorio, di cui di cui all'art. 1957 c.c.».

[44] «[…] in quanto la cauzione così considerata è un contratto reale in cui la garanzia si attua attraverso il c.d. incameramento della somma depositata dal garante». Cfr. P. TARTAGLIA, *I negozi atipici di garanzia personale*, cit., p. 130 ss.; F. MASTROPAOLO, *I contratti autonomi di garanzia*, 2° ed., cit., p. 334-335: tra le cauzioni reali e la garanzia autonoma «esistono differenze strutturali (la prima è un contratto reale, la seconda deriva da un contratto consensuale) e sotto il profilo degli effetti: con la cauzione, la garanzia si realizza con l'esercizio di un diritto potestativo di autotutela (c.d. incameramento)» lì dove la garanzia autonoma si attua mercé una dichiarazione unilaterale recettizia del creditore cui faccia seguito la necessaria cooperazione del debitore-garante.

[45] F. FEZZA, *Le garanzie personali atipiche*, cit., p. 169-170. Sui rapporti tra cauzione e fideiussione cfr. A. RAVAZZONI, *Nuove riflessioni sulle cauzioni fideiussorie*, in *Ass.*, 1973, pt. I, p. 541 ss.

[46] Solitamente, tra il terzo debitore (cliente) e il garante (istituto di credito) sussiste un rapporto di conto corrente e il garante esige che la somma necessaria per dare esecuzione al contrato di garanzia autonoma gli sia messa a disposizione anticipatamente. Un deposito vincolato in conto corrente, comunque sia, è più redditizio di un deposito sul conto del beneficiario. Ove il garante (istituto di credito) sia disponibile ad antici-



tonoma, il debitore-ordinante può guadagnarsi l'accesso a un dato affare (dal quale, altrimenti, resterebbe probabilmente escluso)[47] procurando al creditore uno strumento di rafforzamento della realizzazione del credito che non comporti i costi, in termini di immobilizzazione di ricchezza, impliciti nella costituzione di una garanzia reale o nel deposito cauzionale.

Il garante è esonerato da indesiderati *litigation costs* dal momento che il rischio di controversie concernenti il debito garantito grava interamente sul debitore-ordinante.

Il creditore-beneficiario ottiene una tutela dotata di elevato grado di effettività[48], essendo favorito non solo dall'autonomia dell'impegno del garante, insensibile alle vicende del rapporto fondamentale sottostante, ma anche dalla solvibilità del soggetto garante[49]. A prestare la garanzia autonoma, infatti, normalmente[50] è un istituto di credito o comunque, un intermediario finanziario professionale[51]: un ente che, essendo sottoposto a penetranti controlli statali e dovendo soddisfare determinati coefficienti di solidità patrimoniale, offre (anche) certezza della propria solvibilità[52].

Se, di regola, il beneficiario è al riparo da eccezioni relative alla validità, alla efficacia

---

pare la somma dovuta al beneficiario, il contratto partecipa della funzione di finanziamento nell'interesse del terzo-debitore. Cfr. G. STELLA, *Garanzie autonome e* uniform rules for demand guarantees, cit., p. 377.

[47] La garanzia autonoma «svolge una funzione promozionale dell'economia» consentendo all'ordinante di partecipare ad affari dai quali diversamente rimarrebbe escluso. Sul punto, v. F. BENATTI, *Il contratto autonomo di garanzia*, cit., p. 174; p. 179.

[48] Il contratto autonomo di garanzia «mira al soddisfacimento della triplice esigenza di: *i*) immediata liquidità del creditore; *ii*) esclusione dall'improduttiva immobilizzazione di ingenti capitali da parte del debitore depositati a titolo di cauzione; *iii*) collocamento del garante in una posizione di assoluta terzietà rispetto alle eventuali controversie tra debitore e creditore». Così A. MONTANARI, *Garanzia autonoma e autonomia privata*, *Banca borsa*, 2017, fasc. 3, p. 350-351.

[49] F. FEZZA, *Le garanzie personali atipiche*, cit., p. 168 ss., p. 134 ss.

[50] In realtà, «Si verifica sempre più spesso l'evenienza della persona fisica la quale, nel garantire l'attività di una impresa, sottoscrive con l'istituto di credito un contratto che, pur essendo spesso denominato fideiussione, è caratterizzato dalla presenza di previsioni che stabiliscono che il pagamento debba avvenire "a prima richiesta", "senza eccezione alcuna", "incondizionatamente", "senza beneficio di escussione"». Di qui, il problema dell'applicabilità della disciplina consumeristica alla garanzia autonoma prestata in favore del professionista dalla persona fisica che sia qualificabile come consumatore *ex* art. 3, comma 1, lett. a), c. cons., su cui cfr. G. SALVI, *La garanzia autonoma e le interferenze con la tutela consumeristica*, cit., p. 94; G. CARRIERO, *Il garante-consumatore nella evoluzione giurisprudenziale*, *Riv. dir. banc.*, 2021, fasc. 2, p. 296 ss.; S. MONTICELLI, *Garanzia autonoma ed applicabilità della disciplina del codice del consumo*, in *Nuove leg. civ. comm.*, 2014, fasc. 1, p. 131 ss.; Id., *Accesso al credito e tutela del consumatore: questioni nuove e problemi irrisolti*, in *Giust. civ.*, 2012, fasc. 11-12, p. 527 ss.

[51] Cfr. P. CORRIAS, *Garanzia pura e contratti di rischio*, cit., p. 425, spec. nt. 184.

[52] Cfr. M. SESTA, *Pagamento a prima richiesta*, cit., p. 940; L. PONTIROLI, *Le garanzie autonome ed il rischio del creditore. Un contributo alla lettura del sistema*, cit., p. 181.



e più in generale, alle vicende del contratto di base, è ampiamente condiviso che sussistano dei limiti all'autonomia della garanzia [53]. Come accennato, dottrina e giurisprudenza sono tendenzialmente concordi nel reputare che l'astrattezza della garanzia autonoma trovi un confine insuperabile nell'illiceità del contratto principale [54]; una seconda limitazione nella «eccezione di dolo» o frode [55], che trae origine dall'obbligo di buona fede *in executivis* (artt. 1175 e 1375 cod. civ.) [56].

---

[53] Cfr. G.B. PORTALE, *Nuovi sviluppi del contratto autonomo di garanzia*, in *Le operazioni bancarie internazionali*, cit., p. 49 ss.; M. MAGGIOLO, *La tutela degli obbligati nelle garanzie a prima richiesta*, in *Riv. dir. civ*., 1990, fasc. 4, pt. II, p. 427 ss.; E. NAVARRETTA, *Causalità e sanzione degli abusi nel contratto autonomo di garanzia*, cit., p. 285 ss., spec. p. 312; F. TOMMASEO, *Autonomia negoziale e tutela giurisdizionale nei rapporti di garanzia a prima richiesta*, *Riv. dir. civ*., 1992, fasc. 1, pt. II, p. 1 ss.; G. SALVI, *I rimedi attribuiti al garante nel contratto autonomo di garanzia: giustificazione e limiti dell'eccezione di nullità del rapporto garantito*, cit., p. 279; F. Macario, *Garanzie personali*, cit., p. 477 ss.; M. RENNA, *Garanzie personali e autonomia d'impresa*, cit., p. 229 ss.

[54] Cfr. G. B. PORTALE, *Nuovi sviluppi del contratto autonomo di garanzia*, in *Le garanzie bancarie internazionali*, cit., p. 48 ss.; F. BENATTI, *Il contratto autonomo di garanzia*, cit., p. 182; AMBROSOLI, *Contratto autonomo di garanzia e invalidità dell'obbligazione garantita*, *Contr*., 2002, p. 1090; M. ZANA, *Fideiussione e contratto autonomo di garanzia*, cit., p. 605; L. LAUDISA, *Garanzia autonoma e tutela giurisdizionale*, cit., p. 16, per i quali l'illiceità dell'obbligazione garantita si estende alla garanzia autonoma; F. MASTROPAOLO, *Pagamento a prima richiesta, limiti alla inopponibilità delle eccezioni e problemi probatori*, cit., p. 570-571, secondo il quale, allorché il contratto di base sia illecito, piuttosto che di «*comunicazione* dell'invalidità del negozio costitutivo dell'obbligazione garantita al contratto di garanzia» si dovrebbe parlare di «*reiterazione* di una medesima causa di invalidità in entrambi i negozi»: in tal caso, infatti, il garante promette di eseguire una prestazione per far conseguire al creditore garantito un'attribuzione patrimoniale le cui ragioni sono contrarie a norme imperative, all'ordine pubblico o al buon costume; G. SALVI, *I rimedi attribuiti al garante nel contratto autonomo di garanzia: giustificazione e limiti dell'eccezione di nullità del rapporto garantito*, cit., p. 299: «Non si tratta, comunque, di una generica "comunicazione" dell'invalidità del contratto garantito a quello di garanzia, costruita sul collegamento negoziale o sull'unicità dell'operazione economica, ma della constatazione della assenza del fondamento causale del negozio di garanzia, conseguente alla insussistenza di un interesse alieno da soddisfare».

[55] Su posizione radicale, invece, E. SPANO, *Garanzie bancarie internazionali e* exceptio doli, in *Banche e banchieri*, 1987, p. 55 ss., il quale considera «improponibili azioni tendenti a paralizzare l'adempimento dell'obbligazione di garanzia, pur in presenza di gravi ed eventualmente anche provati […] inadempimenti del beneficiario nel rapporto che aveva dato occasione all'emissione della garanzia autonoma o comunque di un suo «dolo» o addirittura «ricatto» nell'escussione della garanzia»; G. BOZZI, *L'autonomia negoziale nel sistema delle garanzie personali*, cit., p. 300 ss., spec. 302, ove si legge: il funzionamento della clausola "senza eccezioni" «è per sua natura automatico e non può essere pertanto «regolato», non essendo rinvenibile un «limite interno» né una considerazione funzionale dei modi della sua operatività».

[56] Cfr. G. B. PORTALE, *Le garanzie bancarie internazionali (Questioni)*, in *Le garanzie bancarie internazionali*, cit., p. 78, il quale configura in capo al garante un obbligo di protezione («*Schutzpflicht*») della sfera giuridica del terzo debitore gemmazione del dovere di correttezza (e buona fede) di cui agli artt. 1175 e 1375 cod. civ.; G. GRIPPO, *La garanzia automatica in bilico tra «tecnica» e «politica»: tendenze della giurisprudenza*, *Banca borsa*, 1985, pt. II, p. 91 ss.; C. COSTA, *La lettera di credito* stand-by *come forma di garanzia nel commercio internazionale*, *Dir. banca e merc. fin*., 1987, p. 246-247, ove ampi riferimenti;



È, dunque, opinione diffusa che l'illiceità del patto fondamentale «contagi» ineluttabilmente la garanzia autonoma [57], anche se i pareri in merito non sono unanimi: come ci si accinge a porre in evidenza, mutano di segno in relazione all'opzione ermeneutica prediletta nella ricerca di uno schema tipico cui attingere per individuare norme e principi applicabili in via analogica a questa garanzia personale atipica.

3. – In letteratura, sono stati profusi sforzi davvero notevoli, non solo nel sostenere la meritevolezza e/o liceità degli interessi perseguiti attraverso questo contratto atipico [58], ma soprattutto, nell'individuarne la giustificazione causale.

Radicata la meritevolezza degli interessi delle parti per lo più sopra l'«idoneità dello strumento atipico a sviluppare l'iniziativa economica e l'incremento degli affari» [59] nel

---

A.A. DOLMETTA, Exceptio doli generalis, *Banca borsa*, 1998, fasc. 2, p. 147 ss.; G. BOZZI, *Il contratto autonomo di garanzia*, in ID. (a cura di), *La fideiussione*, cit., p. 944 ss.; A. MONTANARI, *Garanzia autonoma ed escussione abusiva: nuove tendenze rimediali in una diversa prospettiva ermeneutica*, *Garanzia autonoma ed escussione abusiva: nuove tendenze rimediali in una diversa prospettiva ermeneutica*, in *Europa dir. priv*., 2008, fasc. 4, p. 1018; p. 1023 ss.; C. D'ORTA, *Il contratto autonomo di garanzia tra esigenze del mercato ed esercizio del diritto*, Torino, 2018 p. 85 ss.; L. LAUDISA, *Garanzia autonoma e tutela giurisdizionale*, cit., p. 20 ss.; G. BARILLÀ, *I presupposti per l'esercizio dell'*exceptio doli *nell'escussione delle garanzie bancarie autonome: obblighi del garante e diritti del beneficiario*, *Corr. giur*., 2020, fasc. 6, p. 773 ss., nota a Cass. civ., sez. III, 15 maggio 2019, n. 12884; F. FIORENTINO, *Il labile confine tra fideiussione e garanzia autonoma di fronte alla mala fede del creditore garantito*, *Europa dir. priv*., 2021, fasc. 1, p. 137 ss., spec. 157 ss., p. 169, la quale dall'obbligo di buona fede nell'esecuzione del contratto autonomo di garanzia ricava la proponibilità delle eccezioni fondate sugli artt. 1956 e 1957 cod. civ. a prescindere dalla natura (accessoria o autonoma) della garanzia. Per l'A. gli artt. 1955, 1956 e 1957 cod. civ., in tema di estinzione della fideiussione, dettano, infatti, disposizioni che non presuppongono l'esistenza di un vincolo di accessorietà. In giurisprudenza valga il richiamo, per tutte, a Cass. civ., sez. I, 21 giugno 2018, n. 16345, cit.; Cass. civ., sez. trib., 12 settembre 2012, n. 15216, in *Mass*., 2012, p. 664.

[57] In linea con la giurisprudenza, la «dottrina ritiene, senza rilevanti contrasti, che l'illiceità del negozio garantito si «comunichi» in qualche modo al negozio di garanzia autonoma». Cfr. F. NAPPI, *La garanzia autonoma*. *Profili sistematici*, cit., p. 182. *Contra* M. SESTA, *Pagamento a prima richiesta*, cit., p. 952 ss.

[58] Sui rapporti tra valutazione di liceità e giudizio di meritevolezza cfr. F. MASTROPAOLO, *I contratti autonomi di garanzia*, cit., p. 257 ss., per il quale il giudizio di meritevolezza implica «una più complessa valutazione alla luce dell'ordinamento. Il problema della meritevolezza […] non si risolve col puro e semplice richiamo all'autonomia privata, sol che si mantenga nei confini della liceità» (p. 320).

[59] F. TOMMASEO, *Autonomia negoziale e tutela giurisdizionale nei rapporti di garanzia a prima richiesta*, cit., p. 5; G. BOZZI, *Il contratto autonomo di garanzia*, in ID. (a cura di), *La fideiussione*, cit., p. 995; E. NAVARRETTA, *Causalità e sanzione degli abusi nel contratto autonomo di garanzia*, cit., p. 304, la quale giudica l'operazione che si realizza attraverso la garanzia autonoma «certamente meritevole di tutela *ex* art. 1322, comma 2, c.c. poiché conforme non soltanto alle esigenze interne dell'ordinamento, ma nella sostanza anche a quelle desumibili dalla *lex mercatoria*». Nel senso che anche «l'elemento della professionalità – a cui è connessa la capacità di affrontare e sopportare rischi legati all'operazione economica garantita – […]



contesto di una prassi contrattuale internazionale retta dalla (nuova) *lex mercatoria* [60], la dottrina ha indagato la funzione della garanzia autonoma, prevalentemente, tentando l'accostamento a qualche modello negoziale tipico [61].

Si sono evocati il credito documentario [62], le cauzioni reali [63], la delegazione di pagamento [64], la promessa del fatto del terzo [65], ma anche l'assicurazione [66] e il mandato [67].

---

concorre a determinare la peculiare legittimità e meritevolezza dei negozi di garanzia personale d'impresa», da ultimo, M. RENNA, *Garanzie personali e autonomia d'impresa*, cit., p. 212.

[60] L'espressione «vuole alludere alla rinascita, in epoca moderna, di un diritto altrettanto universale quanto fu universale il diritto dei mercanti dell'epoca intermedia. Questo era stato *lex mercatoria*, non solo perché regolava i rapporti mercantili, ma anche e soprattutto perché era un diritto creato dai mercanti [...] la sua funzione era consistita nel derogare, per i rapporti commerciali, al diritto civile di allora ossia al diritto romano, rivelatosi non più congegnale alle esigenze dei traffici». Così F. GALGANO, *Diritto ed economia alle soglie del nuovo millennio*, in *Contr. e impr*., 2000, fasc. 1, p. 199 ss. In arg., cfr. M. SPERANZIN, *Un nuovo ordine delle fonti del diritto commerciale*, in *Riv. dir. civ*., 2019, fasc. 5, p. 1174 ss.; R. FERRANTE, *Francesco Galgano tra storia del diritto commerciale e "*lex mercatoria*"*, in *Nuova giur. civ. comm.*, 2019, fasc. 2, pt. II, p. 390 ss.; E. CAPOBIANCO, *Globalizzazione, mercato, contratto*, in *Vita not.,* 2017, fasc. 3, p. 113 ss.; C. ANGELICI, *La* lex mercatoria *e il problema dei codici di commercio*, in *Giur. comm*., 2010, fasc. 3, pt. I, p. 361 ss.; E. MAZZOLETTI, *Gli usi contrattuali e la nuova* lex mercatoria, in *Giur. comm*., 2007, fasc. 4, pt. I, p. 519 ss.; G. ALPA, *Il diritto commerciale tra* lex mercatoria *e modelli di armonizzazione*, in *Contr. e impr*., 2006, fasc. 1, p. 86 ss.; S. PATTI, *La « globalizzazione » e il diritto dei contratti*, *Nuova giur. civ. comm.*, 2006, fasc. 3, p. 149 ss.; F. MARRELLA, *La nuova* lex mercatoria, in *Tratt. dir. comm. e dir. pubbl. econ*., diretto da F. GALGANO, XXX, Padova, 2003; F. GALGANO, *Lex Mercatoria*, Bologna (Il Mulino), 2001; ID., voce *Lex mercatoria*, in *Enc. dir.*, Agg., V, 2001, p. 721 ss.; M. J. BONELL, *La moderna* lex mercatoria *tra mito e realtà*, in *Dir. comm. int.*, 1992, fasc. 2, p. 315 ss.; A. GIARDINA, *La* lex mercatoria *e la certezza del diritto nei commerci e negli investimenti internazionali*, *Riv. dir. int. priv. e proc.*, 1992, fasc. 3, p. 461 ss.

[61] Si vedano le osservazioni in tal senso di A. NATUCCI, *Astrazione causale e contratto autonomo di garanzia*, Padova, 1992, p. 100 ss.

[62] G.B. PORTALE, *Le garanzie bancarie internazionali*, *Banca borsa*, 1988, I, p. 4; ID., *Fideiussione e* Garantievertrag *nella prassi bancaria*, in *Le operazioni bancarie. Profili giuridici*, I, cit., p. 202 ss. Nota F. FEZZA, *Le garanzie personali atipiche*, cit., p. 165, nt. 86 come l'accostamento fatto da PORTALE del contratto autonomo al credito documentario sia da intendere – più che come una vera e propria assimilazione tra le due figure – quale base teorica su cui l'Illustre A. appunta la compatibilità dei negozi con causa esterna col nostro ordinamento. Per un approfondimento sul credito documentario, nella letteratura italiana, possono vedersi, tra gli altri, M. J. BONELL, *Il credito documentario: norme ed usi uniformi*, in G.B. PORTALE (a cura di), *Le operazioni bancarie*, II, Milano, 1978; A. Serra, voce «*Apertura di credito confermato"*, in *Dig. disc. priv*., *sez. comm.*, I, Torino, 1987, p. 160 ss.; C. TAGLIENTI, *Il credito documentario: nozione, fondamento, problematica*, Roma, 1987; ID., voce "*Credito documentario*", in *Enc. giur. Trecc.*, X, Roma, 1988, p. 4 ss.; C. COSTA, *Astrattezza ed eccezioni opponibili nel credito documentario irrevocabile*, Milano, 1989; ID., *Il credito documentario nell'era dei computers e della «smaterializzazione» dei titoli rappresentativi delle merci nel commercio internazionale*, in *Banca borsa*, 1989, I, p. 601 ss.; ID., *Il credito documentario*, Torino, 1997; A. GIAMPIERI, *Il credito documentario: profili di autonomia e causalità*, Padova, 1993; L. PONTIROLI, voce «*Il credito documentario*», in *Dig. disc. priv. sez. comm*., IV, Torino, 1989, p. 207 ss.; ID., *Il credito documentario: esigenze del commercio internazionale e regole nazionali nel diritto delle lettere di credito commerciali e standby*, Milano, 2000.



[63] Nel senso che «il complessivo assetto funzionale del contratto autonomo di garanzia […] manifesta, in aggiunta alla *causa cavendi*, un profilo *lato sensu* cauzionale» P. CORRIAS, *Garanzia pura e contrati di rischio*, cit., p. 429, p. 465 ss. ID., *Sugli indici di autonomia delle garanzie personali del credito*, cit., p. 351 ss. Sulla stessa linea F. CAPPAI, *Il contratto autonomo di garanzia nel commercio internazionale*, cit., p. 144, per il quale la causa di garanzia o indennitaria dell'interesse del creditore all'adempimento non esaurisce la dimensione funzionale della figura, che «assolve, accanto alla funzione di garanzia, ad una spiccata finalità cauzionale». Anche M. SESTA, in *Pagamento a prima richiesta*, cit., p. 949 osserva come «La finalità che le parti voglio raggiungere […] è ben nota all'ordinamento che ne ammette la rilevanza qualora essa sia perseguita attraverso la dazione di una cauzione» concludendo: «se è consentito alle parti concedere o fare concedere da un terzo una somma di denaro o altri beni fungibili e trasferirla in proprietà al creditore di una determinata prestazione a garanzia dell'esatto adempimento di questa, allo stesso modo deve essere permessa all'autonomia dei privati la sostituzione della somma di denaro o dei beni fungibili con l'impegno di un terzo di provvedere a quel pagamento a semplice richiesta del creditore indipendentemente dalle vicende del rapporto sottostante». Nel senso che ci sono *performance bond* con carattere cauzionale e *performance bond* con carattere fideiussorio M. VIALE, «Performance bond» *e contratto autonomo di garanzia: il regime delle eccezioni tra astrazione e causalità*, *Foro it*., 1987, pt. I, c. 307-308; nt. 57; adesivamente G. MILLOZZA, *Il contratto autonomo di garanzia*, in *Dir. fall*., 1991, I, p. 97. Critico, invece, rispetto a questa impostazione F. FEZZA, *Le garanzie personali atipiche*, cit., p. 163-164. Reputa che un accostamento della garanzia autonoma alla cauzione non possa offrire un contributo determinante alla ricostruzione della prima, data «la polivocità del termine cauzione e la conseguente impossibilità anche per tale istituto di trovare un quadro di regolamento unitario» P. Tartaglia, *I negozi atipici di garanzia personale*, cit., p. 132.

[64] Propone l'applicazione in via analogica al rapporto di garanzia autonoma della disciplina della delegazione M. SESTA, *Pagamento a prima richiesta*, cit., p. 952 ss., il quale peraltro ammette: «la fattispecie del contratto autonomo di garanzia non rientra perfettamente nel meccanismo della delegazione, in quanto caratteristica della delegazione stessa e sua precipua finalità è l'assunzione di un debito altrui o l'estinzione con un unico pagamento di due distinti debiti intercorrenti tra delegante e delegatario e tra delegante e delegato»; la funzione del contratto autonomo si discosta dalla situazione in cui si inserisce la delegazione per l'«inesistenza di un debito tra delegante e delegatario, avente gli stessi caratteri di quello assunto dal delegato». Nel senso che «il contratto con cui una parte, richiamando il mandato conferitogli dal debitore, si obbliga verso l'altra (creditore) del tutto autonomamente rispetto al preesistente debito del mandante, cioè senza poter opporre le eccezioni a questo relative, è (la seconda fase di una) delegazione pura cumulativa» R. CICALA, *Sul contratto autonomo di garanzia*, *Riv. dir. civ*., 1991, I, p. 147. *Contra* G. GRIPPO, *La garanzia automatica in bilico tra «tecnica» e «politica»: tendenze della giurisprudenza*, cit., p. 93; M. VIALE, *I contratti autonomi di garanzia*, *Nuova giur. civ. comm.*, 1990, fasc. 3, pt. II, p. 175 ss., spec. 180; P. TARTAGLIA, *I negozi atipici di garanzia personale*, cit., p. 139; F. FEZZA, *Le garanzie personali atipiche*, cit., p. 163; A. NATUCCI, *Astrazione causale e contratto autonomo di garanzia*, cit., p. 63 ss.; A. MONTANARI, *Garanzia autonoma ed escussione abusiva: nuove tendenze rimediali in una diversa prospettiva ermeneutica*, cit., p. 1017.

[65] Cfr. G. STOLFI, *La promessa del fatto di un terzo*, *Riv. dir. comm.*, 1927, I, p. 220: «parlare di *contratto di garanzia*, come fanno i tedeschi, o di *promessa del fatto del terzo*, secondo l'uso italiano, è cosa che non dipende da una differenza concettuale, ma da un modo di esprimersi diverso, avendo in mente lo stesso negozio [*c.d.A.*]»; una fideiussione nulla, perché l'obbligo del debitore non è sorto, può valere come promessa del fatto del terzo; E. BRIGANTI, *Fideiussione e promessa del fatto altrui*, Napoli, 1981, p. 84 ss.; p. 138 ss., per un'analisi dei rapporti tra fideiussione e promessa del fatto del terzo; P. DE SANNA, *Accessorietà ed autonomia nel sistema delle garanzie a prima richiesta*, Milano, 1988, p. 45 ss., p. 64 ss.; E. PERRIER, *Le figure atipiche di garanzia personale e la loro ascrivibilità alla promessa del fatto del terzo*, in U. DRAETTA-C. VACCÀ (a cura di), *Le garanzie contrattuali*, Milano, 1994, p. 94. Inquadra la garanzia auto-



Di là dai molteplici, articolati tentativi rivolti a un singolo schema tipico, le tesi sulla causa della garanzia autonoma si lasciano ordinare in due insiemi [68].

Il primo comprende le teorie che ravvisano la causa della garanzia autonoma all'esterno del contratto [69]: vuoi nel rapporto fondamentale tra debitore-ordinante e creditore-

---

noma nello schema dell'art. 1381 cod. civ. M. SEGNI, *La* «lettre de patronage» *come garanzia personale impropria*, *Riv. dir. civ*., 1975, pt. I, p. 155 ss. Sulla stessa linea A. MAZZONI, *Le lettere di* patronage *nelle procedure concorsuali: contributo allo studio dei profili sistematici delle garanzie autonome*, in *Banca, borsa, tit. cred*., 1984, II, p. 392, 399, che individua nell'art. 1381 c.c. il paradigma fondamentale cui possono ricondursi le diverse figure atipiche di negozio con funzione di garanzia; F. NAPPI, *La garanzia autonoma. Profili sistematici*, p. 129 ss.; G. GRIPPO, *Garanzie atipiche e fallimento*, in *Contr. impr*., 1986, p. 387; M.C. CHERUBINI, *La promessa del fatto del terzo*, Milano, 1992, p. 135 ss., la quale ravvisa nell'art. 1381 cod. civ. un indice di ammissibilità di una siffatta funzione di garanzia (non accessoria). Reputa la promessa del fatto altrui «la figura più strettamente affine alla garanzia autonoma sul piano della struttura e delle finalità della prestazione» benché inidonea a rappresentare la giustificazione causale del contratto di garanzia dal momento che «presuppone anch'essa, per essere operante, una causa su cui fondarsi (rappresentata dal contratto principale cui accede)» A. NATUCCI, *Astrazione causale e contratto autonomo di garanzia*, cit., p. 101; p. 81. Non condivide, invece, l'idea di ricondurre il contratto autonomo di garanzia al paradigma offerto dall'art. 1381 cod. civ., giudicato troppo distante dalla *causa cavendi* che connota le garanzie personali tipiche e atipiche P. CORRIAS, *Garanzia pura e contratto di rischio*, cit., p. 361. In senso critico anche R. CICALA, *Sul contratto autonomo di garanzia*, cit., p. 149: «il ricorso *tout court* all'art. 1381, genericamente formulato con riferimento a tutte le ipotesi di garanzia autonoma, postula l'irrilevanza del richiamo, per lo più presente nel *G.*, al precedente mandato tra debitore e garante; a quanto pare generalizza l'ipotesi di copertura del c.d. rischio atipico (propria, sembra, del commercio internazionale) con probabile ultroneità rispetto al concreto intento delle parti; e riportando […] allo schema dell'art. 1381 non solo il fondamento causale dell'impegno del garante ma anche il contenuto della sua prestazione, inesattamente presenta quest'ultima come indennitaria in ogni caso»; P. TARTAGLIA, *I negozi atipici di garanzia personale*, cit., p. 140 ss. Inquadra nello schema dell'art. 1381 cod. civ. soltanto l'ipotesi di garanzia autonoma assunta all'insaputa del debitore F. MASTROPAOLO, *I contratti autonomi di garanzia*, 2° ed., p. 390. Sulla ricostruzione della garanzia autonoma alla stregua di una promessa del fatto del terzo nel diritto svizzero cfr. G.B. PORTALE, *Il contratto autonomo di garanzia nel diritto svizzero*, *Banca borsa*, 1990, pt. II, p. 37 ss.

[66] Cfr. U. LA PORTA, *Considerazioni sulla causa e sui limiti dell'autonomia nel contratto autonomo di garanzia*, cit., p. 141; G. BISCONTINI, *Assunzione di debito e garanzia del credito*, Napoli, 1993, p. 177-178.

[67] Qui per tutti, G. BOZZI, *L'autonomia negoziale nel sistema delle garanzie personali*, cit., spec. p. 239 ss.; p. 293.

[68] Per un'analisi delle diverse ipotesi d'inquadramento del contratto autonomo e in generale, a proposito del dibattito sulla causalità della garanzia autonoma possono vedersi P. CORRIAS, *Garanzia pura e contratti di rischio*, cit., p. 441 ss.; G. CHINÉ, *Il contratto autonomo di garanzia*, in AA. VV., *La fideiussione e le altre garanzie personali*, opera diretta da V. Cuffaro, Bologna, 2014, p. 295 ss.; F. MACARIO, *Garanzie personali*, cit., p. 415 ss.; G. BOZZI, *L'autonomia negoziale nel sistema delle garanzie personali*, cit., p. 200 ss.

[69] Per la tesi del negozio con causa esterna cfr. G.B. PORTALE, *Fideiussione e contratto autonomo di garanzia nella prassi bancaria*, in ID. (a cura di), *Le operazioni bancarie. Profili giuridici*, I, cit., p. 203; F. BENATTI, *Il contratto*, cit., p. 178 ss.; Id., *Garanzia (contratto autonomo di)*, cit., p. 920 ss.; S. MACCARONE, *Contratto autonomo di garanzia*, cit., p. 397 ss.; G.B. BARILLÀ, Performance bond *tra contrattazione d'impresa e «ricommercializzazione» del diritto commerciale*, in M. GRANIERI-T.M. UBERTAZZI (a cura di), *Le garanzie speciali nei rapporti commerciali*, Bologna, 2017, p. 120.



beneficiario [70] vuoi nel mandato tra il debitore-ordinante e la banca-garante [71], entro il più ampio contesto dell'operazione economica.

Il secondo include quelle ricostruzioni che rinvengono la causa del contratto autonomo di garanzia all'interno di esso: ora si è fatto riferimento alla «garanzia di un risultato considerato nella sua materialità e vantaggioso per il creditore» [72] ora si è preferito discorrere di funzione di «*promozione contrattuale o d'affari*» più che di garanzia in senso proprio [73] ovvero di causa mista (la *causa cavendi* sarebbe suscettibile di combinarsi con la *causa obbligandi* [74] oppure con una funzione in senso lato cauzionale [75]) ora si è sostenuto che la funzione negoziale debba individuarsi all'interno del contratto, concretizzandosi nell'intento dei contraenti di garantire al beneficiario, a prima richiesta e senza eccezioni un «valore economico determinato *per relationem* con riferimento ad una prestazione dedotta nel rapporto contrattuale sottostante» lì dove «il richiamo a quest'ultimo rapporto […] assolve ad una funzione di determinazione del *quantum* della prestazione promessa» [76].

Muovendo a una disamina più analitica: una prima e autorevole ricostruzione, la qua-

---

[70] G.B. PORTALE, *op. loc. ult. cit.*: «Per la validità basta, appunto, l'enunciazione dello «scopo» che le parti vogliono perseguire e quella del «fondamento» del negozio. Se poi il fondamento causale è (putativo) erroneo o per una qualsiasi ragione manca originariamente o viene meno successivamente, non ne consegue la nullità del contratto, ma unicamente spetta alla parte che ha eseguito la prestazione […] una *condictio indebiti* ovvero un'analoga azione recuperatoria o risarcitoria»; per rendere causale il *Garantievertrag* «basta la dichiarazione in esso dello scopo di garanza e che sia fatto comunque dalle parti riferimento ad un rapporto fondamentale, che valga a giustificare l'obbligazione del garante».

[71] G. BOZZI, *L'autonomia negoziale nel sistema delle garanzie personali*, cit., p. 239 ss., p. 287 ss.

[72] F. MASTROPAOLO, *I contratti autonomi di garanzia*, 2° ed., cit., p. 281 ss., il quale osserva, alle pag. 353-354: «L'asserzione che il contratto autonomo di garanzia ha una propria causa-funzione non contraddice, anzi esalta la sua autonomia dai rapporti di base».

[73] A. NATUCCI, *Astrazione causale e contratto autonomo di garanzia*, cit., p. 106 ss.; p. 110.

[74] Cfr. P. TARTAGLIA, *I negozi atipici di garanzia personale*, cit., p. 151 ss., spec. 154-155: «la causa non è soltanto una causa di garanzia ma consiste nella previsione della soddisfazione degli interessi alla esecuzione dell'attribuzione: il beneficiario a ricevere immediatamente la prestazione promessa; il garante ad eseguire la prestazione per dare esecuzione all'impegno assunto nei confronti del garantito. […] L'esistenza di un interesse autonomo e diverso è sufficiente a fondare la indipendenza della categoria e la possibilità di valutarla nella sua autonomia anche sotto il profilo della patologia dell'atto».

[75] P. CORRIAS, *Garanzia pura e contrati di rischio*, cit., p. 429, p. 465 ss. ID., *Sugli indici di autonomia delle garanzie personali del credito*, cit., p. 351 ss.; F. CAPPAI, *Il contratto autonomo di garanzia nel commercio internazionale*, cit., p. 144.

[76] G. CHINÉ, *Il contratto autonomo di garanzia*, cit., p. 305; ID., *Garanzia a prima richiesta*, in V. CUFFARO (a cura di), *Le garanzie rafforzate del credito*, Torino, 2000, p. 93; ID., *Contratto autonomo di garanzia*, in *Enc. giur. Trecc.*, X, Roma, 2007. La tesi della causa interna è sostenuta anche L. PONTIROLI, *Le garanzie autonome ed il rischio del creditore*, cit., p. 49 ss.; p. 179.



le ha avuto ampio séguito, guarda al credito documentario [77], ravvisando nel contratto autonomo di garanzia un negozio che trova giustificazione e fondamento causale al di fuori di sé [78]. Sebbene il rapporto nascente dal contratto autonomo di garanzia sia staccato dal rapporto tra il terzo debitore e il creditore beneficiario e indipendente rispetto alla relazione giuridica tra l'ordinante e il garante, l'obbligazione del garante resta appoggiata a quella del debitore principale e la ragione a fondamento del trasferimento di ricchezza dal garante autonomo al beneficiario è desunta dal rapporto tra quest'ultimo e il terzo. Lungi dall'autorizzare uno spostamento ingiustificato di ricchezza, il contratto autonomo è da considerare causale nella misura in cui lo scopo di garanzia sia dichiarato e il riferimento al rapporto intercorrente tra il garante e il terzo debitore sorregga lo spostamento patrimoniale. La presenza di una norma come quella contenuta all'art. 1530, secondo comma, cod. civ. in tema di credito documentario, per cui l'eventuale nullità o inesistenza del rapporto di provvista o di quello di valuta o anche di entrambi non incide sulla validità del contratto tra banca e venditore, lascia inferire che il nostro ordinamento contempla negozi non aventi la causa al proprio interno, ma non per questo astratti [79]. Le

[77] Dal quale comunque il contratto autonomo di garanzia «rimane differenziato per la sua diversa funzione: quella di garanzia». Così G.B. PORTALE, *Fideiussione e* Garantievertrag *nella prassi bancaria*, in *Le garanzie bancarie internazionali*, cit., p. 12.

[78] Cfr. G.B. PORTALE, *Nuovi sviluppi del contratto autonomo di garanzia*, in *Le garanzie bancarie internazionali*, cit., p. 42; p. 51; ID., *Fideiussione e* Garantievertrag *nella prassi bancaria*, *ibidem*, p. 20; F. BONELLI, *Le garanzie bancarie «a prima domanda» nel commercio internazionale*, cit., p. 144; F. FEZZA, *Le garanzie personali atipiche*, cit., p. 144; S. MACCARONE, *Contratto autonomo di garanzia*, cit., p. 385 ss., spec. 397 ss.; F. BENATTI, *Il contratto autonomo di garanzia*, cit., p. 179: «la garanzia a prima richiesta appare come un atto causale, sussistendo l'"interesse" sia del promittente sia del promissario all'esistenza del contratto, alla sua efficacia e alla prestazione. Il promittente si obbliga per permettere la conclusione di un affare […] che senza una siffatta garanzia non potrebbe essere promosso; il promissario fa affidamento su quella garanzia e tale fiducia è meritevole di tutela secondo i moderni canoni di valutazione socio-economica». Sul contratto autonomo come negozio a causa esterna si veda anche G.B. BARILLÀ, *Causa esterna e garanzie bancarie autonome*, in *Banca borsa*, 2006, fasc. 6, pt. I, p. 659 ss., spec. p. 661 ove l'A. scrive: «la ragione per cui il garante assume il rischio risulta dal suo rapporto con il terzo: in genere un rapporto di mandato; la ragione per cui il beneficiario deve ricevere la prestazione si desume, invece, dal rapporto di questo con il terzo»; Id., Performance bond *tra contrattazione d'impresa e «ricommercializzazione» del diritto commerciale*, in M. GRANIERI-T.M. UBERTAZZI (a cura di), *Le garanzie speciali nei rapporti commerciali*, cit., p. 120; L. LAUDISA, *Garanzia autonoma e tutela giurisdizionale*, cit., p. 14.

[79] G.B. PORTALE, *Fideiussione e* Garantievertrag *nella prassi bancaria*, in *Le garanzie bancarie internazionali*, cit., p. 19 ss.; ID., *Nuovi sviluppi del contratto autonomo di garanzia*, *ibidem*, p. 41 ss., il quale esclude, con la dottrina straniera maggioritaria, la riconducibilità dell'art. 1530, 2 co., cod. civ. alla delegazione pura e dunque, la possibilità per la banca di sollevare l'eccezione della cd. nullità della doppia causa. Da tale interpretazione si trae la sussistenza di un divieto per la banca di formulare eccezioni relative ai rapporti sottostanti e quindi, l'astrattezza del rapporto tra la banca e il venditore. Secondo una diversa opzione ermeneutica, tuttavia, la previsione dell'art. 1530, secondo comma, cod. civ. è riconducibile allo



stesse previsioni in tema di avallo cambiario parrebbero offrire argomenti a dimostrazione del fatto che l'obbligazione di garanzia può appoggiarsi al rapporto garantito senza che tale nesso si traduca nei termini dell'accessorietà: se il legislatore contempla espressamente la validità dell'avallo cambiario in caso d'invalidità della obbligazione garantita, vuol dire che l'accessorietà non è immanente a ogni relazione di garanzia o meglio, non si traduce schematicamente in un nesso di dipendenza. Altro è l'interdipendenza che si esprime nella *accessorietà* altro è la *sussidiarietà* dell'una all'altra [80].

In questa prospettiva, nella quale la ragione giustificatrice dell'attribuzione dal garante al beneficiario si trae dalla combinazione dei rapporti tra garante e terzo-debitore e fra terzo-debitore e beneficiario [81], dal momento che il contratto di garanzia autonoma contiene al proprio interno l'indicazione del rapporto garantito [82], appare logico reputare che l'illiceità di quest'ultimo non possa che condurre alla nullità della garanzia per illiceità della causa [83].

Gli esiti di queste riflessioni, nella sostanza, sono condivisi anche da chi preferisce assumere a riferimento l'art. 1381 cod. civ. [84], riconoscendo a conclusioni maturate in re-

---

schema della delegazione sicché dovrebbe reputarsi applicabile al credito documentario la norma dell'art. 1271, secondo comma, cod. civ. per cui il delegato (*i.e.*, la banca garante) può sollevare, oltre alle eccezioni relative alla incompletezza o irregolarità dei documenti, anche l'eccezione cd. di nullità della doppia causa. Cfr. P. GRECO, in ID.-G. COTTINO, *Della vendita*, *Comm. del cod. civ.* a cura di A. Scialoja e G. Branca, Bologna, 1962, p. 391 ss.; B. CARPINO, *La vendita*, sez. II, *Tratt. dir. priv.* diretto da P. Rescigno, XI, Torino, 1984, p. 335 ss. In giurisprudenza, cfr. Cass. 8 luglio 1983, 4605, in *Foro it*., 1983, I, c. 2789; *Banca borsa*, 1985, pt. II, p. 145.

[80] G.B. PORTALE, *Fideiussione e* Garantievertrag *nella prassi bancaria*, in *Le garanzie bancarie internazionali*, cit., p. 12; F. FEZZA, *Le garanzie personali atipiche*, cit., p. 142 ss. In arg., di recente M. RENNA, *Garanzie personali e autonomia d'impresa*, cit., p. 217.

[81] G.B. PORTALE, *Nuovi sviluppi del contratto autonomo di garanzia*, in *Le garanzie bancarie internazionali*, cit., p. 42.

[82] Il riferimento al rapporto fondamentale consente l'identificazione del rischio garantito; ove, invece, il riferimento al contratto principale si sostanzi in un vero e proprio richiamo alle sue clausole, non si è al cospetto di una garanzia autonoma. Così F. BONELLI, *Garanzie bancarie «a prima domanda»*, in U. DRAETTA-C. VACCÀ (a cura di), *Le garanzie contrattuali*, cit., p. 217.

[83] Nel senso che l'astrattezza della garanzia autonoma è destinata a trovare un primo limite intrinseco nella illiceità della causa del contratto principale che si comunichi al contratto di garanzia v., qui per tutti, G. B. PORTALE, *Nuovi sviluppi del contratto autonomo di garanzia*, in *Le garanzie bancarie internazionali*, cit., p. 48 ss.; F. BENATTI, *Il contratto autonomo di garanzia*, cit., p. 182.

[84] Per una ricostruzione dell'istituto possono vedersi G. SCALFI, *La promessa del fatto altrui*, Milano-Varese, 1955; M.C. Stasi, voce *Promessa dell'obbligazione o del fatto del terzo*, in *Noviss. dig. it*., XIV, Torino, 1967, p. 69 ss.; E. BRIGANTI, *Fideiussione e promessa del fatto altrui*, cit.; F. ALCARO, voce *Promessa del fatto del terzo*, in *Enc. dir.*, XXXVII, Milano, 1988, p. 70 ss.; C.M. BIANCA, *L'obbligazione*, in *Diritto civile*, IV, Milano, 1990; M.C. CHERUBINI, *La promessa del fatto del terzo*, Milano, 1992; F. MA-



lazione alla promessa del fatto del terzo [85] una valenza generale per tutto il settore delle garanzie autonome. Guardando al contratto autonomo di garanzia attraverso il prisma

---

STROPAOLO, *Promessa del fatto altrui, garanzie personali e sindacato di voto*, in *Riv. dir. comm*., 1992, pt. I, p. 695 ss.; G. STOLFI, *La promessa del fatto di un terzo*, *Studi di diritto privato*, Milano, 1992, p. 465 ss.; A. CHECCHINI, *La promessa del fatto del terzo*, in *Riv. dir. civ*., 1999, fasc. 5, pt. I, p. 563 ss. (parte I); fasc. 6, pt. I, p. 665 ss. (parte II); M.R. MARELLA, *La promessa del fatto del terzo*, in *I contratti in generale*, Torino, 2000, p. 211 ss.; ID., voce *Promessa del fatto del terzo*, in *Dig. disc. priv.*, *sez. civ*., XV, Torino, 1997, p. 386 ss.; V. ROPPO, *Il contratto*, in *Tratt. dir. priv*., a cura di G. Iudica e P. Zatti, 2ª ed., Milano, 2011, p. 536 ss.; M. ALESSANDRINI, *Profili critici della promessa del fatto del terzo*, in *Nuova giur. civ. comm.*, 2003, fasc. 4, pt. II, p. 327 ss.; G.F. BASINI, voce *Promessa del fatto del terzo*, in *Dizionari del diritto privato*, promossi da N. IRTI, I, *Diritto Civile*, Milano, 2011; E. BATTELLI, *Promessa dell'obbligazione o del fatto del terzo*, in V. CUFFARO (a cura di), *La fideiussione e le altre garanzie personali*, Bologna, 2014, p. 387 ss.

[85] Mette conto di segnalare come l'art. 1381 cod. civ., sin dall'entrata in vigore del codice del 1942, sia stato occasione di dibattiti vivaci e non ancora sopiti. Per la tesi che riconosce alla promessa funzione di sicurezza cfr. E. BETTI, *Teoria generale delle obbligazioni*, I, Milano, 1953, p. 44; G. SCALFI, *La promessa del fatto altrui*, Milano-Varese, 1955, p. 44; E. BRIGANTI, *Fideiussione e promessa del fatto altrui*, cit., p. 103 ss.; G. STOLFI, *La promessa del fatto di un terzo*, cit., p. 215 ss. Sulla stessa linea, nel senso che il promittente si accolla tutto il rischio della mancata prestazione del terzo con impegno a indennizzarlo come farebbe un assicuratore F. GALGANO, *sub* art. 1381, in ID.-G. VISINTINI, *Effetti del contratto. Rappresentanza. Contratto per persona da nominare*, in *Comm. cod. civ.*, a cura di A. Scialoja e G. Branca, Bologna-Roma, 1993, p. 157; D. RUSSO, *Promessa del fatto del terzo e frode alla legge*, in *Obbl. e contr*., 2009, fasc. 12, p. 963 ss., in nota a Cass. civ., sez. I, 10 luglio 2009, n. 16305, p. 969: «l'oggetto della prestazione […] non consiste in un *facere* specifico bensì in un obbligo di tipo "assicurativo"». Con varietà di toni e sfumature, sviluppano l'idea dell'assunzione di rischio M.R. MARELLA, *sub* art. 1381 c.c., in E. NAVARRETTA-A. ORESTANO (a cura di), *I contratti in generale*, *Comm. cod. civ.*, diretto da E. GABRIELLI, Torino, 2011, p. 929 ss.; A. CHECCHINI, *La promessa del fatto del terzo*, II, *La natura dell'indennizzo nella promessa del fatto altrui*, cit., p. 679 ss.; E. DAMIANI, *Contratto di assicurazione e prestazione di sicurezza*, Milano, 2008, p. 150 ss. Per l'archetipo della prestazione di garanzia anche F. MASTROPAOLO, *Promessa del fatto altrui, garanzie personali e sindacato di voto*, cit., p. 709 ss.; M.C. CHERUBINI, *La promessa del fatto del terzo*, cit., p. 45 ss.; V. ROPPO, *Il contratto*, *Tratt. dir. priv.*, a cura di G. Iudica e P. Zatti, Milano, 2001, p. 572, il quale si esprime nel senso che «l'art. 1381 inclina verso il modello della garanzia», ma successivamente afferma: «La giusta soluzione (accolta anche in giurisprudenza) combina il modello della responsabilità con quello della garanzia». Cfr. ID., in *Il contratto*, 2ª ed., cit., p. 537 ss. Per la tesi, invece, secondo cui dalla promessa deriva un obbligo di *facere* F. MESSINEO, *Il contratto in genere*, in *Trattato dir. civ. e comm.*, diretto da A. CICU e F. MESSINEO, XXI, t. 2, Milano, 1972, p. 97; L. BARASSI, *La teoria generale delle obbligazioni*, II, *Le fonti*, Milano, 1964, p. 197 ss.; E. COLAGROSSO, *Teoria generale delle obbligazioni*, 2ª ed., Roma, 1948, p. 288. Nel senso che il fatto del terzo è l'oggetto immediato ed esclusivo dell'obbligazione del promittente R. NICOLÒ, *L'adempimento dell'obbligo altrui*, Milano, 1936, p. 39 s., ora anche in *Raccolta di scritti*, II, Milano, 1980, p. 998; G. OSTI, voce *Contratto*, in *Noviss. dig. it*., IV, Torino, 1957, p. 525 ss. Reputa che dalla promessa scaturiscano un'obbligazione di garanzia, ma anche un obbligo di cooperare per far sì che il terzo compia il fatto o adempia l'obbligazione P. CORRIAS, *Garanzia pura e contratti di rischio*, cit., p. 95 ss. In giur., per tutte, v. Cass. civ., sez. lav., 19 dicembre 2003, n. 19472, in *Giust. civ*., 2004, I, p. 1257, secondo cui il promittente è «tenuto al mero indennizzo, nel caso in cui sia stato diligente nell'attivarsi presso il terzo onde soddisfare l'interesse del promissario […] dovrà risarcire i danni secondo le generali regole risarcitorie allorquando siano ravvisabili colpa o negligenza e il promissario dia la prova degli effettivi danni subiti in conseguenza dell'inadempimento».



dell'art. 1381 cod. civ., si è osservato come le parti siano libere di trasferire il peso di una perdita incolpevole e che «anche un'obbligazione originariamente nulla ovvero originariamente non nulla ma successivamente «frustrata» (perché annullata o risolta o divenuta inefficace o inesigibile) può provocare l'insorgenza di un danno a carico di chi era (o si riteneva) creditore in base ad essa»; la promessa deve considerarsi nulla (soltanto) lì dove sia illecito l'interesse a che il fatto promesso si verifichi poiché «giuridicamente, ciò si traduce nell'illiceità della causa sottesa alla promessa» [86].

L'accostamento della garanzia autonoma alla promessa del fatto del terzo sarebbe giustificato dal momento che entrambi i modelli realizzerebbero il trasferimento di un rischio economico, sebbene solo il contratto autonomo di garanzia attribuisca al creditore una sicurezza comparabile con quella offerta da una cauzione reale (senza gli svantaggi finanziari ad essa correlati) [87].

Di contro, è agevole rilevare come la promessa, a differenza della garanzia autonoma, generi una obbligazione puramente indennitaria e appaia del tutto scevra dalla *causa cavendi* che comunque sembra connotare questa forma di garanzia personale atipica, sia pure in forma spuria o mista [88].

Veniamo, dunque, al ragionamento di chi assume che la garanzia autonoma sia strumento idoneo a realizzare una funzione assimilabile a quella della cauzione.

In quest'ottica, si è opinato nel senso che, giacché l'ammissibilità del deposito a pre-

---

[86] A. MAZZONI, *Le lettere di* patronage *nelle procedure concorsuali: contributo allo studio dei profili sistematici delle garanzie autonome*, cit., p. 395, p. 399. Analogamente P. DE SANNA, *Accessorietà ed autonomia nel sistema delle garanzie a prima richiesta*, cit., p. 79; M. SEGNI, *La* «lettre de patronage» *come garanzia personale impropria*, cit., p. 156: «se illecita è la causa o il motivo comune del contratto tra terzo e promissario, il promittente, assicurando la sua esecuzione, compie a sua volta un atto diretto a raggiungere un risultato vietato dall'ordinamento; e quindi con causa illecita». L'opinione che riconduce la garanzia autonoma allo schema dell'art. 1381 cod. civ. ha ricevuto diverse obiezioni. Cfr. in arg. F. BENATTI, *Il contratto autonomo di garanzia*, cit., p. 178. Si è osservato come la promessa del fatto del terzo abbia funzione indennitaria; l'intento delle parti nella garanzia autonoma diverga da quello sotteso alla promessa *ex* art. 1381 c.c.; la promessa del fatto del terzo costituisca un «"frammento" di fattispecie destinato ad entrare in un contratto avente propria causa» lì dove invece il contratto autonomo costituisce un'autonoma fattispecie contrattuale. Cfr. G.B. PORTALE, *Fideiussione e* Garantievertrag *nella prassi bancaria*, in *Le garanzie bancarie internazionali*, cit., p. 15; nello stesso senso L. PONTIROLI, *Le garanzie autonome ed il rischio del creditore*, cit., p. 27: la garanzia autonoma non coincide con la promessa del fatto del terzo atteso che, nella generalità dei casi, la *promissio facti alieni* costituisce «solo una parte, non autosufficiente, di una fattispecie giuridica». Sui tratti differenziali tra promessa del fatto del terzo e garanzia autonoma si segnalano F. FEZZA, *Le garanzie personali atipiche*, cit., p. 161-162; P. Tartaglia, *I negozi atipici di garanzia personale*, cit., p. 141 ss.; F. MASTROPAOLO, *I contratti autonomi di garanzia*, 2° ed., p. 342 ss.

[87] Cfr. P. DE SANNA, *Accessorietà ed autonomia nel sistema delle garanzie a prima richiesta*, cit., p 64 ss.

[88] P. CORRIAS, *Garanzia pura e contratti di rischio*, cit., p. 361.



scindere dalla validità del contratto base è tipica della cauzione, «in caso di *performance bond* con carattere di cauzione» le eccezioni di nullità del contratto base «in linea di massima non dovrebbero essere opponibili» salvi i casi d'illiceità per manifesta contrarietà a principi internazionali di ordine pubblico [89], ove si tratti di accordi internazionali; d'illiceità per qualsiasi ragione, se il contratto sia stipulato da soggetti della medesima nazionalità [90].

Chi ascrive al contratto autonomo di garanzia funzione non solo di garanzia, ma anche cauzionale [91] sostiene che, affinché questa possa esplicarsi sia «sufficiente che tra il debitore ordinante e il creditore garantito vi sia spazio per l'insorgenza di una genuina controversia in relazione al contratto richiamato nel testo della garanzia e il presupposto minimo perché ciò abbia a verificarsi è che tale contratto sia stato materialmente sottoscritto dalle parti» [92] a nulla rilevando che sia nullo o annullabile.

Perviene invece a conclusioni più radicali chi – come anticipato – reputa che siano le norme in tema di delegazione di pagamento a fornire «utili spunti di riflessione» [93] nonché il parametro d'elezione per l'individuazione della disciplina atta a regolare il contratto autonomo di garanzia. Entro questa prospettiva si è, infatti, voluto scorgere uno spazio per postulare l'applicabilità in via analogica dell'art. 1271, secondo comma, cod. civ. e

---

[89] M. VIALE, *«*Performance bond*» e contratto autonomo di garanzia: il regime delle eccezioni tra astrazione e causalità*, cit., c. 309. Muovendo dall'esame della prassi e dalla constatazione del diverso atteggiarsi, di volta in volta, degli interessi in gioco, l'A. distingue tra *performance bond* con funzione assimilabile alla cauzione (giudicati i più diffusi nella prassi europea internazionale) e *performance bond* con carattere fideiussorio. In relazione a questi ultimi, propone di «applicare per analogia […] la regola prevista in tema di cambiale quando si tratta di rapporti tra emittente e primo prenditore (art. 23 e 65 l.c.). Di conseguenza saranno opponibili solo le eccezioni di breve indagine». Le norme sulla delegazione o sulle lettere di credito sarebbero invece inapplicabili sia per la mancanza d'identità di *ratio* sia per la loro inidoneità a comporre adeguatamente gli interessi in gioco.

[90] F. BENATTI, *Il contratto autonomo di garanzia*, cit., p. 173; ID., *Garanzia (contratto autonomo di)*, *Noviss. Dig. it*., App. III, Torino, 1982, p. 922.

[91] Come P. CORRIAS, *Garanzia pura e contrati di rischio*, cit., p. 429, p. 463 ss., per il quale la funzione di aumentare oggettivamente le possibilità di realizzare il proprio credito o di conseguire il valore dello stesso (cd. *causa cavendi*), nella garanzia autonoma, si combina con la funzione di porre il creditore al riparo dal rischio di contestazioni cioè d'incorrere in una lite con l'intermediario-garante.

[92] Cfr. F. CAPPAI, *Il contratto autonomo di garanzia nel commercio internazionale*, cit., p. 144 ss., il quale osserva come «[…] La soluzione che eleva la validità del contratto base a requisito causale indefettibile della tipologia di bond esaminata, finisce per escludere dal novero degli interessi economicamente apprezzabili realizzabili dalla figura, l'esigenza del creditore che sottoscrive un contratto internazionale, di sapere di poter contare sul pronto incameramento della garanzia, a prescindere dalle ragioni (di validità o di responsabilità) che potranno essergli in futuro opposte dal debitore inadempiente, per contestare la sua pretesa all'esecuzione del contratto principale».

[93] M. SESTA, *Pagamento a prima richiesta*, cit., p. 952.



la proponibilità dell'eccezione di nullità della doppia causa, con esclusione della possibilità per il garante di eccepire la nullità per illiceità del contratto principale: «il richiamo del contratto base nel testo della garanzia, che si accompagna però alla dichiarazione di rinuncia a qualsivoglia eccezione da esso scaturente, non vale a trasformare in titolata quella che per il promittente e per il beneficiario vuole essere una promessa pura» [94].

Simile impostazione [95] ha il pregio di far guadagnare al contratto autonomo di garanzia un'autonomia perfetta e un grado di sicurezza pari a quello connesso con le cauzioni in contanti [96]. Purtuttavia, non convince del tutto [97] specie ove si consideri il collegamento tra rapporto di valuta e rapporto di garanzia essenziale alla funzione di garanzia di tal ché, in difetto di esso, il rischio dell'inadempimento sarebbe inesistente e il contratto *ab origine* privo di causa [98].

A questo punto, mette conto di segnalare l'opinione dottrinale che accentua al massimo grado la rilevanza causale del rapporto garantito su quello di garanzia, giungendo alla conclusione per cui il contratto autonomo è nullo per assoluta e originaria irrealizzabilità della propria funzione di garanzia lì dove il contratto di base sia nullo o inesistente [99].

---

[94] M. SESTA, *op. ult. cit.*, p. 956-957.

[95] Seguìta anche da P. LOREFICE, *Le garanzie astratte: garanzia autonoma a prima richiesta e fideiussione* omnibus, *Riv. not*., 1987, pt. I, p. 525.

[96] Come osserva G. SALVI, *I rimedi attribuiti al garante nel contratto autonomo di garanzia*, cit., p. 289.

[97] A proposito dei punti di debolezza di questa ricostruzione v. M. LOBUONO, *I contratti di garanzia*, in *Tratt. dir. civ. del Consiglio Nazionale del Notariato*, diretto da P. PERLINGIERI, IV, 30, Napoli, 2007, p. 119; G. SALVI, *I rimedi attribuiti al garante nel contratto autonomo di garanzia*, cit., p. 289 ss., ove sono analizzate le diverse argomentazioni critiche rispetto a tale impostazione teorica.

[98] Cfr. Cass., 6 ottobre 1989, n. 4006, in *Banca borsa*, 1990, fasc. 1, pt. II, p. 1, con nota di G.B. PORTALE, *Il contratto autonomo di garanzia nel diritto svizzero*, in *Giust. civ*., 1990, fasc. 3, pt. I, p. 731, con nota di M. COSTANZA, *Contratto autonomo di garanzia e ripetizione dell'indebito*; *Corr. giur*., 1990, fasc. 2, p. 158 ss., con nota di A. CATALANO; *Dalla fideiussione al contratto autonomo di garanzia*; *Dir. fall*., 1990, pt. II, p. 370; *Banca borsa*, 1990, fasc. 5, pt. II, p. 553 (m), con nota di F. MASTROPAOLO, *Pagamento a prima richiesta, limiti alla inopponibilità delle eccezioni e problemi probatori*; *Foro pad*., 1990, pt. I, p. 131; *Giur. comm*., 1990, pt. II, p. 725.

[99] «[…] la funzione di garanzia relativa al regolare adempimento di un'obbligazione risulta *a priori* irrealizzabile quando sussiste un vizio radicale dell'obbligazione principale: la nullità o l'inesistenza del contratto di base. In tal caso, non esistendo l'obbligo da garantire, si determina una assoluta ed originaria irrealizzabilità della funzione dell'atto, che comporta la sua nullità sotto il profilo causale» E. NAVARRETTA, *Causalità e sanzione degli abusi nel contratto autonomo di garanzia*, cit., p. 299; F. MASTROPAOLO –A. CALDERALE, *Fideiussione e contratti di garanzia personale*, cit., p. 603: «il rapporto fondamentale garantito pertiene allo scambio [...] con il «creditore», che è causa dei contratti di garanzia, e perciò la sua sopravvenuta inesistenza (dovuta anche all'adempimento o ad altri modi di estinzione dell'obbligazione) o la sua invalidità attengono allo stesso momento essenziale (causa) dei contratti autonomi». In giurisprudenza cfr. Cass., 6 ottobre 1989, n. 4006, cit.



Secondo questa tesi, il garante può opporre al beneficiario sia l'inesistenza sia l'invalidità *tout court* del contratto di base [100]: «la nullità e l'inesistenza della fonte dell'obbligazione garantita non si propagano al contratto autonomo di garanzia, ma rendono la sua funzione irrealizzabile» [101].

Altri studi ancora hanno indagato i rapporti tra contratto autonomo di garanzia e tipo assicurativo, traendo da un confronto tra il primo e quella peculiare forma assicurativa rappresentata dall'assicurazione del credito [102] l'esistenza di una «convergenza funzionale» tale da far ipotizzare l'applicazione analogica, nel campo delle garanzie autonome, dei principi contenuti, in materia di assicurazione, agli artt. 1895 e 1896 cod. civ. [103], i quali regolano le ipotesi d'inesistenza del rischio e sopravvenuta cessazione del rischio

---

[100] E. NAVARRETTA, *Il contratto autonomo di garanzia*, in G. GITTI–M. MAUGERI–M. NOTARI (a cura di), *I contratti per l'impresa*, I, *Produzione, circolazione, gestione, garanzia*, Bologna, 2012, p. 553 ss., spec. p. 565; E. NAVARRETTA, *Causalità e sanzione degli abusi nel contratto autonomo di garanzia*, cit., p. 299 ss.; spec. p. 302; F. MASTROPAOLO-A. CALDERALE, *Fideiussione e contratti di garanzia personale*, cit., p. 602 ss. Nel senso che anche l'illiceità dell'oggetto ovvero la mancanza di forma – quando essa sia richiesta a pena di nullità – debbano rilevare giacché «in entrambi i casi, qualora si consentisse l'operare della garanzia si permetterebbe di fatto ad un soggetto (il beneficiario) di ottenere un'utilità (il pagamento) che gli è invece preclusa dall'ordinamento» A. Bertolini, *Il contratto autonomo di garanzia nell'evoluzione giurisprudenziale*, in *Nuova giur. civ. comm.*, 2010, fasc. 9, pt. II, p. 445. Sulla stessa linea di pensiero G. SALVI, *I rimedi attribuiti al garante nel contratto autonomo di garanzia*, cit., p. 274 ss., p 304; M. RUBINO SAMMARTANO, *Garanzia bancaria: negozio atipico ma non troppo*, *Foro pad*., 1988, pt. I, c. 8, per il quale: «resta inconcepibile che la garanzia a prima richiesta possa essere intesa come mezzo voluto dal nostro ordinamento per consentire a colui, che non vi abbia diritto, di essere malgrado ciò pagato e per giunta subito»; ID., *Garanzia a prima richiesta*. *Esclusione della natura di obbligazione autonoma e astratta*, *Foro pad*., 1995, pt. I, c. 44 ss.: «l'obbligazione autonoma – ossia veramente indipendente dall'obbligazione principale (e quindi vincolante anche là dove l'obbligazione garantita non sia mai venuta ad esistere o non sussista più) – sarebbe priva di causa».

[101] E. NAVARRETTA, *Causalità e sanzione degli abusi nel contratto autonomo di garanzia*, cit., p. 301.

[102] L'assicurazione del credito mira a eliminare il danno rappresentato dalla diminuzione patrimoniale che un soggetto subisce per la perdita di un credito dovuta a insolvenza del debitore. Questa forma di assicurazione si colloca ai margini del campo assicurativo in quanto il premio è determinato non già in riferimento a una serie statistica, bensì valutando, caso per caso, indici come, a esempio, l'affidabilità creditizia di chi intende assicurarsi e può aumentare o diminuire al mutare dei parametri assunti a riferimento per la valutazione del rischio. A proposito della funzione dell'assicurazione del credito possono vedersi, tra gli altri, A. DONATI-G. VOLPE PUTZOLU, *Manuale di diritto delle assicurazioni*, Milano, 2019, 12ª ed., p. 169 ss.; G. SCALFI, *Manuale delle assicurazioni private*, Milano, 1994, p. 269 ss.; A. POLOTTI DI ZUMAGLIA, voce *Assicurazione credito e cauzione*, in *Dig. it*., Torino, 1987; P. RUSSO, *Fideiussione*, *assicurazione del credito*, *assicurazione fideiussoria*, in *Giust. civ.*, 1983, pt. I, p. 240 ss., in nota a Cass., 7 aprile 1982, n. 2142. Sui rapporti tra assicurazione del credito e negozi di garanzia v. F. MASTROPAOLO, *I contratti autonomi di garanzia*, 2° ed., cit., p. 109 ss., ove l'A. osserva come «il rischio del garante è conseguenza, non oggetto, dell'assunzione della garanzia»; spec. p. 196 ss.

[103] U. LA PORTA, *Considerazioni sulla causa e sui limiti dell'autonomia nel contratto autonomo di garanzia*, cit., p. 141.



nel contratto assicurativo [104]. *Prima facie*, la garanzia autonoma e l'assicurazione del credito sembrano tendere all'analogo fine di "assicurare" il creditore rispetto ai "rischi contrattuali atipici"; cautelarlo nei confronti di eventi, futuri e incerti, capaci di cagionare una perdita economica.

Un'analisi appena più meditata, tuttavia, rivela chiaramente i tratti differenziali della garanzia autonoma rispetto all'assicurazione [105].

Non soltanto l'assicurato è obbligato a pagare un premio [106] ma, in capo al garante, difettano i requisiti soggettivi previsti dall'art. 1883 cod. civ. [107] Il garante, tecnicamente, non assicura contro il rischio d'inadempimento [108]. Soltanto la qualità d'impresa assicuratrice del contraente consente la frantumazione del rischio e dunque, la sua eliminazione in luogo della sua mera traslazione [109]. Un ulteriore e assai significativo elemento di di-

---

[104] Come il rischio, nell'assicurazione, in tanto può formare oggetto di copertura in quanto l'evento dannoso non sia connesso, in modo diretto od occasionale, con un'attività illecita, giacché tale connessione determina la nullità del contratto per illiceità della causa (A. DONATI, *Trattato del diritto delle assicurazioni private*, II, Milano, 1956, p. 141) così il rischio (della mancata esecuzione della prestazione da parte del debitore-ordinante o meglio, dell'insoddisfazione dell'interesse economico del creditore-beneficiario), nella garanzia autonoma, in tanto potrebbe essere traslato sul garante in quanto l'interesse del beneficiario sia lecito giacché, ove si colori d'illiceità, il contratto sarebbe nullo.

[105] G. B. BARILLÀ, *Contratto autonomo di garanzia e* Garantievertrag, cit., p. 32 ss.; F. MASTROPAOLO, *I contratti autonomi di garanzia*, p. 196 ss.; p. 352 ss.

[106] «Certamente taluni elementi, come la gratuità dell'assunzione della garanzia o come l'iniziativa spontanea del garante nel dar vita al rapporto, escluderanno la ricorrenza di un'assicurazione, così come la mancanza – nel soggetto che contrae col creditore o che promette in suo favore – della qualità professionale di assicuratore». Così F. MASTROPAOLO, *I contratti autonomi di garanzia*, 2° ed., cit., p. 112.

[107] Cfr. U. LA PORTA, *Considerazioni sulla causa e sui limiti dell'autonomia nel contratto autonomo di garanzia*, cit., p. 140: la garanzia autonoma opera il trasferimento del rischio da un soggetto all'altro mentre l'assicurazione realizza la sua completa eliminazione, possibile per la necessaria qualità d'impresa assicuratrice del contraente; G. MEO, *Funzione professionale e meritevolezza degli interessi nelle garanzie atipiche*, Milano, 1991, p. 196-197, il quale nota: «il corrispettivo, infatti, non è, come per l'assicuratore, calcolato su basi tecniche, e dunque matematicamente non rappresenta direttamente l'entità del rischio assunto ed inserito nel compressivo portafoglio assicurato».

[108] Semmai «assicura solo un equilibrio di natura finanziaria» per G. MEO, *Funzione professionale e meritevolezza degli interessi nelle garanzie atipiche*, cit., p. 74 ss. Sul concetto di garanzia nella sua accezione classica di «mero "accrescimento della sicurezza" e non di una assicurazione "assoluta"» si vedano le considerazioni di A. BLANDINI, *Note minime sulle novelle in materia di garanzie bancarie*, in *Banca borsa*, 2011, fasc. 5, pt. I, p. 572 ss.

[109] Cfr. G. FANELLI, *Le assicurazioni*, in *Tratt. dir. civ. e comm.*, diretto da A. Cicu e F. Messineo, Milano, 1973, p. 39: «non vi è dubbio che il nostro legislatore [...] abbia considerato come un aspetto essenziale e, quindi, qualificante del particolare tipo contrattuale il suo intimo collegamento con l'esercizio dell'impresa, onde sia reso possibile l'inserimento del singolo rischio nella comunione tecnica ed economica dei rischi, la sola atta a realizzarne la copertura e non già un suo semplice spostamento da un patrimonio a un altro». Già AG. GAMBINO, *L'assicurazione nella teoria dei contratti aleatori*, Milano, 1961, p. 392,



stinzione è, poi, rinvenibile nella possibilità per il garante autonomo di rivalersi sul debitore garantito con l'*actio mandati contraria* o *ex* art. 2031 cod. civ. o con l'azione generale di arricchimento senza giusta causa [110]. La garanzia autonoma non sposta definitivamente su altri le conseguenze economiche della mancata realizzazione del credito. Questi semplici rilievi paiono già da soli sufficienti [111] a dar conto dell'impossibilità di ravvisare un'analogia tra le due figure [112].

Resta da dire della tesi che individua la causa del contratto di garanzia nel più ampio contesto della complessiva operazione economica realizzata dalle parti, scorgendo nella garanzia autonoma un momento esecutivo del mandato conferito alla banca dal debitore principale [113]. In questa ricostruzione, il fondamento sostanziale della promessa del garante è individuato *per relationem* con una fonte esterna (*i.e.*, il mandato) idonea a far emergere l'interesse fondamentale del terzo beneficiario (promissario): la promessa verso il creditore troverebbe una propria giustificazione siccome funzionale all'adempimento dell'obbligo contratto dal promittente con il mandante. Ove l'obbligazione principale non sia sorta o sia nulla, non configurandosi *ab origine* un rischio d'inadempimento, la garanzia sarebbe priva di causa; il conseguimento da parte del creditore della prestazione dovuta, nella fase esecutiva del rapporto, farebbe venire meno la funzione di garanzia, rendendo ingiustificata l'attribuzione patrimoniale [114]. Sul piano delle eccezioni opponibili, si argomenta nel senso che, ove il contratto principale sia inesistente o nullo, anche se non illecito, il garante può eccepirlo, paralizzando la pretesa creditoria: qualsiasi fun-

---

aveva ravvisato nella comunione tecnica dei rischi uno dei fondamenti della disciplina dell'assicurazione, lì dove il riferimento alla tecnica attuariale postula «la presenza dell'impresa assicuratrice: non genericamente l'esistenza di una impresa, ma di un'attività professionale che tenda a realizzare, avvalendosi del caratteristico procedimento statistico-matematico, una intermediazione nei rischi e quindi la neutralizzazione economica di questi». Sul contratto autonomo di garanzia come contratto con funzione di «trasferimento del rischio economico del credito dal creditore al garante» v. G. SALVI, *I rimedi attribuiti al garante nel contratto autonomo di garanzia*, cit., p. 296.

[110] Cfr. P. CORRIAS, *Garanzia pura e contrati di rischio*, cit., p. 521.

[111] Si è anche osservato come l'assicurato abbia diritto all'erogazione di una indennità lì dove il garante autonomo è tenuto a quell'adempimento che sia stato previsto dalle parti ed entro i termini di legge, in alternativa al debitore, a prescindere da un sinistro. Cfr. F. MASTROPAOLO-A. CALDERALE, *Fideiussione e contratti di garanzia personale*, cit., p. 591.

[112] Esclude che la garanzia autonoma possa essere accostata all'assicurazione data la distanza di quest'ultima dalla *causa cavendi* tipica della garanzia personale P. CORRIAS, *Garanzia pura e contratti di rischio*, cit., p. 361.

[113] Cfr. G. BOZZI, *L'autonomia negoziale nel sistema delle garanzie personali*, cit., spec. p. 239 ss.; p. 293: L. RUGGERI, *Interesse del garante e strutture negoziali*, Napoli, 1995, p. 190 ss.

[114] G. BOZZI, *Il contratto autonomo di garanzia*, in ID. (a cura di), *La fideiussione*, cit., p. 998.



zione di garanzia è *ab initio* irrealizzabile «mancandone l'oggetto e il collegamento genetico con il contratto da garantire, non avrebbe alcun senso consentire mediante il meccanismo dell'automaticità dell'escussione la soddisfazione del beneficiario della garanzia indipendentemente dall'esistenza di un suo diritto» [115].

Ponendo al centro della ricostruzione della garanzia autonoma il mandato tra debitore e garante e valorizzando in particolar modo gli obblighi d'informazione che da quest'ultimo derivano, si è voluto scorgere nel mandato «il *trait d'union* tra il rapporto di garanzia ed il rapporto garantito», il collegamento capace di «attenuare l'autonomia dei rapporti, senza sconfessare il dato formale dell'operazione economica, legato all'inopponibilità delle eccezioni, che del contratto autonomo è il cuore» [116]. Il mandato rappresenta, in questa tesi, «il giusto punto di riferimento della strategia di prevenzione degli abusi»: dal dovere di buona fede nella sua esecuzione si fa scaturire in capo al debitore-mandante l'obbligo d'informare la banca-mandataria dell'avvenuta prestazione in modo da consentirle di sollevare in confronto del beneficiario l'eccezione di estinzione del rapporto di garanzia. Dal contratto autonomo si fa derivare un'obbligazione «preordinata alla soddisfazione di un interesse del creditore, il cui venir meno comporta l'estinzione del rapporto obbligatorio, giacché obbligazione ed interesse creditorio *simul stant simul cadunt* (artt. 1174 e 1256, co. 2, cod. civ.)» [117].

Esaltando «il collegamento di carattere non solo economico, ma anche giuridico, che sussiste tra i vari segmenti dell'operazione complessiva» un'altra ricostruzione preferisce evocare la categoria del contratto normativo [118]. Il mandato conferito dal debitore principale e la garanzia autonoma costituirebbero i «momenti esecutivi di un accordo plurilaterale» unitario che lega ordinante, beneficiario e garante con la funzione di «promozione» di un affare.

In considerazione della professionalità dell'intermediario, altri ancora assegna alla garanzia autonoma una funzione di *liquidità* [119]. Il contratto realizzerebbe la manipolazione

---

[115] Ivi, p. 921.

[116] A. MONTANARI, *Garanzia autonoma ed escussione abusiva: nuove tendenze rimediali in una diversa prospettiva ermeneutica* cit., p. 1017-1018 ss.

[117] A. MONTANARI, *op. ult. cit.*, p. 1023 ss.

[118] A. NATUCCI, *Astrazione causale e contratto autonomo di garanzia*, cit., p. 104 ss.

[119] Secondo una tesi, il *Garantievertrag* assolve ad una funzione «più complessa che non quella di liquidità *monetaria* in senso stretto» la quale «consiste piuttosto in una funzione di *liquidità del rapporto sottostante* [c.d.A.]». Cfr. G. MEO, *Funzione professionale e meritevolezza degli interessi nelle garanzie atipiche*, cit., p. 69 ss. e le considerazioni di P. CORRIAS, *Garanzia pura e contratti di rischio*, p. 445 ss. sull'impostazione dottrinale che assegna all'impegno del garante funzione di puro finanziamento. Evidenzia la «in-



o trasformazione del rischio commerciale in rischio finanziario puro mediante la sua assunzione da parte dell'intermediario professionale, con l'effetto di distrarre immediatamente dal beneficiario il rischio commerciale: la garanzia autonoma genererebbe una «sicurtà» dal momento che produrrebbe «quella sicurtà attinente alla dinamica finanziaria dell'operazione» [120].

Appare chiaro come questo contratto atipico s'inserisca nelle dinamiche dell'attività d'impresa [121], atteggiandosi a strumento di sostegno degli investimenti oltre che di protezione del credito [122]. Il contratto autonomo di garanzia è funzionale all'esigenza di tutela del credito e dei rapporti commerciali [123]. Favorisce la speditezza dei traffici [124]. Proprio in ragione di ciò, nella ricerca del fondamento idoneo a giustificare l'assetto degli effetti da esso scaturenti, si è parlato «di *promozione contrattuale o d'affare*, più che di garanzia», rilevando come l'impegno incondizionato del garante sia un mezzo indispensabile per far conseguire al debitore principale la conclusione del contratto col beneficiario: la *promozione contrattuale*, nel quadro di un accordo plurilaterale, assurgerebbe a causa stessa della garanzia autonoma. Quest'ultima tenderebbe solo in via indiretta alla tutela del credito, essendo rivolta «essenzialmente alla promozione di un'impresa produttiva» [125].

Proposte come queste, se da un lato finiscono per appannare la *causa cavendi* e la funzione *lato sensu* cauzionale che sembrano connotare la garanzia autonoma, dall'altro, hanno il pregio di porre in evidenza la molteplicità degli interessi che trovano composizione all'atto della conclusione di questo contratto e la necessità di guardare non solo all'atto singolo, ma all'unità dell'affare [126].

---

tima connessione tra causa di finanziamento e causa di garanzia» G.B. BARILLÀ, *Contratto autonomo di garanzia e* Garantievertrag, cit., p. 5. Nel senso che «funzione di garanzia e funzione di liquidità concorrono, sia pure operando in momenti diversi» F. MASTROPAOLO, *Pagamento a prima richiesta, limiti alla inopponibilità delle eccezioni e problemi probatori*, cit., p. 577.

[120] G. MEO, *Funzione professionale e meritevolezza degli interessi nelle garanzie atipiche*, cit., p. 74 ss.

[121] Cfr. M. LOBUONO, *Contratto e attività economica nelle garanzie personali*, Napoli, 2002; G. MEO, *Impresa e contratto nella valutazione della atipicità negoziale. L'esempio della fideiussione «omnibus»*, Milano, 1991; ID., *Funzione professionale e meritevolezza degli interessi nelle garanzie atipiche*, cit., *passim*.

[122] M. RENNA, *Garanzie personali e autonomia d'impresa*, cit., p. 223.

[123] «Il nesso tra garanzie del credito, ragioni dell'impresa e mercato appare assai stringente: un articolato e idoneo sistema di garanzie commerciali condiziona l'accesso delle imprese al finanziamento e incide sul costo complessivo del credito». Cfr. M. RENNA, *Garanzie personali e autonomia d'impresa*, cit., p. 212-213.

[124] Cfr. P. TARTAGLIA, *I negozi atipici di garanzia personale*, cit., p. 169.

[125] A. NATUCCI, *Astrazione causale e contratto autonomo di garanzia*, cit., p. 106 ss.; p. 111.

[126] Si rivela, allora, «utile approfondire non tanto l'atto (singolo) quanto la complessiva operazione, l'attività» Così P. PERLINGIERI, *Nuovi profili del contratto*, *Riv. crit. dir. priv.*, 2001, fasc. 2-3, p. 232.



Affiora in esse l'idea, sviluppata sul piano della teoria del contratto, che questo oggi possa sempre meno «essere configurato secondo uno schema improntato alla prevalente rilevanza della struttura e del suo *nomen*, cioè mediante l'assorbente schema del tipo, giacché nel moderno diritto dei contratti ad una pluralità di strutture sovente corrisponde una unicità di funzione, con la conseguenza, sul piano ricostruttivo, che, al di là ed a prescindere dal fenomeno della fattispecie a formazione progressiva o del collegamento negoziale, la raffigurazione dell'assetto di interessi può compiutamente esprimersi solo mediante la nozione di autonomia contrattuale, e quindi secondo la sua conformità ai princìpi della liceità e della meritevolezza degli interessi perseguiti» [127].

L'atteggiarsi degli interessi in gioco è così multiforme e le soluzioni attraverso le quali questi trovano composizione, al di là dalla schematizzazione offerta dal legislatore nei tipi contrattuali, sono talmente variabili [128] che, nella garanzia autonoma, si è reputato di ravvisare un negozio capace, di volta in volta, di «assumere i contorni della cauzione, dell'assicurazione, della fideiussione codicistica o di altro negozio»: soltanto il regolamento degli interessi nel concreto perseguiti dalle parti appare in grado di offrire, nella sua oggettività, all'interprete il materiale occorrente per procedere alla qualificazione dell'atto [129].

3.1. – Per stabilire in che misura il contratto di garanzia sia stato reso "autonomo" rispetto al contratto sottostante e come si atteggi, concretamente, il regime delle eccezioni opponibili dal garante al beneficiario in relazione al rapporto sottostante appare indubbio che sia necessario indagare la comune intenzione delle parti coinvolte nella operazione economica [130]. L'interpretazione e la qualificazione dello schema atipico presuppongono «di vagliare il profilo funzionale dell'operazione, inteso come […] scopo pratico individuale perseguito dai contraenti» [131].

---

[127] Cfr. E. GABRIELLI, *L'operazione economica nella teoria del contratto*, *Riv. trim. dir. proc. civ.*, 2009, fasc. 3, p. 925.

[128] Si veda, nell'ambito di un ben più ampio discorso sulla crisi del contratto, E. GABRIELLI, *L'operazione economica nella teoria del contratto*, cit., p. 916.

[129] G. BISCONTINI, *Assunzione di debito e garanzia del credito*, cit., p. 178; p. 189.

[130] Cfr. G. TARANTINO, *Contratto autonomo di garanzia: causa e operazione economica*, cit., p. 1112: «la ricostruzione degli interessi dei contraenti diventa lo strumento per comprendere se le parti abbiano ritenuto opportuno, in relazione all'operazione economica nel suo complesso, consentire al garante di opporre al garantito, ad esempio, l'avvenuta esecuzione, parziale o totale, del contratto di base, così da attribuire al contratto di garanzia una maggiore o minore autonomia».

[131] F. FIORENTINO, *Il labile confine tra fideiussione e garanzia autonoma di fronte alla mala fede del creditore garantito*, cit., p. 143.



Il discorso sul fondamento causale della garanzia autonoma chiama sulla scena l'ampio dibattito che si è sviluppato, negli anni, attorno al concetto di operazione economica [132] e di collegamento negoziale [133], disvelando la denunciata interferenza fra il tema della causa e quello del collegamento «posto che […] tra i criteri di interpretazione del contratto viene anche in considerazione quello dell'interpretazione funzionale: e cioè l'interpretazione diretta a ricercare il significato del contratto in coerenza con la causa concreta di esso, più correttamente, ancora, con la causa di esso così come integrata dagli interessi determinanti l'operazione» [134]. Il problema dell'individuazione del fondamento giustificativo del contratto di garanzia autonoma si palesa, così, in tutta la sua complessi-

---

[132] E. GABRIELLI, *Il pegno «anomalo»*, Padova, 1990, p. 131 ss.; Id., *Il contratto e l'operazione economica*, in *Riv. dir. civ*., 2003, fasc. 2, pt. I, p. 93 ss.; ID., *Mercato, contratto e operazione economica*, *Rass. dir. civ.*, 2004, fasc. 4, p. 1044 ss.; ID., *Il "contratto frazionato" e l'unità dell'operazione economica*, *Giust. civ.*, 2008, fasc. 3, pt. 1, p. 738 ss.; ID., *L'operazione economica nella teoria del contratto*, cit., p. 905 ss.; ID., *Autonomia privata, collegamento negoziale e struttura formale dell'operazione economica*, in *Giust. civ.*, 2020, fasc. 3, p. 445 ss.; ID., *«Operazione economica» e teoria del contratto*. *Studi*, Milano, 2013; A. D'ANGELO, *Contratto e operazione economica*, Torino, 1992.

[133] Senza pretesa di esaustività, sia consentito richiamare M. GIORGIANNI, *Negozi giuridici collegati*, in *Riv. it. sc. giur*., 1937, p. 275 ss.; U. NATOLI, *In tema di collegamento funzionale fra contratti*, in *Giur. compl. Cass. civ*., 1943, II, 1, p. 328 ss.; M. VELLANI, *In tema di negozi collegati*, ivi, 1951, III, p. 320 ss.; A. VENDITTI, *Appunti in tema di negozi giuridici collegati*, in *Giust. civ*., 1954, I, p. 259 ss.; N. GASPERONI, *Collegamento e connessione tra negozi*, in *Riv. dir. comm*., 1955, I, p. 357 ss., F. DI SABATO, *Unità e pluralità di negozi (Contributo alla dottrina del collegamento negoziale)*, in *Riv. dir civ*., 1959, I, p. 412 ss.; R. SCOGNAMIGLIO, *Contributo alla teoria del negozio giuridico*, Napoli, 1950, p. 469 e ss.; ID., voce *Collegamento negoziale*, in *Enc. dir.*, 1960, VII, p. 375 ss.; P. SENOFONTE, *In tema di negozi collegati*, in *Dir. giur*., 1960, p. 273 ss.; G. GANDOLFI, *Sui negozi collegati*, in *Riv. dir. comm*., 1962, II, p. 342 ss.; F. MESSINEO, *Contratto collegato (voce)*, in *Enc. dir*., Milano, 1962, X, p. 48 ss.; A. SCOTTI GALLETTA, *Negozi collegati e negozio di collegamento*, in *Dir. giur*., 1968, p. 837 ss.; C. DI NANNI, *Collegamento negoziale e funzione complessa*, in *Riv. dir. comm*., 1977, p. 279 ss.; FERRANDO, *I contratti collegati*, in *Nuova giur. civ. comm*., 1986, II, p. 256; ID., *Recenti orientamenti in tema di collegamento negoziale*, in *Nuova giur. civ. comm*., 1997, pt. II, p. 233; Id., *I contratti collegati: principi della tradizione e tendenze innovative*, in *Contr. e impr*., 2000, 1, p. 127 ss.; DI SABATO, *Unità e pluralità di negozi (contributi alla dottrina del collegamento negoziale)*, in *Riv. dir. civ.*, 1959, I, p. 412 ss.; S.O. CASCIO-C. ARGIROFFI, voce *Contratti misti e contratti collegati*, *Enc. giur. Trecc*., Roma, 1988, IX, p. 1 ss.; G. CHINÉ, *Il collegamento contrattuale tra tipicità e atipicità*, in *Giust. civ.*, 1996, I, p. 1095; A. RAPPAZZO, *I contratti collegati*, Milano, 1998; C. COLOMBO, *Operazioni economiche e collegamento negoziale*, Padova, 1999; G. LENER, *Profili del collegamento negoziale*, Milano, 1999; V. BUONOCORE, *Contratti d'impresa e collegamento negoziale*, in Aa.Vv., *Collegamenti negoziali e le forme di tutela*, Milano, 2007, 9 ss.; C. CAMARDI, *Collegamento negoziale e contratto in frode alla legge. Un classico alla prova di esperienze recenti*, in *Contratti*, 2011, p. 1044 ss.

[134] Appare evidente «l'interferenza tra tema della causa e quello del collegamento negoziale. Cfr. C. SCOGNAMIGLIO, *I problemi della causa e del tipo*, in *Tratt. dir. civ.* diretto da V. ROPPO, II, *Regolamento*, a cura di G. VETTORI, Milano, 2006, p. 183.



tà, legata non solo alla ricchezza del concetto di causa, ma anche alle declinazioni che ha assunto nelle speculazioni della civilistica [135].

Per la sua soluzione si rivela indispensabile considerare gli interessi concretamente perseguiti dalle parti nell'ambito della operazione economica in cui s'inserisce il *Garantievertrag* quale strumento tipico della contrattazione d'impresa [136].

Sotto la spinta di una (nuova) *lex mercatoria* che segna inesorabilmente il passo [137], il carattere dell'accessorietà ha perso terreno e le regole atte a disciplinare il rapporto di garanzia non possono che desumersi, nel concreto, in considerazione dello specifico contenuto del contratto e quindi, alla luce degli interessi che in esso trovano tutela [138]. La diffusione di forme atipiche di garanzia personale fortemente incise dagli interessi del-

---

[135] La riflessione dottrinale intorno alla causa del contratto è pressoché sconfinata. Per orientarsi nella teoria classica della causa come funzione economico sociale sia consentito il rinvio a C. SCOGNAMIGLIO, *I problemi della causa e del tipo*, cit., p. 88 ss. Quanto invece all'elaborazione che ha condotto alla concezione della causa come funzione economico individuale e alla proposta ricostruttiva della causa in concreto si rinvia al recente contributo di C. SCOGNAMIGLIO, *La causa concreta. Una proposta dottrinale di successo*, *Riv. dir. civ*., 2020, fasc. 3, p. 588 ss. cui *adde* A.M. GAROFALO, *La causa: una 'storia di successo'? (a proposito delle opere di Vincenzo Roppo sulla causa del contratto)*, in *Jus civile*, 2018, p. 2, oltre ai classici G.B. FERRI, *Causa e tipo nella teoria del negozio giuridico*, Milano, 1966; ID., *La causa nella teoria del contratto*, in G.B. FERRI-C. ANGELICI, *Studi sull'autonomia dei privati*, Torino, 1997, p. 99 s.; M. GIORGIANNI, voce *Causa (dir. priv.)*, in *Enc. dir*., VI, Milano 1960, p. 568 s.; M. BESSONE, *Adempimento e rischio contrattuale*, Milano 1969; ID., Obiter dicta *della giurisprudenza, l'accertamento della causa reale dei contratti, gli equivoci sulla funzione economico – sociale del negozio*, in *Riv. not*., 1978, p. 950; ID., *Causa tipica 'motivo' del contratto, dogmi di teoria generale e orientamenti della giurisprudenza*, in *Riv. trim. dir. proc. civ*., 1979, p. 1104; V. ROPPO, *Causa tipica, motivo rilevante, contratto illecito*, in *Foro it*., 1971, I, c. 2379 ss.; ID., *Causa concreta: una storia di successo? Dialogo (non reticente né compiacente) con la giurisprudenza di legittimità e di merito*, *Riv. dir. civ*., 2013, p. 957 ss.; C.M. BIANCA, *Causa concreta del contratto e diritto effettivo*, *Riv. dir. civ.*, 2014, p. 256 ss.

[136] Cfr. G.B. BARILLÀ, Performance bond *tra contrattazione d'impresa e «ricommercializzazione» del diritto commerciale*, in M. GRANIERI-T.M. UBERTAZZI (a cura di), *Le garanzie speciali nei rapporti commerciali*, cit., p. 126 ss.

[137] Negli ultimi tempi, il diritto dei contratti è stato oggetto di profonde e significative novità sia per la crescente rilevanza, nel diritto degli affari, della *lex mercatoria* sia per l'incidenza di un diritto comune europeo in continua evoluzione. Cfr. E. GABRIELLI, *Il contratto e l'operazione economica*, cit., p. 93. Sotto l'influsso della *lex mercatoria*, il contratto «è diventato esso stesso un ordinamento giuridico, cioè l'unica legge fra le parti, sicché il diritto si ritira e lascia il passo alla totale autonomia privata alla quale gli stessi Stati ormai soggiacciono». Cfr. G. ROSSI, in *Liberalismo, diritto dei mercati e crisi economica*, *Riv. soc.*, 2013, fasc. 4, p. 749 ss.

[138] Cfr. G. BISCONTINI, *Assunzione di debito e garanzia del credito*, cit., p. 197 ss., spec. 205; in un più ampio discorso sulla crisi del contratto e il superamento della teoria della causa come funzione economico-sociale, E. GABRIELLI, *L'operazione economica nella teoria del contratto*, cit., p. 924: «nel moderno diritto comune dei contratti la fattispecie "contratto" va considerata ed interpretata in una dimensione concettuale che consenta di apprezzare, in tutta la loro completezza e complessità, gli interessi dedotti dalle parti nella costruzione dell'atto di autonomia privata».



l'impresa ha accresciuto l'esigenza di guardare all'affare e al concreto assetto complessivo degli interessi negoziali [139] per ricostruire, di volta in volta, l'esatto significato dell'atto di autonomia privata e la disciplina atta a governarlo [140]. Col moltiplicarsi dei modelli e sotto la spinta della «globalizzazione», il concetto tecnico di garanzia ha acquisito maggiore elasticità [141], svelandosi capace di assumere una connotazione non solo satisfattoria, ma anche indennitaria [142] e para-assicurativa [143].

Con riguardo alla garanzia autonoma, il riferimento alla *causa cavendi* non sembra imporre di restare attaccati a una nozione restrittiva di garanzia tale da non consentire d'includere l'assunzione di rischi [144] *normali* in quanto statisticamente frequenti (più o meno probabili) in certe contrattazioni, ma *atipici* poiché estranei alle previsioni legislative, non compresi nell'area di copertura propria delle norme tipologiche o sul contratto

---

[139] La globalizzazione offre opportunità anche sul piano giuridico, ma la fuga dal tipo della fideiussione non può costituire l'espediente per eludere l'applicazione di norme imperative a tutela di valori fondamentali dell'ordinamento giuridico. Cfr. G. PERLINGIERI, *Garanzie atipiche e rapporti commerciali*, in M. GRANIERI-T.M UBERTAZZI (a cura di), *Le garanzie speciali nei rapporti commerciali*, cit., p. 16 ss. e i rilievi critici di A. MONTANARI, *Il contratto autonomo di garanzia*, in F. PIRAINO-S. CHERTI (a cura di), *I contratti bancari*, Torino, 2016, p. 402 ss.

[140] Cfr. E. GABRIELLI, *Il pegno «anomalo»*, cit., p. 132: «Sul piano del fatto, dell'affare, considerato e valutato in tutte le sue componenti tipologiche, morfologiche e funzionali occorre pertanto volgere l'indagine, la quale richiede e postula l'esigenza di un esame complessivo dell'assetto di interessi, al fine di coglierne, nel suo esatto significato, la disciplina che lo governa».

[141] G. GRISI, *Il deposito in funzione di garanzia*, Milano, 1999, p. 12.

[142] Nel senso che «La garanzia autonoma, in quanto diretta ad ovviare al pregiudizio economico che deriva al garantito dall'inadempimento del debitore principale, ha una funzione indennitaria, che tuttavia prescinde dall'applicazione dei criteri del risarcimento in quanto il garante si obbliga al pagamento di una somma predeterminata» L. LAUDISA, *Garanzia autonoma e tutela giurisdizionale*, cit., p. 99. Cfr., in giurisprudenza, Cass., 18 febbraio 2010, n. 3947, cit. e il commento di F. ASTONE, *Contratto autonomo di garanzia, polizza fideiussoria e fideiussione, tra qualificazione "negativa", e ricerca della disciplina applicabile ai contratti atipici e clausole generali (a proposito di Cass., SS.UU., 18 febbraio 2010, n. 3947)*, in *Riv. not.*, 2010, fasc. 5, p. 1239.

[143] Cfr. M. RENNA, *Garanzie personali e autonomia d'impresa*, Pisa, 2021, p. 167 ss.

[144] Cfr. F. MASTROPAOLO, *I contratti autonomi di garanzia*, cit., p. 338, spec. nt. 503. Reputa invece che la causa assicurativa stia progressivamente guadagnando terreno a scapito della *causa cavendi* e che la crescente esigenza di abbandono dell'accessorietà dovrebbe indurre non già a modificare in senso espansivo la funzione di garanzia, bensì a rintracciare, nelle figure negoziali coinvolte (*in primis*, nella garanzia autonoma) la presenza di una diversa causa come quella assicurativa o di sicurezza E. DAMIANI, *Contratto di assicurazione e prestazione di sicurezza*, Milano, 2008, p. 169 ss. *Contra* P. CORRIAS, *Garanzia pura e contratti di rischio*, cit., p. 512 ss., spec. 514, il quale esclude che alla garanzia autonoma possa riconoscersi funzione di "garanzia pura" giacché interesse del creditore garantito non è spostare definitivamente su altri le conseguenze economiche della mancata realizzazione del credito bensì, cautelarsi rispetto al pregiudizio della mancata disponibilità di liquidità per il periodo in cui dovesse protrarsi una eventuale contestazione relativa a un credito controverso.



in generale. La garanzia autonoma nasce proprio a fronte dell'inadeguatezza sia delle cauzioni reali sia dello schema fideiussorio a soddisfare le esigenze emerse nella contrattazione d'impresa e nella prassi bancaria. Il bisogno di accrescere la sicurezza dei traffici e la speditezza dei pagamenti ha dato vita a un nuovo schema negoziale, in cui, sul piano funzionale, l'interesse a rafforzare le possibilità di realizzazione dell'interesse patrimoniale del creditore s'intreccia con interessi ulteriori: *in primis*, quello del beneficiario ad acquisire prontamente la somma corrispondente al valore del credito, disincentivando iniziative contenziose pretestuose e comunque, guadagnando il vantaggio di poter «litigare al sicuro» col debitore principale. Proprio per la soddisfazione di questi concreti interessi e la gestione dei suddetti rischi la moderna *lex mercatoria* ha riservato un ruolo centrale a un meccanismo di protezione degli interessi in autotutela, improntato a rapidità, sicurezza e automatismo come il contratto autonomo di garanzia [145].

4. – Una ricostruzione della garanzia autonoma che ne valorizzi la *causa cavendi*, espandendola per connotarla di una funzione non solo cauzionale (in senso lato) ma anche di copertura di rischi atipici normali in alcune forme di contrattazione dovrebbe portare ad affermare che il garante, in linea di massima, non possa eccepire l'invalidità del contratto principale. Invero, non si vede la ragione che impedisca alle parti, nell'esercizio dell'autonomia privata, di modellare il loro accordo in modo da governare non soltanto il rischio dell'inadempimento, ma anche il rischio di non poter soddisfare prontamente il proprio interesse patrimoniale per vicende come, a esempio, la impugnazione del contratto principale da parte del contraente straniero che invochi norme ignote alla controparte [146].

---

[145] Cfr. U. DRAETTA, *Le garanzie bancarie come forma di autotutela dei contratti internazionali*, in U. DRAETTA-C. VACCÀ (a cura di), *Le garanzie contrattuali*, cit., p. 239 ss.; G. GRISI, *Il deposito in funzione di garanzia*, cit., p. 441, il quale ricorda come le cauzioni siano spesso associate a quelle tecniche attuative della garanzia che, appunto, rimandano a una dimensione prossima a quella dell'autotutela. Della garanzia autonoma come strumento di autotutela dell'ente pubblico diffusosi, specialmente, nel settore degli appalti pubblici parla, di recente, F. FIORENTINO, *Il labile confine tra fideiussione e garanzia autonoma di fronte alla mala fede del creditore garantito*, cit., p. 140.

[146] Cfr. G. STELLA, *Garanzie autonome e* uniform rules for demand guarantees, cit., p. 383, per il quale: «La garanzia di tipo autonomo potrebbe essere utilizzata per neutralizzare non soltanto il rischio di inadempimento, ma anche quello legato a qualunque altro accadimento che precluda al beneficiario il conseguimento del risultato economico del contratto principale come, ad esempio, la circostanza che il contraente straniero invochi la nullità del contratto principale avvalendosi di norme ignote alla controparte o il *factum principis* che renda impossibile l'esecuzione della prestazione del contraente estero».



In linea generale, le parti sono libere di accordarsi in modo da governare il rischio di una perdita economica che potrebbe gravare sul beneficiario in dipendenza del contratto stipulato col terzo (l'ordinante) e di distribuire i rischi che sorgano da un determinato contratto, traendoli fuori dall'alea normale, nei limiti segnati dall'art. 1229 cod. civ.; dunque, purché non sia limitata la responsabilità per dolo o colpa grave [147].

Quand'anche la garanzia autonoma tenda a realizzare effetti analoghi a quelli che avrebbe dovuto produrre il negozio nullo e dunque inefficace, ciò avviene in forza di un nuovo e distinto atto di esercizio dell'autonomia privata: fermo il disposto dell'art. 1344 cod. civ., nulla vieta che conseguenze identiche a quelle del negozio invalido siano raggiunte attraverso un negozio diverso [148]. L'ordinamento, del resto, prevede, come si ricava dall'art. 1424 cod. civ., che un contratto nullo possa produrre gli effetti di un contratto diverso [149] o che la transazione novativa su titolo nullo (purché non illecito) sia valida (ove le parti abbiano transatto conoscendo la causa d'invalidità) dal momento che lo scopo di risolvere una lite può essere raggiunto ancorché il titolo dedotto sia nullo e la legittimità delle reciproche concessioni prescinde dall'accertamento della fondatezza della pretesa fatta valere [150].

Nella misura in cui si accolga un concetto di "garanzia" sufficientemente ampio da ricomprendere l'assunzione di rischi contrattuali *normali* e *atipici* nel senso sopra precisato, non sembra sussistere la necessità di oggettivare la *causa cavendi* della garanzia autonoma in un rapporto fondamentale valido [151]. Come scrivono i giudici della S.C., la

---

[147] F. MASTROPAOLO, *I contratti autonomi di garanzia*, 2° ed., cit., p. 335.

[148] M. SEGNI, *La* «lettre de patronage» *come garanzia personale impropria*, cit., p. 158.

[149] Così L. LAUDISA, *Garanzia autonoma e tutela giurisdizionale*, cit., p. 15.

[150] M. FRANZONI, *La transazione*, in *Trattato dei contratti* diretto da V. Roppo, IV, *Opere e servizi*, t. 2, Milano, 2014, p. 1148.

[151] Cfr. U. LA PORTA, *Considerazioni sulla causa e sui limiti dell'autonomia nel contratto autonomo di garanzia*, cit., p. 130: "[…] il contratto autonomo di garanzia è diretto alla copertura del rischio totale da insoddisfazione dell'interesse economico del creditore, indipendentemente dalla validità e dalla attualità della pretesa come situazione giuridica soggettiva»; L. PONTIROLI, *Le garanzie autonome ed il rischio del creditore*, cit., p. 192: l'obbligazione del garante trova giustificazione nel rischio (dell'inadempimento del debitore principale o meglio, della frustrazione dell'interesse economico) del beneficiario, che sussiste a prescindere dalla validità della sua pretesa verso il debitore ordinante; A. NATUCCI, *Astrazione causale e contratto autonomo di garanzia*, cit., p. 107 ss.: la «validità del contratto tra "beneficiario" e "debitore principale", e le vicende relative, sono indifferenti per il garante»; P. TARTAGLIA, *I negozi atipici di garanzia personale*, cit., p. 154-155, che scrive: «Al beneficiario non possono essere opposte se non le eccezioni inerenti al contratto stipulato così come i vizi allo stesso inerenti». *Contra* E. NAVARRETTA, *Causalità e sanzione degli abusi nel contratto autonomo di garanzia*, cit., p. 299 ss.; spec. p. 313; F. MACARIO, *Garanzie personali*, cit., p. 471 spec., nt. 215. La garanzia autonoma «deve essere valida anche in presenza di un rap-



funzione della garanzia autonoma «non è proprio quella di garantire l'adempimento altrui quanto quella di far conseguire senza indugio al creditore l'oggetto della prestazione in attesa della chiarificazione del rapporto principale e delle contestazioni […] il contratto non può dirsi astratto […], giacché la causa risiede nella copertura del suddetto "rischio"» [152].

Il rischio propriamente assunto dal garante autonomo è quello legato alla mancata pronta soddisfazione dell'interesse patrimoniale del garantito a fronte di vicende quali, *in primis*, l'impugnazione del contratto principale. Essere privati della disponibilità di liquidità in attesa della definizione di un contenzioso si traduce, infatti, specie nella vita dell'impresa, in un danno. Rispetto a questo rischio il beneficiario intende cautelarsi.

Il rischio della perdita economica derivante dalla mancata soddisfazione dell'interesse del creditore-beneficiario, peraltro, non è traslato con definitività sul garante, il quale ha azione di rivalsa verso il debitore-ordinante e ciò impedisce di riconoscere alla garanzia autonoma funzione di "garanzia pura" [153].

Nulla sembra precludere ai privati di regolare l'incidenza delle vicende del rapporto principale su quello di garanzia, escludendo la dipendenza dell'uno dalle altre. Così come nulla vieta, nella stesura della clausola "senza eccezioni", di farne salve alcune: i paciscenti ben potrebbero prevedere espressamente che il garante sia ammesso a sollevare talune eccezioni relative al rapporto principale (tranne quella d'inadempimento della prestazione principale) [154].

Il credito garantito potrebbe esser sorto anche sulla base di un titolo invalido [155], purché non illecito.

---

porto fondamentale invalido, in quanto non garantisce "il pagamento", ma la realizzazione di un interesse, il cui "controvalore", per così dire, viene monetizzato nella cifra portata dalla garanzia». Così A. BLANDINI, *Note minime sulle novelle in materia di garanzie bancarie*, cit., p. 595-596.

[152] Cass. civ. sez. I, 18 novembre 1992, n. 12341, in *Giust. civ.*, 1993, fasc. 6, pt. I, p. 1535 ss., con nota di M. COSTANZA, *Contratto di garanzia e diritti di regresso della banca controgarante* e di S. DE VITIS, *Brevi riflessioni in merito alla struttura del c.d. contratto autonomo di garanzia*; *Giust. civ.*, 1993, fasc. 11, pt. I, p. 2765 ss., con nota di F. CASSERA, *Contratto autonomo di garanzia, escussione fraudolenta del garante ed* exceptio.

[153] P. CORRIAS, *Garanzia pura e contratti di rischio*, cit., p. 514.

[154] G. STELLA, *Le garanzie del credito*, cit., p. 847-848.

[155] Tuttavia «La promessa di pagare una somma a capriccio dell'oblato, senza che questi sia titolare di un interesse giuridicamente rilevante nei confronti dell'ordinante, non appare sorretta dalla causa di garanzia e pertanto, se non munita di altra giustificazione, dovrebbe considerarsi invalida». Così L. PONTIROLI, *Le garanzie autonome ed il rischio del creditore*, cit., p. 74. Nel senso invece che a giustificare l'efficacia obbligatoria della promessa di garanzia autonoma «basta la dichiarazione in esso dello scopo di garanzia e che sia fatto comunque dalle parti riferimento ad un rapporto fondamentale» G.B. PORTALE, *Fideiussione e*



Veniamo, così, al punto nodale: i privati sono liberi di plasmare il contenuto del contratto in modo tale che il garante si addossi il rischio dell'invalidità del rapporto obbligatorio principale [156], ma la garanzia autonoma non può costituire il mezzo adoperato dalle parti per il raggiungimento di un risultato vietato dall'ordinamento.

Sembra allora da condividere, nonostante il parere contrario di una parte minoritaria della dottrina [157], l'orientamento secondo cui il garante, fuori dall'ipotesi della *exceptio doli*, può comunque formulare le eccezioni «fondate sulla nullità del contratto presupposto per contrarietà a norme imperative o per illiceità della sua causa, tendendo altrimenti il primo contratto ad assicurare il risultato che l'ordinamento vieta» [158]. La conclusione, del resto, appare accoglibile sia nell'ottica della causa esterna sia ove si ragioni di causa interna.

Invero, nella prima prospettiva, si è affermato che, ove la causa del rapporto di valuta sia illecita, «la necessaria descrizione nel contratto di garanzia del rapporto di base, palesando l'illiceità del «fondamento» porta sicuramente anche alla nullità di questo contratto per illiceità della causa» [159]. Ma anche chi sposa l'idea della causa interna sostiene che la garanzia autonoma tende ad assicurare al beneficiario l'utilità materiale che la prestazione avrebbe procurato al creditore indipendentemente dalla circostanza che l'obbligazione originaria non sia validamente sorta [160] salvo il caso a sé in cui il contratto di garanzia sia «contagiato» dall'illiceità dal rapporto base.

---

contratto autonomo di garanzia nella prassi bancaria, in ID. (a cura di), *Le operazioni bancarie. Profili giuridici*, I, cit., p. 203.

[156] E la conoscenza o meno da parte del garante del vizio inficiante l'obbligazione garantita resta irrilevante ai fini della validità dell'impegno di garanzia. Cfr. F. NAPPI, *La garanzia autonoma. Profili sistematici*, cit., p. 177 ss. In senso analogo M. SEGNI, *La* «lettre de patronage» *come garanzia personale impropria*, cit., p. 156, per il quale, all'infuori dell'ipotesi di nullità del contratto tra debitore-ordinante e creditore-beneficiario per illiceità della causa o del motivo comune ai contraenti, non vi sono «motivi per dubitare della validità di una promessa [del primo tipo, quella] fatta cioè con specifico riferimento a un vizio che già si conosce».

[157] M. SESTA, *Pagamento a prima richiesta*, cit., p. 952 ss.

[158] Cfr. Cass., 14 dicembre 2007, n. 26262, *Foro it.*, *Rep.*, 2007, voce *Fideiussione e mandato di credito*, n. 25. Conf. Cass. civ. sez. III, 7 marzo 2002, n. 3326, *Giur. it.*, 2002, p. 1205 e *Contr.*, 2002, fasc. 12, p. 1085 con nota di M. AMBROSOLI, *Contratto autonomo di garanzia e invalidità dell'obbligazione garantita.*

[159] «[…] il più delle volte allo stesso risultato si perviene adoperando il principio della frode alla legge». Cfr. G. B. PORTALE, *op. loc. ult. cit.*; G. STELLA, *Le garanzie del credito*, cit., p. 844. Anche per G. BOZZI, *Il contratto autonomo di garanzia*, in ID. (a cura di), *La fideiussione*, cit., p. 921, il quale invece individua il fondamento causale della garanzia autonoma nel mandato tra debitore e garante, la nullità per motivi diversi dalla illiceità ridonda sulla garanzia autonoma, rendendo la sua funzione *ab initio* irrealizzabile.

[160] Sicché si dovrebbe parlare – più che di garanzia di un credito – di garanzia di un interesse del beneficiario. Così F. MASTROPAOLO, *I contratti autonomi di garanzia*, 2° ed., cit., p. 336.



In senso contrario non «varrebbe obiettare che una funzione di garanzia non troverebbe giustificazione, giacché, mancando o venendo meno l'obbligazione garantita, nulla (o nulla più) c'è da garantire […] La garanzia non consiste necessariamente nella assunzione di un'obbligazione in tutto omogenea a quella del debitore principale» potendo «consistere nell'assunzione del rischio costituito dal mancato raggiungimento di un determinato risultato economico» [161]. In questo ragionamento, l'inadempimento del debitore principale è assunto non come vicenda di un rapporto obbligatorio, ma come evento causativo della perdita di quella utilità materiale; il garante s'impegna a sopportare il rischio di un altro e l'invalidità del rapporto principale non elimina il rischio per il beneficiario di veder vanificato il risultato economico cui aveva interesse. Il contratto di garanzia autonoma ha lo scopo di coprire anche il rischio atipico che si leghi a vizi del rapporto principale [162], fermo che non può trovare tutela neppur provvisoria un contratto di garanzia inficiato dalla illiceità dal rapporto base [163].

Traslando queste considerazioni dal piano generale alla particolare ipotesi che qui specificamente ci occupa, sembra di poter pervenire alla conclusione che, ove il contratto base contenga un patto usurario, il garante può eccepire nei confronti del beneficiario l'invalidità della pretesa di pagamento degli interessi dal momento che la norma contenuta all'art. 1815, secondo comma, cod. civ. è di ordine pubblico [164] e giammai si potrebbe consentire che, sia pure mediatamente, cioè per il tramite della garanzia autonoma, il patto usurario trovi attuazione o comunque, spieghi effetti lesivi degli interessi generali protetti dalla norma imperativa.

Che si parli di nullità cd. «riflessa» o «derivata» oppure, come appare preferibile, di

---

[161] F. MASTROPAOLO, *op. ult. cit*., p. 328-329.

[162] Lì dove il rischio verrebbe ad assumere precipuo rilievo sul piano causale. Cfr. F. MASTROPAOLO, *op. ult. cit*., p. 352.

[163] S'intende, il garante «che eccepisca la nullità conseguente all'illiceità della causa, non richiama già un'eccezione derivante dal (solo) rapporto di base, ma la causa, *propria* e *interna* al contratto di garanzia e che insanabilmente lo vizia». F. MASTROPAOLO, *Pagamento a prima richiesta, limiti alla inopponibilità delle eccezioni e problemi probatori*, cit., p. 571.

[164] Sul punto si tornerà più avanti. Intanto, sia consentito segnalare in arg. le riflessioni di A. GENTILI, *I contratti usurari: tipologie e rimedi*, cit., p. 359: «se rispetto ai modi della concessione del credito nel mercato legale l'intervento del legislatore può definirsi misura di ordine pubblico economico, e specificamente di direzione dei flussi creditizi, e forse di concorso allo stimolo per la migliore allocazione delle risorse, e di ricerca di un difficile punto di equilibrio fra spontaneità del mercato e bisogno di regole, rispetto all'illegalità e alla delinquenza organizzata l'intervento normativo costituisce una misura di ordine pubblico *tout court*»; ID., *Usura e interessi moratori dal punto di vista della "ratio legis"*, in *Rivista di diritto bancario*, 2021, fasc. 1, pt. II, p. 96; F. DI MARZIO, *Contratto illecito e disciplina del mercato*, Napoli (Jovene) 2011, p. 108-109.



nullità per frode alla legge [165], si dà che il disvalore del patto usurario si ripercuota ineluttabilmente, anche se parzialmente, sulla garanzia autonoma che assiste il contratto bancario.

Dai rilievi precedenti sembra possibile trarre alcune conseguenze ulteriori con riferimento al regime delle eccezioni opponibili dal garante autonomo e in particolare, con riguardo alla proponibilità delle eccezioni d'inesistenza del rapporto garantito e di nullità strutturale del contratto base.

Quanto alla prima, alcuni autori inclinano per la soluzione positiva, sostenendo che l'eccezione d'inesistenza del rapporto base costituisca un autonomo rimedio, connesso a un vizio originario del contratto di garanzia: *i.e.*, la sua mancanza di causa [166]. Ogni qual volta venga meno l'interesse oggettivo del beneficiario, verrebbe meno la causa stessa della garanzia [167]: vizi originari e difetti sopravvenuti capaci d'incidere sull'interesse creditorio riposerebbero sullo stesso piano [168], dovendosi ammettere la proponibilità delle eccezioni relative alla sopravvenuta inesistenza dell'obbligazione garantita (come a es., l'estinzione per adempimento) [169].

Muovendo dall'idea per cui «la persistenza dell'interesse creditorio costituisce la causa del contratto di garanzia e che questo non si esaurisce al momento della posizione del-

---

[165] Cfr. G. PERLINGIERI, *Garanzie atipiche e rapporti commerciali*, cit., p. 18, testo e nt. 54.

[166] Cfr. G. SALVI, *I rimedi attribuiti al garante nel contratto autonomo di garanzia: giustificazione e limiti dell'eccezione di nullità del rapporto garantito*, cit., p. 304, per il quale, letteralmente: «l'eccezione di nullità o di inesistenza del rapporto base assume valenza specifica quale rimedio autonomo, connesso ad un vizio originario del contratto di garanzia (cioè la mancanza della causa)». Per la proponibilità dell'eccezione d'inesistenza del contratto di base anche E. NAVARRETTA, *Il contratto autonomo di garanzia*, cit., p. 553 ss., spec. p. 565; ID., *Causalità e sanzione degli abusi nel contratto autonomo di garanzia*, cit., p. 299 ss.; spec. p. 302. In giur., nel senso la rinunzia del garante a opporre le eccezioni inerenti al rapporto di base non comprende quella d'inesistenza del contratto principale cfr. Cass., 24 aprile 2008, n. 10652, cit.

[167] A. MAZZONI, *Le lettere di* patronage *nelle procedure concorsuali: contributo allo studio dei profili sistematici delle garanzie autonome* cit., p. 394 e P. DE SANNA, *Accessorietà e autonomia nel sistema delle garanzie a prima richiesta*, cit., p. 44 ss.

[168] Così come fa P. DE SANNA, *Accessorietà ed autonomia nel sistema delle garanzie a prima richiesta*, cit., p. 83 ss.

[169] Nel senso che «L'eccezione di pagamento deve invero restare proponibile, in quanto il pagamento già realizza l'interesse tutelato dalla clausola» F. MASTROPAOLO-A. CALDERALE, *Fideiussione e contratti di garanzia personale*, cit., p. 605: «anche le eccezioni fondate su modi di estinzione diversi dall'adempimento devono restare proponibili». In giur. v. Cass. civ., 11 dicembre 2018, n. 31956, in *Mass. Giust. civ.*, 2019, per cui, in tema di contratto autonomo di garanzia, in ragione dell'assenza dell'accessorietà propria della fideiussione, il garante non può opporre eccezioni riguardanti il rapporto principale, potendo però sollevare nei confronti del creditore eccezioni fondate sul contratto di garanzia; sicché, se il debitore principale viene liberato per novazione soggettiva o per altra sopravvenuta vicenda giuridica, il garante può sollevare nei confronti del creditore una eccezione di estinzione della garanzia.



l'obbligo a carico del garante» si è sostenuto «che in ogni caso in cui venga meno l'interesse economico originario il contratto di garanzia rimane colpito da nullità sopravvenuta per sopraggiunto difetto di causa» [170].

Sembra, tuttavia, preferibile l'opinione di chi, per contro, ha autorevolmente sostenuto che, ove il contratto principale, considerato il «fondamento» della prestazione del garante, (per qualsiasi ragione) difetti *ab origine* o venga meno successivamente, non si dà nullità del contratto autonomo di garanzia, bensì «unicamente spetta alla parte che ha eseguito la prestazione […] una *condictio indebiti* ovvero un'analoga azione recuperatoria o risarcitoria» [171].

Un conto è ammettere il garante a opporre l'escussione fraudolenta della garanzia ove non sussista il diritto del beneficiario a ricevere la prestazione originaria (per adempimento del contratto principale, inesistenza originaria o estinzione sopravvenuta dei diritti nascenti dal contratto base) allegando prove pronte e liquide; altro è ammettere il garante a opporre *sic et simpliciter* l'inesistenza originaria oppure l'estinzione sopravvenuta del diritto del creditore, a prescindere dalla sussistenza di una condotta abusiva o di una frode del beneficiario [172].

Ammettendo il garante a formulare l'eccezione d'inesistenza del contratto base si rischia di mortificare gli interessi concretamente perseguiti dalle parti che stipulino un contratto di garanzia autonoma, frustrando la sua funzione di copertura dei cd. rischi atipici, *in primis*, legati appunto all'inesistenza o invalidità del rapporto base [173].

Fatti quali l'adempimento del debitore garantito, l'inadempimento imputabile al beneficiario della garanzia o comunque non imputabile al debitore ovvero la circostanza che il creditore beneficiario sia a sua volta inadempiente crediamo possano essere eccepiti dal garante nella misura in cui l'eccezione sia fondata su prova liquida, volta a far valere contegni abusivi o fraudolenti: l'unico rimedio, in questi casi, è rappresentato dall'*exceptio doli generalis* [174].

---

[170] U. La Porta, *Considerazioni sulla causa e sui limiti dell'autonomia nel contratto autonomo di garanzia*, cit., p. 145 ss.

[171] G.B. Portale, *Fideiussione e* Garantievertrag *nella prassi bancaria*, in *Le garanzie bancarie internazionali*, cit., p. 20.

[172] In arg. v. G. Stella, *Le garanzie del credito*, cit., p. 850.

[173] Cfr. F. Macario, *Garanzie personali*, cit., p. 472, nt. 215, il quale manifesta appunto perplessità rispetto alla scelta di riconoscere al garante la possibilità di eccepire l'inesistenza del contratto base. La soluzione, ad avviso dell'A., rischia di svilire l'autonomia del *Garantievertrag,* vanificandone la funzione.

[174] Sul punto, v. G. Salvi, *La garanzia autonoma e le interferenze con la tutela consumeristica*, cit., p. 101. Si segnala anche A. Montanari, *Garanzia autonoma ed escussione abusiva: nuove tendenze rimedia-*



Per quanto concerne, poi, l'incidenza sul rapporto di garanzia delle cause di nullità del contratto di base diverse dall'illiceità e dalla nullità per contrasto con norme imperative, con buona parte della dottrina sembra di poter inclinare per la soluzione negativa, escludendo che le nullità "strutturali" possano assumere rilievo, salva l'ipotesi in cui l'invalidità sia stata accertata con sentenza passata in giudicato. In un caso del genere, l'escussione della garanzia dovrebbe, infatti, considerarsi fraudolenta e il garante dovrebbe reputarsi ammesso a paralizzare la pretesa del beneficiario con l'*exceptio doli* [175].

Secondo altra linea di pensiero, tuttavia, anche la nullità del contratto di base per motivi diversi dall'illiceità della causa (dell'oggetto o del motivo comune) ovvero dalla contrarietà a norme imperative (come la indeterminatezza/indeterminabilità o l'impossibilità dell'oggetto del contratto principale o la mancanza della forma prescritta dalla legge *ad substantiam*) è idonea a fa venir meno il presupposto causale della garanzia autonoma. Ogni forma di nullità (di stampo codicistico) del contratto base inciderebbe sulla garanzia autonoma e non potrebbero darsi «distinzioni tra le varie ipotesi di nullità radicale ai fini della eccezione di nullità del garante nei confronti del beneficiario» [176]. A

---

li in una diversa prospettiva ermeneutica, cit., p. 2024. In giur., cfr. Cass. civ., sez. III, 15 maggio 2019, n. 12884, in *Corr. giur.*, 2020, fasc. 6, p. 773 ss. con nota di G.B. BARILLÀ, *I presupposti per l'esercizio del'"*exceptio*"* doli *nell'escussione delle garanzie bancarie autonome: obblighi del garante e diritti del beneficiario.*

[175] G.B. PORTALE, *Nuovi sviluppi del contratto autonomo di garanzia*, in *Le garanzie bancarie internazionali*, cit., p. 49-50. Sulla stesa linea, ci si limita a richiamare qui, *ex multis*, G. STELLA, *Le garanzie del credito*, cit., p. 845: «non sussiste inefficacia della garanzia in caso di nullità semplice del contratto principale, dovuta a difetto di forma scritta, a indeterminatezza dell'oggetto, a difetto di rappresentanza in capo al soggetto stipulante, ecc.; *ma solo nel caso specifico di nullità di tale contratto per illiceità*»; V. MONTANI, *Contratto autonomo di garanzia: l'autonomia travolge ogni eccezione*, cit., p. 556, per la quale, in disparte quelle di nullità per contrarietà a norme imperative ovvero illiceità della causa del rapporto di valuta «*tutte* le altre eccezioni, tra cui quelle di nullità, annullabilità o di rescissione, inesistenza, non devono ritenersi ammissibili nei confronti del garantito. Secondo un primo ordine di ragioni, infatti, il sistema di rivalse riconosciute in capo al garante nei confronti del debitore conferisce, ad ogni modo, tutela al primo, che potrà, quindi, agire in regresso e per l'intero nei confronti del debitore stesso; questi, potrà a sua volta far valere le sue ragioni agendo nei confronti del creditore-beneficiario ove questi abbia escusso la garanzia in modo illegittimo. […] in una logica economica spetta all'istituto creditizio o assicurativo effettuare i controlli che ritenga più opportuni al fine di valutare la consistenza di detto rischio specifico, al pari di tutti gli altri eventuali rischi sussistenti (si pensi ai cc.dd. rischi atipici nei contratti di appalto o di fornitura internazionali) onde soppesare la convenienza economica dell'operazione».

[176] Cfr. G. SALVI, *I rimedi attribuiti al garante nel contratto autonomo di garanzia*, cit., p. 299 ss.: «non esiste alcuna giustificazione pratica e dogmatica della distinzione tra le varie ipotesi tradizionali di nullità: la indeterminatezza/indeterminabilità o l'impossibilità dell'oggetto del contratto principale ovvero la mancanza della forma prescritta dalla legge […] non si vede quale sia il principio giuridico per il quale dovrebbero essere disciplinate in maniera diversa»; p. 301 ss., p. 314; P. DE SANNA, *Accessorietà ed autonomia nel sistema delle garanzie a prima richiesta*, cit., p. 79 ss.: «qualsiasi vizio o difetto relativo all'in-



fronte di un contratto principale nullo (anche se non illecito), risulterebbe *ab initio* irrealizzabile qualsiasi funzione di garanzia [177].

Deve, peraltro, segnalarsi che, in una posizione intermedia fra queste tesi agli antipodi, v'è chi propone di operare dei distinguo, isolando l'ipotesi di nullità del contratto base per impossibilità del suo oggetto; l'ipotesi d'indeterminabilità dell'oggetto del rapporto sottostante e infine, quella di mancanza di forma. Nel primo caso, verrebbe a mancare qualsivoglia giustificazione dell'impegno del garante; nel secondo, dovrebbe valutarsi, volta per volta, se l'impegno del garante assolva a una funzione meritevole; nell'ultimo, rimarrebbero «intatte tutte le condizioni di giustificazione e di meritevolezza» [178].

Si è già detto come simili conclusioni appaiano non del tutto convincenti nel momento in cui si riconosca alla garanzia autonoma una *causa cavendi* combinata con una funzione *lato sensu* cauzionale e di copertura del rischio della mancata, pronta realizzazione della materiale utilità divisata dal contratto base, *in primis*, per vicende che possano investirlo.

Appare evidente come, anche nel caso in cui il credito sia sorto da un titolo nullo (o annullabile) vi sia spazio per l'insorgere di contestazioni. D'altra parte, la causa di garanzia appare suscettibile di dilatarsi per comprendere la copertura del rischio di perdite incolpevoli legate alla mancata pronta realizzazione del risultato economico divisato dal contratto principale, a fronte di accadimenti che potrebbero precluderla come, a esempio, un *factum principis* oppure l'iniziativa contenziosa del debitore che, anche a meri fini dilatori, invochi l'invalidità del contratto base.

Salvo il caso in cui il patto fonte del rapporto garantito sia illecito o illegale e la garanzia si atteggi come lo strumento per perseguire un risultato vietato dall'ordinamento, la garanzia autonoma appare idonea a porsi come fonte di un impegno indipendente e il vizio "strutturale" del contratto base sembra incapace di comunicarsi al contratto autonomo.

Le questioni irrisolte, peraltro, non si esauriscono qui.

Si allude, in particolare, al dubbio che il garante autonomo possa eccepire la nullità di protezione del contratto principale [179] e che dunque, a esempio, la nullità *ex* art. 9 l. 18

---

teresse creditorio reagisce immediatamente sul rapporto di garanzia, traducendosi in un difetto della sua stessa causa».

[177] G. Bozzi, *Il contratto autonomo di garanzia*, in Id. (a cura di), *La fideiussione*, cit., p. 921.

[178] G. Meo, *Funzione professionale e meritevolezza degli interessi nelle garanzie atipiche*, cit., p. 325 ss.; p. 330-331: «l'impegno dell'intermediario non è commisurato sulla giuridica esistenza e validità della situazione di obbligo sottostante, ma sull'oggettivo assetto dei rischi commerciali relativi alla specifica operazione».

[179] Cfr. in arg. G. Salvi, *La garanzia autonoma e le interferenze con la tutela consumeristica*, cit., p. 102 ss., che osserva come la nullità di protezione non incida «sulla sussistenza della garanzia, ma solo



giugno 1998, n. 192 del patto che realizzi un abuso di dipendenza economica infici la validità del contratto di garanzia autonoma stipulato per far guadagnare al debitore principale l'accesso a un dato affare col beneficiario. Verrebbe da osservare come, in ragione della relatività del rimedio, azionabile esclusivamente dal soggetto tutelato (subfornitore, consumatore ecc.), il garante non sia ammesso a sollevare l'eccezione di nullità (di protezione) del contratto principale se non nell'ipotesi in cui l'invalidità di questo contratto sia stata accertata con pronuncia passata in giudicato [180].

5. – Si confida di aver sin qui dimostrato come il garante non possa non essere ammesso a opporre al creditore-beneficiario la nullità del patto base per illiceità o per contrarietà a norma imperativa e come il superamento del tasso soglia nel conto corrente infici la pretesa del beneficiario di pagamento degli interessi. Nondimeno, chiarire se il patto usurario sia illecito o illegale, dissolvendo l'ambiguità che connota certe formule linguistiche ricorrenti nelle sentenze di legittimità, le quali associano le due forme di nullità in una endiadi, appare utile per la rilevanza che la distinzione riveste sotto altri aspetti applicativi, che ci si appresta a evidenziare.

In termini generali, per quanto riguarda la distinzione tra illiceità e illegalità, è appena il caso di evocare come dottrina e giurisprudenza tendano a distinguere l'*illiceità* del contratto che discende dalla contrarietà della causa, dell'oggetto o del motivo (comune e determinante) a norme imperative, all'ordine pubblico o al buon costume dalla più generale *illegalità* che si configura lì dove il contratto contrasti con norme imperative *ex* art. 1418 cod. civ., primo comma [181], anche se tracciare un confine netto è apparso non sem-

---

sull'esecuzione della stessa. Del resto, sotto il profilo disciplinare, le nullità di protezione si connotano per la relatività del rimedio, il quale può venire azionato esclusivamente dal soggetto tutelato, tanto da assumere in sostanza il carattere della personalità dell'eccezione».

[180] In questo senso G. SALVI, *I rimedi attribuiti al garante nel contratto autonomo di garanzia*, cit., p. 316 ss.

[181] Sulla distinzione tra illegalità e illiceità del contratto ci si limita a richiamare qui A. GENTILI, *Le invalidità*, in E. GABRIELLI (a cura di), *I contratti in generale*, t. II, *Tratt. dei contratti* diretto da P. Rescigno ed E. Gabrielli, Torino, 2006, p. 1494 ss., spec. 1498-1499; G. PERLINGIERI, *Negozio illecito e negozio illegale: una incerta distinzione sul piano degli effetti*, Napoli, 2003, p. 12 ss.; A. DI MAJO, *La nullità*, in ID.-G.B. FERRI-M. FRANZONI (a cura di), *Il contratto in generale*, Vol. XIII, t. VII, *Trattato dir. priv.*, diretto da M. Bessone, Torino, 2002, p. 73 ss.; U. BRECCIA, *Causa*, in G. ALPA-U. BRECCIA-A. LISERRE (a cura di) *Il contratto in generale*, vol. XIII, t. III, *Tratt. dir. priv.*, diretto da M. Bessone, Torino, 1999, p. 123; M. NUZZO, *Negozio illecito*, *Enc. giur. Trecc.*, XXIII, Roma, 1990, p. 2 ss.; G. DE NOVA, *Il contratto contrario a norme imperative*, *Riv. crit. dir. priv.*, 1985, n. 3-4, 435 ss.; A. LIBERATI, *Invalidità della vendita e illecito penale*, in P. CENDON (a cura di), *Compravendita e figure collegate*, III, Torino, 2007, p. 119 ss.; ID., *Contratto e reato*, Milano, 2004, p. 201 ss.



pre agevole proprio perché l'illiceità, secondo l'art. 1343 cod. civ., consiste, *in primis*, nella contrarietà a norma imperativa [182].

L'orientamento prevalente reputa che il contratto sia illecito e non illegale quando la nullità investa il profilo causale [183], attirando un giudizio di disvalore da parte dell'ordinamento [184] e che le previsioni del primo e del secondo comma dell'art. 1418 cod. civ. siano in rapporto di genere a specie [185], disegnando come dei «cerchi concentrici» [186].

La questione non ha rilievo puramente teorico ed è sufficiente considerare alcune disposizioni codicistiche per avere evidenza dei riflessi sul piano pratico-applicativo.

Che il negozio invalido sia trattato in modo diverso, quando è anche illecito [187] lo si ricava anzitutto dall'articolo 1418 cod. civ., in base al quale la contrarietà a norma imperativa determina la nullità del contratto soltanto se la legge non disponga diversamente lì dove l'illiceità non può che determinare la nullità dell'atto [188]. Inoltre, può prendersi a

---

[182] F. GAZZONI, *Manuale di diritto privato*, XVI ed., Napoli, 2013, p. 996.

[183] Cfr. G. DE NOVA, *Il contratto contrario a norme imperative*, cit., p. 438: per il quale «Vi è da chiedersi se il termine "contratto illecito" non sia da intendersi come "contratto con causa illecita"»; A. DI AMATO, *Contratto e reato: profili civilistici*, in *Tratt. dir. civ. del Consiglio Nazionale del Notariato*, diretto da P. Perlingieri, sez. IV, vol. 37, Napoli, 2003, p. 121 ss., ove si evidenzia come «l'incertezza che caratterizza il concetto di causa […] rende evidente che la distinzione non può poggiarsi su esiti definitivi»; a ogni modo, il giudizio di illiceità ovvero di illegalità non dipende dal grado di disvalore della condotta negoziale quanto piuttosto dall'elemento del contratto che si pone in contrasto con la norma imperativa; A. DI MAJO, *La nullità*, cit., p. 76, per il quale «ogni sforzo diretto a definire il contratto *illecito* rispetto a quello *illegale* è destinato a un esito incerto»; A. Liberati, *Invalidità della vendita e illecito penale*, cit., p. 122.

[184] Quando non basta sterilizzare la circolazione giuridica, ma occorre reprimerla e scoraggiarla, allora all'invalidità si somma l'illiceità. Cfr. N. IRTI, *La nullità come sanzione civile*, *Contr. impr.*, 1987, fasc. 2, p. 547; G. PERLINGIERI, *Negozio illecito e negozio illegale: una incerta distinzione sul piano degli effetti*, cit., p. 14: «L'atto illecito è contrario ad un divieto, quindi è da considerare riprovevole»; A. DI MAJO, *La nullità*, cit., p. 73 ss.; C.M. BIANCA, in *Diritto civile*, 3, *Il contratto*, 1984, p. 582, il quale parlava di «dannosità sociale»; F. GAZZONI, *Manuale*, cit., p. 996, per il quale «L'illiceità discende dunque da un giudizio di disfavore normativo».

[185] Cfr. A. DI AMATO, *Contratto e reato: profili civilistici*, cit., p. 124 ss.

[186] A. DI MAJO, *La nullità*, cit., p. 74: «Al cerchio più ristretto costituito dal contratto con causa o motivo illeciti corrisponde un cerchio più ampio rappresentato dal contratto che si pone in contrasto con una norma imperativa»; R. SACCO, in ID.-G. DE NOVA, *Il contratto*, Milano-Torino, 2016, p. 996 ss. Altri, nella previsione del primo comma dell'art. 1418 cod. civ., scorge una «norma di chiusura» ovvero «una ipotesi residuale rispetto alle ipotesi previste dagli altri comma». Cfr. G. DE NOVA, *Il contratto contrario a norme imperative*, cit., p. 436 ss. e i rilievi in senso adesivo di A. GENTILI, *Le invalidità*, cit., p. 1510 ss. A proposito delle diverse chiavi di lettura dell'art. 1418 cod. civ. proposte dalla dottrina civilistica v. M. RABITTI, *Contratto illecito e norma penale*, cit., p. 7 ss.; U. BRECCIA, *Causa*, cit., p. 158 ss.

[187] Cfr. R. MOSCHELLA, *Il negozio contrario a norme imperative*, in F. VASSALLI-G. VISENTINI, *Legislazione economica* (settembre 1978-Agosto 1979), Milano, 1981, p. 271, cui si rinvia per numerosi esempi.

[188] Cfr. G. DE NOVA, *Il contratto contrario a norme imperative*, cit., p. 438-439.



esempio l'art. 1972 cod. civ., per cui la transazione su titolo illecito è nulla ancorché le parti abbiano trattato della invalidità di esso [189], mentre la transazione (novativa) su titolo nullo per cause diverse dall'illiceità è valida se stipulata dalle parti conoscendo il difetto invalidante [190].

Ulteriore conferma, ove occorrente, della rilevanza pratica della enucleazione del più ristretto concetto di contratto illecito entro l'ampia categoria del contratto illegale [191] si trae dalla disciplina differenziata dettata dall'art. 2126 cod. civ. [192] Ma l'elenco potrebbe continuare [193] giacché le previsioni codicistiche che riservano al contratto illegale un trattamento diverso rispetto al contratto illecito appaiono numerose [194], lasciando affiorare la

---

[189] In arg., si segnala Cass. civ., Sez. III, [ord.] 20 aprile 2020, n. 7963, in *Foro it.*, 2021, 4, pt. I, c. 1403; *Giust. Civ. Mass.*, 2020; *Guida dir.*, 2020, 22, p. 76; *Giur. it*., 2021, fasc. 5, p. 1063 ss., con commento di G. SANTORELLI, *Transazione su titolo nullo. Applicabilità dell'art. 1972 c.c. nella distinzione fra transazione novativa e semplice*, *Corr. giur*., 2021, fasc. 4, p. 511, con nota di G. COLOMBO, *In tema di applicabilità dell'art. 1972 c.c. alla luce della natura novativa o conservativa dell'accordo transattivo*, che ha interpretato l'art. 1972 co. 1 cod. civ. nel senso che la norma in esso contenuta è applicabile alla sola transazione conservativa. La pronuncia, proprio per l'esclusione della transazione novativa dall'ambito d'operatività della regola che sancisce la nullità riflessa della transazione su titolo illecito ha comprensibilmente destato non poche perplessità e critiche già nei primi commenti della dottrina.

[190] La transazione conservativa su titolo nullo (qualsiasi sia la causa di nullità) si considera, per contro, priva di un presupposto essenziale. Nel senso che la transazione è nulla solo se relativa ad un contratto avente una causa illecita, mentre ove si configuri una ipotesi di contratto illegale, deve aversi riguardo alla disciplina del secondo comma dell'art. 1972 cod. civ., a tenore del quale la transazione su un titolo nullo è solo annullabile e l'invalidità del titolo non può essere invocata se conosciuta da chi ha transatto cfr., *ex aliis*, Cass. civ., sez. II, 4 giugno 2010, n. 13629 *Dejure.it.*

[191] In dottrina è riconosciuto che «La illiceità, in effetti, è nient'altro che un'ipotesi particolare di violazione di norme imperative». Cfr. A. DI AMATO, *Contratto e reato: profili civilistici*, cit., p. 123. In questo senso già F. MESSINEO *Il contratto in genere*, Milano, 1972, p. 170.

[192] Cfr. in arg. Cass. civ., sez. lav., 12 novembre 2002, n. 15880 in *Dejure.it* per cui: «nel lavoro prestato in violazione di norme proibitive dell'assunzione non si ha oggetto illecito (in quanto la prestazione non è intrinsecamente illecita), né illiceità della causa, mancando il contrasto "con i principi etici fondamentali dell'ordinamento", e si versa, invece, nel campo della mera, ristretta illegalità […] l'illiceità richiede il contrasto con i principi di ordine pubblico o con norme imperative che di per sé appartengono all'ordine pubblico, nella prospettiva di una lettura dell'art. 1418 c.c. che ne riferisce il primo comma alla fattispecie (autonoma) del contratto meramente illegale per generico contrasto con norme imperative, e il secondo comma al contratto propriamente illecito (Cass., sez. un., 8 maggio 1976, n. 1609)».

[193] Sempre a titolo di esempio: l'effetto sanante di cui all'art. 2652 n. 6 cod. civ. può ipotizzarsi soltanto in riferimento al negozio illegale non anche in caso di atto illecito. Inoltre, la conferma della donazione nulla (art. 799 cod. civ.) o del testamento nullo (art. 590 cod. civ.) sono ammissibili con riguardo all'atto illegale, ma non anche in caso d'illiceità. Cfr. G. PERLINGIERI, *Negozio illecito e negozio illegale*, cit., p. 22.

[194] È appena il caso di aggiungere che, secondo l'opinione prevalente, rispetto al contratto illecito non sono applicabili le norme sulla conversione, sulla nullità parziale e sulla sostituzione automatica di clausole. Cfr. M. RABITTI, *Contratto illecito e norma penale*, cit., p. 77.



complessità del fenomeno della nullità: lungi dall'avere natura eccezionale, esse sembrano rivelare come la disciplina positiva della nullità si atteggi in modo di volta in volta diverso a seconda della natura dell'*interesse protetto* [195].

Per quanto concerne, in specie, il prestito con interessi usurari, sembra pacifico che di nullità per illiceità si potrebbe discorrere solo lì dove il contratto configurasse il reato di cui all'art. 644 c.p. [196]. Il dibattito che si è sviluppato attorno al problema delle relazioni che possono darsi tra reato e contratto e delle conseguenze della violazione di una norma penale sul terreno del trattamento civilistico dell'atto di autonomia privata è troppo ampio e noto per esser qui ripercorso [197].

Ai fini di questo discorso basterà richiamare l'opinione dominante per cui il contratto-reato è nullo per illiceità [198]: il contratto che si ponga in contrasto, sotto il profilo funzio-

---

[195] M. RABITTI, *Contratto illecito e norma penale*, cit., p. 137 ss.

[196] Cfr. G. VETTORI, *Squilibrio e usura nei contratti,* in *Studi in onore di Pietro Schlesinger*, t. 2, Milano, 2004, p. 1683. In giur., v. Trib. Perugia, 7 gennaio 2021, n. 43, in *Dejure.it*, per cui: «il contratto derivante dalla condotta penalmente rilevante del delitto di usura (come per i delitti di estorsione o circonvenzione d'incapace) è nullo *ex* art. 1418 c.c., perché viola norme imperative, è contrario all'ordine pubblico e costituisce il profitto del reato, così assumendo un chiaro connotato di illiceità in ragione delle esigenze d'interesse collettivo sottese alla tutela penale, trascendenti quelle di mera salvaguardia patrimoniale dei singoli contraenti (come nel diverso caso del delitto di truffa) perseguite dalla disciplina sull'annullabilità dei contratti». Nel caso di specie, peraltro, il Tribunale ha fatto applicazione degli artt. 1344 e 1418 cod. civ., dichiarando il contratto nullo siccome volto a eludere l'applicazione della norma imperativa contenuta all'art. 2744 cod. civ., che vieta il patto commissorio per «evitare che il debitore, spinto dal bisogno e dalla speranza di riuscire ad estinguere il suo debito prima della scadenza, conceda al creditore la facoltà di appropriarsi del bene costituito in garanzia, per un credito inferiore al valore del bene stesso».

[197] Le riflessioni condotte dalla dottrina in ordine alle conseguenze civilistiche, sul piano della validità, degli atti posti in essere per la commissione di un reato o costituenti essi stessi un reato sono approfondite e articolate. Tra gli altri, possono vedersi A. DI AMATO, *Contratto e reato: profili civilistici*, cit., p. 32 ss.; 48 ss., ove si trova anche una sintetica catalogazione delle varie ipotesi di classificazione dei rapporti che possono darsi tra contratto e reato; F. DI MARZIO, *Contratto illecito e disciplina del mercato*, cit., p. 86 ss.; ID., *Illiceità penale della condotta e invalidità del contratto*, *Contr*., 2013, fasc. 3, p. 307 ss.; A.A. DOLMETTA, *Sul contratto usurario (incidenza della legge penale antiusura sul regime civilistico dell'equilibrio economico)*, *Dir. banca e merc. finanz.*, 2013, fasc. 1, pp. 79 ss.; S. POLIDORI, *Illiceità della funzione negoziale e reato*, *Rassegna di diritto civile*, 2012, fasc. 2, p. 510 ss.; F. D'ARCANGELO, *Il contratto concluso in violazione di una norma penale*, in *Obbl. contr.*, 2007, fasc. 6, p. 533 ss.; A. GRASSO, *Illiceità penale e invalidità del contratto*, Milano, 2002, p. 1 ss.; A. GENTILI, *I contratti usurari: tipologie e rimedi*, cit., p. 353 ss., spec. 365 ss.; A. DI AMATO, *Note introduttive sul rapporto tra contratto e reato*, *Rassegna di diritto civile*, 2002, fasc. 1-2, p. 120 ss.; M. RABITTI, *Contratto illecito e norma penale*, cit., p. 57 ss.; D. BUZZELLI, *Mutuo usurario e invalidità del contratto*, Torino, 2001, p. 41 ss.; G. MERUZZI, *Il contratto usurario tra nullità e rescissione*, *Contr. impr*., 1999, n. 2, p. 442 ss.; 475 ss.; G. VILLA, *Contratto e violazione di norme imperative*, Milano, 1993, p. 144 ss.; I. LEONCINI, *I rapporti tra contratto, reati-contratto e reati in contratto*, in *Riv. it. dir. proc. pen.,* 1990, fasc. 3, p. 997 ss., spec. p. 1050-1051.

[198] «Se la stipulazione del contratto integra un reato, sembra certo che un tale contratto non possa essere



nale, con una norma penale è affetto da una nullità cd. politica o di disvalore [199]; in altri termini, l'illiceità penale dell'atto si traduce in illiceità civile [200].

Proprio in tema di prestito usurario [201], tuttavia, la stessa Suprema Corte ha chiarito che: «la pattuizione di interessi con un saggio superiore al tasso soglia non costituisce, di per sé, reato, dal momento che coincide esclusivamente con l'elemento oggettivo della fattispecie criminosa. L'art. 644 c.p., prevede un delitto doloso, il quale, naturalmente, è costituito anche dallo specifico elemento soggettivo. La clausola nulla *ex* art. 1815, comma 2, cod. civ., si pone su un piano diverso, a nulla rilevando l'esistenza o meno di un dolo sotteso alla formazione della volontà di stipulare detta clausola [202]. Nell'applicazione dell'art. 1815 comma 2, cod. civ., non si è di fronte a un "usuraio" né ad una "vittima del reato", bensì, soltanto, ad una nullità per violazione di norma imperativa» [203]. Anche in passato (prima dell'entrata in vigore della l. 7 marzo 1996, n. 108) [204] la giurisprudenza si era espressa, in termini generali, nel senso che la pattuizione rilevante sotto il profilo della commissione di un reato è in contrasto con norme imperative [205].

Dal canto proprio, pure la dottrina è orientata a reputare che la pattuizione d'interessi

---

tutelato civilmente dall'ordinamento come un contratto valido». C.M. BIANCA, *Diritto civile*, 3, *Il contratto*, cit., p. 583.

[199] A. DI AMATO, *Contratto e reato: profili civilistici*, cit., p. 111; p. 126.

[200] Cfr. M. RABITTI, *Contratto illecito e norma penale*, cit., p. 51 ss.; 71 ss.; A. LIBERATI, *Invalidità della vendita e illecito penale*, cit., p. 125 ss.; ID., *Contratto e reato*, Milano, 2004, p. 53 ss.

[201] Per un'analisi delle linee di evoluzione della disciplina e dell'esegesi delle norme in materia di usura v. G. VETTORI, *Contratto e rimedi*, Padova, 2008, p. 558 ss.; 582 ss. e, per una ricostruzione attenta, in chiave storica, anche all'esperienza del diritto romano (ma non solo) A. SASSI, *Esegesi e sistema del contratto usurario*, in *Riv. dir. civ.*, 2010, fasc. 2, pt. I, p. 247 ss.; P. DAGNA, *Profili civilistici dell'usura*, cit., p. 4 ss.; A. RICCIO, *Il contratto usurario nel diritto civile*, Padova, 2002; D. BUZZELLI, *Mutuo usurario e invalidità del contratto*, cit., p. 13 ss.

[202] L'art. 1815, secondo comma, cod. civ. ha uno spazio applicativo autonomo rispetto all'art. 644 cod. pen. nel senso che l'applicazione della sanzione ivi prevista dal codice civile s'impone ogni qual volta gli interessi convenuti siano oggettivamente usurari. Cfr. G. BONILINI, *La sanzione civile dell'usura*, *Contr*., 1996, fasc. 3, p. 224. L'usurarietà si lega al dato obiettivo del superamento del tasso soglia: R. TETI, *Profili civilistici della nuova legge sull'usura*, in *Riv. dir. priv*., 1997, p. 486.

[203] Cass. civ. [ord.], 09 novembre 2020, n. 24992 in *www.foroitaliano.it.*

[204] Per una sintesi delle innovazioni introdotte possono vedersi, *ex multis*; E. QUADRI, *La nuova legge sull'usura: profili civilistici*, *Nuova giur. civ. comm*., 1997, fasc. 1, pt. II, p. 62 ss.; P. DAGNA, *Profili civilistici dell'usura*, cit., p. 33 ss.; L FERRONI, *La nuova disciplina civilistica del contratto di mutuo ad interessi usurari*, Napoli, 1997, p. 22 ss.; U. GRASSI, *Il nuovo reato d'usura: fattispecie penali e tutele civilistiche*, *Riv. dir. priv*., 1998, fasc. 2, p. 231 ss.; G. TUCCI, *L'usura tra autonomia privata e disciplina del mercato del credito*, in F. MACARIO-A. MANNA, *Mercato del credito e usura*, Milano, 2002, p. 119 ss.

[205] Cfr. Cass. civ., sez. II, 26 agosto 1993, n. 9021, in *Arch. civ*., 1994, p. 31, per cui illecito è solo il negozio in cui si ravvisino gli elementi della fattispecie incriminatrice di cui all'art. 644 cod. pen.



usurari sia vietata in sé, a prescindere dallo stato soggettivo delle parti [206]: la sanzione civilistica non sembra presupporre la conoscenza della usurarietà del patto da parte del creditore. Al contrario, la fattispecie appare costruita su basi oggettive lì dove è indubbio che, in ambito penalistico, debba sussistere anche l'elemento soggettivo del reato [207].

La giurisprudenza sia pratica sia teorica è, quindi, orientata a reputare che il patto usurario sia nullo *ex* art. 1418 cod. civ., co. 1°, per contrarietà a norme imperative [208] e che il superamento del tasso-soglia non importi la illiceità dell'intero contratto, bensì la nullità, per contrasto con norma imperativa, di una singola pattuizione: illecito è soltanto il negozio in cui si ravvisino gli estremi dell'usura, mentre (di per sé) la pattuizione di interessi usurari non inficia la causa del conto corrente o mutuo.

Da ciò sembra di poter trarre almeno due conseguenze.

La prima è che la nullità della clausola sugli interessi *ex* art. 1815, secondo comma, cod. civ. ridonda nella *nullità parziale* del contratto autonomo a garanzia del credito derivante dal saldo di conto corrente: il garante potrà paralizzare la pretesa del beneficiario riguardante il pagamento dei soli interessi.

La seconda è che cliente e banca possono definire in via transattiva la controversia che sorga relativamente al rapporto di conto corrente, pattuendo un piano di rientro dei pagamenti con rideterminazione degli interessi [209]. Invero, accade sovente che tra gli istituti di credito e i clienti scaturisca contestazione in ordine all'esposizione debitoria di questi ultimi; che la questione venga risolta in via transattiva (col riconoscimento del debito da parte del cliente, la rimodulazione dell'importo degli interessi, la dilazione del termine di pagamento da parte della banca, la prestazione di garanzie da parte di terzi ecc.); che successivamente si questioni della validità della transazione stipulata sul contratto bancario asseritamente nullo ovvero recante clausole affette da nullità (a es., *ex* art. 1815, comma secondo, cod. civ.). In questi casi, si profila specialmente un problema: se la transazione stipulata per prevenire o rimuovere una lite sul dare-avere nel rapporto di

---

[206] Cfr. G. PASSAGNOLI, *Contratto usurario e sopravvenienza normativa*, Padova, 2005, p. 24 ss.

[207] Cfr. M. CIAN, *Appunti sul sistema dell'usura civile: complessità del fenomeno reale e rigidità del modello normativo*, cit., p. 1381. Peraltro, in caso di superamento del tasso-soglia, ai fini della usurarietà si prescinde, altresì, dalla situazione patrimoniale o dallo stato di bisogno della vittima. Cfr. G. BONILINI, *La sanzione civile dell'usura*, cit., p. 223 ss.

[208] Cfr. in arg. D. BUZZELLI, *Mutuo usurario e invalidità del contratto*, Torino, 2001, p. 97 ss. Nel senso che la pattuizione di interessi corrispettivi usurari integra un'ipotesi di nullità testuale stante la previsione del secondo comma dell'art. 1815 cod. civ. G. D'AMICO, *Interessi usurari e contratti bancari*, *Contr.*, 2016, fasc. 3, p. 298.

[209] Cfr., *ex aliis*, Cass. civ., sez. I, 8 febbraio 2016, n. 2413, in *Giust. civ. Mass.*, 2016, p. 103.



conto corrente bancario con interessi usurari debba considerarsi automaticamente nulla *ex* art. 1972, primo comma, cod. civ. o possa essere annullata *ex* art. 1972, secondo comma, c. c.

Se si condivide il rilievo per cui la pattuizione d'interessi usurari non rende di per sé il contratto bancario illecito, appare sensato reputare che la transazione novativa su conto corrente (o mutuo) con interessi usurari non sia automaticamente nulla *ex* art. 1972, primo comma, cod. civ. e che la nullità per contrarietà a norma imperativa della clausola che stabilisca interessi usurari non pregiudichi la facoltà delle parti del rapporto garantito di stipulare una transazione novativa sul rapporto di conto corrente, rimodulando l'importo degli interessi secondo il saggio legale o comunque, a un tasso convenzionale contenuto entro il valore soglia.

Sebbene non manchi autorevole dottrina che propende per l'estensione della nullità del patto usurario all'intero contratto [210], l'opinione prevalente è nel senso che «l'art. 1815, comma 2°, cod. civ., chiaramente limita la nullità alla clausola di interessi» [211]; il superamento del tasso soglia di per sé non importa nullità dell'intero contratto: non sono dovuti interessi, ma per il resto il contratto resta valido.

Secondo una tesi, l'art. 1815 cpv. cod. civ. delinea un'ipotesi di conversione *ex lege* del mutuo oneroso in gratuito [212]; secondo altra opinione, esso configura una forma di nullità *parziale necessaria*, in funzione di conservazione del valore impegnativo dell'atto [213], a protezione del debitore, che diversamente, cioè in caso di estensione della nullità all'intero contratto, si troverebbe obbligato alla restituzione immediata della somma capitale con una sorta di ritorsione della sanzione a suo danno [214]. La previsione

---

[210] Nel senso che la nullità del patto sugli interessi comporta la nullità (per contrarietà al buon costume) dell'intero mutuo, ma la somma «concessa in godimento» sarebbe irripetibile *ex* art 2035 cod. civ. G. DE NOVA, *Il contratto di credito «usurario» (gli aspetti civilistici)*, Relazione al Convegno ITA, 1997, p. 4, cit. da G. OPPO, *Lo squilibrio contrattuale tra diritto civile e diritto penale*, in *Riv. dir. civ*., fasc. 5, pt. I, 1999, p. 542, il quale non condivide la soluzione; D. BUZZELLI, *Mutuo usurario e invalidità del contratto*, cit., p. 67 ss., per il quale la clausola usuraria è essenziale nel credito oneroso.

[211] G. OPPO, *op. loc. ult. cit.*

[212] Per la tesi secondo la quale l'art. 1815, comma secondo, cod. civ. commina la sanzione della conversione *ex lege* del contratto oneroso in gratuito v. G. MERUZZI, *Il contratto usurario tra nullità e rescissione*, cit., p. 483; A. GENTILI, *I contratti usurari: tipologie e rimedi*, cit., p. 369: «la vera specialità della nullità in discorso non è dunque la sua necessaria parzialità, riconducibile ai principi, quanto questa sorta di conversione *ex lege*, in deroga alla regola della parte finale dell'art. 1424 c.c.» del mutuo usurario in gratuito; L. NIVARRA, *Il mutuo civile e l'usura*, cit., p. 26; p. 33.

[213] G. PASSAGNOLI, *Le nullità speciali*, Milano, 1995, p. 229 ss.

[214] In questo senso A. DI AMATO, *Contratto e reato: profili civilistici*, cit. p. 219; A.A. DOLMETTA, *Sul contratto usurario (incidenza della legge penale antiusura sul regime civilistico dell'equilibrio economico)*,



dell'art. 1815 cod. civ. contemplerebbe una nullità circoscritta alla pattuizione sugli interessi, incapace di estendersi all'intero contratto [215], destinato a rimanere in piedi privo della clausola afflitta da nullità a prescindere da un giudizio di prognosi postuma in ordine alla comune intenzione delle parti [216]. Astrattamente, potrebbe anche ipotizzarsi l'operatività del meccanismo di cui all'art. 1339 cod. civ. [217] e dunque, che abbia luogo la sostituzione autoritativa della clausola sugli interessi con la previsione della gratuità del mutuo, contenuta al secondo comma dell'art. 1815 cod. civ., anche se la soluzione preferibile sembra rinvenibile nell'ottica del primo anziché del secondo comma dell'art. 1419 cod. civ. [218] Si tratta, peraltro, di una nullità *assoluta*, a tutela d'interessi di carattere generale afferenti al corretto funzionamento del mercato del credito [219]. Le finalità ascrivibili alla norma appaiono, infatti, molteplici: non solo di protezione del cliente quale operatore debole del mercato [220], ma anche di direzione nonché di repressione [221]: d'incen-

---

cit., p. 83; F. DI MARZIO, *Contratto illecito e disciplina del mercato*, cit., p. 111 ss.; M. RABITTI, *Contratto illecito e norma penale*, cit., p. 258 ss.; G. PASSAGNOLI, *Contratto usurario e sopravvenienza normativa*, cit., *passim*, ma già (prima dell'entrata in vigore della l. 7 marzo 1996, n. 108) M. LIBERTINI, *Interessi*, *Enc. dir*., XXII, Milano, 1972, p. 130 ss. allorché l'art. 1815 cod. civ. ancora disponeva che la pattuizione di interessi usurari fosse sostituita dall'obbligo di versare interessi al saggio legale. In relazione all'art. 1815, secondo comma, cod. civ., di «nullità piegata a scopi di protezione» parla anche G. VILLA, *Contratto e violazione di norme imperative*, cit., p. 153.

[215] In giur., cfr. Cass. civ. [ord.], 9 novembre 2020, n. 24992 cit., che in relazione all'art. 1815, secondo comma, cod. civ. osserva: «il legislatore ha fatto una scelta conservativa – nullità parziale – di tipico genere, cioè ha investito della sanzione civile solo il focolaio di illegittimità – la clausola degli interessi usurari –, e non l'intera conformazione dell'accordo negoziale. E dunque il negozio "resta in piedi"».

[216] Del resto, che l'"usurario" non avrebbe concluso il contratto così «ridotto» appare irrilevante attesa l'illiceità dell'intento. Così G. OPPO, *op. loc. ult. cit.* La conservazione del contratto trova giustificazione sistematica anche alla luce del principio che preclude alla parte che abbia dato causa alla nullità di farla valere contro il soggetto protetto dalla norma violata. Cfr. M. RABITTI, *Contratto illecito e norma penale*, cit., p. 260.

[217] Sembra evocarlo G. OPPO, *op. loc. ult. cit.*, per il quale, se il contratto realizza un interesse illecito, «cade la clausola o previsione che realizza quell'interesse, in applicazione dell'art. 1419 c.c. e, se del caso, dell'art. 1339».

[218] A. GENTILI, *I contratti usurari: tipologie e rimedi*, cit., p. 370, nt. 45.

[219] F. DI MARZIO, *Contratto illecito e disciplina del mercato*, cit., p. 108: «emergono con chiarezza gli interessi tutelati: non soltanto la libertà contrattuale della parte debole, ma più in generale il corretto svolgimento delle relazioni economiche nel mercato del credito e la tutela, al suo interno, delle soggettività più deboli».

[220] «Che la difesa dell'usurato sia tra gli scopi non ha neppure bisogno di essere dimostrato». Così A. GENTILI, *Usura e interessi moratori dal punto di vista della "ratio legis"*, cit., p. 95. La *ratio* sanzionatoria, ma anche di tutela del consumatore sottesa alla norma contenuta al secondo comma dell'art. 1815 cod. civ. emerge con chiarezza dai lavori preparatori e dal dibattito parlamentare che ha preceduto l'emanazione della l. della l. 7 marzo 1996, n. 108. Cfr. G. MERUZZI, *Il contratto usurario tra nullità e rescissione*, cit., p. 476; L. NIVARRA, *Il mutuo civile e l'usura*, cit., p. 32 ss.: l'esigenza di fondo di tutela del mutuatario (il



tivo al corretto svolgimento della concorrenza nel mercato del credito [222]; di deterrenza [223] e sanzionatorie [224].

Sul piano sistematico, il trattamento civilistico dell'usura sembra denotare come la disciplina positiva della nullità sia attraversata dall'esigenza di protezione dei variabili interessi in gioco secondo ragioni operative concrete, non geometrie logiche astratte; la stessa diversità di trattamento riservata dal legislatore al contratto illegale rispetto al contratto illecito, a ben vedere, stride con l'unità logica dell'istituto classico, il quale è andato inesorabilmente incontro a una progressiva frammentazione [225].

A supporto degli argomenti che si sono spesi, giova richiamare l'orientamento della giurisprudenza di legittimità, confermato anche da una recente pronuncia [226], che si è

---

quale, a fronte del rischio di vedersi costretto immediatamente alle restituzioni, potrebbe essere indotto ad astenersi dal denunciare l'usura) si evince anche dal par. 735 della relazione al codice civile.

[221] Cfr. A. GENTILI, *op. loc. ult. cit.*; Id., *I contratti usurari: tipologie e rimedi*, cit., p. 359.

[222] Si vedano i rilievi in proposito di M. SEMERARO, *Usura bancaria e regole del mercato del credito*, cit., p. 217 ss., spec. 119, per la quale le scelte di politica economica e di regolazione che si riflettono nella disciplina antiusura si dirigono alla instaurazione e al mantenimento di un mercato concorrenziale; «l'attuale disciplina antiusura, ove applicata ai rapporti tra istituti di credito e clienti, è anzitutto diretta ad assicurare la tenuta del sistema bancario».

[223] A. GENTILI, *I contratti usurari: tipologie e rimedi*, cit. p. 370: «il rischio della totale perdita degli interessi ha un effetto deterrente capace di scoraggiare il ricorso all'usura».

[224] Il legislatore, disponendo il testo attuale dell'art. 1815, comma 2, cod. civ. ha inasprito l'aspetto sanzionatorio: «Il contratto abusivo è così duramente sanzionato che al profittatore non solo non sono dovuti vantaggi impropri, ma non è dovuto nessun vantaggio. Anzi, attesa la naturale produttività del denaro, è inferto un pregiudizio economico». F. DI MARZIO, *Contratto illecito e disciplina del mercato*, cit., p. 110. Collocano la comminatoria della nullità *ex* art. 1815 cod. civ. nel quadro delle sanzioni civili M. RABITTI, *Contratto illecito e norma* penale, cit., p. 256 ss.; G. Meruzzi, *Usura*, *Contr. impr.*, 1996, fasc. 2, p. 784; G. Bonilini, *La sanzione civile dell'usura*, cit., p. 225; L. FERRONI, *La nuova disciplina civilistica del contratto di mutuo ad interessi usurari*, cit., p. 72 ss. In arg. è d'obbligo il rinvio a F. GALGANO, *Alla ricerca delle sanzioni civili indirette: premesse generali*, *Contr. impr.*, 1987, fasc. 2, p. 531 ss.; N. IRTI, *La nullità come sanzione civile*, cit., p. 541 ss.

[225] Cfr. M. RABITTI, *Contratto illecito e norma penale*, cit., p. 136 ss. e i rilievi in arg. di G. PASSAGNOLI, *Le nullità speciali*, cit., *passim* e spec. p. 27 ss.; 69 ss.

[226] Cfr. Cass. civ., sez. I, 6 giugno 2018, n. 14647, in *Dejure.it.* In senso conforme a Cass. civ., sez. I, 6 giugno 2018, n. 14647, v. Cass. civ., sez. I, 8 febbraio 2016, n. 2413, in *Giust civ. Mass.*, 2016, che ha escluso la nullità di una transazione vertente su un contratto di conto corrente bancario con clausole di commissione di massimo scoperto, di rinvio agli usi su piazza e di anatocismo nulle, non essendo stata allegata alcuna illiceità della causa di quel contratto, né dedotta la sussistenza di un motivo illecito comune alle parti né affermata l'essenzialità di quelle clausole nell'economia del contratto; Cass. civ., sez. I, 11 novembre 2016, n. 23064, in *Mass. Foro it*., 2016, p. 802; Cass. civ., sez. I, 31 maggio 2012, n. 8776 in *Giust. civ. Mass*. 2012, 5, p. 707; *Mass. Foro it.*, 2012, p. 454 ss. Nel senso che l'articolo 1972 cod. civ., comma 1, sancisce la nullità della transazione soltanto se questa abbia ad oggetto un contratto nullo per illiceità della causa o del motivo comune ad entrambe le parti e non quando si tratti di contratto nullo per mancanza di



formato in relazione al caso di transazione [227] sopra un conto corrente recante clausole che prevedano la capitalizzazione trimestrale degli interessi e facciano rinvio agli usi per la determinazione del relativo tasso. Anche da ultimo, la S.C. ha ribadito che: «Poiché, ai sensi dell'art. 1418 cod. civ., comma 2, l'illiceità del contratto consegue soltanto all'illiceità della causa o del motivo comune ad entrambi i contraenti, la dichiarazione di nullità della transazione presuppone un'indagine, da compiersi in relazione all'intero contenuto del contratto sottostante, volta a stabilire se l'assetto d'interessi complessivamente programmato dalle parti si ponga in contrasto con norme imperative […]. L'invalidità di singole clausole contrattuali, a meno che non risultino idonee ad evidenziare l'illiceità della causa o del motivo comune, è invece destinata a tradursi nella nullità dell'intero contratto soltanto ove se ne accerti l'essenzialità rispetto all'assetto d'interessi programmato dalle parti, e comporta non già la nullità, ma l'annullabilità della transazione» [228].

La transazione su conto corrente recante clausole difformi rispetto all'art. 1283 cod. civ. [229] (sul divieto dell'anatocismo) e all'art. 1284 cod. civ. (sull'obbligo di pattuire per iscritto gli interessi) non è affetta da nullità, ai sensi dell'articolo 1972, primo comma, cod. civ. Secondo il condivisibile ragionamento della Suprema Corte, la sola ipotesi in cui può contestarsi la validità della transazione è quella in cui la rilevanza delle singole clausole o della singola parte del contratto affette da nullità sia tale, avuto riguardo alla comune intenzione delle parti, da determinare la nullità dell'intero contratto ai sensi dell'art. 1419 cod. civ. [230] Un riscontro positivo, peraltro, non condurrebbe alla dichiarazione di nullità, bensì all'annullamento della transazione, subordinatamente all'accertamento dell'ignoranza del vizio da parte dell'attore [231].

Seguendo l'*iter* logico tracciato della S.C., nel caso di transazione su conto corrente

---

uno dei requisiti previsti dall'articolo 1325 cod. civ. o per altre ragioni si segnala Cass. civ., sez. II, 27 agosto 1994, n. 7553, *Giur. it.*, 1995, fasc. 1, pt. I, p. 1248.

[227] Con rinuncia da parte della banca a pretendere il pagamento immediato della somma richiesta e a una parte degli interessi; rinuncia da parte del cliente a far valere contestazioni in ordine al calcolo degli interessi anatocistici e ultralegali.

[228] Cass. civ., sez. I, 6 giugno 2018, n. 14647, cit.

[229] Sulla natura, i limiti e l'ambito di applicazione dell'art. 1283 cod. civ. v. A. RICCIO, *L'anatocismo*, Padova, 2002, p. 1 ss.

[230] Conf. Cass. civ., sez. I, 31 maggio 2012, n. 8776, in *Mass. Foro it.*, 2012, 454. In arg. v. G. PONGELLI, *La transazione novativa*, Padova, 2020, p. 81.

[231] In senso critico rispetto a certe soluzioni formalistiche sposate dai giudici di legittimità, ispirate al principio d'inattaccabilità della transazione e di conservazione degli atti giuridici I. RIVA, *La transazione invalida*, cit., p. 102 ss.



con clausola nulla *ex* art. 1815, secondo comma, cod. civ., dovrebbe reputarsi che la transazione sia inattaccabile, trattandosi di nullità *parziale necessaria*.

A diversa conclusione, nel segno dell'automatica nullità della transazione *ex* art. 1972, primo comma, cod. civ., potrebbe giungersi soltanto se si accedesse alla tesi, sostenuta da dottrina autorevole anche se minoritaria, secondo la quale il contratto con interessi usurari è nullo per contrarietà al buon costume [232]. Ovvero potrebbe opinarsi per l'annullabilità della transazione *ex* art 1972, comma secondo, cod. civ. ammettendo che la nullità del patto usurario sia destinata a estendersi all'intero contratto [233], ma ciò con evidente forzatura del dato letterale.

Resta da chiedersi a quale sorte andrebbe incontro una transazione che regoli proprio il rapporto nascente dal patto usurario.

Posto che l'imperatività della norma che, in tema di mutuo, vieta interessi usurari non sembra capace di riflettersi sulla transazione novativa atteso che, per la tipicità della propria causa, essa appare capace di derogare alle norme imperative dettate per altri tipi di contratto, senza con ciò andare automaticamente incontro alla sanzione della nullità [234], bisognerebbe domandarsi, alla luce di Cass. civ., [ord.] 20 aprile 2020, n. 7963, se essa possa essere annullata sul presupposto della ignoranza del contrasto del titolo con la norma imperativa. In questa recente pronuncia, la Corte di Cassazione [235], in relazione a una transazione su contratti di *franchising* nulli per contrarietà a norme *antitrust*, si è infatti espressa nel senso che, allorché la nullità del titolo derivi dall'inosservanza di norme (interne o comunitarie) di natura imperativa, come quelle a tutela della concorrenza, per ciò solo è da escludere che le parti possano affermare di essere "in errore" sulla causa di nullità. In altre parole, i giudici di legittimità hanno escluso la possibilità d'impu-

---

[232] G. DE NOVA, *Il contratto di credito «usurario» (gli aspetti civilistici)*, Relazione dattiloscritta del Convegno ITA, 1997, p. 2 ss., cit. da G. OPPO, *Lo squilibrio contrattuale tra diritto civile e diritto penale*, cit., p. 452. Colloca espressamente il negozio giuridico usurario tra quelli nulli per contrarietà al buon costume il § 138 del BGB: «(1) *Ein Rechtsgeschäft, das gegen die guten Sitten verstößt, ist nichtig*. (2) *Nichtig ist insbesondere ein Rechtsgeschäft, durch das jemand unter Ausbeutung der Zwangslage, der Unerfahrenheit, des Mangels an Urteilsvermögen oder der erheblichen Willensschwäche eines anderen sich oder einem Dritten für eine Leistung Vermögensvorteile versprechen oder gewähren lässt, die in einem auffälligen Missverhältnis zu der Leistung stehen*». Proprio la clausola generale contenuta nella suddetta previsione del codice tedesco ha consentito di sviluppare, in Germania, una «incisiva strategia di controllo sulla determinazione della misura degli interessi convenzionalmente stabiliti». Cfr. B. INZITARI, *La moneta*, *Tratt. dir. comm. e dir. pubb. econ*., diretto da F. Galgano, VI, Padova, 1983, p. 287 ss.

[233] D. BUZZELLI, *Mutuo usurario e invalidità del contratto*, cit., p. 67 ss.

[234] Cfr. M. FRANZONI, *La transazione*, Padova, 2001, p. 427.

[235] Cass. civ., Sez. III, [ord.] 20 aprile 2020, n., 7963, cit.



gnare *ex* art. 1972, comma secondo, cod. civ. una transazione (novativa) su titolo illegale sul rilievo che le parti non possono ignorare il vizio del titolo che consista nella violazione di una norma imperativa. La previsione di cui all'art. 1972, comma 2, cod. civ. implicherebbe una deroga al principio generale che esclude l'annullamento della transazione per errore di diritto (art. 1969 cod. civ.), attribuendo rilevanza all'errore sui presupposti del contratto in via del tutto eccezionale [236]. L'annullamento della transazione

[236] Il problema del rapporto tra l'art. 1972, secondo comma, cod. civ. e l'art. 1969 cod. civ. è solo uno dei tanti scaturiti nella interpretazione dell'art. 1972 cod. civ. (per un inquadramento delle principali questioni v. A ZACCARIA, *sub* art. 1972, *Commentario breve al codice civile*, a cura di M. CIAN-A. TRABUCCHI, Padova, 2020, p. 2118 ss.; E. MINERVINI, *Della transazione*, in G. PERLINGIERI (a cura di), *Codice civile annotato con la dottrina e la giurisprudenza*, Libro IV, t. II (artt. 1537-2059), III ed., Napoli, 2010, p. 2366 ss.). A tacere del problema riguardante la distinzione tra transazione novativa e conservativa, dirimente ai fini dell'applicazione dell'art. 1972 cod. civ. (nel senso che l'art. 1972, comma secondo, cod. civ. si riferisce alla sola transazione novativa F. SANTORO PASSARELLI, *La transazione*, Napoli, 1986, p. 164 ss.; M. FRANZONI, *op. ult. cit*., p. 349 ss.; M. SEGNI, *Natura della transazione e disciplina dell'errore e della risoluzione*, *Riv. dir. civ*., 1982, fasc. 3, pt. I, p. 287; L.V. MOSCARINI-N. CORBO, *Transazione*, I, *Diritto civile*, in *Enc. giur.*, XXXVI, Roma, 1994, p. 14; G. PONGELLI, *La transazione novativa*, cit., *passim*, spec. p. 65 ss.; I. PICCIANO, *Transazione semplice e novativa: brevi note in tema di nullità della* «prior obligatio», *Riv. dir. civ*., 1999, fasc. 3, pt. II, p. 435 ss.; G. GENNARI, *La transazione novativa*, *Obbl. contr.*, 2007, fasc. 4, p. 335 ss.; Cass. civ., sez. III, 20 aprile 2020, n. 7963, cit.; App. Genova, sez. III, 21 ottobre 2020, n. 978 in *Dejure.it*, per cui la transazione novativa su un titolo nullo è nulla se relativa a un contratto illecito ed è invece annullabile negli altri casi su istanza della parte che ha ignorato la causa d'invalidità (comma 2); la transazione conservativa, riguardante l'esecuzione o gli effetti di un negozio nullo, è invece sempre affetta da nullità, ancorché le parti ne abbiano trattato, perché regola il rapporto congiuntamente al titolo contrattuale invalido) è sorto contrasto d'opinioni sulla natura dell'errore contemplato dall'art. 1972, secondo comma, cod. civ.: secondo una tesi si tratta di errore sui motivi (in tal senso v. M. FRANZONI, *op. ult. cit*., p. 326 e già F. SANTORO PASSARELLI, *La transazione*, cit., p. 148; p. 165) secondo altri di errore sull'oggetto della transazione (cfr. M. SEGNI, *Natura della transazione e disciplina dell'errore e della risoluzione*, cit., p. 288; I. RIVA, *La transazione invalida*, Padova, 2012, p. 89; p. 107: «L'ignoranza dell'invalidità del titolo sul quale si è transatto si risolve in una falsa rappresentazione sull'oggetto del contratto di transazione, determinante del consenso»). Discussa è, poi, la rilevanza dell'errore di fatto (in senso favorevole, purché concerna punti non controversi M. FRANZONI, *op. ult. cit*., p. 334 ss.; p. 375; E. DEL PRATO, *La transazione*, Milano, 1992, p. 92 ss.). E ancora: si dubita dell'applicabilità della norma del primo comma dell'art. 1972 cod. civ. alle transazioni su atti o fatti illeciti diversi dal contratto costitutivi della situazione coinvolta nella controversia (per la soluzione positiva v. F. SANTORO PASSARELLI, *La transazione*, cit., p. 166; F. CARRESI, *Transazione (diritto vigente)*, *Noviss. Dig. it.*, XIX, Torino, 1973, p. 213; M. GIORGIANNI, *In tema di transazione su «titolo nullo»*, *Giur. compl. cass. civ.*, 1947, p. 441 ss.; G. GITTI, *La transazione*, in E. GABRIELLI-F.P. LUISO (a cura di), *I contratti di composizione delle liti*, *Tratt. dei contratti*, diretto da P. Rescigno ed E. Gabrielli, IV, Torino, 2005, p. 137, nt. 162; E. MINERVINI, *Della transazione*, cit., p. 2367; E. DEL PRATO, *La transazione*, cit., p. 106; E. INDRACCOLO, sub *art. 1972*, in D. VALENTINO (a cura di), *Dei singoli contratti*, *Comm. del cod. civ*., diretto da E. Gabrielli, Torino-Milano, 2011, p. 764 ss.; G. PONGELLI, *La transazione novativa*, cit., p. 83. *Contra* App. Genova, 21 febbraio 1957, in *Foro it*., 1957, pt. I, c. 1672 con nota critica di P. SCHLESINGER) nonché della sorte di una transazione sopra un titolo inesistente, annullato, risolto o rescisso al momento dell'accordo transattivo ovvero solo successivamente venuto meno per annullamento, risoluzione ecc. (in senso favorevole, F. CARRESI, *Transazione (diritto vigente)*, cit., p. 502; L.



novativa *ex* art. 1972, comma secondo, cod. civ. sarebbe possibile soltanto sul presupposto di un errore incolpevole, scusabile, inevitabile con l'ordinaria diligenza: presupporrebbe una ignoranza incolpevole, l'esistenza di un legittimo affidamento da tutelare in capo alla parte eccipiente e nel caso di transazione su titolo in contrasto con norma imperativa, sarebbe da escludere in radice che i transigenti possano ignorare la causa d'invalidità.

Pur volendo attribuire rilievo, ai sensi e agli effetti della citata disposizione, non alla ignoranza in sé [237], ma soltanto all'ignoranza incolpevole, con riguardo all'ipotesi di transazione su patto usurario, sembra di poter osservare come un errore sul superamento del tasso-soglia da parte del cliente (contraente meno esperto rispetto all'istituto di credito) potrebbe facilmente apparire scusabile data la complessità delle operazioni di calcolo del tasso usurario. Si tratterebbe di un errore di diritto sulla esatta portata del precetto normativo [238] che sanziona con la nullità la pattuizione d'interessi che superino il tasso usurario. Il punto è che la soglia legale non riguarda i soli interessi, ma l'intero aggregato di costi collegati al credito, dovendosi avere riguardo agli elementi che compongono il TEG; soprattutto, perimetrare il costo complessivo del credito nonché individuare la formula per il computo di tale voce [239] si è rivelato assai problematico [240].

LAUDISA, *La contestazione della transazione*, *Riv. trim. dir. proc. civ.*, 1990, fasc. 2, p. 437-438: «La disciplina relativa alla nullità del titolo, in quanto espressione di un principio generale, si applica anche al caso di successiva scoperta di una causa di annullabilità e a quello di risoluzione del rapporto per causa ignota all'altra parte». Per M. FRANZONI, *op. ult. cit*., p. 339-340, ferma la stretta tassatività delle ipotesi di cui agli artt. 1969, 1972 co. 2°, 1973, 1974, 1975, co. 2, se il titolo è stato annullato, risolto oppure revocato con effetto verso i terzi, le suddette norme consentono d'impugnare la transazione. *Contra* S. D'ANDREA, *Transazione su titolo nullo*, *Riv. dir. civ*., 1998, fasc. 5, pt. I, p. 620 ss.; E. Indraccolo, sub *art. 1972*, cit., p. 771; L.V. MOSCARINI-N. CORBO, *Transazione*, cit., p. 15. Nel senso che l'annullabilità del titolo non reagisce sulla validità della transazione, ma alla nullità è equiparabile l'inesistenza del titolo F. SANTORO PASSARELLI, *La transazione*, cit., p. 281, testo e nt. 16; p. 168; E. MINERVINI, *Della transazione*, cit., p. 2367; P. D'ONOFRIO, *Della transazione*, in *Comm. del Codice Civile*, a cura di A. Scialoja e G. Branca, Bologna-Roma, 1974, p. 272, per il quale la norma non può trovare applicazione nel caso di contratto annullabile, ma è estensibile all'ipotesi d'inesistenza del titolo. E. DEL PRATO, *La transazione*, cit., p. 107, esclude l'applicabilità in via analogica dell'art. 1972 comma 2, cod. civ. all'ignoranza dell'annullabilità del titolo, ma equipara alla nullità sia l'inesistenza del titolo sia «l'avvenuto annullamento od altre cause di inefficacia vittoriosamente fatte valere prima della transazione».

[237] Nel senso che a rilevare sia l'ignoranza della nullità come dato obiettivo senza che sia imposto uno specifico obbligo di diligenza App. Genova, 4 febbraio 1987, in *Foro pad*., 1987, I, c. 241.

[238] Nel senso che costituisce errore di diritto la inesatta percezione della portata di un precetto normativo CdS, Sez. IV, 6 giugno 2001, n. 3045, in *Foro Amm*., 2001, c. 1489 (s.m).

[239] Sul punto, in prospettiva *de iure condendo*, v. L. MORISI, *Crisi dell'usura pecuniaria e prospettive di riforma*, cit., p. 1416 ss.

[240] Cfr. G. D'AMICO, *Interessi usurari e contratti bancari*, in ID., *Gli interessi usurari. Quattro voci su un tema controverso*, cit., p. 47 ss.; C. COLOMBO, *Gli interessi nei contratti bancari*, in E. CAPOBIANCO (a



Crediamo che basti evocare la *querelle* che ha riguardato l'assoggettamento degli interessi di mora alla disciplina antiusura [241], sulla quale di recente sono intervenute le Sezioni Unite [242], oppure la questione che si è posta, in passato, in relazione alla rilevanza

cura di), *I contratti bancari*, Milano, 2021, p. 740, il quale osserva: «le questioni inerenti agli oneri da includersi o meno nel calcolo dei TEGM sono state caratterizzate, e tuttora in buona parte lo sono, da estrema vischiosità e da numerose incertezze, rilevandosi – in materia – una notevole divergenza di valutazioni da parte, da un lato della Banca d'Italia, e dall'altro della giurisprudenza». Nel complesso, appare evidente che «la linea che divide ciò che è costo da ciò che non lo è ha subito un progressivo spostamento verso l'alto». Così M. SEMERARO, *Usura bancaria e regole del mercato del credito*, cit., p. 228. Proprio l'espansione, nel tempo, della nozione di «interessi», dovuta a quella giurisprudenza che ha incluso sempre nuove voci nel calcolo della soglia d'usura, restituisce l'«impressione che sia inarrestabile lo sbilanciamento della disciplina a favore del mutuatario». Cfr. L. NIVARRA, *Il mutuo civile e l'usura*, cit., p. 31.

[241] Su cui possono vedersi G. D'AMICO, *Interessi usurari e contratti bancari*, in ID. (a cura di), *Gli interessi usurari. Quattro voci su un tema controverso*, cit., p. 19 ss.; F. VOLPE, *Interessi moratori e usura. Spigolature sul mercato del credito*, in C. CICERO-G. PERLINGIERI (a cura di), Liber amicorum *per Bruno Troisi*, Napoli, 2017, t. II, p. 1455 ss.; C. ROBUSTELLA, *Usura bancaria e determinazione del "tasso soglia"*, Bari (Cacucci Editore), 2017, p. 163 ss.; P. DAGNA, *Profili civilistici dell'usura*, cit., p. 127 ss.

[242] Le Sezioni Unite hanno sposato la tesi della rilevanza usuraria degli interessi moratori. Cfr. Cass., sez. un., 7 luglio 2020, n. 19597, pubblicata e commentata su numerose riviste, tra le quali: *Foro it*., 2021, pt. I, p. 565, con nota di A. PALMIERI; *Danno resp*., 2021, fasc. 2, p. 207 ss., con nota di M. SCOTTO DI CARLO, *Le Sezioni unite sull'applicazione della disciplina antiusura agli interessi moratori: luci e ombre*; *Nuova giur. civ. comm*, 2021, p. 39, con nota di L. MORISI, *Usura e interessi di mora:* in medio stat virtus*?*; *Giur. it*., 2021, fasc. 6, p. 1395 (m), con nota di B. PETRAZZINI, *Interessi moratori e usura: l'intervento delle Sezioni unite*; *Europa dir. priv*., 2021, fasc. 2, p. 349 ss., con nota di V. D'ALESSANDRO, *Sulla usurarietà degli interessi moratori.* Reputa la soluzione della S.C. condivisibile, ma l'argomentazione non convincente A. GENTILI, *Usura e interessi moratori dal punto di vista della "ratio legis"*, in *Rivista di diritto bancario*, 2021, fasc. 1, pt. II, p. 93 ss. Evidenzia come dalla pronuncia *de qua* potrebbe scaturire l'esigenza di un nuovo esame della questione A. DIDONE, *Le Sezioni Unite e l'"usura degli interessi moratori". Spunti critici*, *ibidem*, p. 107 ss. In senso conforme si segnalano, tra le altre, Cass., 13 settembre 2019, n. 22890; Cass., 3 settembre 2019, n. 21976 e Cass. 28 giugno 2019, n. 17447, tutte e tre in *Dejure.it*; Cass. 30 ottobre 2018, n. 27442, in *Corr. giur.*, 2019, p. 153 ss., con nota di G. GUIZZI, *La Cassazione e l'usura… per fatto del debitore. ("Aberrazioni" giurisprudenziali in tema interessi moratori e usura)* e *Banca borsa*, 2019, p. 1 s., con nota di P.L. FAUSTI, *Luci e ombre sugli interessi moratori: tra decisioni e novità normative*, e con nota di L. PASCUCCI, *Interessi moratori e usura: interpretazione abrogante dell'art. 1815, comma 2, c.c. in una recente decisione della Suprema Corte*; Cass. 30 novembre 2017, n. 28836, *Dejure.it*. Storicamente, in senso contrario all'inclusione degli interessi di mora nel computo del TEG l'ABF. Cfr., *ex aliis*, Abf coll. Coord., 10 gennaio 2014, n. 77, in *Riv. dir. comm*., 2014, p. 275 ss.; Abf coll. coord., 28 marzo 2014, n. 1875, *Nuova giur. civ. comm*., 2014, 928 s., con nota di M.N. MIZZAU, *La riduzione equitativa degli interessi moratori sproporzionati*; Abf. coll. coord. 30 aprile 2014, n. 2666, *ibidem*, p. 482 s., con nota di F. VOLPE, *Usura e interessi moratori nel linguaggio dell'Arbitro Bancario e Finanziario*; Abf. coll. coord. 24 giugno 2014, n. 3955, *Contr*., 2015, p. 257 s., con nota di G. COLANGELO, *Interessi moratori. Divergenze tra ABF e Corte UE, Corte costituzionale e Cassazione*. A proposito dell'orientamento dell'Arbitro bancario e finanziario cfr. F. PIRAINO, *Usura e intressi*, in G. D'AMICO (a cura di), *Gli interessi usurari. Quattro voci su un tema controverso*, cit., p. 171 ss. In dottrina, per la rilevanza usuraria degli interessi moratori, *ex aliis*, L. PASCUCCI, *Usura e oneri eventuali*, Torino, 2019, p. 60 ss.; ID., *Interessi moratori e usura*, *interpretazione abrogante dell'art. 1815, comma 2, c.c. in una recete decisione della Suprema Cor-*



della commissione di massimo scoperto ai fini dell'accertamento del carattere usurario del tasso d'interesse praticato dagli istituti di credito [243] per convincersi di come possa essere facilmente scusabile l'errore di diritto (del cliente) che consista nell'inesatta percezione della portata della norma antiusura.

Non sembra, dunque, che l'impugnabilità in base all'art. 1972, secondo comma, cod. civ. di una transazione su patto usurario possa negarsi *a priori* sul mero assunto sintetizzabile nel brocardo «*ignorantia legis non excusat*», fermo restando che l'accordo sarebbe inattaccabile ove l'errore di diritto involga il *caput controversum* [244]. Non potrebbe, peraltro, escludersi che la transazione che dovesse regolare in via esclusiva il rapporto scaturente dal patto usurario possa cadere sotto la scure dell'art. 1344 cod. civ. ed essere dichiarata nulla siccome posta in essere con l'intento di rimuovere i profili di illegalità del titolo, eludendo l'applicazione della norma imperativa dell'art. 1815, secondo comma, cod. civ. Una transazione che risulti stipulata non già per superare una lite bensì per aggirare l'applicazione di una norma imperativa sarebbe, infatti, illecita [245].

---

te, in *Banca borsa,* 2019, p. 43 ss.; N. RIZZO, *Gli interessi moratori usurari nella teoria delle obbligazioni pecuniarie*, in *Banca borsa*, 2018, fasc. 3, pt. I, p. 363 ss.; G. D'AMICO, *Interessi usurari e contratti bancari*, in ID. (a cura di), *Gli interessi usurari. Quattro voci su un tema controverso*, cit., p. 1 s.; S. PAGLIANTINI, *Spigolature su di un* idolum fori: *la c.d. usura legale del nuovo art. 1284*, *ibidem*, p. 72 ss.; F. PIRAINO, *Usura e interessi*, *ibidem*, p. 192 ss.; L. NIVARRA, *Il mutuo civile e l'usura*, cit., p 29 ss.; A. ZOPPINI, *La pena contrattuale*, Milano, 1991, p. 247 ss.; A. LAMORGESE, *Interessi moratori e usura*, *Corr. giur*., 2001, fasc. 8, p. 1086; B. INZITARI, *La moneta*, cit., p. 216 ss.; M. LIBERTINI, *Interessi*, cit., p. 126; Per l'opinione contraria si segnalano invece M. SEMERARO, *Usura bancaria e regole del mercato del credito*, cit., p. 229; C. COLOMBO, *Gli interessi nei contratti bancari*, Roma, 2014, p. 110 ss.; G. FAUCEGLIA, *sub* art. 1815, in D. VALENTINO (a cura di), *Dei singoli contratti*, *Comm. del cod. civ.*, diretto da E. GABRIELLI, Torino-Milano, 2011, p. 189 ss.; G. PASSAGNOLI, *Il contratto usurario tra interpretazione giurisprudenziale ed interpretazione «autentica»*, in *Squilibrio e usura nei contratti*, a cura di G. VETTORI, Padova, 2002, t. 1, p. 74 ss.; A.A. DOLMETTA, *Le prime sentenze della Cassazione civile in materia di usura* ex lege *n. 108/1996*, *Banca borsa*, 2000, p. 627; G. OPPO, *Lo "squilibrio" contrattuale tra diritto civile e diritto penale*, *Riv. dir. civ*., 1999, p. 534; E. QUADRI, *Usura e legislazione civile*, in *Corr. giur*., 1999, fasc. 7, p. 894 ss.; O.T. SCOZZAFAVA, *Gli interessi monetari*, Napoli, 1984, p. 212.

[243] Su cui ci si limita a richiamare P. FERRO-LUZZI, *Ci risiamo (a proposito dell'usura e della commissione di massimo scoperto)*, *Giur. comm.*, 2006, fasc. 5, pt. I, p. 671 ss.; M. DE POLI, *Costo del denaro, commissione di massimo scoperto ed usura*, *Nuova giur. civ. comm.*, 2008, fasc. 10, pt. II, p. 351 ss.; P. DAGNA, *Profili civilistici dell'usura*, cit., p. 395 ss.; G. FICHERA, *Gli interessi usurari*, *Il libro dell'anno del diritto*, 2019, Roma, 2019, p. 39 ss.

[244] Cfr. CdS, Sez. IV, 6 giugno 2001, 3045, cit., 1489 ss.

[245] Cfr. M. FRANZONI, *op. ult. cit.*, p. 427-428: «Occorrerà valutare con attenzione l'intento perseguito dalle parti, poiché accanto alla nullità per violazione di norme c'è anche la figura della nullità per frode alla legge dell'art. 1344 c.c.». E. DEL PRATO, *La transazione*, cit., p. 83; p. 90; F. SANTORO PASSARELLI, *La transazione*, cit., p. 240: la transazione è *in fraudem legis* quando «l'elusione della norma cogente sta nel risultato pratico che, attraverso gli effetti del contratto posso in essere, viene *obliquo modo* a prodursi, se-



6. – Le riflessioni sin qui condotte crediamo abbiano offerto sufficienti argomenti per concludere nel senso che il garante può opporre al beneficiario la nullità del patto usurario giacché il contratto autonomo di garanzia, per quanto capace di porsi come fonte di un impegno negoziale indipendente, non può tendere a procurare al creditore garantito una utilità materiale in contrasto con una norma imperativa di ordine pubblico qual è quella contenuta all'art. 1815, secondo comma, cod. civ.

Gli effetti del patto usurario potrebbero essere, in certa misura, "recuperati" attraverso una transazione novativa, anche se un accordo transattivo che dovesse regolare in via esclusiva il rapporto derivante dal patto usurario rischierebbe di andare incontro alla declaratoria di nullità *ex* art. 1344 cod. civ.: giammai potrebbe costituire lo strumento per conseguire *obliquo modo* il risultato vietato dalla norma imperativa dettata in tema di mutuo.

Su un piano più generale, l'indagine che si è affidata a queste pagine lascia emergere, per un verso, come le istanze di protezione del patrimonio dell'usurato, di repressione e di direzione del mercato finanziario sottese alla disciplina dell'usura siano destinate a combinarsi con l'esigenza di favorire la certezza dei traffici giuridici, la sicurezza degli scambi e la spedita circolazione del denaro; per altro, come nella contrattazione d'impresa e nella prassi bancaria il contratto autonomo continui a stagliarsi come modello di garanzia personale atipica tanto paradigmatico quanto controverso [246].

---

condo la previsione e volontà delle parti»; p. 309. Da ultimo, proprio all'art. 1344 cod. civ. ha fatto riferimento Cass. civ., sez. lav., 14 ottobre 2020, n. 22213, in *Riv. it. dir. lav.*, 2021, fasc. 1, pt. II, p. 44 ss., secondo cui è nulla siccome in frode alla legge la transazione novativa posta in essere con l'intento di cancellare gli eventuali profili di illegittimità dell'apposizione di un termine ai precedenti rapporti di lavoro.

[246] A distanza di un trentennio, suonano quanto mai attuali le parole di E. NAVARRETTA, *Causalità e sanzione degli abusi nel contratto autonomo di garanzia*, cit., p. 329: «Il contratto autonomo di garanzia benché materiale non più magmatico ma tema ampiamente analizzato, non si configura come argomento definitivamente risolto e fossilizzato nella originaria impostazione, bensì si presta ad ulteriori indagini volte ad utilizzare l'intero potenziale normativo del nostro ordinamento».

Al fine di ampliare il ventaglio degli strumenti a servizio di privati e imprese per agevolare l'accesso al credito è stato, peraltro, avviato un progetto di riforma riguardante modelli atipici di garanzia del credito sia reali sia personali diffusi nell'uso bancario e finanziario e *in primis*, la garanzia autonoma. Il disegno di legge delega del 19 marzo 2019, n. 1151 prevede, infatti, tra l'altro: «*la revisione e integrazione del codice civile, nel rispetto dei seguenti princìpi e criteri direttivi: […] o) disciplinare nuove forme di garanzia del credito, anche in considerazione delle prassi contrattuali consolidatesi nell'uso bancario e finanziario*» (art. 1). Il gruppo di studio dell'Associazione "Civilisti Italiani" propone d'intervenire sul codice civile inserendo, nel titolo III (*Dei singoli contratti*) del libro IV del codice civile, il capo XXII-*bis*. Quest'ultimo dovrebbe intitolarsi «*Contratto autonomo di garanzia*» e recare, agli artt. 1957-*bis* – 1957-*duodecies*, articolate previsioni su: nozione, forma del contratto, oggetto della garanzia, regime delle eccezioni, procedura di escussione, obblighi del garante autonomo, obblighi del creditore, obblighi del debitore ecc. Particolarmente interessante è la proposta definitoria: «Art. 1957-*bis. Nozione.* È garante autonomo colui che si obbliga al pagamento di una determinata somma di denaro o ad eseguire un'altra prestazione a vantaggio del



Non solo persistono zone d'ombra intorno al nodo delle eccezioni opponibili, ma si continua financo a revocare in dubbio la validità del contratto autonomo di garanzia [247] nonché a dibattere sui rapporti tra garanzia autonoma e fideiussione, dubitando dell'idoneità della presenza di una clausola «a prima richiesta» a rendere di per sé autonoma la garanzia [248] nel solco di una *querelle* risalente, che ha visto la dottrina prevalentemente orientata a sostenere l'opportunità di un'indagine articolata [249] e la giurisprudenza, negli anni, incline ad accogliere soluzioni non sempre conformi [250].

---

creditore, allo scopo di sollevarlo dal rischio dell'inadempimento da parte del debitore» (comma 1). Art. 1957-*ter*: [Il contratto] Deve contenere la rinuncia espressa del garante autonomo a sollevare eccezioni sulla esecuzione o sulla validità del rapporto garantito» (comma 2), ma anche la previsione suggerita a chiusura del plesso di norme: il testo dell'art. 1957-*duodecies* reciterebbe: «*Rinvio alle norme sulla fideiussione.* Per quanto non è espressamente previsto da questo capo si osservano le norme sulla fideiussione, in quanto compatibili ed esclusa in ogni caso l'applicazione degli articoli 1939, 1941, 1942, 1944 e 1945». Cfr. in arg. G. STELLA, *Revisione e integrazione del codice civile sulle nuove forme di garanzie del credito*, [in corso di pubblicazione].

[247] S. D'ANDREA, *Immeritevolezza e illiceità in astratto dei contratti atipici*, cit., p. 465 ss.

[248] «Se infatti tutti i contratti autonomi di garanzia contengono clausole di pagamento "a prima richiesta" (o equivalenti), non sempre è vero il contrario: e cioè, non tutti i contratti a cui è apposta tale clausola sono per ciò stesso contratti autonomi». Cfr. M. ZANA, *Fideiussione e contratto autonomo di garanzia*, cit., p. 603, il quale dà conto della copiosa giurisprudenza in tema.

[249] Per G.B. PORTALE, in *Le garanzie bancarie internazionali (Questioni)*, in *Le garanzie bancarie internazionali*, cit., p. 63 ss. la clausola di pagamento «a prima richiesta» ha «valore di semplice indizio a favore della natura autonoma ("astratta") della garanzia» considerato che, a volte, essa è accompagnata da clausole dal significato opposto. Nel senso invece che, pur non costituendo «prova invincibile o *iuris et de iure* della natura autonoma della garanzia, essa ne costituisce una forte presunzione» tanto che sono rari i casi nei quali, in sua presenza, si è qualificato il contratto in termini di fideiussione a prima richiesta cfr. F. BONELLI, *Le garanzie bancarie «a prima domanda» nel commercio internazionale*, cit., p. 43 ss. Di là dalla presenza della pattuizione, al fine di accertare la natura autonoma della garanzia, deve farsi ricorso a criteri qualificatori ulteriori per P. CORRIAS, *Sugli indici di autonomia delle garanzie personali del credito (l'ipotesi della fideiussione "a prima richiesta")*, cit., p. 354. Sul punto v. pure ID., *Le garanzie bancarie nel commercio internazionale*, *Dir. comm. int*., 1987, p. 127 ss.; p. 151; ID., *La valenza delle clausole "a richiesta" e "senza eccezioni" nella qualificazione dei negozi di garanzia personale del credito*, cit., p. 577 ss. Con parte della giurisprudenza, l'A. considera la clausola "a prima richiesta" «un indice sintomatico non già del contratto autonomo, ma della diversa figura della fideiussione con clausola *solve et repete*» (p. 579); lì dove «forte valenza presuntiva parrebbe, invece, da riconoscere alla clausola "senza eccezioni" oppure, *a fortiori*, alla clausola che contiene entrambe le dizioni "a prima richiesta e senza eccezioni"» (pp. 582-583). Per il valore dirimente della clausola "a prima richiesta e senza eccezioni" Cass. civ. [ord.], sez. III, 22 novembre 2018, n. 30181, in *Giust. civ. Mass*., 2019; Cass. civ., sez. III, 22 novembre 2019, n. 30509, *Giust. civ. Mass*., 2019; App. Napoli, 14 luglio 2020, n. 2596, in *Dejure.it*. Nella giurisprudenza di merito, nel senso che, per distinguere tra semplice fideiussione e contratto autonomo di garanzia non è tanto dirimente la clausola "a prima richiesta", quanto invece quella che esclude la proponibilità delle eccezioni attinenti al rapporto fondamentale, *ex* art. 1945 cod. civ., a es., Trib. Napoli, 1° ottobre 2019, n. 8630, in *Dejure.it*. In dottrina, da più parti si sottolinea «l'esigenza d'indagare la volontà dei contraenti nella costruzione del regolamento contrattuale al fine di valutare se ed in che termini si è inteso escludere la comunicabilità al rap-



porto di garanzia delle eccezioni riguardanti il rapporto base». Così S. MONTICELLI, *Le garanzie autonome*, in L. RUGGERI-ID., *Garanzie personali*, cit., p. 209; analogamente, F. FEZZA, *Le garanzie personali atipiche*, cit., p. 139, p. 156 ss.; F. CAPPAI, *Il contratto autonomo di garanzia nel commercio internazionale*, cit., p. 134. Da ultimo, sul problema qualificatorio torna F. FIORENTINO, *Il labile confine tra fideiussione e garanzia autonoma di fronte alla mala fede del creditore garantito*, cit., p. 144 ss., p. 168 ss., per la quale, al di là dell'impiego congiunto di clausole del tipo "a prima domanda" o "a prima richiesta" e "senza sollevare eccezioni", "senza contestazioni" o altre equipollenti, per decretare la fuoriuscita dal tipo della fideiussione occorre interpretare «l'intero contenuto negoziale in armonia con la logica della causa concreta». Se l'interpretazione del contratto alla stregua dei canoni offerti dagli artt. 1362 ss. cod. civ. può portare a escludere il carattere autonomo della garanzia nonostante la presenza di una clausola "senza eccezioni" (P. CORRIAS, *La valenza delle clausole "a richiesta" e "senza eccezioni" nella qualificazione dei negozi di garanzia personale del credito*, cit., p. 584) d'altra parte, il divieto del garante di sollevare eccezioni relative al rapporto fondamentale potrebbe ricavarsi da quel carattere strutturale proprio della garanzia autonoma rappresentato dall'insensibilità dell'impegno del garante rispetto alle vicende del rapporto garantito anche laddove non sia esplicitamente previsto. In questo senso v. Cass. civ., sez. III, 14 giugno 2016, n. 12152, *Mass*., 2016, 404, per cui la previsione in seno a un contratto autonomo di garanzia della clausola "a prima richiesta e senza eccezioni" fa presumere l'assenza dell'accessorietà della garanzia, ma tale requisito può desumersi, in difetto, anche dal complessivo tenore dell'accordo. Per una rassegna intorno al valore discretivo della clausola di pagamento "a prima richiesta" può vedersi A. BERTOLINI, *Il contratto autonomo di garanzia nell'evoluzione giurisprudenziale*, cit., p. 441 ss.

[250] Un orientamento riconosce, infatti, natura meramente indiziaria alla presenza della clausola "a prima richiesta", escludendo che essa (o altra equivalente) abbia rilievo decisivo ai fini della qualificazione di un negozio come «contratto autonomo di garanzia». Cfr., *ex aliis*, Cass., 17 giugno 2013, n. 15108, in *Foro pad.*, 2013, fasc. 4, pt. I, c. 400 ss., con nota di E. SMANIOTTO, *La Cassazione sulla qualificazione delle polizze fideiussorie: fideiussione o contratto autonomo di garanzia?*; *Urb. app.*, 2014, fasc. 1, p. 32 ss., con nota di G.F. NICODEMO, *Il contratto autonomo di garanzia negli appalti pubblici*; Cass., 12 dicembre 2005, n. 27333, *Giust. civ. Mass.*, 2006, p. 953; Cass., 7 gennaio 2004, n. 52, in *Mass*., 2004; in *Contr.*, 2004, fasc. 10, pt. II, p. 915, con nota di M. PECORARO, Performance bond *e fideiussione*; *Banca borsa*, 2004, pt. II, p. 497, per cui «ai fini della configurabilità di un contratto autonomo di garanzia oppure di un contratto di fideiussione, non è decisivo l'impiego o meno delle espressioni "a semplice richiesta" o "a prima richiesta" del creditore, ma la relazione in cui le parti hanno inteso porre l'obbligazione principale e l'obbligazione di garanzia»; Cass., 4 luglio 2003, n. 10574, in *Mass*., 2003; *Contr*, 2004, fasc. 3, pt. II, p. 271 ss., con nota di N. MONTICELLI, *La tutela* ex *art. 1957 codice civile tra fideiussione, clausola* solve et repete *e garanzia atipica*; *Giust. civ*., 2004, pt. I, p. 103; *Banca borsa*, 2004, pt. II, p. 497 ss.; Cass., 31 luglio 2002, n. 11368, in *Mass*., 2002; *Banca borsa*, 2003, fasc. 3, pt. I, p. 245 ss., con nota di C. FRIGENI, *Alcune nuove pronunce sul contratto autonomo di garanzia*; *Giust. civ*., 2003, pt. I, p. 2838, secondo cui: «la presenza, in seno al tessuto negoziale di un contratto di fideiussione di una clausola del tipo "dietro semplice richiesta", importa la risoluzione, in sede di interpretazione del contratto, di una "*quaestio voluntatis*", ai fini di stabilire se le parti abbiano in effetti inteso, o meno, stipulare un contratto autonomo di garanzia, derogatorio della disciplina di cui all'art. 1957 c.c.». Nella giurisprudenza di merito cfr. Trib. Vicenza, 25 febbraio 2020, n. 419, cit., per cui: «per qualificare un rapporto in termini di contratto autonomo di garanzia non è sufficiente la previsione di una clausola di pagamento a prima richiesta […], occorrendo altri indici che attestino la volontà delle parti di rendere l'obbligazione di garanzia autonoma rispetto all'obbligazione garantita ed insensibile alle vicende di questa»; Trib. Napoli, 1° ottobre 2019, n. 8630, cit., per cui «non è decisivo l'impiego o meno delle espressioni "a semplice richiesta" o "a prima richiesta" del creditore, ma la relazione in cui le parti hanno inteso porre l'obbligazione principale e l'obbligazione di garanzia»; Trib. Rovereto, 13 settembre 2018, in *Dejure.it*. Secondo un differente indirizzo, la clausola vale, in sé e per sé considerata, a rendere autonoma la garanzia, facendo escludere l'esistenza di una fideiussione. Tra



Un'analisi meditata, tuttavia, rivela come alcuni problemi siano più apparenti che reali [251].

Se si pone mente proprio alla distinzione tra fideiussione e garanzia autonoma appare chiaro come essa non sia dirimente per la soluzione delle questioni applicative: la contrapposizione tra fideiussione e contratto autonomo di garanzia non conduce in modo automatico all'inapplicabilità al secondo di ogni previsione dettata per la prima, ma vale soltanto a escludere l'applicabilità al contratto autonomo di garanzia delle previsioni strettamente fondate sull'accessorietà dello schema fideiussorio [252].

Diretta conferma della fondatezza dell'assunto e dell'opportunità di reimpostare antiche questioni con accresciuta sensibilità alle implicazioni sul piano della disciplina applicabile si trae alla luce di quanto statuito nelle stesse pronunce, in tema di usura, dalle quali si sono prese le mosse. Vale a dire, considerando come la nullità del patto base per illiceità o contrasto con norma imperativa sia idonea a incidere sul rapporto di garanzia, a nulla rilevando che la stessa sia qualificabile in termini di accessorietà o autonomia [253].

---

le altre, v. Cass. 14 febbraio 2007, n. 3257, in *Foro it*., 2007, fasc. 10, pt. I, c. 2810 ss.; Cass., Sez. Un., 18 febbraio 2010, n. 3947, cit., per cui la clausola di pagamento "a prima richiesta e senza eccezioni" vale di per sé a qualificare il negozio come contratto autonomo di garanzia, in quanto incompatibile con il principio di accessorietà che caratterizza il contratto di fideiussione, salvo quando vi sia un'evidente discrasia rispetto all'intero contenuto della convenzione negoziale contratto; Cass. civ., sez. III, 27 settembre 2011 n. 19736, in *Giust. civ*., 2012, fasc. 1, pt. I, p. 60; Cass. 19 febbraio 2019, n. 4717, cit. In senso conforme, reputano la clausola "a prima richiesta e senza eccezioni" incompatibile col principio di accessorietà che caratterizza la fideiussione e di per sé sufficiente per la qualificazione del contratto in termini di garanzia autonoma Trib. Roma, 11 settembre 2019, n. 17208; Trib. Siena, 28 gennaio 2019, n. 116; Trib. Torino, 8 gennaio 2019, n. 48; Trib. Napoli, 22 gennaio 2019, n. 793; Trib. Trieste, 21 agosto 2018, n. 526; Trib. Roma, 18 luglio 2018, n. 14319; Trib. Biella, 23 maggio 2018, n. 217, tutte in *Dejure.it.*

[251] Cfr. F. ADDIS, *Clausola a "prima richiesta"*, in M. CONFORTINI (a cura di), *Clausole Negoziali*, Torino, 2017, p. 65 ss.

[252] Secondo una tesi, a es., gli artt. 1955, 1956 e 1957 cod. civ., in tema di estinzione della fideiussione, recano disposizioni che non suppongono l'esistenza di un vincolo di accessorietà; di conseguenza, le eccezioni fondate su di essi sarebbero proponibili (dal fideiussore come dal garante autonomo, dunque) a prescindere dalla natura accessoria o autonoma della garanzia. Cfr. F. FIORENTINO, *Il labile confine tra fideiussione e garanzia autonoma di fronte alla mala fede del creditore garantito*, cit., p. 157 ss.

[253] In questo senso cfr. Trib. Cagliari, 15 luglio 2020, n. 1632, cit.

JUS CIVILE



PAOLO DE MARTINIS

Notaio

GLI INTERESSI MERITEVOLI DI TUTELA E L'ART. 2645 TER COD. CIV.

SOMMARIO*: 1. Come nasce la norma dell'art.2645*ter *cod. civ. Una prima lettura. – 2. Gli interessi meritevoli tra etica e diritto. – 3. Il notaio e il giudice: il difficile bilanciamento tra fatto e norma. – 4. Il notaio e il controllo di liceità e di meritevolezza. – 5. Conclusioni.*

1. – L'art. 2645 *ter* cod. civ. che disciplina "gli atti di destinazione" impegna l'interprete a ricavare un significato che collochi il nuovo istituto nel sistema, con chiarezza e senza fraintendimenti circa gli obiettivi che si intende perseguire e ottenere.

"Gli atti in forma pubblica con cui beni immobili o beni mobili iscritti in pubblici registri sono destinati, per un periodo non superiore a novanta anni o per la durata della vita della persona fisica beneficiaria, alla realizzazione di interessi meritevoli di tutela riferibili a persone con disabilità, a pubbliche amministrazioni, o ad altri enti o persone fisiche ai sensi dell'articolo 1322, secondo comma, possono essere trascritti al fine di rendere opponibile ai terzi il vincolo di destinazione; per la realizzazione di tali interessi può agire, oltre al conferente, qualsiasi interessato anche durante la vita del conferente stesso. I beni conferiti e i loro frutti possono essere impiegati solo per la realizzazione del fine di destinazione e possono costituire oggetto di esecuzione, salvo quanto previsto dall'art. 2915, comma 1, solo per debiti contratti per tale scopo".

Il testo dell'art. 2645 *ter* cod. civ. già ad una prima lettura suscita però diversi dubbi interpretativi, relativi soprattutto alla pratica applicazione: la formulazione passa da una prospettazione estremamente generica, ad una normativa che va restringendo il suo campo d'azione. L'ambito soggettivo dei beneficiari, ampio e senza limitazioni, viene infatti circoscritto dalla necessità che gli atti di destinazione siano indirizzati "*alla realizzazione di interessi meritevoli di tutela … ai sensi dell'articolo 1322, secondo comma"*, riproponendo così all'attenzione del giurista il tema dell'autonomia contrattuale che ha impe-



gnato generazioni di studiosi nel tentativo di circoscriverne l'ambito. Nella norma che qui si analizza tuttavia la novità sostanziale è che mentre nell'art. 2645*ter* cod. civ., che impone agli atti di destinazione la forma dell'atto pubblico, il controllo di meritevolezza sembra essere affidato al notaio che ne dovrebbe valutare la trascrivibilità, il secondo comma dell'art. 1322 cod. civ. nel limitare l'autonomia privata nella "creazione" di contratti atipici, affida al giudice il controllo di meritevolezza degli interessi perseguiti. Da qui la grande attenzione che anche la categoria notarile ha dedicato all'esegesi della norma e quindi gli innumerevoli contributi dottrinali che si sono aggiunti a quelli scientifici già numerosi [1].

[1] Senza alcuna pretesa di esaustività e con una particolare attenzione ai contributi focalizzati sul significato di "interessi meritevoli di tutela" all'interno della norma dell'art. 2645*ter* cod. civ., si vedano: AA.VV., *La Trascrizione dell'atto negoziale di destinazione. L'articolo 2645 ter del codice civile*, Milano, 2007; lo Studio n. 357-2012/C del Consiglio Nazionale del Notariato*, Atti di destinazione – Guida alla redazione*, Approvato dalla Commissione Studi Civilistici il 20 luglio 2012 e Approvato dal Consiglio Nazionale il 13 settembre 2012, con interventi vari, tra i quali C. Scognamiglio, M. Bianca, F. Macario e una interessante ampia bibliografia ragionata; AA.VV., *Negozio di destinazione: percorsi verso un'espressione sicura dell'autonomia privata,* in *Quad. Fondazione del Notariato*, Milano, 2007; AMADIO, *Atti di destinazione patrimoniale e meritevolezza degli interessi*, in *L'immobile e l'impresa*, a cura di Vinci e Volpe, Milano 2013, 87; ANZANI, *Atti di destinazione patrimoniale; qualche riflessione alla luce dell'articolo 2645 ter cod. civ.,* in *Nuova giur. civ. comm.,*2007, II, 398; Astone, *Destinazione di beni allo scopo. Fattispecie ed effetti*, Milano, 2010; BALLERINI, *Effettività e «meritevolezza» nell'art. 2645-ter c.c.,* nota a Trib. Trieste 22 aprile 2015, in *Giur. it.,* 2015, 1354; BARALIS, *Prime riflessioni in tema di articolo 2645 ter c.c*., in *Negozio di Destinazione: percorsi verso un'espressione sicura dell'autonomia privata*, Milano, 2007; BARTOLI, *Riflessioni sul nuovo articolo 2645 ter c.c. e sul rapporto tra negozio di destinazione di diritto interno e trust*, in *Giur. it.,* 2007, 1301; ID., *Considerazioni generali*, in Bartoli-Muritano-Romano, *Trust e atto di destinazione nelle successioni e donazioni*, Milano 2014, 62 ss.; ID., *L'atto di destinazione ex art. 2645-ter c.c. e il trust*, in *Trust e atto di destinazione nel diritto di famiglia e delle persone*, Milano 2011, 160; BELLINVIA, *Destinazione non traslativa e meritevolezza dell'interesse familiare*, nota a Trib. Reggio Emilia 12 maggio 2014, in *Riv. not.,* 2014, 1263; BENNI DE SENA, *Atti di destinazione patrimoniale ex art. 2645-ter c.c. e interessi familiari meritevoli di tutela,* nota a Trib. Reggio Emilia 10 marzo 2015, in *Famiglia e dir.*, 2015, 902; M. BIANCA, *L'atto di destinazione: problemi applicativi*, in *Riv. not*., 2006, II, 1183; ID., *Il nuovo articolo 2645 ter. Notazioni a margine di un provvedimento del Giudice tavolare di Trieste,* in *Giust. civ*., 2006, II, 190; ID., voce *Vincoli di destinazione del patrimonio*, in *Enc. giur. Treccani*, XV, Roma, 2007; ID., *Atto negoziale di destinazione e separazione*, in *Riv. dir. civ.,* 2007, 209; ID., *Alcune riflessioni sul concetto di meritevolezza degli interessi*, in *Riv. dir. civ*., 2011, 1, 808; BULLO, *Separazioni patrimoniali e trascrizione: nuove sfide per la pubblicità immobiliare*, Padova 2012, p. 55 ss.; CEOLIN, *Destinazione e vincoli di destinazione nel diritto privato – Dalla destinazione economica all'atto di destinazione ex articolo 2645 ter c.c.*, Padova, 2010; ID., *Il punto sull'articolo 2645-ter a cinque anni dalla sua introduzione*, in *Nuova. giur. civ. comm*., 2011, 358; G. CIAN*, Riflessioni intorno a un nuovo istituto del diritto civile: per una lettura analitica dell'articolo 2645 ter c.c.,* in *Studi in onore di Leopoldo Mazzarolli*, vol. I, Padova, 2007, 81; CINQUE, *L'atto di destinazione per i bisogni della famiglia di fatto: ancora sulla meritevolezza degli interessi ex art. 2645-ter cod. civ.,* nota a Trib. Trieste 19 settembre 2007, in *Nuova giur. civ*., 2008, I, 687; R. CLARIZIA, *L'articolo 2645 ter c.c. e gli interessi meritevoli di tutela*, in *Studi Cian*, Padova, 2010, 548; D'AGOSTINO, *Il negozio di destinazione nel nuovo articolo 2645 ter c.c.,* in *Riv. not*., 2007, 1537; G.



D'AMICO, *La proprietà «destinata»,* in *Riv. dir. civ*. 2014, 536; D'APREA, *Negozi di destinazione: ruolo e responsabilità del notaio*, in *Riv. not.*, 2011, 801; D'ERRICO, *La trascrizione del vincolo di destinazione nell'articolo 2645 ter c.c.: prime riflessioni*, in *La trascrizione dell'atto negoziale di destinazione*, Milano, 2007, p. 121; DI LANDRO, *I vincoli di destinazione ex articolo 2645-ter c.c. Alcune questioni nell'interpretazione di dottrina e giurisprudenza*, in *Riv. dir. civ*., 2014, 727; A. DI MAJO, *Il Vincolo di destinazione tra atto e effetto*, in M Bianca (a cura di) *La trascrizione dell'atto negoziale di destinazione*, Milano, 2007, p. 111; DI RAIMO, *Considerazioni sull'articolo 2645 ter c.c.: destinazione di patrimoni e categorie dell'iniziativa privata*, in *Studi Comporti*, Milano, 2008, II, 1147; FALZEA, *Riflessioni preliminari*, in *La trascrizione dell'atto negoziale di destinazione. L'art. 2645 ter del codice civile,* Milano, 2007; FANTICINI, *L'articolo 2645-ter del codice civile: trascrizione di atti di destinazione per la realizzazione di interessi meritevoli di tutela riferibili a persone con disabilità, a pubbliche amministrazioni, o ad altri enti o persone fisiche*, in AA.VV., *La tutela dei patrimoni*, a cura di Montefameglio, Santarcangelo di Romagna, 2006, 327; ANGELO FEDERICO, *L'interesse alla trascrizione e la pubblicità dell'atto di destinazione*, in *Giust. civ*., 2015, 515; ANDREA FEDERICO, *Interesse familiare e atti di destinazione*, in *Pubblicità degli atti e delle attività,* Napoli 2014, 299; FRANCO, *Il nuovo articolo 2645 ter c.c.*, in *Notariato*, 2006, 318; FUSARO, *Le posizioni dell'accademia nei primi commenti dell'art. 2645 ter c.c.,* in AA.VV., *Negozio di destinazione: percorsi verso un'espressione sicura dell'autonomia privata*, Milano, 2007, p. 30; G. GABRIELLI, *Vincoli di destinazione importanti separazione patrimoniale e pubblicità nei registri immobiliari*, in *Riv. dir. civ*., 2007, 335; GALLUZZO, *Selezione degli «interessi meritevoli di tutela» nell'applicazione dell'art. 2645-ter c.c.*, nota a Trib. Vicenza 31 marzo 2011, in *Corr. giur*., 2012, 397; F. GAZZONI, *Osservazioni sull'articolo 2645-ter c.c*., in *Giust. civ*., II, 2006, 165; ID., *Trattato della trascrizione*, Torino, 2012; A. GEMMA, *Destinazione e finanziamento*, Torino, 2005; A. GENTILI, *Gli atti di destinazione non derogano ai principi della responsabilità patrimoniale,* in *Giur. it.*, 2016, 1, 224; ID., *Le destinazioni patrimoniali atipiche, Esegesi dell'articolo 2645 ter c.c.,* in *Rass. dir. civ.,* 2007, 1; GIGLIOTTI, *Atto di destinazione e interessi meritevoli di tutela*, in *Nuova giur. civ*., 2014, II, 362; GIORGIANNI, *Brevi note in tema di negozio di destinazione e meritevolezza dell'interesse*, nota a Trib. Reggio Emilia 10 marzo 2015, in *Riv. not.,* 2015, 368; GUIZZI, *Le destinazioni patrimoniali e nuovi interessi: il problema della meritevolezza nell'esperienza privatistica*, in *Dir. e giur*., 2011, 350; IEVA, *La trascrizione di atti di destinazione per la realizzazione di interessi meritevoli di tutela riferibili a persone con disabilità, a pubbliche amministrazioni o ad altri enti o persone fisiche (articolo 2645 ter c.c.) in funzione parasuccessoria*, in *Riv. not*. 2007, 1517; INDOLFI, *Attività ed effetto nella destinazione dei beni*, Napoli, 2010; LA PORTA, *L'atto di destinazione di beni trascrivibile ai sensi dell'art. 2645 ter, cod. civ*., in *Atti di destinazione e trust (*a cura di Vettori), Padova, 2008, p. 104; M. LUPOI, *Gli "atti di destinazione" nel nuovo articolo 2645 ter cod. civ. quale frammento di trust*, in *Riv. not*., 2006, p. 467; MANES, *La norma sulla trascrizione di atti di destinazione è dunque norma sugli effetti*, in *Contr. e impr.*, 2006, 626; ID., *Il trust abitativo, l'articolo 2645-ter come norma sugli effetti e prove di un trust giudiziale*, in *Contr. e impr*., 2013, pp. 605; MANULLI, *L'articolo 2645 ter. Riflessioni critiche*, in *Vita not*., 2007, 399; Mastropietro, *Profili dell'atto di destinazione*, in Rass. dir. civ., 2008, 994; ID., *Destinazione di beni ad uno scopo e rapporti gestori*, Napoli, 2011; MEUCCI, *La destinazione di beni tra atto e rimedi*, Milano, 2009; MORACE PINELLI, *Atti di destinazione, trust e responsabilità del debitore,* Milano 2007, 160; ID., *Tipicità dell'atto di destinazione ed alcuni aspetti della sua disciplina,* in *Riv. dir. civ*., 2008, II, 472; NIUTTA, *I patrimoni ed i finanziamenti destinati*, Milano, 2006; M. NUZZO, *Atto di destinazione e interessi meritevoli di tutela*, in *La Trascrizione dell'atto negoziale di destinazione* (a cura di M. Bianca), Milano, 2007, 60; ID., *L'interesse meritevole di tutela tra liceità dell'atto di destinazione e opponibilità dell'effetto della separazione patrimoniale*, in *Famiglia e impresa: strumenti negoziali per la separazione patrimoniale*, a cura della Fondazione italiana per il notariato, Milano 2010, 28; OBERTO, *Atti di destinazione (articolo 2645 ter c.c.) e trust: analogie e differenze*, in *Contratto e impresa Europa*, 2007, 400; OPPO, *Brevi note sulla trascrizione di atti di destinazione (articolo 2645– ter)*, in *Riv. dir. civ.*, 2007, 4; A. ORESTANO, *Atto di destinazione e interessi rilevanti*, in *Studi in onore di A. Palazzo*, vol. 3, Torino, 2009, 611; PALERMO, *Con-*



figurazione dello scopo, opponibilità del vincolo, realizzazione dell'assetto di interessi, in *La trascrizione dell'atto negoziale di destinazione. L'art. 2645 ter del codice civile* (a cura di M. Bianca), Milano, 2007, 78; ID., *Ammissibilità e disciplina del negozio di destinazione*, in *Destinazione di beni allo scopo. Strumenti attuali e tecniche innovative,* Milano, 2003, 24; PASCUCCI*, Meritevolezza degli interessi e controllo notarile*, in *Riv. notarile*, 2012, 199; PATTI*, Gli atti di destinazione e trust nel nuovo articolo 2645 ter c.c.,* in *Vita not*., 2006, 982; G. PERLINGIERI*, Il controllo di meritevolezza degli atti di destinazione ex art. 2645 ter c.c., in Riv. not.,* 2014, 11; PETRELLI, *La trascrizione degli atti di destinazione*, in *Riv. dir. civ.*, 2006, II, 162; ID., *Trust interno, art. 2645 ter c.c. e «trust italiano»,* in *Riv. dir. civ.* 2016, 1, 180; PICCIOTTO, *Orientamenti giurisprudenziali sull'articolo 2645 ter c.c*., in *Atti di destinazione e trust,* Padova, 2008, 297; ID., *Brevi note sull'articolo 2645-ter, il trust e l'araba fenice*, in *Contr. e impr*., 2006, 1316; PRIORE, *L'atto notarile di destinazione. L'articolo 2645 ter c.c.,* Milano, 2006; ID., *Strutturazione e stesura dell'atto negoziale di destinazione*, in AA.VV., *La Trascrizione dell'atto negoziale di destinazione. L'articolo 2645 ter del codice civile, Milano, 2007*, 94; R. QUADRI*, La destinazione patrimoniale*, Napoli, 2004; ID., *L'articolo 2645 ter e la nuova disciplina degli atti di destinazione,* in *Contr. impr.*, 2006, 1720; RISPOLI, *Riflessioni in tema di meritevolezza degli atti di destinazione, in Corr. merito,* 2011, 806; RITUNNO, *L'art. 2645-ter c.c.: tutto ciò che non è vietato è meritevole di tutela?*, in *Riv. notarile*, 2016, 141; P. ROMEO*, Meritevolezza degli interessi e causa destinatoria*, in *Contratti*, 2015, 659; ROSELLI, *Atti di destinazione del patrimonio e tutela del creditore nell'articolo 2645 ter c.c.*, in *Giur. Merito*, suppl. n. 1/2007, 45; ROJAS ELGUETA, *Il rapporto tra l'articolo 2645 ter c.c. e l'articolo 2740 c.c.: un'analisi economica della nuova disciplina*, in *Banca, borsa e tit. di credito*, 2007, 203; SABRINA ROSSI*, Alcune riflessioni sulla nozione di meritevolezza dell'articolo 1322 del codice civile. L'articolo 2645-ter c.c.,* in *Riv. not.*, 2010, 621; ROSSANO, *Trust interno e meritevolezza degli interessi,* nota a Trib. Trieste 19 settembre 2007, in *Notariato*, 2008, 251; RUSSO, *Il negozio di destinazione di beni immobili o di mobili registrati (articolo 2645 ter c.c.),* in *Vita not*., 2006, 1238; ID., *Il negozio di destinazione di beni immobili o di mobili registrati (art. 2645 ter c. c.)*, in *Studi in onore di N. Lipari*, II, Milano, 2008, 2616; SANTAGATA, *Patrimoni destinati e rapporti intergestori*, Torino, 2008; SALAMONE, *Destinazione e pubblicità immobiliare. Prime note sul nuovo articolo 2645 ter c.c*., in *La trascrizione dell'atto negoziale di destinazione,* Milano, 2007, 148; SANTAMARIA, *Il negozio di destinazione*, Milano, 2009; SCADUTO, *Gli interessi meritevoli di tutela: «autonomia privata delle opportunità» o «autonomia privata della solidarietà»*, in *Negozio di destinazione: percorsi verso un'espressione sicura dell'autonomia privata*, a cura della Fondazione italiana per il notariato, Milano 2007, p. 106; SICCHIERO, *Commento all'articolo 2645 ter c.c.*, in *Commentario compatto al codice civile*, Piacenza, 2010, 2666; SPADA, *Articolazione del patrimonio di destinazione iscritta*, in AA.VV., *Negozio di destinazione: percorsi verso un'espressione sicura dell'autonomia privata*, Milano, 2007, 120; STEFINI, *Destinazione patrimoniale ed autonomia negoziale: l'articolo 2645 ter c.c*., Padova, 2010; TONDO, *Appunti sul vincolo di destinazione. L'articolo 2645 ter c.c*., in *Negozio di destinazione: percorsi verso un'espressione sicura dell'autonomia privata*, Milano, 2007, 168; TROIANO, *L'atto negoziale di destinazione: origine dell'istituto e possibili applicazioni in favore di pubbliche amministrazioni,* in *La trascrizione dell'atto negoziale di destinazione*, a cura di M. Bianca, Milano 2007, 159; TUCCI, *Fiducie, trust e atti di destinazione ex art. 2645 ter c. c.,* in *Studi in onore di N. Lipari*, II, Milano, 2008, 2964; VETTORI, *Atto di destinazione e trascrizione. L'articolo 2645 ter,* in AA.VV., *La trascrizione dell'atto negoziale di destinazione. L'art. 2645 ter del codice civile, (*a cura di M. Bianca), 176; ID., *Atti di destinazione e* trust, in AA.VV*., Atti di destinazione e trust (articolo 2645 ter c.c*.) a cura di Vettori, Padova, 2008, 176; ID., *Atto di destinazione e trust: prima lettura dell'articolo 2645 ter*, in *Obbl. contr*., 2006, 779; VIGLIONE, *L'interesse meritevole di tutela negli atti di destinazione,* in *Studium iuris*, 2008, 1055; ZOPPINI*, Destinazione patrimoniale e trust: raffronti e linee per una ricostruzione sistematica,* in *Negozio di destinazione: percorsi verso un'espressione sicura dell'autonomia privata*, Milano, 2006, 340; ID., *Prime (e provvisorie) considerazioni sulla nuova fattispecie, in La trascrizione dell'atto negoziale di destinazione. L'articolo 2645-ter del codice civile*, Milano, 2007.



Per comprendere la *ratio* dell'art. 2645*ter* cod. civ. è necessario analizzare la genesi della norma che è stata inserita dall'articolo 39 *novies* della legge n. 51/2006, in sede di conversione di un decreto "milleproroghe", testo che si richiamava ad iniziative parlamentari risalenti nel tempo. In particolare, il suo più immediato precedente è l'articolo 1, comma 8, poi divenuto – nel testo predisposto in Commissione – articolo 27 del d.d.l. di iniziativa governativa recante il "*Piano di azione per lo sviluppo economico, sociale e territoriale"*, discusso nel corso della XIV Legislatura alla Camera dei Deputati ma non approvato al Senato [2].

Il testo di quella disposizione [3] non qualificava specificamente la figura del beneficiario, indicato genericamente come persona fisica, ma già si leggeva che l'atto di destinazione era subordinato al perseguimento di interessi meritevoli di tutela ai sensi dell'articolo 1322, comma 2, cod. civ. Proprio su quest'ultimo profilo – avvertito come particolarmente insidioso sul piano sistematico [4], sia a causa delle difficoltà di coordinamento

---

[2] Progetto di legge AC-5736 Camera dei Deputati approvato da questo ramo del Parlamento nel mese di luglio 2005.

[3] Ecco il testo: "*Dopo l'articolo 2645 bis del codice civile è inserito il seguente: Articolo 2645 ter (Trascrizione di atti di destinazione) – Gli atti risultanti da atto pubblico, con cui beni immobili o beni mobili iscritti in pubblici registri sono destinati, per un periodo non superiore a novanta anni o per la durata della vita della persona fisica beneficiaria, alla realizzazione di interessi meritevoli di tutela ai sensi dell'articolo 1322, comma 2°, possono essere trascritti al fine di rendere opponibile ai terzi il vincolo di destinazione; per la realizzazione di tali interessi può agire, oltre al conferente, qualsiasi interessato anche durante la vita del conferente stesso. I beni conferiti e i loro frutti possono essere impiegati solo per la realizzazione del fine di destinazione e possono costituire oggetto di esecuzione, salvo quanto previsto dall'articolo 2915, comma 1, solo per debiti contratti per tale scopo*".

[4] Come chiaramente risulta dagli interventi del Presidente della Commissione, On. Gaetano Pecorella, e dell'On. Bonito. Intervento dell'On. Gaetano Pecorella: "*Secondo la dottrina e la giurisprudenza dominanti, il giudizio di meritevolezza di cui al citato articolo 1322 c.c. coincide sostanzialmente con l'accertamento di non contrarietà del negozio realizzato alla legge, all'ordine pubblico e al buon costume e non implica, di conseguenza, alcuna valutazione circa l'utilità sociale dell'atto: è rimasta isolata la pronuncia giurisprudenziale di merito secondo cui, perché gli interessi perseguiti possano essere ritenuti non meritevoli, non è necessario che essi siano contrari a norme imperative, all'ordine pubblico o al buon costume, bensì è sufficiente che non si prestino ad essere armonicamente integrati nella tavola dei valori dell'ordinamento. La norma in esame, inoltre, dispone che per la realizzazione degli interessi perseguiti mediante l'atto di destinazione possa agire tanto il conferente, quanto qualsiasi altro interessato ed attribuisce all'atto medesimo rilevanti effetti, stabilendo che i beni conferiti ed i relativi frutti possono essere impiegati solo per la realizzazione del fine di destinazione e possono costituire oggetto di esecuzione solo per debiti contratti per la realizzazione del medesimo fine (è fatto salvo quanto previsto all'articolo 2915 del codice civile, in base al quale non hanno effetto in pregiudizio del creditore pignorante e dei creditori che intervengono nella esecuzione gli atti che importano, come quelli in esame, vincoli di indisponibilità, se trascritti dopo il pignoramento). La disciplina introdotta mediante il nuovo articolo 2645-ter concernente i beni conferiti (ed i relativi frutti) sembrerebbe modellata su quella di cui agli artt. 168 e ss. del codice civile riguardanti il fondo patrimoniale, anche se, rispetto ad essa, si differenzia per la previsione di una più*



con altre norme, in particolare l'art. 2740 cod. civ., sia a causa del rischio di una utilizzazione non sempre corretta dell'istituto – si erano focalizzate, nel dibattito in Commissione Giustizia, in sede consultiva, le censure di alcuni membri della II Commissione permanente, che aveva espresso parere contrario all'approvazione della disposizione richiamata chiedendone la soppressione [5].

In altri progetti di legge la prospettiva *de iure condendo* guardava ad altri più specifici obiettivi. E così, sempre nel corso della XIV Legislatura, l'art. 1 del d.d.l. n. 3972, presentato alla Camera il 14 maggio 2003, prevedeva la possibilità di istituire un vincolo di destinazione finalizzato, alternativamente "*a favorire l'autosufficienza economica dei soggetti portatori di gravi handicap*" ovvero "*a favorire il mantenimento, l'istruzione e*

---

piena ed efficace garanzia sui beni rispetto agli atti di esecuzione. Infatti mentre l'impignorabilità per debiti contratti per scopi estranei o differenti rispetto a quelli individuati nell'atto di destinazione dei beni (e dei relativi frutti) conferiti ai sensi del nuovo articolo 2645 ter sembrerebbe assoluta, l'articolo 170 assoggetta ad esecuzione i beni del fondo patrimoniale anche per debiti contratti per scopi estranei ai bisogni della famiglia, a condizione che il creditore non sia a conoscenza di tale ultima circostanza. Il coniuge o i coniugi che si oppongono alla esecuzione devono, pertanto, riuscire a provare l'effettiva conoscenza, da parte del creditore esecutante, della estraneità ai bisogni familiari del negozio con cui è stato assunto il debito. In considerazione delle ampie possibilità applicative della norma – il riferimento all'articolo 1322 del codice ne consente l'utilizzo per il perseguimento delle più svariate finalità, purché non illecite – e degli effetti che da un uso strumentale della medesima potrebbero derivare (sottrazione dei beni ai creditori), andrebbe valutata l'opportunità di consentire, analogamente a quanto disposto dall'articolo 171 in materia di fondo patrimoniale, l'esecuzione sui beni anche per debiti contratti per finalità estranee o differenti rispetto a quelle risultanti dall'atto di conferimento, nella ipotesi in cui il creditore non sia a conoscenza di tale ultima circostanza. La disposizione in esame andrebbe, altresì, valutata alla luce del generale principio di cui all'articolo 2740 del codice civile, in virtù del quale il debitore risponde dell'adempimento delle obbligazioni con tutti i suoi beni presenti e futuri; la normativa in esame infatti rischia di compromettere il sistema delle garanzie generali attualmente previste dal codice civile". Per tali ragioni l'On.le Pecorella nelle sue considerazioni propone l'espressione di un parere favorevole a condizione che venga soppresso l'articolo 27. Francesco Bonito (DS-U) osserva come "*la disposizione in questione, che mira a sottrarre all'esecuzione beni mobili registrati ed immobili purché vincolati ad una qualsiasi destinazione, rappresenta una mina al sistema delle garanzie ed all'intero sistema dei contratti come costruito nel codice civile. La previsione per cui il vincolo di destinazione debba essere meritevole di tutela ai sensi dell'articolo 1322 infatti assume carattere eccessivamente generico producendo un ingiustificato pregiudizio alle ragioni dei creditori"*.

[5] Questo il testo del parere sul disegno di legge: «*La II Commissione Permanente (Giustizia), esaminato il nuovo testo in oggetto, valutato che l'articolo 27, che introduce nel codice civile l'articolo 2645 ter, mediante il quale si consente la trascrizione, a fini della opponibilità ai terzi, degli atti con cui beni immobili o beni mobili iscritti in pubblici registri sono sottoposti a vincolo di destinazione per la realizzazione di interessi meritevoli di tutela ai sensi dell'articolo 1322, comma 2, del codice civile, rischia di compromettere il principio di responsabilità patrimoniale del debitore di cui all'articolo 2740 del codice civile; rilevato infatti che il riferimento all'articolo 1322 del codice civile consentirebbe un utilizzo dell'atto di destinazione per il perseguimento delle più svariate finalità, purché non illecite e giuridicamente irrilevanti, con la conseguenza di sottrarre facilmente i beni destinati dalle pretese e dalle azioni creditorie; esprime parere favorevole con la seguente condizione: sia soppresso l'articolo 27*».



il sostegno economico di discendenti". Sulla stessa linea il d.d.l. n. 5414, presentato alla Camera il 10 novembre 2004, prevedeva che l'atto di destinazione dovesse esser vincolato alle finalità di "*favorire l'autosufficienza economica di persona con grave disabilità"*, oppure di "*favorire il mantenimento, l'istruzione e il sostegno economico di discendenti privi di mezzi adeguati di sostentamento*". Nessuno dei due progetti ha assunto la dignità di legge, ma essi – dapprima nel d.d.l. n. 5736, e poi nella l. 23 febbraio 2006, n. 51 – hanno sicuramente ispirato la formulazione dell'art. 2645*ter* cod. civ., seppure con un cambio significativo di *ratio* normativa. Si è passati, infatti, da un sistema in cui la norma tipizzava inequivocabilmente le finalità perseguibili (l'autosufficienza economica dei disabili, il sostegno economico dei discendenti o di taluni di essi), ad un modello di operazione economica in cui l'individuazione delle finalità è lasciata interamente all'autonomia privata, con il solo limite della realizzazione di interessi meritevoli di tutela *ex* art. 1322, secondo comma, cod. civ. Non sfugge che in tutti i suddetti progetti e disegni di legge l'attenzione sia rivolta alla tutela delle persone fisiche più deboli e bisognose di cure, finalità di cui non si può non tener conto nell'interpretazione dell'art. 2645*ter* cod. civ. nell'attuale testo.

Rimane da chiedersi perché mai il legislatore *de iure condendo* sia passato, nel determinarlo, da un'originaria idea di caratterizzazione tipizzata del vincolo di destinazione, ad una di autonomia dei soggetti, ampliando peraltro anche l'ambito dei soggetti beneficiari. Infatti, non si comprende come mai nello stesso testo normativo convivano qualificazioni soggettive del beneficiario accanto ad una sua identificazione generica, senza alcuna espressa qualificazione. Forse, se si vuole individuare una giustificazione ad una tale incongruente formulazione testuale, essa va ricercata proprio nel riferimento, fin dai primi progetti e disegni di legge, ai soggetti più deboli e bisognosi di tutele. Tant'è che nella percezione della *ratio* della norma, quale emerge dai lavori parlamentari, la disciplina degli atti di destinazione è stata ritenuta riferibile a finalità di "nobile livello", e afferente alle "*problematiche dei soggetti portatori di handicap*" [6].

È un fatto, però, che il testo attuale della norma non circoscrive i soggetti beneficiari e non giustifica un'interpretazione restrittiva [7] della stessa, non limitandone l'applicabi-

[6] Nel proprio intervento il Sen. Legnini, dopo aver criticato il provvedimento – "*in quanto irragionevolmente disomogeneo ed espressivo di uno scadimento dell'attività legislativa*" –, riferisce all'Assemblea di "*modifiche al codice civile, riguardanti l'articolo 2645 ter, seppur predisposte per un fine nobile, relativo alle problematiche dei portatori di handicap"* (Legislatura XIV – Aula – Resoconto stenografico della seduta n. 952 del 2.2.2006).

[7] Si vedano MONTELEONE, *I vincoli di destinazione ex articolo 2645-ter c.c. in sede di accordi di sepa-*



lità all'esclusiva tutela di situazioni "*riferibili a persone con disabilità"* meritevoli di tutela giuridica. L'istituto, infatti, tutela gli interessi riferiti anche "*a pubbliche amministrazioni, o ad altri enti o persone fisiche*" [8], purché siano meritevoli di tutela ai sensi dell'art. 1322, comma 2, cod. civ.

Alla fine, dunque, la scelta del legislatore è stata quella di non limitarsi a circoscrivere la platea dei beneficiari ai soggetti portatori di interessi sicuramente meritevoli di tutela, quali i diversamente abili, ma di estendere l'ambito della norma alla pubblica amministrazione e a tutte le persone fisiche portatori di interessi che, seppure non caratterizzati, superino il vaglio della meritevolezza *ex* art. 1322, comma 2, cod. civ. A questo punto c'è stato chi ha rilevato che, in presenza della generica espressione di chiusura "*a pubbliche amministrazioni, o ad altri enti o persone fisiche*", il permanere del riferimento ai diversamente abili e agli enti pubblici sarebbe del tutto superato e inutile [9]. Si valuterà in questa sede la attendibilità di un tale rilievo, sicuramente di immediata evidenza, solo dopo aver analizzato quale sia la portata del "giudizio di meritevolezza" nell'ambito dell'articolo 2645*ter* cod. civ.

La lettura della norma evidenzia, come è stato giustamente rilevato dalla maggioranza della dottrina [10], un linguaggio in qualche caso non adeguato, laddove, ad esempio, si utilizza il termine "conferente", anche se non c'è alcun trasferimento di proprietà. Ma ancor più la norma rileva una certa "disattenzione" del legislatore nel trapiantare il giudizio di meritevolezza dall'art. 1322, secondo comma, cod. civ., nell'art. 2645*ter* cod. civ. pur essendo ben diversi i presupposti e le modalità di "funzionamento" delle due norme. Il giudizio di meritevolezza di cui all'art. 1322, secondo comma, cod. civ. deve innanzitutto tener conto della circostanza che nell'originario testo si leggeva, dopo "*l'ordinamento giuridico", "... e le norme corporative*", a significare che l'*interesse* perseguito con il contratto atipico intanto era *meritevole* di tutela, in quanto si conformava all'interesse superiore dell'ordinamento corporativo fascista [11].

---

razione, in *Giur. it,* 2008, 3; ALESSANDRINI CALISTI, *L'atto di destinazione ex articolo 2645-ter cod. civ. non esiste? Brevi considerazioni a margine della pronuncia del Tribunale di Trieste in data 7 aprile 2006,* in *Notariato,* 2006, 539.

[8] Si veda ABETE, *La destinazione ex articolo 2645-ter c.c. dei beni ai creditori e la proposta di concordato preventivo: riflessi sulla fattibilità del piano*, in *Fall.*, 2011, 1463.

[9] Così A. GENTILI, *Le destinazioni patrimoniali atipiche. Esegesi dell'articolo 2645-ter c.c.*, *Rass. dir. civ.*, 2007, 10, il quale li definisce come una "*scoria di lavorazione in un testo non rifinito"*.

[10] Tra i vari A. GENTILI, *op. ult. cit.*, *passim*; G. PERLINGIERI, *op. cit., passim*; M. BIANCA, *L'atto di destinazione: problemi applicativi, cit., passim.*

[11] Una chiara esplicitazione di tale *ratio* del codice civile in BETTI, *Sui principi generali del nuovo ordi-*



Si trattava, quindi, di una valutazione fortemente indirizzata e pienamente coerente con l'ideologia dell'epoca in cui l'interesse individuale doveva necessariamente coincidere con quello "superiore della Nazione" e non poteva in nessun modo essere ad esso contrapposto. Peraltro anche con l'abrogazione dell'inciso riferito alle norme corporative, la valutazione degli interessi perseguiti dalle parti nella norma dell'art. 1322, secondo comma, cod. civ., costituisce una evidente limitazione all'autonomia negoziale, imponendo al giudice di verificare in concreto, con riferimento alla singola fattispecie sottoposta al suo vaglio, il rispetto del corretto equilibrio tra le prestazioni a carico delle parti [12], manifestando un ulteriore *"«grimaldello» attraverso cui la giurisprudenza finisce, nella sostanza, con l'incidere sull'assetto di interessi delineato in contratto"* [13]. In tale norma, la valutazione del giudice sulla meritevolezza degli interessi perseguiti, in quanto tale, interviene necessariamente *ex post* rispetto al perfezionamento del contratto atipico; nell'art. 2645*ter* cod. civ., invece, la valutazione della meritevolezza è operata *ex ante*, non dal giudice, bensì, sembrerebbe, da chi è chiamato a ricevere l'atto pubblico e quindi

---

ne giuridico, in *Riv. Dir. Comm.*, I, 1940, 222. nonché *Teoria generale del negozio giuridico*, in *Trattato Vassalli*, Torino, 1943, 23.

La dottrina sul punto è varia e numerosa. Per una sintetica rassegna sulla problematica più generale della meritevolezza degli interessi a norma dell'art. 1322 c.c., AA.VV., *Illiceità, immeritevolezza, tutela,* a cura di Di Marzio, Napoli 2004; BRECCIA, *Interessi non meritevoli di tutela*, in *Il contratto in generale*, vol. III, *Trattato di diritto privato*, diretto da Bessone, Torino 1999, p. 89; DI FRANCIA, *La causa dei contratti atipici tra giudizio di meritevolezza e autonomia negoziale: spunti per una riflessione*, in *Giur. merito*, 1990, 301; A. DI MAJO, *Causa del negozio giuridico,* in *Enc. Giur.,* vol. VI, 1988; DI MARZIO, *Appunti sul contratto immeritevole*, in *Riv. dir. priv*., 2005, 305; G. B. FERRI, *Meritevolezza dell'interesse e utilità* sociale, in *Saggi di diritto* civile, Sant'Arcangelo di Romagna 1984, 314; ID., *Ancora in tema di meritevolezza dell'interesse*, *ibidem*, 328; ID., *Motivi, presupposizione e l'idea di meritevolezza*, in *Europa e dir. priv*., 2009, 331; E. GABRIELLI, *Tipo contrattuale,* in *Studi sui contratti,* Torino, 2000, 699; GAZZARA, *Considerazioni in tema di contratto atipico, giudizio di meritevolezza e norme imperative,* in *Studi in onore di Majello*, vol. I, Napoli, 2005, 817; GAZZONI, *Atipicità del contratto, giuridicità del vincolo e funzionalizzazione degli interessi,* in *Riv. dir. civ.,* 1978, I, 52; GUARNERI, *Meritevolezza dell'interesse*, *in Dig. disc. priv., Sez. civ.*, XI, Torino 1994, 324; ID., *Meritevolezza dell'interesse e utilità sociale del contratto*, in *Riv. dir. civ*., 1994, I, 799; M. NUZZO, *Autonomia negoziale e meritevolezza*, in *I rapporti civilistici nell'interpretazione della Corte costituzionale, vol. III — Iniziativa economica e impresa*, Napoli, 2007, 41; PETRONE, *L'utilizzo giurisprudenziale del concetto di «meritevolezza»,* in *Obbl. contr.*, 2006, 50; SACCO, *Interesse meritevole di tutela*, in *Dig. disc. priv., Sez. civ., Agg.*, Torino 2010, p. 781; SICCHIERO, *La distinzione tra meritevolezza e liceità del contratto atipico*, in *Contratto e impresa*, 2004, 545; URCIUOLI, *Liceità della causa e meritevolezza dell'interesse nella prassi giurisprudenziale,* in *Rass. dir. civ.,* 1985, 752; G.B. FERRI, *Meritevolezza dell'interesse e utilità sociale,* in *Riv. dir. comm.,* 1971, II, 81.

[12] Cass., Sez. un., 6 maggio 2016, n. 9140, in *Foto it.*, 2016, I, c. 2014.

[13] C. GRANELLI, *Autonomia privata e intervento del* giudice, in *Juscivile*, 2018, 410. L'A. evidenzia come il giudice incide in vario modo sull'autonomia dei contraenti, a prescindere dal controllo di mera liceità dell'atto negoziale.



dal notaio. Così come il giudice procede al "giudizio di meritevolezza" non limitandosi ad un mero riscontro della sua liceità [14], altrettanto dovrà fare il notaio nel redigere l'atto pubblico, non limitandosi al solo controllo della liceità – controllo che gli compete per legge [15] –, ma dovendo valutare se l'atto è in concreto destinato alla realizzazione di interessi meritevoli di tutela. Fermo restando, comunque, il controllo giudiziale che potrebbe intervenire *ex post* qualora fosse impugnato l'atto di destinazione trascritto, perché ritenuto *non meritevole* di tutela.

Poiché la trascrizione degli atti di cui all'art. 2645*ter* cod. civ. "*rende opponibile ai terzi il vincolo di destinazione*" sottraendoli alle aggressioni dei creditori del "conferente" è necessario approfondire il significato di "interessi meritevoli" e, quindi, se la determinazione degli stessi possa davvero essere affidato al notaio in sede di redazione dell'atto pubblico.

2. – È necessario premettere che il ragionamento volto a circoscrivere e determinare la formula "interessi meritevoli" non può che articolarsi in varie direzioni, nel presupposto comune che deve trattarsi di interessi meritevoli di una tutela superiore rispetto a quella dei creditori del "conferente", ai quali viene impedito l'esercizio di atti esecutivi.

Il richiamo all'art. 1322 cod. civ. rischia di fuorviare l'interprete, nel senso di conformare il giudizio di meritevolezza sugli atti di destinazione alla verifica di assenza di profili di illiceità, così come procede la giurisprudenza quando, richiamandosi a tale norma, "riconosce" il contratto atipico [16].

---

[14] Ancora C. GRANELLI, *op. ult. cit.*, *passim*, espone vari esempi di ingerenza in maniera più o meno manifesta del giudice nell'autonomia privata; sicuramente quello tra i più invasivi è dato dal giudizio di *non meritevolezza* che talvolta la giurisprudenza ha espresso con riguardo a contratti atipici (*leasing, factoring, franchising*).

[15] Peraltro l'art. 28 della legge notarile (L. 16 febbraio 1913, n. 89) prevede testualmente che "*Il notaro non può ricevere atti: 1. se essi sono espressamente proibiti dalla legge, o manifestamente contrari al buon costume o all'ordine pubblico; …*".

[16] Si vedano anche in chiave ricostruttiva e riassuntiva della dottrina e della giurisprudenza le considerazioni svolte in vari interventi da Mirzia Bianca. In particolare, *Alcune riflessioni sul concetto di meritevolezza degli interessi,* in *Riv. Dir. Civ*., 2011, 808, che evidenzia la giurisprudenza sul punto: Trib. Trieste, 24 aprile 2006, in *Giust. Civ.,* 2006, 185, con nota di M. BIANCA, *Il nuovo articolo 2645 ter c.c.. Notazioni a margine di un provvedimento del Giudice Tavolare di Trieste*; varia la giurisprudenza di merito: Trib. Reggio Emilia, 23 marzo 2007; Trib. Lecco, 14 aprile 2012; Trib. Reggio Emilia, 18 dicembre 2013; Trib. S. Maria Capua Vetere, 29 novembre 2013; Trib. Roma, 18 maggio 2013; Trib. Vicenza, 31 marzo 2011; App. Roma, 16 aprile 2009; Trib. Reggio Emilia, 7 giugno 2012; Trib. Reggio Emilia, 12 maggio 2014; App. Trieste, 19 dicembre 2013, n. 1002; Trib. Ravenna, 22 maggio 2014; Trib. Rovigo, 7 ottobre 2014;



Si sono così affermate due diverse letture della norma, quella estensiva, per la quale ogni interesse lecito giustificherebbe una separazione patrimoniale [17]; e quella restrittiva, secondo la quale sarebbe comunque necessario individuare un *quid pluris* [18].

Innanzitutto la norma chiaramente individua come soggetti ai quali è riservato un trattamento di maggior tutela rispetto ai creditori del "conferente", con riguardo a quei beni immobili o mobili registrati, oggetto degli atti di destinazione trascritti, le "*persone con disabilità*". Tale individuazione risponde chiaramente ad un principio di solidarietà sociale, ancor più evidente quando la disabilità riguardi una persona legata da un vincolo di parentela che giustifichi ancor più la sottrazione di quei beni alle azioni esecutive dei creditori [19].

Trib. Udine del 5 luglio 2013; Trib. Verona, 13 marzo 2012; Trib. Trieste, 22 aprile 2015; tutte consultabili in *www.iusexplorer.it*.

[17] Trib. Trieste, 24 aprile 2006, cit.; Trib. Reggio Emilia, 13 marzo 2007; Trib. Lecco, 14 aprile 2012; Trib. Reggio Emilia, 18 dicembre 2013; Trib. Lecco, 26 aprile 2012. Così FALZEA, *Riflessioni preliminari*, cit., 7; A. GENTILI, *La destinazione patrimoniale. Un contributo della categoria generale allo studio della fattispecie*, cit., 66 ss; Tribunale di Trieste, 22 aprile 2015, con nota di P. ROMEO, *Meritevolezza degli interessi e causa destinatoria*, cit., Trib. Trieste – Ufficio del Giudice Tavolare, 7 aprile 2006; Trib. Reggio Emilia 22 giugno 2012; Trib. Santa Maria Capua Vetere, 28 novembre 2013; Trib. Reggio Emilia, sez. fall., 27 gennaio 2014; Trib. Reggio Emilia 12 maggio 2014, cit., Trib. Prato, 15 febbraio 2015, n. 215; Trib. Prato, 12 agosto 2015, n. 942; tutte consultabili in *www.iusexplorer.it*.

[18] Nelle pagine successive più precisi riferimenti, ma fin d'ora si considerino GAZZONI, *Trattato della trascrizione*, cit., 191; ZOPPINI, *Destinazione patrimoniale e trust: raffronti e linee per una ricostruzione sistematica*, cit.; CEOLIN, *Destinazione e vincoli di destinazione nel diritto privato*, cit.; SPADA, *Articolazione del patrimonio di destinazione*, cit., 68; DI MAJO, *Il vincolo di destinazione tra atto ed effetto*, cit., 118; R. QUADRI, *La destinazione patrimoniale*, cit.; MORACE PINELLI, *Tipicità dell'atto di destinazione ed alcuni aspetti della sua disciplina*, cit.

[19] Si deve richiamare la legge in materia di misure a favore dei disabili (legge 22 giugno 2016, n. 112), che all'art. 1, comma 3, prevede: 1) la costituzione di *trust*; 2) la costituzione di vincoli di destinazione di cui all'articolo 2645-*ter* del codice civile; 3) la costituzione di fondi speciali, composti di beni sottoposti a vincolo di destinazione e disciplinati con contratto di affidamento fiduciario. Si evidenzia che l'art. 6, comma 3, lett. e), della suddetta legge, da un lato richiama "*i beni immobili o i beni mobili iscritti in pubblici registri gravati dal vincolo di destinazione di cui all'articolo 2645-ter del codice civile*", e dall'altro fa riferimento ai "*beni, di qualsiasi natura, conferiti nel trust o nei fondi speciali di cui al comma 3 dell'articolo 1",* evidenziando che quando la destinazione riguardi un *"affidamento fiduciario*" con la costituzione di patrimoni separati ("*fondi speciali*") sottoposti a "*vincolo di destinazione"*, quest'ultima può interessare qualsiasi tipologia di beni. Invece, in presenza di una destinazione puramente statica e negativa (quale il divieto di adibire un immobile ad uso diverso da abitazione), senza affidamento fiduciario, e quindi in assenza di ulteriori requisiti di natura "*organizzativa*" connessi all'attività positiva del fiduciario ed agli obblighi allo stesso imposti, in base alla valutazione legale tipica effettuata dal legislatore sussistono solo per gli immobili e per i mobili registrati i presupposti (ravvisabili in un efficiente apparato pubblicitario) che possono giustificare il sacrificio degli interessi della circolazione giuridica e dei creditori. E si può dunque concludere che l'art. 2645-*ter* c.c. (che non è solamente una norma sulla pubblicità del vincolo, ma anche sugli atti di destinazione e sui relativi effetti sostanziali), consente di sottoporre a vincolo di destina-



Eppure il legislatore non circoscrive a tali soggetti la platea dei beneficiari, in quanto con la successiva locuzione, "*o ad altri enti o persone fisiche ai sensi dell'articolo 1322 secondo comma*", amplia in modo generale e indefinito la varietà degli interessi che possono giustificare l'opponibilità del vincolo. Ne deriva che la Cassazione è giunta ad affermare che "d*eve ritenersi certamente meritevole di tutela il fine perseguito dall'impresa che, anteriormente al deposito del ricorso per concordato preventivo, costituisca sul patrimonio un vincolo di destinazione ex art. 2645 ter c.c. al fine di consentire la soddisfazione proporzionale dei creditori non muniti di cause di prelazione; detta iniziativa consente, infatti, la conoscibilità dello stato di crisi e preserva il patrimonio da eventuali atti di distrazione o da iniziative destinate ad avvantaggiare solo alcuni creditori in pregiudizio degli altri*" [20]. Deve, però, attentamente approfondirsi l'opportunità di assecondare un tale ampliamento del riconoscimento di "meritevolezza", ai sensi dell'art. 2645*ter* cod. civ., degli interessi perseguiti dal "conferente", disancorandoli del tutto da quell'apprezzamento di valenza etica e sociale che il richiamo alle "*persone con disabilità*" sicuramente impone. È evidente lo strappo che si riscontra nel testo della norma: da una caratterizzazione iniziale ben precisa dei soggetti beneficiari (*persone con disabilità*) si passa ad una generica e indefinita serie di soggetti interessati, con il rischio di relativizzare il giudizio di "meritevolezza". Soltanto il perseguimento di fini sociali ed etici dovrebbe poter giustificare che si impedisca ai creditori del "conferente" di agire con azioni esecutive su quei beni oggetto degli atti di destinazione.

D'altro canto, proprio nella "logica" della *meritevolezza*, l'atto di destinazione si presenta necessariamente come atto a titolo gratuito, disinteressato, senza alcun fine neanche indiretto di carattere economico [21].

---

zione, con correlato affidamento fiduciario nell'interesse di beneficiari determinati, anche beni mobili, crediti, partecipazioni sociali, titoli di credito e strumenti finanziari dematerializzati, con subordinazione in questi casi dell'opponibilità del vincolo alla legge di circolazione propria dei singoli beni. Si tratta comunque di una problematica che esula dal *focus* di questo scritto.

[20] Cass., 18 gennaio 2019, n. 1260, in *Nuova giur. civ. comm.*, 2019, 4, 796, con nota di CHIANALE, *Equivoci sui vincoli di destinazione in previsione del concordato preventivo*.

[21] In giurisprudenza, si legga per tutte Cass., 3 febbraio 2020, n. 3697, in *Riv. esec. forz.*, 2020, 4, 1053, con nota di TIZI, *La revocatoria in via riconvenzionale dell'atto di destinazione e giudizio di opposizione all'esecuzione per impignorabilità dei beni*, secondo cui *«l'atto di semplice destinazione di un bene (senza il trasferimento della proprietà dello stesso) alla soddisfazione di determinate esigenze, ai sensi dell'art. 2645 ter c.c., costituisce, di regola, un negozio unilaterale – in quanto esso non si perfeziona con l'incontro delle volontà di due o più soggetti, ma è sufficiente la sola dichiarazione di volontà del disponente – e a titolo gratuito, in quanto di per sé determina un sacrificio patrimoniale da parte del disponente, senza per quest'ultimo alcuna corrispettiva attribuzione; esso resta tale anche se operato nel medesimo contesto documentale da più soggetti, che ne traggono reciproco beneficio, salvo che risulti diversamente, sulla base*



Ma la gratuità non può, ovviamente, da sola riempire di significato il giudizio di meritevolezza degli interessi perseguiti con gli atti di destinazione che potrebbero altrimenti essere indirizzati verso scopi futili, comunque socialmente irrilevanti. Ecco perché in dottrina si rileva la centralità della qualità del soggetto beneficiario [22] o che comunque l'atto debba manifestare un'*utilità sociale* pur se indirizzata ad un determinato soggetto beneficiario [23]. Si respinge, insomma, la possibilità che la posizione dei creditori del "conferente" possa essere sacrificata di fronte al perseguimento di interessi la cui meritevolezza non appaia manifestamente di livello e valore superiore a quello meramente economico. Una parte della dottrina si appella dunque alla necessità che tali valori siano comunque riconosciuti a livello costituzionale [24]. E quindi, pur nella necessità di circoscrivere tali valori senza che possa configurarsi uno scopo di lucro (sia per il "conferente" sia per il beneficiario), l'ambito della materia risulta nuovamente ampliato, non potendosi limitare dal punto di vista soggettivo, perché per inequivoca previsione normativa beneficiarie sono tutte le persone fisiche o giuridiche, pubbliche o private. La *meritevolezza*, riguardata alla lente costituzionale, può infatti presentarsi in diversi ambiti e materie: ad esempio, nelle attività di ricerca, culturali, ambientali, e di tutela del patrimonio artistico, insomma laddove vi sia la cura di interessi socialmente apprezzabili. Di fronte a tale evidente ampiezza dell'ambito applicativo, per cercare di evitare che si cada nella genericità ed indeterminatezza della previsione, una parte della dottrina invita a dare particolare rilievo alle peculiari qualità delle persone fisiche nominate nella prima parte della norma, quelle con *disabilità*, suggerendo di caratterizzare pertanto l'intero contenuto normativo come indirizzato a perseguire interessi rilevanti sul piano della morale o socialmente utili [25].

Si rileva ancora "*come l'atto di destinazione non possa trovare luogo allorché l'inte-*

---

della ricostruzione del contenuto effettivo della volontà delle parti e della causa concreta del negozio dalle stesse posto in essere». A. GENTILI, *Le destinazioni patrimoniali atipiche,* cit., 7, rileva che la forma dell'atto pubblico trova giustificazione proprio per la gratuità dell'atto, più che per la sua trascrivibilità.

[22] GAZZONI, *Osservazioni*, cit., 174; SPADA, *Articolazione*, cit., 126.

[23] PALERMO, *Configurazione*, cit., 76.

[24] M. BIANCA, nei vari scritti già citati e così in *La categoria dell'atto negoziale di destinazione,* cit., 178; G. GABRIELLI, *Vincoli di destinazione,* cit., 329; NUZZO, *Atto di destinazione*, cit., 68.

[25] G. GABRIELLI, *op. ult. cit.,* espressamente giustifica la "rozzezza" del testo della norma nel senso che la semplificazione delle "*persone con disabilità*" serve anche all'interprete per dare un significato coerente al riferimento agli altri beneficiari successivamente indicati; SPADA, *op. ult. cit.*, si spinge ancora più in là nel ragionamento, nel senso che deve apprezzarsi solo una lettura della norma che indirizzi l'interprete a valutare gli interessi "meritevoli" come quelli di rilevanza analoga a quelli caratterizzati nelle figure delle persone fisiche con disabilità, altrimenti si rischierebbe di svilire il giudizio di meritevolezza *ex* art. 1322, cod. civ. ad una mera valutazione di liceità così come si esprime la giurisprudenza con riguardo ai contratti atipici.



resse sottostante sia già considerato e tutelato attraverso forme tipiche di separazione, quale, in ambito familiare, il fondo patrimoniale" [26]. Si vuole in tal modo evitare che la genericità della formula dell'art. 2645*ter*, cod. civ., possa consentire di oltrepassare proprio quei limiti che sono stati tipizzati nella norma specifica.

Nella realtà, pur nella varietà e indubbia ragionevolezza delle posizioni assunte dalla dottrina sul significato da attribuire alla formula "*interessi meritevoli di tutela*" calati nel testo dell'art. 2645*ter*, cod. civ., nessuna tesi appare convincente, quando se ne provi la pratica applicazione. Ed è forse tale consapevolezza a indurre una dottrina autorevole e libera da schemi esclusivamente giuridici a spostare l'attenzione dal piano del diritto a quello dell'etica ed a riconoscere alla norma *de qua* il merito di aver riempito *"una lacuna del diritto positivo, tanto più avvertita dalla società in quanto ha a suo fondamento un autentico vuoto etico"* [27]. Si tratta di un forte richiamo a valori, principi, scopi difficilmente rinvenibili in maniera manifesta ed evidente nel diritto positivo, e che invece proprio la norma dell'art. 2645*ter*, cod. civ., evoca: "*la destinazione dei beni disposta dal destinante, non soltanto non deve socialmente – e quindi anche eticamente – demeritare, ma deve inoltre socialmente – e quindi anche eticamente – meritare*" [28]. Nell'ambito della teoria generale del diritto ci si è molto interrogati sul rapporto tra etica e diritto, al quale in questa sede può solo farsi cenno, che ha rappresentato una costante nella produzione scientifica, a titolo esemplificativo, di Angelo Falzea [29], sebbene l'Autore, attento a verificarne l'attendibilità, ne ha comunque limitato l'interazione, laddove riconosce "*come debba considerarsi irrisolto il problema stesso della natura del diritto e dei valori giuridici*" [30]. In particolare, dopo aver approfondito, seppure in forma sintetica, le principali concezioni del diritto, offrendo dei ritratti oltremodo efficaci dei loro principali testimoni, mettendone in evidenza le criticità e le incongruenze, e comunque la loro

---

[26] A. ORESTANO, *Atto di destinazione*, cit., 628, giustifica che "*non potrebbe infatti ammettersi, se non a prezzo dell'incostituzionalità della norma per irragionevole disparità di trattamento, che interessi della stessa natura debbano essere perseguiti, allorché trovi applicazione l'istituto tipico, con rispetto di determinate limitazioni e prescrizioni, mentre possano essere soddisfatti, al di là di quei casi, senza l'osservanza di tali regole e limitazioni".*

[27] A. FALZEA, *Riflessioni preliminari,* cit., 3.

[28] Ancora A. FALZEA, *op. ult. cit.,* 6. Nello stesso senso sicuramente A. ORESTANO, *op. cit.*, 629 e P. SPADA, *Articolazione del patrimonio*, cit., 126.

[29] Si veda un costante richiamo in *Introduzione alle scienze giuridiche*, parte prima *Il concetto di diritto*, Milano, 1975, e nei saggi raccolti nel volume *Ricerche di teoria generale del diritto e di dogmatica giuridica*, Milano, 1999.

[30] A. FALZEA, *Introduzione alle scienze giuridiche*, cit., 229.



incapacità a rispondere a tutte le domande sollevate dalla società [31], Falzea pur prediligendo "*le teorie dell'interesse, che pur hanno colto più di tutte le altre aspetti essenziali del fenomeno giuridico*" [32] ammette che anche esse *"lasciano larghe frange di indeterminazione e di problematicità e non consentono perciò di acquietarsi ai risultati da esse proposti"* [33]. In definitiva, Falzea nel considerare l'"interesse" al centro della nozione e del significato giuridico di diritto ne vuole in qualche modo definire la distinzione rispetto all'etica che comunque deve guidare l'azione dell'uomo.

D'altro canto la necessità di attenersi strettamente alla realtà delle cose, senza lasciarsi suggestionare dalle astrazioni è un dato riconosciuto anche da quei giuristi che si sono misurati nella elaborazione di una teoria generale del diritto. *"Un pregiudizio, che bisogna sradicare dalla mente di chi impara il diritto, è che questo sia qualcosa di irreale, cioè di astratto dalla vita reale. La astrazione è bensì come si vedrà, un mezzo indispensabile dello studio; ma il mezzo non deve essere confuso con l'oggetto di questo ... In particolare quei concetti del diritto, i quali servono a costruire, fra l'altro, gli articoli delle leggi, sono bensì degli strumenti del diritto, ma non sono tutto il diritto"* [34]. Anche Carnelutti, quindi, fin dalle prime pagine della sua opera rivendica la unitarietà del diritto soprattutto nella sua dimensione concreta, che richiama quella stessa unitarietà di spirito e fisico che contraddistingue l'essere umano.

---

[31] A. FALZEA, *op. cit.*, 218, rileva: *"Si è constatato nelle pagine che precedono, la differente prospettiva dell'interpretazione nelle singole concezioni del diritto e la diversità dei criteri da ciascuna di esse suggeriti per ricostruire e conoscere il significato delle regole giuridiche. Per meglio cogliere tali differenze basterà ricordare il nucleo centrale di idee che caratterizza le varie concezioni. Da un primo angolo visuale si contrappongono gli indirizzi che intendono il diritto come fenomeno ideale e quelli che lo configurano come fenomeno reale. Fondamento idealistico hanno il giusnaturalismo e il giusformalismo, per i quali il diritto è associato, rispettivamente, agli ideali di giustizia radicati nella natura o essenza dell'uomo e alle forme, soprattutto simboliche, delle regole giuridiche. Dalla parte opposta stanno gli indirizzi che concepiscono il diritto come manifestazione della realtà umana e fanno leva, di volta in volta, sul volere o sull'interesse, ovvero si richiamano alla vita delle comunità nel loro aspetto temporale, diacronico (storicismo) o sincronico (sociologismo). Un secondo ordine di classificazione, integrativo di quello che precede ci avvicina ulteriormente al nodo delle questioni generali ermeneutiche. Esso si rifà alla distinzione tra la forma delle regole giuridiche e il loro contenuto normativo. Dal punto di vista di questa distinzione il formalismo assume una posizione isolata rispetto a tutte le altre teorie. Per il formalismo, il contenuto normativo deve desumersi esclusivamente dalle strutture interne del linguaggio con cui sono espresse le regole giuridiche, mentre secondo i restanti indirizzi, senza esclusione di alcuno, esso va ricavato anche dalle situazioni esterne alle quali le proposizioni normative si riferiscono. [...] La situazione sostanziale poi è variamente intesa: o come situazione sostanziale ideale (secondo la concezione giusnaturalistica) o come situazione sostanziale reale, e in questo ultimo caso o in senso soggettivo (volontarismo) oppure in senso oggettivo (storicismo, sociologismo, teorie giuridiche dell'interesse)".*

[32] A. FALZEA, *op. cit.*, 229.

[33] A. FALZEA, *op. loc. ult. cit.*

[34] F. CARNELUTTI, *Teoria generale del diritto*, Roma, 1951, 2.



E necessariamente si deve rammentare il pensiero di Kelsen che nell'elaborare la "*dottrina pura del diritto*" ricorda come si ponga "*il compito di distinguere il diritto, non solo di fronte alla natura, ma anche di fronte agli altri fenomeni dello spirito e, specialmente di fronte alle norme di altro genere. Importa qui anzitutto* – prosegue Kelsen – *liberare il diritto da quel legame per cui è sempre stato unito alla morale. Con ciò naturalmente, non si vuole certo mettere in dubbio l'esigenza che il diritto debba essere morale, cioè debba essere buono. Questa esigenza è di per sé comprensibile; ciò che veramente significhi è un'altra questione. Si respinge solamente la concezione per cui il diritto come tale faccia parte integrante della morale, la concezione per cui ogni diritto, come diritto, sia in un certo qual senso o in un certo qual grado morale"* [35]. La dottrina pura del diritto "*vuol rappresentare il diritto così come è, senza legittimarlo come giusto o squalificarlo come ingiusto; essa si occupa del diritto reale e possibile e non già del diritto giusto*" [36]. E quindi quando spostiamo l'attenzione dal piano dell'astrazione del pensiero a quello del diritto positivo, del testo normativo, si avverte che il "metodo giuridico", come sottolinea Esser, *"deve indicare le vie attraverso cui il diritto positivo si realizza come diritto e non come diritto «pervertito». Se si comprende l'ampiezza del potere interpretativo giudiziale, in base al pensiero giuridico, si devono necessariamente legittimare i possibili modi in cui ogni tempo inserisce i suoi criteri di attese, che vanno riconosciute sul piano di politica del diritto, nelle prescrizioni materiali di giustizia della legge. Ciò non può essere fatto* – ammonisce Esser – *semplicemente attraverso il* rinvoi *a programmi di diritto naturale, spesso infelicemente deformati ed a «formule vuote del tipo delle clausole generali», ma si compie attraverso il controllo casistico della concordanza dei risultati dell'individuazione del diritto con i postulati della ragione"* [37]. Se si applica tale metodo nel leggere la norma dell'art. 2645*ter* cod. civ. ed in particolare alla "lettura" che si chiede ne faccia il giudice, si comprende che *"la decisione deve «soddisfare». La ragione non è qui definibile se i «valori», nel senso di ragionevoli giudizi di valore, non sono riconosciuti al di fuori del sistema dogmatico come capaci di ottenere un consenso e quindi sottoponibili alla giustizia. La ragione, nel nostro contesto, ha soltanto la capacità di valutare questi valori, come corrispondenti al presunto consenso. In questo senso* – conclude Esser – *non dobbiamo parlare di un* apriori *filosofico*

[35] H. KELSEN, *La dottrina pura del diritto*, Torino, 1952 (trad. R. Treves), 33.

[36] H. KELSEN, *op. cit.*, 36.

[37] J. ESSER, *Precomprensione e scelta del metodo nel processo di individuazione del diritto*, Napoli, 1983 (trad. di S. Patti e G. Zaccaria), 159.



della ragione, ma soltanto della capacità di utilizzare la capacità di giudizio, acquisita attraverso un'esperienza del valore nella società, per un'affermazione oggettivante" [38].

Calato nell'esegesi della norma sugli atti di destinazione, questo pensiero significa che gli *interessi meritevoli di tutela* vanno valutati alla luce del diritto positivo, di ciò che in realtà accade, dell'esperienza maturata. Tale valutazione, al cospetto di norme che si richiamano a clausole generali, a principi generali, a criteri generali e talvolta generici [39], è affidata al giudice che con una discrezionalità più o meno ampia – a seconda di quanto sia a sua volta precisa ed analitica la norma giuridica da interpretare – ne svolge il significato, in modo che possa avere pratica attuazione e concordare con quel "*consenso sociale*" avvertito. Nel momento in cui si deve applicare la norma legislativa, necessariamente si deve abbandonare il piano dell'"astrazione" ed i pur riconosciuti eventuali fondamenti "etici" e "sociali" che la caratterizzano devono superare il vaglio della concreta attuazione, attraverso, dunque, una interpretazione della norma che sia nel contempo rispettosa del sistema giuridico nel suo insieme e degli "interessi" emergenti nel testo normativo. Sarà in altre parole necessario trovare una sintesi tra la volontà della legge e la volontà dei soggetti, non soltanto nell'astrazione dell'esegesi della norma ma soprattutto nella concretezza della sua applicazione.

Se dunque appare chiaro che l'art. 2645*ter* cod. civ. manifesta il recepimento di un'esigenza etica presente nella società civile e ignorata dal "*diritto*" [40], è pur vero che la sua applicazione nel rispetto e nell'ambito esclusivamente di *interessi meritevoli di tutela* – come appunto ammonisce la norma – non è affidata ad un successivo intervento legislativo, bensì al notaio, in sede di perfezionamento dell'atto pubblico di destinazione, che a quella norma "astratta" deve dar concreta attuazione.

Nell'art. 1322, secondo comma, cod. civ., sono le parti stesse a procedere alla valutazione della meritevolezza degli interessi "realizzati" con il contratto tra loro concluso non appartenente "*ai tipi avente una disciplina particolare*", salvo poi un successivo intervento del giudice in sede di contenzioso che ne dichiari la nullità. Si è già detto che la giurisprudenza legge la norma come non contrarietà a nome imperative, ordine pubblico e buon costume, ma il testo dell'art. 2645*ter*, cod. civ., non sembra consentire di pervenire ad un'analoga conclusione.

Nell'art. 2645*ter*, cod. civ., si parla di "*atti*" e non di contratti, nella forma dell'atto

---

[38] J. ESSER, *op. loc. ult. cit.*

[39] Si pensi alla "*diligenza*", alla *"buona fede*", al "*buon costume*", all'"*ordine pubblico*", e così via.

[40] Secondo quanto manifesta A. FALZEA, *op. loc. ult. cit.*



pubblico e non a forma libera, con beni specificamente indicati (immobili o mobili registrati), "*destinati ... alla realizzazione di interessi meritevoli di tutela*", richiedendo quindi una concreta attuazione che viene salvaguardata attraverso la trascrizione "*al fine di rendere opponibile ai terzi il vincolo di destinazione*"; da ciò si evince che la rilevanza non si manifesta sul piano sostanziale (come per l'art. 1322, cod. civ. *tout* court) ma solo su quello degli effetti. Questa lettura parcellizzata della norma dell'art. 2645*ter* cod. civ. trova una importante sintesi ricostruttiva della sua portata nella necessità che gli atti abbiano la forma dell'atto pubblico, con l'intervento del notaio. Quest'ultimo, tuttavia, non sembra possa limitare il suo intervento ad un ruolo di mero certificatore (o meglio di passivo destinatario) della volontà espressa dal conferente o dai conferenti a seconda che si tratti o meno di atto unilaterale. Proprio l'intervento necessario del notaio ci obbliga a verificare se in concreto spetti a lui la valutazione di sussistenza della "*meritevolezza*" degli interessi da "*realizzare*" attraverso l'atto pubblico che lui consente di rogare: ne va della liceità dell'atto, della sua trascrizione, della sua opponibilità.

3. – Sono tanti i problemi che suscita la norma dell'art. 2645*ter*, cod. civ., con riguardo all'intervento del notaio. Cercheremo di affrontarne i principali, proponendo soluzioni rispettose ad un tempo del ruolo del notaio, quale pubblico ufficiale e professionista, e della *ratio* della norma.

È un dato da tanti rilevato la difficoltà ad operare in cui si trova oggigiorno l'operatore del diritto [41], soprattutto di chi incide in maniera concreta nella società civile con la propria attività che lo porta talvolta a dover interpretare la legge in maniera "creativa". La figura del notaio, nella sua duplice veste di pubblico ufficiale e di professionista, si caratterizza in quanto la sua attività è volta "*tanto al rispetto del sistema quanto*

[41] Il tema è affrontato in maniera originale da A. A. CARRABBA, *Ragione e invenzione. Il ruolo degli operatori giuridici e in ispecie del notaio*, in *Contr. impr.*, 2021, 66. L'A. rileva innanzitutto le peculiarità del contesto socio giuridico in cui ci si trova ad operare, "*in un quadro di moltiplicazione se non pure di detipicizzazione delle fonti, con presenza di autonomie collettive, di leggi contrattate o patteggiate, di una lex mercatoria, di una legge sportiva, di una lex informatica (leggi che provvedono più che prevedere), gli operatori giuridici non sono più meri esegeti di dati normativi, ma assumono il compito di rinvenire la regolamentazione nel retroterra valoriale, in continuo dinamismo, della Comunità, assumono il compito di scoprire il diritto «nel profondo del tessuto connettivo di un contesto culturale» (Lipari)*" (p. 67). In questo scenario, l'A. evidenzia che non è più sufficiente la lettura della singola norma, sicché "*non si tratta più di riportare l'atto, ingessandolo, alla norma, di ricondurre una vicenda concreta a una radice concettuale, di effettuare riscontri formali, bensì di risolvere, alla luce degli interessi sottesi, con il dovuto bilanciamento dei principi, il singolo caso con la chiave della ragione*" (p. 72).



alla volontà delle parti, tanto all'osservanza delle leggi quanto alle esigenze mutevoli della vita e la spinge verso una dinamica ossequiosa sia del comando sia della volontà senza reciproche prevaricazioni, finalizzandola al giusto equilibrio in aderenza ai valori e alla luce degli interessi della persona" [42]. Egli è mediatore tra la volontà delle parti e la volontà dello Stato, deve procedere alla valutazione comparativa tra più interessi: "*Il notaio* – sostiene Carrabba –*, rappresentando l'ordinamento nei confronti delle parti e ma con pari dignità le parti nei confronti dell'ordinamento, è chiamato a far emergere le diverse dimensioni che il sociale propone e a gestire e – se del caso – a valorizzare i profili, pure nuovi, che necessitano di una manifestazione giuridica. ... Al notaio non si chiede solo di conformare il fatto alla norma ma si chiede di conformare la norma al fatto, di produrre attraverso il momento interpretativo, diritto in termini di diritto vivente*" [43].

È una presa di posizione forte assunta da questa dottrina che, nell'approcciarsi al tema dell'interpretazione della legge, manifesta chiaramente il proprio pensiero nel senso che, rispetto al giudice, il notaio non sarebbe un "*interprete di secondo grado*"; soprattutto che l'attività notarile non possa essere relegata ad una mera certificazione e documentazione [44]. Il ruolo del notaio oggi, in presenza di una normativa non sempre sistematica, di una pluralità di fonti, di sollecitazioni di ordine sociale, è spesso anche quello di bilanciare la relazione tra fatto e norma, tra caso concreto sottoposto al suo magistero e norma di riferimento; oltre che valutare la "calcolabilità" degli effetti giuridici che conseguiranno ad una certa applicazione della disciplina al fatto concreto [45]. "*Ed allora la calcolabilità giuridica non è il prodotto della cristallizzazione del dato normativo o della mera positività della legge, del tecnicismo e della valenza precettiva della regola. La certezza discende dalla circostanza che il diritto ha fondamento e non dall'aderenza a un senso rinvenuto e reiterato nella storica quotidianità. La prevedibilità consegue alla "lettura", alla dovuta "lettura" all'evenienza, in termini di giustizia della disciplina alla possibilità di una conformazione della disciplina medesima al fatto. A ben valutare* – conclude Carrabba – *i richiamati profili e gli interessi coinvolti finiscono per essere maggiormente assicurati dal pluralismo interpretativo e dalla ricerca delle regole con la chiave della ragione ovvero dall'invenzione in grado di superare sia la «cecità della mera sussun-*

[42] A. A. CARRABBA, *op. cit.*, 73.

[43] A. A. CARRABBA, *op. cit.*, 75.

[44] A. A. CARRABBA, *op. cit.*, 84.

[45] A. A. CARRABBA, *op. cit.*, 86 ss.



zione», sia la tirannia dei valori. L'assorbimento dell'incertezza si ha liberando la legge dal potere e dai dogmi, non dal diritto, così non permettendo l'eutanasia del Jus*"*[46].

Si tratta di una posizione dottrinale senz'altro interessante e che assegna al notaio anche il ruolo di interprete della normativa vigente attento alle esigenze che gli vengono rappresentate dal singolo caso sottoposto al suo ministero e in grado di rendere applicabile la "disciplina" al "fatto", dal momento che la pluralità delle fonti, ma anche tutte le sollecitazioni di carattere sociale non consentono di limitarsi ad una lettura meramente testuale del dato normativo.

È anche una posizione che si colloca in quel dibattito che, ormai da qualche anno, si interroga sul rapporto tra "Diritto" (*Nomos*) e "Giustizia" (*Dike*), tra "Diritto positivo" e "Diritto vivente"; in esso il richiamo alla "ragionevolezza" come criterio interpretativo nella giurisprudenza costituzionale intende raccordare "*la previsione formalmente enunciata a un principio condiviso di giustizia*"[47]. Si ratta di un dibattito che mai potrà sopirsi, perché la tensione ad un "diritto giusto" è uno "stato" dell'uomo, connaturale alla sua aspirazione ad organizzare la società civile secondo canoni e principi che rispettino nel contempo eticità e certezza del diritto, giustizia sociale e tutele individuali[48].

Tornando all'esegesi dell'art. 2645*ter* cod. civ., ed in particolare al significato da at-

---

[46] A. A. CARRABBA, *op. cit.*, 88 ss.

[47] N. LIPARI, *Elogio della giustizia*, Bologna, 2021, 17. L'A. in questo agile libro intende sfatare l'idea (ideologia?) del diritto come espressione formale del potere politico imperante, per recuperare un significato di insieme di valori socialmente condivisi, sintetizzabile come "giustizia".

[48] è un dibattito che all'indomani della fine della seconda guerra mondiale, con la caduta del regime corporativo fascista, ci ha posto di fronte a tanti interrogativi ai quali non sempre si è stati in grado di dare risposte unanimamente condivise, anche e soprattutto con riguardo al significato di "Diritto". Non si può in questo lavoro esporre una rassegna critica delle varie posizioni, di cui ovviamente si terrà conto nelle pagine seguenti. I riferimenti riguardano gli autori più significativi che hanno alimentato il dibattito su questi temi: M. ALLARA, *Le nozioni fondamentali de diritto civile*, Torino, 1958; E. BETTI, *Interpretazione della legge e degli atti* giuridici, Milano, 1971; N. BOBBIO, *Sulla nozione di giustizia*, Modena, 1951; ID., *L'età dei diritti*, Torino, 1990; ID., *Teoria della giustizia. Lezioni di filosofia*, (1953)), Torino, 2012; C. CASTRONOVO, *Eclissi del diritto civile*, Milano, 2015; G. DEL VECCHIO, *La giustizia,* Roma, 1959; A. FALZEA, *La teoria generale del diritto,* cit.; G. GORLA, *L'interpretazione del* diritto, Milano 1941; H. KELSEN, *La dottrina pura del diritto* (1934), Torino, 1956; N. IRTI, *Nichilismo giuridico*, Roma-Bari, 2004; N. LIPARI, *Il diritto civile tra legge e giudizio*, Milano, 2017; ID., *Diritto civile e ragione*, Milano, 2019; L. MENGONI, *Ermeneutica e dogmatica giuridica*. *Saggi,* Milano, 1996; P. PERLINGIERI, *Scuole, tendenze e metodi. Problemi del diritto civile,* Napoli, 1989; S. RODOTÀ*, Il diritto di avere diritti*, Roma-Bari, 2012; G. SCACCIA, *Gli "strumenti" della ragionevolezza nel giudizio costituzionale*, Milano, 2000; G. TARELLO, *Cultura giuridica e politica del diritto*, Bologna, 1988; ID., *L'interpretazione della legge*, in *Tratt. dir. civ.e comm.,* a cura di Cicu, Messineo e Mengoni, Milano, 1980; V. VILLA, *Il positivismo giuridico: metodi, teorie e giudizi di valore. Lezioni di filosofia del diritto*, Torino, 2004; F. VIOLA-G. ZACCARIA, *Le ragioni del diritto,* Bologna, 2003; G. ZACCARIA, *La comprensione del diritto*, Roma-Bari, 2012.



tribuire all'espressione *interessi meritevoli di tutela*, in una tale visione sembra che, pur consapevolezza della perdurante difficoltà a segnare un netto confine tra etica e diritto, nonché della "creatività" e spirito inventivo che oggi viene chiesto all'interprete della norma giuridica per coniugare la "disciplina" e il "fatto concreto", non ci si possa spingere troppo oltre in un tale percorso: si rischia, altrimenti, di oltrepassare il confine di ragionevolezza e di certezza del diritto che invece, ovviamente, si intende preservare. Dal punto di vista dell'interpretazione della formula "interessi meritevoli di tutela", una prima riflessione riguarda dunque la prospettata parità tra giudice e notaio [49]. Quando ci si trova di fronte ad una norma il cui testo non consente di individuarne senza dubbi la portata e gli effetti, l'interpretazione su cui si basa la decisione del giudice sarà chiaramente espressa nel provvedimento, andando a formare la "motivazione" della sentenza che potrà essere impugnata; l'atto rogato dal notaio invece non conterrà l'esplicitazione delle ragioni che giustificano la scelta attuata con una certa regolamentazione negoziale anche se tale scelta sarà stata sicuramente oggetto di discussione con la parte e sarà stata con lui condivisa [50].

Ma l'attività del giudice, dal punto di vista pubblicistico e sostanziale, ha una valenza diversa da quella notarile. è vero che solo le parti nel singolo giudizio sono obbligate a rispettare la decisione del giudice e che non vige nel nostro ordinamento un dovere di rispetto da parte dei giudici del c.d. precedente, è vero che anche alla statuizione della Suprema Corte deve attenersi esclusivamente il giudice del rinvio e che la stessa sentenza a sezioni unite non vincola il giudice della sezione semplice né tantomeno delle altre autorità giudicanti a qualsiasi livello [51], ma una tale evidenza di libertà interpretativa, da riconoscere anche al notaio, non comporta però una analoga rilevanza dell'attività esegetica svolta dai due operatori del diritto. Per quanto la sentenza si espliciti in un'interpretazione normativa funzionale alla risoluzione del caso concreto e la redazione dell'atto notarile si espliciti (talvolta anche) in un'interpretazione normativa funzionalizzata alla

---

[49] A.A. CARRABBA, *op. cit.*, 76: "*Deve escludersi che vi sia in ordine all'interpretazione una subordinazione dell'ufficiale rogante all'organo giudiziario. Entrambi – a voler utilizzare una nota espressione – sono soggetti soltanto alla legge o, meglio, al diritto. In sintesi deve escludersi che il notaio sia un interprete di secondo grado*".

[50] Come previsto dall'obbligo di informazione a carico del professionista, in attuazione della diligenza professionale di cui all'art. 1176, secondo comma, cod. civ. e nell'esecuzione del contratto di opera professionale, la cui violazione potrà comportare la responsabilità del professionista.

[51] A.A. CARRABBA, *op. cit.*, 76 ss., rileva che "*Allo stesso modo la previsione di una funzione nomofilattica e l'attribuzione della stessa alla Suprema Corte sottintendono la libertà di interpretazione di cui godono di regola tutti i giudici e tra questi anche quei giudici autori della decisione susseguente*".



produzione degli effetti dell'atto notarile che riguarda la parte o le parti comparenti, i due operatori del diritto non sono sullo stesso piano. Al giudice, infatti, si chiede che la decisione sul caso sottoposto al suo giudizio si integri coerentemente nel sistema giuridico e la previsione dei tre gradi di giudizio garantisce che non ci sia alcuno "strappo" nel tessuto giuridico sociale [52]. Al giudice si chiede di operare il raccordo tra la norma di legge (astratta) e la fattispecie (concreta) sottoposta al suo esame, attraverso l'interpretazione della legge, gli si chiede di "*fare giustizia*", aggiungendo quindi necessariamente un giudizio di valore alla sua valutazione, seppur nel circoscritto ambito costituzionale [53]. Il giudice interviene nel momento in cui nasce un conflitto tra soggetti portatori di interessi contrastanti, nel quale le parti propongono al giudice una particolare lettura della norma che ritengono essere alla base della loro pretesa. Il giudice potrà accogliere una delle interpretazioni avanzate oppure discostarsene, procedendo alla soluzione della controversia seguendo un percorso alternativo, motivando sempre la propria decisione.

Non è questa la sede per esporre compiti e funzioni notarili, ma a meri fini di distin-

---

[52] Particolarmente interessante il pensiero di E. BETTI, *Interpretazione della legge e degli atti giuridici*, Milano, 1971, che nell'esporre il rapporto tra il legislatore e il giurista, rileva poi il peculiare compito del giudice. "*Un altro risultato sarebbe che, di fronte ad una legislazione formatasi per strati successivi, ispirati da concezioni e valutazioni fra loro divergenti, il giurista non potrebbe adeguare gli strati più vecchi a quelli più recenti e ristabilire la coerenza dove è disarmonia, ma resterebbe legato all'espressione di passioni ormai placate o a concezioni superate e rivelatesi anacronistiche col progresso della legislazione. Viceversa, se l'ipotetica risposta del legislatore si dovesse cercare dal punto di vista dello strato più recente, accadrebbe che essa, data la sovrana discrezionalità legislativa, non sarebbe tenuta a rispettare certi interessi alla stabilità e conservazione, che il giudice deve pur tenere in conto, vincolato com'è a mantenere un disegno e una linea di logica coerenza nell'intero complesso del* ius conditum*"* (p. 30).

[53] N. LIPARI, *Elogio della giustizia,* cit., secondo cui "*Le costituzioni moderne con le loro disposizioni di principio e con le loro opzioni di valore finiscono per operare da criterio orientativo non solo rispetto ai procedimenti interpretativi delle norme, ma rispetto agli stessi comportamenti. D'altra parte nessun comportamento posto in essere da un soggetto dotato di capacità riflessive può essere attuato senza che chi agisce valuti il contesto di senso e di valore entro il quale quel comportamento è immerso e quindi si ponga il problema del suo significato. Con la conseguenza che ogni comprensione di significato implica un giudizio in chiave di valore. A sua volta questo giudizio non conta in una sua eccentrica individualità, ma in quanto sia inserita nel contesto culturale della società nella quale si colloca, in quanto cioè rifletta un quadro culturale, una comune visione dei fatti, una capacità di comprensione collettiva degli accadimenti. In una parola un condiviso senso di giustizia. In società multiculturali potranno aversi diverse visioni del mondo, in società pluraliste diverse valutazioni dei medesimi fatti, ma ciò non impedirà che, nelle une come nelle altre, chi è chiamato a valutare gli accadimenti (e segnatamente il giudice) debba misurarsi con i differenti referenti culturali ai quali si indirizza, consapevole che il procedimento interpretativo – il quale implica, come la stessa etimologia del termine suggerisce, un rapporto relazionale – non richiede semplicemente un dialogo tra chi interpreta e ciò che viene interpretato (fatti e norme), ma esige di necessità la comprensione di coloro ai quali l'interpretazione si indirizza. Ciascun procedimento interpretativo per poter essere accolto e accettato necessita di essere compreso, di essere cioè ritenuto non in contrasto con un'idea di giustizia plausibilmente condivisa"* (p. 100).



zione rispetto all'attività del giudice e di verifica della rilevanza che assume l'interpretazione della legge nell'esercizio della sua attività, va evidenziata in primo luogo la funzione di controllo preventivo di legalità che il notaio esercita con riguardo all'atto (pubblico) stipulato. Il notaio non è chiamato – nella sua funzione essenziale – a dirimere controversie. Pur essendo un professionista, egli deve svolgere il suo *munus* con indipendenza ed imparzialità, senza favorire in alcun modo il soggetto che gli ha conferito l'incarico. Nella sua opera di traduzione della volontà del (o dei) comparente (o comparenti) nell'atto sottoposto al suo rogito dovrà rifiutarsi di "*ricevere o autenticare atti: 1) se essi sono espressamente proibiti dalla legge o manifestamente contrari al buon costume o all'ordine pubblico"* (art. 28, legge notarile). Entro questi limiti, dunque, si circoscrive l'interpretazione della legge da parte del notaio – atto non espressamente proibito o manifestamente contrario al buon costume e all'ordine pubblico – al fine di consentire la produzione degli effetti giuridici divisati dalla (e) parte (i). Egli dovrà valutare la portata precettiva della norma sulla base del tenore letterale della stessa, valutando se il risultato dell'interpretazione in concreto manifestato nell'atto in attuazione della volontà della (e) parte (i) travalichi i limiti di cui all'art. 28 legge notarile. Insomma, mentre al giudice è richiesto anche di garantire con la propria decisione il rispetto della coerenza del sistema, e quindi di utilizzare i criteri di cui all'art. 12 delle preleggi in una dimensione in qualche modo "creativa", storico-evolutiva, per far sì che la norma si adatti al "fatto" che nel tempo si è andato modificando, una tale valutazione non è consentita al notaio. è vero, come già si è detto, che il giudice non è tenuto al rispetto del precedente da qualunque autorità sia stata emanata la decisione su un caso simile [54], ma non può ignorarsi che nella pratica il giudice cerca di trovare sostegno alla motivazione e al dispositivo della propria sentenza in un orientamento giurisprudenziale, oppure a motivare e giustificare la mancata adesione ad un orientamento giurisprudenziale, soprattutto se della Corte di Cassazione e soprattutto se dominante. Tutto ciò non si rinviene nell'attività redazionale notarile che si limita al più a richiamare la normativa di volta in volta riferita. L'atto notarile presuppone che la normativa interessata sia già stata adeguatamente interpretata, ma non è necessario motivare le scelte nell'atto stesso. È pur vero, però, che oggi, di fronte alla continua produzione normativa, non solo nazionale, e alla redazione normativa talvolta confusa e poco chiara, il compito del notaio interprete si è

[54] A.A. CARRABBA, *op. cit.,* 77 ss., si sofferma sulla autonomia di cui gode il giudice, richiamando la circostanza che neanche la Sezione semplice della Cassazione è tenuta a conformarsi alla decisione delle Sezioni unite.



notevolmente complicato, ma detta constatazione non può certo comportare un automatico cambiamento nel suo ruolo e nella sua funzione.

Definita in questi termini la distinzione di ruoli, compiti e funzioni tra il giudice e il notaio, bisognerà definire in che modo si debba esplicare il controllo di meritevolezza da parte del notaio, ai sensi dell'art. 2645*ter*, cod. civ., sull'atto di destinazione da redigere ai fini della trascrizione.

4. – È esplicito nell'art. 2645*ter* cod. civ. il rinvio all'art. 1322, secondo comma, cod. civ., come se quest'ultima norma offrisse all'interprete criteri sicuri di valutazione della meritevolezza degli interessi perseguiti e non si limitasse, invece, soltanto a precisare (in verità genericamente) che la valutazione va fatta "*secondo l'ordinamento giuridico*".

Inoltre, come si è già detto, le differenze tra le due norme del codice civile sono varie ed importanti. L'art. 1322 cod. civ. riguarda la materia contrattuale, circoscrivendo l'autonomia delle parti nel "*concludere contratti che non appartengono ai tipi aventi una disciplina particolare*", i cc.dd. contratti atipici, caratterizzandosi come norma sostanziale; l'art. 2645*ter* cod. civ. non crea una nuova categoria di atti, non sembra contemplare contratti, sicuramente limita il proprio ambito applicativo al piano degli effetti, rendendo opponibile ai terzi con la trascrizione "*il vincolo di destinazione*".

Nell'art. 1322, secondo comma, cod. civ. il controllo sulla meritevolezza degli interessi perseguiti è svolto *ex post* dal giudice ed eventualmente, solo in caso di contenzioso; nell'art. 2645*ter* cod. civ., il controllo sembrerebbe essere affidato al notaio *ex ante*, nel momento della formazione dell'atto pubblico, necessario ai fini della successiva trascrizione.

Il richiamo diretto all'art. 1322, secondo comma, cod. civ. nell'art. 2645*ter* cod. civ. con riguardo alla *meritevolezza degli interessi perseguiti*, porta a ritenere che il legislatore abbia voluto fissare uno stesso metro e metodo di valutazione. Eppure con riguardo all'art. 1322, secondo comma, cod. civ., la giurisprudenza dominante ritiene che quella formula vada letta in termini di non contrarietà a norme imperative, ordine pubblico e buon costume, anche se non manca un orientamento che legge la norma nel senso che la *meritevolezza* si risolverebbe nella condivisione di principi sui quali si fonda l'ordinamento giuridico [55].

[55] Si veda particolarmente attenta nell'indicare quale debba essere il percorso da seguire, App. Trieste 15 aprile 2021 in *Il Caso, News n. 93 del 22 aprile 2021*: *"Come detto la clausola in questione contiene*



Si è già detto come una parte della dottrina plaude alla previsione dell'art. 2645*ter* cod. civ., apprezzando che il legislatore abbia riempito un "*vuoto etico*", affidando al notaio il compito di "*verificare che lo scopo perseguito dal o dai richiedenti rientri nelle categorie indicate dalla legge e che la specificazione enunciata dalla parte richiedente non sia eticamente o socialmente trascurabile o, peggio ancora, eticamente e socialmente riprovevole*" [56].

In verità, siffatta lettura della norma non sembra condivisibile, nel momento in cui pone il controllo di meritevolezza quale condizione e presupposto della redazione dell'atto di destinazione. Non è possibile rendere oggettivi principi etici, solidaristici, sociali, che vanno a formare concetti e idee che appartengono alla sfera individuale e alla sensibilità soggettiva di ciascun individuo, che potrà ritenere etico o meno un certo comportamento o un'attività. Si è visto che il testo dell'art. 2645*ter* cod. civ. è stato sottoposto a diversi rimaneggiamenti sia nel suo *iter* parlamentare sia prima che intraprendesse un tale percorso e che, dall'originario orientamento volto a dare tutela a persone con disabili-

---

*una scommessa sul futuro andamento del cambio fra due divise. L'art. 1322, comma secondo, c.c. dispone che "le parti possono anche concludere contratti che non appartengono ai tipi aventi una disciplina particolare, purché siano diretti a realizzare interessi meritevoli di tutela secondo l'ordinamento giuridico". La norma fissa un limite alla libertà che l'ordinamento riconosce all'autonomia contrattuale: qualora le parti concludano un contratto, o una clausola, atipici la giuridicità degli stessi dipende dall'esito positivo del giudizio di meritevolezza degli interessi perseguiti. Secondo il giudice di legittimità la "meritevolezza" di cui all'art 1322, comma secondo, c.c., non si esaurisce nella liceità del contratto, del suo oggetto o della sua causa. Secondo la Relazione al Codice civile, la meritevolezza è un giudizio (non un requisito del contratto, come erroneamente sostenuto da parte della dottrina), e deve investire non il contratto in sé, ma il risultato con esso perseguito. Tale risultato dovrà dirsi immeritevole quando sia contrario alla coscienza civile, all'economia, al buon costume od all'ordine pubblico (così la Relazione al Codice, § 603, II capoverso). Principio che, se pur anteriore alla promulgazione della Carta Costituzionale, è stato da questa ripreso e consacrato negli artt. 2, secondo periodo; 4, secondo comma, e 41, secondo comma, cost. Affinché dunque un patto atipico possa dirsi "immeritevole", ai sensi dell'art 1322 c.c., non è necessario che contrasti con norme positive: in tale ipotesi sarebbe infatti di per sé nullo ai sensi dell'art. 1418 c.c.; l'immeritevolezza discenderà invece dalla contrarietà (non del patto, ma) del risultato che il patto atipico intende perseguire con i principi di solidarietà, parità e non prevaricazione che il nostro ordinamento pone a fondamento dei rapporti privati. Il giudizio di immeritevolezza, in definita, non costituisce che una parafrasi moderna del secolare ammonimento di Paolo nei Libri LXII ad edictum, ovvero "*non omne quod licet, onestum est (Dig., 50, XVII, 144)" (cfr. Cass., 28.4.2017 n. 10506). 6.5. Ne consegue che il contratto atipico, all'esito del giudizio d'immeritevolezza, deve ritenersi inefficace fin dalla stipulazione, inidoneo a vincolare le parti al reticolo di regole che ne compongono la struttura. Tale è la conseguenza della "irrilevanza giuridica" del medesimo. La valutazione da svolgere è, pertanto, del tutto simile a quella riguardante l'accertamento della validità o invalidità del contratto ex art. 1418 c.c., anzi deve ritenersi che l'indagine relativa alla tipicità od atipicità del contratto, alla sua unitarietà o scindibilità, costituisce un accertamento preliminare indefettibile" (cfr. Cass. 15.2.2016 n. 2900)".*

[56] A. FALZEA, *Riflessioni preliminari,* cit., 6. Analoghe riflessioni e sostanziale condivisione ritroviamo in A. ORESTANO, *Atti di destinazione*, cit., 629; P. SPADA, *Articolazione del patrimonio,* cit., 126 ss.



tà, ha poi esteso il proprio ambito applicativo ad una dimensione apparentemente senza limiti. Dovrebbe essere dunque il notaio a limitarne l'ambito di applicazione, imponendo la propria valutazione sulla meritevolezza o meno della destinazione dell'atto che, evidentemente, il conferente ha già considerato tale? Se però il notaio dovesse dissentire dalla valutazione del conferente è verosimile che quest'ultimo si rivolga ad un altro notaio che potrebbe condividere o meno la precedente valutazione di meritevolezza. Una soluzione fondata sull'interpretazione dell'art. 2645*ter* cod. civ. che assegni al notaio una siffatta funzione di "controllo" evidenzia in tal modo tutti i suoi limiti.

Il controllo che spetta al notaio sull'autonomia privata è sulla base della normativa vigente un controllo di legalità[57]. Ai sensi della legge professionale egli può rifiutare il proprio ministero solo nel caso in cui l'atto sottoposto al suo rogito sia contrario a norme imperative, all'ordine pubblico e al buon costume. Egli, però, può adempiere correttamente al proprio ministero quando la normativa da applicare richiama clausole generali, si caratterizza per un contenuto elastico che fa riferimento alla realtà sociale ed economica, a parametri non rigidi, con la conseguenza che tali disposizioni esigono che il loro contenuto si ricavi dalla "*coscienza generale mediata dall'interpretazione*"[58]. Ma attribuire al notaio il compito di integrare il contenuto della clausola generale significherebbe richiedere al professionista un giudizio di merito che è diverso da quello di liceità richiesto dalla sua funzione. Quindi, in linea con la funzione notarile, la meritevolezza dell'art. 2645*ter*, cod. civ., quale condizione di validità del negozio non può che coincidere con ogni interesse non illecito, cioè non contrario a norme imperative, ordine pubblico e

---

[57] SCADUTO, *Gli interessi meritevoli di tutela: "autonomia privata delle opportunità" o "autonomia privata della solidarietà",* cit., 108, il quale opportunamente rileva che *"ordinariamente il Notaio raccoglie volontà e le intesse in negozi che egli giudica conformi all'ordinamento … verifica l'adempimento delle condizioni stabilite dalla legge … quindi, esercita normalmente un giudizio di congruenza o di non incongruenza di un insieme di proposizioni che costituiscono un apparato semantico (l'atto) rispetto ad un insieme di regole (l'ordinamento giuridico) assunto come apparato semantico*".

[58] In tal senso si esprimono Cass., 3 agosto 2001, n. 10750, in *Foro it.*, 2003, I, c. 1845; Cass., 21 novembre 2000, n. 15004, ivi, c. 1846; Cass., 10 novembre 2015, n. 22950, in *Società*, 2016, VI, p. 725, con nota di COSTANZA, "For you o for nothing" *o immeritevolezza*. E ancora SCADUTO, *op. loc. ult. cit.*, il quale sottolinea che nel giudizio di meritevolezza *ex* art. 2645*ter* cod. civ., il notaio "*è costretto a calcare territori alieni quando è chiamato ad effettuare il vaglio dell'adeguatezza dell'organizzazione della destinazione. Quindi il giudizio di meritevolezza si fa giudizio su "cose" ed implica valutazioni che non sono di congruenza delle clausole negoziali all'ordinamento, ma di comparazione fra interessi, che si contrappongono non in atto ma "fuori" di esso. Si tratta, in ultima analisi, di prognosi sugli effetti del negozio nei confronti di terzi estranei (i creditori del conferente")*". Ebbene, l'A., pur rilevando che i compiti e le funzioni dell'attività notarile confliggono manifestamente con l'apparente assegnazione di un ruolo di controllo sulla meritevolezza dell'atto di destinazione sottoposto al suo ministero, non individua una diversa lettura della norma, nei termini che si propongono.



buon costume [59]. Diverso è se il giudizio di meritevolezza di cui all'art. 2645*ter* cod. civ. non è in funzione della validità dell'atto ma dell'opponibilità ai terzi dell'effetto di segregazione. Letto con la lente dell'art. 28 legge notarile, l'art. 2645*ter* cod. civ. presenta due diverse regole: a) la prima, relativa all'atto di destinazione, disciplina la fattispecie primaria, fonte di effetti obbligatori; b) la seconda, che attiene all'opponibilità del vincolo di destinazione e della segregazione, disciplina la fattispecie secondaria che determina l'effetto segregativo, con la trascrizione dell'atto di destinazione e l'esistenza effettiva di un interesse meritevole di tutela. Pertanto, la mancanza di un interesse meritevole di tutela, che sarà eventualmente appurata in un momento successivo in sede giudiziaria, lascerà valido l'atto di destinazione, determinando l'impossibilità del prodursi dell'effetto segregativo patrimoniale e della opponibilità del vincolo nei confronti dei terzi.

Una diversa interpretazione della norma, altrimenti, assegnerebbe al notaio un ruolo equivalente a quello del giudice con riguardo alla norma dell'art. 1322 cod. civ., ma così non è perché – a parte la diversità del momento e della natura dell'intervento – la valutazione di non meritevolezza dell'atto di destinazione comporterebbe solo che il conferente si rivolgerebbe ad un altro notaio (che eventualmente apprezzi come "meritevole" l'atto di destinazione), mentre il giudizio di non meritevolezza del contratto atipico da parte del giudice in sede contenziosa comporterà la dichiarazione di nullità del negozio.

Pur apprezzando dunque l'intento del legislatore di dare peso e tutela al conferimento di beni con atti destinati a scopi di interesse etico e sociale, verso beneficiari con disabilità, è necessario non perdere di vista l'applicazione pratica della norma, che, nel creare il vincolo di destinazione, lo rende opponibile con la trascrizione nei confronti dei creditori. Questi ultimi non vengono privati delle azioni che l'ordinamento mette a loro disposizione a tutela del credito, segnatamente l'azione revocatoria. è ovvio che il vincolo di destinazione non potrà essere opposto ai creditori che abbiano trascritto precedentemente; il problema attiene ai limiti di applicabilità dell'art. 2901 cod. civ. sugli atti di destinazione trascritti successivamente.

L'atto di destinazione, nella sua pratica applicazione, può, infatti, essere utilizzato per sottrarre beni ai creditori, violando la garanzia patrimoniale di cui all'art. 2740 cod. civ., ed allora i creditori potranno azionare l'art. 2901 cod. civ., verificando la sussistenza del-

[59] D'APREA, *Negozi di destinazione: ruolo e responsabilità del notaio*, cit., 804; M. NUZZO, *L'interesse meritevole di tutela tra liceità dell'atto di destinazione e opponibilità dell'effetto della separazione patrimoniale*, cit., 34; ID., *Atto di destinazione ed interessi meritevoli di tutela*, cit., 72; M. BIANCA, *La categoria dell'atto negoziale di destinazione: vecchie e nuove prospettive*, cit., 179; S. PATTI, *Gli atti di destinazione e trust nel nuovo articolo 2645-ter c.c.*, cit., 987.



le condizioni richieste nel caso di atto a titolo gratuito [60]. "*La giurisprudenza ha, infatti, ricondotto all'art. 2901 c.c. qualsiasi atto di disposizione che sia idoneo ad incidere sul patrimonio del debitore, sia dal punto di vista quantitativo, sia dal punto di vista qualitativo, pregiudicando in tutto o in parte la garanzia del credito e quindi la soddisfazione delle ragioni del creditore; coerentemente, la dottrina ha ritenuto che l'azione revocatoria ordinaria sia l'unico rimedio esperibile al fine di eliminare l'effetto segregativo proprio del trust*" [61].

Inoltre, può trovare applicazione l'art. 2929*bis* cod. civ., ai sensi del quale il creditore pregiudicato dal compimento da parte del suo debitore di un atto di alienazione a titolo gratuito o costitutivo di vincolo di indisponibilità successivo al sorgere del credito, può procedere, se ricorrono i requisiti temporali indicati nell'articolo, al pignoramento del bene senza dover prima esercitare l'azione revocatoria. "*Indubbiamente, il riferimento operato dalla norma agli atti di "costituzione di vincolo di indisponibilità" porta ad applicare l'istituto di cui all'art. 2929 bis c.c. anche al vincolo di destinazione di cui all'art. 2645 ter c.c., sciogliendo la riserva sulla sua natura gratuita od onerosa*" [62].

Ciò significa che i creditori, agendo in giudizio per rendere inopponibile nei loro con-

---

[60] Sui presupposti oggettivi e soggettivi dell'azione revocatoria si veda F. GARLISI, *Azione revocatoria*, in *Garanzie reali e personali*, a cura di R. Clarizia, Padova 2011, 760 ss.

[61] M. MARTINELLI-E. POLAZZO, *Il vincolo di destinazione ex art. 2645*ter *c.c. nel concordato preventivo*, in *www.ilcaso.it*. App. Roma, 5 maggio 2007, in *www.iusexplorer.it*, esplicitamente evidenzia che "*L'atto di disposizione del patrimonio pregiudizievole per il creditore, nel senso indicato dal primo comma dell'art. 2901 c.c., è individuato dalla giurisprudenza in qualsiasi atto, anche non riconducibile alla alienazione o al trasferimento in senso stretto, che attui o modifichi la situazione patrimoniale del debitore, pregiudicando o semplicemente rendendo più difficoltoso il soddisfacimento del credito; insomma in qualsiasi atto che incida sulla consistenza del patrimonio del debitore, anche solo in senso qualitativo, convertendolo ad esempio in beni facilmente occultabili, e così riduca o annulli la garanzia del credito*." E così Cass., 9 febbraio 2012, n. 1893, in *www.iusexplorer.it*, per la quale "*L'art. 2901 cod. civ. ha accolto una nozione lata di credito, comprensiva della ragione o aspettativa, con conseguente irrilevanza dei normali requisiti di certezza, liquidità ed esigibilità. Ne consegue che anche il credito eventuale, nella veste di credito litigioso, è idoneo a determinare – sia che si tratti di un credito di fonte contrattuale oggetto di contestazione in separato giudizio sia che si tratti di credito risarcitorio da fatto illecito – l'insorgere della qualità di creditore che abilita all'esperimento dell'azione revocatoria ordinaria avverso l'atto di disposizione compiuto dal debitore (nella specie, atto di concessione di ipoteca volontaria)*".

[62] M. MARTINELLI-E. POLAZZO, *op. cit.*, 22, secondo cui "*I primi commentatori ritengono altresì che tale norma deroghi alla disciplina prevista dall'art. 2915 c.c. – per il quale tra il beneficiario del vincolo di indisponibilità ed il creditore pignorante prevale colui che trascrive per primo – prevedendo che, in presenza dei presupposti richiesti dalla norma, il creditore particolare munito di titolo esecutivo possa agire esecutivamente sui beni vincolati, indipendentemente dall'ordine delle trascrizioni. Invero, il creditore particolare del conferente può procedere ad esecuzione forzata nonostante l'avvenuta trascrizione del vincolo* de quo*, purché abbia trascritto il pignoramento entro un anno dalla suddetta".*



fronti l'atto di destinazione trascritto, affideranno al giudice il compito di valutare se, nei limiti indicati dall'art. 2645*ter*, cod. civ., il vincolo di destinazione potrà essere loro opposto vittoriosamente. In quell'occasione il giudice dovrà pronunciarsi sulla meritevolezza degli interessi perseguiti – ai sensi dell'art. 1322 cod. civ. – con gli atti di destinazione trascritti, atti sui quali in sede di rogito il notaio avrà esercitato l'ordinario controllo di liceità ai sensi dell'art. 28 legge notarile. Anche l'azione prevista dall'articolo 2929*bis* cod. civ. conferma che il notaio non può spingersi ad un controllo di merito riguardo all'interesse meritevole di tutela ma solo a una valutazione di liceità conformemente alle sue funzioni.

Egli, infatti, non è certo responsabile nei confronti del beneficiario di un trasferimento a titolo gratuito di un bene suscettibile di pignoramento, né dell'eventuale inefficacia dell'atto soggetto all'azione revocatoria. La possibile inefficacia dell'atto non lo configura come un atto proibito dalla legge e che quindi ai sensi dell'art. 28 legge notarile il notaio non può ricevere. Peraltro una diversa ricostruzione interpretativa comporterebbe una ingiustificata limitazione nell'attività notarile, per non incorrere appunto nel divieto dell'art. 28 legge notarile, perché stante la "presunzione di fraudolenza" nessun notaio riceverebbe più un atto di donazione o di costituzione del fondo patrimoniale [63]. Al più potrà riconoscersi in capo al notaio un preciso obbligo di informazione nei confronti delle parti, dovendo renderle edotte, ai sensi dell'art. 1176, secondo comma, cod. civ., circa l'eventuale inefficacia di cui l'atto potrebbe essere affetto [64].

La giurisprudenza cerca di tenere distinto il concetto di "proibito" – che riguarda il giudizio di liceità – da quello di "agiuridico" – che denuncia il difetto di una ragione giustificativa plausibile del vincolo – che, in quanto tale, non può trovare tutela da parte dell'ordinamento ed attiene al giudizio di meritevolezza.

---

[63] SCATTONE, *L'azione revocatoria c.d. semplificata di cui all'articolo 2929-bis c.c.: un bilanciamento di interessi che desta perplessità,* in *Riv. not.*, 2016, 25, rileva che *"In ogni momento, infatti, un creditore del donante potrebbe agire ex articolo 2929-bis c.c., anche mancandone i presupposti (bisognerà aspettare opposizione), cui conseguirà una possibile responsabilità del professionista che ha ricevuto quell'atto".*

[64] G. OBERTO, *La revocatoria degli atti a titolo gratuito ex art. 2929bis, c. c.,* Torino, 2015, 147, ritiene che il notaio debba fare espressa menzione nell'atto oggetto del rogito di aver informato le parti sul contenuto e l'ambito di applicazione dell'art. 2929*bis* cod. civ. e che nell'atto si debba prevedere una dichiarazione da parte del costituente il vincolo (o alienante), nel senso che "*ai sensi degli effetti di quanto previsto dall'articolo 2929-bis c.c., per quanto di sua conoscenza, non esistono creditori pregiudicati da tale atto, con espresso esonero del notaio da ogni responsabilità civile, nel caso terzi creditori dovessero far valere loro pretese sui beni oggetto del negozio rogato dal professionista*". L'autore suggerisce, inoltre, che la medesima menzione venga inserita in tutti i successivi atti di trasferimento del medesimo bene qualora intervengano entro l'anno successivo.



La lettura della giurisprudenza sul significato da attribuire al concetto di meritevolezza, convince sempre più sulla incongruenza a ritenere possibile che sia il notaio a svolgere un siffatto ruolo di controllo [65]. Infatti, applicando l'insegnamento della Suprema Corte sul giudizio di meritevolezza all'art. 2645*ter*, cod. civ., l'atto di destinazione valutato non conforme al sistema giuridico vigente e ai valori costituzionali non dovrebbe superare il vaglio di meritevolezza con la conseguente inopponibilità ai terzi della trascrizione, ma sarebbe valido se persegue uno scopo lecito. Tale ultimo "controllo" – anche ai sensi dell'art. 28 legge notarile – spetterà al notaio, il primo sarà di esclusiva competenza del giudice in sede di contenzioso. Insomma, liceità e meritevolezza, nell'ambito dell'art. 2645*ter* cod. civ., sono e operano su piani diversi, come ha ben messo in luce una attenta dottrina [66].

---

[65] Secondo Cass., 10 novembre 2015, n. 22950, cit., la "*inidoneità a realizzare un interesse meritevole di tutela, secondo l'ordinamento giuridico dello Stato, del contratto posto in essere in frode alle regole dell'ordinamento sportivo e senza l'osservanza delle prescrizioni formali all'uopo richieste: il quale – seppure non direttamente affetto da nullità per violazione di norme imperative, a norma dell'articolo 1418 c.c. – è inidoneo ad attuare la sua funzione, proprio in quell'ordinamento sportivo nel quale essa deve esplicarsi (Cass. Civ., 28 luglio 1981, n. 4845; in seguito, cfr. Cass. Civ., 5 gennaio 1994, n. 75; Cass. Civ., 23 febbraio 2004, n. 3545, Cass. Civ., 20 settembre 2012, n. 15934 e Cass. Civ., 17 marzo 2015, n. 5216). Altre volte si è ritenuta l'assenza di causa, allorché il contratto non permetteva il raggiungimento della sua funzione: il contratto vitalizio, avente natura di contratto aleatorio, è privo di causa quando il beneficiario della rendita sia prossimo al fine vita (Cass. Civ., 28 aprile 2008, n. 10798, fra le altre); viceversa, è valido il contratto atipico di mantenimento, con cui venga ceduta la proprietà immobiliare in cambio dell'assunzione dell'obbligo di prestare al cedente assistenza a vita, quando sussista ragionevole incertezza sulle possibilità di sopravvivenza del cedente e quindi sulla gravosità delle prestazioni assunte dal cessionario (Cass. Civ., 19 luglio 2011, n. 15848)*".

[66] G. PERLINGIERI, *Il controllo di "meritevolezza" degli atti di destinazione ex articolo 2645-ter c.c.*, cit., 14 ss., il quale rileva che liceità e meritevolezza si pongono su due piani distinti, in quanto l'illiceità determina la nullità dell'atto di destinazione, mentre la "immeritevolezza" porta a "*una destinazione valida ed efficace tra le parti, ma manchevole della separazione patrimoniale"*. Non può escludersi – rileva l'A. – che il giudizio di meritevolezza "*non possa risolversi in un appiattimento nel giudizio di mera liceità ma, in conformità al sistema della destinazione del patrimonio ad uno scopo"*, manifesti "*il punto di equilibrio tra le finalità destinatorie e la tutela del credito"*. L'A. considera il giudizio di meritevolezza ai sensi dell'articolo 1322 cod. civ. distinto da quello richiesto dall'articolo 2645-*ter* cod. civ., perché "*mentre il controllo ex articolo 1322 c.c. riguarda la causa e la funzione dell'atto (o della operazione economica complessa) – quindi è un controllo, anche se non sempre statico (visto che esistono le categorie dell'invalidità sopravvenuta e dei contratti di durata), in ogni caso interno all'atto e al rapporto tra le parti –, viceversa il controllo dell'articolo 2645 ter c.c., come vedremo, è: – esterno all'atto perché non si riferisce tanto alla sua causa concreta o agli "obiettivi perseguiti in concreto mediante la destinazione" ma riguarda, sia il rapporto tra bene e scopo e tra bene destinato e valore del patrimonio residuo, sia, in alcuni casi, la valutazione comparativa tra l'interesse avuto ad oggetto con la destinazione (interesse del beneficiario) e l'interesse dei terzi creditori eventualmente sacrificato); – dinamico perché non può non riferirsi, entro certi limiti, a tutta la durata della destinazione. Potrebbe, infatti, accadere che un atto meritevole al momento della stipulazione (opponibile ai terzi) si trasformi in un atto non meritevole durante l'attività di destinazione, la*



5. – A questo punto è possibile trarre delle conclusioni sul punto del significato e sulla portata da attribuire alla formula "interessi meritevoli di tutela" nell'ambito della norma dell'art. 2645*ter* cod. civ.

Purtroppo non si può non rilevare che la tecnica redazionale del legislatore è in questo caso poco chiara e di incerta applicazione. Tale rilievo critico si manifesta con ancor maggiore evidenza quando la "nuova" norma è inserita nel corpo del codice civile, perché è immediata la comparazione rispetto alla chiarezza, essenzialità e comprensibilità della normativa scritta nel 1942. Si ha piena consapevolezza di una tale situazione [67] che influisce negativamente non soltanto sul "sistema" normativo, ma anche economico e finanziario; a quanto sembra, però, non si riesce in alcun modo ad intervenire in maniera efficace e seria sull'argomento.

Dalla lettura dell'art. 2645*ter* cod. civ. si avverte la rilevanza sociale della norma: la sua tensione ad offrire una tutela giuridica alla destinazione di determinati beni per la realizzazione di scopi che diano benefici a persone bisognose. La tutela si risolve nella trascrizione di tale vincolo di destinazione che potrà essere opposto ai terzi; ma per perseguire lo "scopo benefico" è necessario valutare la meritevolezza degli interessi perseguiti con tali atti di destinazione, specificando che si fa riferimento all'art. 1322, secondo comma, cod. civ.; per finire, si amplia la portata dell'intervento normativo, esponendo che si ha riguardo "*alla realizzazione di interessi meritevoli di tutela riferibili a persone con disabilità, a pubbliche amministrazioni, o ad altri enti o persone fisiche*". Pur consapevoli che l'intervento legislativo, integrativo della normativa codicistica sulla trascrizione, in quanto tale, non incide sul piano sostanziale di validità dell'atto di destinazione, rendendo opponibile la trascrizione dell'atto nei confronti dei terzi, diventa rilevante, anzi determinante, interpretare correttamente il significato da attribuire all'espressione "interessi meritevoli di tutela", che riguarda anche l'individuazione del soggetto che debba procedere a verificare se l'atto di destinazione sia in grado o meno di "realizzare" siffatti interessi. Dall'entusiasmo per l'attenzione che il legislatore dedica alle persone con disa-

---

quale, come stabilisce l'articolo 2645 ter, può anche durare molti anni". Nello stesso senso, sostanzialmente, AMADIO, *Note introduttive*, cit., 59, per il quale l'atto (di destinazione) immeritevole ma lecito – non essendo invalido (ma semplicemente inopponibile) – non comporta una responsabilità del notaio rogante *ex* art. 28 legge notarile, salva la responsabilità professionale che il cliente potrebbe eccepire perché non informato della inopponibilità dell'atto.

[67] Nel documento intitolato "La buona scrittura delle leggi" a cura di Roberto Zaccaria, Presidente *pro tempore* del Comitato per la legislazione della Camera dei deputati, Palazzo Montecitorio, presentato nella Sala della Regina il 15 settembre 2011 sono raccolti vari contributi che danno conto dei seminari si sono svolti in diversi contesti negli anni precedenti.



bilità e "*a pubbliche amministrazioni, o ad altri enti o persone fisiche*" – che evidentemente debbano condividere analoghe finalità di carattere sociale, il richiamo espresso nella norma dell'art. 2645*ter*, cod. civ., all'art. 1322, secondo comma, cod. civ., evoca tutte le problematiche interpretative già sollevate in dottrina e in giurisprudenza riguardo alla disciplina dei contratti atipici. L'originaria previsione che includeva nel testo anche le norme corporative, il successivo collegamento con i principi costituzionali, in altri termini tutta la sofferta attenzione dedicata a questa norma si è poi in gran parte risolta nella considerazione che al giudice spetta di verificare che il contratto atipico non sia contrario a norme imperative, all'ordine pubblico e al buon costume, per esaurire in tal modo la funzione di controllo di meritevolezza da esercitare in sede contenziosa.

La stessa problematica viene ora, dunque, a riproporsi anche nella lettura dell'art. 2645*ter* cod. civ. Nel ritenere del tutto improvvido il richiamo operato dal legislatore nella norma *de qua* all'art. 1322, secondo comma, cod. civ., non pare che il dibattito che ne ha accompagnato l'applicazione possa essere richiamato negli stessi termini con riguardo all'art. 2645*ter* cod. civ. L'art. 1322, cod. civ., attiene alla disciplina sostanziale dei contratti atipici, mentre l'art. 2645*ter*, cod. civ., riguarda esclusivamente l'opponibilità ai terzi della trascrizione degli atti di destinazione aventi le caratteristiche di cui all'art. 2645*ter*, cod. civ.; nel corpo dell'art. 1322, secondo comma, cod. civ., l'espressione "*interessi meritevoli di tutela secondo l'ordinamento giuridico"* – sia che si voglia dare una interpretazione "limitata" alla non contrarietà a norme imperative, ordine pubblico e buon costume, sia che si voglia ricercare una tensione delle parti alla realizzazione di scopi che le cause dei contratti tipici non contemplano specificamente ma che rientrano nelle finalità che l'*ordinamento giuridico* consente possano realizzarsi – manifesta l'ampiezza di attuazione dell'autonomia negoziale; mentre la stessa espressione nel testo dell'art. 2645*ter* cod. civ., necessariamente deve essere letta come circoscritta a scopi di carattere sociale, conformati in qualche modo a quelle esigenze che le "*persone con disabilità*" evocano, altrimenti i successivi riferimenti soggettivi, riguardanti tutti i soggetti di diritto, porterebbe ad una applicazione generalizzata e vaga; infine, mentre l'art. 1322, secondo comma, cod. civ., lascia le parti libere di determinare in concreto il contenuto degli "*interessi meritevoli di tutela*", che eventualmente saranno vagliati dal giudice in un momento successivo in sede contenzioso, l'art. 2645*ter* cod. civ., nella sua "infelice" formulazione, sembrerebbe presupporre un controllo di meritevolezza del notaio in sede di formazione dell'atto pubblico di destinazione da trascrivere. Ma si è visto, nella precedente esposizione, che una tale interpretazione non è praticabile.

Il raggiungimento dell'obiettivo di dare tutela a persone con disabilità, consentendo



che le stesse entro un determinato lasso tempo possano essere destinatarie di provvidenze di carattere economico, che fossero sottratte alla esecuzione dei creditori dei "benefattori", proprio per l'importanza di carattere sociale dell'operazione, oltre che per l'impatto giuridico sul sistema della responsabilità patrimoniale del debitore, avrebbe dovuto trovare una previsione chiara e specifica che si prestasse ad una interpretazione esclusivamente letterale della norma. In particolare appare del tutto improvvida la previsione dell'espressione "*interessi meritevoli di tutela ... ai sensi dell'art. 1322 secondo comma*", che certamente non è d'ausilio all'interprete nella individuazione sicura della *ratio* della norma e conferisce vaghezza e genericità al testo. L'unica lettura rispettosa insieme delle funzioni notarili e giudiziarie, nonché della autonomia negoziale, è dunque quella che, in fase di formazione e di rogito dell'atto pubblico di destinazione, affida al notaio il compito che gli è proprio di verifica che il negozio non sia contrario a norme imperative, ordine pubblico e buon costume; ed in sede di contenzioso, al giudice, il controllo di meritevolezza degli interessi perseguiti per verificare la tenuta del vincolo di destinazione ai fini dell'opponibilità ai terzi.



CASS. CIV., SEZ. I, 23 NOVEMBRE 2020, N. 26568

In tema di concordato preventivo, il giudice, ai fini del giudizio di ammissibilità della domanda, è tenuto, in linea con i principi della normativa unionale in tema di ristrutturazione preventiva, a verificare che il debitore, nel formulare un piano che contempli l'autorizzazione allo scioglimento dal contratto pendente, a norma dell'art. 169-bis L. fall., abbia agito conformemente ai principi di correttezza e buona fede nell'esecuzione del contratto, in modo da evitare che ne derivi un ingiusto pregiudizio a carico dell'altro contraente, con conseguente abuso dello strumento concordatario. (Fattispecie relativa ad uno scioglimento del contratto preliminare di vendita in cui, prima del deposito del ricorso ex art. 161 L. fall., il promissario acquirente aveva già versato l'intero prezzo, aveva conseguito la detenzione dell'immobile ed aveva promosso un giudizio ex art. 2932 c.c., subendo una quantificazione dell'indennizzo in misura corrispondente alla mera restituzione del prezzo versato, oggetto di falcidia concordataria nella misura dell'85%).

…Omissis…

FATTI DI CAUSA

1. Con sentenza del 30/05/2017, la Corte d'appello di L'Aquila ha respinto il reclamo L. Fall., ex art. 183, proposto da *Omissis* contro il decreto del 16/01/2017 con cui il Tribunale di Pescara aveva omologato il concordato preventivo della società *Omissis*, rigettando l'opposizione da egli proposta quale promissario acquirente di un immobile in costruzione – poi ultimato e incluso nell'attivo concordatario – in forza di contratto preliminare di compravendita del 26/11/2011, seguito da domanda di esecuzione in forma specifica dell'obbligo di contrarre ex art. 2932 c.c., pacificamente introdotta prima della domanda di ammissione al concordato preventivo della predetta società, ma trascritta dopo la sua iscrizione nel registro delle imprese.

1.1. Dalla cronologia dei fatti di causa riportati in sentenza risulta: – che in data 19/05/2014 la promittente venditrice *Omissis* ha dato atto dell'integrale versamento del prezzo di Euro 405.000,00 da parte del promissario acquirente *Omissis* (tramite acconti e



saldo di Euro 55.000,00 a compensazione dei lavori di completamento dell'immobile effettuati direttamente da quest'ultimo); – che il 03/06/2014 *Omissis* ha proposto domanda ex art. 2932 c.c. (accolta dal Tribunale di Vasto con sentenza del 13/05/2016, poi gravata da appello) e il 12/06/2014 è stato "immesso dalla società nel possesso dell'immobile (verbale di consegna in atti)"; – che in data 01/08/2014 la società ha proposto domanda di concordato preventivo liquidatorio, ammesso dal Tribunale di Pescara con decreto del 05/06/2015; – che il 24/06/2015 il *Omissis* ha ricevuto l'avviso L. Fall., ex art. 171, con fissazione dell'adunanza dei creditori al 14/07/2015; – che il 10/07/2015 la società concordataria ha depositato istanza di scioglimento dal contratto preliminare L. Fall., ex art. 169-bis, dichiarata inammissibile dal Giudice Delegato in data 14/01/2016 "per omessa indicazione dell'indennizzo", ma successivamente accolta dal Tribunale di Pescara, su reclamo della società, con decreto del 08/04/2016, che ha autorizzato lo scioglimento; – che a seguito di avviso L. Fall., ex art. 179, comma 2, il *Omissis*, indicato tra i creditori per la somma di Euro 405.000,00, ha espresso voto contrario all'omologazione del concordato, esponendo un credito di Euro 810.000,00 in luogo di quello di Euro 405.000,00 per il quale è stato ammesso al voto; – che con decreto del 25/10/2015 il Tribunale di Pescara, "su relazione del Giudice Delegato che aveva condiviso le osservazioni del Commissario Giudiziale circa la legittimità dell'ammissione al voto dell'*Omissis* per il credito di Euro 405.000,00", ha dato ingresso al giudizio di omologazione, cui il *Omissis* si è opposto quale creditore dissenziente.

1.2. Con ricorso notificato a mezzo posta il 28/07/2017, il *Omissis* ha proposto ricorso per cassazione affidato a tre motivi, corredato da memoria, cui la società concordataria ha resistito con controricorso; i restanti intimati non hanno svolto difese.

Ragioni della decisione

2.1. Con il primo motivo, rubricato "Violazione e falsa applicazione della L. Fall, art. 169, n. 2, per errata identificazione degli elementi costitutivi dell'indennizzo", il ricorrente lamenta l'errore in cui la Corte d'appello sarebbe incorsa sulla nozione di indennizzo L. Fall., ex art. 169-bis, comma 2, "identificandolo con gli obblighi restitutori di quanto ricevuto dalla parte che invoca lo scioglimento del contratto", mentre esso dovrebbe essere "equivalente al risarcimento del danno conseguente al mancato adempimento" del contratto di cui sia autorizzato lo scioglimento, come ben aveva colto il Giudice delegato, il quale aveva negato l'autorizzazione allo scioglimento del contratto preliminare di vendita per cui è causa (con provvedimento però riformato in sede di reclamo) per mancanza, appunto, "di un requisito essenziale, ossia la previsione dell'inden-



nizzo", dal momento che "nel piano concordatario, ove però lo scioglimento non era stato né previsto né richiesto (...) era appostato un debito di Euro 405.000,00 per "debiti per acconti/caparra clienti" di cui Euro 350.000,00 per "acconti caparre da clienti" ed Euro 55.000,00 per "debiti v/clienti per lavori eseguiti"", senza alcun richiamo "al debito indennitario/risarcitorio per lo scioglimento contrattuale". Ciò con evidente pregiudizio per il promissario acquirente, tenuto a rilasciare l'immobile alla procedura concordataria a fronte di un "indennizzo" di importo pari alla mera restituzione del prezzo versato (Euro 405.000,00), peraltro soggetto alla falcidia dell'85%, in quanto credito chirografario.

2.2. Con il secondo mezzo – rubricato "Violazione della L. Fall., art. 169-bis, nella parte in cui la sentenza conferma il rango chirografario e non prededucibile dell'indennizzo; in subordine illegittimità costituzionale dell'art. 169-bis, con riferimento all'art. 3 Cost." – il ricorrente osserva che, a fronte di una istanza di scioglimento presentata successivamente alla domanda di concordato, il credito da indennizzo in questione avrebbe dovuto essere considerato con rango prededucibile, piuttosto che chirografario, prospettando in subordine una questione di legittimità costituzionale per disparità di trattamento, ex art. 3 Cost., rispetto ad altre ipotesi analoghe che contemplano la prededucibilità dell'indennizzo (come lo scioglimento del curatore fallimentare dal contratto di affitto di azienda L. Fall., ex art. 79, o dal contratto di locazione L. Fall., ex art. 80, nonché le ipotesi D.Lgs. n. 270 del 1999, ex artt. 20 e 50) o comunque riconoscono il privilegio immobiliare ex art. 2775 bis c.c. (scioglimento del contratto preliminare trascritto, L. Fall., ex art. 72, comma 7).

2.3. Il terzo motivo prospetta la "Violazione e falsa applicazione della L. Fall., art. 169 bis, anche in relazione all'art. 1375 c.c., per aver ritenuto applicabile la disposizione sullo scioglimento del contratto in ipotesi di prestazioni totalmente eseguite dalla parte in danno della quale viene richiesto lo scioglimento". Osserva il ricorrente che il contratto preliminare non doveva ritenersi "pendente" – ossia "ineseguito, in tutto o in parte, da entrambe le parti" (come precisato da Cass. Sez. U., 18131/2015) – avendo il promissario acquirente assolto per intero l'obbligo di pagamento del corrispettivo ed ottenuto altresì la consegna dell'immobile, sicché residuava una sola prestazione a carico del promittente venditore, ossia "la formalizzazione del rogito definitivo", cui questi si era però sottratto, violando il principio di esecuzione del contratto secondo buona fede ex art. 1375 c.c., tanto da costringere il *Omissis* a promuovere un giudizio ex art. 2932 c.c., nonostante la società *Omissis* lo avesse immesso nel possesso dell'immobile appena due mesi prima del deposito della domanda di concordato preventivo liquidatorio, e solo successivamente avesse chiesto l'autorizzazione allo scioglimento del contratto prelimi-



nare pressoché interamente eseguito, a distanza di un anno dall'inizio della causa ex art. 2932 c.c. (che l'aveva vista contumace e soccombente in primo grado). In tal modo, il debitore concordatario aveva lucrato solo vantaggi dallo scioglimento del preliminare, espropriando di fatto il promissario acquirente da un bene tutelato dall'art. 47 Cost., comma 2 – trattandosi pacificamente di una "casa di abitazione" – il cui valore costituiva, peraltro, circa un terzo dell'attivo concordatario, a fronte della proposta di restituzione di un importo pari solo al 15% del prezzo versato. 3. Il primo motivo è inammissibile.

3.1. Occorre innanzitutto premettere che alla fattispecie in esame è applicabile ratione temporis la L. Fall., art. 169-bis, come introdotto dal D.L. 22 giugno 2012, n. 83, art. 33, convertito con modificazioni dalla L. 7 agosto 2012, n. 34, nella versione vigente anteriormente alle modifiche apportate dal D.L. 27 giugno 2015, n. 83, art. 8, convertito dalla L. 6 agosto 2015, n. 132.

3.2. Occorre poi sottolineare che il contratto preliminare de quo non rientra tra quelli che della L. Fall., art. 169-bis, comma 4, esenta dalla soggezione allo scioglimento o alla sospensione, poiché il richiamato della L. Fall., art. 72, comma 8, pur contemplando (anche) il contratto preliminare di vendita avente ad oggetto un immobile destinato a costituire – come risulta nel caso di specie l'abitazione principale dell'acquirente, richiede come condizione necessaria che esso sia stato "trascritto ai sensi dell'art. 2645-bis c.c."; condizione, questa, che pacificamente difetta, come si legge a pag. 8 della sentenza impugnata.

3.3. Occorre infine evidenziare che l'originaria decisione del giudice delegato di dichiarare inammissibile l'istanza L. Fall., ex art. 169-bis, di autorizzazione allo scioglimento dal contratto preliminare de quo, per mancanza "di un requisito essenziale, ossia la previsione dell'indennizzo" – tale non essendo stata ritenuta l'appostazione concordataria di un credito del promissario acquirente pari alla sola restituzione del prezzo versato – è stata successivamente riformata dal Tribunale di Pescara, che ne ha invece autorizzato lo scioglimento, evidentemente assumendo che un indennizzo fosse stato – in qualche modo – contemplato. Tale decisione, oltre a non essere direttamente oggetto di impugnazione in questa sede, non sarebbe comunque sindacabile anche perché afferente al merito, potendosi al riguardo supporre che si sia tenuto conto di altri aspetti della vicenda (come, in ipotesi, l'occupazione dell'immobile dalla data di immissione in possesso sino al suo rilascio).

3.4. Più in generale, non si intende certo sottacere come la L. Fall., art. 169-bis, comma 2, preveda, in favore del terzo contraente pregiudicato dallo scioglimento, un vero e proprio "diritto ad un indennizzo" e come il legislatore abbia espressamente voluto



(sia pure con apparente ambiguità terminologica) che tale indennizzo sia "equivalente al risarcimento del danno conseguente al mancato adempimento" del contratto di cui sia stato autorizzato lo scioglimento, sì da non poter essere immotivatamente surrogato da crediti di natura meramente restitutoria – come, nel caso di specie, la restituzione del prezzo versato –, pena lo svuotamento del già debole presidio posto dalla norma a tutela del terzo contraente, per bilanciare l'evidente favor legislatoris per la soluzione concordataria.

3.5. Al riguardo questa Corte ha già avuto occasione di chiarire che l'istituto (assai peculiare) dello scioglimento del contratto L. Fall., ex art. 169-bis, costituisce una facoltà di natura potestativa messa a disposizione del debitore nel contesto delle soluzioni concordatarie, volte a perseguire il miglior soddisfacimento del ceto creditorio. A determinate condizioni, soggette a verifica giudiziale prima fra tutte la coerenza con il piano concordatario, anche sotto il profilo della sua "fattibilità" –, lo scioglimento assume i connotati della legittimità, in deroga al diritto comune (posto che, in assenza di vizi genetici o funzionali, il contratto continua ad avere forza di legge tra le parti, ex art. 1372 c.c., anche in costanza di concordato, a differenza del fallimento, che di regola comporta invece la sospensione automatica dei contratti pendenti L. Fall., ex art. 72), facendo però sorgere in capo alla controparte il diritto ad un indennizzo per il pregiudizio subito in conseguenza del venir meno del vincolo negoziale.

3.6. Il carattere dichiaratamente indennitario di tale diritto patrimoniale non deve pregiudicare la consistenza del ristoro da attribuire, come è reso palese dalla previsione (apparentemente antinomica) di una reintegrazione del patrimonio del contraente in bonis equivalente al risarcimento del danno derivante dal mancato adempimento, e perciò integrale, come imposto dall'art. 1223 c.c. (Cass. 6929/2019); norma, quest'ultima, tradizionalmente interpretata nel senso che la misura del danno risarcibile deve avere per oggetto l'intero pregiudizio subito dal soggetto danneggiato, essendo il risarcimento diretto alla completa restitutio in integrum del patrimonio leso (cfr. ex multis Cass. 15726/2010, 6856/1988).

3.7. Tuttavia, della L. Fall., art. 169-bis, comma 2, dispone inequivocabilmente che il credito in questione "è soddisfatto come credito anteriore al concordato", così assimilandolo a tutti gli altri crediti concorsuali, per i quali nel concordato preventivo non vi è – a differenza di quanto avviene in altre procedure concorsuali (in primis il fallimento) – una fase di vero e proprio accertamento, essendone la "verifica" funzionale non già alla selezione delle posizioni concorrenti ai fini della partecipazione al riparto dell'attivo, bensì solo alla individuazione dei creditori aventi diritto al voto e dei crediti da computare ai fini del calcolo delle maggioranze richieste per l'approvazione della proposta concordataria.



3.8. Ciò è reso palese dal disposto della L. Fall., art. 176, comma 1, il quale specifica che l'ammissione provvisoria, in tutto o in parte, dei crediti contestati – da parte del giudice delegato ed eventualmente del tribunale in sede di omologa (Cass. 30456/2019) – avviene "ai soli fini del voto e del calcolo delle maggioranze, senza che ciò pregiudichi le pronunzie definitive sulla sussistenza dei crediti stessi". Pertanto, l'eventuale accertamento su entità e natura dei crediti ammessi al voto nel concordato preventivo ha natura meramente incidentale e delibativa, in quanto strumentale al calcolo delle maggioranze necessarie, senza potersi in alcun modo ritenere preclusa la prosecuzione o l'instaurazione di un ordinario giudizio di cognizione su esistenza, entità e rango (privilegiato o chirografario) del credito, il cui esito costituirà definitivamente "la base su cui deve operarsi la c.d. falcidia concordataria" (Cass. 27489/2006, 2104/2002), solo quest'ultima essendo definitivamente accertata con la sentenza di omologazione del concordato preventivo passata in giudicato, la quale appunto, "per le particolari caratteristiche della procedura che ad essa conduce, determina un vincolo definitivo sulla riduzione quantitativa dei crediti, ma non comporta la formazione di un giudicato sull'esistenza, entità e rango (privilegiato o chirografario) di questi ultimi, né sugli altri diritti implicati nella procedura stessa" (Cass. 20298/2014).

3.9. Sono queste le ragioni sottese all'affermazione del principio per cui "è inammissibile, per difetto di interesse ad impugnare, il ricorso per cassazione avverso il decreto di omologa del concordato preventivo con il quale il creditore contesti l'entità o il rango (privilegiato o chirografario) di un suo credito, come determinato ai fini del calcolo delle maggioranze richieste per l'approvazione della proposta, dovendosi accertare sempre nelle forme della cognizione ordinaria le ragioni creditorie vantate nei confronti del debitore in concordato" (Cass. 208/2019).

3.10. Ebbene, le medesime conclusioni valgono anche per il credito indennitario in disamina (che il debitore deve, se del caso, contemplare nel ricorso ai sensi della L. Fall., art. 161, comma 2, lett. b), ed eventualmente collocare in apposita classe L. Fall., ex art. 160, comma 1, lett. c) posto che – a differenza di quanto accade per le analoghe ipotesi in sede fallimentare (v. L. Fall., artt. 79,80 e 105-bis) – la controversia sulla quantificazione dell'indennizzo va risolta in sede di cognizione ordinaria (ovvero in sede di accertamento del passivo del conseguente fallimento), mentre in sede concordataria, una volta esercitato il potere di concedere (o meno) l'autorizzazione allo scioglimento dal contratto, residua in capo al giudice solo il potere generale di ammettere in tutto o in parte i crediti contestati, ai fini del voto e del calcolo delle maggioranze, L. Fall., ex art. 176, senza pregiudizio per la pronuncia definitiva sulla loro sussistenza e quantificazione (Cass. 641/2019).



3.11. La giurisprudenza di questa Corte ha già fatto applicazione di questi principi, affermando che, "in ipotesi di autorizzazione da parte del G.D. (o diniego) allo scioglimento dei contratti, a norma della L. Fall., art. 169 bis, la parte non soddisfatta può adire il giudice e contestare la ritenuta sussistenza (o insussistenza) dei presupposti per lo scioglimento del contratto attraverso una domanda da proporsi nell'ambito di un giudizio a cognizione piena" (Cass. 11524/2020, 1442/2018, 17520/2015). Tale conclusione riguarda anche la ritualità del procedimento di autorizzazione allo scioglimento (Cass. 3441/2020, 1443/2018), i suoi effetti negoziali (Cass. 6243/2018) e il trattamento da riservare al credito derivante dallo scioglimento del contratto L. Fall., ex art. 169-bis, "quale credito anteriore piuttosto che prededucibile" (Cass. 3441/2020).

3.12. Di qui la costante affermazione della regola della non ricorribilità per cassazione, ex art. 111 Cost., dei provvedimenti assunti (anche in sede di reclamo) sulle istanze di sospensione o scioglimento dei contratti a norma della L. Fall., art. 169-bis, in quanto "proponibili dal debitore sia prima che dopo il decreto di ammissione alla procedura concordataria, oltre che da lui reiterabili nel corso di quest'ultima" e pertanto "inidonei a produrre effetti di diritto sostanziale con efficacia di giudicato" (Cass. 17520/2015, 18830/2018); in altri termini, trattandosi di "atti di esercizio del potere di amministrazione e gestione dei beni del debitore" – che, come noto, nel concordato subisce solo uno "spossessamento attenuato" (Cass. 1142/2018) – "e delle funzioni di direzione della procedura concorsuale, non deputati a risolvere controversie su diritti", i provvedimenti in questione sono ritenuti privi dei requisiti della decisorietà e definitività (Cass. 11524/2020 e Cass. 1442/2018, in tema di scioglimento; Cass. 4176/2016, in tema di sospensione).

3.13. Ciò non toglie che il contraente che abbia subito gli effetti dello scioglimento (così come della sospensione) del contratto possa opporsi all'omologa del concordato preventivo, L. Fall., ex art. 180, comma 1; tuttavia, l'opposizione non può fondarsi esclusivamente sulla concessione dell'autorizzazione o sulla quantificazione del relativo indennizzo, a meno che si intenda far valere la facoltà di tutti i creditori (anche parzialmente) esclusi di opporsi all'esclusione in sede di omologazione del concordato "nel caso in cui la loro ammissione avrebbe avuto influenza sulla formazione delle maggioranze", ai sensi della L. Fall., art. 176, comma 2; circostanza, questa, che però non emerge dal ricorso.

3.14. In conclusione, al primo motivo occorre rispondere affermando il seguente principio di diritto: "In tema di concordato preventivo, l'accertamento con efficacia di giudicato circa l'esistenza, l'entità e il rango del credito relativo all'indennizzo cui ha diritto il terzo contraente che abbia subito lo scioglimento del contratto, a norma della L. Fall., art. 169-bis, va effettuato, come per tutti i restanti crediti concorsuali, nelle forme della



cognizione ordinaria, fermo restando in capo al giudice delegato e al tribunale, in sede di omologazione, il potere di ammettere in tutto o in parte i crediti contestati, ai soli fini del voto e del calcolo delle maggioranze, ai sensi della L. Fall., art. 176".

4. Passando all'esame del secondo motivo, va dichiarata inammissibile la censura relativa alla natura prededucibile, piuttosto che chirografaria, del credito da indennizzo L. Fall., ex art. 169– bis, trattandosi di questione nuova e mai dibattuta nei gradi di merito, come risulta dalla sentenza impugnata (e prontamente eccepito in controricorso).

4.1. Ne consegue la non rilevanza della correlata questione di legittimità costituzionale, sollevata per contrasto con l'art. 3 Cost., che appare comunque manifestamente infondata, in ragione della discrezionalità riservata al legislatore, il quale ben può disciplinare in modo difforme fattispecie diverse, come quelle evocate a pag. 17 e 18 del ricorso (nessuna delle quali afferenti, invero, la procedura di concordato preventivo).

4.2. Al riguardo va considerato l'inequivocabile tenore testuale della L. Fall., art. 169-bis, che, pur consentendo al debitore di depositare la relativa istanza anche "dopo il decreto di ammissione" (comma 1), afferma la natura chirografaria dell'indennizzo, in quanto da soddisfare "come credito anteriore al concordato" (comma 2), come poi meglio chiarito in sede di riformulazione della norma ad opera del D.L. n. 83 del 2015, convertito dalla L. n. 132 del 2015, che ha espressamente riservato il rango prededucibile al solo credito da prestazioni eseguite – "legalmente e in conformità agli accordi o agli usi negoziali" – dopo la pubblicazione del ricorso ai sensi della L. Fall., art. 161.

4.3. Il tema è stato già affrontato da questa Corte, la quale proprio in riferimento a un contratto preliminare di compravendita pendente al momento dell'ammissione alla procedura di concordato preventivo – ha confermato che, ai sensi della L. Fall., art. 169-bis, il credito relativo all'indennizzo dovuto per lo scioglimento del contratto ha sempre natura concorsuale, a prescindere dal fatto che la facoltà di scioglimento sia stata esercitata da parte del debitore al momento della proposizione della domanda di ammissione alla procedura o in un momento successivo. Ciò, si è detto, trova conferma nell'attuale testo della disposizione, introdotto nel 2015 proprio "al fine di chiarire, al comma 1, l'ambito applicativo della norma e precisare, al capoverso seguente, che in caso di scioglimento domandato successivamente al deposito del ricorso la collocazione in prededuzione rimane riservata alle sole prestazioni eseguite legalmente e in conformità agli accordi negoziali dopo la pubblicazione della domanda di concordato, con esclusione dell'indennizzo"; con l'importante precisazione che "la peculiare terminologia utilizzata dal legislatore ("ferma restando...") assume un'assonanza anche interpretativa della precedente situazione normativa, come a confermare che l'indennizzo era già, prima, e rimane, ora,



comunque concorsuale, anche se il contratto sia rimasto in vita e sia stato parzialmente eseguito nel corso della procedura concordataria, con collocazione in prededuzione delle sole prestazioni eseguite nel corso della stessa". In altri termini, si sarebbe così voluto "porre il patrimonio del creditore nella medesima situazione in cui esso si sarebbe trovato se lo scioglimento non si fosse verificato, tramite la determinazione di un valore da esprimere in termini monetari alla data di apertura del concorso, in forza della regola della cristallizzazione dei crediti rispetto a quel frangente temporale" (Cass. 6929/2019).

4.4. All'esito della disamina del secondo motivo è opportuno enunciare, ai sensi dell'art. 363 c.p.c., comma 1, il seguente principio di diritto nell'interesse della legge: "In tema di concordato preventivo, il credito relativo all'indennizzo dovuto per lo scioglimento del contratto a norma della L. Fall., art. 169-bis, ha natura concorsuale, in quanto va "soddisfatto come credito anteriore al concordato", anche quando la facoltà di scioglimento sia stata esercitata dal debitore successivamente al deposito del ricorso di cui alla L. Fall., art. 161, come chiarito con le modifiche apportate alla L. Fall., art. 169-bis, D.L. 27 giugno 2015, n. 83, art. 8, convertito dalla L. 6 agosto 2015, n. 132, avente sul punto natura sostanzialmente interpretativa. Infatti, tale ultima previsione ha altresì chiarito che la collocazione in prededuzione può essere riservata solo al credito derivante da eventuali prestazioni contrattuali eseguite "legalmente e in conformità agli accordi o agli usi negoziali, dopo la pubblicazione della domanda ai sensi dell'art. 161"".

5. Il terzo motivo sollecita una verifica della correttezza della posizione specificamente assunta dai giudici di merito (come ammesso a pag. 21 del controricorso, con conseguente infondatezza, stavolta, dell'eccezione di novità parimenti sollevata in controricorso) sulla "pendenza" o meno, ai fini che ne occupano, del contratto preliminare in questione.

5.1. La Corte d'appello invero, nel respingere la tesi del reclamante per cui detto contratto "non poteva considerarsi pendente (...) avendo egli ricevuto la consegna dell'immobile da un lato e avendo provveduto al pagamento dell'intero prezzo dall'altro, configurando l'obbligo della sas venditrice di stipulare il rogito definitivo come prestazione ulteriore meramente accessoria", ha richiamato l'autorevole orientamento che nega che "la stipula del preliminare c.d. "ad effetti anticipati" consenta al promissario acquirente di diventare possessore", poiché, "non provocando esso un'anticipazione degli effetti traslativi, non conferisce all'acquirente l'animus possidendi" (proprio degli effetti reali), bensì solo l'animus detinendi (tipico degli effetti obbligatori). Ha perciò escluso che il contratto preliminare "avesse già avuto esecuzione, per non essersi prodotto il fondamentale effetto traslativo della proprietà riservato al definitivo" (Cass. Sez. U., 7930/2008; conf. Cass. 1296/2010, 12634/2011).



5.2. In realtà, che al contratto preliminare de quo non fosse stata data compiuta esecuzione, appare indubitabile, confermandolo la stessa iniziativa assunta dal promissario acquirente, che, per tutelare le proprie ragioni, ha dovuto promuovere un giudizio ex art. 2932 c.c. (asseritamente pendente in secondo grado, su appello della società concordataria).

5.3. La questione prospettata dal ricorrente in questa sede è però diversa, e riconducibile al dibattito che ha portato il legislatore a modificare nel 2015 la rubrica – da "Contratti in corso di esecuzione" in "Contratti pendenti" – e, soprattutto, il tenore della L. Fall., art. 169-bis, comma 1, chiarendo che deve trattarsi di "contratti ancora ineseguiti o non compiutamente eseguiti alla data di presentazione del ricorso" (s'intende) "da entrambe le parti", come si legge nell'incipit dell'analogo L. Fall., art. 72, cui il legislatore ha evidentemente voluto uniformare il testo della norma in disamina.

5.4. Invero, una parte minoritaria di dottrina e giurisprudenza ha sostenuto che, a differenza del fallimento, nel concordato preventivo dovrebbero ritenersi "pendenti" non solo i contratti bilaterali ineseguiti o parzialmente eseguiti da entrambe le parti, ma anche quelli unilaterali con obbligazioni ineseguite da una sola delle parti. Secondo l'orientamento maggioritario, invece, i contratti pendenti nel concordato preventivo sarebbero solo quelli a prestazioni corrispettive che, nel momento in cui una di esse presenti il ricorso L. Fall., ex art. 161, per l'ammissione alla procedura di concordato preventivo, risultino ancora ineseguite o non compiutamente eseguite da entrambe le parti.

5.5. Tra i vari argomenti addotti a favore di quest'ultima tesi si richiamano: i) l'argomento normativo, avendo la Relazione al D.L. 27 giugno 2015, n. 83, esplicitato l'intento di dare all'espressione "contratti pendenti" la stessa estensione di quella contenuta nella L. Fall., art. 72, sostituendola alla locuzione "contratti in corso di esecuzione" proprio per porre fine ai dubbi interpretativi sulla possibilità di sciogliere anche i contratti già interamente eseguiti da una delle parti; ii) l'argomento storico, per cui a un enunciato normativo deve essere attribuito lo stesso significato tradizionalmente e costantemente attribuito in passato agli analoghi enunciati regolatori della stessa materia, a tal fine constatandosi che con l'espressione "contratti pendenti" (e relative varianti lessicali) sono stati sempre designati i rapporti contrattuali bilaterali, in tutto o in parte ineseguiti da entrambe le parti al tempo del fallimento di una di esse; iii) l'argomento sistematico, in base al quale, se un rapporto contrattuale pendente con obbligazioni ineseguite da una sola delle parti è assoggettato alle disposizioni di cui alla L. Fall., artt. 42 e 52, quello stesso rapporto non può essere ricompreso tra quelli bilaterali, cui si applicano le regole di cui alla L. Fall., art. 72; iv) l'argomento "prospettico", avendo il legislatore della riforma organica delle procedure concorsuali dettato una disciplina sui contratti pendenti nel con-



cordato preventivo che li definisce espressamente "contratti non eseguiti o non compiutamente eseguiti nelle prestazioni principali da entrambi i contraenti alla data del deposito della domanda di concordato" (art. 97, Codice della crisi di impresa e dell'insolvenza, di cui al D.Lgs. 12 gennaio 2019, n. 14 – di seguito CCII – la cui entrata in vigore è stata differita dal 14 agosto 2020 al 1 settembre 2021).

5.6. La tesi maggioritaria è stata di recente avallata da questa Corte (Cass. 11524/2020), attraverso un condivisibile percorso argomentativo, così sintetizzabile: – "a seguito dell'entrata in vigore del D.L. 27 giugno 2015, n. 83, art. 8, comma 10, lett. a), convertito con modificazioni nella L. 6 agosto 2015, n. 22, art. 132, con il quale la locuzione "in corso di esecuzione", presente nella rubrica della L. Fall., art. 169 bis, è stata sostituita da quella "pendenti", il legislatore ha voluto in modo inequivocabile ricondurre la nozione di contratti "pendenti" di cui alla L. Fall., art. 169 bis, a quella di "rapporti pendenti "di cui alla L. Fall., art. 72 comma 1, con la conseguenza che deve farsi riferimento a fattispecie negoziali che non abbiano avuto compiuta esecuzione da entrambe le parti al momento della presentazione della domanda di concordato preventivo"; – "se è pur vero che la L. Fall., art. 169 bis, non contiene un espresso richiamo ad "entrambe le parti", tuttavia l'utilizzo di una locuzione identica a quella della rubrica della L. Fall., art. 72, non fa residuare alcun dubbio in ordine alla intenzione del legislatore, rivelata, peraltro, dalla relazione alla legge di conversione, inequivocabile sul punto"; – "dunque, alla luce anche della chiara formulazione legislativa (confermata anche all'art. 97 dell'introducendo Codice della Crisi d'impresa e dell'insolvenza, che fa espresso riferimento ad "entrambe le parti"), la L. Fall., art. 169 bis, non è applicabile ai contratti a prestazioni corrispettive in cui una delle parti abbia già compiutamente eseguito la propria obbligazione".

5.7. La citata pronunzia ha altresì chiarito che, mentre a fronte di un contratto con immediata efficacia traslativa (come, in quel caso, la cessione di credito a scopo di garanzia pro solvendo) gli effetti dell'operazione negoziale si esauriscono al momento del perfezionamento dell'accordo – sicché "non si pone neppure la questione della "pendenza" del singolo contratto di anticipazione bancaria" – nel caso, invece, di contratto di "anticipazione bancaria con mandato all'incasso e patto di compensazione, non può parimenti ritenersi "pendente" la singola operazione di anticipazione, avendo la banca, con l'erogazione della somma al cliente, già compiutamente eseguito la propria prestazione", senza che a diversa conclusione possa indurre la presenza di una "prestazione aggiuntiva" rientrante nel sinallagma contrattuale, quale "la previsione a favore della Banca di un mandato all'incasso, con patto di compensazione", trattandosi di un mandato in rem propriam "esclusivamente finalizzato a realizzare la funzione di garanzia", sicché la banca



ha solo l'onere, non già l'obbligo giuridico, di incassare presso il terzo il credito del cliente; e comunque, "anche ove si volesse ritenere che l'attività di incasso dei crediti del cliente verso i terzi rientrasse tra le obbligazioni della banca, si tratterebbe comunque di una prestazione di natura accessoria, non idonea ad incidere sulla nozione di compiuta esecuzione della prestazione a norma della L. Fall., art. 72".

5.8. Quest'ultima precisazione si pone in linea di continuità con la pertinente giurisprudenza di questa Corte, la quale ha più volte statuito che "ai fini della L. Fall., art. 72, per stabilire se al momento della dichiarazione di fallimento il contratto non sia stato eseguito da entrambe le parti, occorre avere riguardo alle obbligazioni fondamentali che a ciascuna di esse derivano dal negozio e non anche alle prestazioni accessorie" (la stessa Cass. 11524/2020 richiama Cass. 3708/1983, "non disattesa da sentenze successive" e a sua volta conforme a Cass. 1007/1981, 2336/1975, 2248/1975, 3422/1974).

5.9. Come anticipato, la riferita continuità è destinata a proiettarsi anche nell'imminente futuro, poiché l'art. 97 del CCII prevede, nella prima parte del comma 10, che "salvo quanto previsto dall'art. 91, comma 2, i contratti ancora ineseguiti o non compiutamente eseguiti nelle prestazioni principali da entrambe le parti alla data del deposito della domanda di accesso al concordato preventivo, proseguono anche durante il concordato".

6. Non va poi trascurato, ai fini dell'ermeneusi nomofilattica cui è chiamata questa Corte, che nella recente "Direttiva (UE) 2019/1023 del Parlamento Europeo e del Consiglio del 20 giugno 2019 riguardante i quadri di ristrutturazione preventiva, l'esdebitazione e le interdizioni, e le misure volte ad aumentare l'efficacia delle procedure di ristrutturazione, insolvenza ed esdebitazione, e che modifica la Dir. (UE) 2017/1132" – entrata in vigore il 17 luglio 2019 e da recepire in linea di massima entro il 17 luglio 2021 – non è dato rinvenire una disposizione analoga alla L. Fall., art. 169-bis, che consenta al debitore quantomeno la sospensione, se non anche lo scioglimento, dai contratti in corso; e ciò nonostante il Titolo II della direttiva disciplini in modo analitico i "Quadri di ristrutturazione preventiva" con riguardo ai concordati in continuità aziendale, che pure dovrebbero offrire opportunità maggiori (a corrispondente detrimento dei creditori) rispetto ai concordati meramente liquidatori, come quello per cui è causa.

6.1. Ciò per un verso testimonia la cautela del legislatore unionale nell'estendere oltremodo il sacrificio dei diritti dei terzi nell'ambito delle pur favorite soluzioni di risanamento delle imprese, per altro verso induce a interpretare restrittivamente e rigorosamente i maggiori "spiragli" lasciati aperti dalla normativa nazionale, in linea con il cd. obbligo di interpretazione conforme che deriva dal principio di leale cooperazione ex art. 4, par. 3, T.U.E.



6.2. Le direttive invero, pur non essendo (come noto) direttamente applicabili negli ordinamenti nazionali – per esserne forme e mezzi di attuazione rimessi alla discrezionalità degli Stati membri (art. 288, par. 3, T.F.U.E.) – generano, sin dalla loro entrata in vigore, non solo l'obbligo del legislatore nazionale di astenersi dall'adottare misure che possano compromettere il conseguimento dei risultati perseguiti (cd. stand stili), ma anche l'obbligo degli organi giurisdizionali di interpretare il diritto nazionale in modo conforme alla loro lettera e ratio, obbligo gradualmente esteso dalle norme di recepimento all'intero diritto nazionale, anteriore o successivo (cd. interpretazione conforme o adeguatrice), se non altro con riferimento ai principi stabiliti dalla direttiva in modo preciso e incondizionato (ex multis, Corte Giust. 10 aprile 1984, Von Kolson e Kamann; 13 novembre 1990, Marleasing; 5 ottobre 2004, Pfeiffer; 22 novembre 2005, Mangold; 15 aprile 2008, Impact; 19 gennaio 2010, Kucukdeveci; cfr. Cass. Sez. U., 27310/2008).

7. Le superiori considerazioni inducono dunque a ritenere che, ove uno dei contraenti abbia adempiuto la propria prestazione quantomeno quella da ritenersi principale nel sinallagma contrattuale – non possa trovare applicazione la L. Fall., art. 169-bis.

7.1. Nel caso di specie, è indubitabile che il promissario acquirente non solo abbia integralmente adempiuto la propria obbligazione principale di versare integralmente il prezzo dell'immobile promesso in vendita, ma si sia anche attivato formalmente per conseguire la controprestazione, sino a promuovere un giudizio contro il promittente venditore ex art. 2932 c.c., poiché questi, pur avendogli già consegnato l'immobile (con rilascio di ampia liberatoria) non ha adempiuto l'obbligazione di formalizzare il trasferimento mediante la stipula del contratto definitivo.

7.2. Sennonché, l'autorizzazione allo scioglimento L. Fall., ex art. 169-bis, è stata ormai concessa dal tribunale (in sede di reclamo avverso l'originario diniego del giudice delegato) ed essendo pacifica, come visto, la non impugnabilità di simili provvedimenti con ricorso straordinario ex art. 111 Cost., la fondatezza della censura in esame potrebbe rilevare in questa sede solo se decisiva ai fini del reclamo proposto contro l'omologazione del concordato L. Fall., ex art. 183 (Cass. 1442/2018). Su tale aspetto, però, la Corte d'appello non si è pronunciata, avendo ritenuto infondati tutti i motivi di reclamo dell'opponente.

7.3. Anche in tal caso è opportuna, a fini di regolazione della materia, l'enunciazione di un principio nell'interesse della legge, ai sensi dell'art. 363 c.p.c., comma 1: "In tema di concordato preventivo, l'autorizzazione alla sospensione o allo scioglimento dal contratto pendente, a norma della L. Fall., art. 169-bis, presuppone che, al momento della presentazione della domanda di concordato preventivo, esso non abbia avuto compiuta



esecuzione da entrambe le parti, avuto riguardo alle prestazioni principali del sinallagma contrattuale; ne consegue che l'istituto non è applicabile ai contratti a prestazioni corrispettive in cui una delle parti abbia già compiutamente eseguito la propria prestazione (fattispecie relativa a contratto preliminare di compravendita in cui, prima del deposito del ricorso L. Fall., ex art. 161, il promissario acquirente aveva già versato l'intero prezzo, era stato immesso nella detenzione dell'immobile così che aveva promosso giudizio ex art. 2932 c.c., per ottenere la prestazione del consenso dell'altra parte alla stipulazione del contratto definitivo di compravendita)".

8. Nella medesima prospettiva va rilevata la fondatezza dell'ulteriore censura mossa col terzo motivo, per cui il promittente venditore, procrastinando dolosamente la stipula del contratto definitivo – nonostante l'avvenuto pagamento dell'intero prezzo e l'immissione del promissario acquirente nella detenzione dell'immobile destinato ad abitazione principale – e procedendo a depositare, appena due mesi dopo la proposizione della domanda ex art. 2932 c.c., da parte del promissario acquirente, una domanda di concordato preventivo il cui piano contemplava nell'attivo concordatario anche l'immobile compromesso in vendita (di valore pari a circa un terzo dell'attivo complessivo), ha palesemente contravvenuto al dovere di esecuzione del contratto secondo buona fede, ai sensi dell'art. 1375 c.c.; e ciò tanto più per aver poi indicato nel medesimo piano concordatario un indennizzo in favore del promissario acquirente pari al solo ammontare del prezzo versato, che per giunta, in quanto credito chirografario, è destinato ad essere soddisfatto nei limiti del 15%, in forza della falcidia concordataria.

8.1. Orbene, la scelta del legislatore di sottoporre ad autorizzazione giudiziale il potere del debitore di sciogliersi dai contratti pendenti è evidentemente funzionale all'esigenza di scongiurare che egli possa farli venir meno per ragioni opportunistiche, nel perseguimento di interessi esorbitanti da una corretta regolazione della crisi d'impresa, attraverso l'abuso dello strumento concordatario. Il controllo svolto in prima battuta dal giudice delegato, e successivamente dal tribunale, si inserisce dunque all'interno di quella più ampia valutazione preordinata a verificare le condizioni di ammissibilità del concordato preventivo, prima fra tutte la fattibilità (tralatiziamente distinta in giuridica ed economica) del piano – non di rado fortemente condizionata dallo scioglimento dei contratti in corso –, in ultima analisi diretta a tutelare l'interesse pubblicistico al regolare svolgimento, oltre che al buon esito, della procedura concorsuale (Cass. 1442/2018). 8.2. È quasi superfluo ricordare come la figura dell'abuso del diritto – nel cui genus si inscrivono l'abuso del processo e, per quanto qui rileva, del procedimento di concordato, parimenti sussumibili nell'idea di una "alterazione dello schema formale del diritto finaliz-



zata al conseguimento di obiettivi ulteriori e diversi rispetto a quelli indicati dal legislatore", che si manifesta "quando, nel collegamento tra il potere di autonomia conferito al soggetto ed il suo atto di esercizio, la funzione obiettiva dell'atto risulti alterata rispetto al potere che lo prevede", causando perciò la reazione dell'ordinamento, in forma di rifiuto di "tutela ai poteri, diritti e interessi esercitati in violazione delle corrette regole di esercizio, posti in essere con comportamenti contrari alla buona fede oggettiva" (Cass. sez. U., 20106/2009) – trovi il proprio fondamento costituzionale nel dovere di solidarietà posto dall'art. 2 Cost. e riflessi positivi sia in campo contrattuale (si vedano i principi di correttezza e buona fede che permeano la fase delle trattative precontrattuali ex art. 1337 c.c., così come l'interpretazione e l'esecuzione del contratto ex artt. 1366 e 1375 c.c.) sia in campo processuale (si vedano i doveri di lealtà e probità imposti alle parti e ai loro difensori dall'art. 88 c.p.c.).

8.3. Peraltro, in dottrina è stato autorevolmente precisato che, mentre l'imposizione dei doveri di correttezza e buona fede mira a sanzionare le modalità scorrette con cui vengono perseguite finalità consentite dall'ordinamento, l'abuso del diritto si attaglia piuttosto ad utilizzi per finalità diverse da quelle previste dall'ordinamento, con conseguenti riflessi sul possibile scarto tra la causa tipica e la cd. causa concreta (intesa come funzione economico-pratica che il singolo contratto tende a realizzare, indipendentemente dalla sua corrispondenza al modello legale). Ed è stato altresì segnalato come la trasposizione di tali concetti sul piano processuale abbia sovente sollevato perplessità per il vulnus che ne potrebbe derivare al diritto di agire e difendersi in giudizio garantito dall'art. 24 Cost., apparendo sufficienti i presidi allestiti dall'ordinamento attraverso le cause di inammissibilità normativamente previste dal legislatore.

8.4. Nella giurisprudenza di questa Corte, un'ipotesi di abuso del diritto è stata di recente enucleata nell'utilizzo distorto del diritto previsto dalla norma istitutiva di una nullità di protezione segnatamente quella che può essere fatta valere dall'acquirente ove il promittente venditore violi l'obbligo, imposto dal D.Lgs. n. 122 del 2005, art. 2, di procurargli, all'atto della stipula del contratto preliminare, una fideiussione a garanzia della restituzione del prezzo pagato per il caso in cui sopravvengano il pignoramento dell'immobile o la sottoposizione del costruttore a procedura concorsuale (Cass. 30555/2019, che ha respinto la domanda di nullità relativa in un caso in cui la garanzia fideiussoria era stata indebitamente rilasciata in un momento successivo alla sottoscrizione, tenuto conto che nelle more tra la stipulazione del preliminare e la prestazione della garanzia non si era manifestata l'insolvenza del promittente venditore né risultava altrimenti pregiudicato l'interesse del promissario acquirente).



9. Venendo più specificamente al caso che ne occupa, la valenza al tempo stesso negoziale e processuale dell'istituto concordatario consente di attingere ai principi gradualmente affermatisi nell'uno e nell'altro campo, in termini di buona fede contrattuale e processuale, nella duplice (e assai sottile) variante dell'abuso del concordato (ove l'accesso al procedimento sia strumentale a fini diversi da quelli per i quali l'istituto è stato introdotto nell'ordinamento) o nel concordato (ove l'utilizzo in concreto dello strumento persegua funzioni distoniche o distorte rispetto alla sua funzione). Non è dunque un caso che, proprio nella materia concorsuale, la giurisprudenza si sia rivelata incline a ricorrere alla figura dell'abuso del diritto a presidio della correttezza del debitore, declinandone il divieto come clausola generale idonea, nella sua flessibilità, a consentire al giudice di intercettare possibili usi dilatori, opportunistici, ultronei o ingiustamente pregiudizievoli dello strumento concordatario (cfr. Cass. Sez. U., 9935/2015; Cass. 5677/2017, 25210/2018, 30539/2018, 7117/2020).

9.1. Lo stesso legislatore della riforma ha da ultimo esplicitato il riferimento alla figura dell'abuso, proprio a bilanciamento della preminenza accordata dall'ordinamento alle soluzioni concordate della crisi rispetto ai più penalizzanti esiti liquidatori dell'insolvenza (v. della Legge Delega n. 155 del 2017, art. 2, lett. g), attuato con l'art. 7, comma 2, CUI). Ma soprattutto ha dato per la prima volta cittadinanza, collocandolo tra i principi generali del nuovo corpus della materia concorsuale, al dovere – tanto del debitore quanto dei creditori – di comportarsi secondo buona fede e correttezza (art. 4 CCII, intitolato "Doveri delle parti"), che nella sua dettagliata enunciazione, inclusiva degli obblighi di verità, trasparenza, lealtà e financo cura degli interessi altrui, lascia intravedere sottotraccia quel limite ultimo all'esercizio di un proprio diritto in cui si annida, appunto, il divieto di abuso del diritto.

9.2. Analoga sensibilità emerge dalla menzionata Direttiva (UE) 2019/1023, che anzi con maggior coraggio segnala espressamente la necessità di "evitare abusi dei quadri di ristrutturazione" (Cons. 24; cfr. Racc. 2014/135/UE della Commissione Europea del 12 marzo 2014, Cons. 16), accanto all'obbiettivo di "garantire un giusto equilibrio tra i diritti del debitore e quelli dei creditori" (Cons. 35) e assicurare "che i creditori non subiscano inutili pregiudizi" o siano "ingiustamente pregiudicati", dovendo l'autorità giudiziaria verificare "se il debitore agisca in malafede o con l'intento di arrecare pregiudizio o, in generale, se agisca contro le aspettative legittime della massa dei creditori" (Cons. 36, sia pure con specifico riguardo al cd. stay). A ben vedere, tutta la Direttiva è permeata dal riferimento alla necessità di evitare "un ingiusto pregiudizio" nei confronti dei creditori, proprio nella consapevolezza dell'enorme favor messo in campo, anche a livello unionale, per le ristrutturazioni che salvaguardino la continuità aziendale.



9.3. Se così è, la sede naturale di una simile verifica, la cui necessità si è venuta a porre in questa sede, non può che essere quella del giudizio di reclamo avverso il provvedimento di omologazione, L. Fall., ex art. 183, dovendo la Corte d'appello valutare l'esistenza di eventuali profili di abuso dello strumento concordatario da parte del debitore, in relazione al trattamento riservato al promissario acquirente nella complessiva economia del piano di concordato, tenendo conto anche della tempistica della vicenda e delle iniziative giudiziali assunte da entrambe le parti.

9.4. In conclusione, al terzo motivo occorre rispondere, affermando il seguente principio di diritto: "In tema di concordato preventivo, il giudice, ai fini del giudizio di ammissibilità della domanda di concordato preventivo, è tenuto, in linea con i principi della normativa unionale in tema di ristrutturazione preventiva, a verificare che il debitore, nel formulare un piano che contempli l'autorizzazione allo scioglimento dal contratto pendente, a norma della L. Fall., art. 169-bis, abbia agito conformemente ai principi di correttezza e buona fede nell'esecuzione del contratto, in modo da evitare che ne derivi un ingiusto pregiudizio a carico dell'altro contraente, con conseguente abuso dello strumento concordatario (fattispecie relativa a scioglimento dal contratto preliminare di compravendita in cui, prima del deposito del ricorso L. Fall., ex art. 161, il promissario acquirente aveva già versato l'intero prezzo, era stato immesso nella detenzione dell'immobile e aveva promosso giudizio ex art. 2932 c.c., subendo una quantificazione dell'indennizzo in misura corrispondente alla mera restituzione del prezzo versato, oggetto di falcidia concordataria nella misura dell'85%)".

10. L'accoglimento del terzo motivo comporta la cassazione della sentenza impugnata con rinvio alla Corte d'appello di L'Aquila per il riesame delle condizioni di ammissibilità del concordato, avuto riguardo, in particolare, ad eventuali profili di abuso e alla fattibilità del piano, ai fini dell'omologa della proposta di concordato.

P.Q.M.

Dichiara inammissibili i primi due motivi di ricorso, in relazione ai quali enuncia i principi di diritto ai sensi dell'art. 363 c.p.c., nei sensi di cui in motivazione; accoglie il terzo e – in relazione a questo – cassa la sentenza impugnata e rinvia la causa alla Corte d'appello di L'Aquila, in diversa composizione, anche per la statuizione sulle spese del presente giudizio. Così deciso in Roma, nella Camera di consiglio, il 9 settembre 2020. Depositato in Cancelleria il 23 novembre 2020.

JUS CIVILE



LETTERIO BUTA

Dottore in giurisprudenza

L'ART. 169-*BIS* L. FALL. FRA ABUSO DEL DIRITTO E FATTISPECIE

SOMMARIO*: 1. Introduzione. – 2. L'abuso del diritto e il concordato preventivo. – 3. Lo scioglimento dai contratti pendenti* ex *art. 169-*bis *della Legge fallimentare. – 4. La condotta 'abusiva' e la teoria della doppia rilevanza. – 5. Il 'criterio' dell'analogia.*

1. – Muoviamo da una sentenza della Suprema Corte (Cass. civ., Sez. I, Sent., 23-11-2020, n. 26568), la quale si è trovata a dover giudicare una controversia inerente a una domanda di scioglimento dai contratti 'pendenti', *ex* art. 169-*bis* L. fall., nell'ambito di un concordato preventivo.

Il caso riguardava l'istanza di scioglimento da un contratto preliminare di compravendita in forza del quale, prima del deposito del ricorso *ex* art. 161 L. fall., il promissario acquirente aveva già versato l'intero prezzo, senza però che il promittente venditore avesse a sua volta trasferito la proprietà del bene. Il contraente *in bonis* aveva successivamente agito in giudizio *ex* art. 2932 c.c. (non trascrivendo, però, la domanda prima che il debitore iscrivesse il concordato), per essere poi immesso nel possesso dell'immobile. Pur con l'opposizione del promissario acquirente, il Tribunale di Pescara ha dato ingresso al giudizio di omologazione e, in seguito, ha autorizzato lo scioglimento, determinando l'indennizzo dovuto, *ex* comma II dell'art. 169-*bis* L. fall., nella misura del prezzo versato, dal momento che il trasferimento della proprietà non si era perfezionato, e destinato ad essere soddisfatto nella misura del 15%, a causa della 'falcidia' concordataria.

La Suprema Corte, adita dopo che la Corte d'Appello dell'Aquila aveva respinto il reclamo *ex* art. 183 L. fall., ha accolto una delle censure mosse dal ricorrente. Secondo la Corte il debitore, pur avendo agito nel rispetto 'formale' delle norme sul concordato, si sarebbe servito di questo strumento in modo illegittimo; così abusando del proprio diritto



per fini "ultronei e dilatori" in violazione della buona fede contrattuale e del principio costituzionale di solidarietà.

2. – Il concetto di abuso del diritto assume un ruolo centrale nel dibattito giuridico contemporaneo [1]. Esso appare quale criterio usato dalle Corti per risolvere un numero sempre maggiore di controversie; come pure fonte di intensa discussione dottrinale intorno all'inesausto tema delle clausole generali [2].

Sul piano linguistico, Il termine *abuso* indica "*un uso cattivo, eccessivo, smodato*" [3]: la valutazione riguardante una *misura* necessita sempre di un metro [4] e, quindi, di un termine di paragone [5]; la domanda da porsi sembra allora essere: una condotta si definisce abusiva rispetto a cosa? La risposta al quesito potrebbe trovarsi nella distinzione, elaborata in letteratura [6], tra buona fede e abuso del diritto: in una sintesi, che rischia la

---

[1] Negli ultimi anni copiosa è stata la bibliografia in tema di abuso del diritto; a titolo esemplificativo, se ne richiama una parte: F. Galgano, *Abuso del diritto. L'arbitrario recesso* ad nutum *della banca*, 1998, in *Contr. Impr.,* pp. 18 ss.; Id, Qui iure suo abutitur neminem laedit*?*, *ivi,* 2011, pp. 311 ss.; G. Visintini (a cura di), *L'abuso del diritto*, Napoli, 2016; S. Patti, *Abuso del diritto*, in *Enc. dir., agg.,* Milano, 1998, pp. 1 ss.; M. Messina, *L'abuso del diritto*, Napoli, 2004; G. Pino, *L'abuso del diritto tra teoria e dogmatica (precauzioni per l'uso)*, in *Eguaglianza, ragionevolezza e logica giuridica*, a cura di G. Maniaci, Milano, 2006, pp. 115 ss; C. Restivo, *Contributo ad una teoria dell'abuso del diritto,* Milano, 2007; R. Natoli, *Abuso del diritto e abuso di dipendenza economica*, in *Contratti*, 2010, pp. 524 ss.; V. Velluzzi (a cura di), *L'abuso del diritto. Teoria, storia e ambiti disciplinari*, Pisa, 2012; A. Astone, *Il divieto di abuso del diritto. Diritto scritto e diritto vivente,* Milano, 2017.

[2] A tal proposito sia concesso rimandare, su tutti, a G. Alpa, *La certezza del diritto nell'età dell'incertezza*, Napoli, 2006; a P. Grossi, *Sull'odierna fattualità del diritto*, in *Giust. civ.,* 1/2014, pp. 11 ss.; e a M. Barcellona, *L'abuso del diritto: dalla funzione sociale alla regolazione teleologicamente orientata del traffico giuridico*, in *Riv. dir. civ.,* 2/2014, pp. 467 ss.

[3] In *treccani.it.*

[4] In questo caso viene da pensare che il metro per misurare un utilizzo *buono* del diritto si oggettivi nei principii che permeano l'ordinamento giuridico, quali la *ragionevolezza,* la *solidarietà*, l'*eguaglianza,* la *proporzionalità*; ovvero, anche, principii ricavati dall'esperienza e dalla società: al riguardo, vengono in soccorso le parole di M. Barcellona, *op. ult. cit.*, p. 472: "[..]*quando l'abuso sia concepito in modo estroverso, e cioè come correzione delle soluzioni positive dei conflitti sulla base di sistemi di regole e valori extra-normativi: giacché in tal caso l'enunciazione di questa figura sta proprio a significare che il diritto soggettivo deve arretrare dai suoi ordinari confini giuridici quante volte altri sistemi di regole e valori (etici, politici, sociali, ecc.) ne determinino diversamente i limiti*".

[5] Per un approfondimento sul tema della necessità logica del concetto di 'relazione', come *fondamento* gnoseologico e ontologico, si vedano le riflessioni di A. Stella, *Struttura originaria in Severino e mediazione in Hegel: una riflessione sul concetto di relazione*, in *Rivista di filosofia neo-scolastica*, 4/2014, pp. 751 ss.

È necessario, da un punto di vista logico, distinguere un uso corretto da un uso scorretto, per individuare il *discrimen* che dà vita alla categoria di abuso.

[6] Si fa riferimento, in particolare, ad A. Astone, *Il divieto di abuso del diritto,* cit., pp. 21 ss. e ad A.



semplificazione [7], la differenza [8] riposerebbe in ciò: che la prima riguarderebbe le modalità di esercizio del diritto; il secondo, lo scopo per il quale il diritto è esercitato. "*L'abuso opererebbe sul piano del controllo di ragionevolezza dell'esercizio delle situazioni giuridiche soggettive, mentre alla clausola di buona fede sarebbe rimessa la verifica del comportamento delle parti del rapporto o del contratto, nella prospettiva della lealtà e della solidarietà"* [9].

Il concetto di abuso parrebbe, allora, legato a doppio filo con quello di *potere*, quale capacità del singolo di compiere atti giuridici in grado di produrre determinati effetti [10]: cioè *creare modificare o estinguere situazioni giuridiche*. L'abuso troverebbe spazio proprio nell'esercizio di un diritto per uno scopo diverso da quello per il quale il potere era stato conferito.

Il lessico dell'abuso sembra ricalcare le categorie e i termini che nel diritto pubblico sono occupati dall'*eccesso di potere.* Non è possibile in questa sede mettere in luce tutte le analogie riscontrabili tra il linguaggio dell'abuso del diritto e quello dell'eccesso di potere [11]: sia sufficiente affermare che quest'ultimo viene definito come vizio che "*sanziona l'atto che non si attiene all'interesse pubblico come indicato dal legislatore*" [12].

D'Angelo, *Rapporti tra buona fede e abuso del diritto*, in G. Visintini (a cura di), *L'abuso del diritto,* cit., pp. 59 ss.

[7] Una parte della dottrina critica la distinzione tra abuso del diritto e buona fede; considerando il primo sostanzialmente sovrapponibile alla seconda; in tal senso si veda A. D'Angelo*, op. ult. cit.,* pp. 59 ss.

[8] A favore della distinzione tra le due clausole generali sembra stagliarsi la voce di C. Castronovo, *Eclissi del diritto civile*, Milano, 2015, pp. 108 ss.

[9] A. Astone, *Il divieto di abuso del diritto,* cit., p. 26.

[10] Impossibile non fare riferimento alla critica svolta da Natalino Irti, il quale mette in guardia dall'intrusione di elementi psicologici nell'ambito dell'idea di *potere*: egli sostiene infatti che "*le teorie del potere sembrano richiamarsi, con diversità di svolgimenti e di tono, ad un comune criterio: cioè, alla risoluzione del nesso obiettivo di fattispecie ed effetto in termini di possibilità del soggetto […]. Le teorie in esame rifiutano l'omogeneità che la norma stabilisce tra le diverse fattispecie, tutte accomunate nella funzione di fonti ed effetti giuridici, e perciò, al fine di isolare le fattispecie dipendenti dalla volontà umana, immaginano che esse costituiscano esercizio di una possibilità, energia, o forza, conferita ai soggetti"* N. Irti, *Introduzione allo studio del diritto privato*, Padova, 1990, cit., p. 40.

[11] Inutile precisare che le affinità siano strettamente concettuali e legate al concetto di *potere*. Non si vuole in questa sede sovrapporre categorie che ricoprono funzioni assai diverse.

[12] Così A. Angeletti, *L'eccesso di potere e la violazione delle clausole generali*, in *Giur. It*., 5/2012, pp. 1213 ss.

È necessario precisare che nel testo si fa riferimento alla figura dell'eccesso di potere quale vizio della funzione, così come elaborato da Feliciano Benvenuti: per un approfondire il tema si rinvia a G. Sigismondi, *Eccesso di potere e clausole generali. Modelli di sindacato sul potere pubblico e sui poteri privati a confronto.*, Napoli, 2012, pp. 132 ss.



Una dottrina [13] in particolare, pur negando una sovrapposizione tra le figure, sembra rintracciare le affinità che sussistono tra il concetto di eccesso di potere e le clausole generali, arrivando a chiedersi "*se sia possibile omologare le due categorie o sostituire l'eccesso di potere con le clausole generali";* e afferma, inoltre, che da quest'ultimo "*si ricava il principio per cui il potere esercitato con l'attività viziata è difforme dalle norme attributive dello stesso; è un principio talmente generico che il suo contenuto è stabilito di volta in volta dal giudice sulla base di principi generali quali la ragionevolezza, la proporzionalità, ecc., che devono anch'essi essere integrati dall'interprete"* [14]. A ben vedere, quest'ultima sembra essere esattamente la caratteristica principale dell'abuso, in quanto anch'esso sarebbe "*ricavabile attraverso un sindacato* ex post*, fondato sulle motivazioni sottese all'esercizio di una prerogativa formalmente spettante al titolare"* [15]. Insomma, anche nella logica dell'abuso parrebbero annidarsi alcune caratteristiche del *détournement de pouvoir* [16]: fondato, infatti, su una valutazione di tipo teleologico, l'abuso "*come tale collegato alla deviazione dell'esercizio del diritto da uno scopo o finalità intrinseca al contenuto di un diritto, corre il rischio di portare alla vera e propria funzionalizzazione del diritto, di guisa che il concetto di abuso si possa confondere inevitabilmente con l'eccesso del diritto"* [17].

Mentre sembra comprensibile, da un punto di vista logico, attribuire a un'autorità pubblica [18], la quale deve perseguire istituzionalmente l'interesse comune, l'obbligo di non abusare di quei poteri che possiede per garantire, appunto, un bene pubblico; più difficile appare imputare a un privato che, soprattutto nell'ambito degli scambi commerciali, è, invece, vòlto al raggiungimento di scopi egoistici, l'obbligo di perseguire un fine *altruistico* [19], in

---

[13] Si fa riferimento sempre ad A. Angeletti, *op. ult. cit.*, pp. 1213 ss.

[14] Così, ancora, A. Angeletti, *op. ult. cit.*, p. 1219.

[15] A. Astone, *op. ult. cit.*, p. 28.

[16] Bisogna precisare, ancora, che l'eccesso di potere quale vizio di legittimità dell'atto possiede un'origine storica ben precisa che non si vuole e non si deve sovrapporre a quella dell'abuso; per altre notazioni sulle origini dell'eccesso di potere quale vizio dell'atto amministrativo si rinvia ad A. Angeletti, *Alle origini della giustizia amministrativa*, in *Giur. It.,* 4/2011, pp. 1 ss.

[17] R. Amatore, *L'abuso del diritto nelle procedure concorsuali*, Milano, 2015, cit., p. 8.

[18] Sempre A. Angeletti, *L'eccesso di potere e la violazione delle clausole generali*, cit., p. 1215, afferma infatti che "*tra i molteplici significati che la parola 'potere' riveste, se viene utilizzata unitamente a quella 'eccesso' indica una qualche attività attribuibile appunto ad un potere inteso come 'apparato organico', utilizzata da questo oltre i limiti previsti dalla legge".*

[19] Al riguardo si vedano le considerazioni di N. Irti, *Per una concezione normativa dell'autonomia privata*, in *Riv. trim. dir. proc. civ.*, 2/2018, pp. 555 ss.; in cui l'A. mette in risalto le difficoltà dommatiche suscitate dal rapporto diretto tra autonomia privata e *solidarietà*: " [..] *il concetto di solidarietà (quale che*



assenza di una specifica norma che lo stabilisca [20]: il bilanciamento tra autonomia privata ed esigenze di giustizia sociale ed equità degli scambi comporta maggiori problemi interpretativi [21]. Nel contesto del *diritto dei privati*, l'abuso assume un connotato, per così dire, *relazionale*: troverebbe spazio quando la sfera di interesse del singolo interferisca con quella altrui; così definito, l'abuso parrebbe, però, avvicinarsi all'illecito [22]: come quest'ultimo, infatti, si qualifica tale all'esito di un giudizio comparativo, a posteriori, delle situazioni giuridiche soggettive in conflitto; anche l'ingiustizia del danno "*discende da un bilanciamento di interessi contrapposti volto a verificare se tra i diritti in conflitto ve ne sia uno che sia stato esercitato abusivamente e dunque abbia trasformato il com-*

---

ne sia lo sfondo, laico o religioso), implica sempre due profili: l'esistenza di un « tutto », di un aggregato sociale, e la reciproca dipendenza dei suoi membri. Profili, estranei al negoziato contrattuale, che è il luogo del conflitto, dell'abile avvedutezza, del calcolo economico. L'uomo vi agisce uti pars*, e non* uti socius*. Il nostro ordinamento, mercé il vincolo ai trattati europei, ha accolto la concezione di un mercato aperto; e mercato significa che individui e imprese si trovano in assidua competizione, e sono legittimate a perseguire, non il bene comune, ma il particolare profitto".*

Sul punto significative le parole di G. Sigismondi, *op. ult. cit.*, p. 139: "[..] *il carattere necessariamente discrezionale del potere amministrativo, infatti, da un lato pareva costituire un tratto distintivo ineliminabile nel confronto con l'attività dei soggetti privati (caratterizzata normalmente da una situazione di autonomia) e dall'altro sembrava implicare l'esistenza di regole speciali, caratteristiche di tale potere [..];* l'A. continua, poi, in nota "*lo stesso Benvenuti, del resto, afferma espressamente che con riguardo all'attività privata, che è libera e soggetta al solo principio di autonomia, non sono facilmente individuabili norme sulla funzione. Il che avvalora l'idea di un'attività amministrativa soggetta a regole speciali in ragione del suo carattere necessariamente discrezionale*".

[20] Per quanto nell'ordinamento siano presenti norme che espressamente sembrano prevedere esercizi 'abusivi' del diritto, quali: l'art. 833 c.c., che vieta espressamente gli atti emulativi nell'esercizio della proprietà, la minaccia di far vale un diritto *ex* art. 1438 c.c., il divieto di concorrenza sleale di cui all'art. 2598 c.c., il divieto di immissioni eccedenti la normale tollerabilità (art. 844, co. I, c.c.), l'abuso dei poteri del genitore (art. 330. c.c.), l'abuso del creditore pignoratizio e dell'usufruttuario (artt. 2793 e 115 c.c.); la giurisprudenza, come nel caso della sentenza in commento, ormai è approdata al solido convincimento che non sia necessaria una norma: invero, ritiene che l'abuso rappresenti appunto un principio, una clausola a sé stante e auto sufficiente, in grado di fungere da grimaldello per sanzionare *ex post* le situazioni soggettive ritenute contrarie ai principii che permeano l'ordinamento giuridico e ricavabili dalla Costituzione.

[21] Acuta dottrina ha messo in luce il rapporto dialettico intercorrente tra gli interventi statuali e la libertà economica dei privati, elaborando la figura di mercato come *locus artificialis*: si fa riferimento a N. Irti, *L'ordine giuridico del mercato*, Roma-Bari, 2004.

[22] Si veda V. Planiol, Traité élémentaire de droit civil, Paris, 1931, p. 312 ss.: l'autore reputa che la «formule "usage abusif des droits" est une logomachie, car si j'use de mon droit, mon acte est licite; et quand il est illicite, c'est que je dépasse mon droit et que j'agis sans droit […]; tout acte abusif, par cela seul qu'il est illicite, n'est pas l'exercise d'un droit, et que l'abus de droit ne constitue pas una cátegorie juridique distincte de l'acte illicite».

Sul punto si tornerà in seguito. Sia sufficiente precisare che la dottrina è divisa sulla qualificazione dell'atto abusivo, quale *illecito* o quale atto invalido.



portamento formalmente iure *del danneggiante in un comportamento sostanzialmente* non iure, *oltre che* contra ius" [23].

Negli ultimi anni la crisi di impresa e, in particolare, lo strumento del concordato preventivo hanno rappresentato oggetto di riflessione sul tema dell'incontro tra libertà contrattuale e occasione di abusi. In linea, infatti, con altre riforme di derivazione comunitaria [24], il Legislatore ha modificato la disciplina della Legge fallimentare del 1942, cercando di favorire soluzioni negoziali della *crisi* e depotenziando gli interventi, di legittimità e di merito, del giudice.

La procedura, disciplinata dall'art. 161 L. fall., oggi sembra esibire due momenti [25]: l'uno, ancora sottoposto al vaglio dell'autorità giudiziaria, in cui il debitore propone la domanda per l'ammissione con *ricorso* al Tribunale del luogo in cui l'impresa ha la propria sede principale; l'altro, di natura contrattuale, in cui il debitore presenta il *piano,* contenente la *proposta*, e in cui si rapporta esclusivamente con i creditori: quest'ultima si oggettiva in una sorta di "*offerta formulata dal debitore ai propri creditori per il soddisfacimento del loro credito, mentre il piano* [26] *rappresenta la modalità con cui il debitore si propone di riuscire a realizzare la proposta formulata*" [27].

Così delineata, la disciplina del concordato preventivo assume una veste "contrattua-

---

[23] Così R. Amatore, *op. ult. cit.*, p. 9.

[24] Basti pensare al D.L. 3 maggio 2016, n. 119, rubricato "*Disposizioni urgenti in materia di procedure esecutive e concorsuali, nonché a favore degli investitori in banche in liquidazione*", con cui sono stati introdotti nel nostro ordinamento strumenti di tutela privata del credito, quali il c.d. prestito vitalizio ipotecario, il c.d. nuovo patto marciano, regolato dall'art. 48-*bis* T.U.B.: per un'analisi più approfondita si rimanda a G. D'Amico-S. Pagliantini-F. Piraino-Tiziana Rumi, *I nuovi Marciani,* Torino, 2017.

Questo tipo di interventi legislativi, a favore della cosiddetta 'autoregolazione', sarebbero vòlti al raggiungimento di un maggior grado di 'efficienza' dell'ordinamento, spesso a scapito di garanzie e tutele giurisdizionali. L'argomento meriterebbe più ampio respiro; qui non può che rinviarsi a due pregevoli scritti che affrontano il tema: facciamo riferimento a N. Irti, *Capitalismo e calcolabilità giuridica,* in *Un diritto incalcolabile*, Torino, 2016; Id., *Destino di Nomos,* in *Elogio del diritto*, Milano, 2019.

[25] Nella prassi si è soliti proporre ricorso e piano in un unico atto. A favore di una lettura della norma che esalti la distinzione tra ricorso, da un lato, e piano e proposta, dall'altro, G. Verna, "*La relazione professionale che accompagna il piano di concordato preventivo*", in *Dir. Fall.*, 2007/1, pp. 231-232. Vedi anche M. Rubino, *Il piano finanziario proposto ai creditori e l'individuazione dei crediti privilegiati*", in AA. VV., *Gestione delle procedure concorsuali nella crisi d'impresa*, Milano, 2016, pp. 151 ss.

[26] Per quanto riguarda il piano sarebbe da distinguere: "*La fattibilità del piano concordatario è uno dei presupposti di ammissibilità della proposta di concordato preventivo e si distingue la fattibilità giuridica da quella economica, soltanto la prima è demandata al sindacato da parte del tribunale, essendo la seconda invece oggetto del voto di convenienza dei creditori"*, così in una nota a Trib. Arezzo, 19 dic. 2014, n. 158, L. Vecchione, *Le concrete modalità di esecuzione del piano concordatario accettate dai creditori divengono insindacabili perché "contrattualizzate",* in *Giustiziacivile.com*, 28-10-2015.

[27] M. Rubino, *op. ult. cit.*, pp. 153-154.



lizzata" [28]; gli aspetti contrattuali della procedura andrebbero rintracciati in una serie di ulteriori elementi quali: il fatto che vi siano spesso trattative preliminari al raggiungimento di un accordo tra debitore e creditori; il fatto di aver concesso alle parti ampio margine di "contrattazione" del piano, senza particolari vincoli di contenuto *"[...] l'aver demandato la verifica di convenienza in via esclusiva all'altra parte che oggi si presume interessata ad un soddisfacimento in senso ampio [..]; l'aver investito il giudice del più alto e nobile ruolo di controllore della legalità del processo e di solutore di conflitti, in posizione di perfetta terzietà perché liberato dalla legittimazione all'iniziativa del processo di fallimento nonché dalle valutazioni e dalla conduzione di questioni prettamente economiche [...]*" [29].

Fase giudiziale e fase contrattuale sembrano convivere e intrecciarsi nel medesimo istituto. Se il fine della procedura è quello di soddisfare al meglio il ceto creditorio, l'occasione dello 'sviamento' da questo scopo si rinverrebbe, secondo parte della dottrina, [30] proprio nella natura contrattuale del concordato: sia il debitore, che il creditore possono perseguire, attraverso una serie di condotte che la procedura concorsuale consente, scopi che contrastino con il fine per cui lo strumento del concordato è stato istituito.

Il giudice sarebbe chiamato, quindi, *ex post*, ad usare la categoria dell'abuso del diritto per ottenere il "*riequilibrio fra contestuali e potenziali vicende di contrapposti diritti esercitati da soggetti in conflitto [..], mostrando di selezionare quale compatibile con un'accettabile ragione redistributiva di tipo patrimoniale solo quel diritto che non produca un sacrificio eccedente lo scopo utilitaristico che l'istituto persegue, cioè il soddisfacimento dei creditori"* [31].

Invero, considerare unico scopo della procedura la miglior soddisfazione possibile del ceto creditorio, pare riduttivo. Se di interessi sottesi alla disciplina si vuole parlare, non

---

[28] Questa sembra essere la lettura operata da L. Abete, *La struttura contrattuale del concordato preventivo: riflessioni a latere della sentenza n. 1521/2013 delle Sezioni Unite*, in *Dir. fall.*, n. 6, 2013.

[29] Così S. Pacchi, *L'abuso del diritto nel concordato preventivo*, in *Giust. civ.*, 4/2015, pp. 789 ss.

[30] È la posizione di S. Pacchi, *op. ult. cit.*, pp. 791-792. L'A. cita anche il pensiero di A. Rocco, che nella sua Prefazione a *Il concordato nel fallimento e prima del fallimento*, Torino, 1902, a proposito dello strumento concordatario scriveva «*dal punto di vista pratico ci offre, accanto al beneficio di una soluzione più rapida, più semplice, meno costosa del fallimento dichiarato o imminente, il pericolo di frodi da parte dei debitori di mala fede, e di soprusi da parte dei creditori disonesti o rapaci*».

[31] Questo il pensiero di M. Ferro, *L'abuso del concordato preventivo,* in G. Minutoli (a cura di), *Crisi di impresa ed economia criminale*, Milano, 2011, p. 206.



può escludersi quello del debitore a non vedere compromesso se stesso o la propria impresa, al punto da essere costretto a una liquidazione giudiziale [32].

3. – Nella sentenza in commento, la categoria dell'abuso parrebbe attagliarsi all'art. 169-*bis* L. fall.; il quale permette al debitore, sia prima, che dopo il decreto di apertura del concordato, di chiedere lo scioglimento dai contratti pendenti.

La prima questione interpretativa che i giudici hanno dovuto affrontare è stata quella della difficile qualificazione di *contratto pendente* ai sensi dell'art. 169-*bis* della Legge fallimentare. L'interpretazione letterale della norma, nella sua formulazione originaria, si discostava dal tenore dell'art. 72 L. fall., il quale espressamente definisce pendenti, e quindi passibili di scioglimento, quei contratti ancora "*ineseguiti o non compiutamente eseguiti da entrambe le parti*". Il testo dell'art. 169-*bis*, allora, poteva far propendere per una lettura estensiva del concetto di pendenza, per differenziare il sistema del concordato preventivo da quello del fallimento: si riteneva, infatti, che la locuzione "*in corso di esecuzione*" potesse riferirsi anche ai contratti eseguiti da una sola delle parti [33].

Per evitare ulteriori incongruenze interpretative, la norma è stata riformata dal d.l. 27 giugno 2015, n. 83, convertito dalla l. 6 agosto 2015, n. 13, in modo da equiparare la fattispecie del concordato a quella del fallimento [34].

---

[32] Si dice che con gli ultimi interventi legislativi abbiamo assistito a una modificazione delle procedure concorsuali che, da prettamente esecutive che erano, sarebbero divenute negoziali, anche per favorire il debitore in crisi e per meglio garantire il patrimonio aziendale da situazioni di debito: va ricordato, infatti, che il debitore che accede al concordato conserva il potere di gestione del proprio patrimonio; tra gli altri, S. Pacchi, *L'abuso*, cit., p. 789.

[33] Una parte della dottrina adduceva infatti che nel concordato preventivo sarebbero definibili 'contratti pendenti', non solo i contratti bilaterali ineseguiti o parzialmente eseguiti da entrambe le parti, ma anche quelli unilaterali con obbligazioni da una sola delle parti, così A. Dolmetta, *Concordato preventivo e contratti "pendenti" (in margine alle modifiche portate all'art. 169 bis l.fall. dal D.L. n. 83/2015*), in *Fall.*, 4/2016, p. 400: "[..] *per scriminare tra contratti bilateralmente ineseguiti e contratti unilateralmente ineseguiti occorrerebbe dimostrare che l'esigenza sostanziale, che presiede alla disposizione dell'art. 169 bis qui in discorso, si ponga solo per la prima ipotesi e non anche per la seconda. Cosa, quest'ultima, che nessuno, almeno per quanto risulta, ha mai tentato di fare e che, a me pare, non avrebbe alcun senso andare a saggiare. Nei fatti, ben può capitare che a risultare determinante per il buon esito di un concordato sia proprio la sospensione o lo scioglimento di un contratto alla cui esecuzione manchi, in tutto o in parte, la prestazione del debitore che presenta la relativa domanda*"; ma anche M. Fabiani, *Per una lettura costruttiva della disciplina dei contratti pendenti nel concordato preventivo*, in *www.ilcaso.it*; B. Inzitari, *I contratti in corso di esecuzione nel concordato: l'art. 169 bis l.fall.*, in *IlFallimentarista.it*.

[34] *Contra,* acuta dottrina faceva notare che non vi fosse una reale equiparazione anche *post* riforma del 2015: sostiene, infatti, A. Dolmetta, *op. ult. cit.*, p. 398, che "*sostituire "contratti in corso di esecuzione"*



Ancorché il fatto si fosse verificato nel tempo in cui era vigente la normativa *ante* riforma, gli Ermellini sembrano sposare un'interpretazione restrittiva della norma e giudicano scorretto [35] non considerare eseguito un contratto a prestazioni corrispettive, "*ove uno dei contraenti abbia adempiuto la propria prestazione quantomeno quella da ritenersi principale* [36] *nel sinallagma contrattuale*".

Nel caso di specie, quindi, il contratto di compravendita non doveva reputarsi più *pendente*, giacché – pagando il prezzo – una delle parti aveva già eseguito la propria prestazione principale.

Se da un lato, nel riformare la decisione della Corte d'Appello dell'Aquila, la Suprema Corte sembra rifarsi a un paradigma interpretativo della disposizione della Legge fallimentare, dall'altro, a sostegno del proprio convincimento, invoca la teoria dell'abuso del diritto.

Ad una prima analisi, l'art. 169-*bis* parrebbe suscitare il problema dell'abuso. Questo perché l'istanza di sciogliersi dai contratti pendenti può divenire motivo di conflitto fra diversi interessi contrapposti: quello "*del contraente* in bonis *a vedere regolarmente eseguito il rapporto negoziale in essere con il contraente concordatario; l'interesse dei creditori concorsuali a non vedere pregiudicati i propri diritti in dipendenza dell'esecuzione d'un rapporto negoziale in costanza di procedura; l'interesse del contraente concordatario a dare completa esecuzione al piano sottoposto all'approvazione dei creditori ed all'omologazione del Tribunale senza subire le conseguenze, soprattutto economiche, d'un rapporto negoziale in essere*" [37]. Se ruolo del giudice sia quello di ricomporre interessi, ovvero di applicare la Legge, è tema spinoso e di non facile analisi in poche

---

con "contratti non interamente eseguiti" appare assai significativo, se dalla relativa formula normativa si lascia fuori – secondo quanto per l'appunto è accaduto – proprio il segmento "da entrambe le parti": che è quanto propriamente connota, all'opposto, la frase normativa fatta propria dall'art. 72. A tutto voler concedere, insomma, sul piano oggettivo il problema della fattispecie assunta a presupposto del potere di sospensione e/o di scioglimento si trova allo stesso punto in cui era prima dell'intervento legislativo del 2015".

[35] L'interpretazione pare conforme ad altri recenti arresti della Cassazione. *Ex multiis*, Cass. civ. Sez. I, Sent., 15-06-2020, n. 11524, in *CED*: "*avendo la banca esaurito la propria prestazione (quantomeno principale) con l'effettuazione della anticipazione, ne consegue l'inapplicabilità della L. Fall., art. 169 bis, alle singole operazioni di anticipazione ancora in corso*".

[36] Un ulteriore problema interpretativo potrebbe riguardare la distinzione tra la prestazione principale e quella accessoria: il giudice, analizzando il testo del contratto, dovrebbe trarre la soluzione attraverso i canoni ermeneutici di cui agli art. 1362 ss. del Codice civile. Molto spesso, però, per dare soluzione giuridica al caso, l'interprete sembra farsi guidare dalla ricerca della causa cosiddetta "concreta" del contratto.

Nel caso di specie, trattandosi di contratto preliminare di compravendita, è il Codice civile all'art. 1476 a indicare obbligazione *principale* del venditore *far acquistare la proprietà della cosa* al compratore.

[37] Così L. Jeantet, in R. Amatore – L. Jeantet, *Il nuovo concordato preventivo*, Milano, 2016, p. 84.



pagine [38]: in ogni caso, verrebbe da dire, sostenuti da acuta dottrina, che sono le norme ad essere, sempre, un precipitato di interessi contrapposti [39].

Secondo la Cassazione, nel momento del giudizio di ammissibilità del piano di concordato, il giudice avrebbe dovuto operare un bilanciamento tra l'interesse del debitore allo scioglimento dai contratti pendenti e quello del contraente *in bonis* a non rimanere pregiudicato dalla procedura concordataria, per tutelare "*l'interesse pubblicistico al regolare svolgimento, oltre che al buon esito, della procedura concorsuale*" [40].

L'abuso sarebbe da rintracciare nella condotta del debitore, il quale avrebbe fatto ricorso allo strumento concordatario per fini *ultronei*, *dilatori*, *opportunistici*: il promittente venditore, infatti, si sarebbe servito della domanda di concordato e, in particolare, della disposizione di cui all'art. 169-*bis* L. fall. proprio per non trasferire la proprietà del bene al promittente acquirente e per sciogliersi dal contratto prima di adempiere la propria prestazione. La lesione della sfera giuridica del contraente *in bonis* si sostanzierebbe nell'inserimento dell'immobile nell'attivo concordatario, che gli garantirebbe soltanto il diritto a un indennizzo pari all'importo versato, "falcidiato" dell'85%.

Ecco allora delinearsi la "fattispecie" dell'abuso: il debitore, pur esercitando "formalmente", in modo legittimo, il proprio diritto di proporre istanza di concordato e di chiedere lo scioglimento dai contratti pendenti, agirebbe *non iure* perché toccherebbe la sfera giuridica di un altro soggetto. Così delineato, però, lo schema dell'abuso, ancora una volta, sembra risolversi in illecito. La condotta del debitore, provocando un *danno ingiusto*, si colora di un qualche grado di colpevolezza e diviene, quindi, illecita [41].

---

[38] Per un quadro generale delle posizioni della dottrina sul punto si rimanda a un recente saggio di B. Montanari, *La figura del giurista al tempo del 'post-pensiero'*, in *Eur. Dir. Priv.*, 2/2020, pp. 423 ss.

[39] È questo l'insegnamento di N. Irti, *Introduzione allo studio del diritto privato*, cit., p. 12: "*La valutazione della realtà sociale e degli interessi in conflitto sta prima della norma; e si traduce nella scelta di effetti giuridici, che lo studioso considera come un dato esterno e che si limita a conoscere ed a costruire. Noi non rispondiamo alla domanda sul* quia*, ma alla domanda sul* quomodo".

[40] Il controllo giudiziale, nell'ambito del concordato preventivo, pare limitarsi al rispetto della legalità della procedura; quanto al merito, il giudice potrebbe operare soltanto in caso di "*manifesta inettitudine del piano a raggiungere gli obiettivi prefissati*": così I. L. Nocera, *Analisi civilistica degli accordi di ristrutturazione dei debiti*, Torino, 2017, p. 28.

[41] *Contra* F. Galgano, *Qui suo iure abutitur neminem laedit?*, cit., p. 37. L'A. ritiene l'atto abusivo invalido, quindi "*destinato ad essere privato di effetti*" e non illecito. Viene da chiedersi, però, come possa una fonte geneticamente valida subire delle modificazioni successive; per di più ad opera di una condotta conforme al modello descritto dalla fonte stessa.

Contra anche C. Castronovo, *Eclissi*, cit., p. 111, nt. 50: "*Se già sul piano linguistico abuso è qualificazione di una condotta e sul piano normativo ingiustizia è qualificazione del danno, non è facile capire come la seconda possa convertirsi nel primo*". Varrebbe rilevare, però, che illecito non è solo il danno ingiusto,



4. – La sentenza in commento appare poco chiara riguardo alla qualificazione soggettiva della condotta del debitore: da una parte, infatti, la Cassazione ritiene che il promittente venditore abbia "*procrastinato dolosamente la stipula del contratto definitivo*", evocando, quindi, il dolo come elemento soggettivo; dall'altra ritiene che egli abbia violato l'obbligo di eseguire il contratto secondo buona fede, *ex* art. 1375 del Codice civile. Ma i piani, del dolo e della buona fede *in executivis*, non sono sovrapponibili: quest'ultima, infatti, lungi dal riguardare una situazione psicologica del contraente, impone "*a ciascuna delle parti di agire in modo da preservare gli interessi dell'altra a prescindere da specifici obblighi contrattuali*" [42].

Sembra che la Cassazione confonda i piani del dolo e della buona fede in senso oggettivo; e poi quelli della buona fede e dell'abuso: può risultare emblematico un passaggio della sentenza in cui la Suprema Corte, prima, rileva il contrasto della condotta del debitore con l'art. 1375 c.c.; successivamente, *a fortiori*, come se le figure fossero equivalenti, invoca *anche* la figura dell'abuso, il quale, così descritto, assume le sembianze di una 'superfetazione': confondendo quest'ultimo con l'esecuzione del contratto secondo buona fede, si rischia, infatti, di invocare principii quando vi sono fattispecie applicabili, valide ed efficaci [43].

---

ma anche una condotta dolosa o colposa che cagioni quest'ultimo: la condotta (quantomeno colposa) e il danno sono entrambi elementi della fattispecie abusiva, come dell'illecito. L'A. reputa che l'abuso abbia una struttura monistica "*che si risolve completamente nell'apprezzamento in sé della condotta del titolare del diritto"*. Ma, dalla visuale degli effetti, l'abuso sembra rilevare e come condotta (dolosa o colposa) e quale lesione della sfera giuridica altrui e quindi quale 'fonte' di responsabilità.

[42] Così C.M. Bianca, *Diritto civile. Il contratto*, Milano, 2000, p. 505.

Nel caso di specie, non riesce di collocare la buona fede nell'esecuzione del contratto: dal momento che il promittente venditore non ha eseguito del tutto la propria prestazione principale, egli è inadempiente, *ex* art. 1218 c.c.; non si è in presenza di una situazione di *slealtà* o lesione di legittimi affidamenti, né di obblighi accessori di salvaguardia; tanto è vero che il contraente *in bonis* avrebbe potuto agire per la risoluzione del contratto, *ex* art. 1453 c.c., anche dopo l'istanza di apertura del concordato. Come spiega bene L. Nivarra, nella 'voce' *Esecuzione del contratto*, in *Enc. dir., Il contratto*, Milano, 2021, p. 535, il concetto di esecuzione secondo buona fede include "*tutte quelle ipotesi nelle quali le parti svolgono un'attività, che pur non essendo immediatamente finalizzata a concretizzare il programma negoziale, in vario modo a quest'ultimo si collega*".

[43] Ci si chiede con M. Orlandi, Introduzione alla logica giuridica, Bologna, 2021, p. 189: "[..] *potrebbe il giudice-giurista abbandonare il semantema della fattispecie, per «applicare» direttamente un semantema senza fattispecie? E, segnatamente, potrebbe egli applicare direttamente il principio (*c.d. Drittwirkung*), scritto nella o ricavabile dalla legge gerarchicamente superiore della Costituzione e degli atti equiparati, ignorando le altre fattispecie*?".

Sulla auspicabile distinzione tra gli ambiti di operatività delle categorie dell'abuso e della buona fede, v. ancora C. Castronovo, *Eclissi*, cit., p. 108: "[…] *tra abuso e buona fede si produce una congestione, un sovrapporsi di figure, che vanno invece distinte [..] la buona fede ha un ambito di applicazione suo proprio, all'interno del quale l'abuso del diritto non è in grado di aggiungere nulla*".



Nel ragionamento si innesta, poi, un ulteriore dubbio: come può la condotta del debitore essere conforme allo schema formale previsto da una norma (la quale, è bene ripeterlo, è il prodotto di un "conflitto" di interessi [44] e non la fonte di un bilanciamento che si svolga *a posteriori*) e allo stesso tempo inficiare la sfera giuridica altrui?

Sotto la lente della *rilevanza giuridica* l'agire *iure* del debitore significa agire secondo il modello descritto dalla fonte: "*esercitare è tenere la condotta conforme al diritto*" [45]. Dovrebbe dirsi, a rigore, che ogni diritto *è* la propria fonte [46]: il soggetto potrà tenere o non tenere la condotta conforme al modello, ma (e qui è il punto cruciale) il comportamento futuro è già approvato dalla norma come meritevole di tutela. Il carattere

---

[44] L'interesse cosiddetto 'sotteso' all'art. 169-*bis*, a dire il vero, è proprio quello di permettere al debitore in crisi di sciogliersi da contratti estremamente onerosi e di difficile attuazione: sul punto le attente riflessioni di A. Mussa, *La sospensione dei contratti in corso di esecuzione nel concordato con riserva: profili critici,* in *Ilfallimentarista.it*, fasc. 19 ottobre 2015, Nota a: Tribunale Treviso, 24 febbraio 2015, sez. II, la quale sostiene che " *le disposizioni di legge citate (artt. 168 e 169-bis l. fall.) sono volte a tutelare l'imprenditore intenzionato a raggiungere una soluzione concordataria e per la quale è necessaria la cristallizzazione della situazione debitoria, funzionale a garantire da aggressioni o interventi esterni l'integrità del patrimonio destinato all'attuazione dello strumento concordatario*".

Dello stesso avviso, seppur da un punto di vista differente, le attente riflessioni di A. Dolmetta, *op ult. cit.*, p. 401, nt. 26, il quale mette in luce come l'"interesse" del contraente *in bonis* sia già tutelato dalla norma attraverso la corresponsione dell'indennizzo: "*a proposito di questa tesi della valutazione comparativa, sembrano importanti due ordini di osservazioni. Il primo è molto semplice: nel contesto dello strumento prefigurato dall'art. 169 bis l'interesse del contraente in bonis è considerato solo sotto il profilo dell'indennizzo dovutogli. Non anche altrimenti (: Trib. Cassino 29 ottobre 2014, in ilcaso.it: "*il riconoscimento al terzo contraente di un indennizzo … costituisce una forma di bilanciamento dei contrapposti interessi*"). Più articolato si manifesta il secondo rilievo. Nell'ambito della norma dell'art. 169 bis a contare – con riferimento alla sospensione e/o scioglimento dei contratti pendenti – è non tanto (e direttamente) il risultato, quanto piuttosto le modalità caratteristiche dell'azione volta al perseguimento di quel risultato. Il discorso di questa norma, cioè, si pone a monte, nel senso che riguarda gli strumenti: non quindi il "*migliore soddisfacimento dei creditori*", bensì il rapporto tra l'azienda del debitore concordatario, o comunque il compendio patrimoniale ivi implicato, e il contratto di cui si vorrebbe predicare sospensione e/o scioglimento*".

[45] M. Orlandi, *Contro l'abuso del diritto*, in *Nuova giurisprudenza civile commentata*, parte seconda, 2010, p. 130. L'autore afferma che l'abuso del diritto non sia altro dal *difetto del diritto*, poiché "*titolarità ed esercizio sono concetti complementari*.

[46] Da segnalare le notazioni sul concetto giuridico di fonte di M. Orlandi, *Introduzione alla logica giuridica*, cit., p. 54, il quale sostiene che: "*Il concetto di predicato non può andare disgiunto dal predicante, cioè dalla descrizione delle qualifiche, allo stesso modo che nessuna qualifica è pensabile fuori dalla propria fonte, cioè dalla propria oggettiva posizione e descrizione; in tanto posso affermare che Tizio deve a Caio la somma X entro il termine Y, in quanto apprendo la descrizione di queste qualifiche dalla fonte del rapporto (ad esempio, dal testo della legge o del contratto). Sembra emergere la debolezza delle metafore dell'appartenenza e della causalità, secondo cui l'obbligo «ha» una fonte, o «discende» da una fonte; mentre si direbbe, a rigore, come l'obbligo – e così il diritto, e ogni altra situazione che si reputi rilevante – sia la propria fonte, e interamente si risolva nella propria disciplina, nelle concrete e singolari modalità del contegno recate dalla fonte*".



abusivo non potrà essere ricercato nella qualifica della condotta del soggetto che ha agito rispettando lo schema formale imposto dalla fattispecie: "*nessun abuso sarà pensabile dal di dentro, ossia svolgendo il giudizio di conformità tra condotta e diritto*" [47], ma andrà rintracciato all'esterno, in altra e diversa fonte [48].

Il giudizio di riprovevolezza-abusività si dovrà necessariamente fondare su un altro modello (o titolo), onde evitare di cadere nel vuoto giuridico dell'irrilevanza [49].

Viene allora in rilievo la teoria della "doppia rilevanza": se l'esercizio del diritto si pone nello schema descritto dalla fonte è rilevante ed efficace, "*solo che, dinanzi ad esso, si staglia altra rilevanza ed efficacia, secondo un diverso e parimenti applicabile schema formale*" [50]. Non sarà allora una questione di conflitto tra fonti, bensì tra effetti [51]. Usando come laboratorio il caso prospettato nella sentenza in commento: il debitore esercita il proprio diritto di chiedere di sciogliersi da un contratto pendente, conformemente a una fonte valida (art. 169-*bis* L. fall.); allo stesso tempo, però, lede l'interesse del contraente *in bonis*, procrastinando dolosamente l'esecuzione del contratto, e può divenire responsabile di illecito [52] (artt. 1440 e 2043 c.c.). La condotta del debitore risulta

---

[47] M. Orlandi, *Contro l'abuso del diritto*, cit., p. 137.

[48] "[..] *conforme al modello, la condotta esige un altro e diverso giudizio di riprovazione*", così M. Orlandi, *op. ult. cit.*, p. 137. L'A. in altro scritto, M. Orlandi, *La categoria dell'obbligazione ridotta*, in *Giustizia civile*, 3/2019, pp. 467 ss., chiarisce il rapporto tra fonte, modello e titolo: "*Il titolo, in altre parole, non sta nel fatto in sé, ma nel modello applicabile al futuro (ché, per i normativisti, non sarà altro dalla fattispecie), ossia nel significato tratto dalle fonti materiali*".

[49] Per maggiori riferimenti alla teoria c.d. dell'irrilevanza si vedano ora le pagine di M. Orlandi, *Introduzione*, cit., pp. 248 ss.: "*O il comportamento è conforme alla fattispecie; oppure esso è difforme. Il comportamento abusivo appare qui per definizione difforme, ossia né sussumibile né assimilabile alla fattispecie. Sotto questa luce, esso si rivela semplicemente irrilevante, siccome non previsto: il comportamento abusivo è un caso non previsto*".

[50] Così, M. Orlandi, *Contro l'abuso*, cit. p. 136.

[51] Non è possibile, nell'economia di queste pagine, delineare in modo organico una rassegna su concetti come quelli di rilevanza, fonte, statuto giuridico, i quali meriterebbero ben più ampio respiro e per un'attenta analisi dei quali si rimanda a M. Orlandi, *Introduzione*, cit., *passim*.

È necessario chiarire, però, almeno il senso con cui si fa riferimento al concetto di *rilevanza*: nel testo, infatti, si intende rilevanza non solo come "*giudizio di conformità fatto-fattispecie*" (rilevanza cosiddetta statica o tassonomica); quest'ultima, infatti, va valutata nella dinamica della causalità giuridica: "*sotto tale angolatura, non basta la mera classificazione, ma è necessario stabilire la rilevanza condizionale o causale della fattispecie, rispetto alla quale si svolge il giudizio conformativo. Ad esempio, il fatto è illecito non già perché è conforme alla fattispecie «fatto colposo o doloso» ma perché la fattispecie nella quale esso è sussunto è causa dell'obbligazione risarcitoria* […]. *Il caso non rileva siccome tassonomicamente sussumibile in una fattispecie; ma solo se sussumibile nella fattispecie normativa, ossia se esso valga come causa di effetti giuridici*": così, M. Orlandi, *Introduzione*, cit., pp. 168-169.

[52] Si rimanda ancora a M. Orlandi, *Contro l'abuso*, cit., p. 138: "*L'abuso finisce allora per risolversi*



rilevante secondo due fonti, entrambe valide: sarà il giudice, allora, a valutare eventuali compatibilità o conflitti tra gli effetti che scaturiscono dalla condotta del promittente venditore, in un giudizio combinatorio che si deve svolgere necessariamente *ex post* [53]. La prevalenza della pretesa del debitore di liberarsi dal peso del contratto e la pretesa del creditore a vederlo eseguito dipenderà dalla disciplina degli effetti "*i quali si avvicendano e combinano proprio in ragione della contemporanea validità delle rispettive fonti*" [54].

Il profilo teleologico, che sarebbe proprio della "fattispecie" abusiva, "positivamente" ricostruito, si traduce, così, in una forma di rilevanza co-testuale [55].

L'abuso si mostra allora quale non-argomento: se nemmeno il dolo è in grado di rendere invalida una fonte (il contatto continua a spiegare i propri effetti; *può* essere soltanto titolo di risarcimento se si verifica un danno) come può invalidarla la mala fede [56]? Ovvero, meglio, come può la buona fede essere criterio di interpretazione restrittiva della norma, cioè escludere un caso (l'esercizio del diritto di scioglimento) dal 'dominio' della fattispecie?

L'abuso sembra qui celare una valutazione assiologica di ingiustizia: il giudice avverte come scorretto e ingiusto che il concordato sottragga al promittente acquirente il bene che egli ha pagato. Sul piano individuale si potrebbe anche convenire sul senso d'ingiustizia. Se però si trascorre al piano collettivo, il concordato ripete la disciplina delle procedure concorsuali, nell'interesse della massa. Sotto questa luce, l'interesse dei creditori potrebbe ben prevalere su quello del singolo. *More solito*, il versante politico-giuridico del bilanciamento appare in sé tecnicamente insufficiente; occorre scendere alla sistematica normativa co-testuale.

---

nella qualifica dell'illiceità dell'atto di esercizio; il quale atto – in ragione di altra specifica fonte – implicherà l'effetto risarcitorio".

[53] Sul punto M. Orlandi, *Introduzione*, cit., p. 253: "*La logica giuridica suscita una diversa domanda. Non già: «È il comportamento X abusivo»? bensì: «Quali effetti discendono dal comportamento X?»*".

[54] M. Orlandi, *Contro l'abuso, cit.*, pp. 136-137.

[55] Occorre richiamare M. Orlandi, *op. ult. cit.*, pp. 129-130: "*Questa metodica dell'intendere giuridico nega potersi una norma ricavare contro il semantico, ossia a prescindere dalla legge della codificazione e della sistematica co-testuale. La fissazione del confine, inteso come campo di significazione o sussunzione primaria della fattispecie, dipende* in primis *dai modi della codificazione, ossia dalla tecnica con cui è fissato il significato degli enunciati vigenti*. [..] *Il significato si raggiungerebbe attraverso un processo lineare, per gradi o stadî di avanzamento. Ne discende che il ricorso al profilo teleologico risulterebbe meramente eventuale e inopponibile alla codificazione tecnica, testuale e co-testuale*".

[56] La questione dell'abuso come forma di irrilevanza si risolve in ciò: se la buona fede possa essere o meno criterio di interpretazione restrittiva della fonte, se cioè essa sia in grado di rendere impossibile l'applicazione della fattispecie "diritto di sciogliersi dai contratti pendenti" alla condotta X.



5. – Resta in ogni caso irrisolta una questione: nell'ipotesi in cui la condotta del debitore non sia qualificabile come dolosa, che ne è della lesione alla sfera giuridica del contraente *in bonis*? È possibile prospettare una soluzione al problema giuridico senza dover scomodare i principii costituzionali e la buona fede. È necessario, infatti, valutare prima se sia possibile estrarre un significato dalle norme prossime al caso, "*vagliando connessioni sistematiche e nessi analogici*" [57].

La lesione della parte che ha dato completa esecuzione al contratto è un rischio che l'art. 169-*bis* non elimina mai: astrattamente il debitore in 'crisi', dopo aver ricevuto la controprestazione, potrebbe sempre presentare domanda di concordato e istanza di scioglimento da quel contratto che deve ancora eseguire. Di fronte a questa 'ingiustizia', il giudice si staglia quale figura di controllo e di argine [58].

Sulla rilevanza dell'autorizzazione giudiziale allo scioglimento, quale elemento della fattispecie di cui all'art. 169-*bis* L. fall., la dottrina pare divisa: vi è infatti chi, accentuando la componente contrattuale e il ruolo svolto dai creditori, rinviene nell'intervento del giudice un mero controllo di legittimità e nello scioglimento una sorta di "*recesso autorizzato*" [59]; altri, invece, respingendo la distinzione tra controllo di merito e di legittimità, reputa che la disposizione concordataria lasci al giudice uno spazio occupato dalla "clausola generale della c.d. giusta causa" [60]: il ricorrere della quale diverrebbe condizione necessaria per lo scioglimento del contratto.

---

[57] M. Orlandi, *Introduzione*, cit., p. 244.

[58] Risulta utile ripetere che nell'ambito del concordato preventivo il controllo relativo al *merito* della proposta spetta ai creditori: per un'analisi più approfondita si rinvia a I. L. Nocera, *Analisi civilistica*, cit., pp. 27 ss. e 48 ss.

[59] Così definito da M. Fabiani, *Concordato preventivo*, in *Comm. cod. civ. e cod. coll.*, Scialoja-Branca – Galgano (a cura di), Bologna, 2014, p. 493, nt. 4. Posizione questa che è stata avallata anche da parte della giurisprudenza: "*rilevato che la norma non indica un criterio in base al quale parametrare questo genere di autorizzazioni potendosi anche ritenere che si tratti di una mera presa d'atto di un diritto potestativo del debitore che sceglie di sciogliersi da un determinato rapporto giuridico nell'ambito di un proprio disegno imprenditoriale* [..]", Trib. di Salerno, Sez. III, 25 ottobre 2012, in *ilcaso.it*; "*Non sembra superabile l'*impasse *in cui versa l'esercizio del potere autorizzatorio, nel senso che, una volta eseguito uno scrutinio di legittimità in ordine ai presupposti di accesso all'istituto […] nessun effettivo accertamento di merito sembra trovare ulteriore spazio*", Trib. di Pistoia, Sez. fall., 9 luglio 2013, in *ilcaso.it*.

[60] Questa la posizione assunta da A. Dolmetta, *Concordato preventivo e contratti 'pendenti'*, cit., pp. 401-402. L'Autore ritiene che criterio cui deve ispirarsi il giudice per concedere o meno l'autorizzazione sia l'individuazione di una "giusta causa": "*L'idea della clausola generale, in effetti, può soccorrere per uscire dall'impasse costruito dalle perverse spirali delle nozioni di controllo di merito o invece di legittimità: non v'è dubbio, invero, che in tutti i casi in cui risulta, per legge, determinante la presenza di una situazione ascrivibile a una clausola generale, il giudice è senz'altro tenuto a verificare l'effettiva ricorrenza della medesima nei confronti della fattispecie concreta che è chiamato a valutare*". Per quanto il riferimen-



Ma il criterio in base al quale autorizzare o meno lo scioglimento è indicato dalla norma ed è quello della *pendenza*. Nel caso in questione, il contratto risulta del tutto eseguito da una sola delle parti, il promissario acquirente, che ha già versato l'intero prezzo del bene; si insinua allora il dilemma interpretativo: si può considerare *pendente* un contratto già eseguito da uno dei contraenti?

Quello che viene affrontato come un problema di abuso si rivela invece un problema di *lacuna*. Mentre, infatti, l'art. 72 L. fall. definisce espressamente 'pendente' il contratto non eseguito "da entrambe le parti", quest'ultima locuzione manca nell'art. 169-*bis*. Il silenzio della norma, non pare, però, esprimere un divieto; esso allora può qualificarsi come un *nulla*; ossia, appunto, come una lacuna [61]. L'identità di *ratio* [62] tra le due norme, la *prossimità* semantica e la vicinanza sistematica [63], parrebbero implicare l'effetto *teleologicamente assimilabile* [64]: così da estendere "*l'effetto della norma con medesima* ratio (art. 72 L. fall.) *al caso regolato dalla norma silente* (art. 169-*bis* L. fall.)" [65].

Un'interpretazione restrittiva del concetto di pendenza sembra coerente, tra l'altro, con il principio generale che regola i contratti, che è quello stabilito dall'art. 1372 del Codice civile, e con l'art. 1406 c.c., che disciplina la cessione del contratto; quest'ultima norma sembra prevedere, anche nell'interpretazione della Cassazione (Cass. civ., Sent.,

---

to alla "giusta causa" si mostri meno 'evanescente' dell'appello all'abuso del diritto (verrebbe, infatti, da chiedersi se non sia la prima un concetto giuridico indeterminato), bisogna in ogni caso osservare come il testo della norma non faccia espresso riferimento ad alcun tipo di clausola generale: l'argomento andrebbe recepito, quindi, *de iure condendo*. Sulla distinzione teorica tra concetto giuridico indeterminato e clausola generale si rimanda C. Castronovo, *Responsabilità civile*, Milano, 2018, pp. 45 ss., in cui l'A. tratta dell'argomento a proposito dell'ingiustizia del danno.

[61] Per un'analisi del concetto di lacuna e del silenzio come divieto ovvero come nulla si rimanda a M. Orlandi, *Introduzione*, pp. 189 ss.

[62] La *ratio* si può ricavare sistematicamente dalle norme generali che regolano i contratti e dalle disposizioni sul fallimento e sul concordato: da un lato abbiamo il contratto che, di regola, ha forza di legge tra le parti e non può essere sciolto se non per mutuo consenso o nei casi espressamente previsti dalla legge (art. 1372 c.c.); dall'altra in ambito concordatario vige il principio della miglior soddisfazione possibile dei creditori e del minor sacrificio per il debitore.

Il principio generale, secondo il quale un contratto deve dirsi eseguito anche se soltanto una delle parti ha adempiuto per intero la propria prestazione, potrebbe ricavarsi anche dall'art. 1406 c.c.: a tal proposito si veda quanto scritto diffusamente nel presente paragrafo.

[63] Nell'art. 72 L. fall. manca l'autorizzazione giudiziale solo perché la procedura è già gestita dal curatore, il quale *decide* se subentrare nel contratto o scioglierlo.

[64] Vengono in rilievo le parole di M. Orlandi, *op. ult. cit.*, p. 190: "*La lacuna non consiste qui nel difetto tout court di una norma. Manca, non una norma tout court, ma una norma teleologicamente «giusta». La quale distingua, prevedendo effetti diversi per casi dissimili; oppure unifichi, disciplinando allo stesso modo casi teleologicamente (razionalmente) assimilabili*".

[65] Così M. Orlandi, *op. ult. cit.*, p. 191.



22 gennaio 2010, n. 1204), che non si possa cedere un contratto a un terzo se vi sia stata esecuzione *ex uno latere*. Infatti, nel decidere per l'impossibilità della cessione di un contratto preliminare di vendita, in forza del quale una delle parti aveva già versato l'intero prezzo, la Suprema Corte ha statuito che "*occorre che le prestazioni poste a carico delle parti non siano state interamente eseguite, giacché in tal caso non è possibile la successione di un soggetto a un altro nel medesimo rapporto che caratterizza la cessione del contratto; nell'ipotesi in cui sia stato già eseguita alcuna delle prestazioni a carico delle parti, potrebbe semmai verificarsi la cessione del credito*". L'opportunità di sciogliere un contratto, ancor più che cederlo, quando uno dei contraenti abbia già eseguito completamente la propria obbligazione, sembra violare il nesso di reciprocità posto a fondamento di ogni contratto a prestazioni corrispettive [66].

A seguito dell'assimilazione si dirà che, pure nel concordato, il rapporto contrattuale non può qualificarsi 'in corso di esecuzione' *anche se* soltanto una delle parti ha già eseguito interamente la propria prestazione.

Il criterio attraverso il quale il giudice avrebbe potuto dare risposta a "un'esigenza di giustizia" sembra essere quello dell'analogia: il ricorso a clausole generali e principii costituzionali, è preceduto [67] "*dalle norme simili in cui si svolge una vicinanza tale da rendere possibile la sussunzione o l'assimilazione del caso alla fattispecie concreta*" [68].

È necessario soffermarsi anche sulle ultime parole del comma I dell'art. 72 L. fall.: quest'ultimo statuisce che il curatore può decidere di sciogliersi dal contratto (se ricorro-

---

[66] È quanto sostenuto da autorevole dottrina proprio in tema di tutela del promissario acquirente: V. Colesanti, *Durata del processo e tutela del promissario di vendita immobiliare*, in *Riv. trim. dir. proc. civ.*, 1/2009, p. 101, il quale sostiene che "*del resto, ognuno sa che il disposto dell'art. 72 trae la sua origine dalla dottrina del Bonelli, imperniata sul rilievo da accordare al principio del c.d. sinallagma funzionale, che nei rapporti bilaterali non consente di dissolvere il nesso di interdipendenza tra prestazione e controprestazione nel momento dell'esecuzione: il soggetto* in bonis *non può essere tenuto a quanto da lui dovuto se il contrapposto suo diritto vien piegato alla falcidia fallimentare*". L'A. mette in luce (*ivi* pp. 101-102) la distinzione tra l'art. 72 e l'art. 75 L. fall., considerando quest'ultima norma eccezionale: " *[...] per considerare la vicenda come ancora pendente da ambo i lati, il legislatore ha dovuto dettare una norma specifica, derogatrice dell'altrimenti regola generale che postula l'inesecuzione da entrambe le parti. Ma pare allora chiaro che quante volte una disciplina apposita e derogatrice non ci sia, non possa che riprendere valenza la regola generale [...]*".

[67] Prima di uscire dalla "prigione semantica", il giudice deve vagliare tutte le ipotesi possibili di soluzione logicamente e testualmente coerenti. Vengono alla mente le evocative parole di N. Irti,, *Riconoscersi nella parola. Saggio giuridico.*, Napoli, 2020, p. 36: "*L'anti-intellettualismo sospinge verso la 'vita', la 'realtà', l''esperienza', ma codesta concretezza e immediatezza non esprime né può esprimere, diritto, il quale implica un pensiero ordinante, un complesso di schemi e forme regolatrici"*.

[68] M. Orlandi, *op. ult. cit.*, pp. 244-245.



no le condizioni che abbiamo analizzato in precedenza), "*salvo che, nei contratti ad effetti reali, sia già avvenuto il trasferimento del diritto*".

Per quanto il termine "salvo che" possa suscitare l'idea di contrasto con qualcosa che precede, risulta evidente che, coerentemente con tutto il primo comma, anche questa parte che regola i contratti ad effetti reali impone, perché possa esservi *pendenza*, e quindi diritto di scioglimento, un'inesecuzione bilaterale [69]; perché il lemma possa avere senso logico, bisogna reputare compresa nella fattispecie anche l'ipotesi speculare: quella in cui non vi sia stato trasferimento, ma sia stato già pagato il prezzo; proprio come previsto nell'ambito della cessione del contratto, *ex* art. 1406 del Codice civile [70].

Poiché il caso in esame riguarda un preliminare di compravendita rimasto inadempiuto da una sola delle parti, la quale non ha trasferito la proprietà dell'immobile, risulta opportuno domandarsi se l'interpretazione analogica possa riguardare l'ultima parte del comma I dell'art. 72 L. fall.; l'ipotesi è percorribile soltanto se, come proposto in letteratura [71], si assegni al preliminare la forza di "*comando negoziale già prodotto*" [72]. Così elaborato, quest'ultimo non è più "*mero contratto che obbliga a contrarre, ma fonte degli effetti e dei diritti ed obblighi finali"* [73]: in particolare, dottrina e giurisprudenza hanno iniziato a rintracciare nel preliminare di compravendita "*un'efficacia reale differita*" [74]; se

---

[69] La lettera della norma parrebbe far pensare all'inutilità di quel 'salvo che', il quale testualmente non si pone in contrasto con l'ipotesi di scioglimento prevista dal comma I dell'art. 72 L. fall. per tutti gli altri contratti. La superfluità, che non si tramuta mai in contraddizione, in questo caso pare rafforzare l'idea che il legislatore abbia voluto elaborare un concetto di pendenza bilanciato sugli inadempimenti di ambo le parti.

[70] Si rimanda a quanto riportato diffusamente in questo paragrafo. Il parallelismo tra l'art. 1406 c.c. e l'art. 72 L. fall. viene notato anche da L. Cattani, *Trascrizione della domanda* ex *art. 2932 c.c. e successivo fallimento del promittente venditore: le Sezioni unite "aggiustano il tiro"*, in *Giur. comm.,* 4/2016, pp. 757 ss., il quale appunto mette in luce la "*tendenziale corrispondenza tra quanto previsto dall'art. 72, primo comma l. fall., […] e l'art. 1406 c.c.*".

[71] Si fa riferimento alla suggestiva teoria elaborata da L. Montesano in *Contratto preliminare e sentenza costitutiva*, Napoli, 1953. Sulla scia della dottrina francese, secondo la quale la "promesse de vente vaut vente", l'A. 'svaluta' il ruolo del contratto definitivo riducendolo a "*mero presupposto di fatto per la composizione giuridica di un conflitto di interessi già predisposta pienamente definitivamente col contratto preliminare*" (Id., *op. ult. cit*., p. 104).

[72] La definizione è di L. Montesano, *op. ult. cit.,* p. 85. L'A. assegna al contratto definitivo "*mera funzione di documentazione*" (così A. Chizzini, *Tipicità e processo civile*, in *Jus*, 2-3/2020, nt. 54); con esso le parti "*si obbligano a confessare in una certa forma l'avvenuta produzione di un negozio*" (L. Montesano, *ivi*, p. 79).

[73] Così F. Gazzoni, *Il contratto preliminare*, Torino, 2010, p. 21.

[74] Le parole sono di F. Gazzoni, *op. ult. cit.*, p. 24. In tal senso anche un'importante sentenza della Cas-



si considerasse oggetto del preliminare l'effetto traslativo del bene, "*in quanto chi ha assunto l'impegno di contrarre è responsabile nei confronti dell'altra parte degli effetti sostanziali del contratto quale programmato*"[75], potrebbe essere l'ultimo frammento del comma I dell'art. 72 L. fall. a costituire oggetto di analogia[76].

sazione (S.U. 18 maggio 2006, n. 11624, in *Foro it.,* 2006, I, c. 2009) con cui i giudici hanno ritenuto che il contratto preliminare non possa più essere valutato "*come un semplice* pactum de contrahendo*, ma come un negozio destinato già a realizzare un assetto di interessi prodromico a quello che sarà compiutamente attuato con il definitivo, sicché il suo oggetto è non solo e non tanto un* facere*, consistente nel manifestare successivamente una volontà rigidamente predeterminata quanto alle parti e al contenuto, ma anche e soprattutto un sia pure futuro dare: la trasmissione della proprietà, che costituisce il risultato pratico avuto di mira dai contraenti*".

[75] Così A. Chizzini, *op. ult. cit.*, p. 339 nt. 54.

[76] Ripetendo il ragionamento svolto in precedenza: si estenderebbe alla norma silente (l'art. 169-*bis* L. fall.) l'effetto previsto dalla norma con medesima *ratio* (l'ultima parte dell'art. 72 L. fall., che impedisce al curatore di sciogliersi da un contratto ad effetti reali, se già si è verificato il trasferimento del bene, ovvero, logicamente, se si è già pagato l'intero prezzo).

JUS CIVILE



M. KEARNS, A. ROTH, *The Ethical Algorithm. The Science of Socially Aware Algorithm Design*, Oxford, 2020

L'algoritmo "etico" (a proposito di un libro recente)

È possibile imporre regole "etiche" all'intelligenza artificiale? O i tentativi di elaborare una disciplina giuridica capace di incanalarne gli sviluppi tumultuosi – oltre a risultare velleitari per insuperabili ragioni tecniche – sono forieri di inaccettabili vincoli alla ricerca scientifica, tanto da rendere incolmabile il *gap* fra l'Europa e le grandi potenze che dominano l'infosfera?

Il dibattito si è acceso a seguito della consultazione avviata dalla Commissione europea nel febbraio 2020 tra i principali *stakeholders* [1], con la pubblicazione del *White paper* sull'intelligenza artificiale [2], a cui ha fatto seguito la presentazione della Proposta di regolamento del Parlamento europeo e del Consiglio [3], contenente regole armonizzate sull'intelligenza artificiale. La sintesi delle varie posizioni è confluita nella citata proposta, che sembra incentrare il suo nucleo valutativo principalmente su un approccio basato sulla gestione del rischio [4]: i primi commentatori, tra critiche di impostazione e plausi su alcuni aspetti (come la *sandbox*) [5], sono concordi nel richiamare il *vulnus* maggiormente arduo da riempire, ovvero la responsabilità.

Fin dalla fase di consultazione, tuttavia, l'attenzione [6] si è concentrata sul profilo "eti-

---

[1] Conclusasi nel giungo 2020 e i cui risultati sono consultabili su https://ec.europa.eu/digital-single-market/en/news/white-paper-artificial-intelligence-public-consultation-towards-european-approach-excellence.

[2] https://ec.europa.eu/info/sites/default/files/commission-white-paper-artificial-intelligence-feb2020_en.pdf.

[3] "*Proposal for a regulation of the European Parliament and of the Council laying down harmonised rules on artificial intelligence (artificial intelligence act) and amending certain union legislative acts*". COM(2021) 206 final.

[4] V. considerando n. 14 della Proposta.

[5] Tra cui v. L. FLORIDI, *The European Legislation on AI: A Brief Analysis of its Philosophical Approach*, (June 1, 2021). Available at SSRN: https://ssrn.com/abstract=3873273; S. RANCHORDAS, *Experimental Regulations for AI: Sandboxes for Morals and Mores*, (May 4, 2021), University of Groningen Faculty of Law Research Paper No. 7/2021, Available at SSRN: https://ssrn.com/abstract=3839744; G. PROIETTI, *Intelligenza artificiale: una prima analisi della proposta di regolamento europeo*, Maggio 2021, in dirittobancario.it.

[6] In particolare da parte di tecnici ed imprese: cfr. E. KAZIM, A. KOSHIYAMA, *Lack of Vision: A Com-*



co" dell'intelligenza artificiale, sulla scia di quanto già ampiamente discusso tra gli accademici statunitensi, molti dei quali si sono espressi in senso favorevole alla creazione di regole chiare in grado di veicolare la ricerca entro binari "virtuosi" [7]. A sostegno di tale orientamento porta ora nuovi argomenti il recente saggio di due scienziati esperti di informatica teorica, il cui tentativo è spiegare «*how to design socially better algorithms*» [8].

In realtà, la propensione a fondare una scienza della ragion pratica dell'intelligenza artificiale sembra essere un cruccio particolarmente radicato proprio tra le fila degli studiosi delle "scienze dure" che si occupano di AI [9] con l'obiettivo, più o meno dichiarato, di consegnare all'umanità algoritmi più equi o "giusti".

Il libro dei due autori statunitensi Michael Kearns e Aaron Roth offre una riflessione meta-informatica al problema della "giustizia" dell'algoritmo, lasciando in penombra il tema della responsabilità e offrendo al lettore possibili soluzioni (meta-tecniche) per impegnare la ricerca scientifica in una specie di "ortopedia" dell'intelligenza artificiale che possa essere collettivamente edificante [10].

---

ment on the EU's White Paper on Artificial Intelligence, (March 20, 2020). Available at SSRN: https://ssrn.com/abstract=3558279; S. VON STRUENSEE, *Analyzing Dilemmas Posed by Artificial Intelligence and 4IR Technologies Post COVID-19, Requires using all Available Models, Including the Existing International Human Rights Framework and Principles of AI Ethics* (June 25, 2021). Available at SSRN: https://ssrn.com/abstract=3874279.

[7] V., per una sintesi del dibattito, J. FJELD, N. ACHTEN, H. HILLIGOSS, A. NAGY, M. SRIKUMAR, *Principled Artificial Intelligence: Mapping Consensus in Ethical and Rights-Based Approaches to Principles for AI* (January 15, 2020). Berkman Klein Center Research Publication No. 2020-1, Available at SSRN: https://ssrn.com/abstract=3518482.

[8] M. KEARNS, A. ROTH, *The Ethical Algorithm. The Science of Socially Aware Algorithm Design*, Oxford, 2020, p. 101.

[9] E lo dimostra il copioso numero di saggi (anche a carattere divulgativo), elaborati da diversi esperti del settore, prevalentemente di origine anglo-americana: C. O'NEIL, *Weapons of Math Destruction: How Big Data Increases Inequality and Threatens Democracy*, New York, 2016; S. WACHTER-BOETTCHER, *Technically Wrong: Sexist Apps, Biased Algorithms, and Other Threats of Toxic Tech,* New York-London, 2017; V. EUBANKS, *Automating Inequality: How High-Tech Tools Profile, Police, and Punish the Poor*, New York, 2018; S.U. NOBLE, *Algorithms of Oppression: How Search Engines Reinforce Racism*, New York, 2018; M. BROUSSARD, *Artificial Unintelligence: How Computers Misunderstand the World*, Cambridge, Massachusetts, 2018; H. FRY, *Hello World: Being Human in the Age of Algorithms*, New York-London, 2018 (trad. it. *Hello world. Essere umani nell'era delle macchine*, Bollati Boringhieri, 2019); G.F. MARCUS, E. DAVIS, *Rebooting AI: Building Artificial Intelligence We Can Trust,* New York, 2019; R. BENJAMIN, *Race After Technology: Abolitionist Tools for the New Jim Code,* Cambridge, 2019. Si segnala, nella letteratura italiana, il recente saggio di R. CUCCHIARA, *L'intelligenza non è artificiale. La rivoluzione tecnologica che sta già cambiando il mondo*, Mondadori, 2021.

[10] E v. M. KEARNS, A. ROTH, *The Ethical Algorithm*, cit., p. 94 ss. per l'applicazione dell'*algorithmic game theory* o p. 137 ss. sul *preventing p-hacking*.



Probabilmente, l'insegnamento più rilevante e, per certi versi, più innovativo, almeno nella prospettiva del giurista, può essere ravvisato nella strategia suggerita per arginare la "dis-umanità" dell'intelligenza artificiale: valorizzare il ruolo del *designer*. Infatti, a prescindere dalla caratura diversamente autonoma dell'algoritmo (sino ad arrivare al c.d. *machine learning* non supervisionato), il problema principale che gli scienziati si pongono è racchiuso indissolubilmente nell'ultimo "contatto" umano con l'artificiale; e una attenzione al fattore "umano", così fortemente invocata da parte di coloro che "creano" l'AI, è decisamente il valore aggiunto che deve indurre i giuristi a riflettere.

Come è stato messo in luce, gli algoritmi (e in particolare i modelli costruiti attraverso il *machine learning*) sono diversi, sia perché esercitano una significativa dose di autonomia nel prendere decisioni senza l'intervento umano, sia perché sono spesso così complessi e opachi che nemmeno i loro *designer* sono in grado di anticiparne il comportamento in molte situazioni [11]: quindi, il primo profilo che si snoda nella riflessione è quello dell'*agency,* mutuando il rapporto non tra due soggetti, ma tra un soggetto (il *designer*, appunto) e l'oggetto (l'algoritmo), avendo oramai superato l'epoca dell'*imitation game* [12].

Nel processo di mediazione, allora, ci si interroga sulle modalità attraverso le quali ciò contribuisce a veicolare i modelli, attraverso il "come" sia possibile progettare degli algoritmi maggiormente apprezzabili sul piano sociale: l'idea di fondo che sembra ispirare l'intera opera appare essere condensata nella capacità di orientare la "scelta" non dell'algoritmo bensì del *designer* [13].

In realtà, in questo frangente, non solo sono poste le basi per l'edificazione di un'"etica dell'algoritmo" – dove, accanto alla definizione dei concetti che maggiormente sono stati oggetto di attenzione nell'ultima decade (come la *privacy* [14] o la *fairness* [15]) e alla loro "implementazione" algoritmica, si stagliano nuovi criteri, quali la precisione (*accuracy*) e l'etica [16] – ma viene consegnata, probabilmente, l'idea più importante per

---

[11] M. KEARNS, A. ROTH, *The Ethical Algorithm*, cit., p. 7.

[12] R. CUCCHIARA, *L'intelligenza non è artificiale*, cit., p. 117 ss.

[13] Cfr. L. FLORIDI, *The Ethics of Information*, Oxford, 2013; ID, *The Logic of Information: A Theory of Philosophy as Conceptual Design*, Oxford, 2019.

[14] M. KEARNS, A. ROTH, *The Ethical Algorithm*, cit., p. 50: «*At its core, differential privacy is meant to protect the secrets held in individual data records while allowing the computation of aggregate statistics. But some secrets are embedded in the records of many people. Differential privacy does not protect these*».

[15] *Ivi*, p. 69 ss. per la *statistical parity*; p. 72 ss. per i correttivi alla *statistical parity* quali l'*equality of false negatives/positives* e (p. 78 ss.) il *Pareto frontier*. Per un'indagine di stampo giuridico, v. D.L. BURK, *Algorithmic Fair Use*, in *The University of Chicago Law Review*, Vol. 86, No. 2, 2019, p. 283 ss.

[16] *Ivi*, p. 78 ss.



cui non occorre elaborare istituti più o meno analoghi alla soggettività giuridica [17], ma bisogna concentrare gli sforzi attorno alla catena del valore dell'intelligenza artificiale: nel sinallagma algoritmo-software-applicazione, vi è evidentemente l'intervento dell'uomo, sia nell'implementazione dei dati [18] che nel *design* dell'intero circuito [19].

Questi ultimi canoni, a loro volta, producono necessariamente una serie di costi, in termini di accuratezza e precisione del modello stesso e in termini di quantificazione del *trade-off*[20]: dunque, la soluzione offerta è quella di rimettere la decisione, ancora una volta, nelle mani del *designer*, il quale diviene strumento di mediazione delle decisioni e dei sentimenti espressi dagli *stakeholders* [21]. A tal proposito, vengono riecheggiate proposte sulla falsariga della rivisitazione critica [22] della *Doctrine of the Double Effect* [23], dove, sulla distinzione tra fare e permettere, e tra intenzione diretta e obliqua, viene introdotta, tramite esperimenti mentali e dilemmi morali, la differenza tra doveri positivi e negativi e tra doveri in senso stretto e atti di carità, dando conto dei casi nei quali il dovere negativo sia preponderante su quello positivo e fornisca utili indizi per comprendere quale sia l'azione eticamente corretta da intraprendere [24]: insomma, tale prospettiva aiuta

---

[17] Per tutti, v. G. TEUBNER, *Ibridi ed attanti. Attori collettivi ed enti non umani nella società e nel diritto* (trad. it.), Milano-Udine, 2015; ID, *Digitale Rechtssubjekte? Zum privatrechtlichen Status autonomer Softwareagenten*, in *AcP*, 218 (2018), p 155 ss., donde la soluzione per il riconoscimento agli agenti *software* lo *status* di attori parzialmente provvisti di capacità giuridica («*Für das Autonomierisiko ist es eine adäquate Antwort, den Softwareagenten den Status als teilrechtsfähige Akteure zuzuerkennen*», p. 204).

[18] Ed anche qui è possibile parla di etica dei dati: sul punto, cfr. L. FLORIDI, M. TADDEO, *What is data ethics?*, in *Phil. Trans. R. Soc. A 374*, p. 1 ss.

[19] R. CUCCHIARA, *L'intelligenza non è artificiale*, cit., p. 109 ss.

[20] M. KEARNS, A. ROTH, *The Ethical Algorithm*, cit., p. 192: «*One central lesson of this book is that additional constraints—like those imposed to correct ethical failures—won't come for free. There will always be trade-offs that we need to manage. Once we can precisely specify what we mean by "privacy" or "fairness," achieving these goals necessarily requires giving up on something else that we value—for example, raw predictive accuracy. It is the goal of algorithmic research not only to identify these constraints and embed them into our algorithms but also to* (p. 193) *quantify the extent of these trade-offs and to design algorithms that make them as mild as possible*».

[21] *Ivi*, p. 194: «*when we use algorithms not just to make predictions but to make decisions, they are changing the world in which they operate, and we need to take into account such dynamic effects in order to talk sensibly about something like "fairness"*».

[22] Ad opera di P.R. FOOT, *Natural Goodness*, Oxford, 2001; EAD, *Moral Dilemmas and Other Topics in Moral Philosophy*, Oxford, 2002; EAD, *Virtues and Vices and Other Essays in Moral Philosophy*, Oxford, 2002.

[23] Che affonda le sue radici nel pensiero di San Tommaso d'Aquino.

[24] Il riferimento è al noto esperimento mentale del carrello ferroviario, elaborato da P.R. FOOT, *The Problem of Abortion and the Doctrine of the Double Effect*, in *Virtues and Vices and Other Essays in Moral Philosophy*, cit., p. 24 ss., in part. p. 27. L'elemento di curiosità è rappresentato dalla circostanza per cui



proprio i portatori di interessi a comprendere come, quando si parla di etica dell'intelligenza artificiale, si intende fare riferimento alla capacità di "scegliere".

Nel binomio "algoritmo etico", d'altronde, gli scienziati sono consapevoli che il ruolo della regolamentazione sia cruciale, soprattutto perché spetta alle scienze umane e sociali il compito di definire il campo d'azione degli algoritmi, senza dimenticare, però, che gli approcci puramente normativi, basati su leggi e regolamenti, scontano un grosso problema: «*they don't scale*» [25]. Allora, il compito del legislatore, al netto dell'incommensurabilità dell'approccio regolamentare rispetto a quello "algoritmico", sembra essere quello di ricostruire la "genealogia" delle scelte che si manifestano nel solco della catena del valore dell'intelligenza artificiale, magari prendendo spunto dalla valutazione dei rischi reputazionali nell'ottica dell'attività d'impresa (anche a prescindere da determinati obblighi giuridici), vista la consolidata prassi dei codici "etici" d'impresa [26] e l'attenzione per la *Corporate social responsability* [27].

In fin dei conti, la sfida che la "nuova" scienza dell'"algoritmo etico" ha lanciato nei confronti del regolatore (non solo) europeo (che, per dirla con Nietzsche, a tratti è "umano, troppo umano") sembra essere opposta rispetto all'atteggiamento tecnologicamente neutro della normativa europea [28], al fine di non pregiudicare né la sperimentazione né, tantomeno, la capacità di incidere sulla stessa attraverso scelte "etiche".

[ATTILIO ALTIERI]

---

l'esperimento del *trolley problem* e la sua metodologia sono stati impiegati dal MIT di Boston per l'automobile a guida autonoma: v., più approfonditamente, https://www.moralmachine.net/.

[25] M. KEARNS, A. ROTH, *The Ethical Algorithm*, cit., p. 192.

[26] Tra i molti, S. ROSSI, *Luci e ombre dei codici etici d'impresa*, in *RDS*, 2008, 1, p. 23 ss.; più recentemente, A. SCOTTI, *I codici di condotta tra mercato, impresa e contratto*, Milano, 2019, p. 41 ss.

[27] Tra i molti, M.V. ZAMMITTI, *La responsabilità della capogruppo per la condotta socialmente irresponsabile delle società subordinate*, Milano, 2020, p. 48 ss. Oltretutto, il discorso sarebbe ancora più stringente nei confronti di quelle imprese che dichiaratamente avessero assunto impegni "etici" con i portatori di interesse.

[28] E v., da ultimo, la proposta di regolamento sui "prodotti macchina", COM(2021) 202 final, sempre del 21 aprile 2021.