

JUS CIVILE

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



4-2023

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.



INDICE

	<i>pag.</i>
Articoli e Saggi	
Domanda contestuale di separazione e divorzio e domanda congiunta: la tutela della parte debole ** di <i>Leonardo Lenti</i>	796
La sequenza preliminare-definitivo nel prisma dell'azione revocatoria * di <i>Elena Guardigli</i>	804
Locazione di immobili urbani e «comunità condominiale». Indagine sui rapporti intercorrenti fra il condominio e i conduttori delle singole unità immobiliari dell'edificio * di <i>Simone Vanini</i>	830
Per una definizione (attuale) di «fondazione» * di <i>Domenico Giurato</i>	859
Il diritto alla cura degli anziani tra vulnerabilità, logiche di mercato e brevettabilità della salute: la necessità di un ripensamento della proprietà intellettuale in chiave sostenibile * di <i>Francesca Rotolo</i>	888
Proprietà privata e attività d'impresa fra diritto europeo e ordinamento nazionale * di <i>Diletta Balbino</i>	917

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

* Contributo sottoposto a revisione.



pag.

Pandemia e diritto privato *

di *Tommaso Belfiore*

932

Giurisprudenza

Frazionamento del credito risarcitorio da sinistro stradale. L'improponibile sanzione dell'improponibilità della domanda *

di *Massimo Gazzara*

945

Giurisprudenza europea

Post abusività: il punto sulla giurisprudenza europea (nota a Corte di Giustizia, 12 gennaio 2023, causa C-395/21 *)

di *Chiara Sartoris*

953

Recensioni

Recensione su G. Noto La Diega

di *Carmelita Camardi*

966



LEONARDO LENTI

Professore ordinario di Diritto privato – Università degli Studi di Torino

DOMANDA CONTESTUALE DI SEPARAZIONE E DIVORZIO E DOMANDA CONGIUNTA: LA TUTELA DELLA PARTE DEBOLE*

SOMMARIO: 1. *Le nuove norme e le loro conseguenze.* – 2. *L'illiceità degli accordi di divorzio stipulati al momento della separazione: un asserto alla ricerca di un fondamento giuridico.* – 3. *La ricerca del fondamento continua.* – 4. *Un'osservazione generale: come "abrogare" una norma di origine giurisprudenziale?* – 5. *Le modalità di tutela della parte più debole.*

1. – Il d.lgs. n. 149/2022, in esecuzione della delega contenuta nella l. n. 206/2021, comma 23, lett. *bb*, ha introdotto la facoltà di presentare contestualmente la domanda di separazione e quella di divorzio, pur restando la seconda improcedibile per i 6 o 12 mesi, secondo i casi, come previsto dall'art. 3, comma 2, lett. *b* della legge sul divorzio.

Il nuovo art. 473-*bis*.49 c.p.c. – rubricato «cumulo di domande di separazione e scioglimento o cessazione degli effetti civili del matrimonio» – stabilisce al comma 1 che «negli atti introduttivi del procedimento di separazione personale le parti possono proporre anche domanda di scioglimento o cessazione degli effetti civili del matrimonio e le domande a questa connesse».

Il nuovo art. 473-*bis*.51 c.p.c. – rubricato «procedimento su domanda congiunta» – stabilisce al comma 1 che le parti possono presentare domanda congiunta per dare inizio ai procedimenti elencati nell'art. 473-*bis*.47 c.p.c.: dunque per quelle di «separazione personale dei coniugi, scioglimento o cessazione degli effetti civili del matrimonio, scioglimento dell'unione civile e regolamentazione dell'esercizio della responsabilità genitoriale nei confronti dei figli nati fuori dal matrimonio, nonché per quelle di modifica delle relative condizioni».

Stabilisce poi al comma 2 che il ricorso, «sottoscritto anche dalle parti», deve contenere tra l'altro la determinazione delle «condizioni inerenti alla prole e ai rapporti economici», e può «anche regolamentare, in tutto o in parte, i loro rapporti patrimoniali»¹. Queste prescrizioni, non distinguendo fra domanda di separazione e domanda di divorzio, si dovrebbero applicare a entrambe le domande.

Il tenore letterale delle nuove norme sembra proprio non permetter di distinguere, ai fini della presenta-

* Una precedente versione di questo articolo è stata pubblicata in rete su *«questionegiustizia.it»*, 13 giugno 2023, con il titolo *Domanda contestuale di separazione e divorzio e domanda congiunta dei coniugi*. Da questo articolo ho ripreso, con poche varianti, i §§ 3, 4 e 5, riguardanti la nullità dei patti per il divorzio stipulati al momento della separazione, che qui sono divenuti i §§ 2, 3 e 4.

¹ La scelta terminologica della norma non è felice, visto che i «rapporti economici» e i «rapporti patrimoniali» appaiono a prima vista sinonimi. Ma sarebbe irragionevole se fossero effettivamente tali: la locuzione «rapporti patrimoniali» non sembra potersi riferire che alla divisione dei beni in comunione legale.



zione contestuale delle domande di separazione e divorzio, fra il caso della domanda congiunta e quello della domanda proposta da una parte contro l'altra².

Da ciò la conseguenza – ovvia, mi sembrerebbe – che le domande congiunte possano contenere entrambe le richieste: in tal caso l'accordo sottoposto al giudice deve contenere tanto le determinazioni economiche riguardanti la separazione quanto quelle riguardanti il divorzio³. Ne consegue che non dovrebbe più restare in vita, perché contrario al nuovo testo di legge, l'orientamento giurisprudenziale che sancisce la nullità gli accordi sulle condizioni del divorzio raggiunti al momento della separazione legale.

Ciononostante in molti tribunali si è aperta la discussione se la domanda contestuale di separazione e divorzio possa essere presentata anche congiuntamente: chi lo esclude argomenta soprattutto con l'orientamento giurisprudenziale suddetto. In questa situazione di incertezza, è stato molto opportunamente proposto un rinvio pregiudiziale alla Corte suprema, possibilità aperta dal nuovo art. 363-bis c.p.c.⁴.

È un dato di fatto evidente – al punto che mi sembra non meriti neppure di essere argomentato – che di solito le parti, al momento in cui si separano, abbiano un forte interesse a definire una volta per tutte, in modo complessivo, le condizioni economiche della loro vita futura: dunque non solo le condizioni della separazione legale, ma anche quelle del successivo divorzio. Ciò permette loro di avere fin da subito qualche dato certo sulle prospettive della propria condizione patrimoniale e abitativa, anche di lungo periodo; e può disinnescare potenziali motivi di futura lite.

Le regole di legge per determinare l'assegno di separazione e quello di divorzio, com'è noto, sono diverse⁵. Il primo dovrebbe garantire al coniuge in condizioni di debolezza economica una somma che gli permetta di mantenere il tenore di vita goduto durante la convivenza e, soprattutto, non sarebbe dovuto in caso di addebito. Il secondo, invece, è regolato dall'art. 5, comma 6 l. divorzio e, soprattutto, dai principi di diritto stabiliti da alcune fondamentali sentenze della Corte di cassazione a sezioni unite, in particolare dalla n. 18287/2018 e dalla n. 32198/2021.

La brevità del lasso di tempo che è necessario intercorra fra separazione e divorzio – come ridotto dalla l. n. 55/2015 e confermato dal d.lgs. n. 149/2022 – lascia supporre che al momento in cui la domanda di divorzio diviene procedibile l'accordo sul se e sul quanto del relativo assegno, raggiunto in sede di separazione, sia ancora economicamente e psicologicamente attuale. In via di prima approssimazione non dovrebbero esservi ragioni che spingano a contestarlo, tranne i casi di cui dirò successivamente, al § 5.

² Per la disamina degli aspetti più specificamente processuali rinvio a F. DANOVI, *Per l'ammissibilità della domanda congiunta (cumulata) di separazione e divorzio (prime riflessioni nell'era della riforma Cartabia)*, in *Fam. dir.*, 2023, 487.

³ Concorde F. DANOVI (*Per l'ammissibilità*, cit., 493): «nel momento in cui si concede alle parti di individuare un impianto comune tanto sulla separazione quanto sul divorzio, di fatto già si riconosce ai coniugi il potere di disporre in forma consensuale delle conseguenze della fine del loro rapporto in un momento in cui lo stesso è per l'ordinamento ancora pienamente vitale e operativo». Concorde pure F. TOMMASEO, *Riforma Cartabia e domanda cumulata congiunta di separazione e divorzio: i tribunali di Milano e di Firenze*, in *QG Altalex*, 24 maggio 2023; M. PALADINI, *Il simultaneus processus di separazione e divorzio, in La riforma del processo e del giudice per le persone, per i minorenni e per le famiglie. Il decreto legislativo 10 ottobre 2022, n. 149*, a cura di C. CECHELLA, Torino, 2023, 54. Opposta la posizione di C. CECHELLA, in *QG Altalex*, 24 maggio 2023; di R. DONZELLI, *Il problema del cumulo delle domande di separazione e divorzio nel procedimento su ricorso congiunto*, in *Judicium*, 2023.

⁴ Trib. Treviso, 31 maggio 2023, data camera di consiglio, ined.; l'ordinanza riassume anche i termini delle questioni processuali.

⁵ Invece tutto quanto riguarda i figli – affidamento, collocazione abitativa, mantenimento, assegnazione della casa familiare – è regolato allo stesso modo tra separazione e divorzio, sicché non vi è alcuna ragione perché il contenuto dell'accordo per l'una differisca dal contenuto dell'accordo per l'altro.



2. – Nonostante le forti critiche dell'ormai larghissima maggioranza della dottrina, la Corte di cassazione afferma da oltre 40 anni che gli accordi sulle condizioni del divorzio raggiunti al momento della separazione legale sono nulli. A questo modo disconosce il giusto e ragionevole interesse delle parti a raggiungere fin dall'inizio della vicenda legale un accordo completo e definitivo, salvo successivi mutamenti delle circostanze di fatto; anzi, lo contrasta frontalmente.

Negli oltre 70 anni di vigenza della legge sul divorzio, l'oscillazione degli orientamenti sulla cosiddetta "natura" dell'assegno – prima composita, poi solo assistenziale, poi di nuovo composita – manifesta l'estrema difficoltà e la profonda incertezza in cui si dibatte il nostro diritto, tanto di fonte legislativa quanto di fonte giurisprudenziale, nel darne una regolazione che sia abbastanza precisa da soddisfare l'esigenza di certezza del diritto, ma anche abbastanza elastica da soddisfare l'esigenza di giustizia nel caso concreto.

E di sicuro manifesta l'inadeguatezza e la pericolosità delle formulette generalizzanti, le quali partoriscono concetti astratti e rigidi, che poi finiscono col vivere di vita propria, indipendentemente dalla ragione che ha dato loro vita, e possono a volte generare sconvolgimenti, soprattutto se riescono a intrufolarsi nelle massime: ne è un caso esemplare l'asserto giurisprudenziale secondo il quale gli accordi per il divorzio raggiunti al momento della separazione sono sempre radicalmente nulli, anche se la parte che ne fa valere la nullità non è quella che, stipulandoli, avrebbe rinunciato a un diritto indisponibile⁶.

Questa posizione della Corte suprema è rimasta graniticamente costante a livello di formule astratte, ma ha subito varie evoluzioni nel corso del tempo: quasi fosse un *asserto, intoccabile nella sua sacertà, al quale bisogna cercar di trovare un qualche fondamento giuridico*, da rinnovare man mano che il diritto vivente cambia.

Ciò mi induce a ripercorrere rapidamente la storia del mutare dei suoi fondamenti.

Parto da quello iniziale: nella sentenza più ampiamente motivata, che a lungo è stata citata dalla giurisprudenza successiva come esemplare⁷, si legge anzitutto che tale accordo inciderebbe sulla *condotta difensiva* del coniuge che richiede l'assegno, inducendolo a non opporsi al divorzio e facendo così «oggetto di commercio lo *status* stesso» (*sic!*). La tesi della Corte aveva un minimo di base testuale nella disciplina originaria dell'art. 3 n. 2 lett. *b* div.: se un coniuge si opponeva al divorzio, il periodo di separazione si allungava a 6 o 7 anni, secondo i casi. Ignorava però – l'ovvietà della cosa impone di pensare che fosse un'ignoranza voluta – che l'opposizione al divorzio non poteva sortire l'effetto di impedirlo, ma solo di allontanarlo nel tempo di ulteriori 1 o 2 anni. «Oggetto di commercio», se proprio così ci si volesse esprimere, non era dunque lo status, ma solo la data d'inizio del processo per cambiarlo.

Si legge poi che l'indisponibilità dell'assegno non sarebbe di per sé sufficiente per giudicare i patti nulli: si ricordi che a quel tempo (1981) era dominante l'orientamento che attribuiva all'assegno natura *composita*, sicché l'indisponibilità riguardava *solo* l'aspetto assistenziale. È importante sottolinearlo, poiché oggi, dopo

⁶ Vd. Cass. 26 aprile 2021, n. 11012, con commento di C. RIMINI, in *Fam. dir.*, 2021, 887, fortemente critico; di C. IRTI, *Sulla nullità degli accordi conclusi dai coniugi separati in vista del divorzio*, in *Giur. it.*, 2022, 593; di A. CARAVITA DI TORITTO, *Accordi in vista della crisi familiare: contemperamento del tradizionale divieto con alcune ipotesi di validità*, in *Nuova giur. civ. comm.*, 2021, 1303.

⁷ Cass., sez. un., 11 giugno 1981, n. 3777 (est. Borruso), in *Foro it.*, 1982, I, 184, e in *Giur. it.*, 1982, I, 1, 1553. Il fraseggiare della sentenza – che raccomando di rileggere con l'occhio d'oggi – è palesemente dominato dal principio indissolubilista, quasi fosse ancora vigente, e dal chiaro fine di stendere un saldo "cordone sanitario" intorno al divorzio. Vi si legge tra l'altro che questo il divorzio rappresenterebbe un serio «*vulnus* potenziale» per l'istituto della famiglia, sicché lo spazio lasciato all'autonomia privata dovrebbe essere quanto più ridotto possibile. Ovvero: il *corpo estraneo* – il divorzio – va tenuto chiuso in una gabbia ben stretta e accuratamente chiusa.



la svolta delle sezioni unite del 2018, la sua natura è tornata a essere qualificata come composita, sicché di nuovo l'asserto della sua indisponibilità non è più un argomento di per sé sufficiente.

La riforma del 1987, oltre a ridurre il numero di anni a 3, aveva modificato la regola previgente, rimuovendo l'effetto procrastinatore dell'eventuale opposizione di un coniuge: questa era così divenuta irrilevante. L'argomento del "mercimonio dello status" era dunque ormai evidentemente improponibile: eppure la frasetta secondo la quale l'accordo stipulato in sede di separazione viziava o limitava la libertà di difendersi in giudizio è sopravvissuta nel linguaggio della Corte, quasi fosse una clausola di stile, senza curarsi del ridicolo che ne deriva⁸.

Nelle sentenze in materia successive alla riforma del 1987 la Corte, nell'intento di confermarlo, era stata quindi costretta a cercare un nuovo fondamento giuridico credibile al suddetto orientamento: l'aveva trovato nel principio di completa indisponibilità dell'assegno di divorzio, corollario astratto della sua funzione esclusivamente assistenziale, secondo l'interpretazione data nel 1990 dalle sezioni unite all'art. 5, comma 6, l. divorzio riformato⁹. Accanto a questo aveva iniziato a comparire anche la menzione, prima assente, dell'art. 160 cod. civ., che stabilisce l'inderogabilità dei diritti e doveri che nascono dal matrimonio.

È però curioso constatare come la Corte suprema si fosse orientata in senso opposto nel caso della delibazione delle sentenze ecclesiastiche di nullità: aveva considerato validi, purché giungessero a risultati conformi agli artt. 129 o 129-*bis* cod. civ., secondo i casi, gli accordi raggiunti dai coniugi in sede di separazione (ovviamente estranei al verbale omologato) che erano volti a disciplinare in via preventiva le conseguenze patrimoniali del futuro annullamento del matrimonio concordatario¹⁰.

L'affermazione della necessaria conformità agli artt. 129 o 129-*bis* cod. civ. mi suggerisce di osservare che la stessa precisazione avrebbe ben potuto essere fatta anche a proposito degli accordi in vista del divorzio – con riferimento all'art. 5, comma 6, l. divorzio – come temperamento all'ammissione della loro validità. Ma una tale precisazione non è stata mai fatta.

La differenza tra il caso dell'annullamento ecclesiastico e quello del divorzio è comprensibile solo tenendo conto del "cordone sanitario" steso intorno al divorzio, cui ho fatto cenno nella nota 9: per ovvi motivi ideologici, nel caso della delibazione della sentenza ecclesiastica l'esigenza di limitare al massimo grado l'autonomia privata sulle questioni patrimoniali era molto meno pressante.

Successivamente, in seguito alla sentenza a sezioni unite del 2018, anche l'argomento della completa indisponibilità dell'assegno di divorzio era ormai divenuto privo di fondamento. Nella prima successiva sentenza in tema della Corte mi sembrava ragionevole attendersi il cambio della sua posizione sulla nullità degli accordi, riconoscendone la validità, per poi sottolineare come restasse fermo il diritto di chiedere comunque un assegno di divorzio, a modifica di quanto concordato, ma soltanto per la sua componente assistenziale, cioè di natura davvero alimentare e come tale irrinunciabile.

Invece le cose non sono andate in questo modo, almeno per il momento.

⁸ Ecco un elenco, di certo largamente incompleto, di sentenze successive che la riportano: 7 settembre 1995, n. 9416; 20 febbraio 1996, n. 1315; 20 marzo 1998, n. 2955; 18 febbraio 2000, n. 1810; 30 gennaio 2017, n. 2224; 28 giugno 2022, n. 20745, sulla quale ritornerò in seguito.

⁹ Vd. Cass., sez. un., 29 novembre 1990, n. 11490.

¹⁰ Vd. Cass. 13 gennaio 1993, n. 348, unica sentenza di legittimità in tema che mi consti. Secondo la Corte nel procedimento giudiziario davanti al giudice ecclesiastico la volontà delle parti non avrebbe un rilievo decisivo, date le sue «forti connotazioni inquisitorie», e la mancanza di «ogni potere negoziale di disposizione dello status» (*sic*), a differenza del caso del divorzio. Eppure secondo quanto altrove affermato dalla Corte stessa, l'opposizione alla delibazione un effetto lo produceva, e tutt'altro che irrilevante: incidereva sia sulla delibabilità stessa nei casi di riserva mentale, sia sul processo, ivi imponendo la trasformazione dal rito di volontaria giurisdizione a quello contenzioso, nel quale la parte interessata poteva far valere gli eventuali ostacoli alla delibazione.



3. – La ricerca di un qualche fondamento giuridico da dare all'intoccabile asserto, man mano che quelli adottati in precedenza si sbriciolavano, si è ormai concentrata sul principio di inderogabilità dei diritti e doveri nascenti dal matrimonio, di cui all'art. 160 cod. civ.¹¹, cui si aggiunge l'argomento di autorità ("... come costantemente affermato da questa Corte ...").

Bisogna fare molta attenzione a brandire una simile norma come principio applicabile in ogni risvolto del diritto matrimoniale: si tratta – mi si permetta il traslato – di un'arma di distruzione di massa. Se preso sul serio nel suo tenore letterale, generalissimo, porterebbe per coerenza logica a conseguenze surreali: per esempio l'illegittimità della decisione stessa dei coniugi di separarsi o la nullità di qualsiasi accordo per regolare la loro separazione di fatto, o la nullità dell'accordo presentato all'ufficiale di stato civile. Sono tutti casi in cui le parti concorderebbero, appunto, la deroga a diritti indisponibili.

È noto che gli obblighi matrimoniali reciproci sono in via di principio inderogabili; o meglio, ciò che è inderogabile sono i *nomina*, le etichette con le quali il codice sintetizza le caratteristiche salienti della relazione coniugale e ne prescrive il rispetto. Tuttavia è ormai comunemente accettato che la loro interpretazione debba adattarsi con la necessaria flessibilità alle scelte idiosincratiche dei coniugi, concordate nel determinare l'indirizzo della loro vita familiare. Non è il caso di dilungarmi oltre, trattandosi a mio avviso di ovvietà¹².

Aggiungo poi, quanto ai *nomina*, che la loro inderogabilità di principio può operare solo finché entrambe le parti si considerano vincolate, cioè fin tanto che accettano le limitazioni della loro libertà personale derivanti dal matrimonio o dall'unione civile; in altre parole, finché intendono restare unite. Quando questa intenzione viene meno, anche per una sola di esse, è il rapporto stesso che legava la coppia e che imponeva quelle regole di condotta a venir meno. Questo emerge con chiarezza dalla nota regola giurisprudenziale secondo la quale i doveri di carattere personale non sopravvivono alla separazione e quindi la pronuncia dell'addebito non può essere fondata sulle violazioni di tali doveri *successive* alla rottura della relazione. Ed è evidente che i coniugi che concordano le regole del loro futuro divorzio non intendono più restare uniti.

Il riferimento all'art. 160 cod. civ., rimasto ormai l'unico fondamento proponibile, non dà dunque un fondamento credibile e ragionevole all'orientamento criticato. Non solo, ma introduce anche un fattore di estrema rigidità, che non era sempre presente nei diversi fondamenti affermati in precedenza: porta infatti alla conseguenza che qualunque accordo sarebbe nullo, anche se non violasse il diritto – questo sì indisponibile senza controllo giudiziale – a richiedere l'assegno di divorzio limitatamente alla sua componente assistenziale. Il risultato che ne deriva, davvero assurdo, è quello di permettere anche al coniuge più abbiente di liberarsi da obblighi volontariamente assunti: così la radicale nullità si può ritorcere a sfavore della parte per la cui protezione era stata affermata¹³.

Nell'ultima – a quanto mi consta – decisione di legittimità sulla nullità dei patti è istruttivo leggere le varie massime con le quali è stata pubblicata¹⁴: tutte riportano come principio di diritto la regola della nullità. Ma sono tutte *mentitorie*.

¹¹ Ritenere che tale norma riguardi anche gli obblighi di carattere personale, benché consentito dal suo tenore letterale, implica però di doverne forzatamente ignorare sia la storia, sia la collocazione sistematica: entrambe indicano in modo chiaro che si riferisce soltanto ai regimi patrimoniali.

¹² In proposito vd. il mio *Diritto della famiglia*, Giuffrè, 2021, 425 sgg. (in part. 435 sgg.).

¹³ Sull'art. 160 c.c. vd. da ultimo C. RIMINI, *I patti in vista del divorzio*, cit., che giustamente rifiuta di considerarlo come «un dogma assoluto».

¹⁴ Si tratta di Cass. 28 giugno 2022, n. 20745 (sez. VI-1); le massime sono reperibili in *Leggi d'Italia professionale*, banca dati *Repertorio di giurisprudenza*.



Se si legge il testo integrale della sentenza, infatti, si constata che la regola della nullità dei patti è un mero *obiter dictum* – ripetuto quasi come omaggio standardizzato all’autorità dei precedenti o supposti tali – mentre la *ratio decidendi* è ben diversa. Nel caso di specie le parti al momento della separazione avevano concordato la cessione dalla moglie al marito di una quota della società di cui entrambi erano soci e cui avevano dedicato la propria attività lavorativa; la cessione era senza corrispettivo e il marito si era correlativamente obbligato a versare alla moglie un assegno di divorzio; tale impegno era stato giudicato in sede di appello valido, in quanto considerato come una «forma di compenso per ciò cui aveva rinunciato» la moglie. La Corte suprema ha rigettato il ricorso del marito, intenzionato a liberarsi dell’obbligo di corrispondere l’assegno, affermando che «il giudice di secondo grado non ha applicato l’impegno contenuto nel patto come vincolante, ma ha fatto leva sul trasferimento (effettivamente avvenuto) della partecipazione»; ovvero, in altre parole, ne ha tenuto conto per determinare le condizioni economiche delle parti, in particolare dell’avente diritto. Ha poi aggiunto che «non viene in rilievo la validità ed efficacia del trasferimento delle quote societarie in sede di accordo di separazione (che peraltro le parti non avevano invocato né posto in discussione): «tale trasferimento è stato, piuttosto, considerato come mero fatto presupposto quale indice probatorio del contributo della controricorrente alla formazione del patrimonio dell’ex-coniuge, al fine della funzione perequativo-compensativa».

A questo modo la Corte – come già altre volte aveva fatto¹⁵ – ha evitato di contraddire apertamente l’orientamento che vuole la nullità, ma lo ha aggirato, dando una decisione che porta a un risultato analogo a quello che sarebbe derivato dalla semplice applicazione dell’accordo.

4. – Queste vicende mi suggeriscono un’osservazione di carattere generale sulle modalità di abrogazione delle norme, che può apparire paradossale in un sistema di diritto legislativo, come il nostro: *le norme di fonte giurisprudenziale* – se mi si consente questa locuzione – *sono più resistenti all’abrogazione implicita da parte del legislatore rispetto a quelle di fonte legislativa*.

L’abrogazione delle norme giurisprudenziali per contrarietà a nuove norme di legge – tanto più se queste sono fondate su principi nuovi, frutto di scelte di politica del diritto di rottura con il passato – ha infatti bisogno di essere più chiara e assolutamente incontrovertibile rispetto a quanto è invece richiesto per abrogare norme contenute in articoli di legge. Affinché l’abrogazione legislativa implicita di una norma giurisprudenziale risulti davvero vincolante – per contrarietà al diritto previgente – è spesso necessario che le nuove norme di legge frappongano *ostacoli testuali* forti, a tal punto inequivocabili da impedire all’interprete di mantenere fedeltà alle vecchie regole giurisprudenziali, anche se lo volesse.

Mi sembra che il caso qui in esame ne sia un esempio: il legislatore ha ammesso la presentazione contestuale delle due domande, ma non ha previsto *espressamente* che ciò riguardasse anche la domanda presentata congiuntamente dai coniugi; così, secondo alcuni, la regola giurisprudenziale elaborata secondo il diritto previgente, benché contraddetta dalle nuove norme, potrebbe, o dovrebbe, continuare a vivere perché non è stata *espressamente* cancellata.

La maggiore resistenza delle norme giurisprudenziali all’abrogazione legislativa non è una novità, né riguarda solo questo caso. Se ne incontrano molti esempi: per limitarsi alla disciplina della separazione legale, ne cito due, riguardanti novità introdotte dalla riforma del 1975.

¹⁵ Qualche esempio: Cass. 14 giugno 2000, n. 8109, 21 febbraio 2001, n. 2492, 21 dicembre 2012, n. 23713.



L'art. 155 cod. civ. aveva stabilito in modo espresso un criterio da seguire per decidere l'affidamento dei figli, mentre prima la legge non ne indicava alcuno: si doveva fare «*esclusivo riferimento all'interesse morale e materiale*» della prole. Con l'inserzione dell'aggettivo *esclusivo* restava espressamente preclusa la possibilità di ricorrere ad altri criteri, spesso impiegati in precedenza, come quello della colpa nella separazione. Nell'atmosfera culturale di 50 anni fa è facile ipotizzare che, senza l'aggettivo *esclusivo*, il criterio della colpa avrebbe continuato a essere seguito, in alternativa con quello dell'interesse del minore.

L'art. 151 cod. civ. aveva stabilito che «il giudice, *pronunciando la separazione*, dichiara, ove ne ricorrano le circostanze e ne sia richiesto, a quale dei coniugi sia addebitabile la separazione». La contestualità fra la pronuncia della separazione e la pronuncia dell'addebito è un dato letterale evidente. Avrebbe dovuto conseguirne che l'addebito non può essere pronunciato se non con la sentenza che pronuncia la separazione, come giustamente affermato nel primo autorevole commento dottrinale sul punto¹⁶. Da ciò la conseguenza logica che il mutamento del titolo della separazione¹⁷, antica regola di fonte giurisprudenziale risalente al 1870, non sarebbe più stato ammissibile. Tuttavia la Corte suprema aveva continuato per 20 anni a ritenerlo ammissibile, valendosi del fatto che la sua cancellazione non era stata prevista espressamente e che l'ostacolo testuale a mantenerlo in vita non le appariva abbastanza inequivocabile per imporre l'abbandono.

5. – Gli accordi raggiunti dai coniugi per regolare la loro vita futura, sia come legalmente separati sia come divorziati, hanno una natura sostanzialmente contrattuale, sicché sono loro applicabili i consueti rimedi della patologia contrattuale: in particolare, per quanto qui interessa, l'annullamento per vizi della volontà. Questa conclusione è ormai pacifica, ma la dottrina e la giurisprudenza hanno molto faticato a raggiungerla, perché a lungo impastoiate nell'asserita non contrattualità di tutto quanto riguarda le relazioni fra i coniugi, corollario nel mito dell'assoluta indisponibilità.

Il d.lgs 149 disciplina l'obbligo della cosiddetta *disclosure*, cioè della comunicazione alla controparte di ogni aspetto delle proprie condizioni economiche. Gli artt. 473-bis.12, comma 3 e 473-bis.51, comma 2, c.p.c. disciplinano in modo particolarmente attento il dovere di ogni parte contrattuale di informare l'altra su tutto quanto è rilevante in vista dell'accordo. E l'art. 473-bis.18 c.p.c. ne disciplina in modo alquanto severo la violazione, prevedendo che si possano applicare addirittura le sanzioni previste dagli artt. 116, 92, comma 1 e 96 c.p.c.

Il dovere di completa informazione a carico delle parti sullo stato dei rispettivi redditi e patrimoni diventa così un aspetto fondamentale del loro «dovere leale di collaborazione» nel processo, secondo la formula posta a rubrica dell'art. 473-bis.18 c.p.c.¹⁸. La regolazione esplicita e analitica di questo dovere spiana in modo evidente la strada all'impugnazione dell'accordo per i vizi della volontà, in particolare per errore e dolo.

In caso di accordo sulle condizioni del divorzio stipulato al momento della separazione, la successiva

¹⁶ Vd. C. GRASSETTI, *sub artt. 150 – 151*, in *Comm. Carraro-Oppo-Trabucchi*, Cedam, 1977, I, 293; ID, *sub artt. 150-151*, in *Comm. Cian-Oppo-Trabucchi*, Cedam, 1992, II, 689.

¹⁷ Per *mutamento del titolo* si intendeva la pronuncia di una nuova separazione fra coniugi già legalmente separati e non riconciliati, addebitata a quel coniuge che dopo la separazione legale aveva tenuto condotte contrarie ai doveri nascenti dal matrimonio non incompatibili con lo stato di separazione legale. Questo orientamento della giurisprudenza di legittimità era stato capovolto da Cass. 7 dicembre 1994, n. 10512 (est. Luccioli).

¹⁸ C. RIMINI, *I patti in vista del divorzio*, cit., 895, sottolinea l'importanza fondamentale che ha negli ordinamenti di matrice anglosassone l'obbligo delle parti di piena *disclosure*.



emersione di condotte di una parte che, in violazione dei doveri di piena informazione su ogni aspetto delle proprie condizioni economiche, hanno portato l'altra a stipulare un accordo affetto da vizi della volontà, soprattutto da errore o da dolo, legittima la parte in errore o vittima del dolo dell'altra a chiederne l'annullamento. E a chiederlo fin dall'inizio della fase del procedimento riguardante il divorzio, visto che è venuto meno l'ostacolo costituito dalle diversità di rito, che in precedenza imponeva un separato procedimento giudiziario: l'art. 473-*bis*, comma 1, c.p.c. prevede infatti che le nuove norme unificate del tit. IV-*bis* c.p.c. si applichino a tutti i procedimenti in materia di famiglia.

L'accordo può essere contestato anche qualora non abbia adeguatamente considerato la componente alimentare dell'assegno, la quale per il suo carattere assistenziale è pacificamente irrinunciabile. I casi mi sembra siano due: una rinuncia, comprensiva anche di tale componente, fatta in modo implicito al momento dell'accordo; oppure un cambiamento nella situazione di fattuale della parte avente diritto, in seguito al quale è venuta a trovarsi in stato di bisogno, intervenuto nei pochi mesi in cui la domanda di divorzio è rimasta improcedibile.



ELENA GUARDIGLI

Assegnista di ricerca – Università degli Studi di Bologna

LA SEQUENZA PRELIMINARE-DEFINITIVO NEL PRISMA DELL'AZIONE REVOCATORIA

SOMMARIO: 1. *L'azione revocatoria al cospetto della sequenza preliminare-definitivo: lo stato della giurisprudenza e la necessità di una rivisitazione critica del problema.* – 2. *La sequenza “incompleta”: l'autonoma lesività del contratto preliminare non seguito dal definitivo.* – 3. *L'operazione traslativa completata in via negoziale: l'irrevocabilità del contratto definitivo in quanto atto solutorio necessitato.* – 4. *Revocatoria concorsuale e sequenza preliminare-definitivo.* – 5. *L'operazione traslativa ultimata in via giudiziale: l'esecuzione in forma specifica dell'obbligo a contrarre e l'oggetto della revocatoria.* – 6. *Il momento di apprezzamento degli stati soggettivi rilevanti ai fini della revocatoria.* – 7. *Note finali: il definitivo difforme, il preliminare occultato e la persistenza dell'eventus damni.* – 8. *A mo' di conclusione.*

1. – La scissione dell'operazione traslativa che il ricorso alla sequenza preliminare¹ – definitivo realizza solleva una serie di delicati problemi in relazione alla posizione dei creditori, i quali possono andare incontro a quel pregiudizio alla garanzia patrimoniale generica di cui fa parola l'art. 2901 cod. civ. La riprova che il coordinamento tra tutela dei creditori, tramite l'azione revocatoria, e trasferimento della proprietà², mediato dalla conclusione di un contratto preliminare, presenta peculiari profili di complessità si trae dall'esame della giurisprudenza in materia. La presente indagine può utilmente prendere le mosse proprio dal dato giurisprudenziale, in quanto il lavoro delle Corti consente non solo di percepire l'importanza pratica del problema, bensì pure di evidenziarne i tratti salienti. Osservando in chiave diacronica la giurisprudenza della Corte di legittimità sul tema, si può constatare come sia avvenuto un significativo mutamento di posizione in relazione al possibile oggetto dell'azione revocatoria al cospetto della sequenza che prende avvio con il contratto preliminare e si conclude con quello definitivo. Invero, fino agli albori del nuovo millennio l'orientamento invalso in Cassazione (senza prendere posizione sulla autonoma revocabilità del preliminare) era nel senso di ritenere non soggetti ad azione revocatoria i contratti conclusi in esecuzione di un preliminare, salva la prova che quest'ultimo fosse stato stipulato con “frode”. L'esclusione dall'orbita della revocatoria veniva argomentata a partire dal carattere giuridicamente “dovuto” della conclusione del definitivo, dunque dall'operare dell'eccezione compendiata nel comma terzo dell'art. 2901 cod. civ. Coerentemente con l'idea che la conclu-

¹ Giova sin da ora precisare che il problema si pone con riferimento al contratto preliminare bilaterale e a quello unilaterale, limitatamente ai creditori della (unica) parte che si impegna.

² Nella consapevolezza che lo schema del contratto preliminare può essere impiegato in funzione della conclusione di qualsiasi contratto (quantomeno consensuale), ancorché non manchino autorevoli voci che ciò negano, preme avvertire che la presente indagine riguarderà precipuamente la contrattazione preliminare nel campo delle vendite immobiliari. Non soltanto perché si tratta dell'ipotesi di maggior frequenza ed importanza pratica, ma anche perché presenta profili peculiari, come emergerà più oltre nel testo, i quali richiedono particolare attenzione.



sione del contratto preliminare segna la consumazione dei margini entro i quali può esplicarsi l'autonomia privata del debitore, la giurisprudenza più antica riteneva che l'indagine circa l'elemento soggettivo in capo al debitore e al terzo, rilevante per l'accoglimento della revocatoria, ove ammissibile, dovesse concentrarsi con riferimento a quel momento e non già a quello di conclusione del definitivo³.

A partire dai primi anni del duemila, di contro, la Suprema Corte ha consolidato un differente indirizzo interpretativo. Sul presupposto che il contratto preliminare possiede «portata dispositiva solo potenziale e futura» e, per tali ragioni, non sia idoneo a concretare una attuale lesione della garanzia patrimoniale generica, si è sancita l'impugnabilità con il rimedio revocatorio del solo contratto definitivo, che siffatta lesione sarebbe, per converso, in grado di produrre⁴. Diversamente, quanto al profilo soggettivo, l'indagine dell'interprete dovrebbe (continuare ad) assumere a referente il momento della conclusione del preliminare. Ciò perché il terzo con cui il debitore entra in contatto sarebbe titolare, in virtù di quest'ultimo negozio, di un «diritto acquisito in buona fede al trasferimento del bene rispetto al quale la tutela dell'integrità del patrimonio del debitore diventa necessariamente sub-valente». Di modo che l'eventuale sopravvenuta conoscenza (o conoscibilità) del carattere lesivo dell'operazione traslativa in capo al medesimo terzo apparirebbe irrilevante, non potendo quest'ultimo essere «costretto a richiedere la risoluzione del contratto per sottrarsi a tale cooperazione con il debitore nella perpetrazione dell'*eventus damni*»⁵.

Questo, in sintesi, il diritto vivente sul tema.

La ricognizione dell'evoluzione giurisprudenziale consente di mettere in luce le questioni interpretative, riferibili tanto all'istituto del contratto preliminare quanto, e soprattutto, a quello della revocatoria (ordinaria), sottese alla soluzione del problema posto dalla prassi e qui indagato. In prima battuta, si tratta di comprendere se il contratto preliminare possa assurgere in sé, ossia anche in assenza del perfezionamento del definitivo, ad «atto di disposizione» attaccabile con l'azione revocatoria. In secondo luogo, è opportuno riconsiderare la questione della natura doverosa o non del contratto definitivo, *recte* del trasferimento (della proprietà) che con esso si realizza, beninteso sempre dal punto di vista del rimedio disciplinato dall'art. 2901 cod. civ. Oltre che in via negoziale, l'ultimazione della sequenza preliminare-definitivo può realizzarsi, allorché una delle parti rifiuti la propria cooperazione, anche *ope iudicis*, attraverso lo strumento di cui all'art. 2932 cod. civ. In quest'evenienza, al problema della revocabilità del definitivo si aggiunge quello della controvertibile impugnabilità della sentenza che tiene luogo del contratto non concluso, la quale impone di indagare sul tema del concorso tra rimedio *ex art. 404 c.p.c.* e revocatoria ordinaria. La trattazione delle questio-

³ Cfr. in tal senso, Cass. 16 maggio 1962, n. 1094, in *Giust. civ.*, 1962, II, 1871 ss., con nota di LAZZARO; Cass. 18 ottobre 1991, n. 11025, in *Giur. it.*, 1992, I, 1, 1786, che all'ipotesi dell'atto di adempimento del preliminare assimila quella dell'esecuzione del negozio fiduciario (fattispecie oggetto di causa). L'affermazione è ribadita anche da Cass. 4 luglio 2006, n. 15265, in *Giust. civ.*, 2007, 2190 ss., con nota di D'AURIA, *Dubbi sull'estensione del concetto di pregiudizio e sulla ratio dell'art. 2901, comma 3, c.c.*, e in *Nuova giur. civ. comm.*, 2007, I, 874 ss., con nota di VALERI, ma in tale pronuncia assume valore di *obiter dictum* (facendosi in quel caso questione, risolta in senso peraltro negativo, se la vendita effettuata dal locatore in favore del conduttore prelaionario fosse o meno ricompresa tra gli atti dovuti esentati da revocatoria).

⁴ Le citazioni nel testo sono tratte da Cass. 16 aprile 2008, n. 9970, in *Nuova giur. civ. comm.*, 2008, I, 1352 ss., con nota critica di MARTONE, *La revocabilità del contratto definitivo come espressione dell'obbligazione di dare*. Analogamente, aveva dichiarato il preliminare non revocabile in quanto produttivo di «effetti puramente obbligatori» Cass. 19 maggio 2006, n. 11773, in *Onelegale*. Più di recente, in senso conforme, v. Cass. 23 novembre 2022, n. 34418, in *Dejure*; Cass. 22 giugno 2020, n. 12120, in *Corriere giur.*, 2021, 1112 ss., con nota di GUARDIGLI, *Contratto per persona da nominare, electio amici e valutazione della scientia damni*; Cass. 26 giugno 2019, n. 17067, in *Dejure*; Cass. 12 giugno 2018, n. 15215, in *Onelegale*; Cass. 12 maggio 2015, n. 9595, in *Onelegale*; Cass. 18 agosto 2011, n. 17365, in *Imm. propr.*, 2011, 730 [s.m.] e per esteso in *Dejure*; Cass. 20 agosto 2009, n. 18528, in *Dejure*.

⁵ Cass. 16 aprile 2008, n. 9970, cit.



ni ora sunteggiate, affidata ai prossimi quattro paragrafi, assume valenza preliminare rispetto all'esame del presupposto soggettivo dell'azione revocatoria.

2. – La specificazione, operata dall'art. 2901 cod. civ., giusta la quale suscettibili di impugnazione mediante l'azione revocatoria sono gli «atti di disposizione del patrimonio», ha imposto agli interpreti di riflettere in quale rapporto una siffatta locuzione si collochi rispetto alle note sistemazioni concettuali del diritto civile. Secondo accreditate ricostruzioni dottrinali, infatti, il concetto di “disposizione” di diritti, segnatamente patrimoniali, abbraccia tutti gli atti che ne importano la perdita (si pensi ai negozi di rinuncia, sia essa traslativa o puramente abdicativa) o una limitazione (ad esempio la costituzione di diritti reali minori), così come quelli che producono un effetto di destinazione (*inter vivos* o *mortis causa*)⁶. Ne rimarrebbero esclusi – giusta una dicotomia che si ritrova espressa altrove nel codice (ad esempio, in materia di donazione, nell'art. 769 cod. civ.) – i negozi o comunque gli atti idonei a produrre effetti soltanto obbligatori⁷.

Parte della dottrina ha fatto leva, valorizzandola, sulla predetta contrapposizione, tra atti dispositivi e atti (meramente) obbligatori, in sede di interpretazione della disposizione dell'art. 2901 cod. civ., per limitare il campo di applicazione dell'istituto in esame ai primi, sulla scorta del rilievo che solo l'adempimento e non già la costituzione del rapporto obbligatorio sarebbe idoneo a realizzare una diminuzione patrimoniale rilevante nell'ottica della conservazione della garanzia patrimoniale⁸. Per contro, nei contributi più recenti in materia di pauliana, si suggerisce di leggere in chiave estensiva la nozione di disposizione del patrimonio impiegata nell'articolo citato, al fine di includervi anche gli atti con cui il debitore assume (solo) obbligazioni. Ciò per la ragione che le stesse rappresentano un “peso” sul suo patrimonio, una “disposizione” di esso concretantesi in un aumento del passivo, il quale può essere idoneo a rendere incapiente la garanzia generica su cui i creditori potevano fare affidamento⁹. Una conferma della correttezza di tale tesi viene da taluno de-

⁶ BETTI, *Teoria generale del negozio giuridico* (Rist. corretta della II ed.), Napoli, ESI, 2002, 292 s.

⁷ Sono «negozi di disposizione», secondo la ricostruzione di SANTORO PASSARELLI, *Dottrine generali del diritto civile*, 9ª ed., rist. Jovene, Napoli, 2012, 220 ss., quelli che «importano una diminuzione patrimoniale per il soggetto o uno dei soggetti del negozio». Vi si contrappongono i «negozi di obbligazione», ossia «quelli in cui all'attribuzione in favore di un soggetto corrisponde non una diminuzione patrimoniale, ma soltanto un dovere di comportamento a carico del soggetto o dell'altro soggetto del negozio». In previsione di quanto si osserverà poi, a proposito della ricostruzione del contratto preliminare, giova evidenziare, con MENGONI e REALMONTE, voce *Disposizione (atto di)*, in *Enc. dir.*, XIII, 1964, 192, come non possano «annoverarsi tra gli atti di disposizione in senso tecnico» – nozione che affonda le proprie radici nella distinzione tedesca tra *Verfügungsgeschäfte* e *Verpflichtungsgeschäfte*, espressione del *Trennungsprinzip* ivi vigente – i «contratti destinati a determinare uno spostamento patrimoniale, ma inidonei a produrre immediatamente tale effetto», ancorché costituiscano «il punto di riferimento causale dell'effetto traslativo e quindi» concorrano «col fatto successivo, che determina il trasferimento, a formare la fattispecie traslativa».

⁸ Cfr. PICARO, *Revocatoria ordinaria e fallimentare*, F.lli Ruggeri, Taranto, 1946, 51; COSATTINI, *La revoca degli atti fraudolenti*, 2ª ed., Cedam, Padova, 1950, 159; BETTI, *Teoria generale del negozio giuridico*, in *Trattato di diritto civile italiano*, diretto da F. Vassalli, XV, t. 2, Utet, Torino, 1952, 301, il quale rileva che «i negozi d'obbligazione...non producono una diminuzione *attuale e immediata* del patrimonio» [corsivo originale]; MESSINEO, *Manuale di diritto civile e commerciale*, III, Giuffrè, Milano, 1959, 191; G. GABRIELLI, *Il contratto preliminare*, Giuffrè, Milano, 1970, 211, testo e nota 93.

⁹ Cfr. NICOLÒ, *Della tutela dei diritti*, in *Comm. c.c.* Scialoja e Branca, Zanichelli e Soc. Ed. Foro it., Bologna-Roma, 1960, 228; DI MAJO, *Gli effetti negoziali della sentenza esecutiva dell'obbligo di contrarre*, in *Riv. dir. comm.*, 1964, I, 362 ss.; MAFFEI ALBERTI, *Il danno nella revocatoria*, Cedam, Padova, 1970, 51; NATOLI e BIGLIAZZI GERI, *I mezzi di conservazione della garanzia patrimoniale. Appunti delle lezioni*, Milano, Giuffrè, 1974, 191; BIGLIAZZI GERI, voce *Revocatoria (azione)*, in *Enc. giur.*, XXVII, Treccani, Roma, 1991, 7; LUCCHINI GUASTALLA, *Danno e frode nella revocatoria ordinaria*, Milano, Giuffrè, 1995, 199 ss. In senso contrario, PICARO, *Revocatoria ordinaria e fallimentare, loc. ult. cit.*, obietta che non «è possibile, senza violare il sistema della legge, fare consistere tale danno nell'aumento del passivo. Il pregiudizio che attraverso la revocatoria si è inteso evitare è unicamente quello derivante da una diminuzione dell'attivo e ogni diminuzione manca sino all'adempimento dell'obbligazione».



sunta dall'assoggettabilità a revocatoria degli atti costitutivi di garanzie (art. 2901, comma 2, cod. civ.), tra le quali devono ricomprendersi anche quelle personali, che hanno effetto meramente obbligatorio¹⁰. E non si manca di sottolineare che negare l'accesso alla revocatoria in casi siffatti significherebbe consegnare al debitore un agevole mezzo per frodare le ragioni dei propri creditori: al medesimo basterebbe, infatti, intermediare l'atto di disposizione attraverso il meccanismo dell'assunzione dell'obbligazione e del suo adempimento, il quale risulterebbe allora inattaccabile giusta il comma terzo dell'art. 2901 cod. civ.¹¹.

Naturalmente, non può essere il solo dato in sé dell'assunzione di un'obbligazione ad aprire le porte alla revocabilità del relativo atto. Occorre, infatti, rigorosamente accertare la sussistenza del requisito oggettivo rappresentato dall'*eventus damni*, tenendo conto della complessiva operazione economica da cui scaturisce l'obbligazione¹². In particolare – ferma la necessità di verificare, altresì, gli estremi dell'elemento soggettivo, quando la prestazione dovuta dal debitore è in rapporto di corrispettività, intesa in senso lato, con un'attribuzione patrimoniale – quel requisito potrà dirsi sussistente solo se il valore delle prestazioni si riveli significativamente sproporzionato (a sfavore del debitore) e, conseguenzialmente, se il concorso del nuovo debitore sia effettivamente idoneo a compromettere, in tutto o in parte, il soddisfacimento del credito dell'attore in revocatoria¹³. A maggior ragione si giustifica la revocabilità se l'assunzione del debito non trova contropartita in un'attribuzione patrimoniale (potrebbe trattarsi, ad esempio, di una donazione obbligatoria).

Se solo si considera il problema nella prospettiva del primo segmento della sequenza preliminare-definitivo, con precipuo riferimento all'ipotesi di vendita immobiliare, emergono tuttavia ulteriori possibili profili ostativi all'accoglimento della tesi della revocabilità di atti costitutivi di vincoli obbligatori. Invero, la più pungente critica alla revocabilità del preliminare, formulata prima dell'introduzione della possibilità di

¹⁰ Cfr. NATOLI, BIGLIAZZI GERI, *I mezzi di conservazione della garanzia patrimoniale*, cit., 192. L'osservazione mantiene la propria valenza anche accedendo alla tesi, per vero minoritaria, giusta la quale attraverso il negozio fideiussorio, il quale può considerarsi il fondamentale modello di garanzia personale del credito accolto nel codice, sorgerebbe, tra il garante e il garantito, non un rapporto obbligatorio, bensì un rapporto di garanzia. Anzi, *a fortiori*, essa tanto più vale, quanto più autonomo il vincolo assunto dal garante sia reso rispetto al rapporto garantito. Ai fini del problema in esame, infatti, ciò che conta rilevare è che la garanzia assunta dal debitore non si traduce, attualmente né, inoltre, necessariamente, in una diminuzione del suo patrimonio. Ampia illustrazione del dibattito sulla natura del vincolo del fideiussore e delle differenze, anche sotto tale profilo, tra fideiussione e contratto autonomo di garanzia in CORRIAS, *Garanzia pura e contratti di rischio*, Giuffrè, Milano, 2006, 392 ss.

¹¹ Cfr. LUCCHINI GUASTALLA, *Danno e frode nella revocatoria ordinaria*, cit., 201, nota 59 e già G. GABRIELLI, *Il contratto preliminare*, cit., 213.

¹² Tale accertamento postula la previa definizione dell'esatto contenuto del «pregiudizio» alle ragioni dei creditori che l'atto del debitore deve arrecare per essere dichiarato inefficace. Sul punto non si può che rinviare alle diverse elaborazioni maturate in dottrina, la quale sembra per lo più orientata a ritenere sufficiente un «pericolo» che l'azione esecutiva si riveli anche solo più difficile o più gravosa in conseguenza dell'atto del debitore: cfr., tra i molti, NICOLÒ, *Della tutela dei diritti*, cit., 217; NATOLI, voce *Azione revocatoria*, cit., 893; NATOLI e BIGLIAZZI-GERI, *I mezzi di conservazione della garanzia patrimoniale*, cit., 167; D'ERCOLE, *L'azione revocatoria*, in *Tratt. dir. priv.*, dir. da Rescigno, *Tutela dei diritti*, II, 2ª ed., Utet, Torino, 1997, 169 ss. Fortemente critico verso questa posizione è LUCCHINI GUASTALLA, *Danno e frode nella revocatoria ordinaria*, cit., 202 ss., ove si sottolineano i pericoli di un'interpretazione troppo rigida del concetto di pregiudizio, svincolato dall'elemento della *fraus*, dunque da un'indagine sui motivi che sottendono la scelta di assumere l'obbligazione; interpretazione che potrebbe finire per far ritenere che «il debitore che abbia un patrimonio immobiliare di valore pari a quello delle obbligazioni da adempiere, si troverebbe a non poter legittimamente assumere nuove obbligazioni e, parallelamente, il suo patrimonio immobiliare dovrebbe considerarsi come «cristallizzato» finché non sopravvenga un atto...estintivo di una delle suddette obbligazioni».

¹³ Al riguardo, occorre tenere presente che, come correttamente evidenziato in dottrina, sebbene quella revocatoria sia azione individuale, del singolo creditore, e sia destinata ad avvantaggiare solamente il medesimo, il pregiudizio sotto il profilo quantitativo (sufficienza o meno del patrimonio) non può che accertarsi tenendo in considerazione la situazione del debitore nella sua interezza, dunque il concorso dei plurimi creditori sul suo patrimonio. Il punto è ampiamente illustrato da LUCCHINI GUASTALLA, *Danno e frode nella revocatoria ordinaria*, cit., 136 ss., ove ulteriori riferimenti alla dottrina e alla giurisprudenza conformi.



trascriverlo¹⁴ – la quale, come si vedrà, sembra aver mutato almeno in parte i termini del problema¹⁵ – si può così sintetizzare: siccome anche dopo la conclusione del preliminare il (diritto sul) bene promesso rimane nel patrimonio del debitore, che non ne ha, appunto, disposto, non avrebbe senso chiedere la declaratoria di inefficacia di un atto idoneo a diminuire la consistenza della garanzia patrimoniale generica¹⁶. L'obiezione può essere condotta su un piano generale (e fatta prescindere dai peculiari rapporti tra preliminare e definitivo, sui quali si dovrà tornare in seguito): giacché non è l'atto di assunzione di un'obbligazione, bensì l'adempimento della stessa, a determinare l'uscita del suo oggetto dal patrimonio del debitore, non sarebbe (mai) giuridicamente utile agire per fare dichiarare il primo inefficace, potendosi instare per il sequestro conservativo¹⁷. Si tratta di un punto nodale, sul quale occorre indugiare in senso critico: l'effetto ottenibile mediante l'azione revocatoria è diverso e ulteriore, rispetto alla creazione del vincolo di indisponibilità e di inopponibilità (degli atti dispositivo successivamente trascritti) conseguente al sequestro¹⁸. Solo la declaratoria di inefficacia del vincolo consente al creditore vittorioso di giovare degli effetti compendati nell'art. 2902 cod. civ., ovvero, sostanzialmente, di essere preferito al terzo revocato nel concorso sui beni del debitore, qualora lo stesso si rendesse inadempiente all'obbligazione assunta con l'atto dichiarato, appunto,

¹⁴ La sola possibilità della trascrizione, anche ove ad essa non si sia concretamente provveduto, potrebbe apparire sufficiente a ritenere revocabile il contratto preliminare. A ben vedere, infatti, seppure in relazione alla differente fattispecie del fondo patrimoniale, la Suprema Corte di Cassazione ha, anche di recente, avuto modo di confermare che la convenzione costitutiva del fondo patrimoniale, per quanto non annotata a margine dell'atto di matrimonio, «potrebbe divenire, in ogni momento, opponibile ai creditori tramite la successiva annotazione ciò in quanto la destinazione del bene nel fondo patrimoniale, a prescindere dalla annotazione, può essere sufficiente a rendere più incerta e difficile la realizzazione del diritto». Del resto, nell'azione revocatoria ordinaria, il presupposto costituito dal pregiudizio alle ragioni del creditore include anche il pericolo di danno, la cui valutazione è rimessa alla discrezionalità del giudice, «così che l'atto, anche se non opponibile al momento, può comportare un pericolo di danno a cagione della sempre concreta possibilità di annotarlo e dunque di renderlo opponibile». In questi termini, Cass. 21 febbraio 2023, n. 5356, in *DeJure*, la quale evidenzia peraltro come la non opponibilità dell'atto costitutivo del fondo patrimoniale – quindi, *mutatis mutandis*, l'assenza dell'effetto prenotativo e del privilegio che conseguono alla trascrizione del contratto preliminare – dovuta alla mancata annotazione dell'atto stesso «è situazione diversa dalla inefficacia dell'atto a seguito della revocazione, così che quest'ultima mira ad un effetto diverso: non già a rimuovere l'inopponibilità dell'atto – dovuta al difetto di pubblicità – bensì a rendere l'atto del tutto inefficace verso il creditore».

¹⁵ E, d'altro canto, anche all'epoca, era già riconosciuta al contraente adempiente la facoltà di trascrivere la domanda giudiziale ex art. 2932 c.c.

¹⁶ Cfr. Cass. 23 novembre 2022, n. 34418, cit.; Cass. 22 giugno 2020, n. 12120, cit.; Cass. 26 giugno 2019, n. 17067, cit.; Cass. 12 giugno 2018, n. 15215, cit.; Cass. 12 maggio 2015, n. 9595, cit.; Cass. 18 agosto 2011, n. 17365, cit.; Cass. 20 agosto 2009, n. 18528, cit. In dottrina cfr., tra gli altri, G. GABRIELLI, *Il contratto preliminare*, cit., 211 ss., nonché PALERMO, *Contratto preliminare*, Cedam, Padova, 1991, 203.

¹⁷ V. G. GABRIELLI, *Il contratto preliminare*, loc. ult. cit., cui aderisce TRIOLA, *Il contratto preliminare di vendita di immobili*, Giuffrè, Milano, 2014, 257 s.

¹⁸ Ciò che vale anche al cospetto di un atto, come una vendita immobiliare, traslativo della proprietà. V., sul punto, Cass. 29 settembre 2017, n. 22835, in *Dejure*, la quale mette bene in luce le chiare differenze tra i due mezzi di conservazione della garanzia patrimoniale: l'accoglimento della revocatoria giova solo al creditore che abbia proposto la relativa domanda, sicché il medesimo non subisce il concorso degli altri creditori, come invece accadrebbe allorché il sequestro fosse convertito in pignoramento; a differenza di quanto accade con il sequestro, che «soffre i limiti derivanti dall'importo fino a concorrenza del quale sia stata autorizzata la misura cautelare», «il vittorioso esperimento dell'azione revocatoria consente al creditore di soddisfarsi per l'intero suo credito sul bene oggetto dell'atto revocato, senza che l'acquirente possa opporgli limiti di sorta»; infine, la «tutela derivante dal sequestro è necessariamente condizionata dalle vicende del procedimento cautelare e del successivo giudizio di merito ed è esposta alla possibilità di revoca della misura (o della modifica con riduzione dell'importo cautelato), nonché all'eventualità che si determinino ipotesi di estinzione del pignoramento...il tutto con effetti irreversibili, giacché una volta estinto il pignoramento conseguito al sequestro, si determina l'impossibilità per il creditore di aggredire ulteriormente il bene alienato a terzi», laddove, al contrario, «la tutela apprestata dall'art. 2901 c.c. si stabilizza col passaggio in giudicato della sentenza di accoglimento della revocatoria e resta insensibile ad eventuali vicende estintive del successivo pignoramento, che – nei limiti della prescrizione – potrà comunque essere rinnovato».



inefficace¹⁹. Inoltre, se il debitore dovesse adempiere l'obbligazione nascente dall'atto revocando – eventualità che lo stesso legislatore deve aver avuto in mente, posto che ha decretato l'irrevocabilità dei pagamenti di debiti *scaduti*, lasciando di contro aperta la porta all'impugnabilità di quelli *ante diem* – il creditore che abbia vittoriosamente esperito la pauliana, impugnando anche l'atto *solutionis causa* compiuto, potrà soddisfarsi sull'oggetto della prestazione eseguita, con preferenza rispetto al terzo revocato²⁰. Tutto ciò, in presenza di un contratto preliminare, si traduce nella possibilità per il creditore revocante, nel primo scenario, di essere preferito rispetto al terzo che dovesse avanzare pretese nei confronti del debitore *ex contractu* (segnatamente a titolo di responsabilità da inadempimento) e, nel secondo scenario, di soddisfarsi sul bene fuoriuscito dal patrimonio in esecuzione del contratto preliminare medesimo, purché, beninteso, sia impugnato anche tale atto di adempimento, ossia il definitivo.

Considerazioni peculiari vanno formulate – lo si è già anticipato – in relazione alla non infrequente eventualità che il contratto preliminare, avente ad oggetto contratti costitutivi o traslativi dei diritti menzionati all'art. 2643, nn.1-4, cod. civ., venga trascritto nei registri immobiliari ai sensi del successivo art. 2645 *bis* cod. civ. Nell'ottica dell'azione revocatoria, ciò che rileva è anzitutto l'effetto di c.d. prenotazione conseguente all'intervenuta trascrizione del preliminare o, secondo altri, di opponibilità. In virtù di tale effetto, il promissario acquirente prevale nel conflitto con coloro che acquistano diritti sull'immobile in forza di atti iscritti (fermo il disposto dell'art. 2825 *bis* cod. civ.) o trascritti successivamente alla trascrizione del preliminare, ma anche in quello con i creditori del promittente venditore che provvedano alla trascrizione del pignoramento in un momento successivo, appunto, a quella del preliminare. Già sotto questo profilo, i creditori del promissario alienante hanno interesse a rendere inefficace nei loro confronti un atto, il preliminare, la cui trascrizione rende il medesimo idoneo a sottrarre l'immobile che ne forma oggetto all'azione esecutiva (chiaramente nei limiti temporali entro i quali la trascrizione del preliminare è efficace)²¹.

Si potrebbe replicare (a sostegno della tesi della revocabilità del solo definitivo) che i creditori dovrebbero limitarsi ad attendere il completamento della sequenza preliminare-definitivo ed eventualmente reagire contro quest'ultimo atto (o contro la sentenza che lo sostituisce) per poter, poi, agire esecutivamente sull'immobile che ne costituisce l'oggetto. Rinviando ogni considerazione al riguardo alla disamina del tema della revocabilità del definitivo, v'è comunque da notare che la formalità pubblicitaria, fino a tre anni, impedisce

¹⁹ Cfr. C.M. BIANCA, *Diritto civile. 5 La responsabilità*, 3^a ed., Giuffrè Francis Lefebvre, Milano, 2021, 452: «Se l'atto revocato consiste nell'assunzione di un'obbligazione, il revocante può agire sul patrimonio del debitore senza subire la concorrenza degli altri creditori»; NICOLÒ, *Della tutela dei diritti*, cit., 230 ss. Muovendo dall'individuazione del fondamento della revocatoria in un'ipotesi di responsabilità oggettiva del debitore e del terzo per l'atto di disposizione (inteso in senso lato), BREGOLI, *Effetti e natura della revocatoria*, Giuffrè, Milano, 2001, 45 ss., ritiene che la declaratoria di inefficacia in cui essa consiste produca il sorgere di una «obbligazione, di reintegrazione del valore pregiudicato dall'atto di disposizione», che si atterrebbe poi diversamente a seconda del tipo di atto considerato.

²⁰ Evidenzia MAFFEI ALBERTI, *Il danno nella revocatoria*, cit., 52, che il «risultato della revoca del pagamento» consiste nel dovere per il creditore pagato di «rendere la somma riscossa sino all'integrale soddisfacimento del creditore che ha agito vittoriosamente in revocatoria».

²¹ Si consideri, inoltre, che la trascrizione della domanda con cui si chiede la revocatoria del preliminare, ai sensi dell'art. 2652, n. 5, c.c., assicura al creditore – attore – tutela rispetto all'ipotesi in cui, una volta stipulato il definitivo, l'avente causa del debitore trasferisca ad un terzo, di buona fede, l'immobile oggetto del preliminare prima che sia trascritta la domanda di revocatoria contro il definitivo. Tra la conclusione del definitivo e l'alienazione al terzo di buona fede, anche trascurando l'ipotesi che questa avvenga prima di quella (vendita di cosa altrui da parte del promissario acquirente), potrebbe trascorrere un tempo breve, di modo che i creditori del primo dante causa potrebbero non riuscire a trascrivere la domanda di revocatoria in tempo utile. Sulla funzione della trascrizione della domanda di revocatoria v. ORESTANO, *Le domande di revoca degli atti compiuti in pregiudizio dei creditori*, in *Tratt. della trascrizione*, 2, diretto da E. Gabrielli e Gazzoni, Utet, Torino, 2014, 157 ss.; G. GABRIELLI, *La pubblicità immobiliare*, in *Tratt. dir. civ.*, dir. da Sacco, 4, Utet, Torino, 2012, 141 s.



di fatto l'azione esecutiva dei creditori medesimi, i quali, per aggredire l'immobile, non hanno altra via che revocare il preliminare²².

In ogni caso, dubbi sull'immediata lesività del preliminare (trascritto) non dovrebbero sorgere considerando l'ulteriore effetto che l'assolvimento della formalità pubblicitaria produce sulla posizione del promissario acquirente, rispetto agli altri creditori. Si tratta, in particolare, dell'attribuzione del privilegio speciale sul bene immobile *ex art. 2775 bis* cod. civ.²³. Il sorgere di una causa di prelazione sull'immobile pone il relativo titolare, in sede esecutiva, in una posizione peggiore rispetto agli altri creditori chirografari e, in ogni caso, incide sulla commerciabilità dell'immobile stesso. Di modo che se anche non dovesse dare esecuzione al preliminare esponendosi a responsabilità – in tal modo proprio astenendosi dal porre in essere l'atto che la tesi ora prevalente presso la S.C. considera l'unico idoneo a determinare pregiudizio alle ragioni dei creditori – la presenza del privilegio (che assiste il credito risarcitorio o da restituzione di eventuali acconti del promissario acquirente) potrebbe comunque condurre al medesimo risultato di rendere infruttuosa, o quanto meno di pregiudicare, l'esecuzione da parte degli altri creditori, chirografari²⁴. Per conseguenza, negare a costoro l'esperimento del mezzo revocatorio già rispetto al contratto preliminare significa lasciare margini, al debitore e al terzo colluso con il medesimo, per pregiudicare le ragioni dei creditori²⁵.

²² Cfr. SICCHIERO, *Il contratto preliminare*, in *Tratt. del contratto*, a cura di Costanza, III, *Effetti*, 2ª ed., Giuffrè Francis Lefebvre, Milano, 2022, 460.

²³ Per la determinazione di quali crediti del promissario acquirente siano garantiti dal privilegio in esame v., tra gli altri, DI SABATO, *I privilegi*, in *Tratt. dir. civ. CNN*, dir. da P. Perlingieri, Napoli, ESI, 2008, 214 ss.; LUMINOSO, *Contratto preliminare, pubblicità immobiliare e garanzie*, in LUMINOSO e PALERMO, *La trascrizione del contratto preliminare. Regole e dogmi*, Cedam, Padova, 1998, 75 ss.; DELLE MONACHE, *La trascrizione del contratto preliminare*, in *Nuove leggi civ. comm.*, 1998, 257 ss.

²⁴ Sembra trascurare completamente tale profilo Cass. 26 giugno 2019, n. 17067, cit., laddove osserva che la trascrizione del preliminare «rileva solo per la pubblicità dell'atto, e...non trasforma la stipulazione preliminare in atto di disposizione né toglie valore al fatto che il danno si debba verificare...al momento del definitivo e non prima di esso».

²⁵ Cfr., in particolare, TUCCI, *Trascrizione del contratto preliminare e privilegio a tutela dei crediti del promissario acquirente*, in *Riv. crit. dir. priv.*, 1997, 181, il quale, pur negando in generale la revocabilità del preliminare, osserva che la sua trascrivibilità e il conseguente effetto, definito «integrativo» e «collaterale» discendente dagli artt. 2645 *bis* e 2775 *bis* cod. civ., di contro, la giustificano: «...per effetto *ex lege* di un atto di autonomia privata, si viene a costituire una prelazione a favore di un particolare creditore, che altera la situazione economico-giuridica sulla quale i creditori legittimamente contavano...»; MICCOLIS, *Profili processuali della trascrizione del contratto preliminare*, in *Riv. dir. civ.*, 1998, 205 ss., il quale, anch'egli persuaso dell'irrevocabilità del preliminare non pubblicizzato, osserva che la trascrizione determina un *eventus damni* legittimante l'immediata reazione dei creditori: «...la disciplina posta dall'art. 2775 *bis* c.c., anche in caso di inadempimento o di inerzia del promissario acquirente, pone, di fatto, fuori mercato il bene immobile fino a quando non si provvede alla cancellazione della trascrizione [...] Inoltre...il privilegio reale sull'immobile, idoneo a pregiudicare la garanzia patrimoniale degli altri creditori...è costituito direttamente dal preliminare trascritto»; PALERMO, *Rilevanza esterna del contratto preliminare e tutela del promissario acquirente*, in *La trascrizione del contratto preliminare. Regole e dogmi*, cit., 176; SICCHIERO, *Il contratto preliminare*, cit., 462; LUMINOSO, *La vendita*, 2ª ed., in *Tratt. dir. civ. comm. Cicu-Messineo*, già diretto da Mengoni e Schlesinger e continuato da Roppo e Anelli, Giuffrè Francis Lefebvre, Milano, 2022, 746, seppur in tono dubitativo. In senso contrario, MASTROPIETRO, *Contratto preliminare e azione revocatoria ordinaria*, in *Rass. dir. civ.*, 2011, 818 ss., all'esito di una lunga disamina del problema, conclude che, anche a voler considerare revocabile il contratto preliminare trascritto, il rimedio non sarebbe «più proponibile...quando il contratto preliminare, a seguito della mancata esecuzione, sia stato risolto». A tal riguardo, si può obiettare che, a prescindere dal fatto che la risoluzione rappresenta solo una delle possibili vicende che interessano il preliminare e alle quali si ricollega la nascita in capo alla parte fedele al contratto di un credito assistito da privilegio, anche in tale scenario la revocazione del preliminare si rivela utile, anzi indispensabile, nell'ottica della tutela dei creditori chirografari. Attraverso la revocatoria, infatti, viene reso relativamente inefficace il contratto preliminare e i suoi effetti, tra cui non possono non annoverarsi anche quelli riconducibili alla costituzione del privilegio *ex art. 2775 bis* c.c., il quale assiste i crediti conseguenti proprio allo scioglimento del rapporto: alla restituzione di acconti versati, al risarcimento del danno, al versamento del *duplum* della caparra data, ecc. La lesività del preliminare viene meno soltanto nella misura in cui il terzo, titolare del privilegio, non abbia alcuna ragione di credito dipendente dal preliminare.



3. – Dalle considerazioni appena svolte circa la revocabilità del preliminare emerge, anche per quanto riguarda i peculiari profili di lesività connessi alla sua trascrizione, che il pregiudizio ai creditori si apprezza nella prospettiva del fallimento oppure del completamento della sequenza negoziale cui lo stesso preliminare dà avvio. Ed è con riguardo a questa seconda eventualità che si pone l'alternativa tra un'impugnazione *pure* del definitivo ovvero di quest'ultimo atto soltanto.

Invero, sotto il profilo oggettivo, l'ammissibilità di un'azione revocatoria dell'atto che rappresenta esecuzione del contratto preliminare deve passare attraverso il vaglio dell'eccezione compendiata nel comma terzo dell'art. 2901 cod. civ. La questione richiede senz'altro approfondimento, sia sul versante dell'*actio pauliana*, sia su quello dell'oggetto di questa, ossia il contratto preliminare, nei suoi rapporti con il c.d. definitivo.

Com'è noto, una delle più autorevoli e accreditate spiegazioni dell'esenzione da revocatoria ordinaria contenuta nell'art. 2901, comma 3, cod. civ., pone in luce come la stessa si fondi sul carattere necessitato, dovuto, dell'atto di adempimento, a prescindere dalla sua discussa natura (negoziale oppure no)²⁶. Non si tratta, peraltro, dell'unica spiegazione possibile: tale adempimento, si è sostenuto, «eliminando contemporaneamente una posta attiva ed una pari posta passiva del patrimonio del debitore, potrebbe essere considerato pregiudizievole solo nel senso che lede la *par condicio creditorum*», principio che non trova però cittadinanza nel campo dell'insolvenza civile²⁷. Volendo assecondare quest'ultimo modo di pensare, si potrebbe però far rilevare come sia dubbia la neutralità (ossia l'essere un gioco a somma zero) della scelta del debitore. La “trasformazione” di un cespite facilmente aggredibile, qual è un immobile, in denaro, le cui caratteristiche intrinseche ne decretano facile dispersione ed occultabilità, determina una sostanziale alterazione negativa del patrimonio del debitore (sempreché, beninteso, non ne risulti con certezza la capienza)²⁸. Ragion per cui, dal punto di osservazione degli altri creditori (altri rispetto al promissario acquirente), la scelta del debitore di adempiere rappresenta un peggioramento della loro aspettativa di soddisfazione.

Ad ogni modo, a prescindere da qualsivoglia discussione sulla “convenienza” o meno dell'(in)adempimento, forse opinabile, di tale autorevole pensiero non può che condividersi il rilievo che l'esenzione dettata per la revocatoria ordinaria – in ciò profondamente differente rispetto a quella di matrice concorsuale²⁹ – esprime l'indifferenza per la soddisfazione paritaria (salve le cause di prelazione) dei creditori, che, tra l'altro, emerge proprio dalla relatività degli effetti del suo accoglimento. Pertanto, di fronte ad un'obbligazione esigibile, il debitore non può essere messo nella condizione di doversi esporre a responsabilità, rifiutando o comunque omettendo l'adempimento, per preservare le ragioni degli altri creditori. Se vigesse la regola opposta, non solamente si rischierebbe di creare un'intollerabile paralisi o comunque un'instabilità nei traffici giuridici, bensì si finirebbe per rischiare di aggravare la complessiva esposizione debitoria, a detrimento, paradossalmente, proprio dell'interesse da proteggere³⁰.

²⁶ Cfr. NATOLI, voce *Azione revocatoria*, in *Enc. dir.*, IV, Milano, Giuffrè, 1959, 895; NICOLÒ, *Della tutela dei diritti*, cit., 234 ss., il quale evidenzia che l'esenzione opera a condizione «a) che non si possa dimostrare fraudolento il negozio attraverso cui il debitore ha assunto l'obbligo adempiuto...nel qual caso occorrerebbe impugnare anzitutto il negozio suddetto e poi l'adempimento» e «b) che l'atto di adempimento sia normale, avvenga cioè nelle condizioni e nei termini previsti e si esaurisca nella prestazione dell'oggetto al quale si riferisce l'obbligo»; NATOLI e BIGLIAZZI GERI, *I mezzi di conservazione della garanzia patrimoniale*, cit., 183; C.M. BIANCA, *Diritto civile. 5 La responsabilità*, cit., 445 ss.

²⁷ Cfr. MAFFEI ALBERTI, *Il danno nella revocatoria*, cit., 51.

²⁸ La giurisprudenza appare granitica nel ritenere che una variazione anche solo qualitativa del patrimonio del debitore, come quella determinata dalla sostituzione di un immobile con il denaro, può integrare gli estremi del danno revocatorio: cfr., tra le tante, Cass. 18 giugno 2019, n. 16221, in *Onelegale*; Cass. 9 febbraio 2012, n. 1896, in *Dejure*; Cass. 29 marzo 2007, n. 7767, in *Dejure*.

²⁹ Il che conduce alle conseguenze che saranno svolte *infra*, par. 4.

³⁰ Da questo punto di vista, l'introduzione espressa dell'esenzione in esame nel codice del 1942 ha significato il definitivo tra-



Sulla scorta di queste considerazioni concernenti la *ratio* sottesa all'art. 2901, comma 3, cod. civ., la sua invocabilità in relazione al definitivo non può che transitare attraverso l'individuazione dei rapporti tra esso e il contratto preliminare, alla luce della loro natura giuridica; rapporti che, a ben vedere, appaiono oggetto di un inesausto dibattito dottrinale, di dimensioni e di complessità tali da rendere questa sede inadatta a ripercorrerlo *funditus*. Ci si deve dunque necessariamente limitare a considerare le principali alternative ricostruttive³¹.

Secondo un primo gruppo di proposte, il definitivo avrebbe, quale effetto, quello di estinguere, non già però mediante adempimento, l'effetto obbligatorio scaturente dal preliminare. A quest'ordine di idee possono ricondursi sia l'opinione di chi ravvisa nell'operare del definitivo una «sostituzione», definita «novativa», degli effetti propri di un certo regolamento a quelli strumentali o preparatori del relativo preliminare³², sia quella, in fondo non troppo distante, di chi costruisce il negozio definitivo come atto idoneo a determinare una «trasformazione della fattispecie del contratto preliminare bilaterale»³³.

L'impossibilità di svincolare il definitivo dalla sequenza, innescata dal preliminare, ha condotto un nutrito gruppo di Autori a sostenere la coesistenza, nel contratto definitivo, di una doppia causa: solutoria dell'obbligazione assunta con il preliminare, da un lato, e «interna», ossia la causa propria del contratto medesimo (se non fosse preceduto dal preliminare), dall'altro³⁴. Anche a prescindere dall'idea di un'autentica «duplicazione» delle cause, altri Autori hanno tentato, in vario modo, di conciliare natura doverosa della stipulazione del definitivo e carattere negoziale del medesimo³⁵. Coesistenza che però, come si vedrà a breve, lascia irrisolta la questione dell'applicabilità dell'art. 2901, comma 3, cod. civ.

monto della teoria della «gratificazione», sostenuta, in passato, tra l'altro, da G. SATTA, voce *Atti fraudolenti in danno dei creditori*, in *Enc. giur. ital.*, I, pt. V, Società Editrice Libreria, Milano, 1923, 56 e da SERAFINI, *Della revoca degli atti fraudolenti compiuti dal debitore secondo il diritto romano: studio esegetico*, II, *Dell'azione pauliana*, Mariotti, Pisa, 1889, 109.

³¹ Pare opportuno precisare che non si terrà conto delle posizioni che spiegano il rapporto tra preliminare e definitivo in termini di «incompletezza» del primo: così, in particolare, NICOLETTI, *Sul contratto preliminare*, 1974, 27 ss., che lo considera «come un contratto caratterizzato da una riserva – tipica – di completazione di contratto». Ciò perché esse riesumano, come nota GAZZONI, *Il contratto preliminare*, 3ª ed., Giappichelli, Torino, 8, un dibattito, invero superato, sulla stessa contrattualità del preliminare.

³² Cfr. RASCIO, *Il contratto preliminare*, Jovene, Napoli, 1967, 174 ss., spec. 180, ove l'A. osserva che «le parti del contratto definitivo nel trasfondere in questo negozio un contenuto ormai disposto, rievocano l'atto nel quale il detto contenuto era stato in origine cristallizzato. Il riferimento al preliminare assume un significato tipico e...costituisce un aspetto dell'intento corrispondente alla funzione novativa peculiare del contratto definitivo». Merita però osservare come lo stesso A., subito dopo, chiarisca che il «contratto definitivo è adempimento», di modo che «l'obbligo di contrarre si esaurisce perché è stato compiuto esattamente quanto nel vincolo era previsto».

³³ PEREGO, *I vincoli preliminari e il contratto*, Giuffrè, Milano, 1974, 88 ss., del cui pensiero conviene riportare la sintesi: «Gli stessi fatti contribuiscono alla formazione di due fattispecie negoziali, che si distinguono solo per quanto attiene all'elemento subiettivo; dopo la formazione della fattispecie preliminare, l'ulteriore dichiarazione di volontà delle parti, che si *sostituisce* alla precedente, crea la fattispecie definitiva. La volontaria *trasformazione* del tipo negoziale risolve...il problema della funzione del contratto definitivo, che una volta formato, per quanto attiene agli effetti, in nulla si differenzia dal contratto concluso immediatamente in via definitiva» (corsivo aggiunto). Nell'ottica dell'A., proprio «il reciproco impegno di trasformare la fattispecie» rappresenta l'oggetto del contratto preliminare (p. 93).

³⁴ L'idea della doppia causa risale, in Italia, almeno all'opera di COVIELLO, voce *Contratto preliminare*, in *Enc. giur. it.*, III, pt. III, Società Editrice Libreria, Milano, 1902, 71 ss., che è stata ripresa e approfondita da CARIOTA FERRARA, *L'obbligo di trasferire*, già in *Ann. dir. comp.*, XXXVI, 1950, 214 ss., e ora in *Scritti minori*, ESI, Napoli, 1986, 391 ss.

³⁵ Cfr. NICOLÒ, voce *adempimento*, in *Enc. dir.*, I, Giuffrè, Milano, 1958, 557 [il quale, dopo aver rilevato come vi sia «confusione tra l'adempimento in sé considerato ed il negozio giuridico che in taluni casi può essere lo strumento di attuazione dell'obbligo (per esempio, adempimento dell'obbligo derivante da un contratto preliminare...)» osserva che «tra l'atto del debitore (dovuto...) ed il negozio giuridico esiste una relazione di contenente a contenuto, ma è soltanto dopo aver esaurito la sua funzione solutoria che la dichiarazione di volontà, liberatasi dall'involucro dell'atto dovuto, è idonea a realizzare una nuova e diversa funzione, tipicamente negoziale»]; ALABISO, *Il contratto preliminare*, Giuffrè, Milano, 1966, 96 ss. («La normazione contenuta nel contratto preliminare



Di converso, chi si è dato carico di rifiutare radicalmente l'idea della doppia causa, ha finito col "ridurre" il contratto definitivo ad un atto di (mero) adempimento di un'obbligazione di dare in senso tecnico (ad un c.d. pagamento traslativo): il preliminare costituirebbe, giusta tale prospettiva, il *titulus acquirendi*, mentre il definitivo, che solo in modo «puramente apparente» avrebbe allora «veste contrattuale», non rappresenterebbe altro che il *modus acquirendi*³⁶.

Non è questa, come anticipato, la sede per insistere sulle diverse ricostruzioni, sinteticamente evocate, che animano il dibattito. Occorre nondimeno interrogarsi se l'accoglimento dell'idea che il definitivo – sia esso inteso quale negozio *anche* con causa interna oppure, a maggior ragione, quale atto traslativo sorretto da causa esterna – assolva (anche o soltanto) ad una funzione solutoria dell'obbligo nascente dal preliminare debba condurre ad escluderne la revocabilità.

La conclusione pare a chi scrive scontata se si accoglie la premessa del definitivo quale atto di esecuzione di un'obbligazione di dare, in senso tecnico, nascente dal preliminare. La funzione di *modus acquirendi* ri-collegabile all'atto definitivo porta ad escludere ogni profilo di "discrezionalità" – tanto nella scelta del *solvens*, quanto del promissario acquirente (il terzo, nella prospettiva della revocatoria) – nella produzione dell'effetto traslativo programmato nel preliminare³⁷.

La soluzione sembra invece meno scontata qualora si ammetta la compresenza, nel contratto definitivo, di una funzione solutoria e di una causa negoziale autonoma. Se, per un verso, si potrebbe sostenere che la doverosità della conclusione del definitivo rimanga ferma anche laddove l'atto di adempimento abbia natura negoziale³⁸, facendo, di contro, prevalere *esspressamente* la negozialità del definitivo, le conclusioni diven-

rivela che le parti pur volendo attuare un certo assetto ai loro interessi non hanno voluto in concreto l'immediata attuazione di tale assetto, ma hanno voluto condizionare tale attuazione ad una successiva volizione alla quale si sono però subito e completamente impegnati», 151 ss., 249 ss. (dove a proposito della revocabilità del definitivo, ammessa dall'A., osserva che lo stesso «raccolge su di sé le tre qualifiche di atto illecito, di negozio giuridico e di atto dovuto»); NATOLI, *L'attuazione del rapporto obbligatorio*, 2^a ed., Giuffrè, Milano, 1967, 45, giusta il quale «la funzione solutoria non è incompatibile con quella negoziale» e può dunque «essere assunta a momento di questa»; G. GABRIELLI, *Il contratto preliminare*, cit., 214 ss., il quale ritiene che il problema della doppia causa sia mal impostato nell'ambito della dottrina tradizionale, dato che "causa" viene ivi utilizzato per significare ragione dell'attribuzione patrimoniale, la quale, di contro, «attuata con il definitivo trova in quest'ultimo, in quanto atto di autonomia fornito di causa propria, la sua giustificazione sufficiente»; R. DE MATTEIS, *La contrattazione preliminare ad effetti anticipati*, Cedam, Padova, 1991, 158 ss., che si rifà alle esposte considerazioni di Gabrielli; BOZZI, *Il contratto preliminare*, Utet, Torino, 2007, cit., 8 ss.; GALGANO, *Trattato di diritto civile*, II, 3^a ed. a cura di Zorzi Galgano, Wolters Kluwer, Padova, 2014, 326, ove, rammentato l'effetto del preliminare, di costituire l'obbligo di contrarre, si sottolinea che con la conclusione del definitivo il primo esaurisce la propria funzione; SACCO, in SACCO e DE NOVA, *Il contratto*, 4^a ed., Utet, Milano, 2016, 1246 («poiché la dichiarazione definitiva è un atto dovuto, c'è da domandarsi se la dichiarazione di volontà dell'alienante debba ancora chiamarsi contratto... la causa è solutoria... Comunque, il legislatore chiama questa dichiarazione contratto... sono dunque applicabili... tutte le norme sul contratto»); C. M. BIANCA, *Diritto civile. 3 Il contratto*, 3^a ed., Giuffrè Francis Lefebvre, Milano, 2021, 167 ss., il quale evidenzia che il definitivo «è destinato a sostituire il titolo provvisorio del preliminare» e però anche che con il medesimo, pur privo di causa solutoria, le parti «adempiono la loro obbligazione»; SICCHIERO, *Il contratto preliminare*, cit., 476 ss., intravede nella stipulazione del definitivo il raggiungimento dello «scopo per il quale era stato concluso il preliminare, che dunque perde ogni ragione di esistenza».

³⁶ La citazione è da GAZZONI, *Il contratto preliminare*, cit., 13. Sull'idea del preliminare come vendita obbligatoria cfr., altresì, CHIANALE, *Obbligazione di dare e trasferimento della proprietà*, Giuffrè, Milano, 1990, 95 ss. Scissione tra *titulus* e *modus acquirendi* si avrebbe, secondo una dottrina, solamente in relazione all'ipotesi di contrattazione preliminare ad effetti interamente anticipati: cfr. LUMINOSO, *La vendita*, cit., 713 ss.; ID., *Contratto preliminare, sue false applicazioni e regole di circolazione dei diritti*, in *La contrattazione preliminare*, a cura di R. De Matteis, Giappichelli, Torino, 2017, 72 ss.

³⁷ GAZZONI, *Il contratto preliminare*, cit., 146 s., con un distinguo in relazione al carattere occulto o meno del preliminare su cui si tornerà in seguito. Non sembra idonea ad influenzare la soluzione del problema della revocabilità la questione della struttura, unilaterale o bilaterale, del pagamento traslativo, in ordine alla quale v. l'utile ricognizione di FARINA, *Contrattazione preliminare e produzione dell'effetto reale*, in *La contrattazione preliminare*, cit., 271 ss.

³⁸ Cfr., ad es., BIGLIAZZI GERI, voce *Revocatoria (azione)*, cit. 6.; NATOLI e BIGLIAZZI GERI, *I mezzi di conservazione della garanzia patrimoniale*, cit., 193.



gono diametralmente opposte: revocabilità del medesimo, anche se al momento del preliminare non ricorrevano gli estremi della revocatoria³⁹.

Considerare il definitivo come rispondente ad una funzione non soltanto solutoria significa, in quest'ordine di idee, affermare che le parti del preliminare accettano «consapevolmente il rischio, per assicurarsi i correlati vantaggi, delle sopravvenienze rilevanti che possono manifestarsi fino al momento della stipulazione definitiva»⁴⁰. L'osservazione si iscrive nel quadro dell'autorevolissima tesi sostenuta dalla dottrina in esame che assegna alla scissione tra volontà negoziale preliminare e volontà negoziale definitiva la funzione di riserva di verifica dei presupposti e delle sopravvenienze intervenute tra i due negozi⁴¹.

Al riguardo va però rilevato, con particolare riferimento al tipo di sopravvenienza in discorso, ossia il carattere pregiudizievole per le ragioni dei creditori derivante dalla stipulazione del definitivo, che la stessa, per assumere rilevanza, dovrebbe accompagnarsi al riconoscimento, in capo al terzo contraente (per lo più il promissario acquirente, cui ci si riferirà nel prosieguo a fini illustrativi), del potere di rifiutare detta stipulazione. In caso contrario si perverrebbe, inaccettabilmente, a ritenere quest'ultimo responsabile per l'inadempimento all'obbligazione di contrarre (senza escludere che l'altra parte possa costringerlo, tramite l'art. 2932 cod. civ., al trasferimento).

La questione, dunque, diventa quella di rintracciare le basi sulle quali fondare un potere di rifiuto⁴².

Il riferimento potrebbe essere al rimedio sospensivo dell'art. 1461 cod. civ. Il mutamento nelle condizioni patrimoniali del promissario alienante potrebbe infatti giustificare, in ipotesi, il rifiuto, da parte del promissario acquirente, di eseguire la propria prestazione, ossia di concludere il definitivo, come parte della dottrina⁴³ e della giurisprudenza⁴⁴ ha affermato. È pur vero che l'art. 1461 cod. civ. pare offrire tutela al contraente il

³⁹ V., in particolare, G. GABRIELLI, *Il contratto preliminare*, cit., 214, ove la conclusione, rivelatrice di un'opzione ermeneutica non imposta dalla negazione del carattere dovuto del comportamento del debitore, che «...agli effetti dell'azione revocatoria, il carattere dispositivo del definitivo prevale su quello solutorio. La forza stessa delle cose contribuisce dunque, in questo caso, a far scegliere la disciplina del negozio anziché quella dell'adempimento» (corsivo aggiunto). ALABISO, *Il contratto preliminare*, cit., 248 ss., non risolve il problema della prevalenza e afferma la revocabilità sia del preliminare, sia del definitivo, argomentando, quanto a quest'ultimo, dalla sua natura negoziale, ancorché dovuta e rilevando che «contratto preliminare e quello definitivo rappresentano due momenti di un unico fenomeno dinamico...illegittimo».

⁴⁰ FRANCESCHELLI e G. GABRIELLI, voce *Contratto preliminare*, in *Enc. giur.*, XI, Treccani, 1988, 6.

⁴¹ V. le citate opere di G. Gabrielli, nei confronti della cui tesi, per vero, è stato osservato che il controllo delle sopravvenienze si risolve in una questione di fatto GAZZONI, *Il contratto preliminare*, cit., 10) e che analoga verifica spetta a qualunque contraente, durante la fase esecutiva: PEREGO, *I vincoli preliminari e il contratto*, cit., 85 ss.

⁴² VISALLI, *L'esecuzione in forma specifica dell'obbligo a contrarre*, Padova, Cedam, 1995, 201 si limita ad affermarla richiamando la teoria contrattuale del definitivo e, dunque, il potere e onere per le parti di soprassedere dal perfezionare quest'ultimo atto. Il punto è, tuttavia, proprio quello di individuare la norma o le norme che conferiscono questo potere di rifiuto.

⁴³ Cfr. ADDIS, *Il «mutamento» nelle condizioni patrimoniali dei contraenti*, Milano, Giuffrè, 2013, 87 s., il quale perviene a detta conclusione nonostante l'origine storica della disposizione e la tentazione di tracciare simmetrie costruttive tra l'art. 1461 c.c. e la norma previgente; MASTROPIETRO, *Contratto preliminare e azione revocatoria ordinaria*, cit., 801 ss.; DE SANCTIS RICCIARDONE, *L'autotutela civile*, Jovene, Napoli, 2011, 130 s.; PEREGO, *I vincoli preliminari e il contratto*, cit., 236.

⁴⁴ V. Cass. 22 gennaio 1999, n. 602, in *Rep. foro it.*, 1999, voce *Contratto in genere*, c. 555; Cass. 24 febbraio 1999, n. 1574, in *Corriere giur.*, 1999, 1261 ss., con nota di ROLFI, *Art. 1461 c.c. e contratto preliminare* e in *Giur. it.*, 2000, 736 ss., con nota di MIGLIORE; Cass. 15 maggio 2002, n. 7060, in *Rep. Foro it.*, 2002, voce *Contratto in genere*, c. 535. Tutte e tre le pronunce sono riportate, per esteso e unitamente alle decisioni di merito, in *Ricerche sull'eccezione di insicurezza*, a cura di ADDIS, Giuffrè, Milano, 2006, 153 ss. V., inoltre, Cass. 9 febbraio 2011, n. 3173, in *Giust. civ.*, 2011, I, 1468 ss., in *Nuova giur. civ. comm.*, 2011, I, 839 ss., con nota di PUPPO, *Preliminare di compravendita immobiliare, mutamento delle condizioni patrimoniali del promittente venditore e tutela del promissario*, e in *Contratti*, 2011, 1005 ss., con nota di TARANTINO, *Mutamento delle condizioni patrimoniali del promittente venditore ed eccezione d'insolvenza*, in *Obbl. contratti*, con nota di VENTURELLI, *Contratto preliminare, pericolo di revocatoria e «mutamento» delle condizioni patrimoniali*. Come rivela la lettura dei provvedimenti e la puntuale analisi di ADDIS, *Il «mutamento» nelle condizioni patrimoniali dei contraenti*, cit., 109 ss., 108 ss., nei primi due casi il rimedio fondato sul pericolo di inadempimento



quale, tenuto ad adempiere per primo, tema di non ricevere la controprestazione per le mutate condizioni della controparte⁴⁵, laddove la conclusione del definitivo – e, quindi, il reciproco adempimento – ha carattere contestuale⁴⁶. Purtuttavia, in linea con la dottrina che ha approfondito il punto, ben può sostenersi che l'applicabilità dell'art. 1461 cod. civ. esclusivamente in favore del contraente che, giusta il titolo contrattuale, è tenuto ad eseguire per primo, non rappresenti se non una tendenza di massima⁴⁷. Né, peraltro, la contestualità dei consensi che perfezionano la fattispecie del definitivo può costituire un reale limite, sol che si consideri che le parti, in quel frangente, stanno avviando la fase esecutiva programmata con il contratto preliminare, ossia eseguendo le prestazioni pattuite (essenzialmente di trasferire il diritto e di pagare il prezzo) e non solamente adempiendo all'astratto obbligo di fornire il proprio consenso, come antiche concezioni dottrinali ritenevano⁴⁸.

Ad avviso di chi scrive, i limiti all'invocabilità del rimedio dilatorio “anticipato” in parola risiedono, però, in altro. In particolare, ritenendo (peraltro, in linea con l'orientamento pretorio maggioritario, ricordato in apertura) che la *scientia damni* del terzo contraente vada verificata al momento del perfezionamento del contratto preliminare (ove si consuma l'autonomia negoziale delle parti) si deve, in alternativa, negare di essere in presenza di un «mutamento» nelle condizioni della controparte (se tale presupposto soggettivo sia riscontrabile, appunto, già alla data del preliminare) ovvero, pure in presenza di siffatto mutamento (quindi, difettando la *scientia damni* alla conclusione del preliminare), escludere che lo stesso possa consentire l'esperibilità del rimedio dei cui all'art. 1461 cod. civ., non essendo in tal caso revocabile il definitivo (così come l'intera operazione).

Dal primo punto di vista, infatti, ai fini dell'*exceptio* compendiata nell'art. 1461 cod. civ. occorre che, almeno sul piano gnoseologico, se non anche ontologico, sia ravvisabile un mutamento nella situazione patri-

è stato invocato, per ragioni processuali, mascherando un vero e proprio inadempimento. Nel terzo caso (Cass. n. 7060 del 2002), poi, l'applicazione dell'art. 1461 c.c. era invero da escludere in quanto il contraente che si era visto opposto il rifiuto aveva offerto (giusta l'accertamento giudiziale compiuto) idonea garanzia, atta ad impedire la sospensione. Nell'ultimo dei casi in esame, di maggior interesse, il richiamo all'art. 1461 c.c. si rivela invece del tutto pertinente, una volta ampliato il concetto di “conseguimento” della controprestazione all'ipotesi in cui la stessa, in virtù di azione revocatoria, venga perduta pur dopo la sua esecuzione: questione per il cui esame si rimanda al testo. Si veda, altresì, Cass. 30 gennaio 2013, n. 2217, in *Onelegale*, che richiamandosi ai *dicta* di Cass. 22 gennaio 1999, n. 602, cit., e di Cass. 15 maggio 2002, n. 7060, cit., riafferma il potere di rifiutare la stipula del definitivo ex art. 1461 c.c. fondato sul sopravvenuto dissesto patrimoniale di una delle parti del contratto preliminare. Un'attenta lettura della motivazione, tuttavia, consente di evidenziare che nella specie è stato giudizialmente accertato, oltre ad un effettivo peggioramento delle condizioni patrimoniali della controparte, soprattutto che la medesima si era resa già inadempiente ad obbligazioni strumentali alla realizzazione del programma negoziale destinato a concludersi con il definitivo.

⁴⁵ Questa è la posizione, ad es., di CARBONI, *Sospensione dell'esecuzione del contratto, corresponsività delle prestazioni e responsabilità patrimoniale*, in *Rass. dir. civ.*, 2003, 875.

⁴⁶ Ciò è vero a meno che il preliminare non disponga che si debba procedere al perfezionamento del definitivo mediante il meccanismo della proposta e della successiva accettazione.

⁴⁷ Cfr. ADDIS, *Le eccezioni dilatorie*, in *Trattato del contratto*, 2^a ed., dir. da Roppo, V, *Rimedi*, 2, Milano, 2022, 717: «L'allargamento dell'ambito di operatività dell'art. 1461 a rapporti sinallagmatici aventi termini di adempimento contestuali non delinea esiti applicativi contrari alla formulazione letterale della norma, né, tantomeno, si traduce in una violazione del principio *inadimplenti non est adimplendum*, il quale legittima senz'altro a rifiutare l'adempimento della propria prestazione ogni qual volta l'attuazione del sinallagma appaia fondatamente pregiudicata. Alla necessità di guardare anzitutto all'art. 1460 per regolare l'esercizio del rimedio quando gli adempimenti siano contestuali potrà dunque attribuirsi il valore di un semplice criterio di massima, la cui portata non può essere ipostatizzata sulla base di esigenze legate alla pretesa osservanza del dato letterale o di simmetrie costruttive».

⁴⁸ Ne evidenzia i chiari limiti in termini di ricostruzione del contenuto e del senso dell'operazione economica SACCO, in SACCO e DE NOVA, cit., 1236. Il punto è scolpito nelle parole di C. M. BIANCA, *Diritto civile. 3 Il contratto*, cit., 163, giusta il quale «[l']impegno delle parti non si esaurisce tuttavia nel manifestare il consenso idoneo a perfezionare il contratto definitivo, in quanto chi assume un obbligo in ordine alla conclusione di un contratto assume per ciò stesso l'impegno in ordine alle prestazioni che ne sono oggetto».



moniale dell'altra parte⁴⁹. Analoghe considerazioni valgono in merito alla possibilità di invocare il rimedio compendiato nell'art. 1481 cod. civ., sovente richiamato assieme a quello *ex art.* 1461 cod. civ., qualificando la revocatoria successiva all'atto in termini di fattispecie evizionale rilevante ai fini del rifiuto della stipula del definitivo (dunque del pagamento del prezzo della vendita)⁵⁰. Invero, la necessità di accertare la consapevolezza del pregiudizio in capo al terzo al momento della conclusione del definitivo determina l'impossibilità di far valere il rimedio in esame con riferimento a quest'ultimo, tenuto conto del chiaro disposto del comma 2 dello stesso art. 1481 cod. civ., che esclude la sospensione quando il (promissario) compratore fosse a conoscenza del pericolo al momento della (promessa di) vendita.

La differente ipotesi in cui il terzo contraente era ignaro, al momento del preliminare, della situazione patrimoniale della controparte, rispetto alla quale quindi si potrebbe effettivamente parlare di «mutamento» delle condizioni patrimoniali (o d'ignoranza del pericolo d'evizione), può essere peraltro considerata unitariamente anche nell'ottica dell'art. 1460 cod. civ.; disposizione che, al pari di quella successiva, appare espressione del principio giusta il quale *inadimplenti non est adimplendum*. Non ponendosi un problema di contrarietà a buona fede del rifiuto della stipula, come invece si dovrebbe ritenere qualora già al momento del preliminare il terzo contraente fosse stato consapevole delle condizioni patrimoniali della controparte, il profilo critico del richiamo al principio in parola risiede nella possibilità di invocare la tutela dilatoria a fronte dell'offerta della controprestazione (nella specie, di stipulare il definitivo)⁵¹.

Per legittimare il rifiuto in tale ipotesi, occorre dimostrare – quale ulteriore passaggio – che il rimedio sospensivo protegge non solo dal pericolo di non conseguire l'esatta controprestazione, bensì pure dal rischio

⁴⁹ In merito alla nozione di «mutamento», che comunque esprime la necessità di accertare un «*quid pluris* rispetto all'alea contrattuale che l'*excipiens* ha inteso assumere all'atto di concludere l'affare» (così LOCATELLO, *L'autotutela dilatoria anticipata nella prospettiva della réforme del code civil*, in *Riv. trim. dir. proc. civ.*, 2017, 1328 ss.), la dottrina appare divisa. Parte di essa ritiene che vi rientri anche la successiva scoperta, da parte del contraente *in bonis* incolpevolmente ignorante al momento della conclusione dell'accordo, di un originario stato di dissesto patrimoniale: cfr., tra gli altri, Cfr. ADDIS, *Il «mutamento» nelle condizioni patrimoniali dei contraenti*, cit., 199 ss.; PAGLIANTINI, *A proposito de «Il mutamento nelle condizioni patrimoniali dei contraenti» nel canone di Fabio Addis*, in *Oss. dir. civ. comm.*, 2015, 253 ss.; A. M. BENEDETTI, *Le autodifese contrattuali*, cit., 100; DE SANCTIS RICCIARDONE, *L'autotutela civile*, cit., 121; BIGLIAZZI GERI, *Profili sistematici dell'autotutela privata*, II, Giuffrè, Milano, 1974, 100 ss. Di contro, altri autori sono dell'avviso che il mutamento delle condizioni patrimoniali debba essere reale, di modo che il dissesto originario, seppur scusabilmente ignoto alla controparte al momento del perfezionamento del vincolo contrattuale, non darebbe luogo all'applicabilità del rimedio. In tale diverso senso, cfr., tra gli altri, SACCO, in SACCO e DE NOVA, *Il contratto*, cit. 1664; MODICA, *Profili giuridici del sovraindebitamento*, Jovene, Napoli, 2012, 101 ss.; ROPPO, *Il contratto*, 2^a ed., in *Tratt. dir. priv.*, a cura di Iudica e Zatti, Giuffrè, Milano, 2011, 991; MACARIO, *Insolvenza, crisi d'impresa, autonomia contrattuale. Appunti per una ricostruzione sistematica delle tutele*, in *Riv. soc.*, 2008, 119 ss.; CARRESI, *Il contratto*, II, in *Tratt. dir. civ. comm.*, già diretto da Cicu e Messineo, continuato da Mengoni, XXV, Giuffrè, Milano, 1987, 900. La giurisprudenza, dal canto suo, pare aderire alla prima posizione: v., tra le altre, Cass. 20 febbraio 2008, n. 4320, in *Giust. civ.*, 2008, 2158 ss.; Cass. 15 maggio 2002, n. 7060, cit.

⁵⁰ L'art. 1481 c.c., in relazione al pericolo di evizione connesso con la successiva revocabilità, viene considerato invocabile (insieme all'art. 1461 c.c.) dal promissario acquirente allo scopo di legittimare il rifiuto della stipula del definitivo: v., tra le altre, Cass. 22 gennaio 1999, n. 602, cit.; Cass. 29 marzo 2016, n. 6040, in *Dejure*, nella quale il pericolo consisteva propriamente nell'avvenuta proposizione di una domanda di revocatoria fallimentare del titolo dell'acquisto del promittente venditore, il cui accoglimento avrebbe altresì travolto il definitivo rifiutato proprio per tale ragione

⁵¹ Richiama l'attenzione sul punto VENTURELLI, *Contratto preliminare, pericolo di revocatoria e «mutamento» delle condizioni patrimoniali*, cit., 274. La regola dell'art. 1461 c.c., in effetti, è stata tradizionalmente reputata idonea a tutelare solamente il contraente chiamato ad adempiere per primo, operando, in caso di adempimento contestuale, il rimedio disciplinato dalla disposizione immediatamente precedente: cfr., per tutti, SACCO, in SACCO e DE NOVA, *Il contratto*, cit., 1658; A. M. BENEDETTI, *Le autodifese contrattuali*, in *Cod. civ. comm.*, fondato da Schlesinger e diretto da Busnelli, Giuffrè, Milano, 2011, 96; BIGLIAZZI GERI, *Della risoluzione per inadempimento*, II, in *Comm. c.c.* Scialoja e Branca, a cura di Galgano, Zanichelli e Soc. Ed. Foro it, Bologna-Roma, 1988, 67 s.



di vedere la stessa prestazione, esattamente ricevuta, successivamente revocata ai sensi dell'art. 2901 cod. civ.⁵².

Tuttavia, ad avviso di chi scrive, sembra preferibile impostare il problema domandandosi se tale pericolo in effetti sussista, prima di chiedersi se lo stesso legittimi l'*exceptio* fondata sul pericolo di revocatoria. E a tal riguardo non si può fare a meno di notare che proprio la presenza, nel sistema, dell'esenzione da revocatoria dell'adempimento del debito scaduto suggerisce di pervenire ad una risposta negativa alla prima domanda, che inevitabilmente si ripercuote nei medesimi termini sulla seconda. Stabilire se il promissario acquirente debba temere la revocatoria del contratto definitivo è questione che logicamente precede quella dell'esame dei presupposti per l'attivazione dei rimedi contrattuali, siano essi per vero conservativi oppure anche demolitori del sinallagma contrattuale.

Analogo discorso può farsi con riferimento alla revocatoria come possibile motivo di rifiuto della prestazione da parte del creditore, ex art. 1206 cod. civ. La valutazione circa la legittimità del rifiuto, postulata dalla norma in parola, ben può spingersi sino a considerare il mantenimento della (eseguita) prestazione nel patrimonio del creditore come aspetto rilevante dell'adempimento⁵³. Tuttavia, se si afferma che il definitivo rappresenta atto di esecuzione del contratto preliminare, e se l'adempimento trova "scudo" nell'art. 2901, comma 3, cod. civ., diventa arduo sostenere che il rifiuto *ex latere creditoris* sia legittimo.

In ultima analisi, ogni discorso sulla rifiutabilità della stipula del definitivo non può che svolgersi sul piano dei rapporti tra esso ed il preliminare che lo precede⁵⁴. Se si ritiene che la funzione solutoria sia "adombrata" o comunque "superata" dalla natura negoziale del contratto definitivo, non si vede ragione per negarne la revocabilità. Diversamente, se la stessa chiama in causa l'esenzione ex art. 2901, comma 3, cod. civ., vi concorra oppure no la funzione negoziale, non c'è spazio per ammettere la revocatoria, se non quando risulti revocabile anche il preliminare⁵⁵. E, allora, il profilo soggettivo, come già osservato, impedisce ogni facoltà di rifiuto. Un esito siffatto non pare poter essere posto in discussione in virtù della constatazione che sono riconosciute come rilevanti, ai fini rimediali, situazioni già esistenti al momento della stipula del preliminare

⁵² Protezione che la dottrina, citata sopra alle note 42 e 43, avvalorava proprio per estender e al pericolo di revocatoria l'autotutela dilatoria, muovendo tuttavia dalla ricostruzione dei confini di questa e non dell'eventuale doverosità della conclusione del definitivo.

⁵³ Cfr. GAMBINO, *Il rapporto obbligatorio*, in *Tratt. dir. civ.*, diretto da Sacco, Torino, Utet, 2015, 252; CARBONI, *Sospensione dell'esecuzione del contratto, corresponsabilità delle prestazioni e responsabilità patrimoniale*, loc. ult. cit.; BRECCIA, *Le obbligazioni*, in *Tratt. dir. priv.*, dir. da Iudica e Zatti, Giuffrè, Milano, 1991, 424; CATTANEO, *Della mora del creditore*, in *Comm. c.c.* Scialoja e Branca, Zanichelli e Soc. Ed. Foro it., Bologna-Roma, 1973, 96.

⁵⁴ Diversamente, il rifiuto in via di autotutela potrebbe senza alcun dubbio giustificarsi, per rimanere nel campo delle vendite immobiliari, con riguardo al caso in cui il promissario acquirente, ignaro al momento della conclusione del preliminare, scopra poi che un terzo avanza pretese dominicali sull'immobile. Pericolo che lo legittimerebbe, ai sensi dell'art. 1481 c.c. citato, a sospendere il pagamento del prezzo e, dunque, a rifiutare di addivenire alla stipula del definitivo, come confermato dall'analisi del dato giurisprudenziale: v., da ultimo, Cass. 29 novembre 2019, n. 31314, in *Studium juris*, 2020, 734 ss. In dottrina, ex aliis, SICCHIERO, *Il contratto preliminare*, cit., 484. Qualora, invece, l'ignoranza riguardi vincoli derivanti da sequestro o da pignoramento, ovvero l'esistenza di garanzie reali, che gravino sull'immobile promesso in vendita, il rimedio di riferimento è quello di cui all'art. 1482 c.c.: cfr. BOZZI, *Il contratto preliminare*, cit., 63.

⁵⁵ E infatti giustamente BRECCIA, *Le obbligazioni*, loc. ult. cit., con riferimento al pagamento, evoca il pericolo di revocatoria «in base alla legge fallimentare» (enfasi aggiunta). Analogamente, DELLACASA, *La cooperazione all'adempimento e i rimedi a tutela del debitore*, in *Tratt. dir. civ. comm. Cicu-Messineo*, già dir. da Mengoni e continuato da Schlesinger, Roppo, Anelli, *Le obbligazioni*, VI, Giuffrè Francis Lefebvre, Milano, 2019, 175. Cfr., altresì, CARBONI, *Sospensione dell'esecuzione del contratto, corresponsabilità delle prestazioni e responsabilità patrimoniale*, cit., 873 ss., il quale limita la facoltà di rifiuto al caso del *solvens* soggetto a procedura concorsuale, laddove, quando ciò non sia, «se alla scadenza del termine...l'insolvente offra di eseguire la prestazione dovuta, il contraente *in bonis* non potrà che accettarla, eseguendo a sua volta quella posta a proprio carico...». Parimenti, CATTANEO, *Della mora del creditore*, loc. ult. cit., osserva che sarà motivo legittimo di rifiuto, per il timore dell'insolvenza civile, solamente il pagamento del debito *non* scaduto.



(anche se ignote alla controparte), come la presenza di vizi occulti nella cosa promessa, così come situazioni sopravvenute (si pensi all'ipotesi di intervenuto mutamento della destinazione urbanistica del bene). Decidere come distribuire i "rischi" tra i contraenti, qualora gli stessi non abbiano provveduto in via pattizia, può prescindere dalla questione della natura (solutoria) del definitivo, come dimostra la circostanza che anche i più fermi sostenitori della tesi del pagamento traslativo non negano rilievo alle sopravvenienze, seppur ancorando il potere di rifiuto a quello, spettante ad ogni creditore, di ricusare l'adempimento inesatto⁵⁶. Il punto è però proprio questo: per affermare l'inesattezza dell'adempimento (dell'obbligo di *contrahere* o, se si vuole, direttamente, di trasferire), rispetto alla prospettiva della revocatoria, occorre presupporre ciò che, invece, è il *thema demonstrandum*, ossia l'inoperatività dell'esenzione ex art. 2901, comma 3, cod. civ. Disposizione che, di contro, può essere letta proprio nel senso di accollare il rischio del pregiudizio "da adempimento" in capo ai creditori che non siano in grado di dimostrare la presenza di tutti gli estremi dell'azione revocatoria nell'atto di assunzione dell'obbligazione poi adempiuta.

Alla luce di ciò, l'unica strada per mettere in discussione la revocabilità del preliminare – almeno nella eventualità in cui ad esso consegua il perfezionamento del definitivo – è quella di sostenere che il profilo obbligatorio venga "eliminato", "assorbito" dall'intervenuta stipula del definitivo⁵⁷. Tuttavia, tale rimozione dell'elemento della doverosità e, dunque, della rilevanza del momento solutorio nel contesto del completamento della sequenza traslativa avviata con il preliminare si espone all'obiezione che i privati non sembrano legittimati ad incidere in modo così radicale su effetti già prodottisi nella propria sfera giuridica. Le parti certamente possono risolvere il contratto preliminare, oppure anche discostarsene introducendo, nell'esercizio della propria autonomia, previsioni difformi all'interno del definitivo; ancora, possono stipulare il definitivo "prescindendo" dal progresso preliminare⁵⁸. Tuttavia, allorché introducono con il definitivo il regolamento di interessi programmato e reso impegnativo in sede di preliminare, i contraenti non possono agire come se il medesimo, dopo e per effetto del definitivo, *tamquam non fuisset*. Il ricorso all'idea della «sostituzione novativa» o della «trasformazione degli effetti» non riesce ad elidere l'aspetto della doverosità, che, come osservato, costituisce il cuore della *ratio* dell'esenzione dell'art. 2901, comma 3, cod. civ. Invero, anche se *in thesi* attuata non mediante adempimento, bensì novazione, rimane che l'estinzione del rapporto nascente dal preliminare rappresenta un dovere per il debitore e per l'altro contraente⁵⁹. Lo stesso dicasi per la «trasformazione», che, come osservato, è ritenuta, dalla stessa dottrina che così tenta di spiegare gli effetti del definitivo sul preliminare⁶⁰, essere oggetto di un *impegnò* assunto dalle parti. Neppure si sottrae a critica l'idea, assai suggestiva, che il momento negoziale sia contenuto in quello solutorio, che tuttavia "scompare" dall'orizzonte funzionale dell'atto⁶¹. Pure tale concettualizzazione, peraltro oggetto di perspicue obiezioni sul piano logico⁶², non vale ad escludere che il definitivo eserciti *anche* una funzione estintiva di un obbligo, si

⁵⁶ GAZZONI, *Il contratto preliminare*, cit., 11.

⁵⁷ Anche se in relazione alla diversa questione dei rapporti tra preliminare e definitivo sotto il profilo della fonte degli effetti per le parti, critica fortemente l'idea dell'"assorbimento" del primo nel secondo, ridotto così a mero «antecedente storico», CALVO, *Contratto preliminare*, in *Cod. civ. comm.*, fondato da Schlesinger e diretto da Busnelli, Giuffrè, Milano, 2016, 150 ss.

⁵⁸ Su tali aspetti ci si soffermerà nell'ultimo paragrafo.

⁵⁹ Cfr. RASCIO, *Il contratto preliminare*, cit., 178.

⁶⁰ V. PEREGO, *I vincoli preliminari e il contratto*, cit., 93.

⁶¹ NICOLÒ, voce *adempimento*, loc. ult. cit.

⁶² Cfr. G. GABRIELLI, *Il contratto preliminare*, cit., 217 s., nota 99, ove il rilievo che i termini della questione risultano, nell'opinione in considerazione, invertiti («la realizzazione della funzione solutoria, cronologicamente contemporanea a quella della funzione negoziale, viene, in ordine logico, a dipendere e quindi a seguire l'assolvimento della funzione negoziale») e già BARBERO, *Sistema del diritto privato italiano*, 6^a ed., II, Utet, Torino, 1962, 31, nt. 5.



espliciti la medesima in via prodromica ovvero insieme a quella negoziale, di modo che lo stesso mantiene comunque quel carattere di doverosità che ne esclude la revocabilità⁶³.

In conclusione, dunque, sembra che l'ineliminabile doverosità del completamento della sequenza preliminare – definitivo, sia per il debitore, sia per il terzo, imponga l'applicazione dell'art. 2901, comma 3, cod. civ. e, pertanto, conduca verso l'impossibilità di un'autonoma impugnazione del definitivo, ove concluso una volta scaduto il termine individuato (per il suo perfezionamento) nel preliminare⁶⁴. Del resto, l'idea della doverosità è ben salda nella stessa giurisprudenza più recente che, seppur accreditando un'opinione ostile alla revocabilità del preliminare, sottolinea che è al momento in cui quest'ultimo è perfezionato (al quale, quindi, si dice, occorre avere riguardo per l'indagine intorno alla *scientia damni*) che le parti hanno consumato la propria libertà di scelta.

4. – La tesi qui sostenuta non si risolve in una critica all'orientamento giurisprudenziale alla cui stregua, nell'ambito della revocatoria nascente dal fallimento (oggi liquidazione giudiziale), in caso di compravendita stipulata in adempimento di contratto preliminare, l'accertamento dei relativi presupposti va compiuto con riferimento al momento del contratto definitivo, in quanto «l'art. 67 legge fall. ricollega la consapevolezza dell'insolvenza al momento in cui il bene, uscendo dal patrimonio, viene sottratto alla garanzia dei creditori, rendendo irrilevante lo stato soggettivo con cui è assunta l'obbligazione, di cui l'atto finale comporta esecuzione, salvo che ne sia provato il carattere fraudolento». Affermazione, cui si accompagna quella per cui «qualora nel momento fissato per la stipulazione del contratto definitivo sussista pericolo di revoca dell'acquisto per la sopravvenuta insolvenza del promittente venditore, il promissario acquirente ha la facoltà di non addivenire alla stipulazione, invocando la tutela dell'art. 1461 c.c.»⁶⁵.

Proprio tenendo presente che il problema va impostato a partire dall'ambito di operatività dell'esenzione codicistica non si può che condividere appieno la regola di diritto appena ricordata. Invero, com'è noto, la revocatoria di matrice concorsuale può essere rivolta dalla curatela non solo contro i negozi aventi ad oggetto l'assunzione di obbligazioni, bensì, pure, nei confronti dei “pagamenti” (v. art. 67 ss. l. fall. e, oggi, art. 166 ss. CCII), quantunque relativi a debiti scaduti, salvo l'operare delle esenzioni introdotte nel tessuto del diritto fallimentare nel 2005⁶⁶. L'assoggettamento anche dei predetti pagamenti all'azione revocatoria concorsuale si giustifica, in particolar modo nel quadro della preponderante concezione distributiva dell'istituto⁶⁷, alla

⁶³ GAZZONI, *Il contratto preliminare*, cit., 146 s.

⁶⁴ L'art. 2901, comma 3 c.c., invero, contempla l'esenzione da revocatoria unicamente per gli atti di adempimento di debiti scaduti. Con la conseguenza che il definitivo concluso prima della scadenza del termine individuato – per il suo perfezionamento – nel contratto preliminare, collocandosi al di fuori dell'ambito di applicazione dell'esenzione in esame, ove sussistano tutti i presupposti, deve ritenersi autonomamente revocabile.

⁶⁵ Le citazioni sono tratte da Cass. 25 maggio 2022, n. 16914, in *Dejure*. In senso conforme v., altresì, Cass. 16 marzo 2021, n. 7281, in *Dejure*; Cass. 26 febbraio 2018, n. 4508, in *Dejure*; Cass. 21 marzo 2017, n. 7216, in *Onelegale*; Cass. 29 marzo 2016, n. 6040, cit.; Cass. 21 ottobre 2011, n. 21927, in *Fall.*, 2012, 956 ss., con nota di FEDERICO, *L'elemento soggettivo dell'azione revocatoria tra preliminare e definitivo* e in *Imm. propr.*, con nota di PELLE, *Preliminare, definitivo ed azione revocatoria*; Cass. 16 gennaio 1992, n. 500, in *Vita not.*, 1992, 389 ss.; Cass. 4 novembre 1991, n. 11708, in *Giust. civ.*, 1992, I, 686 ss. Il fallimento del dante causa del promittente venditore e, dunque, il pericolo di una successiva revocatoria del suo titolo di acquisto viene considerato pericolo evizionale rilevante ai sensi dell'art. 1481 e, conseguentemente, idoneo ad autorizzare il rifiuto di stipula del definitivo, da Cass. 22 febbraio 2016, n. 3390, in *Dejure*.

⁶⁶ Già G. GABRIELLI, *Il contratto preliminare*, cit., 209, argomentava per la revocabilità, in base all'art. 67, l. fall., muovendo dall'inapplicabilità dell'art. 2901, comma 3., c.c.

⁶⁷ Cfr., oltre a MAFFEI ALBERTI, *Il danno nella revocatoria*, cit., 151 ss.; AMBROSINI, *La revocatoria fallimentare delle garanzie*,



luce dell'esigenza di garantire, seppur tendenzialmente e con significative eccezioni, la *par condicio creditorum*⁶⁸ (esigenza che, per contro, come si è detto, non è rilevante, per sé, fuori dalla logica concorsuale).

Da tale disciplina si ricava che il contraente *in bonis* non è protetto contro il rischio che l'atto di adempimento del contratto preliminare, ossia il contratto definitivo, venga successivamente dichiarato inefficace nei confronti della massa dei creditori, in ragione dello stato di insolvenza in cui l'altro contraente – imprenditore commerciale sopra soglia – versava al momento della sua conclusione. Conseguentemente, riportando il discorso sul piano dei rimedi, appare senz'altro ragionevole riconoscere alla parte esposta all'azione revocatoria concorsuale il potere di rifiutare la stipulazione, ai sensi degli artt. 1460 s., nonché, nell'ottica atomistica del rapporto obbligatorio, anche *ex art.* 1206 cod. civ.⁶⁹. Ciò per il pericolo sia di non vedere consolidata la prestazione nel proprio patrimonio, sia di vedere le proprie conseguenti pretese di carattere risarcitorio e restitutorio soddisfatte (solo) “in moneta fallimentare”. Al cospetto di siffatti rischi, il contraente *in bonis* ben può dirsi legittimato a sospendere l'esecuzione del contratto preliminare in attesa di ricevere adeguate garanzie circa l'esatta realizzazione del programma negoziale, oppure – e l'interlocutore diverrà allora la curatela – di comprendere se la procedura concorsuale voglia subentrare nel contratto o determinarne lo scioglimento giusta le regole contenute, oggi, nell'art. 173 CCII⁷⁰.

Coerentemente con quanto appena rilevato, deve escludersi qualsiasi potere di rifiuto allorché operi una delle esenzioni previste dall'ordinamento: si tratta, in particolare, delle esenzioni dettate dall'art. 166, comma 3, lett. c), CCII (già art. 67 l. fall.), in relazione alle vendite e ai preliminari di vendita trascritti, riguardanti immobili aventi peculiari destinazioni d'uso e conclusi al giusto prezzo, nonché dall'art. 10 d.lgs. 20 giugno 2005, n. 122, a tutela dell'acquirente di un immobile da costruire.

Eccettuate tali ipotesi, infatti, nonché eventuali ulteriori casi di esenzione che dovessero ritenersi applicabili, quando la negoziazione intervenga con un imprenditore commerciale assoggettabile alla procedura di liquidazione giudiziale che versi in stato di insolvenza, l'altro contraente mantiene, anche in sede di conclusione del definitivo, una discrezionalità in merito all'esecuzione del programma negoziale condensato nel

Milano, 2000, 5 ss.; GALLETTI, *La ripartizione del rischio di insolvenza*, Bologna, 2006, 337 ss.; ID., voce *Azione revocatoria fallimentare*, in *Enc. dir. Annali*, II-2, Giuffrè, Milano, 2008, 71 ss. La giurisprudenza, quantomeno da Cass., sez. un., 28 marzo 2006, n. 7028, in *Giur. comm.*, 2007, II, 567, con nota di GUERRIERI, *Le Sezioni Unite riconoscono la funzione distributiva della revocatoria fallimentare, ma il legislatore...la mette in crisi* sembra aver avallato la tesi distributiva della revocatoria. Per un riscontro successivo alla pronuncia delle sezioni unite v., tra le altre, Cass. 19 dicembre 2012, n. 23430, in *Dejure* e, più di recente, Cass., sez. un., 16 febbraio 2022, n. 5049, in *Fall.*, 2022, 773 ss. con nota di TRENTINI, *Revocabilità dell'escussione del pegno consolidato e conservazione della prelazione nella successiva insinuazione ex art. 70, comma 2, l.fall.* e in *GiustiziaCivile.com*, con nota di SERAFIN del 20 giugno 2022.

⁶⁸ Esprime efficacemente la differenza tra revocatoria ordinaria e concorsuale dei pagamenti BOZZA, *L'azione revocatoria nel fallimento*, in *Giur. comm.*, 2013, 1030: «...per il legislatore ordinario, il pagamento del debito scaduto non è soggetto a revocatoria in quanto si presenta quale atto dovuto, che non produce pregiudizio ai creditori, dato che alla eliminazione della posta passiva costituita dal rapporto debitorio scaduto corrisponde un incremento di eguale valore della massa dei beni. Una volta dichiarato il fallimento del debitore adempiente, lo stesso pagamento diventa però revocabile ai sensi del secondo comma dell'art. 67 l. fall., per il semplice fatto che l'atto è stato compiuto in periodo sospetto di insolvenza, durante il quale ogni atto di modifica della situazione patrimoniale del debitore è idoneo ad arrecare una alterazione della *par condicio*, così come un qualsiasi altro atto di gestione ordinaria, anche se vi è un equilibrio tra le controprestazioni ed eventualmente la controprestazione si trova ancora nel patrimonio del fallito».

⁶⁹ V. la dottrina citata *supra*, nota 53.

⁷⁰ Com'è noto, alla stregua della disposizione citata, il potere di scioglimento in capo alla curatela, inerente ai rapporti pendenti alla data dell'apertura della liquidazione giudiziale, sussiste anche qualora la domanda di esecuzione in forma specifica sia stata trascritta anteriormente all'avvio della procedura concorsuale. Lo scioglimento, tuttavia, «non è opponibile al promissario acquirente se la domanda viene successivamente accolta» (art. 173, comma 1, CCII). Sulla tormentata vicenda dei rapporti tra contratto preliminare e procedure concorsuali v. LUMINOSO, *I contratti preliminari: dalla legge fallimentare al codice della crisi d'impresa*, in *Contr. impr.*, 2020, 1060 ss.



preliminare. Il che, pare quasi superfluo evidenziarlo, emerge proprio dal riferimento contenuto nella lettera c) del comma 3 dell'art. 166 ai «preliminari di vendita trascritti»⁷¹.

Alla luce di ciò, ragioni di logica coerenza legate all'apprezzamento del definitivo come atto autonomamente revocabile – e sulla cui natura solutoria non importa nemmeno più soffermarsi – impongono di valutare lo stato soggettivo rilevante (cosa che, come si è visto, anche la giurisprudenza fa) con riferimento al momento in cui esso viene concluso. La titolarità, in capo al contraente *in bonis* avvedutosi dello stato d'insolvenza altrui, del potere di soprassedere alla stipula del definitivo, rende la soluzione consolidatasi in seno alle Corti nel campo concorsuale coerente con la *regula iuris* affermata nell'ambito della revocatoria ordinaria. Come qui la consumazione della «libertà di scelta» induce i giudici a ritenere che la *scientia damni* (o *consilium fraudis*) vada appurata al momento del perfezionamento del contratto preliminare, così, in materia concorsuale, il permanere della medesima autonomia sospinge verso l'apprezzamento della *scientia decoctionis* al momento del definitivo.

5. – Prima di volgere l'attenzione ai profili soggettivi, occorre considerare la non infrequente ipotesi in cui il completamento della sequenza preliminare-definitivo avvenga, non attraverso la spontanea esecuzione del programma negoziale, bensì mediante il ricorso all'autorità giudiziaria, alla stregua del rimedio compendiato nell'art. 2932 cod. civ., volto a supplire all'assenza di cooperazione della controparte contrattuale.

La circostanza che il trasferimento sia operato *ope iudicis*, attraverso una sentenza la quale, secondo l'opinione maggioritaria, ha natura costitutiva, si presta ad incidere sul regime di tutela dei creditori. Invero, l'azione revocatoria di cui all'art. 2901 cod. civ., giusta l'orientamento che sembra prevalere presso la Corte di legittimità, non sarebbe esperibile da parte del creditore del promittente venditore, avverso le sentenze emesse, ai sensi dell'art. 2932 cod. civ., nei confronti del debitore, quantunque sulla base di un preliminare stipulato preordinatamente o scientemente in suo danno, essendo il creditore medesimo, come ogni altro terzo, soggetto all'efficacia della sentenza. Il creditore sarebbe nondimeno legittimato a svolgere, in base all'orientamento in parola, intervento adesivo autonomo nel giudizio instaurato in vista dell'adempimento coattivo degli impegni assunti nel preliminare, al fine di paralizzare, nei propri confronti, gli effetti depauperativi dell'emananda pronuncia; ovvero, in mancanza di detto intervento, ad esperire l'opposizione di terzo ex art. 404, comma 2, c.p.c., per rimuovere l'efficacia della sentenza nei suoi confronti⁷².

La dottrina prevalente si mostra critica verso la soluzione elaborata dalla giurisprudenza. Si rileva, infatti, che la revocatoria incide non sul piano dell'*atto* che ha prodotto il trasferimento, che in tal caso è un provvedimento giudiziale, bensì sul distinto piano del *rapporto* sostanziale, concernente la vicenda traslativa, il qua-

⁷¹ L'applicabilità delle esenzioni da revocatoria concorsuale a quella ordinaria esercitata dal curatore ex art. 165 CCII è controversa in giurisprudenza: la negano Cass. 14 gennaio 2021, n. 571, in *Dejure*; Cass. 24 febbraio 2020, n. 4796, in *Dejure*; Cass. 8 febbraio 2019, n. 3778, in *Fall.*, 2019, 599 ss., con nota di BROGI. Più di recente, però, l'ha affermata Cass. 16 gennaio 2023, n. 1147, in *Pactum*, 2023, 3, in corso di pubblicazione.

⁷² V. Cass. 28 settembre 2011, n. 19804, in *Resp. civ. prev.*, 2012, 877 ss., con nota di MURONI, *L'ardita sovrapposizione tra l'azione revocatoria e l'opposizione revocatoria di terzo ex art. 404 c.p.c. in un recente arresto della terza sezione della suprema corte*; Cass. 16 gennaio 1992, n. 497, in *Giust. civ.*, 1993, I, 767 ss., con nota di ANTONINI, *L'esperibilità dell'actio pauliana avverso la sentenza ex art. 2932 c.c.* Più di recente, in senso conforme, Cass. 17 febbraio 2023, n. 5114, in *Dejure*, anche se a livello di *obiter* (nella specie essendo stato impugnato con revocatoria l'atto di trasferimento di un immobile effettuato in adempimento di accordi assunti in sede di separazione personale).



le rimane identico a prescindere dal meccanismo di completamento del programma negoziale originariamente fissato nel preliminare⁷³.

A conforto della posizione della dottrina, ora richiamata, si può osservare che l'individuazione dell'oggetto dell'iniziativa del creditore, leso dalla pronuncia *ex art. 2932 cod. civ.*, nel *rapporto giuridico* originato da tale sentenza, sostitutiva del negozio, sembra per vero emergere dalla stessa giurisprudenza di legittimità richiamata. Ciò, in particolare, laddove si osserva che «oggetto della revocatoria è pur sempre il fenomeno successorio in sé, e non l'atto, sia esso rogito notarile o sentenza, destinato a dargli giuridicamente corpo, di talché ogni limitazione delle possibilità di reazione del creditore, una volta che la sentenza *ex art. 2932 c.c.* sia stata pronunciata, è asistemático ed eccentrico, rispetto alle finalità proprie del mezzo di tutela azionato»⁷⁴. Se, allora, è il trasferimento del diritto, inteso come spostamento da un patrimonio ad un altro, indipendentemente dal suo titolo o dal suo modo, a ledere la garanzia patrimoniale generica, si faticano a comprendere le ragioni poste a fondamento del diniego al creditore pregiudicato dell'esperimento del medesimo strumento di tutela che gli competerebbe al cospetto del contratto definitivo.

Ulteriori dubbi sulla fondatezza della tesi che sottrae al creditore la possibilità di agire con un'ordinaria azione *ex art. 2901 cod. civ.* possono derivare da una lettura in termini di non congruenza tra i relativi presupposti e quelli dell'opposizione revocatoria disciplinata nel codice di rito. La conclusione giudiziale del procedimento traslativo avviato con il preliminare avrebbe in quest'ottica la conseguenza di ridurre, irragionevolmente, la tutela apprestata ai creditori⁷⁵. Resta, poi, sul piatto la questione se la pronuncia che accoglie la domanda *ex art. 404, comma 2, c.p.c.* determini solamente l'inopponibilità verso il revocante del provvedimento giurisdizionale rescisso ovvero sia idonea a rimuovere la pronuncia anche *inter partes*⁷⁶, con conseguente risorgere dell'obbligo nascente dal preliminare: effetto, quest'ultimo, non solo sovrabbondante, bensì anche non desiderabile agli occhi degli stessi creditori.

Ad ogni modo, non è questa la sede per ulteriormente approfondire la questione, che s'inserisce all'interno della diatriba sulla natura degli effetti, negoziali o giurisdizionali, derivanti dalla pronuncia *ex art. 2932 cod. civ.*⁷⁷. Pare opportuno, però, considerarla nell'ottica della tesi, qui preferita, che ammette la revocabilità del contratto preliminare. Non ci si può esimere, invero, dal mettere in luce come, accogliendo l'idea che a dover essere oggetto della reazione dei creditori sia proprio il preliminare, quale contratto che produce l'effetto costitutivo dell'obbligazione adempiuta attraverso o il definitivo o la sentenza del giudice, meglio si giustifichi la tesi secondo la quale non è necessario impugnare quest'ultima con il mezzo straordinario *ex art. 404, comma 2, c.p.c.* Può al riguardo osservarsi che il potere di ottenere l'esecuzione in forma specifica dell'obbligazione di contrarre è espressione, nella prospettiva della revocatoria, della medesima doverosità del

⁷³ Cfr. C. M. BIANCA, *Diritto civile. 5 La responsabilità*, cit., 451; MASTROPIETRO, *Contratto preliminare e azione revocatoria ordinaria*, cit., 811; VISALLI, *L'esecuzione in forma specifica dell'obbligo a contrarre*, cit., 202; DI MAJO, *Gli effetti negoziali della sentenza esecutiva dell'obbligo di contrarre*, cit., 384 ss.

⁷⁴ Così Cass. 28 settembre 2011, n. 19804, cit. Secondo MURONI, *L'ardita sovrapposizione tra l'azione revocatoria e l'opposizione revocatoria di terzo ex art. 404 c.p.c.*, cit., 886, l'osservazione della S.C. presenta profili di contraddittorietà rispetto all'orientamento della medesima che vuole revocabile solamente il definitivo.

⁷⁵ V., infatti, la critica di M. DE CRISTOFARO, sub *art. 2901 c.c.*, in *Comm. breve al c.c. Cian-Trabucchi*, a cura di Cian, 15ª ed., Wolters Kluwer-Cedam, Milano, 2022, 3806: «...la non revocabilità del preliminare, affiancata dalla non revocabilità della sentenza, lascerebbe sprovvisto di tutela il creditore, affidato alla non facile dimostrazione dei ben diversi requisiti del dolo e della collusione delle parti necessarie ai fini dell'opposizione di terzo revocatoria».

⁷⁶ Cfr. LUISO, voce *Opposizione di terzo*, in *Enc. giur.*, XXI, Treccani, Roma, 1990, 7 ss., cui si fa rinvio per l'esame delle contrapposte tesi.

⁷⁷ Su cui v., per una trattazione generale, MAZZAMUTO, *L'esecuzione forzata*, in *Tratt. dir. priv.*, dir. da Rescigno, 2º ed., XX, Utet, Torino, 1998, 383 ss.; VISALLI, *L'esecuzione in forma specifica dell'obbligo a contrarre*, cit., 32 ss.



completamento della sequenza avviata con il preliminare realizzantesi, fisiologicamente, con la stipula del definitivo. In tale ottica, ben può dirsi che la declaratoria di inefficacia del contratto preliminare – ovvero sia del presupposto per l'adozione della pronuncia costitutiva – indipendentemente dalle modalità con cui la sequenza traslativa si completa, opera proprio sul piano sostanziale, del rapporto negoziale, visto attraverso la lente dei suoi riflessi nella sfera del creditore.

Ciò non significa negare ai creditori la facoltà di intervenire nel processo instaurato *ex art.* 2932 cod. civ. da uno dei paciscenti. Significa, nondimeno, che un siffatto intervento non dovrebbe essere rivolto ad ottenere un'anticipazione degli effetti di un'eventuale sentenza di revocazione di quella di esecuzione in forma specifica dell'obbligo a contrarre, fondata sulla «collusione» tra le parti, bensì a far dichiarare comunque inefficace l'atto di assunzione dell'obbligo (il preliminare), già sussistendo in capo alle parti stesse la consapevolezza del pregiudizio alla lesione della garanzia patrimoniale, nonché il conseguente adempimento, in tal caso realizzatosi mediante sentenza.

6. – La possibilità, da guardarsi altresì alla stregua di un onere, di impugnare il contratto preliminare (salvo quanto si dirà nel prossimo paragrafo) appare coerente, come già in precedenza sottolineato, con l'idea, accolta in seno all'orientamento più recente della giurisprudenza di legittimità da cui il presente scritto ha preso le mosse, che è il perfezionamento del preliminare il momento a cui guardare ai fini della valutazione dello stato soggettivo delle parti. Aspetto sul quale occorre ora porre l'attenzione, sulla scorta delle riflessioni condotte in precedenza sull'oggettiva revocabilità dei segmenti della sequenza preliminare-definitivo.

Per vero, nell'abbandonare la propria più antica posizione, giusta la quale il definitivo non può essere revocato autonomamente, la Corte di Cassazione aveva in un primo tempo affermato che tutti i presupposti soggettivi devono essere accertati con esclusivo riguardo al momento della stipula del definitivo, giusta l'assunto che il preliminare, privo del carattere “dispositivo” richiesto dall'art. 2901 cod. civ., sarebbe inidoneo a provocare pregiudizio ai creditori⁷⁸.

Senonché, nella pronuncia che appare sul punto più approfondita, resa pochi anni dopo, si è precisato (ma a ben vedere si è trattato di un vero e proprio *revirement* passato sotto silenzio⁷⁹) che una siffatta soluzione avrebbe sacrificato l'esigenza di tutelare la posizione del terzo di buona fede al momento dell'assunzione dell'impegno a contrarre. In particolare, la giurisprudenza di legittimità ha osservato che occorre «garantire l'operatività della tutela revocatoria solo in quanto essa sia in grado di rispettare la tutela dell'affidamento del terzo nella possibilità di obbligarsi con la stipulazione di un contratto cui ha interesse»⁸⁰.

Il richiamo alla tutela dell'affidamento del terzo contraente sulla situazione esistente al momento in cui «le parti consumano la propria libertà di scelta»⁸¹, onde porre un limite alla revocabilità in via autonoma del contratto definitivo, presenta taluni profili problematici. In particolare, non è chiaro quale sia l'oggetto di siffatto affidamento. Si può ipotizzare che esso investa la conclusione del definitivo o, come dice la stessa S.C., il «trasferimento del bene»⁸². Tuttavia, vale la pena criticamente osservare al riguardo che l'affidamento, co-

⁷⁸ V. Cass. 15 ottobre 2004, n. 20310, in *Dejure*.

⁷⁹ Lo nota MARTONE, *La revocabilità del contratto definitivo come espressione dell'obbligazione di dare*, cit., 1358.

⁸⁰ Così Cass. 16 aprile 2008, n. 9970, cit.

⁸¹ *Ibid.*

⁸² V. Cass. 16 aprile 2008, n. 9970, cit.: «È quindi improprio e inconferente rispetto alla ratio e alla tipologia rimediabile dell'azione revocatoria ritenere che il terzo che, successivamente al preliminare, abbia avuto consapevolezza della potenzialità lesiva dell'atto che andrà a stipulare sia costretto a richiedere la risoluzione del contratto per sottrarsi a tale cooperazione con il debitore nella per-



sì inteso, non viene meno in ragione del rischio della revoca del contratto definitivo. L'accoglimento della revocatoria, infatti, non scalfisce la piena vincolatività del rapporto obbligatorio nascente dal preliminare, così come non rende *inter partes* inefficace la (eventuale e successiva) realizzazione degli effetti – reali e non – riconducibili al definitivo. L'affidamento, semmai, risiede nella conservazione dell'attribuzione che il terzo riceve in virtù del definitivo, potenzialmente messa in pericolo dall'iniziativa dei creditori del suo dante causa, a fronte dell'originario (ma incognito) o sopravvenuto stato di incapacità patrimoniale di quest'ultimo. Non è affidamento sull'esecuzione del preliminare, bensì affidamento sulla "irrevocabilità" del definitivo. A ben guardare, dunque, ci si avvede che quello in discussione altro non è che l'affidamento nell'operatività della regola compendiata nell'art. 2901, comma 3, cod. civ., la quale esclude che l'"accipiens" in buona fede debba porsi il dilemma se ricusare l'operazione economica oppure ricevere quanto gli è giuridicamente dovuto in considerazione dell'eventualità che l'atto di adempimento sia poi assoggettato ad azione revocatoria.

Ad essere coerenti sia con una ricostruzione del rapporto tra preliminare e definitivo nei termini di una vicenda "sostitutiva" della fonte degli effetti per le parti, sia con l'assunto che il primo, a differenza del secondo, è inidoneo a pregiudicare le ragioni dei creditori, occorrerebbe ammettere che il terzo: a) non sia esonerato, in sede di conclusione del definitivo, dal porsi il problema della lesività dell'atto rispetto alla garanzia patrimoniale su cui i creditori della controparte fanno affidamento; b) abbia il potere, per conseguenza, di rifiutare la stipulazione del definitivo medesimo fintantoché non ottenga garanzie sufficienti circa il futuro "consolidamento" della prestazione ricevuta nel proprio patrimonio. Tutto ciò riporta alle considerazioni già svolte e alla necessità di affrontare, quale *prius* logico, la questione della rifiutabilità di una prestazione resa in presenza dell'esenzione dettata dal terzo comma dell'art. 2901 cod. civ. Infatti, è alla coerente affermazione della rifiutabilità che, come si è già accennato, perviene la dottrina che sostiene convintamente la tesi della negoziabilità del definitivo, quale momento di esplicazione dell'autonomia privata nell'ambito della quale le parti hanno la possibilità e l'onere di verificare l'esistenza originaria dei presupposti e, soprattutto, la (in)esistenza di sopravvenienze rilevanti intervenute dopo il perfezionamento del contratto preliminare, tra le quali quelle relative alla sopraggiunta condizione di incapacità del patrimonio della controparte contrattuale⁸³.

In conclusione, l'attuale posizione della giurisprudenza, seppur in maniera tutt'altro che lineare, finisce per avvalorare proprio la tesi qui suggerita come preferibile. La corrispondenza tra il risultato programmato in sede di contrattazione preliminare e il contenuto del definitivo ovvero della sentenza *ex art.* 2932 cod. civ., attraverso la quale il terzo riceve quanto promessogli, giustificano il sacrificio delle ragioni degli altri creditori, a meno che, *sin dal principio*, l'operazione – da apprezzarsi nella sua unitarietà in termini economici – non fosse "macchiata" dall'elemento della *fraus* o, comunque, il terzo non potesse non avvedersi che la sua realizzazione sarebbe andata a detrimento delle ragioni degli altri creditori⁸⁴. Proprio la prospettiva dell'ope-

petrazione dell'*eventus damni*. Il terzo è infatti, al momento in cui diventa consapevole della lesività dell'atto, *titolare di un diritto acquisito in buona fede al trasferimento del bene* rispetto al quale la tutela dell'integrità del patrimonio del debitore diventa necessariamente sub-valente proprio perché scopo e funzione dell'azione revocatoria è quello di rendere inefficace gli atti perpetrati in danno delle ragioni dei creditori. Al contrario la buona fede al momento della stipulazione del preliminare rende definitivamente estraneo il terzo al *consilium fraudis*» (enfasi aggiunta).

⁸³ Cfr. FRANCESCHELLI, G. GABRIELLI, voce *Contratto preliminare*, cit., 6; MARTONE, *La revocabilità del contratto definitivo come espressione dell'obbligazione di dare*, cit., 1357 ss.; VISALLI, *L'esecuzione in forma specifica dell'obbligo a contrarre*.

⁸⁴ Pare opportuno ricordare che, giusta un certo indirizzo interpretativo, ai fini dell'affermazione della consapevolezza, in capo al terzo, circa il pregiudizio conseguente al compimento dell'atto revocando sarebbe invero sufficiente acclararne la colpa, ossia uno stato di colpevole ignoranza. Sulla questione, che qui non possibile esaminare approfonditamente, v. CICU, *L'obbligazione nel patri-*



razione economica, quale categoria⁸⁵ che conduce ad osservare i singoli segmenti che compongono la sequenza preliminare-definitivo come l'espressione di una negoziabilità unitaria e complessiva che sottende entrambi, consente di mettere bene in luce come il perfezionamento della sequenza medesima costituisca la realizzazione finale di un assetto di interessi che è già stato interamente programmato dalle parti al momento del preliminare.

7. – Questa stessa corrispondenza, ossia l'essere il definitivo la realizzazione dell'operazione economica avviata con il preliminare, segna, tuttavia, anche il limite della tutela del terzo contraente.

Le parti, infatti, possono liberamente decidere, oltre che di risolvere il contratto preliminare, anche semplicemente di discostarsi dalle sue previsioni, modificandone in varia misura i contenuti, e dando così luogo ad un nuovo ed effettivo esercizio di autonomia⁸⁶. L'aspetto rilevante di questo fenomeno nella prospettiva

monio del debitore, Milano, 1948, 33; CARRARO, *Il valore attuale della massima «Fraus omnia corrumpit»*, in *Studi giuridici in onore di F. Carnelutti*, III, Padova, 1950, 437; COSATTINI, *La revoca degli atti fraudolenti*², cit., 122; NICOLÒ, *Della tutela dei diritti*, cit., 213; MAFFEI ALBERTI, *Il danno nella revocatoria*, cit., 111 ss.; NATOLI, BIGLIAZZI-GERI, *I mezzi di conservazione della garanzia patrimoniale*, cit., 161; BIGLIAZZI-GERI, voce *Revocatoria (azione)*, cit., 4; COSSU, voce *Revocatoria ordinaria (azione)*, in *Dig. it. disc. priv.*, XVII, Utet, Torino, 1998, 467 s.

⁸⁵ Preme sottolineare che per operazione ("economica") si intende, come noto, quella «categoria concettuale» che «identifica una sequenza unitaria e composita che comprende in sé il regolamento, tutti i comportamenti che con esso si collegano per il conseguimento dei risultati voluti, e la situazione oggettiva nella quale il complesso delle regole e gli altri comportamenti si collocano» (cfr. E. GABRIELLI, "Operazione economica" e teoria del contratto. *Studi*, Giuffrè, Milano, 2013, 74 e ID., *Il contratto e l'operazione economica*, in *Riv. dir. civ.*, 2003, I, 95 ss.). L'operazione economica, così intesa, potrà avere struttura "complessa" – il che è più intuitivo – quando si componga «di una pluralità, di un collegamento, di una dipendenza, o di un gruppo di atti e negozi», ma anche "semplice", quando la stessa, seppur nella pluralità di interessi coinvolti, si espliciti in un unico contratto. Infatti, a tal ultima ipotesi si riferisce BALESTRA, *Introduzione al diritto dei contratti*, Il Mulino, Bologna, 2015, 167 ove si legge che «è persino banale osservare che il termine contratto può con estrema disinvoltura servire per identificare atti estremamente semplici sotto il profilo dei contenuti (...) ovvero caratterizzati da plurimi gradi di complessità. A decretarne la complessità o meno sono gli interessi che le parti intendono regolamentare, la cui natura e articolazione, in primo luogo, può incidere sensibilmente sulle trattative (...)». L'A. parla a tal proposito di «contratti estremamente compositi». La duttilità della categoria "operazione economica", infatti, permette di guardare al contratto o ai contratti posti in essere da un punto di vista esterno, così da prender coscienza e dare importanza alla situazione complessiva di cui più contratti sono parti, o del contesto (e questo è il *quid pluris* di cui dà conto l'operazione economica, anche quando si sia dinnanzi ad un singolo atto) in cui l'unico contratto vive. Di guisa che l'operazione economica, sicuramente, permette di dare la giusta importanza a tutta una serie di «circostanze» (cfr. RODOTÀ, *Le fonti di integrazione del contratto*, Giuffrè, Milano, 1969, 78) che, seppur tenute in considerazione dalle parti e quindi attinenti alla «complessiva situazione di fatto in cui il contratto si inserisce», non attengono, invece, al contratto stesso, potendo, come si è detto, riferirsi tanto ad un singolo contratto, quanto ad una pluralità di essi. L'operazione economica appare, pertanto, come la più alta espressione dell'autonomia contrattuale riconosciuta ai privati, nella misura in cui la stessa «è sintesi sia delle determinazioni percettive, sia dei comportamenti attuativi, voluti dalle parti e della compresenza – in un medesimo regolamento contrattuale – di più funzioni, ciascuna corrispondente ad una peculiare prospettiva attraverso la quale l'ordinamento osserva e valuta la conformità dell'assetto di interessi ai principi e ai valori ordinanti del sistema normativo» (così E. GABRIELLI, "Operazione economica" e teoria del contratto, cit., 74, il quale prosegue, a 75, asserendo che «l'affare così come costruito dai privati deve essere riguardato nella sua unità formale, cioè come "operazione economica", indipendentemente dal singolo tipo o dall'insieme dei tipi, seppur tra loro collegati o dipendenti, che le parti hanno utilizzato per costruire il loro assetto di interessi»). Infine, non può tacersi lo stretto legame dell'operazione economica e del suo successo quale "categoria giuridica" con il progressivo affermarsi – seppur nelle diverse articolazioni di cui si darà conto – di una concezione della causa come "causa in concreto". Una concezione della causa come "funzione economico-individuale" (v. G.B. FERRI, *Causa e tipo nella teoria del negozio giuridico*, Giuffrè, Milano, 1966, 67-133) dovrebbe imporre l'analisi del concreto contesto economico in cui i privati agiscono, dunque, l'indagine attorno all'operazione economica. Indagine che appariva pretermessa dall'identificazione tra causa e tipo dovuta alla concezione (bettiana) della causa come funzione economico-sociale.

⁸⁶ Cfr., tra i molti, SICCHIERO, *Il contratto preliminare*, cit., 476; CALVO, *Contratto preliminare*, cit., 150 s.; SACCO, in SACCO e DE NOVA, *Il contratto*, cit., 1251 («Il contratto concluso come definitivo può...comportarsi come contratto obbligato, o come contratto libero»); ROPPO, *Il contratto*, cit., 620; PEREGO, *I vincoli preliminari e il contratto*, cit., 214.



dell'azione revocatoria attiene alla inconciliabilità tra modifiche liberamente accettate dal terzo all'assetto di interessi divisato nel preliminare ed esenzione *ex art. 2901, comma 3, cod. civ.* La rinnovata valutazione sui contenuti dell'operazione economica, quando compiuta nella consapevolezza dei suoi effetti pregiudizievoli per la garanzia patrimoniale su cui i creditori dell'altro contraente facciano affidamento, osta a ritenere che il definitivo sia atto dovuto, frutto di una già consumata libertà negoziale.

Non si tratta, beninteso, dell'ipotesi in cui i contraenti si limitino ad adattare il definitivo a sopravvenienze che incidono oggettivamente sul contenuto dello scambio: si pensi, esemplificativamente, ad una riduzione del prezzo di vendita fondato sul sopravvenire (o sull'accertamento) di un vizio di cui il promittente venditore è tenuto a "rispondere" o, ancora, al verificarsi di un perimento parziale del bene promesso, di modo che lo scambio non possa che attuarsi per la parte residua. Le variazioni quantitative o qualitative della cosa promessa che corrispondono a effetti legali o al contenuto di rimedi a disposizione del terzo (tale nella prospettiva della revocatoria) non alterano la funzione (anche) solutoria dell'impegno assunto con il preliminare. Per contro, ogniqualvolta le modificazioni del contenuto del rapporto siano espressione di ripensamenti e/o di adeguamenti frutto di autonoma discrezionalità, appare indiscutibile, nella logica dell'art. 2901, comma 3, che il terzo che le pattuisce si esponga al "rischio" della revocatoria. Per premunirsi contro tale eventualità, sul medesimo incombe l'onere di accertamento preventivo, se del caso pretendendo garanzie di adempimento aggiuntive o in alternativa, semplicemente, rifiutando di addivenire a tali modifiche⁸⁷. Il medesimo ordine di idee si ritrova nella dottrina che sottolinea come l'estinzione dell'obbligazione, attraverso non l'esecuzione della prestazione originariamente dovuta, bensì mediante *datio in solutum*, disinnesci l'esenzione in parola, evidenziando come il creditore, per effetto della stessa, si veda attribuire qualcosa di differente dal pattuito e quindi *ab origine* non dovuto⁸⁸.

Vi è, poi, un ulteriore limite alla revocabilità del contratto definitivo che discende, ancora una volta, dalla libera scelta (del debitore e) del terzo di "discostarsi" (l'uso delle virgolette sarà subito di séguito giustificato) dall'assetto di interessi programmato con il preliminare. Occorre, invero, considerare che le parti potrebbero concludere il "definitivo" omettendo ogni riferimento all'intervenuto preliminare. L'assenza di *expressio causae*, frequente nelle ipotesi in cui il preliminare di vendita immobiliare non sia stato trascritto, pone una serie di problemi che richiedono un approfondimento.

A monte, v'è da chiedersi, avuto riguardo ad un'opinione maturata in dottrina, se quando è occulto il preliminare esso sia autonomamente idoneo a pregiudicare le ragioni dei creditori, proprio perché incognito⁸⁹. La questione ha ragione di porsi, a ben vedere, solamente nel giudizio per la revocatoria del definitivo, nell'ambito del quale tanto il debitore quanto il terzo potrebbero difendersi invocando l'art. 2901, comma 3,

⁸⁷ Si pensi all'ipotesi in cui, in sede di definitivo, a fronte di una sensibile riduzione del prezzo di vendita pattuito nel preliminare, che risponde all'esigenza del debitore di accedere immediatamente a nuova liquidità (destinata ad essere rapidamente dissipata), ma che pregiudica le possibilità di soddisfazione dei creditori del medesimo, il terzo abbia accettato di versarlo immediatamente invece che ratealmente. Orbene, in questo caso il terzo *imputet sibi* il rischio di veder revocato il proprio acquisto, qualora avesse conosciuto le condizioni patrimoniali dell'altra parte.

⁸⁸ Sulla revocabilità della *datio in solutum*, salvo verificare la sussistenza, in concreto, dell'*eventus* e della *scientia damni*, vi è oramai concordia in dottrina e in giurisprudenza. Cfr., *ex aliis*, C. M. BIANCA, *Diritto civile. 5 La responsabilità*, cit., 450; BIGLIAZZI GERI, voce *Revocatoria (azione)*, cit., 7; RODOTÀ, voce *Dazione in pagamento (dir. civ.)*, in *Enc. dir.*, XI, Milano, Giuffrè, 1962, 739; NICOLÒ, *Della tutela dei diritti*, cit., 236. In giurisprudenza, v. Cass. 14 novembre 2017, n. 26927, in *Dejure* (ove l'affermazione, chiarissima, che «se l'estinzione del debito avviene attraverso una *datio in solutum*, si verifica una scelta volitiva, da parte del debitore in accordo con il creditore, sufficiente ad escludere il carattere di "atto dovuto" dal meccanismo negoziale prescelto») e Cass. 17 maggio 2010, n. 12045, in *Dejure*.

⁸⁹ Cfr., ad es., TUCCI, *Trascrizione del contratto preliminare e privilegio a tutela dei crediti del promissario acquirente*, loc. ult. cit.; MICCOLIS, *Profili processuali della trascrizione del contratto preliminare*, cit., 206 ss.



cod. civ. Trattandosi di eccezione in senso stretto⁹⁰, i convenuti hanno l'onere di sollevare nel primo atto difensivo tale fatto impeditivo dell'accoglimento della domanda; domanda che l'attore deve conseguentemente poter estendere al preliminare, con ampliamento del *thema decidendum et probandum* al fatto che già in quel momento fossero riscontrabili i presupposti della pauliana. La soluzione deve confrontarsi con l'orientamento pretorio giusta il quale non è necessario, per ottenere la revocatoria del definitivo, la proposizione di un'apposita domanda volta a far dichiarare inefficace il preliminare⁹¹. La regola si spiega nell'ottica, fatta propria dalla stessa giurisprudenza, che ritiene revocabile il solo definitivo richiedendo però sia provato *consilium fraudis* al momento del preliminare: non potendosi proporre autonoma domanda contro il preliminare, non avrebbe senso richiedere alle parti di impugnare questo insieme al definitivo. Diversamente, nella prospettiva qui considerata, che ammette sul piano sostanziale la revocabilità del preliminare, si ritiene che la domanda debba essere ampliata dall'attore, in stretta conseguenza dell'eccezione formulata dai convenuti⁹². Potrebbe tuttavia sorgere difficoltà qualora il termine di prescrizione per l'impugnazione del preliminare con lo strumento disegnato all'art. 2901 cod. civ. sia spirato, ex art. 2903 cod. civ., per il decorso di oltre cinque anni dalla data del preliminare. Il problema – puntualmente segnalato dalla dottrina propensa ad ammettere la revocabilità di entrambi gli atti⁹³ – non può che risolversi (in disparte, sul piano pratico, l'effettiva possibilità di riscontrare la sussistenza della *scientia damni* in un tempo assai remoto) richiamando i consueti principi in materia di prescrizione, applicati anche in tema di revocatoria dalla S.C.⁹⁴.

Ferma quindi per i creditori la possibilità, anzi l'onere, di impugnare il definitivo nelle ipotesi sopra tratteggiate, occorre tornare al caso in cui quest'ultimo atto sia (effettiva) esecuzione dell'impegno assunto con il preliminare, per verificare, a chiusura della disamina svolta, la compatibilità tra la tesi qui suggerita e il diritto vivente della S.C., in relazione al momento di apprezzamento dell'elemento oggettivo della pauliana.

L'affermazione, presente nella più recente giurisprudenza, giusta la quale l'*eventus damni* si ha solamente al momento della conclusione del definitivo, ovvero sia quando il bene fuoriesce dal patrimonio del debitore, benché non divisibile in quanto disconosce l'autonoma lesività del preliminare, può egualmente ritenersi corretta, da una prospettiva però differente e tutta interna all'istituto della revocatoria. Secondo una prima opinione, che fa leva sulla differenza tra interesse sostanziale e interesse processuale ad agire, l'inefficacia dell'atto revocabile deve sussistere al momento del suo compimento, sicché l'eventuale miglioramento della condizione patrimoniale del debitore, facendo venir meno il secondo ma non il primo, non osta a che, a fron-

⁹⁰ Cfr. Cass. 28 febbraio 2019 n. 5806, in *Dejure*; Cass. 13 agosto 2015, n. 16793, in *Dejure*.

⁹¹ V. Cass. 12 giugno 2018, n. 15215, cit. e Cass. 20 agosto 2009, n. 18528, cit.

⁹² Ad avviso di GAZZONI, *Il contratto preliminare*, cit., 147, nel caso in cui il contratto definitivo non contenga l'*expressio causae*, i creditori potranno revocare direttamente quest'ultimo, poiché l'occultamento del preliminare costituirebbe frutto di simulazione loro inopponibile ex art. 1416 c.c. A sommo avviso di chi scrive, non si può dare per scontato che le parti, concludendo il definitivo, stiano dissimulando il precedente preliminare: anzi, se volessero (tentare di giovare) del regime di irrevocabilità, avrebbero di certo interesse a dichiarare a che titolo procedono alla vendita. In entrambi i casi, però, ciò che conta è assicurare tutela ai creditori, inconsapevoli dell'esistenza del rapporto preparatorio sino al giudizio.

⁹³ V. ALABISO, *Il contratto preliminare*, cit., 250, che tuttavia lo risolve bizzarramente considerando la sequenza preliminare-definitivo come integrante una sorta di "illecito permanente", mutuando concetti di ascendenza penalistica (v. art. 158 c.p.), sicché il termine di prescrizione per impugnare il primo non decorrerebbe fino al compimento del secondo.

⁹⁴ Cass. 19 gennaio 2007, n. 1210, in *Giur. it.*, 2008, I, 91 ss., secondo la quale «l'art. 2903 c.c., laddove stabilisce che l'azione revocatoria si prescrive in cinque anni dalla data dell'atto, deve essere interpretato (attraverso il coordinamento con la disposizione generale in tema di prescrizione, di cui all'art. 2935 c.c.) nel senso che la prescrizione decorre dal giorno in cui dell'atto è stata data pubblicità ai terzi, in quanto solo da quel momento il diritto può esser fatto valere e l'inerzia del titolare protratta nel tempo assume effetto estintivo». Il principio è stato, più di recente, ribadito anche in Cass. 24 marzo 2016, n. 5889, in *Dejure*.



te del successivo peggioramento della condizione medesima, l'atto torni ad essere revocabile (ancorché non lo sia stato *medio tempore*). Altra parte della dottrina, rifiutando il postulato della ontologica diversità tra i due tipi di interesse, ha condivisibilmente replicato che per pronunciare l'inefficacia dell'atto occorre accertare un nesso di causa-effetto tra esso e il pregiudizio che legittima la reazione dei creditori, di modo che la domanda di revocatoria non sarebbe accoglibile se il medesimo pregiudizio, dopo il compimento dell'atto in discorso, fosse "scomparso"⁹⁵.

Sulla scorta di tale – più condivisibile – opinione, si può affermare che il giudice, qualora al preliminare abbia fatto seguito il definitivo, ed entrambi gli atti siano impugnati dai creditori di una delle parti, dovrà verificare la sussistenza del presupposto oggettivo della revocatoria tenendo in considerazione *anche* il momento in cui il bene è stato trasferito. Ciò in quanto lo stesso giudice è chiamato ad accertare che la lesione della garanzia patrimoniale generica fosse ancora in atto al momento in cui il programma negoziale, fissato nel preliminare, è stato compiutamente realizzato; se la verifica desse esito negativo, dovrebbe infatti concludere che tra lo stesso negozio e il pregiudizio ai creditori non vi è nesso di causalità rilevante. Ciò non implica misconoscere la immediata lesività del negozio costitutivo dell'obbligazione di concludere il contratto (o comunque di trasferire), al contrario: significa sostenerla sempreché la medesima lesività non sia venuta meno prima della declaratoria di inefficacia.

8. – Tirando le fila del discorso sin qui svolto, sembra possibile affermare che, in termini generali, il contratto preliminare sia autonomamente revocabile; anzi, che la sua impugnazione mediante l'*actio pauliana* costituisca per i creditori un autentico onere, se desiderano conservare integre le aspettative di soddisfazione dei loro crediti, tanto nella ipotesi in quella in cui lo stesso rimanga inadempito, quanto in quella in cui ad esso facciano seguito il definitivo ovvero una sentenza *ex art. 2932 cod. civ.* Invero, l'adempimento (una volta scaduto il relativo termine) del preliminare mediante la stipulazione del definitivo, ovvero anche attraverso la domanda e, quindi, la sentenza *ex art. 2932 cod. civ.*, nella misura in cui si limitano a realizzare, pur restando eventuali sopravvenienze (ad es., introducendo le variazioni di prezzo conseguenti alla scoperta di vizi nella cosa), il diritto delle parti all'acquisto del bene promesso in vendita, non appare impugnabile, ostandovi l'eccezione compendiata nel terzo comma dell'art. 2901 cod. civ. Pertanto, solo dimostrando la sussistenza di tutti i presupposti per la declaratoria d'inefficacia del contratto preliminare, con particolare riferimento all'*eventus* ed alla *scientia damni*, al momento della sua conclusione, i medesimi creditori potranno soddisfarsi esecutivamente sull'immobile promesso in vendita e trasferito, *ex contractu* od *ope iudicis*, impugnando tanto il negozio costitutivo dell'obbligazione di contrarre, quanto il suo adempimento. L'unitarietà dell'operazione economica, che pur si articola nella sequenza preliminare-definitivo, impone di valutare la posizione del terzo contraente revocando, come del resto ammette la giurisprudenza di legittimità più recente, al momento del suo concepimento e non del suo completamento.

Restano, coerentemente, al di fuori della regola appena ricostruita tutte le ipotesi in cui i termini di quella stessa operazione vengano mutati, in virtù di un deliberato accordo tra debitore e terzo. Si tratta, come si è osservato, dei casi in cui il contratto definitivo compendi un regolamento contrattuale differente, sotto i più svariati profili (dell'oggetto, dei termini di pagamento, ecc.). Analogamente, la stipulazione del contratto definitivo intervenuta prima della scadenza del termine previsto dalle parti non può essere osservata alla stre-

⁹⁵ Cfr. LUCCHINI GUASTALLA, *Danno e frode nella revocatoria ordinaria*, cit., 85 ss., sulla scorta di MAFFEI ALBERTI, *Il danno nella revocatoria*, cit., 37 ss.



JUS CIVILE

gua di un “atto dovuto”, dunque irrevocabile ai sensi dell’art. 2901, comma 3, cod. civ. Da tutto ciò consegue che ogniqualvolta le parti procedano a modificare, collocandosi all’esterno del perimetro della doverosità, l’assetto d’interessi originariamente programmato, i creditori avranno non solo il potere, bensì anche l’onere di impugnare il c.d. definitivo, dimostrando con riferimento a tale atto la ricorrenza dei presupposti della pauliana. Così come, in generale, hanno l’onere di impugnare, se aspirano a conservare intatta la garanzia patrimoniale generica, qualsiasi atto dispositivo compiuto dal proprio debitore.



SIMONE VANINI

Assegnista di ricerca – Università degli Studi di Ferrara

**LOCAZIONE DI IMMOBILI URBANI E «COMUNITÀ CONDOMINIALE».
INDAGINE SUI RAPPORTI INTERCORRENTI FRA IL CONDOMINIO E I CONDUTTORI DELLE
SINGOLE UNITÀ IMMOBILIARI DELL'EDIFICIO**

SOMMARIO: 1. Introduzione. La sostanziale estraneità, de iure condito, del conduttore al condominio. – 2. Locazione di immobili urbani e assemblea condominiale: i diritti attribuiti al conduttore dall'art. 10 della l. 27 luglio 1978, n. 392 e la corretta individuazione, da parte dell'amministratore del condominio, dei destinatari dell'avviso di convocazione. – 3. Locazione e tenuta del registro di anagrafe condominiale. Ovvero: sulla differenza fra logiche di trasparenza e di "buon andamento" e logiche di inclusione di tutti i partecipanti alla comunità condominiale. – 4. Segue. Il diritto del conduttore di accedere alla documentazione del condominio. – 5. L'individuazione del soggetto passivo dell'obbligazione di pagamento degli oneri accessori fra diritto condominiale e disciplina generale delle obbligazioni. – 6. Significato e portata dell'assoggettamento del conduttore al regolamento di condominio, con particolare riferimento al potere sanzionatorio conferito all'assemblea dei condòmini dall'art. 70 disp. att. cod. civ.

1. – È tutt'altro che infrequente, com'è noto, che talune delle unità immobiliari inserite in un edificio condominiale – o financo tutte – vengano concesse in locazione a terzi dai relativi proprietari¹. Ed è evidente

¹«Proprietari», per l'appunto: il plurale è d'obbligo. Infatti, nel diverso caso in cui le autonome porzioni immobiliari che compongono un edificio appartengano tutte quante a un unico soggetto, il quale le concede in locazione, non si configura alcuna fattispecie di condominio in senso tecnico, e ciò perché difetta il requisito fondamentale della pluralità di proprietari (in tal senso, fra i molti, anche M. BASILE, *Regime condominiale ed esigenze abitative. Contributo alla revisione del condominio negli edifici*, Giuffrè, 1979, 307, il quale, peraltro, opportunamente chiarisce, alla nt. 32, che a tale ipotesi va equiparata quella in cui il proprietario dell'edificio dia in locazione tutti gli alloggi meno uno, che egli abiti personalmente, non formandosi, infatti, nemmeno in tal caso, un condominio).

Peraltro, siffatta ipotesi non rientra nemmeno fra quelle che certuni hanno riunito sotto la categoria (di conio dottrinale) del «condominio atipico» (o «quasi condominio»): in merito a tale figura – elaborata allo scopo di riflettere in maniera per quanto possibile unitaria sulla estensibilità (se del caso, anche in via analogica) delle regole dettate in materia di condominio (o di comunione ordinaria) a taluni contesti immobiliari aventi caratteri di specialità o di affinità rispetto alla fattispecie condominiale assunta come archetipo nel Codice civile (si pensi, ad esempio, al «piccolo condominio» o «condominio minimo», al «condominio parziale», o al «condominio orizzontale», ecc.) –, cfr., fra gli altri, G. TERZAGO, *Il condominio. Trattato teorico-pratico*⁹, a cura di A. Celeste, P. Terzago, Giuffrè, 2022, 975 ss.; M. DOGLIOTTI, *Comunione e condominio*, in *I diritti reali*, 7, in *Trattato di diritto civile*, diretto da R. Sacco, Utet, 2006, 454 ss.). In argomento v. anche M. GINESI, *Il condominio a modulazione variabile: condominio minimo, condominio parziale e supercondominio*, in AA. VV., *Comunione e condominio*, a cura di L. Calcagno, G. Grasso, A. Celeste, in *Quaderni della Scuola superiore della magistratura*, 3, Ist. pol. z. St., 2021, 135 ss.

È, ad ogni modo, opportuno precisare sin da subito che il legislatore non ha del tutto ommesso di considerare – benché, per verità, come s'avrà modo di dire più diffusamente, lo abbia fatto con una norma timida, di non facile interpretazione e collocata al di fuori del Codice civile – la peculiare ipotesi di sin qui considerata, e cioè quella nella quale – giova rammentarlo – il proprietario



che, al ricorrere di tale circostanza, quella che può qui designarsi come *comunità condominiale* – volendosi evocare, con siffatta espressione, giuridicamente generica e atecnica, la dimensione sociologica del fenomeno –; quella che può qui designarsi come *comunità condominiale*, si diceva, si fa maggiormente composta e perciò di più complessa gestione, giacché di essa, in aggiunta ai condòmini – intesi in senso stretto e proprio come i soggetti titolari dei diritti di proprietà sulle singole unità immobiliari, nonché, naturalmente, comproprietari delle parti comuni dell’edificio –, finiscono inevitabilmente per far parte anche i conduttori².

Il fenomeno qui preso in esame, così capillarmente diffuso nelle realtà urbane e così sensibilmente in grado di accrescere i conflitti fra i diversi soggetti che partecipano a vario titolo alla vita condominiale³, meriterebbe *per ciò solo* di essere fatto oggetto di un’apposita regolamentazione di diritto privato. Ma sono altre, a nostro avviso, le principali ragioni – aggiuntive rispetto a quella “statistica” e a quella di prevenzione delle liti poc’anzi menzionate – che rendono altamente opportuna la precisa delineazione della posizione giuridica del conduttore all’interno del condominio.

In primo luogo, sotto il profilo, per così dire, pragmatico, v’è che il maggior grado di certezza giuridica e di ordine sistematico che deriverebbe dall’esistenza di una disciplina legislativa *ad hoc* agevolerebbe in maniera significativa l’attività di coordinamento dei rapporti di natura patrimoniale intercorrenti fra il condominio e i conduttori, segnatamente a beneficio dell’amministratore, sul quale finisce di fatto per gravare la gestione dei rapporti predetti.

In secondo luogo, e volgendo ora la disamina al piano assiologico, va considerato che il tema della locazione di immobili urbani in condominio vede coinvolti – quantomeno il più delle volte⁴ – beni giuridici di rango primario che, come tali, trovano riconoscimento e tutela nella Costituzione italiana, oltre che nelle fonti sovranazionali poste a garanzia dei diritti della persona.

Ci si riferisce anzitutto al diritto alla abitazione, che la Corte costituzionale, nel solco di un orientamento assolutamente consolidato – e confermato anche da una recente e importante pronuncia additiva in materia di tutela degli acquirenti di immobili da costruire⁵ –, non esita a qualificare come «diritto inviolabile», in quan-

dell’intero edificio concede in locazione le autonome porzioni immobiliari che lo compongono: il riferimento è alla c.d. assemblea dei conduttori di cui ai commi da 3 a 5 dell’art. 10 della l. 27 luglio 1978, n. 392 (sul punto v. *infra*, par. 2).

² E, sempre prestando attenzione ai profili sociologici dell’argomento trattato – che, però, impattano inevitabilmente sulla relativa disamina in chiave giuridica –, appare opportuno evidenziare come i conduttori non si sommino soltanto ai condòmini i quali abbiano deciso di mantenere per sé (ed eventualmente per la propria famiglia) il godimento dell’unità immobiliare di cui sono proprietari, ma anche a quei condòmini che, pur avendo trasferito ad altri il godimento della porzione di cui sono titolari esclusivi, permangono comunque nell’orbita del condominio, avendone, per un verso, il diritto, e dovendo, per altro verso, far fronte alle relative incombenze. Si accresce, perciò, in un contesto siffatto, il rischio di conflitti fra i diversi utenti, che nel condominio è già di per sé elevato, più che altrove, in ragione della natura forzosa della comunione sulle parti comuni: *communio est mater discordiarum*; lo ricorda anche A. CIATTI CÀIMI, *Condominio negli edifici (Art. 1117-1139)*, in *Commentario del Codice civile e codici collegati Scialoja-Branca-Galgano*, a cura di G. De Nova, Zanichelli, 2022, 29.

³ Si vedano, al riguardo, le considerazioni svolte alla nota precedente.

⁴ Non quando (o, perlomeno, non in via immediata quando) la concessione in locazione di un alloggio facente parte di uno stabile condominiale avvenga per finalità meramente turistiche e per un breve periodo di tempo correlato a tali finalità. Riflette sulle suddivisioni interne alla categoria degli usi abitativi, distinguendo fra usi abitativi primari, comprimari, transitori e voluttuari, E. BARGELLI, *Usi abitativi e interessi tutelati: formazione, forma e contenuto del contratto*, in *Trattato dei contratti*, diretto da V. Roppo e con-diretto da A.M. BENEDETTI, II, *Cessione e uso di beni*, Giuffrè, 2014, 1026 ss.

⁵ Il riferimento è a Corte cost. 24 febbraio 2022, n. 43, in *Cortecostituzionale.it*, la quale ha dichiarato l’illegittimità costituzionale del combinato disposto degli artt. 1, comma 1, della l. 2 agosto 2004, n. 210 («Delega al Governo per la tutela dei diritti patrimoniali degli acquirenti di immobili da costruire»), 1, comma 1, lett. d) e 9, comma 1, del d.lgs. 20 giugno 2005, n. 122 («Disposizioni per la tutela dei diritti patrimoniali degli acquirenti di immobili da costruire»), nella parte in cui non riconoscono il diritto di prelazione anche alle persone fisiche che abbiano acquistato prima che sia stato richiesto il permesso di costruire (per un commento di tale sentenza v. il recente contributo di M. GENOVESE, *Il diritto di prelazione nell’acquisto di immobili da costruire*, in questa *Rivista*,



to, oltre ad essere essenziale per soddisfarne i bisogni più elementari, è strettamente funzionale al pieno sviluppo, nello spazio e nel tempo, della persona umana, intesa quest'ultima sia in veste di singolo – specie ove si consideri che l'abitazione svolge un ruolo fondamentale nell'individuazione del sé e, quindi, nell'esercizio del diritto alla preservazione e alla costruzione dell'identità personale –, sia come componente della formazione sociale più importante, ovverosia quella familiare⁶.

In tale prospettiva, colgono pienamente nel segno le riflessioni – che, lette a distanza di quasi cinquant'anni, davvero sorprendono per la loro dirompente attualità – svolte da Nicolò Lipari, il quale, in un saggio dedicato alle prospettive di riforma della disciplina codicistica del condominio, pubblicato nel 1974 sulla *Rivista giuridica dell'edilizia* con un titolo particolarmente eloquente⁷, metteva in luce come l'abitazione costituisca «qualcosa di più di un prodotto tecnologico complesso in grado di produrre un determinato servizio o di un bene economico scambiabile sul mercato ad un determinato prezzo, essendo invece divenuta [...] punto di riferimento della vita dell'uomo, oggetto gratificante, di contenuto affettivo e di autoidentificazione», e pertanto concludeva nel senso che «diventa, oggi più che mai, corretto impostare il problema di una riforma della legislazione sul condominio in termini di sviluppo della persona [...] non solo perché questo [...] costituisce il principio cardine del nostro sistema civile di convivenza, al quale quindi tutti gli enunciati normativi dell'ordinamento giuridico vanno conformati o alla luce del quale vanno intesi ma altresì perché, nella misura in cui il rapporto dell'uomo con l'abitazione costituisce, alla stregua di una elementare rilevazione sociologica, una delle valenze positive della società del nostro tempo [...], diventa essenziale commisurare la disciplina giuridica al modo di atteggiarsi di tali bisogni»⁸.

In tale ordine di idee, e muovendo quindi da una rinnovata concezione della funzione dell'istituto, orientata dalle istanze personalistiche⁹, il predetto Autore, con specifico riferimento al tema della locazione di alloggi facenti parte di un edificio condominiale, giungeva a sostenere che «[n]el momento in cui si assume a presupposto di una riforma della legislazione sul condominio una concreta individuazione della posizione di

2023, 1, 252 ss.: v. anche il commento di F. ASTONE, *Ancora sulla disciplina degli immobili da costruire: alla ricerca di un criterio di distinzione tra acquirenti meritevoli di protezione e non*, in *Giur. cost.*, 2022, 465 ss.).

Alla base della declaratoria di incostituzionalità v'è l'inclusione – frutto di un consolidato orientamento della Consulta (cfr. al riguardo, fra le molte, Corte cost. 7 aprile 1988, n. 404; Corte cost. 25 febbraio 1988, n. 217; Corte cost. 11 giugno 2014, n. 168; Corte cost. 9 marzo 2020, n. 44; tutte le pronunce testé citate sono consultabili in *Cortecostituzionale.it*) – del diritto all'abitazione all'interno del catalogo dei diritti inviolabili della persona. Secondo la Corte costituzionale, infatti, «la dimensione abitativa rientra fra i requisiti essenziali caratterizzanti la socialità» e «lo Stato democratico voluto dalla Costituzione ha il compito di assicurare che la vita di ogni persona rifletta ogni giorno e sotto ogni aspetto l'immagine universale della dignità umana».

⁶ È proprio l'art. 2 Cost., a ben vedere, a costituire il principale fondamento costituzionale del diritto inviolabile all'abitazione, nella misura in cui esso stabilisce che «[l]a Repubblica riconosce e garantisce i diritti inviolabili dell'uomo, sia come singolo, sia nelle formazioni sociali ove si svolge la sua personalità» (in tal senso, cfr. il par. 5.1 della sentenza della Corte cost. n. 43 del 2022, citata alla nota precedente). L'art. 47, comma 2, Cost., invece, pur essendo l'unica disposizione della Carta fondamentale che menziona espressamente la «abitazione», sembra avere, in ragione del suo tenore testuale, una portata più limitata, essa facendo riferimento al dovere per la Repubblica di favorire «l'accesso del risparmio popolare *alla proprietà dell'abitazione*» (cors. agg.).

In generale, sul diritto all'abitazione come diritto fondamentale della persona, cfr. i contributi di A. SIMONCINI, *L'abitazione come diritto fondamentale. Introduzione*, e di V. ATRIPALDI, *Il diritto costituzionale all'abitazione*, entrambi pubblicati nel volume n. 24 della collana *Quaderni della Rivista di diritto civile*, intitolato *L'esigenza abitativa. Forma di fruizione e tutele giuridiche. Atti del convegno in onore di Gianni Galli*, a cura di A. Bucelli, Cedam, 2013, rispettivamente 9 ss. e 21 ss.

⁷ Il riferimento è a N. LIPARI, *Sviluppo della persona e disciplina condominiale (Proposte per una riforma della legislazione sul condominio)*, in *Riv. giur. edil.*, 1974, II, 3 ss. (il saggio è pubblicato anche nel volume *Scritti in onore di Salvatore Pugliatti*, I, 2, Giuffrè, 1974, 1149 ss.; tuttavia, nel prosieguo di questo scritto, segnatamente per quanto concerne l'indicazione delle pagine da cui sono tratte le citazioni, si farà sempre riferimento al contributo in rivista).

⁸ *Ibidem*, 9 (cors. agg.).

⁹ *Ibidem*, 8 (cors. agg.).



coloro che concorrono a formarne la struttura, è agevole [...] rilevare che, se si considera il condominio nella sua dimensione interna, come misura giuridica del modo di migliore utilizzazione e godimento dei beni indivisi, *esso non riguarda più esclusivamente un rapporto fra proprietari ma semmai un rapporto fra conviventi, siano o meno essi proprietari dei singoli appartamenti*¹⁰.

Tale proposta ricostruttiva – è d’obbligo rilevarlo – non è affatto rimasta isolata e, anzi, in un altro fondamentale studio sui possibili profili di revisione della disciplina del condominio, di pochi anni successivo a quello dianzi preso in esame, si sosteneva, con parole particolarmente perspicue, che «[u]na riforma del regime condominiale decisamente orientata verso la tutela delle esigenze abitative che si manifestano nell’edificio *non può fare a meno di affrontare in maniera organica il problema della condizione giuridica dei conduttori degli alloggi*», e difatti, in quella prospettiva, «*mantenere estranei al regime del condominio soggetti che risiedono continuativamente nell’edificio sarebbe ancor meno giustificabile di quanto non possa esserlo ora*» (scil. nel 1979!)¹¹.

Similmente, in un volume monografico pubblicato nel 1980 e dedicato ai regolamenti condominiali, Francesco Ruscello rilevava che il condominio «è principalmente l’occasione per la convivenza in uno stesso edificio di più persone», e, pertanto, esso «riflette un rapporto non fra proprietari, o non esclusivamente fra proprietari, bensì fra conviventi, ai quali sono collegabili diverse situazioni giuridiche soggettive»¹².

Il diritto all’abitazione, ad ogni modo, non costituisce l’unico bene giuridico di rilevanza costituzionale suscettibile di essere interessato da una vicenda locatizia in condominio. Invero, non è affatto detto – benché, per verità, talune definizioni rinvenibili nella trattatistica possano talora lasciarlo intendere¹³ – che le singole unità immobiliari dell’edificio vengano adibite ad uso residenziale, ben potendo le medesime, in alternativa, essere destinate all’esercizio di una attività d’impresa o professionale, nel qual caso, com’è noto, la relativa tutela ha da rinvenirsi nell’art. 41 Cost.

Malgrado risultino evidenti, tanto sul piano pragmatico quanto su quello assiologico, le ragioni per le quali sarebbe opportuna e auspicabile una quanto più precisa individuazione legislativa della posizione del con-

¹⁰ Funzione, quella del condominio, che viene in definitiva individuata nella «proiezione all’esterno di un tipo di bisogni che ha ricevuto nella soggettività del gruppo o nella sua aggregazione collettiva una caratteristica forma di individuazione» (*ibidem*, 10), senza tuttavia mai giungere ad attribuire al condominio i caratteri propri della c.d. «comunione a mani riunite» (o «proprietà in mano comune»), sulla quale figura cfr., per tutti, L. BARASSI, *Proprietà e comproprietà*, Giuffrè, 1951, 173 ss.

¹¹ Così, M. BASILE, *Regime condominiale ed esigenze abitative*, cit., 304 ss. (cors. agg.), secondo cui, ancora, «nella misura in cui si funzionalizza la gestione dell’edificio ad esigenze abitative più che ad istanze proprietarie, la partecipazione ad essa dei conduttori diventa finalità dalla quale non si può prescindere. [...] Stabilire l’ambito entro cui la gestione è inserviente rispetto alla proprietà dell’edificio, e l’ambito entro cui è invece inserviente rispetto all’uso immediato dello stesso, quindi dell’abitare, costituisce delicato problema di politica legislativa. E di esso il nostro legislatore in questi ultimi anni non ha mancato di farsi carico. Tuttavia, l’evoluzione dell’ordinamento sul punto non sembra aver conseguito le mete auspicabili; e molti passi in avanti restano ancora da fare».

¹² F. RUSCELLO, *I regolamenti di condominio*, Esi, 1980, 91 ss. (cors. agg.).

¹³ Si pensi, ad esempio, alla definizione data da C.M. BIANCA, *Diritto civile*, 6, *La proprietà*², Giuffrè, 2017, 358, secondo cui il condominio sarebbe «la comunione degli edifici composti da più unità abitative in proprietà esclusiva», e il relativo oggetto sarebbe «un edificio di civile abitazione nell’ambito del quale coesistono le parti comuni e le unità abitative in proprietà esclusiva dei singoli condomini» (in termini analoghi ID., *Nozione di condominio*, in *Il condominio*, a cura di C.M. Bianca, Utet, 2007, 1).

Perché sia integrata la fattispecie codicistica condominiale, invece, è necessario (e al contempo sufficiente) che vi sia «la coesistenza della proprietà esclusiva di parti distinte di un medesimo fabbricato con la comunione indivisa di altre parti determinate dettata da necessità costruttive o anche da esigenze pratiche» (in questi termini R. TRIOLA, *Il condominio*, in *Beni proprietà e diritti reali*, III, in *Trattato di diritto privato*, diretto da M. Bessone, Giappichelli, 2002, 1; ma si veda anche la nozione di condominio proposta da M. CAVALLARO, *Il condominio negli edifici (Artt. 1117-1128)*, in *Il codice civile. Commentario*, fondato da P. Schlesinger e diretto da F.D. Busnelli, Giuffrè, 2009, 1: «Il termine condominio individua comunemente la situazione di contitolarità riguardante gli edifici divisi per sezioni orizzontali e avente a oggetto quelle parti che risultano funzionali ai piani o alle porzioni di piano attribuite in proprietà esclusiva»).



duttore all'interno del condominio, nell'ordinamento giuridico vigente manca completamente un apparato normativo che disciplini in maniera organica le interconnessioni fra l'istituto condominiale e il contratto di locazione. Anzi, a voler essere precisi, manca più in generale – con la sola (timida e parziale) eccezione dell'usufruttuario, cui sono dedicati i commi da 6 a 8 dell'art. 67 disp. att. cod. civ.¹⁴ – un adeguato sistema di previsioni volto a coordinare i rapporti fra il condominio e tutti i soggetti titolari di diritti di godimento (personali e reali) sulle unità edilizie facenti parte dello stabile (e quindi, di riflesso, sulle parti comuni di esso): si pensi – accantonando per un istante il “semplice” conduttore – al comodatario, al genitore assegnatario della casa familiare ai sensi dell'art. 337-*sexies* cod. civ., al conduttore dell'immobile nel contratto di *rent-to-buy*, al subconduttore, al compratore con patto di riservato dominio, all'utilizzatore dell'immobile oggetto del contratto di *leasing*, nonché, ancora, all'usufruttuario, all'usuario e al titolare del diritto di abitazione, quest'ultimi limitatamente alle questioni non regolate dal già menzionato art. 67, commi 6-8, disp. att. cod. civ., il quale, in virtù del rinvio operato dall'art. 1026 cod. civ.¹⁵, deve ritenersi applicabile anche allorché nella specie ricorrano i diritti d'uso o di abitazione¹⁶. Il discorso potrebbe poi ampliarsi ulteriormente, sino a ricomprendere le persone (vale a dire, perlopiù, *i familiari*) che convivono con il titolare formale del diritto di godimento, i quali ben potrebbero radicarsi nella comunità condominiale non meno del c.d. intestatario¹⁷.

Tornando ora a concentrare l'attenzione, per ragioni di ordine e di contegno espositivo, sulla sola locazione, ribadito che il legislatore non ha predisposto una regolamentazione esaustiva del rapporto fra condominio e conduttori, va però detto che, come si vedrà più diffusamente in prosieguo, esistono talune disposizioni, contenute talvolta nel Codice civile e talora nelle leggi collegate, dalle quali è possibile ricavare soluzioni a singole e circostanziate questioni inerenti al tema *de quo*. Accade non di rado, però, che le medesime, più che fornire un aiuto all'interprete, siano piuttosto esse stesse fonte di ulteriori incertezze applicative.

Al di fuori delle questioni affrontate dalle predette norme di legge, le risposte devono essere ricercate facendo ricorso ai principi generali del diritto privato in materia di diritti reali e di obbligazioni e contratti; con l'inevitabile risultato, però, che le soluzioni che ne derivano sono caratterizzate da incertezza, disomogeneità e opinabilità, il che, da un lato, rende più gravosa l'opera degli amministratori immobiliari, e, dall'altro, rischia di costituire un ostacolo al pieno esercizio dei diritti del locatario.

Ebbene, l'indagine che sarà condotta nei paragrafi successivi ha lo scopo di mettere in luce come, *de iure condito* – e nonostante le sollecitazioni della letteratura giuridica delle quali s'è dato conto –, il conduttore

¹⁴Cfr. l'art. 67, commi 6-8, disp. att. cod. civ., che riconosce all'usufruttuario talune prerogative nell'ambito dell'assemblea dei condomini e che lo designa come debitore (in solito con il nudo proprietario) per il pagamento – formula ambigua – dei contributi dovuti all'amministrazione condominiale: «[6] L'usufruttuario di un piano o porzione di piano dell'edificio esercita il diritto di voto negli affari che attengono all'ordinaria amministrazione e al semplice godimento delle cose e dei servizi comuni. [7] Nelle altre deliberazioni, il diritto di voto spetta ai proprietari, salvi i casi in cui l'usufruttuario intenda avvalersi del diritto di cui all'articolo 1006 del codice ovvero si tratti di lavori od opere ai sensi degli articoli 985 e 986 del codice. In tutti questi casi l'avviso di convocazione deve essere comunicato sia all'usufruttuario sia al nudo proprietario. [8] Il nudo proprietario e l'usufruttuario rispondono solidalmente per il pagamento dei contributi dovuti all'amministrazione condominiale».

¹⁵Il testo dell'art. 67, commi 6-8, disp. att. cod. civ. è già stato riportato nella nota precedente. L'art. 1026 cod. civ., invece, dispone, com'è noto, che «[l]e disposizioni relative all'usufrutto si applicano, in quanto compatibili, all'uso e all'abitazione».

¹⁶Passa in rassegna le diverse categorie di partecipanti all'assemblea condominiale A. CIATTI CÀIMI, *Condominio negli edifici* (Art. 1117-1139), cit., 316 ss., al quale si fa quindi rinvio.

¹⁷La questione è rilevata anche da M. BASILE, *Regime condominiale ed esigenze abitative*, cit., 305: «[v]eramente [...], ponendo al centro della normativa l'abitante dell'alloggio (più che il proprietario), bisognerebbe per coerenza coinvolgere nei rapporti di condominio non soltanto i conduttori ma chiunque fruisca dell'edificio; quindi pure i soggetti che convivano con il titolare del diritto, reale o personale, sull'unità abitativa».



sia, *in linea di principio*, persona (*rectius*: soggetto) giuridicamente estranea al condominio in cui abita (o in cui esercita una attività imprenditoriale o professionale), giacché egli non è inserito nella relativa struttura, non è di conseguenza coinvolto nella sua gestione, e non intrattiene relazioni con i suoi organi, se non in via di *mero fatto*.

Tale constatazione, del resto, è coerente con la funzione istituzionale assegnata al *condominio negli edifici* dal Codice civile, testimoniata anche dalla collocazione topografica della relativa disciplina al suo interno¹⁸; funzione, peraltro, dalla quale esso non si è emancipato nemmeno a seguito della riforma attuata con la l. 11 dicembre 2012, n. 220 (oltre che con il successivo d.l. 23 dicembre 2013, n. 145, conv. con modif. dalla l. 21 febbraio 2014, n. 9)¹⁹. Il condominio, difatti, era e rimane un «ente di gestione»²⁰ degli interessi particolaristici dei condòmini e di coordinamento delle relative prerogative dominicali²¹ e, a voler essere rigorosi, non sembra che dal dato positivo – né tantomeno, come si sta per vedere, dal dato giurisprudenziale – possano trarsi sufficienti e convincenti argomenti per scorgerne un'autentica metamorfosi²²; l'indagine sulla locazione di unità immobiliari inserite in edifici condominiali, per parte sua, conferma integralmente tale conclusione.

¹⁸ Il Capo recante la disciplina relativa al condominio negli edifici è, infatti, com'è noto, contenuto all'interno del Titolo VII del Libro terzo, dedicato in generale alla comunione. Il condominio assume, pertanto, la connotazione di sottotipo rispetto alla comunione ordinaria (o di *comunione speciale*), dalla quale parzialmente si discosta, fra l'altro, per la sua natura forzosa, relativamente alle parti comuni (si rinvia, sul punto, a quanto osservato *supra*, nt. 2, e alle citazioni ivi indicate).

¹⁹ Sul punto è decisamente efficace G. TERZAGO, *Il condominio. Trattato teorico-pratico*⁹, cit., 5: «Va subito premesso che detti provvedimenti [*i.e.*, la l. 11 dicembre 2012, n. 220 e il d.l. 23 dicembre 2013, n. 145] sono intervenuti sull'articolato del codice civile conservando praticamente inalterata tutta la relativa impostazione (nonché il «sistema» e l'architettura dei principi che avevano regolato la fattispecie per oltre settant'anni) limitandosi prevalentemente ad interventi «chirurgici» su singole norme».

Altrettanto efficace è C. GRANELLI, *Diritti reali tra innovazione e continuità*, in questa *Rivista*, 2014, 10, 310 ss.: «[...] se focalizziamo l'attenzione sul codice civile, il primo (del tutto ovvio) rilievo è che [...] il libro terzo è stato solo lambito dagli interventi del legislatore repubblicano, se si fa eccezione per la recente riforma (se così la si può chiamare) della disciplina del condominio e per talune norme che attirano l'attenzione più per la loro eccentricità che per il loro impatto sociale».

²⁰ In argomento, cfr., da ultimo, R. CATERINA, *Il condominio come ente di gestione e come soggetto: percorsi giurisprudenziali*, in *A dieci anni dalla riforma del condominio*, a cura di R. Caterina, in *Giur. it.*, 2022, 244 ss. (ivi anche numerosi riferimenti giurisprudenziali, cui, per brevità, si fa qui integrale rinvio). L'A., tuttavia, in tale contributo, passa in rassegna alcune recenti pronunce di legittimità e di merito che, pur affermando in linea di principio la natura di ente di gestione del condominio, giungono a soluzioni che più o meno apertamente ne presuppongono invece l'autonoma soggettività; sicché, sulla base di tale analisi, propone in definitiva una ricostruzione del condominio come soggetto giuridico autonomo.

²¹ In tal senso anche M. BASILE, *Le esigenze abitative nel condominio*, in AA.VV., *L'esigenza abitativa. Forma di fruizione e tutele giuridiche*, cit., 177 ss. (v., in particolare, 178-179: «Non è difficile accorgersi che in Italia ad avere maggiormente influito sulla costruzione legislativa del condominio sono stati gli aspetti patrimonialistici dei poteri e dei doveri riguardanti le unità immobiliari ricomprese negli stabili»; «[...] l'istituto gravita proprio sulle proprietà separate, e sul loro valore: si sono concepiti il diritto di proprietà come l'unico titolo di partecipazione al condominio, e il valore economico delle singole unità edilizie come il principale criterio determinativo della misura del concorso dei loro titolari alla comunione delle parti accessorie dell'edificio, nonché del «peso» che i medesimi hanno nell'assemblea competente a prendere le delibere del gruppo»); ID., *Condominio negli edifici: I) Diritto civile*, in *Enc. giur. it.*, VIII, Treccani, 1988, 1 («[...] per il legislatore del 1942, non importa affatto né se i condòmini siano gli unici unteti delle unità immobiliari, né se essi abbiano l'uso diretto di queste ultime, oppure lo abbiano concesso ad altri, né se le unità immobiliari stesse siano destinate ad un certo tipo di uso invece che ad un altro»).

²² Si interroga, invece, sui segni di «rottura del criterio proprietario» e sulla configurabilità del condominio in termini di «luogo complessificato» (peraltro, proprio con principale riferimento al tema della locazione in condominio), A. BUCCELLI, *Abitazione e condominio. Contributo allo studio dei diritti e degli interessi in comunione*, Esi, 2018, 153 ss. e 163 ss.



2. – La prima norma che, nell’indagare le relazioni fra condominio e locazione, deve essere presa in considerazione è quella contenuta nel tuttora vigente art. 10 della l. 27 luglio 1978, n. 392 (la c.d. legge sull’equo canone), rubricata «Partecipazione del conduttore all’assemblea dei condomini».

Essa rappresenta l’evoluzione di quella precedentemente racchiusa nell’abrogato art. 6 della l. 22 dicembre 1973, n. 841, il quale, nella misura in cui disponeva, al comma 2, che «[s]e le spese di gestione del servizio di riscaldamento sono, per contratto, a carico del conduttore, questi interviene, in luogo del locatore, nelle assemblee condominiali convocate per deliberare sulle spese medesime e sulle modalità di gestione del servizio», era stato accolto con particolare favore da quei commentatori che lo consideravano un primo significativo passo verso il superamento della concezione tratatizia del condominio quale modulo di gestione esclusivamente dominicale²³.

Ebbene, tornando all’art. 10 della l. n. 392/1978, va subito osservato come esso presenti una struttura bipartita²⁴.

I primi due commi – gli unici davvero coerenti con la rubrica – riguardano specificamente la partecipazione del conduttore all’assemblea dei condomini. Essi dispongono quanto segue: «[1] Il conduttore ha diritto di voto, in luogo del proprietario dell’appartamento locatogli, nelle delibere dell’assemblea condominiale relative alle spese e alle modalità di gestione dei servizi di riscaldamento e di condizionamento d’aria. [2] Egli ha inoltre diritto di intervenire, senza diritto di voto, sulle delibere relative alla modificazione degli altri servizi comuni».

Come si evince dal testo, la norma introduce due eccezioni, almeno in linea teorica, al principio generale – che, in questi termini, viene però confermato – in virtù del quale il conduttore, essendo per l’appunto estraneo al condominio, non ha diritto di partecipare alla relativa assemblea.

La prima eccezione a detto principio si verifica quando l’organo assembleare debba costituirsi per discutere e deliberare in materia di spese e modalità di gestione dei servizi comuni di riscaldamento e di raffrescamento dell’aria (comma 1)²⁵. In tal caso, la partecipazione all’adunanza da parte del conduttore – si badi: senza che sia specificato alcunché in ordine alla effettiva intensità del legame di lui con il condominio, specialmente in termini di finalità della locazione o di sua durata temporale²⁶ – è funzionale all’esercizio di un

²³ Il riferimento, in particolare, è a A. RASI CALDOGNO, *Verso la partecipazione del conduttore alla vita condominiale*, in *Riv. dir. civ.*, 1974, II, 237 ss. («Si tratta certamente di un nuovo passo sulla via del progressivo riconoscimento di una sempre maggiore autonomia della posizione del conduttore; ma insieme abbiamo anche una significativa innovazione nella concezione del condominio e della sua struttura»).

Per una comparazione fra l’abrogato art. 6 della legge n. 841 del 1973 e il vigente art. 10 della legge n. 392 del 1978, cfr. F. GIRINO *Condominio negli edifici*, in *Noviss. dig. it. (Append.)*, II, Utet, 1981, 324 ss., il quale reputa la norma “nuova” tecnicamente meglio formulata e di più ampia portata rispetto alla precedente.

²⁴ Per una generale disamina dell’art. 10 della c.d. legge sull’equo canone, cfr., fra i contributi più recenti, L. BALLERINI, *sub art. 10 l. 392/1978*, in *Codice commentato degli immobili urbani*, a cura di V. Cuffaro e F. Padovini, Utet, 2017, 1033 ss.; G. TERZAGO, *Il condominio. Trattato teorico-pratico*⁹, cit., 254 s.; G.A. CHIESI, *sub art. 10 l. 392/1978*, in *Commentario breve alla disciplina delle locazioni immobiliari*², a cura di A. Zaccaria, Cedam, 2021, 401 ss.; R.M. BOVA, *sub art. 10 l. 392/1978*, in *Codice delle locazioni*², a cura di M. Trimarchi e A. La spina, Giuffrè, 2013, 411 ss.; M. DI MARZIO, *Locazione nel condominio*, in *Locazioni immobiliari. Questioni aperte in materia*, a cura di F. De Stefano, M. Di Marzio, R. Giordano e R. Masoni, Giuffrè, 2019, 44 ss.; G. TRIFONE, *Locazione ad uso di abitazione*, in *Trattato dei contratti*, diretto P. Rescigno e E. Gabrielli, 9, *I contratti di utilizzazione dei beni*, a cura di V. Cuffaro, 2008, Giuffrè, 157 ss.; ID., *La locazione: disposizioni generali e locazione di fondi urbani*, in *Trattato di diritto privato*, diretto da P. Rescigno, 12, *Obbligazioni e contratti*, IV², Utet, 2007, 175 ss.; N. CANNAS, *La costituzione dell’assemblea*, in *Il condominio*, cit., 385 ss.

²⁵ Su cosa debba intendersi per «spese e modalità di gestione» (dei servizi di riscaldamento e condizionamento dell’aria), si rinvia a L. BALLERINI, *sub art. 10 l. 392/1978*, cit., 1041 s.; M. DI MARZIO, *Locazione nel condominio*, cit., 48.

²⁶ Nemmeno una delimitazione dell’ambito di applicazione della disposizione in esame può rinvenirsi *aliunde*. Essa, infatti, rima-



diritto di voto di cui egli è diretto titolare, e che esercita in luogo del corrispondente condòmino-locatore, cui, come logica conseguenza, tale diritto di voto è per legge sottratto.

La seconda eccezione al principio in base al quale il conduttore non ha diritto di prendere parte all'assemblea dei condomini si realizza allorché l'organo collegiale debba discutere e deliberare in ordine alla «modificazione degli altri servizi comuni», diversi perciò da quelli inerenti al riscaldamento e al condizionamento dell'aria²⁷. In questo secondo caso, la prerogativa che la legge riconosce al locatario è però di minore portata, giacché la partecipazione all'assemblea da parte del conduttore non è funzionale all'esercizio di un diritto di voto, che in questo caso infatti la legge non gli attribuisce. La logica della norma, tuttavia, non è nemmeno quella di costituire un mero presidio di trasparenza a beneficio del conduttore: se così fosse, il diritto di «intervenire» in assemblea rischierebbe di essere inteso soltanto come diritto di assistere passivamente alla discussione, laddove, invece, l'espressione merita di essere interpretata nel senso che il conduttore, pur non avendo il potere di concorrere all'approvazione o meno della delibera, ha comunque diritto di manifestare il proprio pensiero dinanzi agli altri partecipanti, così consentendosi *a tutti* di ponderare con maggiore attenzione le scelte relative alle modificazioni dei servizi comuni, nel segno del confronto virtuoso e del dialogo costruttivo.

Quanto alla seconda parte dell'art. 10 – s'era detto, infatti, più sopra come quest'ultimo risulti bipartito –, essa concerne l'ipotesi in cui l'immobile ove si realizza la vicenda locatizia non sia tecnicamente qualificabile come condominio – ragion per cui ad essa faremo qui soltanto questo cenno –, e ciò perché lo stabile, all'interno del quale coesistono le autonome unità immobiliari concesse in godimento, è di proprietà di un unico soggetto²⁸. In particolare, i commi da 3 a 5 dell'articolo in esame²⁹ stabiliscono che i locatari, anche al ricorrere di tale particolare fattispecie, abbiano diritto di votare per adottare le delibere concernenti i servizi di riscaldamento e raffrescamento dell'aria, e così di riunirsi in un'apposita assemblea – che prende, per l'appunto, il nome di «assemblea dei conduttori»³⁰ – da convocarsi ad opera di almeno tre di essi o del proprietario dell'edificio³¹.

ne del tutto estranea alle esclusioni stabilite dall'art. 1, comma 2, della legge n. 431 del 1998, le quali operano, per espressa previsione della norma, soltanto in relazione a talune disposizioni contenute nella medesima legge del '98, specificamente individuate. Inoltre, anche ricercando all'interno della stessa legge n. 392 del 1978, va osservato come l'esclusione relativa alle «locazioni stipulate per soddisfare esigenze abitative di natura transitoria», contenuta nel comma 2 del (comunque) abrogato art. 1, riguardasse unicamente la regola, stabilita al comma precedente, della durata minima quadriennale della locazione abitativa.

Per tali ragioni, l'art. 10 della legge n. 392 del 1978 risulta applicabile a *tutte* le locazioni di immobili urbani (peraltro, sulla controversa nozione legale di «immobile urbano», si rinvia a G. GABRIELLI, F. PADOVINI, *La locazione di immobili urbani*², Cedam, 2005, 16 ss.). Conferma di ciò, peraltro, si trae altresì dal fatto che il contenuto prescrittivo del predetto art. 10 è riprodotto anche nei modelli contrattuali standard predisposti dal Ministero delle infrastrutture e dei trasporti con il d.m. 30 dicembre 2002 (allegati A, B, C, D, E ed F), e relativi alle locazioni agevolate di cui all'art. 2, comma 3, della legge n. 431 del 1998, nonché alle locazioni transitorie e per studenti universitari di cui all'art. 5, commi 1, 2 e 3, della stessa legge.

²⁷ Su cosa debba intendersi per «modificazione degli altri servizi comuni» si rinvia a L. BALLERINI, *sub art. 10 l. 392/1978*, cit., 1041 s.; M. DI MARZIO, *Locazione nel condominio*, cit., 48.

²⁸ Con riguardo a tale ipotesi s'erano già svolte alcune considerazioni: v. *supra*, par. 1, nt. 1.

²⁹ Si riporta di seguito il testo completo dell'art. 10, commi 3-5, della legge n. 392 del 1978: «[3] La disciplina di cui al primo comma si applica anche qualora si tratti di edificio non in condominio. [4] In tale ipotesi i conduttori si riuniscono in apposita assemblea convocata dal proprietario dell'edificio o da almeno tre conduttori. [5] Si osservano, in quanto applicabili, le disposizioni del codice civile sull'assemblea dei condomini».

³⁰ In merito alla c.d. assemblea dei conduttori, cfr., fra gli altri, M. DI MARZIO, *Locazione nel condominio*, cit., 55 s.; G.A. CHIESI, *sub art. 10 l. 392/1978*, cit., 403; L. BALLERINI, *sub art. 10 l. 392/1978*, cit., 1046 ss. V. anche quanto illustrato al terzo cpv. della nt. 36.

³¹ I commi 3-5 dell'art. 10 della legge n. 392 del 1978 riproducono sostanzialmente la disposizione contenuta nell'abrogato art. 6, comma 3, della legge n. 841 del 1973 («Qualora si tratti di edificio non in condominio, i conduttori di cui al precedente comma deli-



Detto ciò, e rivolgendo di nuovo l'attenzione ai primi due commi dell'art. 10 della l. n. 392/1978, occorre domandarsi se nel riconoscimento al locatario del diritto (seppure limitato e parziale) di partecipare all'assemblea dei condòmini possa ravvisarsi un valido fondamento per il progressivo superamento della tradizionale concezione della totale estraneità del conduttore al condominio. Ebbene, riteniamo che al quesito vada data una risposta di segno negativo, giacché, sebbene *in astratto* la disposizione in parola abbia introdotto due eccezioni piuttosto significative – una, quella del primo comma, più dell'altra, per verità – al principio secondo cui il conduttore non ha titolo per partecipare alle attività dell'organo collegiale, vi sono tuttavia almeno tre fattori che rendono alquanto ineffettiva la tutela da essa offerta, ridimensionandone di conseguenza la portata sistematica.

Il primo di tali fattori è senza dubbio costituito dal fatto che il prevalente indirizzo giurisprudenziale di legittimità e di merito, aderendo per verità a un orientamento già formatosi con riferimento al previgente art. 6, comma 2, l. n. 841/1973³², ritiene che il diritto riconosciuto al conduttore dall'art. 10 della legge c.d. sull'equo canone di prendere parte all'assemblea condominiale possa essere fatto valere soltanto nei confronti del locatore, non già nei confronti del condominio. In altre parole, l'operatività della norma – la quale, peraltro, è considerata eccezionale e perciò insuscettibile di interpretazione analogica o estensiva³³ – sarebbe circoscritta all'ambito del rapporto contrattuale di locazione, non potendone far derivare l'instaurazione di un rapporto diretto fra il conduttore e la compagine dei condòmini³⁴.

Da tale opzione ermeneutica deriva, quale logica conseguenza, che il dovere di comunicare al conduttore l'avviso di convocazione dell'assemblea dei condòmini non grava sull'amministratore – diversamente da

berano, in apposita assemblea, convocata dal proprietario dell'edificio o da almeno tre conduttori sulle spese e le modalità di gestione del servizio. Si osservano, in quanto applicabili, le disposizioni del codice civile sull'assemblea dei condòmini»).

³² Per la ricostruzione degli orientamenti giurisprudenziali formati con riferimento al previgente art. 6, comma 2, della legge n. 841 del 1973, F. GIRINO *Condominio negli edifici*, cit., 324 ss. (possono ivi reperirsi anche i necessari riferimenti alle pronunce di legittimità e, soprattutto, di merito).

³³ La natura eccezionale della previsione attributiva del diritto di partecipare all'assemblea condominiale al conduttore era già stata affermata dalla giurisprudenza con riferimento all'abrogato art. 6, comma 2, della legge n. 841 del 1973. Cfr., infatti Cass. 27 agosto 1986, n. 5238, in *DeJure e One Legale*, secondo cui la norma in parola «ha carattere eccezionale rispetto alla disciplina del condominio degli edifici e non è, quindi, suscettibile d'interpretazione estensiva; pertanto, il diritto dei conduttori di partecipare alle assemblee in sostituzione dei locatori e di adottare le deliberazioni relative, trova un preciso limite nell'indicato oggetto, con la conseguenza che la delibera dell'assemblea [...] riguardante materia diversa (nella specie: corresponsione ai proprietari di un contributo sulla spesa sostenuta per la trasformazione dell'impianto di riscaldamento) è affetta da nullità assoluta». Nel medesimo senso anche Cass. 14 novembre 1981, n. 6031, in *DeJure e One Legale*.

L'eccezionalità della previsione – questa volta con riferimento all'art. 10 della legge n. 392 del 1978 – è stata recentemente ribadita da Trib. La Spezia, 27 febbraio 2018, n. 162, in *DeJure e One Legale*, non potendo, pertanto, essa trovare applicazione nel caso in cui la delibera abbia avuto ad oggetto non spese e modalità di gestione dei servizi di riscaldamento, bensì la mera ripartizione delle spese condominiali e tra queste quelle dei consumi relativi al riscaldamento condominiale.

³⁴ Emblematica, in tal senso, è Cass. 13 gennaio 1995, n. 384, in *Foro it.*, 1995, I, 2864 ss. (si veda la relativa annotazione di C. SCALIA, *Spese di riscaldamento e partecipazione del conduttore all'assemblea condominiale*, in *Corr. giur.*, 1995, 958 ss.): «L'assemblea dell'art. 10 è un'assemblea condominiale “allargata” alla partecipazione, per certe materie, dei conduttori, i quali, su queste, deliberano “in luogo” dei condòmini. Si tratta [...] di una ipotesi di sostituzione legale del conduttore al locatore ispirata dal principio che, poiché le spese di riscaldamento gravano su di lui, (art. 9), il conduttore è maggiormente interessato alle relative deliberazioni. [...] Va comunque ribadito che gli artt. 9 e 10 della legge 392/78 si riferiscono solo ai rapporti conduttori-condòmini. *Di fronte al condominio esistono solo i condòmini e non i conduttori*; l'amministrazione condominiale si può rivolgere solo ai condòmini per il rimborso delle spese condominiali. La prova che *la legge del '78 riguarda solo i rapporti locatori-conduttori* si ricava oltre che dalla *sedes materiae* (legge c.d. sull'equo canone) dall'art. 5 della stessa che prevede la risoluzione del contratto di locazione, a favore del solo locatore, se il conduttore non gli rinfonda gli oneri accessori a suo carico. Non è quindi sostenibile la possibilità di un'azione diretta del condominio contro il conduttore» (cors. agg.). Nello stesso senso, fra le altre, Cass. 14 luglio 1988, n. 4606, in *Giust. civ.*, 1989, I, 404 ss.



quanto esplicitamente disposto per il caso dell'usufruttuario dall'art. 67, commi 6 e 7, disp. att. cod. civ.³⁵ —, bensì sull'unico soggetto effettivamente tenuto a garantire l'osservanza della norma in esame, cioè il condòmino-locatore³⁶. E, qualora quest'ultimo non abbia adempiuto a tale obbligo, la consequenziale mancata partecipazione del conduttore — sempre secondo la tesi in esame — non è in grado di incidere in alcun modo sulla regolare costituzione dell'assemblea, né il conduttore assente a causa del dolo o della negligenza della controparte contrattuale è legittimato a impugnare le delibere adottate e ritenute pregiudizievoli³⁷, salvo quanto fra poco si dirà in ordine alla facoltà in capo al medesimo conduttore, talora riconosciuta dalla giurisprudenza, di far valere in via di eccezione tale inadempimento verso il locatore allorché questi pretenda da lui il rimborso del denaro esborsato per il pagamento degli oneri condominiali approvati in consuntivo dall'assemblea alla quale egli non ha potuto prendere parte.

³⁵ L'art. 67, commi 6 e 7, disp. att. cod. civ. così dispone: «[6] L'usufruttuario di un piano o porzione di piano dell'edificio esercita il diritto di voto negli affari che attengono all'ordinaria amministrazione e al semplice godimento delle cose e dei servizi comuni. [7] Nelle altre deliberazioni, il diritto di voto spetta ai proprietari, salvi i casi in cui l'usufruttuario intenda avvalersi del diritto di cui all'articolo 1006 del codice ovvero si tratti di lavori od opere ai sensi degli articoli 985 e 986 del codice. In tutti questi casi l'avviso di convocazione deve essere comunicato sia all'usufruttuario sia al nudo proprietario».

³⁶ In tal senso cfr., per tutte, Cass. 22 aprile 1992, n. 4802, in *DeJure e One Legale*, secondo cui l'art. 10 in esame, ribadendo sostanzialmente quanto già previsto dall'art. 6 della legge n. 841 del 1973, e non avendo modificato l'art. 66 disp. att. cod. civ., non implica che l'avviso di convocazione dell'assemblea debba essere comunicato dall'amministratore (anche) al conduttore dell'appartamento, restando quindi tenuto soltanto il condòmino-proprietario ad informare la controparte contrattuale della avvenuta convocazione, e senza che le conseguenze della mancata convocazione del conduttore possano farsi ricadere sul condominio, che rimane estraneo al rapporto di locazione. Vedremo fra un istante, però, come il predetto art. 66 disp. att. cod. civ. sia stato invece modificato con la riforma del condominio del 2012.

Fra le pronunce di merito, segnaliamo, fra le molte, le seguenti: App. Genova 4 maggio 1996, in *Arch. loc.*, 1996, 54 ss.; App. Genova 22 luglio 1985, in *Foro it.*, 1986, I, 3137 ss.; Pret. Bologna 9 febbraio 1984, in *Arch. loc.*, 1984, 99 ss.

Invece, laddove ricorra il caso dell'edificio appartenente a un unico proprietario e suddiviso in più porzioni autonome — caso che, come s'è visto *supra* (par. 1, nt. 1), non configura un condominio —, la giurisprudenza ha talora addirittura negato che la convocazione della c.d. assemblea dei conduttori di cui all'art. 10, commi 3-5, della legge n. 392 del 1978 costituisca un dovere per il proprietario stesso. In tal senso, cfr. Cass. 3 agosto 1995, n. 8484, in *DeJure e One Legale*, secondo cui la predetta disposizione normativa non ha previsto che i conduttori possano sostituirsi al locatore nella gestione dei servizi condominiali, in particolare in quello della fornitura del riscaldamento, bensì ha introdotto un meccanismo volto a consentire la partecipazione dei conduttori stessi alle assemblee condominiali con riguardo alle decisioni dei proprietari locatori, *senza che, nel caso di edifici non in condominio, ne derivi un obbligo del proprietario dell'edificio di convocare in assemblea i conduttori*. Ne consegue che *non è configurabile in capo al proprietario locatore né un inadempimento, né un obbligo di conseguente risarcimento dei danni in confronto del conduttore per non averne convocato l'assemblea* ed il conduttore non può invocare il principio di cui all'art. 1460 cod. civ. per esimersi dal concorrere alle spese di riscaldamento. In senso conforme: Cass. 3 aprile 1990, n. 2762, in *DeJure e One Legale*.

³⁷ Ma la giurisprudenza, in merito a questo profilo, si mostra non univoca: v., infatti, Cass. 18 agosto 1993, n. 8755, in *Foro it.*, 1994, I, 2180 ss., secondo la quale, invece, l'art. 10 della legge n. 392 del 1978, nella misura in cui attribuisce al conduttore il diritto di votare in luogo del proprietario nelle assemblee condominiali aventi ad oggetto l'approvazione delle spese e delle modalità di gestione dei servizi di riscaldamento e di condizionamento dell'aria, riconosce implicitamente — mediante il rinvio alle disposizioni del Codice civile concernenti l'assemblea dei condòmini — il diritto dell'inquilino di impugnare le deliberazioni viziate, seppure con esclusivo riferimento alle predette materie. Al di fuori di quest'ultime — chiarisce ulteriormente la pronuncia — non viene attribuito al conduttore il potere generale di sostituirsi al proprietario nella gestione dei servizi condominiali, sicché deve escludersi la sua legittimazione a impugnare la deliberazione dell'assemblea condominiale di nomina dell'amministratore, di approvazione del regolamento di condominio e del bilancio preventivo. Nel medesimo senso, da ultimo, s'è espressa Cass. 30 maggio 2023, n. 15222, in *DeJure e One Legale*, la quale, dopo aver affermato che «soltanto i condòmini, e cioè i titolari di diritti reali sulle unità immobiliari, e non anche i conduttori, hanno la facoltà di impugnare le deliberazioni dell'assemblea, salvo che per le ipotesi regolate dall'art. 10, comma 1, legge n. 27 luglio 1978, n. 392», ha chiarito ulteriormente che «[s]e il conduttore può subire pregiudizi dall'approvazione di una determinata deliberazione dell'assemblea condominiale, ove la stessa, in particolare, arrechi molestie al diritto personale di godimento dell'utilizzatore, ciò giustifica eventualmente il ricorso alle tutele di cui agli artt. 1585 e 1586 c.p.c., ma non amplia la legittimazione alla impugnazione *ex art. 1137 c.c.*».



Va tuttavia segnalato che un recente orientamento dottrinale, muovendo dalle modifiche testuali che la l. n. 220/2012 ha apportato all'art. 1136, comma 6, cod. civ. e all'art. 66, comma 3, disp. att. cod. civ. (i quali ora, nell'individuare i soggetti che devono essere regolarmente convocati affinché l'assemblea sia legittimata a deliberare, non fanno più riferimento ai *condòmini* bensì, più in generale, agli *aventi diritto*³⁸) reputa siano ormai maturi i tempi per la revisione della tesi tradizionale che relega al piano contrattuale la rilevanza dell'art. 10 della legge c.d. sull'equo canone³⁹: l'attuale dato positivo – perlomeno laddove l'instaurazione del rapporto di locazione sia nota al condominio e non sia stata invece celata o rimasta occulta – consentirebbe infatti di riconoscere direttamente in capo all'amministratore (s'intende: per conto della compagine dei condòmini) il dovere di convocare il conduttore all'assemblea, così come, specularmente, di riconoscere in capo a quest'ultimo il potere di impugnare le delibere adottate senza la sua previa convocazione, quantomeno nelle ipotesi in cui egli fosse titolare del diritto di voto in luogo del proprietario, trattandosi di delibere concernenti le spese e le modalità di gestione dei servizi comuni di riscaldamento e condizionamento dell'aria.

Peraltro, a supporto di tale rinnovata impostazione – ma si vedrà, al termine del presente paragrafo, come non manchino argomenti parimenti persuasivi spendibili a sostegno della tesi tradizionale – ci sembra militi anche un ulteriore elemento, e cioè la mutata concezione teorica in ordine alla natura giuridica della posizione rivestita dall'amministratore di condominio⁴⁰, in virtù della quale quest'ultimo viene considerato non più (o, meglio, *non solo*) alla stregua di mandatario dei condòmini, bensì alla stregua di un soggetto professiona-

³⁸ La vigente versione dell'art. 1136, comma 6, cod. civ. – rubricato «Costituzione dell'assemblea e validità delle deliberazioni» –, risultante dalle modifiche introdotte dall'art. 14 della legge n. 220 del 2012, dispone che l'assemblea non può deliberare se non consta che *tutti gli aventi diritto* sono stati regolarmente convocati. La versione originaria della norma, invece, faceva riferimento a *tutti i condòmini*.

Similmente, la vigente versione dell'art. 66, comma 3, disp. att. cod. civ., risultante dalle modifiche introdotte dall'art. 20, della legge n. 220 del 2012, stabilisce che, in caso di omessa, tardiva o incompleta convocazione degli *aventi diritto*, la deliberazione assembleare è annullabile ai sensi dell'articolo 1137 cod. civ. su istanza dei dissenzienti o assenti perché non ritualmente convocati. Anche in questo caso, la versione testuale originaria della disposizione faceva riferimento ai soli *condòmini*.

³⁹ Per tale opinione cfr., fra le trattazioni più recenti, A. CIATTI CÀIMI, *Condominio negli edifici (Artt. 1117-1139)*, cit., 322; R. TRIOLA, *La riforma del condominio tra novità e occasioni mancate*, Giuffrè, 2014, 159 ss. (ma il predetto A. aveva sostenuto questa tesi ben prima della riforma del 2012-2013: cfr. ID., *Il condominio*, cit., 311 s.); A. SCARPA, *La riforma del condominio amplia l'onere di convocazione agli aventi diritto. Avviso di assemblea all'inquilino*, in *Il Sole 24 Ore*, 22.03.2014, 36. Riconosce, seppure in termini dubitativi, che le modifiche apportate dalla riforma del 2012 agli artt. 1136, comma 6, cod. civ. e 66, comma 3, disp. att. cod. civ. costituiscono possibili argomenti per affermare che l'art. 10 della legge n. 392 del 1978 fa nascere, almeno per quanto riguarda la partecipazione all'assemblea, un rapporto diretto fra condominio e conduttore, con la conseguenza che l'avviso di convocazione dovrebbe, in tale ordine di idee, essere inviato a quest'ultimo direttamente ad opera dell'amministratore, G. TERZAGO, *Il condominio. Trattato teorico-pratico*⁹, cit., 254 s.

Contra M. CAVALLARO, *Il condominio negli edifici (Artt. 1129-1137)*, in *Il codice civile. Commentario*, fondato da P. Schlesinger e diretto da F.D. Busnelli, Giuffrè, 2021, 70 ss., la quale, invece, continua a sostenere che sia il condòmino-locatore a dover comunicare l'avviso di convocazione al proprio conduttore perché «la legge che ha sancito la partecipazione dell'inquilino all'assemblea non ha previsto l'invio di un autonomo avviso di convocazione alla sua attenzione».

⁴⁰ Al riguardo, in considerazione della complessità teorica dell'argomento, deve necessariamente rinviarsi ad altre trattazioni. Per una efficace ricostruzione della questione cfr., fra gli altri, F. OLIVIERO, *Mandato dell'amministratore di condominio e disciplina consumeristica nel quadro delineato dalle recenti pronunce della Corte di giustizia UE*, in *Le nuove l. civ. comm.*, 2020, 1382 ss.; P. PETRELLI, *Il nuovo amministratore di condominio: competenze e responsabilità (anche all'epoca del covid-19)*, in AA. VV., *Comunione e condominio*, cit., 81 ss.; A. LUMINOSO, *Il rapporto di amministrazione condominiale*, in *Riv. giur. edil.*, 2017, II, 221 ss.; G. MIRABILE, *La responsabilità dell'amministratore di condominio dopo la legge n. 220/2012*, in *Resp. civ. prev.*, 2014, 1484 ss.; M. CAVALLARO, *Il condominio negli edifici (Artt. 1129-1137)*, cit., 70 ss.; G. TERZAGO, *Il condominio. Trattato teorico-pratico*⁹, cit., 335 ss.; F. LAZZARO, *sub art. 1229 cod. civ.*, in *Codice del condominio*², a cura di F. Lazzaro, M. Di Marzio e F. Petrolati, Giuffrè, 2017, 310 s.; A.G. CIANCI, *L'amministratore*, in *Il condominio*, cit., 558 ss.



le⁴¹ finanche titolare di un ufficio di diritto privato⁴², cui è demandata la cura non soltanto degli interessi dei condòmini, ma altresì – come dimostra la copiosa giurisprudenza in materia di responsabilità dell'amministratore, specie in punto di sicurezza e di conformità tecnica dell'edificio⁴³ – degli interessi dei terzi che nel condominio siano coinvolti stabilmente o anche solo transitoriamente. Si vuol dire, in altri termini, che, ove si sia propensi a ravvisare nell'amministratore del condominio una figura cui è rimesso, fra l'altro, il compito di adeguare le attività condominiali alla legge, accompagnando in tale percorso virtuoso i condòmini⁴⁴, non sarà difficile riconoscere che ciò, così come vale, a mero titolo esemplificativo, per le attività di manutenzione o di conformazione degli impianti a tutela dell'incolumità dei condòmini e dei terzi, deve valere *a maggior ragione* per l'osservanza delle prerogative che la stessa legge riconosce direttamente alle *persone* che nel condominio sono coinvolte pur non avendo un titolo proprietario, essendo fra dette prerogative annoverabile anche il diritto di partecipare all'assemblea.

Ciò detto – e riprendendo le fila del discorso –, il secondo fattore che a nostro avviso rende fragile e poco effettiva la tutela offerta al conduttore dall'art. 10 della l. n. 392/1978 è costituito dal fatto che la giurisprudenza, oltre ad aver confinato la rilevanza di tale previsione, come s'è appena illustrato, al piano contrattuale, ha altresì stabilito a più riprese che l'inadempimento da parte del condòmino-locatore del dovere di comunicare al conduttore l'avviso di convocazione dell'assemblea non è idoneo a incidere sul sinallagma contrattuale, e non può quindi di per sé solo legittimare il conduttore a invocare la risoluzione del contratto di locazione, né a sospendere l'adempimento delle proprie obbligazioni ai sensi dell'art. 1460, comma 1, cod. civ., segnatamente di quella di pagamento del canone⁴⁵.

L'osservanza da parte del locatore dell'art. 10 sembrerebbe perciò corrispondere a un dovere del tutto secondario o, comunque, di *scarsa importanza*, senza che però sia data la possibilità in concreto, come invece vorrebbe l'art. 1455 cod. civ., di compiere un'indagine in ordine all'effettivo interesse del creditore all'adempimento.

Una volta esclusa *a priori* la risolubilità del contratto di locazione, l'unica conseguenza che secondo la giurisprudenza potrebbe derivare dall'inadempimento dell'obbligo di informazione sarebbe al più costituita dalla inopponibilità della deliberazione al conduttore che a causa di ciò non abbia potuto prendere parte all'assemblea. Il conduttore sarebbe cioè legittimato, nel rapporto con il locatore, a rifiutare il rimborso dei maggiori oneri dipendenti dalle delibere adottate in sua assenza⁴⁶, senza che, però, dalla giurisprudenza siano

⁴¹ Tanto che ai rapporti con il condominio – a patto di poter qualificare quest'ultimo alla stregua di consumatore – troveranno applicazione le regole del diritto dei consumatori. Sul punto cfr. G. DE CRISTOFARO, *Gli amministratori di condominio e le loro associazioni fra codice del consumo e legge n. 4 del 2013 sulle professioni non organizzate*, in *St. Iuris*, 2014, 799 ss.; F. OLIVIERO, *Mandato dell'amministratore di condominio e disciplina consumeristica nel quadro delineato dalle recenti pronunce della Corte di giustizia UE*, cit., 1371 ss.

⁴² In giurisprudenza si sono espresse in tal senso, fra le altre: Cass. 16 agosto 2000, n. 10815; Cass. 30 marzo 2006, n. 7498; Cass., sez. un., 8 aprile 2008, n. 9148; Cass. 17 febbraio 2012, n. 2363; Cass. 5 giugno 2014, n. 12678. Tutte le pronunce testé citate sono reperibili nelle banche dati *DeJure* e *One Legale*.

⁴³ Sul punto cfr., *ex plurimis*, A. SCARPA, *La sicurezza nella disciplina civilistica del condominio*, in *Imm. & Propr.*, 2018, 517 ss.; G. MIRABILE, *La responsabilità dell'amministratore di condominio dopo la legge n. 220/2012*, cit., 1482 ss.; G. BENEDETTI, *La riforma del condominio e la sicurezza negli edifici*, in *Imm. & Propr.*, 2013, 97 ss.; ID., *La responsabilità dell'amministratore per la sicurezza del condominio*, in *Igiene. sic. lav.*, 2013, 70 ss.

⁴⁴ Sul punto cfr. A. CIRILA, *L'amministratore: un mandatario che deve gestire il condominio nel rispetto della legge*, in *Imm. & Propr.*, 2013, 143 ss.

⁴⁵ Si vedano i riferimenti giurisprudenziali indicati alla nota successiva.

⁴⁶ In tal senso, v. Cass. 3 ottobre 2005, n. 19308, in *DeJure* e *One Legale*. In senso conforme, fra le altre, v.; Pret. Bologna 9 febbraio 1984, in *Arch. civ.*, 1984, 782 ss., la quale, dopo aver ribadito che incombe sul condòmino-locatore, e non sull'amministratore del condominio, il dovere di informare il conduttore della convocazione delle assemblee aventi ad oggetto quanto previsto dall'art. 10



mai stati individuati con precisione i presupposti di tale inopponibilità: quest'ultima si verifica in ogni caso di doverosa (ma mancata) convocazione del conduttore, oppure soltanto laddove la legge gli attribuisca il diritto di voto in luogo del proprietario? E ancora: l'inopponibilità è predicabile anche quando sia accertato che il voto contrario del conduttore (o la mera manifestazione del suo disaccordo, nei casi ove egli non sia titolare del diritto di voto) avrebbe precluso (o, nel secondo caso, avrebbe avuto serie *chances* di precludere) l'adozione della delibera?

Invero, a quanto consta, l'unica indicazione sul punto è stata fornita da una pronuncia di merito relativamente recente, la quale, ai fini della inopponibilità della delibera al conduttore, sembra richiedere la prova dell'esistenza di un nesso eziologico fra la mancata partecipazione del conduttore all'assemblea condominiale (dovuta all'omissione del locatore) e l'approvazione della delibera stessa⁴⁷.

C'è, infine, un terzo fattore di fragilità, tutt'altro che trascurabile, anche se, a ben guardare, esso non sembra essere stato adeguatamente valorizzato negli studi sulla portata sistematica della disposizione *de qua*, e ciò verosimilmente perché si tratta di un elemento valutativo sopravvenuto rispetto all'originaria entrata in vigore della legge c.d. sull'equo canone. Tale fattore riguarda la natura cogente o dispositiva della norma.

Invero, benché l'art. 10 della l. n. 392/1978 trovi applicazione tanto ai contratti di locazione di immobili urbani adibiti ad uso abitativo, quanto, in virtù del rinvio operato dall'art. 41 della medesima legge, ai contratti di locazione di immobili urbani destinati all'esercizio di attività industriali, commerciali e professionali⁴⁸, esso, nondimeno, a seconda che ricorra l'una o l'altra delle predette categorie di locazioni, assume un valore giuridico profondamente diverso.

Se infatti, in origine, l'art. 79 della legge c.d. sull'equo canone sanciva, senza alcuna distinzione, la nullità di ogni pattuizione diretta ad attribuire al locatore qualsivoglia vantaggio in contrasto con le disposizioni contenute in quella stessa legge⁴⁹, va però tenuto conto del fatto che detto articolo è stato successivamente abrogato, *limitatamente alle locazioni abitative*, dall'art. 14, comma 4, l. n. 431/1998⁵⁰; con la conseguenza

della legge c.d. sull'equo canone, ha ulteriormente stabilito che, in difetto di tale comunicazione, non può considerarsi nulla la relativa delibera, né può il conduttore ritenere estinto il debito relativo agli oneri condominiali nei confronti del locatore, egli potendo soltanto opporre al locatore «le eventuali ragioni che avrebbe potuto far valere in assemblea», ma che per colpa di quest'ultimo gli è stato impedito. V. anche Pret. Portici 10 novembre 1982, in *Giur. it.*, 1983, I, 748 ss., la quale, invece, in maniera apparentemente più rigorosa, ha affermato che il conduttore non ha l'obbligo di rimborsare al locatore le spese da questo sostenute per il servizio di riscaldamento dell'immobile quando non sia stato posto in condizione di gestire tale servizio mediante preventiva comunicazione dell'assemblea condominiale convocata al fine di deliberare sulle relative spese e modalità di gestione.

⁴⁷ Il riferimento è a Trib. Modena 13 aprile 2011, n. 641, in *DeJure*, secondo cui «la mancata partecipazione all'assemblea condominiale non elide l'obbligo del conduttore di pagamento degli oneri condominiali, in quanto tale obbligo sorge in relazione alla fruizione dei servizi, potendo egli invece contestare in modo specifico le singole partite debitorie con particolare riferimento al mancato godimento dei servizi o fornire la prova che, qualora egli avesse partecipato all'assemblea, il rendiconto non sarebbe stato approvato» (cors. agg.).

⁴⁸ L'art. 41 della legge n. 392 del 1978 stabilisce che «[a]i contratti previsti nell'articolo 27 si applicano le disposizioni degli articoli da 7 a 11». A sua volta, la vigente formulazione dell'art. 27, risultante dalle modifiche operate dall'art. 52 del d.lgs. 23 maggio 2011, n. 79, fa riferimento alle locazioni di immobili adibiti all'esercizio di attività industriali, commerciali e artigianali di interesse turistico, quali agenzie di viaggio e turismo, impianti sportivi e ricreativi, aziende di soggiorno ed altri organismi di promozione turistica e simili. Fa inoltre riferimento alle locazioni di immobili adibiti all'esercizio abituale e professionale di qualsiasi attività di lavoro autonomo.

⁴⁹ L'art. 79, comma 1, della legge n. 392 del 1978, più dettagliatamente, dispone: «È nulla ogni pattuizione diretta a limitare la durata legale del contratto o ad attribuire al locatore un canone maggiore rispetto a quello previsto dagli articoli precedenti ovvero ad attribuirgli altro vantaggio in contrasto con le disposizioni della presente legge». Al riguardo cfr., fra gli altri, R. CAIAZZO, *sub art. 79 l. 392/1978*, in *Commentario breve alla disciplina delle locazioni immobiliari*², cit., 844 s.; C. GRASSI, *sub art. 79 l. 392/1978*, in *Codice commentato degli immobili urbani*, cit., 1153 ss.

⁵⁰ Nello specifico, l'art. 14, comma 4, della legge n. 431 del 1998 dispone: «Sono altresì abrogati gli articoli 1, 3, 12, 13, 14, 15,



che, per ciò che qui interessa, l'art. 10 viene ad assumere valore di norma *unilateralmente imperativa* (essa è cioè inderogabile in senso sfavorevole al conduttore) in relazione ai contratti di locazione ad uso diverso da quello abitativo – con la sola eccezione, introdotta nel 2014, delle c.d. *grandi locazioni* di cui al comma 3 dell'art. 79, per le quali la deroga, anche in senso sfavorevole al conduttore, è invece consentita⁵¹ –, mentre ha valore di norma *dispositiva* in relazione ai contratti di locazione ad uso abitativo.

Di siffatta disparità di trattamento, in verità, si fatica a rinvenire il senso, ed essa appare, anzi, del tutto irragionevole nella misura in cui finisce per garantire un grado di tutela di molto inferiore a un soggetto – il conduttore, per l'appunto, che si serva dell'alloggio condominiale a fini residenziali – il quale è strutturalmente più debole rispetto al suo omologo che abbia preso in locazione l'immobile a scopi industriali, commerciali o professionali⁵², tutto ciò compromettendo grandemente l'effettività del diritto del conduttore di prendere parte all'assemblea condominiale proprio in quei casi che, invece, di tale diritto dovrebbero costituire il precipuo terreno d'elezione.

Per altro verso – e concludendo – non può nascondersi come questo doppio atteggiarsi della norma – talora cogente, talaltra dispositiva, secondo una tipica logica *inter partes* – si presti ad essere interpretato quale elemento sintomatico della rilevanza meramente contrattuale della stessa, restringendosi con ciò i margini per sostenere la sua idoneità ad instaurare un rapporto diretto fra conduttore e (amministratore del) condominio, quantunque non manchino, come a suo tempo s'è visto, argomenti altrettanto solidi anche a supporto di tale ultima impostazione.

3. – Proseguendo la rassegna delle (poche) disposizioni rilevanti in tema di condominio e locazione, devono ora brevemente esaminarsi quelle di cui agli artt. 1130, n. 6, cod. civ. e 13, comma 1, l. n. 431/1998, concernenti entrambe – la prima direttamente, la seconda indirettamente – la tenuta dell'anagrafe condomi-

16, 17, 18, 19, 20, 21, 22, 23, 24, 25, 26, 54, 60, 61, 62, 63, 64, 65, 66, 75, 76, 77, 78, 79, limitatamente alle locazioni abitative, e 83 della legge 27 luglio 1978, n. 392, e successive modificazioni). Al riguardo cfr., fra gli altri, A. SCARPA, *sub art. 14 l. 431/1998*, in *Commentario breve alla disciplina delle locazioni immobiliari*², cit., 397 ss.; C. GRASSI, *sub art. 14 l. 431/1998*, in *Codice commentato degli immobili urbani*, cit., 1242 ss.

⁵¹ Il comma 3 dell'art. 79 della legge n. 392 del 1978, introdotto ad opera dell'art. 18, comma 1, d.l. 12 settembre 2014, n. 133, conv. con modif. dalla l. 11 novembre 2014, n. 164, dispone quanto segue: «In deroga alle disposizioni del primo comma, nei contratti di locazione di immobili adibiti ad uso diverso da quello di abitazione, anche se adibiti ad attività alberghiera, per i quali sia pattuito un canone annuo superiore ad euro 250.000, e che non siano riferiti a locali qualificati di interesse storico a seguito di provvedimento regionale o comunale, è facoltà delle parti concordare contrattualmente termini e condizioni in deroga alle disposizioni della presente legge. I contratti di cui al periodo precedente devono essere provati per iscritto». Al riguardo cfr., per tutti, F. PADOVINI, *La Liberalizzazione del mercato delle grandi locazioni ad uso non abitativo*, in *Le nuove l. civ. comm.*, 2015, 429 ss.

⁵² L'aporia è segnalata anche da G. GABRIELLI e F. PADOVINI, *La locazione di immobili urbani*², cit., 10, ove si osserva, del tutto condivisibilmente, che dall'abrogazione disposta dall'art. 14, comma 4, della legge n. 431 del 1998 deriva «la conseguenza che la clausola generale dell'art. 79 [della legge n. 392 del 1978] opera soltanto per le disposizioni relative alle locazioni non abitative, e non per quelle riguardanti le locazioni abitative, alle quali deve quindi riconoscersi, in assenza di altri elementi, natura dispositiva. Ciò significa [...] che tutte le norme comuni continuano, bensì, a valere per entrambi i sottotipi di locazione, ma con un valore giuridico profondamente diverso, concretantesi nella diversa natura, derogabile in un caso ed inderogabile nell'altro, della medesima norma. Questa diversità di natura può suscitare un fondato sospetto di illegittimità costituzionale per irragionevole disparità di trattamento fra le due categorie di locazioni, non risultando chiare le ragioni che hanno indotto il legislatore del 1998 a considerare il conduttore adibiti ad uso diverso dall'abitazione meritevole di maggior tutela del conduttore che soddisfa l'interesse primario ad un focolare domestico». E – proseguono gli A. alla nt. 7 – «[a]nzi, i dati giuridici rinvenibili nel nostro ordinamento – prima fra tutti la tutela del diritto all'abitazione, di rango, secondo alcuni, addirittura costituzionale – impongono vincoli alla scelta discrezionale del legislatore in materia di locazione abitativa, che invece non sussistono in relazione alla regolazione della locazione non abitativa, dove sono contrapposti gli interessi di soggetti economici».



niale da parte dell'amministratore di condominio. Va però precisato che se la seconda riguarda esclusivamente i contratti di locazione (peraltro, solo quelli aventi ad oggetto immobili destinati ad uso abitativo⁵³), la prima, come si sta per vedere, menziona più in generale tutti i titolari di diritti (reali e personali) di godimento sulla porzione dell'edificio condominiale.

Ebbene, l'art. 1130, n. 6, cod. civ., così come modificato dalla riforma del condominio del 2012-2013⁵⁴, stabilisce che fra le attribuzioni dell'amministratore v'è anche quella di «curare la tenuta del registro di anagrafe condominiale contenente le generalità dei singoli proprietari e dei titolari di diritti reali e di diritti personali di godimento, comprensive del codice fiscale e della residenza o domicilio, i dati catastali di ciascuna unità immobiliare, nonché ogni dato relativo alle condizioni di sicurezza delle parti comuni dell'edificio»; stabilisce ulteriormente che «[o]gni variazione dei dati deve essere comunicata all'amministratore in forma scritta entro sessanta giorni. L'amministratore, in caso di inerzia, mancanza o incompletezza delle comunicazioni, richiede con lettera raccomandata le informazioni necessarie alla tenuta del registro di anagrafe. Decorsi trenta giorni, in caso di omessa o incompleta risposta, l'amministratore acquisisce le informazioni necessarie, addebitandone il costo ai responsabili».

L'art. 1130, n. 6, cod. civ., seppure limitatamente alle locazioni abitative alle quali sole si applica, va letto in combinato disposto con l'art. 13, comma 1, l. n. 431/1998 – nella formulazione risultante a seguito della sostituzione operata dalla l. 28 dicembre 2015, n. 208⁵⁵ –, il quale, dopo aver sancito la nullità di ogni pattuizione volta a determinare un importo del canone di locazione superiore a quello risultante dal contratto scritto e registrato, stabilisce che «[è] fatto carico al locatore di provvedere alla registrazione [del contratto di locazione] nel termine perentorio di trenta giorni, dandone documentata comunicazione, nei successivi sessanta giorni, al conduttore ed all'amministratore del condominio, anche ai fini dell'ottemperanza agli obblighi di tenuta dell'anagrafe condominiale di cui all'articolo 1130, numero 6), del codice civile»⁵⁶.

Le due disposizioni testé evocate, al netto delle tanto interessanti quanto delicate questioni interpretative e applicative che esse sollevano sotto molti profili, e che qui non tratteremo perché estranee all'oggetto di questo contributo⁵⁷, risultano particolarmente significative ai fini della presente indagine poiché, a causa della

⁵³ Com'è noto, infatti, l'ambito di applicazione della legge n. 431 del 1998 è relegato alle locazioni abitative, come testimonia, oltre al testo dell'art. 1, anche il testo dell'epigrafe della medesima legge («Disciplina delle locazioni e del rilascio degli immobili adibiti ad uso abitativo»).

⁵⁴ Il testo attualmente vigente dell'art. 1130 cod. civ. è il risultato delle modifiche apportate ad opera dell'art. 10 della l. 11 dicembre 2012, n. 220, entrate in vigore il 18 giugno 2013. Inoltre, le parole «delle parti comuni dell'edificio» di cui al n. 6 del predetto art. 1130 cod. civ. sono state aggiunte dall'art. 1, comma 9, del d.l. 23 dicembre 2013, n. 145, conv. con modif. dalla l. 21 febbraio 2014, n. 9.

⁵⁵ Il testo originario dell'art. 13 della legge n. 431 del 1998 è stato sostituito da quello contenuto nell'art. 1, comma 59, della l. 28 dicembre 2015, n. 208 (c.d. legge di stabilità 2016). Nel testo originario – com'è del resto naturale, se si tiene conto del dato cronologico – non veniva sancito alcun dovere in capo al locatore di comunicare (al conduttore ma soprattutto) all'amministratore l'avvenuta registrazione del contratto di locazione ai fini dell'aggiornamento del registro di anagrafe condominiale.

⁵⁶ Va, peraltro, rammentato che il tuttora vigente d.l. 21 marzo 1978, n. 59, conv. con modif. dalla legge 18 maggio 1978, n. 191, recante «Norme penali e processuali per la prevenzione e la repressione di gravi reati», all'art. 12, comma 1, prevede che «[c]hiunque cede la proprietà o il godimento o a qualunque altro titolo consente, per un tempo superiore a un mese, l'uso esclusivo di un fabbricato o di parte di esso ha l'obbligo di comunicare all'autorità locale di pubblica sicurezza, entro quarantotto ore dalla consegna dell'immobile, la sua esatta ubicazione, nonché le generalità dell'acquirente, del conduttore o della persona che assume la disponibilità del bene e gli estremi del documento di identità o di riconoscimento, che deve essere richiesto all'interessato». Tuttavia, l'art. 2 del d.l. 20 giugno 2012, n. 79, conv. con modif. dalla l. 7 agosto 2012, n. 131 ha previsto che l'obbligo di comunicazione all'autorità locale di pubblica sicurezza di cui al predetto all'art. 12 del del d.l. n. 59 del 1978 rimane assorbito dalla registrazione del contratto di locazione.

⁵⁷ Si pensi, fra le altre, alle questioni inerenti ai profili formali e procedurali, a quelle correlate al corretto trattamento dei dati per-



scarsa perspicuità della loro formulazione testuale – specialmente, come si sta per vedere, di quella contenuta nel Codice civile –, nonché a causa delle difficoltà che si incontrano nel tentativo di coordinarle, non risulta in maniera inequivoca se l’obbligo di comunicare all’amministratore i dati necessari per la tenuta del registro dell’anagrafe condominiale incomba anche sul conduttore, oltre che sul relativo condòmino-locatore⁵⁸.

Sicché, a ben vedere, si pone anche in questo caso una questione non dissimile da quella imperniata sull’art. 10 della legge c.d. sull’equo canone; e cioè se – questa volta in tema di aggiornamento della sezione “soggetti” del registro anagrafico condominiale – si instauri o meno un rapporto *giuridico* (obbligatorio) diretto fra il conduttore della singola unità immobiliare dell’edificio e il condominio.

Per tentare di fornire una risposta ai quesiti appena formulati, è opportuno ripercorrere brevemente, mettendoli opportunamente in luce, i contenuti prescrittivi delle due disposizioni normative in esame, i cui testi s’è già avuto cura di riportare più sopra.

Ebbene, l’art. 1130, n. 6, cod. civ. può essere ricostruito nei seguenti termini:

a) in primo luogo, esso stabilisce il dovere – il cui inadempimento integra, per espressa previsione di legge, una «grave irregolarità» finanche idonea a comportare la revoca dell’incarico, anche ad opera dell’autorità giudiziaria⁵⁹ – di curare la tenuta del registro di anagrafe condominiale, il quale, per quanto concerne i dati di natura soggettiva, deve necessariamente contenere talune indicazioni *ivi espressamente previste*, ossia le generalità dei singoli proprietari e dei titolari di diritti reali e personali di godimento, il loro codice fiscale e la loro residenza o il loro domicilio;

b) in secondo luogo, esso prescrive il dovere di comunicare in forma scritta ed entro sessanta giorni (decorrenti dal momento in cui il titolo inizia a produrre effetti?) l’eventuale variazione dei dati sopra menzionati, seppure – si badi – senza individuare specificamente il soggetto sul quale grava tale incombenza («Ogni variazione dei dati *deve essere comunicata* ...»);

c) in terzo luogo, esso stabilisce che, in caso di inadempimento totale o parziale del dovere di comunica-

sonali, ecc. Ma si pensi anche alla questione, di stretta attualità, relativa alla applicabilità o meno della disposizione codicistica allorché la locazione non ricada nell’ambito di operatività della legge n. 431 del 1998, in particolare ove la medesima sia stipulata esclusivamente per finalità turistiche: in tema di concessione in godimento di alloggi condominiali per finalità esclusivamente turistiche cfr. L. BERUTTI, *Le locazioni con finalità turistiche nella realtà condominiale*, in *Contr.*, 2023, 91 ss.; V. NASINI, P. NASINI, *La locazione di immobili urbani ad uso abitativo*, Giuffrè, 2019, 260 ss. A tale ultimo riguardo, giova peraltro ricordare che in siffatte ipotesi un (ulteriore?) obbligo di comunicazione in capo al condòmino è stabilito dall’art. 109 del r.d. 18 giugno 1931, n. 773 (T.U.L.P.S.), il quale dopo aver prescritto, al comma 1, che i gestori di esercizi alberghieri e di altre strutture ricettive, comprese quelle che forniscono alloggio in tende, roulotte, *nonché i proprietari o gestori di case e di appartamenti per vacanze e gli affittacamere, ivi compresi i gestori di strutture di accoglienza non convenzionali* possono dare alloggio esclusivamente a persone munite della carta d’identità o di altro documento idoneo ad attestarne l’identità secondo le norme vigenti, stabilisce, al comma 3, che i predetti soggetti, entro le ventiquattr’ore successive all’arrivo, debbano comunicare alle questure territorialmente competenti, avvalendosi di mezzi informatici o telematici o mediante fax, le generalità delle persone alloggiate.

⁵⁸ La questione problematica dell’individuazione del soggetto tenuto a effettuare la comunicazione è segnalata anche – benché non risolta – da R. TRIOLA, *La riforma del condominio tra novità e occasioni mancate*, cit., 245: «Per quanto riguarda i titolari di diritti personali di godimento non viene previsto se l’obbligo di comunicazione sussiste anche a carico degli stessi o se grava esclusivamente sul condòmino proprietario».

⁵⁹ Cfr. l’art. 1129, comma 12, n. 7, cod. civ. («Costituiscono, tra le altre, gravi irregolarità: [...] 7) l’inottemperanza agli obblighi di cui all’articolo 1130, numeri 6, 7 e 9»).

Si segnala, in argomento, Trib. Udine 7 novembre 2014, in *Arch. loc.*, 2015, 193 ss., la quale ha stabilito che, in tema di revoca giudiziale, deve ritenersi che non integri motivo di revoca ex art. 1129, comma 12, n. 7, cod. civ. il comportamento dell’amministratore che – nella specie, a soli pochi mesi dall’entrata in vigore della riforma che ha introdotto l’obbligo di tenere il registro dell’anagrafe condominiale – si sia attivato con una lettera ai condomini per richiedere le informazioni necessarie alla tenuta del registro medesimo.



zione indicato *sub b*), l'amministratore è tenuto ad attivarsi in prima persona per richiedere le informazioni necessarie alla tenuta del registro di anagrafe. Anche qui, però, va notato come la norma, che tanto si adopera per fornire dettagli di carattere formale-procedurale («...con lettera raccomandata»), nulla dice, invece, in ordine a quali siano i destinatari necessari della richiesta dell'amministratore;

d) viene infine precisato che, una volta decorsi trenta giorni (computati dall'invio della raccomandata contenente la richiesta o dalla data di recapito della stessa?), ove perduri l'inadempimento, l'amministratore è tenuto ad acquisire le informazioni necessarie *aliunde* (non si dice né come né dove...⁶⁰), addebitandone il costo... *ai responsabili*.

La spiccata genericità con la quale è stato formulato dal legislatore del 2012-2013 l'art. 1130, n. 6, cod. civ., specialmente sotto il profilo della (mancata) individuazione del soggetto tenuto (o dei soggetti tenuti) a comunicare all'amministratore i dati (soggettivi) da inserire nel registro anagrafico, risulta particolarmente stigmatizzabile. La norma, infatti, non si limita a istituire il predetto dovere di comunicazione, ma si spinge ben oltre, giacché, come emerge dalla ricostruzione dianzi effettuata, essa arriva addirittura ad attribuire all'amministratore del condominio il *potere* di addebitare ai (e quindi di *pretendere* dai) *responsabili* il rimborso delle spese sostenute per l'attività di reperimento dei dati⁶¹, le quali, a ben guardare, potrebbero essere tutt'altro che esigue, dovendosi annoverare, fra le altre voci di costo, anche lo stesso onorario dell'amministratore che abbia dovuto impiegare il proprio tempo e le proprie risorse in siffatta attività, anche per evitare di incorrere nell'ipotesi di grave irregolarità di cui all'art. 1129, comma 12, n. 7, cod. civ.⁶². Donde la rilevanza non meramente teorico-speculativa della questione che si sta ora analizzando.

Più agevole risulta la ricostruzione, nelle parti che qui interessano, dell'art. 13, comma 1, l. n. 431/1998. Infatti:

a) in primo luogo, esso fa carico *al locatore*, nel termine perentorio di trenta giorni (decorrenti dalla stipulazione del contratto o dalla produzione dei suoi effetti?), di provvedere alla registrazione;

b) in secondo luogo, esso impone, ancora una volta *al locatore*, di dare comunicazione in maniera «documentata», nei successivi sessanta giorni, dell'avvenuto adempimento dell'obbligo di registrazione del contratto; tale comunicazione deve essere data, per espressa previsione della norma, sia al conduttore, sia – ed è

⁶⁰ Sul punto cfr. A. CIATTI CÀIMI, *Condominio negli edifici (Art. 1117-1139)*, cit., 243 («Per quanto riguarda l'istruttoria da compiersi, quando non riceva le informazioni necessarie, o le riceva in maniera incompleta, l'amministratore dovrà rivolgersi essenzialmente agli strumenti consueti di pubblicità: catasto e registri della conservatoria, oppure catasto tavolare, là dove sia vigente quel sistema»). Però, con specifico riferimento ai titolari di diritti personali di godimento – quali sono i locatori, per l'appunto –, osserva condivisibilmente R. TRIOLA, *La riforma del condominio tra novità e occasioni mancate*, cit., 245, che, «[a]d ogni modo non sarà facile per l'amministratore procurarsi i dati relativi a tali soggetti, non esistendo un pubblico registro dei contratti di locazione».

⁶¹ Rispetto a questa potestà attribuita all'amministratore, si vedano però i rilievi critici di G. TERZAGO, *Il condominio. Trattato teorico-pratico* ⁹, cit., 424: «Questa sanzione risarcitoria del responsabile, affidata all'amministratore, suscita alcune perplessità, anche se va letta nel senso che, oggi, il singolo condomino debba rispondere verso gli altri partecipanti dei danni causati alla gestione condominiale per effetto del suo rifiuto o delle sue resistenze alla regolare e aggiornata tenuta del registro dell'anagrafe del fabbricato. Tuttavia, l'obbligo, in capo al condomino che non collabori, di sostenere la spesa relativa ai costi sopportati dall'amministrazione per procurarsi *aliunde* i dati necessari, suppone o che egli stesso abbia poi riconosciuto la sua responsabilità, o che essa sia stata accertata in sede giudiziale; in realtà, fino a quando l'obbligo risarcitorio del condominio non risulti in uno di tali modi accertato, né l'amministratore né l'assemblea potrebbero imputargli a tale titolo alcuna spesa, disattendendo così l'ordinario criterio di ripartizione di cui all'art. 1223 c.c., secondo cui ogni addebito di spesa va compiuto in base alla quota di partecipazione di ciascun alla proprietà comune (i millesimi), fermo restando il diritto dei condomini adempienti di agire contro il condomino ritenuto responsabile per ottenere il rimborso di quan[t]o anticipato».

⁶² V. *supra*, nt. 59.



questo l'elemento di connessione con l'art. 1130, n. 6, cod. civ. – all'amministratore di condominio *anche ai fini dell'ottemperanza agli obblighi di tenuta dell'anagrafe condominiale*.

Ora, laddove la norma da ultimo considerata, quella cioè contenuta nella legge “collegata” sulle locazioni abitative, si prestasse ad essere interpretata alla stregua di una specificazione di quella contenuta nel Codice civile, la risposta al quesito che qui ci occupa sarebbe alquanto agevole: per evidenti ragioni di simmetria, infatti, dovrebbe concludersi nel senso che il locatore, dacché risulta l'unico titolare dell'obbligo di comunicazione in forza della legge del '98, dovrà reputarsi destinatario esclusivo – pur a fronte della genericità del dato positivo – dell'obbligo sancito dalla norma codicistica.

Così, però, non è: in letteratura, difatti, è già stato accuratamente dimostrato come le due norme presentino strutture, contenuti, regole procedurali e funzioni nient'affatto congruenti, non potendosi di conseguenza considerare l'una quale specificazione dell'altra⁶³. Nell'art. 13, comma 1, l. n. 431/1998 «deve vedersi piuttosto una disposizione diretta a portare a conoscenza dell'amministratore – in occasione della registrazione del contratto di locazione – l'esistenza del contratto stesso, nella prospettiva che di questo si tenga conto ai fini del registro dell'anagrafe condominiale nel senso previsto dal n. 6 dell'art. 1130 c.c.»⁶⁴.

D'altra parte, alla medesima conclusione si giungerebbe anche sol considerando che, come s'è già ricordato, l'art. 13 si applica unicamente alle locazioni abitative, escluse per di più quelle che rimangono estranee al perimetro delineato dall'art. 1 della l. n. 431/1998; sì che difficilmente potrebbe sostenersi che una norma di più ristretta applicazione possa rappresentare un valido metro ermeneutico per un'altra norma che, invece, contemplando essa tutti i soggetti titolari di diritti di godimento (anche reali), dimostra di avere una sfera di operatività ben più allargata.

Per verità, si è fortemente persuasi che il mero dato normativo non sia affatto sufficiente per dare risposta al quesito a suo tempo formulato, essendo il medesimo irrimediabilmente ambiguo. Infatti, oltre alla (doverosa) notazione dell'utilizzo, da parte del legislatore, del plurale *responsabili* in fondo al n. 6 dell'art. 1130 cod. civ. – elemento che di per sé non sembra però particolarmente significativo, posto che il plurale potrebbe anche riferirsi ai più comproprietari della medesima unità immobiliare, ovvero semplicemente ai più condòmini che, pure in tempi diversi, non abbiano ottemperato al dovere di comunicazione dei dati per l'aggiornamento del registro anagrafico –; oltre a ciò, si diceva, non sono rinvenibili ulteriori elementi suscettibili di essere valorizzati per compiere un'opzione interpretativa netta.

Probabilmente, per risolvere l'interrogativo non v'è altro modo che muovere dall'individuazione della funzione assolta dal dovere dell'amministratore di curare la tenuta e l'aggiornamento del registro di anagrafe condominiale (segnatamente, per quanto qui interessa, della parte relativa ai soggetti). Non v'è dubbio, a tal proposito, che la norma di cui all'art. 1130, n. 6, cod. civ., ove ponderata con opportuno distacco e rigore, si mostri assai poco ambiziosa, giacché, lungi dal voler realizzare, secondo una logica di inclusività, un censimento di tutti i partecipanti alla vita condominiale, essa sembra piuttosto voler soddisfare una mera esigenza – per quanto comunque rilevante – di «trasparenza degli insediati»⁶⁵, secondo quella che appare più

⁶³ Il riferimento è allo studio di P. SCALETTARIS, *Contenuto e finalità dell'obbligo di comunicazione all'amministratore del condominio della registrazione del contratto di locazione*, in *Riv. giur. edil.*, 2016, II, 449 ss.

⁶⁴ *Ibidem*, 458, ove si aggiunge: «Proprio alla luce delle osservazioni svolte, che evidenziano i punti di divergenza tra le disposizioni del codice civile in tema di anagrafe condominiale e la norma che dispone la comunicazione all'amministratore della registrazione del contratto di locazione, deve concludersi che quest'ultima non sostituisce la disposizione del n. 6 dell'art. 1130 c.c. né ne specifica o integra il contenuto».

⁶⁵ L'espressione è tratta da F. LAZZARO, *sub art. 1130 cod. civ.*, in *Codice del condominio*², cit., 424. Ma si vedano anche, in termini non dissimili, fra gli altri, A. MUSTO, *Contributo allo studio della riforma del condominio: temi e questioni di interesse notarile*,



una logica di ordine e controllo della quale beneficiano primariamente, ancora una volta, i proprietari dell'edificio⁶⁶.

Sulla scorta di ciò, al quesito deve risponderci nel senso che, pure in tema di anagrafe condominiale, trova conferma la tesi tradizionale della sostanziale estraneità del conduttore al condominio, con la conseguenza che, interpretato in coerenza con la sua funzione, l'art. 1130, n. 6, cod. civ. non fa nascere anche in capo al conduttore il dovere di comunicare all'amministratore i suoi dati per l'aggiornamento del registro; e qualora egli dovesse spontaneamente decidere di farlo⁶⁷, tale contegno dovrà reputarsi alla stregua dell'adempimento del terzo.

Del resto – a meno che non si preferisca assegnare alla norma il peso sistematico che invece non sembra avere, reputandola come sintomatica del superamento legislativo dell'impostazione tradizionale⁶⁸, e traendone, ad esempio, un argomento per affermare l'esistenza dell'obbligo in capo all'amministratore, ove ricorrano i casi previsti dall'art. 10 della del '78⁶⁹, di convocare il conduttore all'assemblea –, risulta pure difficoltoso individuare uno specifico interesse del conduttore alla comunicazione dei propri dati al condominio, che invece, ove esistente, potrebbe costituire un valido supporto giustificativo dell'obbligo in ipotesi su di lui incombente⁷⁰.

4. – Oltre a quelle sin qui esaminate, nella legislazione vigente si rinviene soltanto un'ultima disposizione – anzi, *penultima*, come si vedrà fra non molto – attinente al tema della locazione in condominio, che pertanto in questa sede deve essere analizzata onde soppesarne la portata a livello di sistema. Per precisione, come si sta per vedere, anche questa disposizione – così come quella contenuta all'art. 1130, n. 6, cod. civ., sulla quale ci si è soffermati nel paragrafo precedente – non si riferisce esclusivamente al rapporto di locazione, bensì a tutti i rapporti nei quali sia coinvolto un diritto di godimento sull'immobile, sia esso di natura reale o personale.

Studio del Consiglio nazionale del notariato n. 906-2013/C, in *Notariato.it*, 21; A. POMES, *sub art. 1130 cod. civ.*, in *Codice commentato degli immobili urbani*, cit., 527.

⁶⁶ Siffatta impostazione, seppure implicitamente, sembra essere alla base di una pronuncia abbastanza recente in tema di rapporti fra condominio e utilizzatore nel contratto di *leasing*, ma le relative statuizioni posso valere anche per il conduttore del contratto di locazione. Essa ha affermato quanto segue: «Ora, i dati anagrafici dell'utilizzatore in *leasing* di un appartamento o di un negozio facente parti di un condominio devono essere inseriti nel registro dell'anagrafe condominiale (di cui all'art. 1130 c.c., n. 6), in quanto identificanti il titolare di un diritto personale di godimento avente ad oggetto una singola unità abitativa del fabbricato. [...]. Tuttavia, non spetta all'utilizzatore di un'unità immobiliare in *leasing* il generale potere *ex art. 1137 c.c.* di impugnare le deliberazioni condominiali in tema di spese necessarie per le parti comuni dell'edificio, essendo lo stesso titolare non di un diritto reale, ma di un diritto personale derivante da un contratto ad effetti obbligatori, che rimette il perfezionamento dell'effetto traslativo ad una futura manifestazione unilaterale di volontà del conduttore» (il riferimento è a Cass. 25 ottobre 2018, n. 27162, in *DeJure e One Legale*).

⁶⁷ Possibilità considerata anche da F. LAZZARO, *sub art. 1130 cod. civ.*, in *Codice del condominio*², cit., 425 («Naturalmente quest[e] comunicazioni [...] possono essere date anche dal titolare del relativo diritto di godimento»).

⁶⁸ In tal senso, almeno parzialmente, v. P. SCALETTARIS, *Contenuto e finalità dell'obbligo di comunicazione all'amministratore del condominio della registrazione del contratto di locazione*, cit., 460 s., il quale ritiene che la norma in materia di anagrafe condominiale – così come quella di cui al quinto periodo del comma 1 dell'1130-*bis* cod. civ., che si analizzerà al par. successivo – sia indirizzata «se non ad una costruzione della realtà del condominio incentrata principalmente sulle esigenze di chi nell'edificio abita o lavora, comunque ad una apertura delle possibilità di comunicazione e di rapporto con i soggetti che utilizzano le unità del condominio».

⁶⁹ Al riguardo, v. *supra*, par. 2.

⁷⁰ Lo rileva anche P. SCALETTARIS, *Contenuto e finalità dell'obbligo di comunicazione all'amministratore del condominio della registrazione del contratto di locazione*, cit., 455.



Si tratta dell'art. 1130-*bis* cod. civ., introdotto dalla legge di riforma del 2012⁷¹ e dedicato, in generale, alla tematica del rendiconto condominiale, il cui comma 1, quinto periodo, stabilisce che «[i] condomini e i titolari di diritti reali o di godimento sulle unità immobiliari possono prendere visione dei documenti giustificativi di spesa in ogni tempo e estrarne copia a proprie spese»⁷².

Già prima della riforma del condominio, per verità, l'ordinamento attribuiva al conduttore – e tuttora *attribuisce*, essendo la norma che si sta per menzionare ancora vigente – il diritto di accedere alla documentazione giustificativa delle spese effettuate e relative agli oneri accessori condominiali: il riferimento, in particolare, è all'art. 9, comma 3, l. n. 392/1978⁷³, il quale tuttavia – almeno secondo l'impostazione tradizionale più volte richiamata – individua nel locatore il soggetto tenuto ad assecondare la richiesta ispettiva avanzata dal conduttore.

Può dunque affermarsi che l'art. 1130-*bis* cod. civ. ha profondamente innovato la disciplina del diritto di accesso, avendo affrancato tale importante prerogativa dalla dimensione meramente contrattuale o *inter partes* cui era precedentemente relegata, per inestarla finalmente sul piano dei rapporti condominiali, individuando cioè nell'amministratore il soggetto obbligato a consentire la visione e l'estrazione di copie della documentazione⁷⁴.

Tuttavia, dal momento che la disposizione in esame fa riferimento soltanto ai documenti giustificativi di spesa (da intendersi: quelli specificamente correlati agli oneri accessori condominiali incombenti sul conduttore, salvo deroghe convenzionali a suo favore), si potrebbe essere portati a pensare, in fondo, che la norma confermi la tesi dell'estraneità del conduttore al condominio, giacché per tutti gli altri documenti – diversi cioè da quelli espressamente menzionati, ma ciò nondimeno egualmente necessari per far fronte a esigenze meritevoli di tutela – il conduttore dovrebbe ancora una volta passare attraverso la necessaria collaborazione

⁷¹ Più nello specifico, l'art. 1130-*bis* cod. civ. è stato introdotto ad opera dell'art. 11 della l. 11 dicembre 2012, n. 220. La modifica è entrata in vigore in data 18 giugno 2013.

⁷² Sul diritto di accesso alla documentazione condominiale può consultarsi N. FRIVOLI e M. TARANTINO, *Diritto di accesso agli atti condominiali*, Giuffrè, 2020, 37 ss.

⁷³ Si riporta di seguito, per completezza, il testo dei commi 1-3 dell'art. 9 della legge n. 392 del 1978: «[1] Sono interamente a carico del conduttore, salvo patto contrario, le spese relative al servizio di pulizia, al funzionamento e all'ordinaria manutenzione dell'ascensore, alla fornitura dell'acqua, dell'energia elettrica, del riscaldamento e del condizionamento dell'aria, allo spurgo dei pozzi neri e delle latrine, nonché alla fornitura di altri servizi comuni. [2] Le spese per il servizio di portineria sono a carico del conduttore nella misura del 90 per cento, salvo che le parti abbiano convenuto una misura inferiore. [3] Il pagamento deve avvenire entro due mesi dalla richiesta. Prima di effettuare il pagamento il conduttore ha diritto di ottenere l'indicazione specifica delle spese di cui ai commi precedenti con la menzione dei criteri di ripartizione. Il conduttore ha inoltre diritto di prendere visione dei documenti giustificativi delle spese effettuate».

In tema di obbligazione di pagamento degli oneri accessori, cfr., fra gli altri, G. GABRIELLI e F. PADOVINI, *La locazione di immobili urbani*², cit., 364 ss.; G. TRIFONE, *La locazione: disposizioni generali e locazione di fondi urbani*, cit., 67 ss.; G.A. CHIESI, *sub art. 9 l. 392/1978*, in *Commentario breve alla disciplina delle locazioni immobiliari*², cit., 397 ss.; E. SGUBIN, *sub art. 9 l. 392/1978*, in *Codice commentato degli immobili urbani*, cit., 1023 ss. Per una trattazione più ampia, ancorché più risalente, cfr. G. SAIÉVA, *Gli oneri condominiali nel contratto di locazione*, Cedam, 1989, *passim*.

⁷⁴ Sul punto cfr. R. TRIOLA, *La riforma del condominio tra novità e occasioni mancate*, cit., 245 s.: «Se si ritiene che tale ultimo diritto [*i.e.* il diritto di accesso ai documenti giustificativi di spesa di cui all'art. 9 della legge c.d. sull'equo canone] poteva essere esercitato nei confronti dell'amministratore del condominio e non nei confronti del locatore, il quale doveva chiedere copia dei documenti all'amministratore per consentirne la visione al conduttore, la riforma avrebbe innovato solo nel senso di consentire espressamente al conduttore di prendere visione della documentazione relativa alla gestione del servizio di riscaldamento e di condizionamento d'aria, alla quale partecipa direttamente, secondo la previsione di cui all'art. 10 comma 1 l. 27 luglio 1978, n. 392. In caso contrario la riforma avrebbe innovato profondamente, nel senso di consentire un diretto rapporto tra conduttore e amministratore condominiale, legittimando il primo nei confronti del secondo ad ottenere informazioni relative alla gestione del condominio, naturalmente nei limiti in cui sia portatore di un interesse meritevole di tutela, per cui, ad es., non potrebbe pretendere di ottenere copia della documentazione relativa alle spese di manutenzione straordinaria, che non è tenuto a rimborsare al locatore».



del locatore. La norma, in altri termini, costituirebbe un'eccezione al principio, il quale dunque verrebbe per ciò suffragato.

Se così fosse, peraltro, la norma, essendo rivolta indistintamente sia agli utilizzatori non proprietari delle singole unità immobiliari, sia agli stessi condòmini, si risolverebbe in una limitazione anche per quest'ultimi; anche se, a ben guardare, per i *domini* l'ostacolo sarebbe facilmente superabile in applicazione delle regole dettate dal Codice civile per il contratto di mandato: l'art. 1713, comma 1, cod. civ., in particolare, prevede l'obbligo per il mandatario di rendere al mandante il conto del suo operato e di rimmettergli tutto ciò che ha ricevuto a causa dell'incarico, ma altrettanto valorizzabile in tal senso potrebbe essere l'art. 1710 cod. civ., che obbliga il mandatario a eseguire l'incarico con la diligenza del buon padre di famiglia, nonché tutte le altre norme di parte generale che sanciscono il principio di buona fede (artt. 1175, 1366, 1375, cod. civ.)⁷⁵.

Senonché, i timori poc'anzi illustrati possono essere fugati in virtù del disposto dell'art. 1129, comma 2, cod. civ., il quale stabilisce che l'amministratore, contestualmente all'accettazione della nomina e a ogni rinnovo dell'incarico, deve comunicare i propri dati anagrafici e professionali, il proprio codice fiscale (e, se si tratta di società, anche la sede legale e la denominazione), e soprattutto, per quanto qui interessa, deve comunicare l'ubicazione del locale ove si trovano i registri di cui ai numeri 6 e 7 dell'art. 1130 cod. civ., nonché i giorni e le ore in cui *ogni interessato*, previa richiesta all'amministratore, *può prenderne gratuitamente visione e ottenere, previo rimborso della spesa, copia da lui firmata*⁷⁶.

Invero, la previsione dell'accessibilità *per ogni interessato* dei registri di cui ai nn. 6 e 7 dell'art. 1130 (quindi: il registro di anagrafe condominiale, il registro dei verbali delle assemblee, cui deve essere allegato il regolamento di condominio, il registro di nomina e revoca dell'amministratore e del registro di contabilità) è in grado di assorbire la maggior parte delle esigenze ispettive dei condòmini e così, a maggior ragione, del conduttore; il quale, nei (pochi) restanti casi in cui abbia un apprezzabile interesse a conoscere il contenuto di documenti relativi all'immobile e diversi da quelli espressamente contemplati dalle norme dianzi esaminate, continuerà a doversi rivolgere alla propria controparte contrattuale (si pensi, ad esempio, al conduttore che, con il consenso del locatore, voglia svolgere dei lavori di ristrutturazione all'interno dell'unità e necessiti, a tale scopo, della documentazione tecnica relativa agli impianti dello stabile).

Sulla scorta di quanto sin qui illustrato ci si può chiedere, dunque, se le previsioni degli artt. 1129, comma 2, e 1130-*bis*, comma 1, cod. civ. si prestino ad essere considerate quali segni di apertura del legislatore verso il superamento dell'impostazione tradizionale che vede il conduttore estraneo al condominio.

Riteniamo che al quesito vada data, ancora una volta, risposta negativa (o, se si preferisce, *moderatamente negativa*). Benché, infatti, le norme in materia di diritto di accesso documentale costituiscano senza dubbio un'assai apprezzabile forma di funzionalizzazione dell'istituto condominiale alle esigenze di tutti gli utenti – non solo, quindi, dei proprietari – che nell'edificio abitino o vi esercitino un'attività imprenditoriale o professionale, va nondimeno osservato come siffatta prerogativa, lungi dal costituire una forma autentica di

⁷⁵ Naturalmente, al rispetto del principio di correttezza è tenuto anche il soggetto che pretenda di accedere alla documentazione condominiale. Sul punto, Cass. 28 luglio 2020, n. 15996, in *DeJure e One Legale*, ha affermato che gli artt. 1129, comma 2, cod. civ. e 1130-*bis* c.c., come novellati dalla legge n. 220 del 2012, prevedono la facoltà dei condòmini di ottenere l'esibizione di registri e documenti contabili condominiali in qualsiasi tempo, non necessariamente in sede di rendiconto annuale e di approvazione del bilancio da parte dell'assemblea, sempreché l'esercizio del diritto di accesso non si risolva in un intralcio all'amministrazione, ponendosi in contrasto con il principio della correttezza *ex art.* 1175 cod. civ. Sicché – ha affermato la S.C. con la pronuncia citata – al condòmino istante, pur non essendo tenuto a specificare le ragioni della richiesta, fa capo l'onere di dimostrare che l'amministratore non gli abbia consentito l'esercizio della facoltà in parola.

⁷⁶ La vigente formulazione dell'art. 1129 cod. civ. è il risultato delle modifiche introdotte ad opera dell'art. 9 della l. 11 dicembre 2012, n. 220, entrate in vigore il 18 giugno 2013.



partecipazione attiva dell'utilizzatore alla vita di condominio, si presta anch'essa, piuttosto, così come pure s'è detto con riferimento alla tenuta dell'anagrafe condominiale⁷⁷, ad essere iscritta fra quelle previsioni aventi una generale funzione di trasparenza, se non addirittura di efficienza e semplificazione del rapporto locatizio, a beneficio di entrambi i contraenti⁷⁸.

Del resto, a riprova della fondatezza di tale conclusione, basterà pensare che la relazione giuridica che si configura quando viene in rilievo il diritto di visionare e di estrarre copia della documentazione condominiale, sul lato passivo, vede coinvolto direttamente ed esclusivamente l'amministratore, non già la compagine dei condòmini.

5. – In tema di rapporti fra condominio e locazione, una questione di primaria rilevanza pratica, che tuttavia non è fatta oggetto di alcuna disposizione normativa, è quella concernente l'individuazione del soggetto passivo (o dei soggetti passivi) dell'obbligazione di pagamento degli oneri accessori condominiali⁷⁹, la quale vede invece sul versante attivo il condominio (o, meglio, i condòmini, che agiscono per il tramite del rappresentante incaricato dell'amministrazione). Ci si chiede, in altri termini, se per la riscossione di tali oneri l'amministratore debba rivolgersi al solo locatore, al solo conduttore o ad entrambi.

Ebbene, di nuovo in ossequio all'impostazione tradizionale secondo cui “agli occhi del condominio” esiste soltanto il condòmino-locatore, la giurisprudenza, sia di legittimità che di merito⁸⁰, ha in passato risolto la questione in parola – e nel senso che si sta per dire tuttora la risolve, mostrandosi tale orientamento, a quanto consta, assolutamente incontrastato⁸¹ – escludendo che l'amministratore, per pretendere l'adempimento

⁷⁷ V. *supra*, par. 3.

⁷⁸ Della stessa opinione sono V. NASINI, P. NASINI, *La locazione di immobili urbani ad uso abitativo*, cit., 253, i quali, in maniera particolarmente esplicita, concludono come segue: «Alla luce di tale previsione potrebbe apparire che la riforma del condominio abbia voluto, in un certo senso, attribuire rispetto al passato una maggiore rilevanza della figura del conduttore nell'ambito dei rapporti condominiali: questa conclusione tuttavia è smentita a nostro avviso, alla luce della *ratio* dei già menzionati artt. 1129 comma 2 c.c. e 1130-bis c.c., norme che mirano ad agevolare i rapporti personali di locazione in un'ottica di trasparenza contrattuale, non potendosi affermare che il conduttore sia entrato a far parte del rapporto condominiale generalmente inteso».

Invece, di avviso parzialmente diverso sembra essere M. CAVALLARO, *Il condominio negli edifici (Artt. 1129-1137)*, cit., 188: «L'ampliamento della platea degli aventi diritto induce l'interprete a una riflessione non solo sulle ragioni per le quali il legislatore ha ritenuto opportuna tale estensione, ma anche e più a monte sul fondamento di tale potere e sulla qualificazione dell'interesse sottostante ritenuto a tal fine rilevante. A meno di non considerare l'estensione di tale facoltà ai titolari di diritti personali di godimento una svista del legislatore, bisogna attribuire a tale previsione un significato che vada ben oltre l'esigenza di mettere a conoscenza coloro che devono manifestare un consenso in ordine all'approvazione del rendiconto dei giustificativi di spesa, e ricondurla ad un più generale dovere di informazione a cui corrisponderebbe un generico interesse ad essere informati su aspetti che riguardano il buon andamento, l'efficienza, la trasparenza e la correttezza della gestione condominiale, dei cui esiti positivi si avvalgono anche coloro che non sono titolari di diritti reali, ma che fruiscono dei servizi e dei beni comuni, in quanto vivono all'interno dell'edificio». L'A., peraltro, a p. 189, nega che il mancato riscontro, da parte dell'amministratore, delle richieste di accesso avanzate dai titolari dei diritti personali di godimento possa trovare tutela sul piano della responsabilità c.d. contrattuale, ricadendo tale ipotesi, piuttosto, nell'ambito di quella aquiliana.

⁷⁹ In tema di oneri accessori, v. *supra*, par. 4, in particolare nt. 73.

⁸⁰ Sull'esclusione – pacifica in giurisprudenza – di un'obbligazione di pagamento del conduttore verso il condominio, cfr., per tutti, M. DI MARZIO, *Locazione nel condominio*, cit., 52 s.

⁸¹ Cfr., tra le altre, Cass. 9 dicembre 2009, n. 25781, in *DeJure e One Legale* («[...] l'amministratore è legittimato nei confronti del solo condòmino che è il soggetto tenuto a corrispondere i contributi concernenti i beni e i servizi comuni, mentre è il locatore a pretendere il versamento dal conduttore che non vi abbia provveduto direttamente secondo gli accordi convenuti con il contratto di locazione»). Nello stesso senso, più di recente, Cass. 29 aprile 2022, n. 13583, in *DeJure e One Legale*, annotata da M. TARANTINO, *Le decisioni sulle spese per la fornitura di gasolio spettano solo all'assemblea dei condòmini*, in *Imm. & Prop.*, 2022, 489 ss.



mento dell'obbligazione, possa rivolgersi al conduttore, dovendosi conseguentemente qualificare in termini di adempimento del terzo il pagamento effettuato dal locatario direttamente al condominio.

Tale conclusione è del resto suggerita anche dal dato positivo: infatti, il Codice civile – la questione ricorda quella che s'è a suo tempo illustrata in tema di comunicazione dell'avviso di convocazione dell'assemblea dei condòmini⁸² –, prevede espressamente l'esistenza di una obbligazione solidale per le spese condominiali (si noti: non soltanto per il pagamento degli oneri accessori) unicamente ove l'unità immobiliare sia concessa in godimento a un usufruttuario⁸³; cosicché, alla luce di ciò, bene potrebbe sostenersi che la mancanza di una previsione analoga per il conduttore costituisca una lacuna voluta dal legislatore, e non una sua mera dimenticanza: *ubi lex voluit dixit, ubi noluit tacuit*.

Benché la legge non consenta all'amministratore del condominio di pretendere il pagamento degli oneri condominiali direttamente dal conduttore, e benché, per le ragioni illustrate, a una siffatta conclusione non possa giungersi nemmeno in via interpretativa, vanno comunque tenute in considerazione le seguenti circostanze:

a) in primo luogo, accade non di rado che i contratti di locazione contengano specifiche clausole con le quali il conduttore assume esplicitamente a proprio carico il pagamento degli oneri accessori condominiali (si pensi, ad esempio, a una clausola del seguente tenore: *il conduttore si impegna a prendere interamente in carico le spese relative alla gestione e all'ordinaria manutenzione dell'immobile*)⁸⁴;

b) in secondo luogo, accade altrettanto sovente che, in adempimento di siffatte clausole (ma si badi: *non necessariamente*), i conduttori versino la relativa somma (ad esempio, mediante bonifico bancario) direttamente sul conto corrente intestato al condominio;

L'esclusione di un'obbligazione di pagamento diretta verso il condominio vale, in giurisprudenza, anche per gli altri titolari di diritti personali di godimento, diversi ma assimilabili al conduttore. In materia di assegnazione della casa familiare in ipotesi di crisi della coppia genitoriale, ad esempio, Cass. 23 maggio 2022, n. 16613, in *DeJure e One Legale*, ha affermato che l'amministratore di condominio ha diritto di riscuotere i contributi per la manutenzione e per l'esercizio delle parti e dei servizi comuni esclusivamente da ciascun condòmino, e cioè dall'effettivo proprietario o titolare di diritto reale sulla singola unità immobiliare, sicché è esclusa un'azione diretta nei confronti del coniuge o del convivente assegnatario dell'unità immobiliare adibita a casa familiare (in relazione a tale pronuncia si veda M. MONEGAT, *Non rileva che "agli occhi del Condominio" si determini "il giustificato convincimento" che l'assegnatario dell'unità immobiliare sia il condòmino: l'obbligazione di contribuire alle spese incombe solo sul titolare del diritto reale*, in *Imm. & Propr.*, 2022, 391 ss.).

⁸² V. *supra*, par. 2, in particolare nt. 35.

⁸³ Cfr. l'art. 67, comma 8, disp. att. cod. civ.: «Il nudo proprietario e l'usufruttuario rispondono solidalmente per il pagamento dei contributi dovuti all'amministrazione condominiale».

Tale previsione – va segnalato – costituisce una novità introdotta dall'art. 21 della legge n. 220 del 2012. Precedentemente, invece, per pacifico orientamento giurisprudenziale, che gli obblighi relativi al pagamento dei contributi si ripartivano tra proprietario e usufruttuario a seconda che gli stessi si riferissero all'ordinaria manutenzione delle parti comuni e alla gestione del condominio oppure alla straordinaria manutenzione (cfr. in tal senso, Cass. 28 agosto 2008, n. 21774, in *DeJure e One Legale*).

In senso critico rispetto alla modifica operata dalla riforma si sono espressi R. TRIOLA, *La riforma del condominio tra novità e occasioni mancate*, cit., 217; nonché A. NUCERA, *Riforma del condominio e alcune norme da rivedere*, in *Arch. loc.*, 2013, 283, il quale fa notare, paventando in questo un possibile profilo di incostituzionalità, come sulla base della nuova disposizione potrebbe verificarsi il caso che il nudo proprietario venga chiamato a rispondere per opere decise dall'usufruttuario e solo da quest'ultimo godute.

⁸⁴ Clausole di questo tenore non sembrano però rinvenirsi nei modelli contrattuali predisposti dagli allegati A, B, C, D, E ed F del d.m. 30 dicembre 2002, relativi alle locazioni agevolate di cui all'art. 2, comma 3, della legge n. 431 del 1998, nonché alle locazioni transitorie e per studenti universitari di cui all'art. 5, commi 1, 2 e 3, della stessa legge (ai predetti allegati s'era fatto cenno *supra*, par. 2, nt. 26). Invero, le clausole ivi contenute e dedicate al pagamento degli oneri accessori sembrano perlopiù voler riprodurre, pur con alcune consistenti variazioni sotto altri profili, il modello di cui all'art. 9 della legge c.d. sull'equo canone, il quale, per come interpretato dalla giurisprudenza – giova rammentarlo –, non fa sorgere in capo al condominio il diritto di rivolgersi al conduttore per procedere alla relativa riscossione, la quale può essere pretesa soltanto nei confronti del condòmino-locatore.



c) va, infine notato che è prassi largamente diffusa quella per cui gli stessi amministratori di condominio, essendo stati informati della locazione ai fini della tenuta dei registri anagrafici, contemplano espressamente anche il conduttore (e così anche gli altri titolari di diritti personali di godimento) all'interno dei prospetti periodici di ripartizione delle spese, oltre che nei relativi scadenziari. Non solo: gli amministratori, poi, sono soliti inviare la predetta documentazione tanto ai condòmini quanto ai fruitori delle singole unità immobiliari. Tutto ciò generalmente avviene sulla base di moduli organizzativi e gestionali adottati dagli amministratori di loro spontanea iniziativa, anche se non è da escludere che ciò possa avvenire sulla base di un'istruzione specificamente impartita da tutti i condòmini-locatori o anche solo da alcuni di essi.

Ebbene, v'è da ritenere che tali circostanze non siano destinate a rimanere confinate alla dimensione fattuale o al piano della semplice prassi; esse, piuttosto, sembrano rilevare sul piano giuridico a tal punto da essere in grado di alterare – seppure parzialmente e in dipendenza di fattori legati al singolo caso concreto – le conclusioni cui più sopra s'è pervenuti anche sulla scorta della costante giurisprudenza in materia.

Invero, con specifico riferimento a quanto compendiato *sub a)*, e cioè con riguardo alle clausole con le quali il conduttore assume esplicitamente a proprio carico il pagamento degli oneri accessori, va osservato che, nel nostro ordinamento – almeno secondo un'autorevole opinione della dottrina, ancorché non da tutti condivisa⁸⁵ –, l'assunzione negoziale di un debito altrui è di regola idonea a realizzare lo schema legale del-

⁸⁵ Per tale opinione cfr. U. BRECCIA, *Le obbligazioni*, in *Trattato di diritto privato*, a cura di G. Iudica e P. Zatti, Giuffrè, 1991, 836 s.: «Lo schema legale è costituito dall'accollo con efficacia esterna (che è semplicemente denominato "accollo"). [...] La rilevanza esterna, in assenza di patto contrario, è una conseguenza automatica dell'atto con cui "il debitore e un terzo convengono che questi assuma il debito dell'altro": la legge non richiede ulteriori presupposti al fine di consentire al creditore di aderire alla convenzione, rendendo "irrevocabile la stipulazione a suo favore"». Giunge alle medesime conclusioni, pur sulla base di un impianto argomentativo parzialmente diverso, R. NICOLÒ, *L'adempimento dell'obbligo altrui*, Giuffrè, 1936, 270 (consultabile anche mediante la ristampa anastatica edita da Esi, 1978).

Contra P. RESCIGNO, *Studi sull'accollo*, Giuffrè, 1958, 10, il quale, contestando da un lato la ricostruzione dell'accollo in termini di contratto a favore di terzi, e dall'altro l'idea secondo cui per aversi tale figura sarebbe sufficiente l'interesse dello stipulante anziché la volontà delle parti di attribuire il diritto al terzo, sostiene quanto segue: «Invero, in ogni forma di accollo ricorre la convenzione interna tra debitore e terzo, diretta al risultato economico di tenere l'obbligato originario indenne dal peso del debito, e l'efficacia esterna è solo uno sviluppo eventuale dell'accordo interno, quando l'accollo venga comunicato al creditore e questi vi aderisca». In tal senso, più di recente, anche S. TOMMASI, *L'accollo*, in *Trattato delle obbligazioni*, diretto da L. Garofalo, IV, 2, *La circolazione del debito. Delegazione, espromissione, accollo*, a cura di A. Jannarelli, Cedam, 2016, 318 ss.

Nella giurisprudenza, a quanto consta, mancano chiare e univoche prese di posizione sulla questione *de qua*. Sembra, tuttavia, propendere – seppure implicitamente – per la generale efficacia esterna del contratto di accollo Cass. 24 maggio 2004, n. 9982, in *Foro it.*, 2004, I, 3405 ss. (in senso conforme, v. Cass. 24 febbraio 2010, n. 4482, in *DeJure e One Legale*; Cass. 8 febbraio 2012, n. 1758, in *DeJure e One Legale*), e ciò nella misura in cui essa afferma, in apertura alla parte motiva, che il patto di accollo apre sempre alla possibilità per il creditore di aderirvi, rimanendo l'accollo un patto a mera efficacia interna soltanto nell'eventualità che detta adesione non vi sia («A seconda che il creditore aderisca o no l'accollo è esterno o interno. [...] In base all'art. 1411 c.c. l'accollo esterno si perfeziona con l'accordo tra accollato ed accollante, mentre l'adesione del creditore costituisce elemento ulteriore ed eventuale che comporta l'estensione a lui degli effetti dell'accordo. Pur essendo perfetto e produttivo di effetti indipendentemente dall'adesione del creditore, è solo con questa che l'accollo diventa irrevocabile e genera obbligazioni verso il creditore»). Trattasi, peraltro, della nota pronuncia con la quale la S.C. ha ritenuto applicabile in via analogica anche all'accollo esterno cui abbia aderito il creditore il *beneficium ordinis* previsto dall'art. 1268, comma 2, cod. civ. in materia di delegazione di debito.

Invece, Cass. 3 dicembre 2021, n. 38225, in *DeJure e One Legale*, sembra aderire alla tesi secondo cui, per potersi predicare la natura esterna o interna dell'accollo, occorre procedere a una concreta indagine della volontà delle parti, con la conseguenza che, laddove tale indagine conduca a qualificare l'accordo in termini di accollo semplice, l'eventuale dichiarazione di adesione emessa dal creditore non desterà alcun effetto, non potendo essere mutare la struttura e l'oggetto del contratto intercorso fra accollante e accollato. Riteniamo utile riportare di seguito i passaggi più significativi della pronuncia testé citata: «La figura dell'accollo interno, non prevista espressamente dal codice civile, ma riconducibile all'esercizio dell'autonomia privata per il perseguimento d'interessi meritevoli di tutela, ricorre, in effetti, nel caso in cui il debitore *convenga* con il terzo l'assunzione, da parte di costui, in senso puramente



l'accollo esterno di cui all'art. 1273 cod. civ.⁸⁶, salvo che dal titolo non risulti *in maniera inequivoca* una diversa volontà delle parti.

Secondo tale opinione, in altri termini, in assenza di un chiaro intento volto a precludere l'efficacia esterna dell'accordo, l'assunzione del debito altrui comporta l'automatica insorgenza in capo al creditore – secondo lo schema, com'è noto, del contratto a favore di terzi *ex art. 1411 cod. civ.* – del diritto di pretendere l'esecuzione della prestazione *anche* nei confronti dell'accollante (accollo esterno cumulativo).

Sicché, dal raccordo di tali considerazioni di carattere generale con i termini della questione concernente l'individuazione del soggetto passivo (o, ancora, per l'appunto, *dei soggetti passivi*) dell'obbligazione di pagamento degli oneri accessori condominiali deriva che, ove il contratto di locazione includa una clausola mediante la quale il conduttore assuma su di sé l'obbligazione in parola, senza che inoltre possa ricavarsi una inequivoca volontà di escludere l'efficacia verso il creditore, l'amministratore dello stabile, in nome e per conto della compagine dei condòmini, dovrà reputarsi legittimato a pretendere l'adempimento non solo nei confronti del locatore, ma anche dal conduttore⁸⁷.

A conclusioni analoghe, per verità, sembra possa agevolmente giungersi anche ove si preferisca accedere alla diversa impostazione – maggiormente incline alla valorizzazione del dato volontaristico – secondo la quale agli istituti dell'accollo esterno e interno – benché quest'ultimo non sia regolato dalla legge – dovrebbe riconoscersi autonomia strutturale e funzionale, e dovrebbe pertanto respingersi l'idea che fra di essi possa predicarsi un rapporto di genere a specie o di regola-eccezione⁸⁸.

economico, del peso del debito [...], senza, tuttavia, attribuire alcun diritto al creditore e senza modificare l'originaria obbligazione, sicché il terzo assolve il proprio obbligo di tenere indenne il debitore adempiendo direttamente in veste di terzo, o apprestando in anticipo al debitore i mezzi occorrenti, ovvero rimborsando le somme pagate al debitore che ha adempiuto [...]. L'accollo a efficacia esterna, invece, che l'art. 1273 c.c., configura come vero e proprio contratto a favore di terzo, si ravvisa nel caso in cui *l'accordo tra il debitore e il terzo accollante attribuisce al creditore il diritto di pretendere l'adempimento nei confronti, oltre che dell'accollato, se cumulativo, anche (o solo, se privativo) e direttamente dell'accollante.* [...] Nell'ipotesi invece di accollo c.d. semplice o interno, non disciplinata dall'art. 1273 c.c., l'accordo tra debitore e terzo, invece, non comporta alcuna modificazione soggettiva dell'originaria obbligazione, determinando l'assunzione del debito da parte dell'accollante in senso puramente economico, sicché si traduce nell'assunzione di un'obbligazione, per sua natura riconducibile ai soli rapporti tra le parti del negozio, avente a oggetto semplicemente l'assunzione (non del debito altrui ma) degli effetti economici del debito altrui [...]. *Né, in tale figura di accollo, può rilevare l'adesione del creditore, dichiarata con l'azione proposta nei confronti degli accollanti, la quale non può avere l'effetto prospettato dal ricorrente in quanto, non essendo l'accollo modificativo dell'originaria obbligazione e determinando esso l'assunzione del debito in senso puramente economico, i suoi effetti non possono andare al di là dell'assunzione di una obbligazione, per sua natura riconducibile ai soli rapporti tra le parti del negozio, avente ad oggetto semplicemente l'assunzione (non del debito altrui ma) degli effetti economici del debito»* (cors. agg.).

⁸⁶ Si riporta di seguito, per comodità, il testo dell'art. 1273 cod. civ.: «[1] Se il debitore e un terzo convengono che questi assuma il debito dell'altro, il creditore può aderire alla convenzione, rendendo irrevocabile la stipulazione a suo favore. [2] L'adesione del creditore importa liberazione del debitore originario solo se ciò costituisce condizione espressa della stipulazione o se il creditore dichiara espressamente di liberarlo. [3] Se non vi è liberazione del debitore, questi rimane obbligato in solido col terzo. [4] In ogni caso il terzo è obbligato verso il creditore che ha aderito alla stipulazione nei limiti in cui ha assunto il debito, e può opporre al creditore le eccezioni fondate sul contratto in base al quale l'assunzione è avvenuta».

⁸⁷ L'amministratore potrebbe venire a conoscenza dell'esistenza della clausola di assunzione del debito *fuori dal giudizio*, e precisamente a seguito della comunicazione fatta dal locatore ai sensi dell'art. 13, comma 1, della legge n. 431 del 1998 (v. *supra*, par. 3); ovvero *all'interno del giudizio* originariamente instaurato contro il locatore, al quale sia stata ordinata dal giudice, ai sensi dell'art. 210 cod. proc. civ., su istanza dello stesso amministratore, l'esibizione del contratto di locazione ai fini dell'estensione della causa al conduttore.

⁸⁸ Ritiene che si debba riconoscere autonomia strutturale e funzionale agli istituti dell'accollo esterno e interno, negando perciò che fra di essi possa predicarsi un rapporto di genere a specie o di regola-eccezione, U. LA PORTA, *L'assunzione del debito altrui*, in *Trattato di diritto civile e commerciale*, già diretto da A. Cicu, F. Messineo, L. Mengoni e continuato da P. Schlesinger, Giuffrè, 2009, 294.



Infatti, ove nella singola fattispecie concreta ricorrano, oltre alla circostanza più sopra indicata *sub a*), anche quelle compendiate *sub b*) e *c*) – ma, per verità, potrebbe persino ritenersi sufficiente la prima di queste ultime due –, e in special modo laddove le condotte là descritte siano reiterate nel tempo, difficilmente potrebbe sostenersi che le parti del contratto di locazione abbiano voluto affidarsi al modulo dell’accollo interno, e ciò in quanto il comportamento dei paciscenti, che per espressa previsione di legge costituisce uno dei principali canoni d’interpretazione del contratto⁸⁹, lascerebbe in tal caso intendere tutt’altro.

Nessun dubbio, poi, che l’amministratore possa pretendere il pagamento (anche) dal conduttore laddove il condòmino-locatore – si badi: *anche in assenza di clausole di assunzione del debito contenute nel contratto di locazione* – gliene abbia fatto esplicita richiesta, conferendogli all’uopo uno specifico incarico di riscossione. Egli, tuttavia, in tale ipotesi, non agirebbe in qualità di amministratore del condominio, bensì, a ben guardare, in veste di mandatario (con rappresentanza) del singolo locatore.

Infine, nei restanti casi in cui l’amministratore non sia legittimato a pretendere il pagamento delle spese condominiali direttamente dal conduttore, né in virtù dell’efficacia esterna del contratto di locazione, né in forza di un mandato a riscuotere specificamente conferitogli, dovrà ad ogni modo riconoscersi che egli possa comunque farlo laddove ricorrano i presupposti dell’art. 2900 cod. civ., esercitando in via surrogatoria – questa volta di nuovo in rappresentanza dei condòmini e, dunque, nella propria veste “istituzionale” – il diritto di credito del condòmino-locatore⁹⁰.

6. – L’ultimo profilo che s’inscrive nella tematica attinente ai rapporti fra condominio e locazione, e che merita di essere qui esaminato, riguarda l’assoggettamento del conduttore della singola unità dell’edificio al regolamento condominiale.

Trattasi, anche in questo caso, di una questione che non trova risposta in alcuna specifica disposizione normativa.

A ben vedere, infatti, nemmeno gli artt. 1130, comma 1, n. 1, e 1131, comma 1, cod. civ., se considerati isolatamente, si prestano a essere valorizzati per fornire una soluzione al problema della vincolatività o meno del regolamento condominiale rispetto ai soggetti non proprietari che abitino all’interno dello stabile o che ivi esercitino un’attività imprenditoriale o professionale. Invero, il primo degli articoli citati si limita a includere fra le attribuzioni dell’amministratore quella di curare l’osservanza del regolamento, mentre il secondo si limita a stabilire che l’amministratore ha la rappresentanza dei partecipanti e può agire in giudizio contro i condòmini e contro i terzi⁹¹. Sicché, a voler essere rigorosi, nessuna delle due disposizioni in parola detta re-

Inoltre, nel senso che la questione della qualificazione del patto in termini di accollo esterno o interno debba risolversi sulla base di un’indagine volta ad accertare la concreta volontà delle parti, cfr. C.M. BIANCA, *Diritto civile*, 4, *L’obbligazione*, Giuffrè, 1990 (rist. agg. 2019), 687 (in particolare, nt. 45); R. CICALA, *Accollo*, in *Enc. dir.*, I, Giuffrè, 1958, 284. Nei casi dubbi, nondimeno, ritengono debba propendersi per l’efficacia esterna: G. CAMPOBASSO, *Accollo*, in *Enc. giur. it.*, I, Treccani, 1988, 1 ss.; W. BIGIAVI, *L’accollo e il contratto a favore di terzo*, in *Foro it.*, 1942, I, 917 ss.

⁸⁹ Dispone l’art. 1362 cod. civ., infatti, quanto segue: «[1] Nell’interpretare il contratto si deve indagare quale sia stata la comune intenzione delle parti e non limitarsi al senso letterale delle parole. [2] Per determinare la comune intenzione delle parti, si deve valutare il loro comportamento complessivo anche posteriore alla conclusione del contratto».

⁹⁰ In tal senso anche C.M. BIANCA, *Nozione di condominio*, cit., 12 s.

⁹¹ L’art. 1130, comma 1, n. 1, cod. civ. Stabilisce che «[l]’amministratore, oltre a quanto previsto dall’articolo 1129 e dalle vigenti disposizioni di legge, deve [...] eseguire le deliberazioni dell’assemblea, convocarla annualmente per l’approvazione del rendiconto condominiale di cui all’articolo 1130-bis e curare l’osservanza del regolamento di condominio».



gole più o meno specifiche in ordine all'efficacia del regolamento di condominio, non potendosi perciò porre le medesime a fondamento di una risposta di qualunque segno alla questione in esame.

La verità è che per affermare il dovere in capo al conduttore di rispettare il regolamento condominiale – si tratti indifferentemente del regolamento assembleare (o maggioritario) o del c.d. regolamento contrattuale (o convenzionale) – si è costretti a ricorrere a uno dei principi cardine del diritto privato, e in particolare quello per cui nessun soggetto, attraverso il compimento di atti giuridici, può trasmettere ad altri un diritto che non ha ovvero un diritto *più ampio* di quello che ha, secondo la nota massima *nemo plus iuris transferre potest quam ipse habet*.

Invero, anche il contratto di locazione deve conformarsi a tale principio, con la conseguenza che il diritto personale di godimento che si costituisce in capo al conduttore nel momento della stipulazione del contratto non può conferire a quest'ultimo più ampie facoltà di quelle che avrebbe potuto esercitare il suo dante causa; al più, tali facoltà potrebbero essere convenzionalmente limitate – e pur sempre nei limiti ricavabili dall'ordinamento –, ma in nessun caso ampliate.

Ne deriva che la locazione di una unità condominiale pone il conduttore *nella stessa posizione del proprietario*, e ciò vale, beninteso, sia in positivo che in negativo: in positivo, nel senso che al conduttore è consentito trarre tutte utilità che possono normalmente ricavarsi tanto dall'utilizzo della singola unità immobiliare quanto dall'utilizzo dalle parti comuni dell'edificio; in negativo, nel senso che il conduttore sottostà a tutti i vincoli che limitano la facoltà di godimento dei beni predetti, compresi quelli – ed ecco il punto – che hanno la propria fonte nel regolamento condominiale⁹².

Ad ogni modo, laddove si pretendesse di ricavare da quanto appena detto un argomento decisivo per affermare la legittimazione in capo all'amministratore ad agire direttamente nei confronti del conduttore per reprimere le infrazioni al regolamento condominiale da quest'ultimo commesse, si incorrerebbe in un salto logico. Infatti, di per sé, l'obbligo di prestare ubbidienza al regolamento rileva soltanto sul piano del rapporto

L'art. 1131, comma 1, cod. civ., invece, stabilisce che, «[n]ei limiti delle attribuzioni stabilite dall'articolo 1130 o dei maggiori poteri conferitigli dal regolamento di condominio o dall'assemblea, l'amministratore ha la rappresentanza dei partecipanti e può agire in giudizio sia contro i condomini sia contro i terzi».

⁹² La giurisprudenza sul punto è granitica. Cfr., fra le molte pronunce in materia, Cass. 24 ottobre 1986, n. 6229, in *DeJure e One Legale*, relativa a un caso in cui il conduttore di un'unità condominiale pretendeva di collocare l'insegna della sua impresa commerciale sul muro perimetrale dello stabile: «Qualora, poi, il condominio, abbia locato ad altri il bene di sua proprietà esclusiva, tale diritto [di uso, di godimento] si trasferisce al conduttore, [...] tenuto conto che *per effetto della locazione questi viene a trovarsi nella stessa posizione del proprietario suo locatore* e può quindi servirsi del muro perimetrale dell'immobile locatogli con uguale contenuto ed uguale modalità, vale a dire purché non rimanga alterata la sua destinazione né pregiudicato il pari uso dei condomini. Ovviamente lo stesso diritto può essere convenzionalmente escluso dal contratto di locazione tra il condominio ed il conduttore, ma, ove uno specifico ed esplicito divieto non sia formulato, il diritto deve ritenersi sussistente, in quanto *al conduttore è consentito trarre dalla cosa locata tutte le utilità inerenti al suo normale godimento*, escluse solamente quelle espressamente vietate dal contratto o confliggenti con diritti del locatore o di terzi» (cors. agg.).

V. anche Cass. 3 maggio 1997, n. 3874, in *DeJure e One Legale*, la quale ha parimenti affermato che la locazione di una unità condominiale pone il conduttore in una posizione non diversa da quella del proprietario in nome del quale egli detiene e pertanto egli può, al pari del suo dante causa, liberamente godere ed eventualmente modificare le parti comuni dell'edificio, purché in funzione del godimento o del miglior godimento dell'unità immobiliare oggetto primario della locazione (limite cosiddetto interno) e purché non risulti alterata la destinazione di dette parti, né pregiudicato il pari suo uso da parte degli altri condomini (limite cosiddetto esterno).

In dottrina si veda, per tutti, C.M. BIANCA, *Nozione di condominio*, cit., 9: «Diritti ed obblighi condominiali rimangono in capo ai singoli proprietari ma per quanto attiene ai limiti di godimento dell'abitazione e delle parti comuni i conduttori sono assoggettati al regolamento di condominio. Nella locazione di un appartamento in condominio il locatore concede infatti il godimento di chi ha diritto come condòmino, con i limiti e gli obblighi che accedono a tale diritto. Ciò è conforme ad una clausola normalmente ricorrente nei contratti e ad una più sicura pratica generalizzata, che vale come criterio interpretativo della volontà delle parti (art. 1368, 2° co., c.c.)».



contrattuale, e rappresenterebbe una forzatura sostenere che per l'adempimento del medesimo possa agire sempre e comunque, secondo lo schema del contratto a favore di terzi, anche il *creditor creditoris* (i.e. il condominio, che agisce per il tramite dell'amministratore)⁹³; a meno che, naturalmente, il conduttore abbia dichiarato, con una apposita clausola contrattuale, di impegnarsi a rispettare il regolamento condominiale, e sempre che non sia ricavabile la volontà delle parti di escludere l'efficacia esterna di tale negozio⁹⁴.

È in questi termini, allora, che si comprende come le due disposizioni citate all'inizio del presente paragrafo non siano affatto irrilevanti né superflue, benché, per le ragioni illustrate, non possano dirsi risolutive, ove isolatamente considerate. Difatti, una volta acclarato che incombe sul conduttore il dovere di rispettare il regolamento condominiale, per poter giungere alla conclusione secondo cui l'amministratore è sempre e comunque legittimato ad agire direttamente nei suoi confronti per reprimere le infrazioni a lui imputabili, occorre necessariamente passare attraverso gli artt. 1130, comma 1, n. 1, e 1131, comma 1, cod. civ., dai quali si ricava che l'amministratore è tenuto per legge a curare l'osservanza del regolamento ed è all'uopo dotato, sempre per legge, del potere di agire anche nei confronti dei terzi⁹⁵.

Dei terzi, per l'appunto: malgrado l'assoggettamento del conduttore al regolamento condominiale, trova anche in questo caso visibile conferma la tesi tradizionale dell'estraneità del conduttore al condominio.

Pertanto, la comprovata terzietà dell'inquilino rileva, a nostro parere, anche sotto un ulteriore profilo di marcato interesse pratico-applicativo, ossia rileva quale criterio risolutivo della questione concernente l'individuazione dei possibili destinatari delle sanzioni irrogabili dall'assemblea dei condòmini in forza dell'art. 70 disp. att. cod. civ., il quale stabilisce che «[p]er le infrazioni al regolamento di condominio può essere stabilito, a titolo di sanzione, il pagamento di una somma fino ad euro 200 e, in caso di recidiva, fino ad euro 800. La somma è devoluta al fondo di cui l'amministratore dispone per le spese ordinarie. L'irrogazione della sanzione è deliberata dall'assemblea con le maggioranze di cui al secondo comma dell'articolo 1136 del Codice»⁹⁶.

⁹³ Ma cfr. A. CIATTI CÀIMI, *Condominio negli edifici (Art. 1117-1139)*, cit., 366, il quale sembra, invece, ritenere che rilevi, in ogni caso, anche direttamente a favore del condominio il dovere di rispettare il regolamento condominiale incombente su tutti coloro che, a qualsiasi titolo, si trovino a svolgere attività all'interno dello stabile. V. anche *infra*, nt. 98.

⁹⁴ In materia di assunzione del debito altrui secondo gli schemi dell'accollo e, quindi, del contratto a favore di terzi, si rinvia alle considerazioni già svolte *supra*, par. 5.

⁹⁵ In argomento cfr., fra gli altri, M. DI MARZIO, *Locazione nel condominio*, cit., 58 ss. Con specifico riferimento alla locazione di alloggi in condominio con funzione di affittacamere o *bed and breakfast* in violazione del regolamento, cfr. V. NASINI, P. NASINI, *La locazione di immobili urbani ad uso abitativo*, cit., 261 s.

In giurisprudenza è pacifico che l'amministratore possa agire nei confronti dei conduttori per reprimere le infrazioni da loro commesse al regolamento di condominio. In tal senso, cfr., da ultimo Cass. 29 dicembre 2022, n. 38085, in *DeJure* e *One Legale*, la quale ha affermato – nel solco di un orientamento assolutamente consolidato – che «nel caso di violazione di disposizioni legittimamente contenute nel regolamento condominiale che stabiliscano il divieto di destinare i singoli locali dell'edificio a determinati usi, il condominio può chiedere nei diretti confronti del conduttore di un appartamento del fabbricato condominiale la cessazione della destinazione abusiva e l'osservanza in forma specifica delle istituite limitazioni, in quanto il conduttore non può trovarsi, rispetto al condominio, in posizione diversa da quella del condomino suo locatore, ma ciò alla unica condizione che sia approvata l'operatività della clausola limitativa, o, in altri termini, la sua opponibilità al condomino locatore»

Lo stesso vale per le infrazioni del regolamento c.d. contrattuale: cfr. Cass. 20 giugno 2012, n. 10185, in *DeJure* e *One Legale*, la quale è stata annotata da M. DE TILLA, *L'inquilino e l'osservanza del regolamento di condominio. L'affissione di un'insegna luminosa sulla facciata*, in *Riv. giur. edil.*, 2012, I, 1077 ss.

Nel senso che, in questi casi, fra conduttore e locatore si realizza un'ipotesi di litisconsorzio necessario cfr. Cass. 21 marzo 1994, n. 2683, in *DeJure* e *One Legale*.

⁹⁶ Il testo attualmente vigente dell'art. 70 disp. att. cod. civ. è il risultato della sostituzione operata dall'art. 24 della legge n. 220 del 2012, oltre che delle integrazioni apportate dall'art. 1 del d.l. 23 dicembre 2013, n. 145, conv. con modif. dalla l. 21 febbraio 2014, n. 9. Per un commento a tali modifiche cfr. R. TRIOLA, *La riforma del condominio tra novità e occasioni mancate*, cit., 83 ss.



Come si vede, la norma è ambigua, giacché non individua i possibili destinatari delle sanzioni. Cosicché, rispetto ad essa, sono state avanzate, sia in dottrina che in giurisprudenza, due diverse proposte interpretative⁹⁷: secondo una prima opinione, l'assemblea sarebbe abilitata a irrogare le sanzioni ivi previste a carico di qualunque soggetto che, essendovi tenuto, sia incorso in una violazione del regolamento condominiale⁹⁸; invece, secondo l'altra lettura – avallata anche dalla Corte di cassazione⁹⁹ –, la previsione, anche in ragione della sua eccezionalità, andrebbe interpretata in maniera restrittiva, dovendosi conseguentemente escludere dal relativo campo di operatività i conduttori, così come tutti gli altri titolari di diritti di godimento, e ancora, a maggior ragione, tutti coloro che con essi convivano o che accedano anche solo temporaneamente ai locali del condominio per le ragioni più varie¹⁰⁰.

È quest'ultima la lettura che merita di essere condivisa. L'esclusione del locatario dal novero dei soggetti passibili di essere sanzionati sulla base dell'art. 70 disp. att. cod. civ. è, del resto, perfettamente coerente con la sua sostanziale estraneità rispetto al condominio: risulterebbe infatti asistemato, oltre che iniquo, dapprima escludere il conduttore dalla possibilità di partecipare attivamente e in prima persona alla vita giuridica del condominio e successivamente assoggettarlo a un apparato sanzionatorio – peraltro del tutto *sui generis* – amministrato dal principale organo del condominio stesso¹⁰¹.

⁹⁷ Per una ricostruzione più esaustiva del dibattito dottrinale e giurisprudenziale creatosi intorno all'art. 70 disp. att. cod. civ., si rinvia a G.E. NAPOLI, *Il regolamento di condominio e il rinvio alle norme sulla comunione (Artt. 1138-1139)*, in *Il codice civile. Commentario*, fondato da P. Schlesinger e diretto da F.D. Busnelli, Giuffrè, 2016, 356 s.

⁹⁸ Per tale opzione interpretativa cfr, di recente, A. CIATTI CÀIMI, *Condominio negli edifici (Art. 1117-1139)*, cit., 366: «Le condotte attive o omissive, soggette a sanzione, sono quelle tenute dai partecipanti del condominio o quelle tenute da persone che abbiano assunto l'impegno a osservarle con un condomino, anche per *facta concludentia* (come le maestranze incaricate di compiere opere o prestare servizi nell'unità immobiliari, coloro ai quali questa sia stata locata o quanti si trovino a convivere con un condomino). Si tratterà, come si è già avuto modo di ricordare, di una stipulazione a favore di terzi (a favore cioè degli altri condòmini)».

⁹⁹ Il riferimento è a Cass. 17 ottobre 1995, n. 10837, in *Giur. it.*, 1997, I, 117 ss. (annotata da M. DE TILLA, *Sanzioni pecuniarie e regolamento di condominio*, in *Riv. giur. edil.*, I, 1996, I, 300 ss.): «Il fatto [...] che il godimento (in base ad un diritto derivato) delle parti comuni dell'edificio condominiale ad opera del conduttore di unità immobiliari in proprietà esclusiva, per una evidente ragione di carattere logico, prima che giuridico, non può avere contenuto più ampio di quello spettante al locatore, non autorizza anche la conclusione che il primo di tali soggetti possa essere il destinatario della sanzione prevista dall'art. 70 disp. att. cod. civ. Tale disposizione, infatti, in quanto contempla una c.d. pena privata, ha natura eccezionale, per cui avendo come destinatari i condomini, non può ritenersi applicabile a soggetti i quali, anche se in virtù di un rapporto di natura obbligatoria si trovano a godere delle parti comuni, rimangono estranei all'organizzazione condominiale».

¹⁰⁰ In tal senso, fra gli altri, M. DOGLIOTTI, *Comunione e condominio*, cit., 429; G. TERZAGO, *Il condominio. Trattato teorico-pratico*⁹, cit., 500.

¹⁰¹ Una (pur relativa) conferma della fondatezza di tale lettura può trarsi dal fatto che un disegno di legge approvato dalla II Commissione permanente (Giustizia) del Senato il 30 settembre 2003 (in *Senato.it*) – lo segnala C.M. BIANCA, *Nozione di condominio*, cit., 9, nt. 20 – aveva proposto di aggiungere un secondo comma all'art. 70 disp. att. cod. civ., precisamente nei seguenti termini: «Le disposizioni di cui al primo comma si applicano anche al detentore non condomino. In tali casi il condomino è solidalmente responsabile e qualora abbia pagato ha diritto di regresso per l'intero nei confronti dell'autore della violazione».



DOMENICO GIURATO

Docente a contratto – Università degli Studi di Sassari

PER UNA DEFINIZIONE (ATTUALE) DI «FONDAZIONE»

SOMMARIO: 1. *Le fondazioni: inadeguatezza e insufficienza del dato positivo e assenza di una definizione (normativa) di fondazione. Ragioni storico-filosofiche e politico-economiche.* – 2. *Esautività ed esclusività del modello tradizionale di fondazione: la fondazione di mera erogazione.* – 3. *Crisi del modello tradizionale e “metamorfosi” delle fondazioni. Fattori di crisi: il raffronto con l’esperienza tedesca e nordamericana negli anni ‘60; in particolare, l’indagine circa il rapporto tra fondazione e impresa. Le riflessioni di Rescigno e Costi. La “neutralità” delle forme giuridiche.* – 4. *Segue. Le evidenze dell’analisi fenomenologica e dell’esame della prassi statutaria delle “fondazioni culturali” (o “fondazioni di impresa”) negli anni ‘70.* – 5. *Segue. La comparazione con il non profit sector statunitense negli anni ‘80. Il non distribution constraint quale elemento causale discretivo tra gli enti del libro I e quelli del libro V del codice civile.* – 6. *Segue: le indagini intorno al Typus e alle tipologie di fondazione negli anni ‘90. L’individuazione di un Idealtypus storico-comparatistico propedeutico all’enucleazione di una definizione di fondazione coerente con l’attuale dato positivo.* – 7. *Segue: la legislazione speciale. La (mini) “riforma per sottrazione” delle persone giuridiche e la riforma del riconoscimento. Le fondazioni speciali. Conferme positive della possibilità per le fondazioni di svolgere attività di impresa.* – 8. *Segue: l’impatto della legislazione speciale sull’autonomia privata: le fondazioni di partecipazione.* – 9. *Segue: dalla fondazione come patrimonio alla fondazione come organizzazione (e come formazione sociale).* – 10. *Conclusioni: il Typus della fondazione oggi. Gli elementi tipici della fondazione: destinazione di un patrimonio ad uno scopo non lucrativo e nascita di un’organizzazione con soggettività metaindividuale di rilievo reale (c.d. personificazione). Il nesso di strumentalità tra destinazione e personificazione. Differenza con il mero patrimonio destinato. La fondazione come modalità di destinazione patrimoniale indiretta e dinamica.* – 11. *Segue. Elementi tipologici della fondazione (struttura, scopo e attività) e Gestaltungsfreiheit del fondatore. L’output della fondazione: attività di erogazione (diretta e indiretta) e attività di impresa.* – 12. *Segue. Proposta di una definizione attuale di fondazione.*

1. – Le fondazioni popolano un territorio storicamente impervio per l’interprete, soprattutto per quello più abituato, e così maggiormente incline, all’indagine più strettamente positiva. Ciò in ragione di un dato normativo particolarmente carente, notoriamente reputato insufficiente e inadeguato¹. Invero, né il Codice Civi-

¹ In più tempi e in più occasioni la dottrina italiana ha posto in rilievo l’insufficienza e l’inadeguatezza del diritto positivo, reclamando una riforma organica degli enti del libro primo del Codice Civile. Sul punto, cfr. F.D. BUSNELLI, *Il diritto delle persone*, in AA. VV., *Cinquant’anni del codice civile. Atti del convegno di Milano, 4-6 giugno 1992*, vol. I, Milano, 1993, 99 ss.; S. CASSESE, *Le persone giuridiche e lo Stato*, in *Contr. e impr.*, 1993, 1 ss.; A. PREDIERI, *Sull’ammodernamento della disciplina delle fondazioni e istituzioni culturali di diritto privato*, in *Riv. trim. dir. e proc. civ.*, 1969, 1117 ss.; P. RESCIGNO, *Le fondazioni: prospettive e linee di riforma*, in AA. VV. (a cura di P. Rescigno), *Le fondazioni in Italia e all’estero*, Padova, 1989, 469 ss.; D. VITTORIA, *Gli enti del primo libro del codice civile: l’attuale assetto normativo e le prospettive di riforma*, ivi, 21 ss.; A. ZOPPINI, *Problemi e prospettive per una riforma delle associazioni e delle fondazioni di diritto privato*, in *Riv. dir. civ.*, 2005, 365 ss., spec., 367.

Come è noto, la legge 6 giugno 2016, n. 106, recante “Delega al Governo per la riforma del Terzo settore, dell’impresa sociale e per la disciplina del servizio civile universale” conteneva anche la delega a riformare organicamente il Titolo II del Libro I del Codice Civile. Tuttavia, come è del pari noto, il Governo non ha esercitato *in parte qua* la delega. In argomento, v. G. PONZANELLI, *Terzo settore: la legge delega di riforma*, in *Nuova giur. civ. comm.*, 2017, II, 726 ss.



le né la legislazione speciale offrono una *definizione* di fondazione; e chi tenti di ricavarne una muovendo (esclusivamente) dal dato normativo, dovrà ben presto constatarne, appunto, l'insufficienza e l'inadeguatezza, e così arrendersi all'idea che essa vada ricercata *aliunde*². Dovrà prendere atto che l'ordinamento, nel disciplinare – peraltro, frammentariamente – la fondazione, abbia rinunciato a *porre* di essa una definizione, dandola piuttosto per *presupposta*, lasciando all'interprete l'onere di ricercarla, indagarla e ricostruirla³. L'ineludibilità di questo ufficio è chiara, tanto per lo studioso, quanto per l'operatore pratico⁴. Entrambi necessitano, nel comune lavoro di interpretazione e applicazione del diritto, di definire il significato (giuridico) del lemma “fondazione”, poiché esso evidentemente rappresenta sia il punto di ricaduta applicativa delle disposizioni che l'ordinamento pone al riguardo che il medio ordinante la ricostruzione analogica della disciplina applicabile al fenomeno nelle ipotesi – qui invero assai frequenti – di lacune⁵.

Per molto tempo – almeno fino agli anni '60 del secolo scorso – la dottrina italiana non è apparsa particolarmente interessata ad una simile ricerca, né in generale è sembrata avvertire l'utilità di una riflessione aperta e approfondita sull'istituto. La ragione muoveva dalla convinzione, all'epoca assai diffusa e ancor oggi non da tutti abbandonata, per cui l'unico possibile *Begriff* di fondazione fosse quello – (tralatizio, più che) tradizionale, di *patrimonio destinato in perpetuo ad uno scopo di pubblica utilità, eretto in persona giuridica mercé il riconoscimento dello Stato, svolgente attività di mera erogazione di rendite*. Questo, si sosteneva, era il *tipo*⁶ – *rectius*, la *tipologia*⁷ – di fondazione “visualizzata” e dunque (sia pur frammentariamente) di-

² Che il *Begriff* di fondazione vada ricercato *aliunde* rispetto al diritto positivo è constatazione diffusa anche nella dottrina tedesca. Per tutti, v. H. KRONKE, *Stiftungstypus und Unternehmensträgerstiftung*, Tübingen, 1988, 7 ss.

³ Cfr. G. ALPA, *Il regime delle fondazioni in Italia e in Francia*, in AA. Vv. (a cura di G. Alpa), *Le fondazioni. Tradizione e modernità*, Padova, 1988, 5; D. VITTORIA, *Le fondazioni culturali e il consiglio di amministrazione. Evoluzione della prassi statutaria e prospettive della tecnica fondazionale*, in *Riv. dir. comm.*, 1975, 302, *sub nota* 10; A. ZOPPINI, *Le fondazioni. Dalla tipicità alle tipologie*, Napoli, 1995, 75.

Sul problema dell'assenza di una definizione normativa di fondazione in Francia, v. M. POMEY, *Traité des fondations d'utilité publique*, cit., 19 ss.

⁴ Ineludibilità – e dunque utilità – dell'indagine avvertita già dalla dottrina tedesca. Cfr. la relazione introduttiva ai lavori del gruppo di giuristi tedeschi riunitosi ad Hannover il 14 settembre 1962, in occasione del 44° *Juristentag*, al quale era stato posto il seguente quesito: “*Soll das Stiftungsrecht bundesgesetzlich vereinheitlich und reformiert werden gegebenenfalls mit welchem Grundzügen?*”. La relazione è di E.J. MESTMÄCKER, *Referat*, in *Verhandlungendes Vierundvierzigsten Deutschen Juristentages. Hannover 1962*, vol. II, Tübingen, 1964, 3 ss., *spec. 4*.

⁵ In generale, sulla rilevanza giuridica dei *concetti* e delle *definizioni* normativi, v. N. IRTI, *Rilevanza giuridica* (già in *Jus*, 1967, 55 ss., ora) in *Rilevanza giuridica*, in ID. *Norme e fatti. Saggi di teoria generale del diritto*, Milano, 1984, 3 ss., *spec. 26 ss.* Sul tema, cfr. anche A. FALZEA, *Il soggetto nel sistema dei fenomeni giuridici*, Milano, 1939, 31 ss.; ID., voce *Efficacia giuridica*, in *Enc. dir.*, vol. XIV, Milano, 1965, 432 ss.; A. BELVEDERE, *Il problema delle definizioni nel codice civile*, Milano, 1977, *passim*, *spec. 76 (sub nota 30) e 157 (sub nota 128)*.

Con particolare riferimento al concetto alla definizione di fondazione, cfr. A. ZOPPINI, *Le fondazioni*, cit., 13 ss. e 72 ss.; G. ALPA, *Il regime delle fondazioni in Italia e in Francia*, in AA. Vv. (a cura di G. Alpa), *Le fondazioni*, cit., 5 ss.

⁶ Inteso nel senso di “tipo normativo”, cioè di modello socio-economico (*Vorbild* o *Leitbild*) tenuto presente dal legislatore al momento dell'adozione della relativa disciplina. In argomento, cfr. G. DE NOVA, *Il tipo contrattuale*, Padova, 1974, 138 ss.; G. ZANARONE, *Società a responsabilità limitata*, in *Trattato di diritto commerciale e di diritto pubblico dell'economia* (diretto da F. Galgano), vol. VIII, Padova, 1985, 21 ss.; P. SPADA, *Dalla nozione al tipo della società per azioni*, in *Riv. dir. civ.*, 1985, I, 127 ss.

⁷ In tal senso, cfr. A. ZOPPINI, *Le fondazioni*, cit., 13 ss., che preferisce discorrere di “tipologia” in luogo di “tipo” – e ciò anche al fine di evitare le ambiguità semantiche che inevitabilmente il secondo termine evoca (cfr. G. DE NOVA, *Il tipo contrattuale*, Padova, 1974, *passim*) – intendendo riferirsi “alle strutture fenomeniche del fatto giuridico, se e in quanto i dati della realtà (che si assumono) tipologicamente significativi siano dotati di autonoma rilevanza giuridica”.

Il che ci sembra esprimere, sia pur in termini parzialmente differenti, la medesima esigenza di individuazione di una – o eventualmente anche di più d'una – *definizione* di fondazione, intesa quale punto di emersione (*recte*, di rilevanza, nomologica prima, crinologica poi) della fattispecie. Per l'idea di rilevanza giuridica da cui si muove, nonché per la distinzione tra rilevanza *nomologica* e *crinologica*, v. N. IRTI, *Rilevanza giuridica*, cit., 3 ss., *spec. 26 ss. e 42 ss.*



sciplinata dal legislatore del '42. A conferma, si adducevano le disposizioni dettate dall'art. 16 cod. civ., sulla necessità dell'indicazione statutaria dei criteri e delle modalità di "erogazione delle rendite" e dall'art. 28 cod. civ., sulla possibilità per l'autorità di trasformare la fondazione in caso di sopravvenuta "scarsa utilità" dello scopo. Ogni possibile ricerca intorno alla *definizione* – e quindi intorno all'estensione e ai limiti del *concetto*⁸ – di fondazione, fatalmente si arrestava prima ancora di iniziare.

Ma l'idea che riduceva il *Begriff* di fondazione all'unità della sola fondazione di mera erogazione – nota come *Hauptgeldstiftung* in ambiente giuridico tedesco e come *grant-makig foundation* in quello nordamericano⁹ – era così radicata tra gli interpreti anche (e soprattutto) per altre ragioni. Invero, ad innescare e ad alimentare il disinteresse – se non l'ostilità – nei confronti dell'istituto, ancor prima degli argomenti giuridici, concorrevano profondi condizionamenti di ordine storico, culturale e politico.

L'influenza più tenace l'esercitava l'eco persistente della condanna pronunciata contro le fondazioni dalla cultura illuminista; condanna maturata in ragione dell'operare congiunto di taluni decisivi fattori storici, quali: *i*) l'ostilità verso i corpi intermedi, reputati inutili e pericolosi diaframmi nel rapporto, che si assumeva dover essere diretto, tra lo Stato e il cittadino¹⁰; *ii*) l'ostracismo verso ogni forma di messa in discussione del *principio dell'unicità del patrimonio*, oggetto elevato a diretta emanazione della personalità del *soggetto*; di qui l'impossibilità, naturalistica prima ancora che giuridica, di destinare – nel senso di separare e di autonomizzare – una parte del patrimonio ad uno scopo particolare, essendo per natura impossibile frazionare l'umana personalità¹¹; *iii*) l'ostilità verso l'immobilizzazione della ricchezza (la così detta "manomorta") che la destinazione in perpetuo di un patrimonio ad uno scopo, secondo l'allora imperante dottrina fisiocratica, inevitabilmente avrebbe comportato^{12 13}, con conseguente irragionevole frustrazione dei principi di politica

⁸ Invero, "il concetto giuridico non è pensabile al di fuori della propria definizione" (N. IRTI, *Rilevanza giuridica*, cit., 35). Sul rapporto tra *concetto* e *definizione* normativi, v. ID., *ivi*, 26 ss.

⁹ È appena il caso di rilevare che, mentre tra la fondazione italiana e la *Stiftung* tedesca può ravvisarsi piena analogia, formale, strutturale e funzionale, lo stesso non può dirsi rispetto alla *foundation* americana, termine che negli Stati Uniti è usato per designare una qualunque *non profit organization* che agisca "per scopi sociali, educativi, assistenziali o religiosi" e i cui scopi siano "assunti come qualificanti, indipendentemente dalla struttura o tipologia giuridica (i due principali tipi sono quelli del *trust* e della *corporation*) o dalla denominazione" (così, A. PREDIERI, *Sull'ammodernamento della disciplina delle fondazioni e istituzioni culturali di diritto privato*, cit., 1120 ss.

La differenza, che pur è corretto ricordare, non è tuttavia d'ostacolo alla comparazione giuridica, come segnalato, *in primis*, da P. RESCIGNO, *Le fondazioni: prospettive e linee di riforma*, cit., 472-473; ID., voce *Fondazione (dir. civ.)*, in *Enc. dir.*, vol. XVII, Milano, 1968, 790 ss. (poi ripubblicata come ID., *Fondazione*, in *Persona e comunità. Saggi di diritto privato. II. (1967-1987)*, Padova, 1988, 3 ss., a cui d'ora in poi s'intenderanno effettuati i relativi riferimenti bibliografici); e come più di recente rilevato da A. FUSARO, *Le fondazioni in Europa: i modelli*, in AA. VV. (a cura di G. Resta), *Le fondazioni. Prospettive italiane ed Europee*, Napoli 2014, 43-44.

¹⁰ La più celebre formulazione della condanna dell'Illuminismo verso i corpi intermedi è formulata da J.-J. ROUSSEAU, *Il contratto sociale ovvero i principj del dritto politico* (traduzione dal francese del cittadino C.M.), Genova, 1797, 45, ove si legge: "Per avere esattamente la manifestazione della volontà generale, importa dunque moltissimo, che in uno stato non vi sia alcuna società parziale, e che ciascun cittadino opini secondo il suo sentimento".

Del resto, nel pensiero di Rousseau, la legittimazione stessa a partecipare al *contratto sociale* è per natura riservata all'individuo, *rectius* al cittadino, non già ai gruppi, come rileva, non lesinando critiche all'atomismo sociale rousseiano, N. BOBBIO, *Libertà fondamentali e formazioni sociali. Introduzione storica*, in *Pol. dir.*, 1975, 433; ID., *Il contratto sociale, oggi*, Napoli, 1982, 61 ss.

¹¹ Il che, come osserva A. ZOPPINI, *Le fondazioni*, cit., 26, equivaleva a segnare "un limite non solo all'autonomia dei privati, ma alla stessa potestà legislativa".

¹² Come osserva H. LIERMAN, *Handbuchdes Stiftungsrechts*, vol. I, *Geschichtedes Stiftungsrechts*, Tübingen, 1963, 230, un istituto il cui scopo era quello di asservire i vivi, in perpetuo, e così finanche in un futuro remoto e sconosciuto, alla volontà di un fondatore defunto, non poteva reggere innanzi al "tribunale della ragione". Al riguardo, v. già E. KANT, *La metafisica dei costumi*, trad. it., Bari, 1970, 213, secondo cui le fondazioni, quand'anche costituite per finalità altruistiche, "non possono essere fondate a perpetuità e gravare infinitamente il suolo".



economica ispiratori delle codificazioni liberal-borghesi ottocentesche, frustrazione che al “tribunale della ragione” appariva *ragionevole* soltanto allorché la fondazione perseguisse scopi di *pubblica utilità*¹⁴; iv) l’ostilità, infine, verso la Chiesa, e in particolare verso i privilegi storicamente goduti dal clero – all’epoca, peraltro, il maggior detentore di “manomorta” – dacché la fondazione era sovente impiegata come strumento giuridico per disporre lasciti in favore di enti ecclesiastici¹⁵.

Ad alimentare lo sprezzante disinteresse degli interpreti verso le fondazioni contribuiva poi una seconda influenza, diretta conseguenza della prima, dovuta alla circostanza che le codificazioni liberal-borghesi ottocentesche – il *Code civil* in testa, il Codice civile italiano del 1865 a seguire – avevano espunto dalle loro disposizioni ogni riferimento (o quasi) alla fondazione, come a sancire l’oblio che il secolo dei lumi aveva suggerito cadesse sull’istituto¹⁶. Così, negli animi degli esponenti della dottrina, in particolare di quella francese, era parso imporsi – e perdurare per circa un secolo – un sillogismo: se le moderne codificazioni, in ossequio allo statalismo, al positivismo e al legalismo che le avevano ispirate¹⁷, avevano riscritto il diritto civile in maniera *unitaria, completa ed esclusiva*¹⁸, e se da quella riscrittura le fondazioni erano state sciente-

¹³ Di qui, peraltro, la storica analogia tracciata con la sostituzione fedecommissaria. Analogia che, come è noto, in Italia ha esercitato e tuttora esercita un’influenza notevole soprattutto con riferimento ai due temi, tra loro connessi, dello *scopo* delle fondazioni e delle *fondazioni di famiglia* (cfr. L. CAVALAGLIO, *La fondazione fiduciaria: struttura e funzione della destinazione patrimoniale*, Milano, 2017, 129 ss.).

Analogia della quale può peraltro ragionevolmente dubitarsi, come rileva A. ZOPPINI, *Le fondazioni*, cit., 20-23, che evidenzia come i due istituti restino nettamente distinti, e sotto il profilo ontologico e sotto il profilo disciplinare. Quanto al primo profilo, infatti, il fedecommissario “è oggetto del diritto di proprietà (per quanto temporale e limitato) del sostituto” mentre la fondazione “è un soggetto di diritti” di cui i beneficiari sono creditori. Quanto al secondo profilo, l’esaurimento dello scopo (nell’esempio classico della fondazione di famiglia, il venir meno della gens) “determinerà, in un caso, l’estinzione per impossibilità sopravvenuta del vincolo fiduciario, nell’altro la devoluzione dei beni secondo le previsioni statutarie” (ID., *ivi*, 21).

Nella dottrina francese, rileva l’estraneità alla fondazione del concetto e della struttura del fedecommissario, R. BRICHET, voce *Fondation*, in *Juris-Classeur Civil, Annexes*, vol. II, Paris, 1989, 4.

¹⁴ A.-R.-J. TURGOT, *Fondation. Article de L’Encyclopédie* (vol. VII, 1757), cit., 351 ss.

Nello stesso senso, in Italia, v. F. GALGANO, *Delle persone giuridiche*, cit., *passim*, e C.M. BIANCA, *Diritto civile. I. La norma giuridica. I soggetti*, rist., Milano, 1984, 314, che discorre, con riferimento alle fondazioni, di “dato sociale negativo” in quando idoneo a sottrarre beni alla normale circolazione giuridica.

Invero, l’assunto per cui la fondazione di per sé comporti sottrazione di beni alla normale circolazione giuridica appare un dogma suscettibile di critica e di notevole ridimensionamento (se non di definito superamento). Sul punto, v. *infra*, § 10.

¹⁵ Analogamente a quanto avveniva con le *piae causae* del diritto giustiniano e medievale. Cfr. B. SANTALUCIA, voce *Fondazione (dir. rom.)*, in *Enc. dir.*, vol. XVII, Milano, 1968, 779 ss.

Peraltro, proprio l’anticlericalismo e il laicismo dell’Illuminismo giocarono un ruolo importante nel radicamento e nella diffusione dell’idea dello scopo di *pubblica utilità* quale elemento essenziale della fondazione. Sul punto, cfr. H. LIERMAN, *Handbuch des Stiftungsrechts*, cit., 230 ss., il quale osserva come la cultura illuminista, abituata a pensare in termini principalmente laici e intramondani, esigesse che la causa *pia* divenisse causa *utilis*, dacché sarebbe stato contrario alla ragione continuare a rinvenire l’essenza della fondazione nello spirito pio del fondatore (*pietas*) anziché nel bene comune (*utilitas*).

¹⁶ Come osserva A. ZOPPINI, *Le fondazioni*, cit., 27-28, il *Code civil* “condanna la fondazione ad una sorta di ‘clandestinità’ giuridica, tanto da non accoglierne lo stesso nome nel testo codicistico; ad essa, tuttavia, è dedicata – smentendo così il radicale rigetto del legislatore rivoluzionario – un riferimento indiretto, fuggevole e ciò non di meno significativo, all’art. 910, che subordina all’autorizzazione amministrativa la validità delle disposizioni patrimoniali, tra vivi o *mortis causa*, fatte a favore delle istituzioni di pubblica utilità”.

Ancor più netto l’ostracismo espresso verso l’istituto dal combinato disposto degli artt. 833 e 1075 del Codice Civile italiano del 1865, che vietava espressamente lasciti e donazioni diretti a “istituire o dotare benefici semplici, cappellanie laicali od altre simili fondazioni”, come evidenziato da M. BASILE, *Le persone giuridiche*, t. I, *Componenti e attività*, in *Trattato di diritto privato* (a cura di G. Iudica, P. Zatti), Milano, 2020, 13.

¹⁷ Cfr. F. MARINELLI, *La cultura del Code Civil. Un profilo storico*, Padova, 2004, 51 ss., spec. 52.

¹⁸ Sull’ambizione del *Code civil* a porsi quale fonte *unitaria, completa ed esclusiva* del diritto civile, per tutti v. P. GROSSI, *Mitologia giuridica della modernità*, Milano, 2001, 99.



mente neglette, allora esse neppure dovevano più reputarsi un fenomeno giuridicamente possibile, ammissibile e rilevante. Di qui la “congiura del silenzio”¹⁹, ordita contro le fondazioni dalla dottrina francese e da questa portata avanti, convintamente ed ostinatamente, per tutto il diciannovesimo secolo.

Infine, un ulteriore condizionamento avverso alle fondazioni s’era innescato, a partire dagli anni ’20 del secolo scorso, a causa dall’influenza esercitata dallo stato etico fascista e dall’ordinamento corporativo.

Il legislatore del Codice del 1942, a differenza di quello del 1865²⁰ – anche in ragione di un’ormai matura introduzione del giurista italiano nell’atmosfera culturale tedesca – aveva deciso, analogamente alle scelte compiute dal BGB²¹, di disciplinare le fondazioni; ma lo aveva fatto con il precipuo scopo di controllarne lo sviluppo e di limitarne la diffusione²². Il che veniva assicurato attraverso una rigorosa disciplina del riconoscimento, da concedersi caso per caso – a mo’ di privilegio²³ – a discrezione della pubblica autorità.

Il legislatore fascista, anziché ignorare il fenomeno delle fondazioni (e in generale degli enti), aveva deciso di *disciplinarlo*²⁴ – o meglio, di *controllarlo* – piegando la personalità giuridica a “sovrastruttura burocratica idonea a normalizzare e omologare i corpi sociali ai superiori interessi nazionali”²⁵.

Riecheggiava ancora, in fin dei conti, la diffidenza dello Stato nei confronti dei corpi intermedi; questa volta, però, declinata non a tutela del rapporto diretto – *recte*, plebiscitario – tra cittadino e Stato, ma in ragione della necessità di conformare gli interessi perseguiti dai primi a quelli imposti dal secondo²⁶.

2. – Sopravvissuto alla rivoluzione francese e alla condanna illuminista, pressoché ignorato dalle codificazioni ottocentesche, coatto nelle maglie del controllo tutorio dello Stato totalitario, il modello tradizionale di fondazione era dunque compendiabile nella definizione, sopra anticipata, di *patrimonio destinato (tendenzialmente) in perpetuo ad uno scopo di pubblica utilità, eretto in persona giuridica mercé il riconoscimento dell’autorità, svolgente attività di mera erogazione di rendite*²⁷.

¹⁹ L’espressione è tolta da A. ZOPPINI, *Le fondazioni*, cit., 29.

²⁰ Come osserva A. ZOPPINI, *Le fondazioni*, cit., 30, “In questo quadro normativo e dottrinale affonda le proprie radici il codice del ’42, che nel prevedere una disciplina delle persone giuridiche – ed è significativo ricordare che non erano mancate proposte di escludere nuovamente gli enti che poi troveranno accoglienza nel primo libro, giustificate dall’affermazione del loro carattere pubblicistico –, così come delle associazioni non riconosciute, segna un momento di significativa discontinuità rispetto al codice previgente e al *code civil*”.

In argomento, cfr. anche N. BOBBIO, *Libertà fondamentali e formazioni sociali. Introduzione storica*, in *Pol. del dir.*, 1975, 433.

²¹ Come osserva P. RESCIGNO, *Fondazione e impresa*, cit., 815, vi è “sostanziale identità, nei punti nodali, delle discipline contenute nei rispettivi codici civili, il BGB tedesco del 1900 e il nostro codice civile del 1942”.

²² Cfr. G. ALPA, *Il regime delle fondazioni in Italia e in Francia*, cit., 9; F.D. BUSNELLI, *Il diritto delle persone*, cit., 114.

²³ Come rileva S. CASSESE, *Le persone giuridiche e lo Stato*, cit., 4.

²⁴ Come osserva A. ZOPPINI, *Le fondazioni*, cit., 30, la scelta di non negligere i gruppi intermedi, ma di prendere atto della loro esistenza e piuttosto di disciplinarli, fu probabilmente dovuta all’influenza esercitata sul legislatore del ’42 dalla dottrina realista e istituzionalista di SAN. ROMANO, *L’ordinamento giuridico*, Pisa, 1918.

Sulla posizione del legislatore del ’42 in materia di persone giuridiche, v. F. GALGANO, *Il diritto privato fra codice civile e costituzione*, Bologna, 1983, II ed. accr., 85 ss.; A. BUTERA, *Il codice civile italiano commentato secondo l’ordine degli articoli, libro I*, Torino, 1939, 61.

²⁵ Sul punto, osserva G. ALPA, *Il regime delle fondazioni in Italia e in Francia*, cit., 9: “In uno stato fondamentalmente etico, quale è lo Stato fascista, che non consente l’esercizio di attività contrastanti con i suoi fini, l’acquisto della personalità non può che essere l’effetto della valutazione che la pubblica Autorità faccia degli scopi che l’ente si propone e dei mezzi con i quali intende raggiungerli”.

²⁶ In tal senso, v. A. BUTERA, *Il codice civile italiano commentato secondo l’ordine degli articoli*, cit., 65.

²⁷ Cfr. G. ALPA, *Il regime delle fondazioni in Italia e in Francia*, cit., 9.



Per decenni, era in questo *Vorbild* che la *communis opinio* risolveva sia il *Begriff* che il *Typus* della fondazione. Ciò in quanto il modello veniva reputato, ad un tempo, *esclusivo* ed *esaustivo*²⁸: esclusivo, in quanto la necessaria utilità pubblica dello scopo – naturale *pendant* dell’asserita connotazione antieconomica dell’istituto – impediva di concepire tipologie di fondazione istituite per scopi che non fossero di pubblica utilità; esaustivo, poiché l’inderogabilità dei suoi caratteri – quali la natura prettamente devolutiva dell’attività svolta, l’assenza assoluta di lucro (sia oggettivo che soggettivo), la tendenziale perpetuità dell’istituzione, l’indisponibilità per il fondatore del patrimonio di dotazione, il carattere concessorio del riconoscimento (il cui naturale corollario era l’ingerenza da parte dello Stato nella vita dell’ente anche successivamente alla concessione della personalità giuridica) – precludeva all’autonomia privata la possibilità di alterare o di conformare diversamente (per esempio, sul piano strutturale e organizzativo) il modello “visualizzato” dal legislatore.

In un contesto in cui *Vorbild*, *Begriff* e *Typus* venivano fatti coincidere, discorrere di fondazioni svolgenti attività non di erogazione o di fondazioni in cui il fondatore continuasse a disporre (come amministratore) dei beni della fondazione o di fondazioni senza dotazione patrimoniale o con dotazione patrimoniale soltanto promessa – sottoscritta ma non versata, direbbe lo studioso di diritto commerciale – insomma, discorrere di tutta quella fenomenologia di fondazioni che di lì a poco avrebbero popolato lo scenario italiano (e che già da fine ‘800 avevano fatto la loro comparsa in quello internazionale), voleva dire discorrere di fondazioni “atipiche” e perciò inammissibili²⁹.

3. – In Italia, è stato solo sul finire degli anni ‘60 del secolo scorso che parte della dottrina ha iniziato a porre in discussione l’esclusività e l’esaustività di quel *Vorbild*, cominciando a documentarne, con proficua sensibilità, i numerosi segnali di crisi.

Il ripensamento intorno al concetto tradizionale di fondazione è sembrato prendere avvio *in primis* sotto la pulsione della comparazione giuridica, particolarmente votata, in quegli anni, all’osservazione del panorama delle fondazioni nel sistema tedesco ed in quello nordamericano³⁰.

Del primo, anche grazie alla vasta eco generata dal dibattito svoltosi in seno al 44° *Deutschen Juristen Tag* del 1962³¹, aveva colpito la riflessione circa la necessità di ricercare un nuovo equilibrio tra la natura privatistica dell’istituto e l’interesse pubblico che storicamente ne aveva favorito la diffusione in Germa-

²⁸ Come lucidamente osserva A. ZOPPINI, *Le fondazioni*, cit., 18-19.

²⁹ In tal senso, tra gli altri, v. A. PREDIERI, *Sull’ammodernamento della disciplina delle fondazioni e istituzioni culturali di diritto privato*, cit., 1135: “L’interpretazione sistematica porta a concludere che le forme o gli istituti sono predisposti a scopi diversi, senza possibilità di uscire dai tipi”. Nella stessa pagina, *sub* nota 56, l’Autore significativamente precisa: “Non si ha perciò neppure il cosiddetto *Typuszwang*, che si ha invece in materia di società *ex art.* 2249 c.c., ma ci troviamo di fronte a norme cogenti”.

Come rileva A. ZOPPINI, *Le fondazioni*, cit., 19, l’affermazione della coincidenza necessaria tra modello, concetto e tipo di fondazione, e la conseguente impossibilità di ammettere fondazioni “atipiche”, costituisce un’ipotesi di applicazione, anche nel campo delle fondazioni, della così detta “teoria imperativistica del tipo”, il cui effetto è di “rendere il contenuto della fattispecie omogeneo al tipo normativo, che assurge così a limite dell’autonomia privata” (ID., *ibidem*). In argomento, cfr. anche G. ZANARONE, *Società a responsabilità limitata*, cit., 101 ss.

Analogamente, sia pur con riferimento ad un ambito diverso, di “coazione legale del tipo” discorreva già C. GRASSETTI, *Del negozio fiduciario e della sua ammissibilità nel nostro ordinamento*, in *Riv. dir. comm.* 1936, I, 345 ss., spec. 366.

³⁰ Cfr. P. RESCIGNO, *Fondazione*, cit., 11 ss.

³¹ Con riferimento al quale, v. *supra*, *sub* nota 4.



nia³², nonché la possibilità di *oggettivizzazione*³³ e di *socializzazione*³⁴ dell'impresa, che la *Rechtsform* della fondazione li pareva aver consentito³⁵, ma che i dogmi del civilista e del commercialista italiano di allora difficilmente permettevano di immaginare in Italia, nonostante le innegabili affinità rinvenibili, in materia di fondazioni, tra la codificazione tedesca del 1900 e quella italiana del 1942 e nonostante la significativa influenza esercitata dalla dottrina tedesca su quella italiana.

Del secondo, aveva impressionato la capacità della fondazione di esser divenuta la principale protagonista del *non profit sector* e del pluralismo socio-istituzionale americani; temi che giusto in quegli anni iniziavano ad attirare l'attenzione dello studioso italiano³⁶ e che proprio l'elaborazione del privatista cominciava ad offrire agli interpreti quale nuova chiave di lettura del diritto privato in generale, e del diritto delle persone giuridiche, specie di quello delle fondazioni, in particolare³⁷.

In quegli anni, proprio grazie all'analisi comparatistica – segnatamente all'osservazione dell'esperienza tedesca – un primo importante segnale di cedimento dell'esclusività e dell'eshaustività del modello tradizionale della *Hauptgeldstiftung* emergeva dalla riflessione che andava svolgendosi intorno al rapporto tra *fondazione e impresa*. Riflessione inaugurata, come è noto, da due noti saggi: l'uno di Pietro Rescigno³⁸, l'altro di Renzo Costi³⁹.

Il contributo di Rescigno, puntando peraltro ad inserirsi in quel movimento di opinione che già all'epoca sollecitava in Italia una riforma della disciplina delle fondazioni⁴⁰, risolveva in senso positivo la questione relativa all'ammissibilità, nel nostro ordinamento, della *fondazione titolare di impresa*⁴¹ e cercava di offri-

³² Sul ruolo storicamente svolto dalle fondazioni e sulla loro diffusione in Germania, v. H. LIERMAN, *Handbuch des Stiftungswesens*, vol. I, cit., *passim*, spec., con riferimento all'epoca contemporanea, 169 ss.

In argomento, più di recente, anche in chiave comparatistica, cfr. A. RICHTER, *Rechtsfähige Stiftung und Charitable Corporation*, Berlin, 2000, *passim*, spec. 40 ss.; R.G. STRACHWITZ, *Traditionen des deutschen Stiftungswesens – ein Überblick*, in AA. VV. (a cura di R.F. Strachwitz e F. Mercker), *Stiftungen in Theorie, Recht und Praxis. Handbuch für ein modernes Stiftungswesen*, Berlin, 2005, 33 ss.; AA. VV. (a cura di T. Adam, M. Frey, R.F. Strachwitz), *Stiftungen seit 1800. Kontinuitäten und Diskontinuitäten*, Stuttgart, 2009, *passim*.

³³ Cfr. P. RESCIGNO, *Fondazione*, cit., 25; ID., *Fondazione e impresa*, cit., 828, il quale, riprendendo il dibattito tedesco sul punto, osserva: “la fondazione sembra addirittura lo strumento giuridico più idoneo a dare forma tecnica alla progressiva «oggettivizzazione» dell'impresa: fenomeno, quest'ultimo, che deriva, ma a sua volta accentua sempre più gravemente, la mancanza di personale interesse degli amministratori alla proprietà dei beni amministrati e la spinta all'autofinanziamento dell'impresa”.

³⁴ Cfr. R. COSTI, *Fondazione e impresa*, cit., 3 ss.

³⁵ Come è noto, l'esempio emblematico è quello dalla *Karl Zeiss Stiftung*, sulle cui origini, nascita e vicende, nella dottrina italiana, cfr. T. TREVES, *Il caso Zeiss*, in *Riv. dir. int. priv. e proc.*, 1967, 437 ss.; in quella tedesca, cfr. W. DAVID, *Die Karl-Zeiss-Stiftung. Ihre Vergangenheit und ihre gegenwärtige rechtliche Lage*, Heidenheim, 1954, *passim*.

³⁶ Come ricorda M. TAMPONI, *Persone giuridiche, Art. 11-35*, in *Il Codice Civile. Commentario* (fondato da P. Schlesinger, diretto da D. Busnelli), Milano, 2018, 50, *sub nota* 74, il primo a discorrere in Italia di *non profit organizations* è stato P. RESCIGNO, voce *Fondazione*, cit., 7.

³⁷ Tra i molteplici contributi in tema di pluralismo offerti dall'Autore, cfr. in particolare, P. RESCIGNO, *Personalità giuridica e gruppi organizzati*, in AA. VV., *Personalità giuridica e gruppi organizzati. Atti del Convegno di studio svoltosi a Trani-Barletta, 19-21 giugno 1970*, Milano, 1971, 3 ss. (e ora in P. RESCIGNO, *Persone e Comunità. Saggi di diritto privato*, II, cit., 103 ss.).

³⁸ Cfr. P. RESCIGNO, *Fondazione e impresa*, cit., *passim*.

³⁹ Cfr. R. COSTI, *Fondazione e impresa*, cit., *passim*.

⁴⁰ E sul quale, v. *supra*, § 1, *sub nota* 1.

⁴¹ Qui è opportuno un chiarimento terminologico. Invero, l'Autore, nel saggio *de quo*, non discorreva di “fondazione titolare di impresa” (così detta *Unternehmensträgerstiftung*) ma – come si vedrà nel prosieguo di questo paragrafo – di “fondazione di impresa” (così detta *Unternehmensstiftung*) e di “impresa di fondazione” (così detta *Stiftungsunternehmen*).

Tuttavia, nella dottrina e nella prassi italiane coeve e successive – nonché nella legislazione francese, soprattutto a seguito dell'introduzione della *foundation d'entreprise* – la locuzione “fondazione di impresa” ha cominciato ad indicare, anziché le fondazioni titolari di impresa, quelle fondazioni (di mera erogazione) costituite e sovvenzionate dalle grandi società in quanto dalle medesime preposte alla promozione di attività benefiche, culturali, di ricerca, scientifiche, *etc.* (cfr. A. ZOPPINI, *Le fondazioni*, cit., 60); sono le



re delle soluzioni ai maggiori problemi disciplinari che l'esercizio dell'impresa da parte della fondazione poneva.

Rielaborando il dibattito tedesco, l'Autore analizzava il rapporto tra fondazione e impresa formulando due ordini di distinzioni.

In primis, distingueva tra *Hauptgeldstiftung* e *Anstaltstiftung*: la prima era la *fondazione di mera erogazione*, ascrivibile – secondo la prospettiva dell'economia aziendale – al *genus* delle *aziende di erogazione*, *genus* al quale – secondo la medesima prospettiva – appartenevano gli enti pubblici sociali (non economici); la seconda era la *fondazione titolare di impresa* (in senso ampio), ascrivibile, invece, al *genus* delle *aziende di produzione*, *genus* a cui appartenevano anche gli enti pubblici economici⁴².

Isolava, poi, all'interno della tipologia dell'*Anstaltstiftung*, due ulteriori sottotipologie: l'*Anstaltstiftung* titolare di uno *Stiftungsunternehmen*, cioè di una *impresa della fondazione*, e l'*Anstaltstiftung* consistente essa stessa in una *Unternehmensstiftung*, cioè in una *fondazione titolare di impresa* (in senso stretto). Nella prima – che l'Autore considerava l'ipotesi più realistica e perciò più interessante dal punto di vista pratico – l'impresa veniva esercitata dalla fondazione in via *strumentale* rispetto agli scopi altruistici propri dell'ente; gli utili dell'attività erano quindi *destinati* alla fondazione, o meglio, costituivano la provvista per le rendite erogate dalla medesima. Nella seconda – che invece l'Autore considerava più che altro un caso di scuola, reputando possibile ma poco realistico concepire una fondazione che esaurisse “il proprio fine e la propria attività nella conservazione e nell'autofinanziamento dell'«impresa in sé», senza proporsi obiettivi, anche limitati, di carattere extra-aziendale e di indole altruistica”⁴³ – la fondazione esercitava essa stessa attività di impresa, nel senso che la fondazione era la *forma giuridica scelta ed impiegata per l'esercizio dell'impresa*, in tale attività esaurendosi lo scopo della fondazione senza che rilevassero “finalità ulteriori di indole sociale”⁴⁴.

L'Autore riteneva ammissibili entrambe le sottotipologie di fondazioni titolari di impresa.

L'ammissibilità della prima non sollevava in realtà particolari problemi, poiché, in fin dei conti, nonostante le finanze necessarie alle erogazioni affluissero dall'impresa strumentale, l'ente restava pur sempre una fondazione di erogazione per finalità altruistiche⁴⁵.

Più problematica era invece l'ammissibilità della *Unternehmensstiftung*, dacché qui occorre ammettere che la fondazione potesse esaurire il proprio scopo nell'attività di impresa. Al riguardo, l'Autore avvertiva come l'ostacolo rappresentato dalla tradizionale concezione dell'istituto, essenzialmente connotata dall'attività di mera erogazione e dallo scopo necessariamente di pubblica utilità, dovesse ormai ritenersi in via di

così dette “fondazioni culturali”, sviluppatasi in Italia dagli anni '60 in poi sul modello della così detta *company-sponsored foundation* americana e protagoniste di quel fenomeno noto come *mecenatismo di impresa* (cfr. *infra*, § 4).

Pertanto, onde evitare possibili fraintendimenti e scomode sovrapposizioni terminologiche, in queste pagine si è preferito riferirsi alle fondazioni che *svolgono* attività di impresa non impiegando l'espressione “fondazione di impresa” ma la locuzione “fondazione titolare di impresa” (analogamente a A. ZOPPINI, *Le fondazioni*, cit., 61, che così traduce dal tedesco il termine *Unternehmensträgerstiftung* impiegato da H. KRONKE, *Stiftungstypus und Unternehmensträgerstiftung*, cit., *passim*) ovvero, più semplicemente, la formula “fondazione impresa” (analogamente a G. ALPA, *Il regime delle fondazioni in Italia e in Francia*, cit., 13 e a G. PONZANELLI, *La rilevanza costituzionale delle fondazioni culturali*, in *Riv. dir. civ.*, 1979, 54 ss.; di “fondazione-impresa” discorre invero anche R. COSTI, *Fondazione e impresa*, cit., 2).

⁴² P. RESCIGNO, *Fondazione e impresa*, cit., pp. 835-837, spec. p. 836, ove l'Autore osserva che *azienda di erogazione* e *azienda di produzione* “sarebbero riducibili ad un genere comune, e cioè alla nozione di attività economica organizzata; ma solamente all'azienda di produzione sarebbe riferibile la nozione tecnico-giuridica d'impresa, quale risulta dall'art. 2082 c.c.”.

⁴³ P. RESCIGNO, *Fondazione e impresa*, cit., 837.

⁴⁴ P. RESCIGNO, *Fondazione e impresa*, cit., 825.

⁴⁵ P. RESCIGNO, *Fondazione e impresa*, cit., 832.



superamento; ciò in ragione dell'affermarsi di una "progressiva «neutralità» delle forme giuridiche rispetto ai contenuti economici"⁴⁶, avvertita come il "punto di arrivo inevitabile nello svolgersi della logica del sistema capitalistico"⁴⁷, ricavabile da più di un indice normativo⁴⁸ e riscontrabile in più di un'evidenza fenomenica⁴⁹. L'Autore introduceva così un'idea – quella della *neutralità delle forme* – che avrebbe poi trovato numerosi riscontri e diverse declinazioni nella dottrina coeva e successiva⁵⁰, nonché piena recezione normativa nella legislazione speciale degli ultimi trent'anni⁵¹.

La distinzione tra *Stiftungsunternehmen* e *Unternehmensstiftung* non era priva di rilevanza disciplinare.

Al primo, infatti, dovevano trovare applicazione tutte le disposizioni previste dal Codice Civile in materia di fondazioni nonché lo statuto dell'imprenditore commerciale, con la sola eccezione dell'obbligo di iscrizione nel registro delle imprese, data la *strumentalità* dell'attività di impresa rispetto all'attività principale della fondazione (l'erogazione di rendite per finalità altruistiche), in analogia con quanto desumibile *a contrario* dall'art. 2201 cod. civ. per gli enti pubblici aventi per oggetto *non esclusivo e non principale* – quindi meramente *strumentale* – un'attività commerciale⁵².

Alla seconda, invece, doveva trovare applicazione l'intero statuto dell'imprenditore commerciale, nonché tutte le disposizioni sulle fondazioni, ad eccezione degli artt. 26 e 28 cod. civ., applicandosi analogicamente l'art. 28, u.c., cod. civ., dovendo reputarsi i poteri di coordinamento, di unificazione amministrativa e di trasformazione spettanti all'autorità amministrativa, incompatibili con la natura degli interessi perseguiti dalla *Unternehmensstiftung*, interessi talmente 'privati' da somigliare piuttosto a quelli sottesi alla disciplina della fondazione di famiglia.

Anche il contributo di Costi offriva risposta positiva al quesito circa l'ammissibilità della *fondazione titolare di impresa*, anch'esso cercando di tracciarne la disciplina applicabile. Tuttavia, rispetto all'analisi di Rescigno, erano decisamente diverse le premesse teoriche di partenza, e così riuscivano differenti pure gli esiti disciplinari di arrivo.

La riflessione di Costi muoveva invero da una più generale analisi della possibile incidenza del modello strutturale della fondazione sulla teoria generale dell'impresa e della proprietà⁵³.

⁴⁶ P. RESCIGNO, *Fondazione e impresa*, cit., 832.

⁴⁷ P. RESCIGNO, *Fondazione e impresa*, cit., 832.

⁴⁸ P. RESCIGNO, *Fondazione e impresa*, cit., 833 richiama "come norme particolarmente espressive di questa tendenza, gli artt. 2249, relativo ai «tipi» di società, e 2620, relativo all'ambito di applicazione delle norme sui consorzi. Il primo consente ai privati di adottare uno dei «tipi» sociali previsti per l'esercizio (in forma di impresa collettiva) di attività commerciale (v. anche l'art. 2200, comma 1, in fine); il secondo, dichiarando applicabili le norme degli artt. 2602 segg. alle società costituite per il raggiungimento degli scopi indicati nell'art. 2602, ammette la possibilità di società con scopo consortile, di società consorzi, senza dubbio irriducibili alla nozione generale di società che risulta dall'art. 2247".

Secondo l'Autore, inoltre, che lo scopo altruistico dell'ente non sia incompatibile con l'esercizio di un'impresa commerciale "emerge del resto dalla disciplina delle cooperative e delle mutue assicuratrici (art. 2511 segg.) e dal regime degli enti pubblici che abbiano ad oggetto esclusivo o prevalente un'attività commerciale (art. 2201)" (ID., *ivi*, 834).

⁴⁹ P. RESCIGNO, *Fondazione e impresa*, cit., 834, secondo cui "il divario tra forma e contenuto si rivela ancor più netto a chi si fermi a considerare certi fenomeni, non sporadici, della realtà: l'uso dello strumento della società di capitali (società per azioni o società a responsabilità illimitata) per attività di natura caritativa o assistenziale; dal lato opposto, associazioni non riconosciute, costituite per il perseguimento di scopi ideali, impegnate nell'esercizio di imprese commerciali".

⁵⁰ Per un'efficace sintesi delle varie accezioni riscontrabili in dottrina del concetto di «neutralità delle forme», v. A. ZOPPINI, *Le fondazioni*, cit., 126 ss.

⁵¹ La neutralità della *Rechtsform* della fondazione rispetto all'attività svolta, e così, in particolare, la compatibilità tra fondazione e impresa, è infatti una costante che accomuna molte delle così dette *fondazioni speciali*. Sul punto, v. *infra*, § 7.

⁵² P. RESCIGNO, *Fondazione e impresa*, cit., 840 ss., spec. 842.

⁵³ Sul rapporto tra proprietà e impresa, fervidamente studiato in quegli anni, è d'obbligo il riferimento alle coeve opere di N. IRTI, *Proprietà e impresa*, Napoli, 1965, *passim* e G. ROSSI, *Persona giuridica, proprietà e rischio di impresa*, Milano, 1967, *passim*.



Riguardo alla prima, l'Autore rilevava l'ontologica assenza, nel modello fondazionale, del conflitto – tipicamente riscontrabile, invece, nelle società – tra l'esigenza di libertà di determinare le proprie scelte imprenditoriali da parte del soggetto giuridico imprenditore e gli interessi degli *stakeholders* (consumatori, lavoratori, fornitori, collettività, *etc.*) sui quali esse inevitabilmente incidevano. Secondo l'Autore, questa situazione di conflitto, al centro della storica dialettica tra le dottrine *contrattualistiche* e quelle *istituzionalistiche* dell'impresa⁵⁴, non poteva prodursi nell'impresa esercitata in forma di fondazione, mancando “uno dei due interessi in contrasto, quello «personale» dell'imprenditore”, essendo “infatti la gestione legata ad uno scopo, statutariamente fissato e sottratto alla disponibilità dei gestori”⁵⁵. Restavano così “assicurate la continuità dell'impresa, al di là della vita dell'imprenditore originario, e, anche formalmente, la sua autonomia nei confronti delle vicende dei fondatori”⁵⁶. Attraverso la scelta della *Rechtsform* della fondazione, veniva dall'ordinamento *consentita*⁵⁷ la così detta *funzionalizzazione dell'impresa*⁵⁸.

Con riferimento alla seconda, specularmente, l'Autore ragionava di *funzionalizzazione della proprietà*, osservandosi, nella proprietà della fondazione, da un lato, un'ingente compressione di entrambe le facoltà che tipicamente caratterizzano il diritto dominicale – e cioè il potere di *disposizione*⁵⁹ e quello di *godimento*⁶⁰ – dall'altro, una scissione tra *titolarità del diritto*, formalmente intestato alla fondazione, e *titolarità dell'interesse*, sostanzialmente in capo *in primis* al fondatore e in ultima istanza – tecnicamente, una volta intervenuto il riconoscimento – ai beneficiari⁶¹. Compressione delle facoltà tipiche del proprietario e scissione tra

⁵⁴ Cfr. P.G. JAEGER, *L'interesse sociale*, Milano, 1964, 13 ss.

⁵⁵ R. COSTI, *Fondazione e impresa*, cit., 6.

⁵⁶ R. COSTI, *Fondazione e impresa*, cit., 6-7.

⁵⁷ *Consentita, e non imposta*. Il passaggio logico è fondamentale nel pensiero dell'Autore, che al riguardo osserva: “Come si vede, la funzionalizzazione dell'impresa si realizza a prescindere da un interesse generale cui l'impresa stessa debba essere destinata. E, quel che più conta, tale trasformazione dell'impresa, da espressione di un diritto a svolgimento di una funzione, non è il risultato di un sistema che funzionalizzi l'impresa in quanto tale, ma la conseguenza della particolare struttura dell'ente imprenditore, struttura che finalizza tutte le attività e le posizioni dell'ente e, quindi, anche le eventuali attività di impresa” (così R. COSTI, *Fondazione e impresa*, cit., 7).

⁵⁸ Come osserva R. COSTI, *Fondazione e impresa*, cit., 7: “grazie allo schema organizzativo della fondazione possono essere posti all'impresa come fini istituzionali, quegli interessi ai quali una struttura societaria non offre una sufficiente garanzia a causa del potere dell'assemblea di modificare l'oggetto sociale e gli scopi statutari. Codesta finalizzazione fa dell'impresa stessa una funzione, nel senso che essa viene vincolata ad uno scopo tipico e specifico, in grado, come tale, di condizionare, se non di eliminare, il diritto d'iniziativa economica del soggetto”.

Il profilo verrà ripreso e declinato in altra chiave, quasi trent'anni dopo, da una dottrina (A. BARBA, *Associazione fondazione e titolarità di impresa*, Napoli, 1996, *passim*), particolarmente sensibile alla rilevanza ‘politica’ dei gruppi e delle forme di soggettività metaindividuale, riconosciuti quali modalità (organizzative e di realizzazione) della democrazia pluralista, e incline a riaffermare non solo l'idoneità della fondazione alla titolarità di impresa, ma appunto a porne in rilievo l'attitudine a ‘funzionalizzare’ l'attività di impresa, garantendone – a differenza dell'impresa societaria – l'*istituzionalizzazione* e la *perpetuità*.

⁵⁹ Con riferimento al quale, R. COSTI, *Fondazione e impresa*, cit., 9, osserva: “è certo che la fondazione non può modificare la destinazione del proprio patrimonio o, tanto meno, rinunciarvi, dal momento che *deve* perseguire un certo scopo. Essa non può decidere la propria fine, così come può fare una corporazione, mentre può, evidentemente, procedere liberamente a tutte le riconversioni del patrimonio che ritiene opportune per il conseguimento del proprio fine”.

⁶⁰ Con riferimento al quale, R. COSTI, *Fondazione e impresa*, cit., 9, osserva: “E se il potere di disposizione è così vincolato, non meno compresso è quello di godimento. La fondazione non può modificare il proprio oggetto e i propri scopi, e pertanto non può trarre dal proprio patrimonio tutte le utilità di cui questo sia astrattamente capace: essa può trarne solo quelle utilità che siano strumentali al raggiungimento degli scopi statutari e, d'altra parte, deve utilizzare in tale direzione i propri beni”.

⁶¹ Osserva al riguardo R. COSTI, *Fondazione e impresa*, cit., 9, che qui “della funzione esiste anche l'altro elemento, quello obiettivo, dell'altruità dell'interesse”, dacché, chiarito “che la personificazione è soprattutto una tecnica giuridica e che l'imputazione delle situazioni soggettive agli enti è pur sempre un'imputazione strumentale, non ci si può nascondere che gli organi della fondazione operano per il raggiungimento di interessi che non sono loro e che, per di più, appartengono a soggetti i quali non hanno loro affidato



intestazione del diritto e spettanza dell'interesse inducevano l'Autore a concludere nel senso che, nella fondazione, la proprietà cessava di essere espressione di libertà, assumendo quei contenuti di doverosità tipici dei *poteri-doveri*, cioè delle *funzioni*⁶².

Corollario di queste premesse era che la fondazione, al pari della corporazione, dovesse reputarsi forma giuridica *neutra* rispetto alle possibili attività svolte. L'unico elemento discretivo tra fondazioni e corporazioni restava pertanto la capacità della prima – carente, invece, nella seconda – di *funzionalizzare* la proprietà e l'impresa, e ciò evidentemente in ragione della impossibilità, per la fondazione, di modificare il proprio scopo.

A sostegno di questa ricostruzione, l'Autore poneva in rilievo come, nel nostro ordinamento, analogamente a quello tedesco⁶³, non solo non fosse ravvisabile alcuna norma volta a precludere alla fondazione lo svolgimento dell'attività di impresa, ma neppure fosse individuabile alcun precetto idoneo a impedire che il fondatore riservasse a sé le rendite erogate – o comunque le attività prodotte – dalla fondazione⁶⁴. Costi, cioè, ammetteva espressamente la *fondazione lucrativa*. La sua idea di *neutralità delle forme* esprimeva perciò un'estensione decisamente più ampia rispetto a quella formulata da Rescigno⁶⁵, risolvendosi, in sostanza, in una sorta di *neutralità delle funzioni*, vale a dire in una vera e propria *neutralità causale*⁶⁶.

Anche con riferimento alla disciplina applicabile poi, le conclusioni di Costi divergevano parzialmente da quelle di Rescigno. Per il primo, infatti, dovevano trovare applicazione, alla fondazione titolare di impresa, oltre alle norme in materia di fondazioni, anche lo statuto generale dell'imprenditore, nonché, qualora l'attività esercitata fosse di natura commerciale, lo statuto dell'imprenditore commerciale. In particolare, Costi non riteneva applicabile allo *Stiftungsunternehmen* l'esenzione dall'iscrizione nel registro delle imprese stabilita per gli enti pubblici non economici dall'art. 2201 cod. civ., trattandosi, ad avviso dell'Autore, di norma eccezionale, come tale insuscettibile di applicazione analogica⁶⁷.

(come accade nelle corporazioni) tale compito. A questo punto deve ammettersi che la «proprietà», della fondazione cessa d'essere il punto di riferimento di un diritto soggettivo per assumere le caratteristiche della funzione» (ID., *ivi*, 10).

⁶² R. COSTI, *Fondazione e impresa*, cit., 9.

⁶³ Sul punto, cfr. le interessanti riflessioni di F.D. BUSNELLI, *Il diritto delle persone*, cit., 114-115.

⁶⁴ R. COSTI, *Fondazione e impresa*, cit., 11 ss., spec. 13, ove l'Autore osserva: «I compilatori del codice vigente conoscevano indubbiamente la sola ipotesi di fondazioni altruistiche, dalle quali cioè il fondatore, che donava beni per spirito di liberalità, non si riprometteva vantaggio alcuno e tanto meno un vantaggio economico: essi intesero quindi affidare alla fondazione funzioni essenzialmente altruistiche. Ma tale univocità di intenzioni non vincola evidentemente l'interprete soprattutto quando nessun dato normativo, imponendo l'alterità sostanziale tra fondatori e beneficiari, escluda che i fondatori riservino a sé stessi (o ai propri aventi causa) il diritto ai vantaggi realizzati attraverso la fondazione.»

⁶⁵ Il quale, pur scorrendo in termini di ammissibilità della *Unternehmensstiftung*, e così ammettendo la «possibilità della fondazione come forma giuridica per l'esercizio d'impresa, quando in tale attività si esaurisca lo scopo della fondazione, senza che vi corrano finalità ulteriori d'indole sociale», non è mai giunto fino al punto di ritenere ammissibile l'auto-destinazione degli utili della fondazione titolare di impresa in favore del fondatore.

Invero, come dimostreranno compiutamente le successive ricerche (v. *infra*, §§ 5-6), il fatto che lo scopo della fondazione possa esaurirsi nel mero esercizio di un'attività di impresa non significa che l'eventuale risultato economico positivo di tale attività – *id est*, l'utile – possa essere auto-destinato.

⁶⁶ Al riguardo osserva R. COSTI, *Fondazione e impresa*, cit., 17: «Queste ultime considerazioni servono a dimostrare la sostanziale neutralità dello strumento organizzativo della fondazione nei confronti degli scopi perseguiti».

⁶⁷ L'Autore aderiva all'idea, diffusamente sostenuta in dottrina (cfr. A. PAVONE LA ROSA, *Il registro delle imprese. Contributo alla teoria della pubblicità*, Milano, 1954, 224 e 290; F.A. ROVERSI MONACO, *Gli enti di gestione. Struttura, funzioni, limiti*, Milano, 1967, 194 ss.; G.F. CAMPOBASSO, *Diritto commerciale, I, Diritto dell'impresa*, cit., 78), secondo cui l'art. 2201 c.c. porrebbe un'eccezione al principio generale sancito dall'art. 2093, comma 2., c.c., in forza del quale tutti gli enti pubblici (quindi anche quelli non economici) devono iscriversi nel registro delle imprese almeno «limitatamente alle imprese da essi esercitate».



4. – La riflessione intorno al concetto di fondazione è proseguita negli anni '70, concentrandosi specialmente sulla prassi statutaria delle così dette “fondazioni culturali” o “fondazioni di impresa”⁶⁸, che ormai da alcuni decenni cominciavano a diffondersi in Italia, divenendo in breve tempo un fenomeno ampio e di sempre maggior rilievo nel panorama socio-economico del paese.

A riguardo, la dottrina⁶⁹ rilevava come l'analisi degli atti costitutivi e degli statuti di questa tipologia di fondazioni evidenziasse una distanza straordinaria tra l'originario atteggiarsi del fenomeno fondazionale e il suo concreto configurarsi nella prassi; distanza così significativa da indurre a discorrere di vera e propria “metamorfosi dell'istituto”⁷⁰.

Rilevanti e numerose le deviazioni dal *Vorbild* tradizionale svelate all'interprete dall'analisi fenomenologica: *i*) la contaminazione del modello fondazionale con quello associativo e con quello societario, dacché sovente le “fondazioni culturali” venivano costituite non da (un vero e proprio) fondatore, ma da più “sottoscrittori” – talvolta addirittura su impulso di una sorta di “comitato promotore” – prevedendosi negli statuti l'attribuzione ai sottoscrittori della qualità di “soci”, nonché la possibilità, per i medesimi, di costituirsi in assemblea e di nominare uno o più membri dell'organo amministrativo⁷¹; *ii*) la sostituzione del connotato – tipico del *Begriff* tradizionale di fondazione – della *dotazione patrimoniale* con quello – tipico, invece, del diritto societario – della sottoscrizione di una o più quote di *capitale* (cui spesso era peraltro commisurato il potere di ingerirsi nella gestione dell'ente)⁷²; *iii*) l'irrisorietà, o comunque l'insufficienza, della dotazione pa-

Il punto è tuttora controverso, come efficacemente sintetizzato da G.F. CAMPOBASSO, *Diritto commerciale, 1, Diritto dell'impresa*, cit., 78, al quale si rinvia per una rassegna delle principali opinioni al riguardo.

⁶⁸ Come è noto, entrambe le terminologie sono impiegate dalla dottrina italiana per riferirsi a tutte quelle fondazioni costituite e finanziate da grossi gruppi industriali, sul modello della *company-sponsored foundation* degli Stati Uniti, al fine dello svolgimento della così detta *filantropia d'impresa* (o *mecenatismo di impresa*), “il cui segno distintivo è costituito da un agire imprenditoriale volto alla produzione di benefici sociali e quindi all'osmosi tra logica degli affari ed etica del dono” (M. TAMPONI, *Persone giuridiche*, cit., 50-51).

Discorrono così di “fondazioni culturali”, tra gli altri, A. PREDIERI, *Sull'ammodernamento della disciplina delle fondazioni e istituzioni culturali di diritto privato*, cit., *passim*; D. VITTORIA, *Le fondazioni culturali e il consiglio di amministrazione*, cit., p. 321; G. ALPA, *Il regime delle fondazioni in Italia e in Francia*, cit., 13; G. PONZANELLI, *La rilevanza costituzionale delle fondazioni culturali*, cit., p. 23 ss.; D. PREITE, *La destinazione dei risultati nei contratti associativi*, cit., 350 ss.; R. RASCIO, *Le fondazioni culturali*, in AA. VV. (a cura di N. Lipari), *Tecnica giuridica e sviluppo della persona*, Bari, 1974, 471 ss.

Discorrono invece di “fondazioni di impresa”, A. ZOPPINI, *Le fondazioni*, cit., 61 (quest'Autore, in particolare, sulla suggestione della l. 90-559 francese sulla *foundation d'entreprise*) e B. ACCONCIAIOCO, *Le fondazioni di impresa*, in AA. VV. (a cura di G. Resta), *Le fondazioni*, cit., 147 ss.

Tuttavia, entrambe le terminologie scontano inevitabili ambiguità. Così, ad esempio, P. RESCIGNO, *Fondazione e impresa*, cit., 813, *sub nota* 1, discorre di “fondazione di impresa” (traducendo dal tedesco il termine *Unternehmensstiftung*) con riguardo alla fondazione che svolga direttamente un'attività di impresa (analogamente, D. PREITE, *La destinazione dei risultati nei contratti associativi*, cit., 350 ss.). Per converso, A. ANGIULI, *Le fondazioni culturali*, in AA. VV. (a cura di G. Resta), *Le fondazioni*, cit., 175 ss., parla di “fondazione culturale” riferendosi ad ogni fondazione che svolga attività di cultura, a prescindere dunque che essa sia o meno una *company-sponsored foundation*.

Pertanto, appare opportuno confermare il chiarimento terminologico già formulato *supra*, *sub nota* 43 del presente paragrafo: per indicare le fondazioni italiane sviluppatesi sul modello della *company-sponsored foundation* americana, si utilizzeranno, indistintamente, le locuzioni “fondazione culturale” e “fondazione di impresa”; per indicare, invece, le fondazioni che effettivamente *svolgono* attività di impresa, si discorrerà di “fondazione titolare di impresa” o, più semplicemente, di “fondazione impresa”.

⁶⁹ Il riferimento è all'attenta ricerca di D. VITTORIA, *Le fondazioni culturali e il consiglio di amministrazione*, cit., 298 ss.

In argomento, cfr. anche G. PONZANELLI, *La rilevanza costituzionale delle fondazioni culturali*, cit., 23 ss.; R. RASCIO, *Le fondazioni culturali*, cit., 471 ss.

⁷⁰ D. VITTORIA, *Le fondazioni culturali e il consiglio di amministrazione*, cit., 321.

⁷¹ Anzi, frequentemente venivano previste e disciplinate diverse categorie di “soci”, distinti in ragione del contributo versato (cfr. D. VITTORIA, *Le fondazioni culturali e il consiglio di amministrazione*, cit., 303).

⁷² D. VITTORIA, *Le fondazioni culturali e il consiglio di amministrazione*, cit., 304-305.



trimoniaie iniziale della fondazione e la conseguente necessità di ricorrere a *sovvenzioni*, anche periodiche, da parte dei fondatori; *iv*) il mancato “distacco” del fondatore dall’ente (*rectius*, dal patrimonio dell’ente)⁷³, essendogli spesso riconosciuto un controllo costante sull’attività della fondazione⁷⁴, o diretto, attribuendogli un seggio nel consiglio di amministrazione, o indiretto, riservandogli il diritto (normalmente vitalizio) di nominare uno o più amministratori⁷⁵; *v*) il mutamento della funzione svolta dall’organo amministrativo, non più *servente* rispetto alla volontà storica del fondatore impressa nelle tavole di fondazione, ma *sovvrana*, data l’estrema genericità delle disposizioni statutarie riguardo agli scopi dell’ente e dato l’esplicito riconoscimento all’organo amministrativo di amplissima discrezionalità in ordine ad ogni scelta relativa all’attività e alla vita della fondazione⁷⁶: dagli investimenti patrimoniali alle modalità di erogazione e alla scelta dei beneficiari delle rendite; dalla selezione e dal reperimento delle fonti di finanziamento dalle modifiche statutarie e alle operazioni straordinarie; “tutte decisioni affidate alla competenza esclusiva del consiglio di amministrazione, secondo discrezionali valutazioni assolutamente svincolate dalla predeterminazione statutaria di dati presupposti”⁷⁷; *vi*) il diverso atteggiarsi dello *scopo* della fondazione, il quale, smarrita la tradizionale connotazione (puramente) altruistica, pareva piuttosto rivolgersi, pur nel rispetto dell’*etero-destinazione* dei risultati dell’attività dell’ente, alla soddisfazione degli interessi “ego-altruistici”⁷⁸ dei fondatori – normalmente imprese – adoperanti la *Rechtsform* fondazionale “come ente strumentale al conseguimento di obiettivi imprenditoriali o, più in generale, alla legittimazione sociale dell’impresa”⁷⁹; invero, essendo costituita appositamente per svolgere attività che ne assecondassero, più o meno direttamente, gli obiettivi imprenditoriali, la “fondazione culturale” appariva, di fatto, un organo della società-madre (al punto da averne, almeno di regola, la stessa denominazione).

⁷³ Sul “distacco” – *rectius* sulla “terzietà” – del fondatore rispetto alla fondazione quale connotato tipico di essa, in dottrina, cfr. F. FERRARA, *Le persone giuridiche*, cit., 298 ss., P. RESCIGNO, voce *Fondazione*, cit., 28 ss. e 37 ss.; G. ALPA, *Il regime delle fondazioni in Italia e in Francia*, cit., 23; in giurisprudenza, cfr. Cons. St., 1 giugno 1960, in *Cons. Stato*, 1961, I, 644.

⁷⁴ Il che è peraltro un corollario dell’assenza o dell’irrisorietà della dotazione patrimoniale iniziale. Invero, come osserva D. VITTORIA, *Le fondazioni culturali e il consiglio di amministrazione*, cit., 321, ciò “involge un tipo di intervento del fondatore assai più penetrante del mero controllo *ab extrinseco* sull’ossequio degli amministratori della fondazione al vincolo di destinazione istituzionale”.

⁷⁵ Deve poi osservarsi come questo legame tra fondatore e fondazione tenda peraltro a conservarsi in perpetuo, dacché nelle “fondazioni culturali” il fondatore è assai spesso una società di capitali, o comunque una persona giuridica. Sul punto, cfr. D. VITTORIA, *Le fondazioni culturali e il consiglio di amministrazione*, cit., 309-310, spec. *sub nota* 23.

⁷⁶ Cfr. G. ALPA, *Il regime delle fondazioni in Italia e in Francia*, cit., 23.

⁷⁷ Così D. VITTORIA, *Le fondazioni culturali ed il consiglio di amministrazione*, cit., 311 ss., spec. 314-315 da cui è tratto il virgolettato citato nel testo.

Nello stesso senso, v. A. ZOPPINI, *Le fondazioni*, cit., 65, che rileva come, più in generale, questo fenomeno evidenzia la prevalenza, in questa tipologia di fondazioni, dell’elemento personale su quello patrimoniale.

A tal proposito, discorreva di “fondazione-organizzazione”, già A. PREDIERI, *Sull’ammodernamento della disciplina delle fondazioni e istituzioni culturali di diritto privato*, cit., 112.

⁷⁸ Cfr. D. VITTORIA, *Le fondazioni culturali ed il consiglio di amministrazione*, cit., 305; A. ZOPPINI, *Le fondazioni*, cit., 55; D. PREITE, *La destinazione dei risultati nei contratti associativi*, cit., 350; G. MARICONDA, A. CARRABBA, *Su alcuni profili di documentazione delle associazioni e fondazioni svolgenti attività commerciale*, in *Impresa e tecniche di documentazione giuridica*, vol. I, *La fase costitutiva dell’impresa*, Milano, 1990, p. 37 ss.; G. MARASÀ, *Le “società” senza scopo di lucro*, cit., 178; T. ASCARELLI, *Cooperativa e società. Concettualismo giuridico e magia delle parole*, in *Riv. soc.*, 1957, 429 ss.; W. BIGIARI, *La professionalità dell’imprenditore*, cit., 66.

⁷⁹ A. ZOPPINI, *Le fondazioni*, cit., 55.



5. – Negli anni '80, la riflessione intorno al *Typus* della fondazione, e così l'analisi della crisi del modello dogmatico tradizionale, son sembrate nuovamente alimentarsi del contributo del comparatista, particolarmente attento, questa volta, non solo ad osservare l'evolversi del panorama nordamericano degli enti *non profit*⁸⁰, al fine di esportarne in Italia modelli e soluzioni⁸¹, ma anche a riflettere sui possibili profili di efficienza allocativa dell'*output* generato da questi enti⁸², segnatamente, sulle potenzialità di creare utilità socio-economiche riconducibili all'*etero-destinazione* dei risultati delle loro attività. Il che ha rappresentato, con particolare riferimento proprio alle fondazioni, un momento di significativa inversione prospettica rispetto alle analisi fino ad allora condotte dagli studiosi, solitamente concentrate, più che altro, sull'*input* dell'attività fondazionale, e perciò assuefatte all'idea che la dotazione patrimoniale dell'ente rappresentasse una pericolosa sottrazione di beni alla circolazione giuridica⁸³. Per la prima volta, la dottrina italiana è apparsa invece interessata a misurare ciò che la fondazione – intesa come *Rechtsform* – avrebbe potuto essere in grado di restituire (anziché drenare) al benessere complessivo della collettività.

A questo proposito, la comparazione giuridica – specialmente l'esame del sistema statunitense – è riuscita d'aiuto all'interprete, offrendogli “i registri argomentativi idonei a colmare la cesura, vissuta più nella costruzione teorica che nella prassi, tra il mondo della produzione e dello scambio e quello delle forme giuridiche pensate per realizzare scopi ideali”⁸⁴. Nei paradigmi del *non profit sector* nordamericano, lo studioso italiano ha ricercato una spiegazione attendibile – e verosimilmente “esportabile” anche in Italia⁸⁵ – della possibile utilità socio-economica degli enti non lucrativi.

In particolare, i risultati cui sono giunte queste ricerche sono stati di due ordini.

Da un canto, hanno evidenziato come quella tra enti del libro V ed enti del libro I fosse una ‘competizione’ tra forme giuridiche tutte astrattamente idonee allo svolgimento di un'efficiente attività economico-produttiva – *id est*, di un'attività di impresa – e dunque che la “vittoria” dei primi e la “crisi” dei secondi⁸⁶ dovesse ascrivere non a ragioni, per così dire, ‘ontologiche’, legate cioè alla *causa* o alla *struttura* di essi, ma alla maggiore ricchezza e alla migliore confezione, rispetto alle scarse e scarse disposizioni contenute nel libro I, del tessuto normativo offerto dal libro V, evidentemente reputato, dall'operatore pratico, “come in grado di offrire una maggiore protezione ad esigenze di limitazione di responsabilità, di tutela del credito, nonché di certezza nell'esercizio di attività economiche”⁸⁷.

D'altro canto, questi studi hanno confermato l'intuizione di chi⁸⁸, anni addietro, aveva già avvertito di come il criterio distintivo tra enti del libro I ed enti del libro V non potesse ravvisarsi nella natura dello scopo perseguito o dell'attività svolta dall'ente ma nella (*auto* o *etero*) destinazione del *prodotto* – *rectius*, del *risultato* – della sua attività. Verificavano, cioè – sebbene su di un piano principalmente comparatistico – come il confine tra associazioni e fondazioni, da un lato, e società, dall'altro, corresse piuttosto lungo il crinale dell'allocazione finale dell'utilità prodotta dall'attività dell'ente, che non su quello della finalità né della modalità di svolgimento di essa.

⁸⁰ Cfr. P. VERRUCOLI, *Non-profit Organizations (a comparative approach)*, Milano, 1985, *passim*.

⁸¹ G. PONZANELLI, *Le “non profit organizations”*, cit., *passim*.

⁸² Cfr. D. PREITE, *La destinazione dei risultati nei contratti associativi*, Milano, 1988, *passim*, spec. 350 ss.

⁸³ Come rileva A. ZOPPINI, *Le fondazioni*, cit., 3.

⁸⁴ A. ZOPPINI, *Le fondazioni*, cit., 4.

⁸⁵ Cfr. G. PONZANELLI, *Le “non profit organizations”*, cit., *passim*, spec. 163 ss.

⁸⁶ L'espressione è icasticamente impiegata da G. PONZANELLI, *Le “non profit organizations”*, cit., 147 ss.

⁸⁷ G. PONZANELLI, *Le “non profit organizations”*, cit., 150-151.

⁸⁸ Il riferimento è ovviamente a P. RESCIGNO, *Fondazione*, cit., 7.



In conclusione, ad associazioni e fondazioni non doveva reputarsi precluso produrre e scambiare, anche in via organizzata e professionale, beni e servizi; doveva piuttosto ritenersi interdetto appropriarsi del beneficio economico generato da quella produzione e da quello scambio, ovvero, più tecnicamente, doveva considerarsi inibita la *auto-destinazione* del risultato delle proprie attività.

Cominciava a diffondersi e a consolidarsi l'idea che, analogamente a quanto avvenuto negli Stati Uniti con riferimento alla distinzione tra *non profit* e *for profit organizations*, fosse il così detto *non distribution constraint* – isolato e definito dalla dottrina di Hansmann⁸⁹ – l'unico vero criterio distintivo tra enti del libro I e società⁹⁰, non la natura ideale o di pubblica utilità dello scopo⁹¹ né la declinazione economica o non economica dell'attività⁹² dei primi rispetto alle seconde.

6. – Ma sono state le ricerche condotte nell'ultimo decennio del secolo scorso a sancire il definitivo superamento del dogma dell'esclusività e dell'esautività del *Vorbild* tradizionale di fondazione.

In particolare, una dottrina, particolarmente sensibile alla riflessione storica, incline all'osservazione comparatistica e attenta all'analisi economica, offriva in quegli anni un importante contributo alla comprensione e alla sistemazione dell'evoluzione dell'istituto⁹³.

Muovendo dagli esiti – sopra brevemente ripercorsi – delle ricerche compiute nei tre decenni precedenti, evidenziava il pregiudizio storico nel quale l'egemonia culturale liberal-borghese e post-illuminista aveva relegato la fondazione; contrapponeva, al rischio della manomorta, l'efficienza allocativa che il *non profit sector*, in particolare l'impresa *non profit*, aveva conseguito negli Stati Uniti; verificava come il *Vorbild* di fondazione 'visualizzato' dal legislatore del '42 non ne esaurisse in realtà né il *Begriff* né il *Typus*; confutava gli argomenti testuali tradizionalmente ricavati dagli artt. 16 e 28, comma 1, cod. civ., dimostrando come queste disposizioni, pur avendo certamente 'valore segnaletico' della *Hauptgeldstiftung* (e del fatto che questa fosse stata probabilmente l'unico *Vorbild* avuto in mente dai compilatori del Codice), riuscissero tuttavia inidonee, di per sé sole, a rivelarne il crisma dell'inderogabilità⁹⁴.

Accertata la non coincidenza tra la fattispecie «fondazione» e il modello che ne aveva ispirato la disciplina⁹⁵, riaffermata la pertinenza delle *forme della soggettività metaindividuale* all'area del diritto privato⁹⁶ –

⁸⁹ Come è noto, la paternità dell'idea di individuare nel 'vincolo di non distribuzione' la scriminante tra enti *non profit* e *for profit*, nonché della stessa nozione di tale vincolo, definito come il *divieto di distribuire il guadagno netto dell'ente in favore dei soggetti che lo controllano* (siano essi soci, associati, amministratori, dirigenti, funzionari, etc.), salva ovviamente la possibilità di corrispondere un "reasonable compensation to any person for labor or capital that he provides, whether or not that person exercises some control over the organization", è di H.B. HANSMANN, *The Role of Nonprofit Enterprise*, in *The Yale Law Journal*, vol. 89, n. 5, 1980, 835 ss., spec. 838 (da cui è tratto il virgolettato).

⁹⁰ Cfr. G. PONZANELLI, *Le "non profit organizations"*, cit., 133 ss.

⁹¹ Cfr. F. GALGANO, *Delle persone giuridiche*, cit., *passim*.

⁹² Cfr. A. FALZEA, *Brevi note sui caratteri differenziali tra società e associazione*, in *Giur. compl. Cass. civ.*, 1947, I, 987 ss.; R. SACCO, *Società e associazione*, in *Riv. dir. comm.*, 1950, II, 161 ss.; L. FARENGA, *Associazione, società e impresa*, in *Riv. dir. comm.*, 1981, I, 35 ss.

⁹³ Il riferimento è all'opera di A. ZOPPINI, *Le fondazioni*, cit., *passim*.

⁹⁴ A. ZOPPINI, *Le fondazioni*, cit., 20, il quale sottolinea come, infatti, l'inderogabilità del modello dogmatico tradizionale venga, invero, assai spesso inferita da altre disposizioni – diverse da quelle dettate in tema di fondazioni – e in particolare da quelle dettate in tema di fedecommesso, e tra queste specialmente dall'art. 699 c.c.

Per la confutazione, svolta dallo stesso Autore (ID., *ivi*, 21 ss.), dell'asserita analogia tra *fondazione* e *fedecommesso* v. anche *supra*, § 1, *sub* nota 13.

⁹⁵ Cfr. a tal proposito anche A. BARBA, *Associazione fondazione e titolarità di impresa*, cit., 6 che efficacemente discorre di "divergenza tra *prefigurazione* normativa e realtà funzionale".



restando pur sempre le *persone giuridiche*, e in generale gli *enti dotati di rilievo reale*⁹⁷, strumenti volti a consentire “in via mediata agli interessi privati di costituire, regolare, estinguere rapporti giuridici attraverso una proiezione dell’imputazione a livello metaindividuale”⁹⁸ – questa dottrina considerava inappagante l’approccio metodologico votato alla mera constatazione della crisi del modello tradizionale e alla conseguente enunciazione del ‘passaggio’ dalla (vecchia tipicità della) fondazione alle (nuove tipologie di) fondazioni⁹⁹.

Segnalava, anzi, il rischio che la mera analisi tipologica – pur utile per la migliore individuazione della disciplina applicabile al caso concreto¹⁰⁰ – potesse addirittura riuscire arbitraria e fuorviante, se condotta in assenza di una delimitazione dei confini del campo di indagine, e cioè in assenza (se non di una *definizione* o di una *nozione*, quanto meno) di un *concetto* di fondazione, idoneo a distinguere le emersioni fenomeniche davvero rientranti nel *Typus*, dalle altre. Soltanto per le prime, infatti, avrebbe potuto correttamente discorrersi di ‘tipologie’ di fondazione.

Poneva, perciò, il problema dell’esigenza, “insieme definitoria e applicativa, di analizzare, sul piano strettamente giuridico, il nucleo essenziale dell’istituto”¹⁰¹, il quale, data la scarsità e l’inadeguatezza del dato normativo, avrebbe potuto estrapolarsi soltanto “isolando le costanti normative *coerenti con la disciplina codicistica* che storicamente (e comparatisticamente) accompagnano il *nomen iuris* fondazione”.

Proponeva, allora, il “ricorso ad un tipo ‘ideale’, ossia ad un concetto capace di sintetizzare, in punto dia-cronico e sincronico, i caratteri dell’istituto”¹⁰², individuati: *i*) nella *destinazione di un patrimonio ad uno scopo non di lucro (soggettivo) e indisponibile* per il fondatore (e per la stessa fondazione) una volta ottenuto il riconoscimento; e *ii*) nella nascita di un’*organizzazione, dotata di rilievo reale*, deputata allo svolgimento dell’attività necessaria alla realizzazione dello scopo.

L’*Idealtypus* storico-comparatistico così isolato consentiva di definire «fondazione» ogni *fenomeno di destinazione patrimoniale ad uno scopo non lucrativo e (tendenzialmente) perpetuo*¹⁰³, *mediato da una vicenda organizzativa dotata di rilievo reale*¹⁰⁴.

Come osserva A. ZOPPINI, *Le fondazioni*, cit., 20, “se il *Vorbild* che il legislatore ha avuto in mente è accertabile in modo univoco, è però vero che questa opzione non si è tradotta in un’esplicita prescrizione normativa”.

Nello stesso senso, cfr. C.M. BIANCA, *Diritto civile. I.*, cit., 314 ss.

⁹⁶ Pertinenza, peraltro, autorevolmente condivisa anche dalla dottrina pubblicistica. In tal senso, v. S. CASSESE, *Le persone giuridiche e lo Stato*, cit., 12 ss.

Sul punto, cfr. anche A. BARBA, *Associazione fondazione e titolarità di impresa*, cit., 20 ss.

⁹⁷ L’impiego della locuzione “rilievo reale” allo scopo di indicare “la rilevanza della fattispecie per la generalità dei terzi e segnatamente la rilevanza della destinazione contrattuale di beni e del porsi d’un’azione giuridica come azione sociale (cioè non individuale), con la conseguente attivazione di regimi non coincidenti con quelli connessi all’agire individuale” si deve a P. SPADA, *La tipicità delle società*, cit., 27 (ma v. già P. FERRO-LUZZI, *I contratti associativi*, cit., 118, *sub* nota 33, che discorreva di “efficacia reale” dell’organizzazione dell’ente; più in generale, evocava il possibile rilievo reale dell’atto di autonomia privata (anche al di fuori del tema dell’efficacia traslativa) già F. SANTORO-PASSARELLI, *Dottrine generali del diritto civile*, IX ed., Napoli, 1966, 239).

Elabora le riflessioni di P. SPADA, trasponendole al campo delle persone giuridiche del libro primo, e in particolare alle fondazioni, A. ZOPPINI, *Le fondazioni*, cit., *passim*, spec. 76 ss.

⁹⁸ A. ZOPPINI, *Le fondazioni*, cit., 74.

⁹⁹ A. ZOPPINI, *Le fondazioni*, cit., 72 ss.

¹⁰⁰ Pur con tutte le criticità che il metodo tipologico inevitabilmente sconta, delle quali, sia in termini generali che con specifico riguardo alla società a responsabilità limitata (*ante* riforma del 2003), già avvertiva G. ZANARONE, *Società a responsabilità limitata*, cit., 152.

¹⁰¹ A. ZOPPINI, *Le fondazioni*, cit., 76.

¹⁰² A. ZOPPINI, *Le fondazioni*, cit., 77.

¹⁰³ In effetti, la *perpetuità* dello scopo è soltanto *tendenziale*. Ciò per un duplice ordine di ragioni. *In primis*, perché lo scopo potrebbe naturalmente esaurirsi o divenire impossibile. In secondo luogo, perché esso potrebbe essere modificato dall’autorità amministrativa (cfr. art. 28 c.c., che peraltro impropriamente discorre di “trasformazione” della fondazione, trattandosi, in questo caso, di



Le diverse possibili declinazioni dello *scopo* e dell'*attività* dell'ente restavano, una volta per tutte, fuori dalla definizione di fondazione; esse, lungi dall'aver rilievo nella delimitazione del perimetro del *Typus*¹⁰⁵, incidevano piuttosto, unitamente alle diverse possibili declinazioni strutturali dell'ente, sull'enucleazione delle varie *tipologie* di fondazione.

Alle soglie del nuovo millennio, la metamorfosi delle fondazioni, nelle pagine degli atti costitutivi e degli statuti, come in quelle dei contributi degli studiosi, è apparsa dunque conclamata. E la riflessione intorno ad essa è sembrata restituire due importanti risultati: *i)* l'emersione di un'idea diversa di fondazione, più ampia di quella evocata dal tradizionale *Vorbild* della *Hauptgeldstiftung*, slegata cioè dai riferimenti alla pubblica utilità dello scopo e alla natura di mera erogazione dell'attività, ancorata soltanto agli *elementi strutturali* della destinazione di un patrimonio ad uno scopo (tendenzialmente) perpetuo e della necessaria mediazione di un assetto organizzativo metaindividuale dotato di rilievo reale e all'*elemento causale* del *non distribution constraint*, cioè dell'*etero-destinazione* dei risultati dell'attività dell'ente; *ii)* la conferma della possibilità, per la fondazione, di svolgere attività di impresa.

7. – Queste conclusioni son sembrate ulteriormente confermate dall'evoluzione legislativa degli ultimi trent'anni. Periodo nel quale la metamorfosi delle fondazioni ha conosciuto un'ulteriore stagione, caratterizzata, questa volta, non tanto dall'opera della dottrina, quanto dall'influenza esercitata dalla *legislazione speciale*; segnatamente, da tre distinti flussi di leggi speciali.

Il primo di essi è consistito: per un verso, in quella che è stata etichettata come la (mini) “riforma per sottrazione”¹⁰⁶ degli enti non lucrativi, che ha comportato lo smantellamento del previgente sistema di controlli e autorizzazioni amministrative relativi agli acquisti, alle donazioni e ai lasciti testamentari in favore delle persone giuridiche del libro primo, e segnatamente l'abrogazione degli artt. 17, 600, 782 ultimo comma, e nella modifica dell'art. 473 cod. civ.¹⁰⁷; per altro verso, nella riforma del *riconoscimento* della personalità giuridica, e così nell'abrogazione degli artt. 12, 16 ultimo comma, 27 ultimo comma, 33 e 34 cod. civ., e nella contestuale introduzione della nuova disciplina di cui al d.P.R. 10 febbraio 2000, n. 361. La prima riforma è sembrata aver finalmente ridimensionato la diffidenza dello Stato verso le possibili concentrazioni di ric-

mera “modificazione dello scopo, che transita da quello originario a uno analogo, al fine di scongiurare l'estinzione dell'ente e quindi la disgregazione della sua struttura organizzativa e patrimoniale. La variazione qui contemplata è concettualmente diversa dalla trasformazione delle società di cui agli artt. 2498 ss. c.c., che riguarda invece il mutamento del tipo” (così, P. RESCIGNO, *Fondazione*, cit., 41; M. TAMPONI, *Persone giuridiche*, cit., 435).

Pertanto, più precisamente, la *perpetuità* dello scopo deve essere declinata nel senso di *immodificabilità* di esso da parte dell'autonomia privata. E può ben dirsi che in ciò risiede oggi il tratto saliente della fondazione, idoneo a distinguerla, in particolare, dall'associazione e, in generale, da ogni altro ente. Il profilo è messo ben in rilievo da A. ZOPPINI, *Profili evolutivi della fondazione nella moderna prassi e nella legislazione speciale*, in AA. VV., *Fondazioni di partecipazione*, Milano, 2007, consultabile sulla *Elibrary* della Fondazione del Notariato. Sul punto v. *amplius infra*, § 8.

¹⁰⁴ A. ZOPPINI, *Le fondazioni*, cit., 83.

¹⁰⁵ Di conseguenza, osserva A. ZOPPINI, *Le fondazioni*, cit., 85, “perde evidentemente senso la domanda in ordine all'ammissibilità di una fondazione *atipica*, volendo così sottendere un limite posto dal «tipo normativo» all'autonomia privata, mentre oggetto d'indagine diviene la (*innere*) *Gestaltungsfreiheit* che si avvale di fattori tipizzanti «funzionalmente neutri», elementi, cioè, suscettivi d'una qualificazione giuridica *compatibile* con il nucleo della fattispecie”.

¹⁰⁶ Così, A. ZOPPINI, *Problemi e prospettive*, cit., 367.

¹⁰⁷ Che però ancora impone alle persone giuridiche del libro primo l'accettazione con beneficio di inventario, il che comporta un'incoerente disparità di trattamento rispetto alle società, come evidenziato da A. ZOPPINI, *Problemi e prospettive*, cit., 367.

In tema, v. G. GABRIELLI, *L'accettazione di eredità da parte dei corpi morali*, in *Riv. dir. civ.*, 2003, 225 ss.



chezza in capo agli enti del libro primo; mercé la seconda, poi, è stato espressamente sancito che lo scopo della fondazione non debba necessariamente essere di *pubblica utilità*, dacché l'art. 1, comma 3, d.P.R. n. 361/2000 richiede soltanto che esso sia *possibile e lecito*¹⁰⁸.

Il secondo flusso di leggi speciali è stato quello che è parso eleggere la fondazione a *Rechtsform* ideale per la realizzazione di quel processo di così detta “privatizzazione” (o “depubblicizzazione”) di taluni importanti enti pubblici; in particolare, di tutti quegli enti pubblici per i quali, per ragioni strutturali o funzionali, non si era ritenuta possibile (o comunque opportuna) la trasformazione in società per azioni. È il caso delle *fondazioni bancarie* – che di questo fenomeno hanno rappresentato senza dubbio l'esempio al contempo più emblematico e travagliato –¹⁰⁹, delle *fondazioni enti lirici*¹¹⁰, delle *fondazioni universitarie*¹¹¹, delle *fondazioni culturali*¹¹².

Il terzo flusso di leggi speciali è stato quello che ha introdotto e disciplinato, dapprima in maniera episodica e frammentaria, poi in modo sempre più organico e unitario, il così detto «Terzo settore», dalla cui attuale disciplina – oggi racchiusa nel d.lgs. 3 luglio 2017, n. 112, recante la “Revisione della disciplina in

¹⁰⁸ Cfr. M.V. DE GIORGI, *La riforma del procedimento per l'attribuzione della personalità giuridica agli enti senza scopo di lucro*, in *Studium iuris*, 2000, 499 ss.

¹⁰⁹ Le così dette «fondazioni bancarie», enti sorti dalla ‘privatizzazione’ (o ‘depubblicizzazione’) del credito bancario, rappresentano di certo l'esempio più imponente di fondazioni speciali (cfr. G. ZAGREBELSKY, *Conclusioni. Fondazioni bancarie: una grande riforma da consolidare*, in AA.VV. (a cura di G. Pastori e G. Zagrebelsky), *Fondazioni bancarie: una grande riforma da consolidare*, Bologna, 2011, 231 ss.), contribuendo, più di altre fattispecie, a porre in crisi l'antica distinzione tra enti pubblici ed enti privati. La loro evoluzione è infatti scandita da una costante oscillazione del legislatore nell'impiego disciplinare di caratteri propri talvolta degli uni, talaltra degli altri (come rileva, in particolare, A. GENTILI, *La riforma delle fondazioni di origine bancaria*, in *Riv. dir. civ.*, 1999, II, 401).

Sulle fondazioni bancarie, con particolare riferimento alla discussa natura giuridica, la letteratura è copiosissima. Possono tuttavia richiamarsi, senza alcuna pretesa di esaustività, oltre ai contributi già citati *supra*, i seguenti: M. BASILE, *Le persone giuridiche*, cit., 24 ss.; R. COSTI, *La riforma delle «fondazioni bancarie»*, in *Studi in onore di P. Rescigno*, vol. II, *Diritto privato*, Milano, 1998, 227 ss.; F. MERUSI, *Metamorfosi degli enti pubblici creditizi*, in *Banca, borsa e tit. cred.*, I, 1993, 1 ss.; G. RAGUSA MAGGIORE, *La fondazione bancaria. Luce e ombre*, in *Dir. fall.*, 1993, 365 ss.; P. RESCIGNO, *La fondazione e i gruppi bancari*, in *Banca, Impresa, Società*, 1992, 389 ss.; P. SCHLESINGER, *Le c.d. «fondazioni bancarie»*, in *Banca, borsa, tit. di cred.*, 1996, I, 421 ss.; M. TAMPONI, *Persone giuridiche*, cit., 27 ss.; A. ZOPPINI, *La legge sulle c.d. fondazioni bancarie. Il commento*, in *Corr. giur.*, 1999, 411 ss.; ID., *L'autonomia statutaria nelle fondazioni di origine bancaria*, in *Banca, borsa e tit. cred.*, III, 2000, 399 ss.

¹¹⁰ Come è noto, la locuzione «enti lirici» è ormai in uso nel comune lessico dalla dottrina e dalla giurisprudenza per indicare tutti quegli enti, originariamente nati come enti privati (si pensi al Teatro Petruzzelli di Bari, o al Teatro dell'Opera di Roma), prima trasformati in enti pubblici – dacché sovvenzionati in maniera pressoché esclusiva dallo Stato – in virtù del r.d. 3 febbraio 1936, n. 438, convertito nella l. 4 giugno 1936, n. 1750, e poi riprivatizzati ad opera del d.lgs. 29 giugno 1996, n. 367 (emanato in attuazione della delega contenuta nella l. 28 dicembre 1995, n. 549), mediante la trasformazione in fondazioni aventi per scopo il perseguimento, senza scopo di lucro, della diffusione dell'arte musicale, della formazione professionale dei quadri artistici e dell'educazione musicale della collettività (in generale, sulla vicenda degli enti lirici, v. G. IUDICA, *La privatizzazione degli enti lirici*, in AA. VV. (a cura di G. Iudica), *Fondazioni ed enti lirici*, Padova, 1998, *passim*; per una interessante ricostruzione storica del variegato panorama degli enti lirici prima della riforma del 1936, cfr. D. CORVI, *Evoluzione giuridica e tipologie contrattuali delle fondazioni lirico-sinfoniche*, in *Diritto e processo*, 2018, 247 ss.).

¹¹¹ In realtà, in letteratura, la locuzione “fondazioni universitarie” è impiegata in maniera piuttosto promiscua, dacché con essa si fa solitamente riferimento sia alle così dette *fondazioni universitarie strumentali* che alle così dette *fondazioni-università* (o *fondazioni universitarie* in senso stretto). Tipologie di fondazione che invece rappresentano fenomeni logicamente distinti (in generale, sulle fondazioni universitarie v. S. SERRAVALLE, *Le fondazioni universitarie. Natura e disciplina applicabile*, Napoli, 2012, 17 ss. e S. MAINARDI, *La trasformazione delle università in fondazioni. Profili di diritto del lavoro*, in *Giorn. dir. amm.*, 2008, 1169 ss.).

¹¹² Nel vasto orizzonte delle fondazioni speciali, pur riscontrando minore risonanza in dottrina e in giurisprudenza, meritano poi di essere ricordate le *fondazioni culturali*, la cui scarna disciplina è oggi precipuamente contenuta nell'art. 112 del d.lgs. 22 gennaio 2004, n. 42 (così detto “Codice dei beni culturali e del paesaggio”) (in tema, v. E. BATTELLI, *I soggetti privati e la valorizzazione del patrimonio culturale*, in AA. VV., *Patrimonio culturale. Profili giuridici e tecniche di tutela*, Roma, 2017, 53 ss.).



materia di impresa sociale” e nel d.lgs. 3 luglio 2017, n. 117, recante il “Codice del Terzo settore” – hanno visto la luce la *fondazione del Terzo settore* e la *fondazione impresa sociale*.

In particolare, per effetto di questi ultimi due moti legislativi, ha cominciato a diffondersi, in letteratura, una nuova dicotomia: quella tra *fondazioni di diritto comune* e *fondazioni di diritto speciale*; ovvero, con formula più sintetica, tra *fondazioni comuni* e *fondazioni speciali*^{113 114}.

La dottrina, cioè, ha iniziato a porre in rilievo come la disciplina delle fondazioni – con dinamica peraltro ormai comune a molti altri istituti civilistici¹¹⁵ – non fosse più rinvenibile soltanto nel Codice Civile, ma pure in un considerevole numero di leggi speciali. Leggi che se da un lato sembravano far ricorso, in modo più o meno espresso, al modello fondazionale codicistico, dall’altro ponevano, rispetto ad esso, numerose deviazioni e deroghe; deroghe e deviazioni talvolta talmente incisive da far sorgere nei commentatori più d’un dubbio circa la stessa natura fondazionale dell’ente¹¹⁶.

Pur nella grande diversità che ha caratterizzato ciascuna di queste tipologie di *fondazioni speciali*, l’analisi delle relative discipline di settore consente oggi all’interprete di riguadagnare due importanti risultati di ordine ermeneutico e dogmatico.

Il primo è la conferma positiva del definitivo superamento del tradizionale modello codicistico di fondazione, vale a dire del *Vorbild* della *Hauptgeldstiftung*.

Il legislatore speciale, infatti, sembra aver dato definitivamente per assodata l’idea che la fondazione – lungi dal risolversi in un ente di mera erogazione di rendite derivanti dall’amministrazione (statica) di un patrimonio – possa ben essere, invece, un soggetto giuridico (di per sé) idoneo allo svolgimento professionale di un’attività economica organizzata ai fini della produzione e dello scambio di beni e servizi, *id est* di un’attività di impresa.

Segnatamente, dall’esame delle varie discipline speciali, emergono non solo fattispecie in cui alla fondazione è consentito porre in essere attività di impresa in via *strumentale* al raggiungimento dei propri fini statutari¹¹⁷, ma pure fattispecie in cui lo svolgimento stesso di (determinate) attività di impresa consente all’ente l’immediata realizzazione del proprio scopo. Ciò in ragione della particolare *natura* dei beni e dei servizi offerti da questa tipologia di fondazione; beni e servizi connotati, infatti, da una marcata idoneità a soddisfare esigenze e necessità di interesse generale e di utilità sociale ma che, ciò nonostante, né lo Stato è in grado di erogare né il mercato è interessato ad offrire¹¹⁸. Di quest’ultima tipologia, la *fondazione impresa*

¹¹³ Per tutti, v. M. TAMPONI, *Persone giuridiche*, cit., 9 ss. e 222 ss.

¹¹⁴ Tra le fondazioni speciali, discorre espressamente di “fondazioni legali”, riferendosi alle fondazioni “legalmente menzionate” dalla “normativa statale derogatoria o integrativa delle disposizioni del codice civile”, S. DE GÖTZEN, *Le “fondazioni legali” tra diritto amministrativo e diritto privato*, Milano, 2011, *passim*, spec. p. 1 da cui è tratto il virgolettato.

Il tema evoca un itinerario di ricerca in parte analogo a quello a suo tempo percorso con riferimento alle società. Il riferimento è in particolare all’opera di C. IBBA, *«Le società legali»*, Torino, 1992, *passim*.

¹¹⁵ Il riferimento è al noto fenomeno della così detta «decodificazione», individuato, e per la prima volta indagato, nelle pagine di N. IRTI, *L’età della decodificazione*, Milano, 1978, *passim*; ID., *Leggi speciali. Dal mono-sistema al poli-sistema*, in *Riv. dir. civ.*, 1979, 141 ss.

¹¹⁶ Cfr. S. DE GÖTZEN, *Le “fondazioni legali” tra diritto amministrativo e diritto privato*, cit., *passim*, spec. 339 ss.

¹¹⁷ Cfr., ad esempio, l’art. 3 del d.lgs. 17 maggio 1999, n. 153, in ragione del quale le fondazioni bancarie possono “esercitare imprese solo se direttamente strumentali ai fini statutari ed esclusivamente nei settori rilevanti” (c. 1), mentre “non sono consentiti alle fondazioni l’esercizio di funzioni creditizie” (c. 2).

Ancora ad esempio, cfr. l’art. 3, comma 2, del d.lgs. 21 giugno 1996, n. 367, ai sensi del quale le fondazioni enti lirici “possono altresì svolgere, in conformità degli scopi istituzionali, attività commerciali ed accessorie” operando “secondo criteri di imprenditorialità ed efficienza e nel rispetto del vincolo di bilancio”.

¹¹⁸ Il riferimento, come è evidente, è ai due fenomeni socio-economico-politici ribattezzati dalla dottrina nordamericana come *government failure* (per il quale, v. B.A. WEISBROD, *The Nonprofit Economy*, Cambridge (Mass.)-London, 1988, *passim*.) e *contract failure* (per il quale, v. H.B. HANSMANN, *The Role of Nonprofit Enterprise*, cit., 835 ss.).



sociale è oggi il paradigma positivo, consistendo, per definizione, in una fondazione che svolge un'attività di impresa di interesse generale, senza scopo di lucro, per finalità civiche, solidaristiche e di utilità sociale, adottando modalità di gestione responsabili e trasparenti e favorendo il più ampio coinvolgimento dei lavoratori, degli utenti e di altri soggetti interessati alla sua attività (arg. ex art. 1, d.lgs. 3 luglio 2017, n. 112).

Il secondo è la conferma positiva che la struttura organizzativa della fondazione può ben conciliarsi con (ed anzi arricchirsi di) organi diversi e ulteriori – sovente importati dal fenomeno associativo¹¹⁹ e da quello societario¹²⁰ – rispetto invece all'unico organo tipico delle fondazioni codicistiche, vale a dire l'organo amministrativo.

La legislazione speciale, infatti, offre modelli di *governance*¹²¹ in cui compaiono – ad esempio, come nelle fondazioni bancarie – “organi distinti per le funzioni di indirizzo, di amministrazione, nonché di controllo, attraverso uno schema che evoca molto da vicino la tripartizione tipica delle società di capitali”¹²²; oppure, in cui si dà la possibilità – come nel caso, ad esempio, delle fondazioni enti lirici – ai fondatori-finanziatori dell'ente, di nominare una parte dei membri del consiglio di amministrazione¹²³. Il Codice del Terzo settore, poi, è oggi esplicito sul punto, enunciando espressamente la possibilità che vi siano fondazioni “il cui statuto preveda la costituzione di un organo assembleare o di indirizzo”¹²⁴.

8. – Dei risultati ermeneutici appena osservati è possibile trovare riscontro nella più recente prassi statutaria.

L'impatto della legislazione speciale è stato infatti di grande rilievo anche con riferimento alla fenomenologia assunta dall'autonomia statutaria delle fondazioni costituite negli ultimi trent'anni; fenomenologia caratterizzata, nello specifico, dall'emersione di una nuova tipologia: le c.d. *fondazione di partecipazione*¹²⁵.

¹¹⁹ Cfr. A. FUSARO, *La fondazione tra modello tradizionale e modello partecipativo quale strumento per la tutela delle categorie svantaggiate*, in *Vita not.*, 2011, 1089 ss.

¹²⁰ Cfr. A. ZOPPINI, *Profili evolutivi della fondazione*, cit., che ravvisa nel consiglio di sorveglianza del modello dualistico delle società per azioni l'esempio ideale per descrivere poteri, competenze e responsabilità del così detto “organo di indirizzo”, ormai presente negli organigrammi di numerose fondazioni di partecipazione.

¹²¹ Per un'approfondita analisi dei quali, v. S. DE GÖTZEN, *Le “fondazioni legali” tra diritto amministrativo e diritto privato*, cit., 399 ss.

¹²² Così M. TAMPONI, *Persone giuridiche. Artt. 11-35*, cit., 223, che ricorda come le fondazioni bancarie di origine associativa mantengano, quale ulteriore organo, addirittura l'*assemblea* dei soci, sebbene con funzioni estremamente limitate, consistenti sostanzialmente nella nomina di una parte dei componenti dell'organo di indirizzo. Più nello specifico, v. A. FUSARO, *Organi delle fondazioni di partecipazione*, in *Giur. it.*, 2021, 2522, che ricorda (*sub* nota 10) come l'art. 4, comma 1, d.lgs. n. 153/1999 (come modificato dall'art. 11, comma 4, l. 28 dicembre 2001, n. 448 e successivamente dall'art. 27-*quater*, comma 1, d.l. 24 gennaio 2012, n. 1) imponga agli statuti delle fondazioni bancarie di prevedere obbligatoriamente organi distinti per le funzioni di indirizzo, di amministrazione e di controllo.

Sul ruolo dell'assemblea nelle fondazioni bancarie di origine associativa, cfr. anche S. TONDO, *Appunti sulle fondazioni bancarie*, in *Riv. not.*, 2001, 1037 ss., spec. 1057.

Sui rapporti tra organo di indirizzo e organo amministrativo nelle fondazioni bancarie v. A. PAVONE LA ROSA, *Fondazioni bancarie e disciplina dell'impresa commerciale*, in *Banca borsa tit. cred.*, 2000, 1 ss., spec. 7; G. ALPA, *Le “fondazioni bancarie” tra codice civile e normativa speciale*, in *Vita not.*, 2005, 1067 ss., spec. 1077.

¹²³ Cfr. art. 10, comma 3, d.lgs. 29 giugno 1996, n. 367.

Sulla possibilità che l'insieme dei fondatori-finanziatori si organizzi in una vera e propria assemblea statutariamente prevista, v. A. FUSARO, *Organi delle fondazioni di partecipazione*, cit., 2522.

¹²⁴ Cfr. artt. 23, comma 4, 24, comma 6 e 25, comma 3, del d.lgs. 3 luglio 2017, n. 117, recante il c.d. Codice del Terzo settore, il quale, d'ora innanzi, sarà indicato con la sigla “c.t.s.”.

¹²⁵ Sulle quali, in dottrina, v. in particolare AA. VV. *Fondazioni di partecipazione. Atti del Convegno tenutosi a Firenze il 25 novembre 2006*, Milano, 2007 e AA. VV. (a cura di G. Sicchiero), *Le fondazioni di partecipazione*, in *Giur. it.*, nov. 2021, 2492 ss.



Tipologia che la dottrina ha ricavato, per induzione, dall'analisi della legislazione speciale¹²⁶ e che quasi subito ha ricevuto nomenclatura e riscosso approvazione dal ceto notarile¹²⁷, nonché successo tra gli operatori economici¹²⁸.

La ragione di una così immediata affermazione è stata la capacità di questa nuova tipologia di far fronte al senso di inadeguatezza – già diffusamente avvertito nella prassi e già a suo tempo denunciato dalla dottrina¹²⁹ – del modello fondazionale tradizionale, connotato, come è noto, da un distacco troppo netto tra l'ente e il fondatore, dalla troppo spesso insufficiente dotazione patrimoniale iniziale dell'ente, dalla posizione tradizionalmente troppo servente e conservativa – e dunque priva di iniziativa – degli amministratori¹³⁰.

La dottrina ha mostrato immediatamente interesse per il fenomeno, compiendo, peraltro, un importante sforzo ricostruttivo nel tentare di isolarne i tratti salienti, ravvisati: *i)* nella *pluralità dei fondatori*, o comunque dei *partecipanti* all'ente, mediante un apporto di qualsiasi natura purché utile al raggiungimento dei suoi scopi; *ii)* nel principio di *partecipazione attiva alla gestione* dell'ente da parte di tutti i fondatori e partecipanti¹³¹, che è forse il tratto maggiormente caratteristico del fenomeno, in quanto “conforma l'organizzazione dell'ente stesso e le sue regole di azione; in altri termini, l'ente è organizzato in una pluralità di organi al fine di consentire una partecipazione attiva di tutti gli aderenti alla fase gestionale”¹³²; *iii)* nella *formazione progressiva del patrimonio*, non ritenendosi la dotazione patrimoniale iniziale né autosufficiente né definitiva, e pertanto restando aperta ad incrementi per effetto di adesioni successive da parte di soggetti diversi dagli originari fondatori¹³³; *iv)* nella *struttura organizzativa*, tendenzialmente ordinata su due livelli, dei quali il primo a valenza quasi assembleare, composto dai fondatori e dagli altri partecipanti, o comunque i cui componenti vengono designati da quelli, ed il secondo, con mere funzioni gestionali ed esecutive rispetto ai piani programmatici decisi dal primo¹³⁴.

Discussa è la natura giuridica di questi enti.

La categoria è ancora pressoché sconosciuta alla giurisprudenza civile. Ad oggi, infatti, si registra una sola sentenza di merito (Trib. Belluno, 15 febbraio 2018, in *Nuova giur. civ.*, 2018, 1039 ss.) che ha ritenuto applicabile il diritto di recesso di cui all'art. 24 c.c. In generale, sul recesso dalle fondazioni (di partecipazione), cfr. M. BASILE, *Le persone giuridiche*, cit., 170.

La categoria è già più nota, invece, alla giurisprudenza amministrativa, (cfr. Cons. di Stato, 22 novembre 1995, n. 2898/95, in *Cons. Stato*, 1997, I, 1156, che tuttavia propende per la riqualificazione della fondazione di partecipazione in associazione, e Cons. Stato, comm. spec., 20 dicembre 2000, n. 288, in *Cons. Stato*, 2001, I, 490, che invece la qualifica come vera e propria fondazione).

¹²⁶ Cfr. M. TAMPONI, *Persone giuridiche*, cit., 155-156.

¹²⁷ Come ricorda A. DI SAPIO, *Le parole delle fondazioni di partecipazione*, in *Giur. it.*, Novembre 2021, p. 2492), la paternità della formula “fondazione di partecipazione” è comunemente ascritta al notaio Enrico Bellezza, che individua il primo caso di “fondazione di partecipazione”, nella “Fondazione Pier Lombardo” di Milano, costituita nel 1996 (cfr. E. BELLEZZA, *Fondazione di partecipazione e riscoperta della comunità*, in AA.VV., *Fondazioni di partecipazione*, cit., 8).

Critico su questa nomenclatura, reputata “concettualmente fuorviante” è A. ZOPPINI, *Problemi e prospettive*, cit., 372.

¹²⁸ Cfr. E. BELLEZZA, *Fondazione di partecipazione e riscoperta della comunità*, cit., 10, che testimonia di averne costituite, quale notaio rogante, oltre cinquecentocinquanta in un decennio. Numero davvero significativo, se solo si pensa che all'inizio degli anni '90 le fondazioni in Italia non erano che circa un migliaio (come esattamente osservato da G. SICCHIERO, *Presentazione*, in *Giur. it.*, Novembre 2021, 2492).

¹²⁹ Cfr. D. VITTORIA, *Le fondazioni culturali ed il consiglio di amministrazione*, cit., 316 ss. Sul punto, v. *amplius supra*, § 4.

¹³⁰ Cfr. E. BELLEZZA, F. FLORIAN, *Le fondazioni di partecipazione*, Piacenza, 2006, *passim*.

¹³¹ Cfr. A. FUSARO, *La fondazione tra modello tradizionale e modello partecipativo quale strumento per la tutela delle categorie svantaggiate*, cit., 1091.

¹³² Così, M. MALTONI, *La fondazione di partecipazione: natura giuridica e legittimità*, in AA. VV., *Fondazioni di partecipazione. Atti del Convegno tenutosi a Firenze il 25 novembre 2006*, cit.

¹³³ Cfr. M. TAMPONI, *Persone giuridiche*, cit., 156.

¹³⁴ Diffusamente sul punto, v. A. FUSARO, *Organi delle fondazioni di partecipazione*, cit., 2521 ss.

Più in generale, sulle fondazioni a base associativa, v. già G. IORIO, *Le fondazioni*, cit., 212 ss.



Scartata l'idea di qualificarli come *enti atipici*^{135 136}, l'unica ipotesi ricostruttiva possibile sembra essere quella di inquadrarli o nello schema della *fondazione* o in quello della *associazione*. L'operazione non è semplice, considerato che nelle fondazioni di partecipazione si è in presenza di elementi caratteristici e dell'uno e dell'altro modello di ente¹³⁷. Tuttavia, risolti i tratti salienti del modello fondazionale nella destinazione di beni ad uno scopo indisponibile e nella necessaria mediazione, per la realizzazione di esso, di una vicenda soggettivo-organizzativa a rilievo reale, appare corretto ritenere che la fondazione di partecipazione debba essere inquadrata, pur con tutte le peculiarità che la contraddistinguono, nel *Typus* della fondazione.

Conclusione che oggi sembra suggerire lo stesso legislatore quando, nel disciplinare il funzionamento dell'assemblea delle associazioni del Terzo settore, stabilisce che le medesime disposizioni “si applicano anche alle fondazioni del Terzo settore il cui statuto preveda la costituzione di un organo assembleare o di indirizzo, comunque denominato” (artt. 23, comma 4 e 24, comma 6, c.t.s.), così sancendo, una volta per tutte, la compatibilità dell'innesto di (taluni) elementi tipici dell'*universitas personarum* nell'*universitas bonorum*¹³⁸.

L'importante, affinché possa rimanersi all'interno del *Typus* della fondazione, e non trascendersi in quello dell'associazione, è che lo scopo, prefissato dal fondatore, sia e resti *indisponibile* da parte dei ‘partecipanti’ (e in ogni caso, da parte di qualunque altro organo della fondazione)¹³⁹. Ciò anche a tutela dei *patrons*¹⁴⁰,

¹³⁵ Come sembra ritenere M. MALTONI, *La fondazione di partecipazione: natura giuridica e legittimità*, cit., 25, quando definisce la fondazione di partecipazione “una struttura organizzativa metaindividuale a rilievo reale, connotata da tratti morfologici ricorrenti, ed in quanto tali ritenuti identificanti, ma priva di un referente normativo dedicato e puntuale”.

Analogamente, cfr. A. PROPERSI – G. ROSSI, *Gli enti non profit*, Milano, 2015, 103, che discorrono di un “ente fondazionale nato dall'interpretazione degli artt. 12 e 1332 c.c., combinati con l'art. 45 della costituzione”.

Tra i giuspubblicisti, poi, non manca chi definisce la fondazione, inclusa quella di partecipazione, come un'amministrazione di interessi non individuali, in quanto “espressione di autonomia non privata, ma collettiva o sociale” (P. FORTE, *Le fondazioni come autonomie amministrative sociali*, in AA.VV. (a cura di G. Palma, P. Forte) *Fondazioni. Tra problematiche pubblicistiche e tematiche privatistiche*, cit., 67 ss.).

¹³⁶ Poiché da scartare parrebbe essere la stessa ammissibilità di *enti atipici* (come avverte A. ZOPPINI, *Le fondazioni*, cit., 89 e 98 ss., secondo cui le forme dotate di rilievo reale devono considerarsi un *numero chiuso*), pena la mancata tutela della certezza dei rapporti giuridici e della sicurezza del traffico negoziale.

Come è noto, l'ammissibilità di enti atipici è sostenuta da una parte della dottrina (v. F. GALGANO, *Delle persone giuridiche*, cit., *passim*; D. PREITE, *La destinazione dei risultati nei contratti associativi*, cit., 372 ss.; A. DI SAPIO, *Le parole delle fondazioni di partecipazione*, in *Giur. it.*, Novembre 2021, 2495 ss.), argomentando dalla lettera dell'art. 12 c.c. (oggi abrogato e sostanzialmente trasfuso nell'art. 1, comma 1, del d.P.R. n. 361/2000), in particolare dal riferimento, ivi contenuto, alle “altre istituzioni di carattere privato”.

Tuttavia, può osservarsi che ravvisare nel sintagma citato la possibilità, per l'autonomia privata, di creare *enti atipici* – non sussumibili, cioè, né nel *Typus* dell'associazione né in quello della fondazione – appaia più che altro “un comodo espediente logico-argomentativo per risolvere problemi di sistemazione concettuale della materia delle persone giuridiche di diritto privato, ma come tale non costituisce un rimedio logico o dogmatico che consenta d'identificare con certezza la disciplina da applicarsi” (così A. ZOPPINI, *Profili evolutivi della fondazione*, cit.). E ciò sembra dimostrato anche dalla costante prassi amministrativa, la quale invece esige che l'ente espressamente definisca la propria natura di fondazione o di associazione (Cons. St., Sez. I, 30 maggio 1961, n. 874, in *Cons. St.*, 1962, I, 638 ss.).

¹³⁷ A proposito del processo di “ibridazione” tra il modello della fondazione e quello della associazione, v. A. ZOPPINI, *Le fondazioni*, cit., 64 ss.; ID., *Problemi e prospettive*, cit., 372.

Il processo sembra essere stato diagnosticato già da S. CASSESE, *Le persone giuridiche e lo Stato*, cit., 11.

Per una recente riflessione sul senso e sull'opportunità dell'impiego del termine “ibrido”, a proposito dalla contaminazione tra il modello strutturale della fondazione e quello dell'associazione, A. DI SAPIO, *Le parole delle fondazioni di partecipazione*, cit., 2495 ss.

¹³⁸ Cfr. M. TAMPONI, *Persone giuridiche*, cit., 154 ss., spec. 157. Più nello specifico, cfr. A. FUSARO, *Organi delle fondazioni di partecipazione*, cit., 2521 ss.

¹³⁹ Nella fondazione di partecipazione, l'indisponibilità dello scopo è profilo ancor più saliente che nella fondazione tradizionale. Qui, infatti, vi è la presenza “attiva”, nella vita dell'ente, della comunità dei “partecipanti”. Diviene ancora più urgente, allora, rimar-



dacché “chi costituisce una fondazione promette¹⁴¹ di non modificare a propria discrezione lo scopo dell’ente e, in questo dato, può senz’altro ravvisarsi un elemento determinante i rapporti tra la fondazione medesima e i terzi”¹⁴².

9. – L’aver ripercorso l’evoluzione dell’istituto consente di fermare alcune riflessioni utili all’enucleazione di una definizione attuale di fondazione.

Un primo insieme di considerazioni pertiene all’idea stessa di fondazione; in particolare alla sua rilevanza sia sotto il profilo tecnico-giuridico che sotto il profilo assiologico-costituzionale.

Al proposito, in primo luogo sembra corretto rilevare come l’analisi dell’attualità del fenomeno fondazionale – e sul piano normativo, con particolare riferimento alle fondazioni speciali, e sul piano tipologico, con special riguardo al rapporto tra fondazione e impresa – consenta di confermare l’opzione ricostruttiva dell’*Idealtypus* isolato dalla dottrina italiana intorno alla metà degli anni ’90¹⁴³; *Idealtypus* dimostratosi idoneo, invero, a ricomprendere al proprio interno le varie tipologie di fondazione, segnatamente, la fondazione impresa (*Unternehmensstiftung*) e l’impresa di fondazione (*Stiftungsunternehmen*), nonché gran parte delle fondazioni speciali, nonché, infine, le fondazioni di partecipazione.

In secondo luogo, appare legittimo avvertire come sia avvenuta, nel tempo, una sorta di inversione del rapporto tra le due componenti strutturali dell’*Idealtypus*, consistenti, come si è visto¹⁴⁴, nella destinazione di un patrimonio ad uno scopo e nella vicenda organizzativa metaindividuale a rilievo reale deputata alla sua realizzazione, consumandosi il passaggio dalla antica centralità della destinazione patrimoniale ad uno scopo, all’attuale centralità dell’organizzazione¹⁴⁵.

Al riguardo, infatti, il positivo esperimento – proprio dell’esperienza delle *fondazioni speciali* e delle *fondazioni di partecipazione* – dell’innesto, all’interno della struttura fondazionale, di *elementi personalistici* tipici del fenomeno associativo e di quello societario – quale, ad esempio la previsione di organi assembleari, di indirizzo, di controllo, *etc.* – non solo non appare innescare crisi di rigetto, ma sembra addirittura confermare quel passaggio, già annunciato dalla dottrina negli anni ’60, dalla così detta *fondazione-patrimonio* alla così detta *fondazione-organizzazione*¹⁴⁶.

care l’impossibilità, per l’organo assembleare o di indirizzo (e in definitiva per i “partecipanti”), di modificare lo scopo dell’ente; pena la fuoriuscita dal *Typus* o l’abuso della *Rechtsform*.

Il profilo dell’impossibilità per l’assemblea di modificare lo scopo è rimarcato efficacemente da A. FUSARO, *Organi delle fondazioni di partecipazione*, cit., 2522.

¹⁴⁰ Secondo la nota e diffusa definizione di H.B. HANSMANN, *The role of Nonprofit Enterprise*, cit., 841, per *patrons* si intendono tutti quei soggetti che finanziano l’organizzazione, sia elargendole direttamente denaro o altre utilità, sia acquistandone i beni e i servizi prodotti. L’Autore a tal proposito distingue tra *member patrons* e *non member patrons*, a seconda che si tratti di soci o di terzi rispetto all’organizzazione.

La definizione è ripresa, nella dottrina italiana, da G. PONZANELLI, *Le “non profit organizations”*, cit., *passim*, spec. 112 ss.; D. PREITE, *La destinazione dei risultati nei contratti associativi*, cit., 29; A. ZOPPINI, *Le fondazioni*, cit., 37-38.

¹⁴¹ Sull’atto di fondazione come negozio contenente anche una *promessa al pubblico*, v. A. ZOPPINI, *Le fondazioni*, cit., 184 ss.

¹⁴² Così, A. ZOPPINI, *Problemi e prospettive*, cit., 374, il quale correttamente osserva che “in concreto per chi dona non è indifferente sapere a che condizioni possa essere modificato lo scopo sociale, sciolto l’ente ovvero trasformato in una società lucrativa”.

¹⁴³ Il riferimento è a A. ZOPPINI, *Le fondazioni*, cit., *passim*, spec. 83.

¹⁴⁴ Cfr. *supra*, § 6.

¹⁴⁵ Adombrano l’inversione del rapporto tra *patrimonio* e *organizzazione* anche le pagine di F. GALGANO, voce *Fondazione*, cit., 1 ss., spec. 1, ove peraltro l’Autore esordisce definendo la fondazione proprio come una “stabile *organizzazione* (corsivo nostro) pre-disposta per la destinazione di un patrimonio ad un determinato scopo di pubblica utilità”.

¹⁴⁶ Il riferimento è a A. PREDIERI, *Sull’ammodernamento della disciplina delle fondazioni e istituzioni culturali di diritto privato*, cit., 1129.



La fondazione sembra ormai divenire anch'essa – *al pari* dell'associazione – vero e proprio *locus personarum*, sebbene teleologicamente *vincolato* – *a differenza* dell'associazione – all'attuazione di uno scopo impresso nelle tavole di fondazione e perciò indisponibile (ai fondatori, agli amministratori, ad ogni altro organo della fondazione, nonché ad ogni altro 'partecipante').

In questo senso, appare oggi confermata e condivisibile l'opinione di chi già collocava le fondazioni tra le *formazioni sociali* in cui si svolge la personalità dell'individuo, riconosciute, garantite e tutelate dall'art. 2 della Costituzione¹⁴⁷.

10. – Un secondo ordine di considerazioni attiene all'esame del rapporto tra *tipicità* e *tipologie* della fondazione; segnatamente, all'indagine circa gli *elementi tipici*, cioè quelli in presenza dei quali è possibile dirsi integrata la fattispecie «fondazione», dovendo quindi attivarsi la disciplina ad essa direttamente applicabile, e gli *elementi tipologici*, vale a dire quelli sui quali si misura la *Gestaltungsfreiheit* (inizialmente) del fondatore (e, successivamente, degli organi della fondazione deputati alle eventuali modifiche statutarie durante la vita dell'ente).

Cominciamo dagli *elementi tipici*.

La ricognizione della disciplina positiva e l'analisi storico-comparatistica ripercorse finora confermano come il *Typus* della fondazione si lasci in effetti scomporre in due elementi essenziali, e precisamente: *i)* la *destinazione* di un *patrimonio* ad uno *scopo non lucrativo e immodificabile*¹⁴⁸; *ii)* la necessaria creazione di un'organizzazione dotata di *soggettività metaindividuale di rilievo reale*, e segnatamente – discorrendo in termini di più stretto diritto positivo – di *personalità giuridica* (così detta *personificazione*).

Non paiono ravvisabili, invece, indici che suggeriscano – né tanto meno impongano – all'interprete di includere tra gli elementi tipici della fattispecie ulteriori profili strutturali dell'ente (quali, ad esempio, la necessaria presenza o assenza di un organo assembleare, ovvero di un organo di indirizzo o di controllo, *etc.*)¹⁴⁹ o ulteriori coloriture dello scopo perseguito o, ancora, particolari declinazioni dell'attività svolta.

Così, la *pubblica utilità* del primo o la *natura meramente erogativa* della seconda costituiscono non ele-

In senso analogo, circa un decennio dopo, D. VITTORIA, *Le fondazioni culturali e il consiglio di amministrazione*, cit., 313, sub nota 31.

¹⁴⁷ Sull'appartenenza delle fondazioni alle formazioni sociali, v. P. RESCIGNO, *Fondazione*, cit., 11; F. GALGANO, *Delle persone giuridiche*, cit., *passim*; G. ALPA, *Il regime delle fondazioni in Italia e in Francia*, cit., 4; G. GUARINO, *Le fondazioni. Alcune considerazioni generali*, in AA.VV. (a cura di P. Rescigno), *Le fondazioni in Italia e all'estero*, cit., 8; S. CASSESE, *Le persone giuridiche e lo Stato*, cit., 6; G. PONZANELLI, *La rilevanza costituzionale delle fondazioni culturali*, cit., 23 ss., che tuttavia reputa annoverabili tra le formazioni sociali soltanto le *fondazioni culturali*, ritenendo che solo queste ultime consentano al proprio interno lo svolgimento della personalità dell'individuo.

¹⁴⁸ Oltre, che, ovviamente, *possibile e lecito*, come richiesto dall'art. 1 del d.P.R. 10 febbraio 2000, n. 361. E tuttavia, queste due caratteristiche certamente non possono dirsi *tipiche* della fondazione, integrando piuttosto requisiti di *validità* di ogni vicenda negoziale (arg. ex artt. 1343-1346 c.c.). Ed invero, anche in assenza della disposizione di cui al citato art. 1 d.P.R. n. 361/2000, nessun interprete dubiterebbe del fatto che lo scopo della fondazione debba essere possibile e lecito, pena – prima ancora dell'impossibilità di conseguire il riconoscimento – la sicura nullità dell'atto costitutivo.

¹⁴⁹ Cfr. A. ZOPPINI, *Problemi e prospettive*, cit., 373, che osserva: "Il legislatore del '42 non ha proposto per la fondazione un assetto strutturale rigido così come ha fatto per l'associazione riconosciuta, con la conseguenza che con la fattispecie disegnata dal legislatore ben compatibile sia il caso in cui la fondazione abbia un unico amministratore (che può coincidere con lo stesso fondatore), sia il caso in cui la fondazione abbia adottato una struttura più complessa ed eventualmente simile a quella associativa".



menti tipici, ma connotati *tipologici*, certamente caratteristici del modello tradizionale della *Hauptgeldstiftung*, ma non per questo idonei ad assicurare ad *essentialia* del *Typus*¹⁵⁰.

Una particolare riflessione merita il rapporto tra *destinazione* e *personificazione*, che appaiono connesse l'un l'altra da un nesso logico (e giuridico) di *strumentalità*: nella fondazione – ed è questa la differenza di maggior rilievo rispetto al mero *Zweckvermögen*¹⁵¹ – la destinazione del patrimonio allo scopo è necessariamente *mediata* dall'*attività* dell'organizzazione.

È una destinazione, per così dire, *indiretta*.

In questo nesso sta la particolarità della fattispecie «fondazione» rispetto a qualunque altra forma di destinazione patrimoniale, dacché qui il fondatore (ancor più che destinare) *aliena* i suoi beni ad un'organizzazione, da lui stesso *creata – ad hoc* e tendenzialmente in perpetuo – per realizzare, mercé la propria attività, lo scopo da lui voluto.

L'autonomia privata che sprigiona l'atto del 'fondare' corre di necessità lungo quelle due direttrici che autorevolmente in dottrina sono state individuate nelle vicende negoziali della *costituzione* e della *dotazione*¹⁵²; vicende della cui scindibilità giuridica può forse oggi discutersi¹⁵³, ma della cui autonomia logica non sembra potersi seriamente dubitare, dacché, sotto il profilo logico, il *costituire*, inteso come l'atto che dà impulso alla creazione dell'organizzazione metaindividuale, ponendone le regole corporative e operative, è sempre distinguibile dal *dotare*, che è l'atto con cui all'ente creando è somministrata la provvista patrimoniale iniziale *adeguata* alla realizzazione dello scopo¹⁵⁴. E tale autonomia logica pone nuovamente in rilievo l'inversione tra i due elementi essenziali del *Typus*: creazione dell'organizzazione e dotazione patrimoniale della stessa.

Questo profilo non sembra irrilevante, dacché induce a riflettere profondamente sull'effettiva portata del disfavore che tradizionalmente circonda l'istituto, sovente incolpato – specie in passato – di essere il futile strumento nelle mani del vanaglorioso possidente, il quale, ossessionato dal desiderio di garantirsi il perdurare futuro del legame tra il suo nome e i propri beni, mercé la costituzione della fondazione, li sottrae *sine die* al commercio giuridico, a danno dell'economia e del benessere collettivo¹⁵⁵.

Assunto che – soprattutto oggi – merita di essere rimeditato.

A ben vedere, poiché nella fondazione la *destinazione patrimoniale* si realizza per il tramite dell'*attività* dell'organizzazione, ad essere realmente vincolata alla realizzazione dello scopo non sembra essere la dota-

¹⁵⁰ Cfr. *supra*, § 5.

¹⁵¹ Cfr. A. ZOPPINI, *Le fondazioni*, cit., 80 ss.

¹⁵² Come è noto, l'opinione tradizionale, sebbene ne avverta la strettissima interdipendenza, ravvisa, nella vicenda che dà vita alla fondazione, due distinti negozi giuridici: quello di fondazione (in senso stretto) e quello di dotazione.

In tal senso, in dottrina, v. R. NICOLÒ, *Negozi di fondazione. Istituzione di erede*, in *Riv. dir. civ.*, 1941, I, 386; C. GANGI, *Personae fisiche e persone giuridiche*, cit., 239; G. GIAMPICCOLO, *Il contenuto atipico del testamento*, Milano, 1954, 10; P. RESCIGNO, *Fondazione*, cit., 25-27.

In giurisprudenza, v. Cass. 27 febbraio 1997, n. 1806, in *Arch. civ.*, 1997, 616; App. Ancona, 14 aprile 2014, in *Dir. succ. e fam.*, 2015, 797.

¹⁵³ Come fanno la dottrina e la giurisprudenza più recenti, reputando che in realtà costituzione e dotazione siano vicende complementari, necessarie al fine della posizione in essere dell'atto di fondazione, che sarebbe dunque negozio giuridico complesso avente duplice natura: organizzativa e dispositiva.

In tal senso, in dottrina, v. A. PALAZZO, *I singoli contratti. 2. Atti gratuiti e donazioni*, in *Trattato di diritto civile*, diretto da R. Sacco, Torino, 2000, 368; A. ZOPPINI, *Note sulla costituzione della fondazione*, in *Riv. dir. comm.*, 1997, 303 ss.

In giurisprudenza, v. Cass. 4 luglio 1959, n. 2130, in *Foro it.*, 1960, I, c. 1990.

¹⁵⁴ Così si esprime letteralmente l'art. 1 del d.P.R. 10 febbraio 2000, n. 361, che richiede, ai fini del riconoscimento, che "il patrimonio risulti adeguato alla realizzazione dello scopo".

¹⁵⁵ Cfr. *supra*, § 1.



zione patrimoniale dell'ente in sé considerata, ma l'attività degli amministratori nella gestione, nella messa a frutto e, in generale, nell'impiego di essa. *Vincolato*, in altri termini, non sembra essere il patrimonio, ma l'*agire* dell'ente¹⁵⁶. Nella fondazione, cioè, la destinazione patrimoniale è *dinamica*.

Ciò pare confermato da un'ulteriore considerazione: la dotazione patrimoniale dell'ente non è mai in assoluto inalienabile: né per legge né per volontà del fondatore¹⁵⁷. A ben vedere, sui beni della fondazione non grava un *vincolo reale* in senso tecnico¹⁵⁸; piuttosto, un *vincolo obbligatorio*¹⁵⁹, a carico degli amministratori, di impiegarli per raggiungere lo scopo; impiego che in astratto nulla vieta possa consistere finanche nella loro alienazione¹⁶⁰.

Questo modo di intendere il vincolo di destinazione gravante sui beni della fondazione sembra oggi trovare più di una conferma, sia che si osservi la fenomenologia dell'ente, sia che si guardi al recente dato positivo.

La prima palesa sempre più spesso all'osservatore la *fondazione titolare di impresa*; e l'impresa è attività che per sua natura si risolve in un susseguirsi dinamico di compere e vendite, di investimenti e disinvestimenti, di intromissioni ed estromissioni di beni e valori dal patrimonio dell'ente al circuito produttivo e viceversa.

Il secondo pone all'attenzione dell'interprete la *fondazione del Terzo settore*, per il cui riconoscimento, l'art. 22 c.t.s. formula *ex ante* una valutazione di *adeguatezza* del patrimonio non con riferimento a individui e specifici beni (dei quali pertanto neppure avrebbe senso esigere la persistenza nel patrimonio dell'ente durante tutta la sua esistenza), ma – analogamente a quanto avviene per le società di capitali – in relazione ad un mero valore contabile di netto patrimoniale (precisamente, di un valore pari ad almeno trentamila euro). Ed è soltanto la costante presenza di questo valore contabile, e non dei singoli beni inizialmente *conferiti* – *recte*, trasferiti a titolo di *dotazione* – che è tutelata dal legislatore, dacché il medesimo art. 22 stabilisce che quando risulta che il patrimonio minimo di trentamila euro è diminuito di oltre un terzo, gli amministratori devono, senza indugio, deliberarne la ricostituzione (o la trasformazione o la fusione o lo scioglimento dell'ente).

¹⁵⁶ A tal proposito, osserva A. ZOPPINI, *Le fondazioni*, cit., 83: “Il vincolo che della fondazione appare caratteristico si coglie pertanto non in ragione d'una qualificazione *statica* – come è implicita nel nesso patrimonio-scopo –, ma essenzialmente sul piano *dinamico*, perché lo scopo imprime una tensione e conforma l'attività verso il conseguimento d'un risultato”.

¹⁵⁷ Cfr. G. ALPA, *Sulla validità della clausola di inalienabilità perpetua contenuta in un atto di fondazione*, in *Foro pad.*, 1980, II, 10 ss., che correttamente sostiene l'invalidità della clausola che imponga un vincolo di inalienabilità perpetua ai beni che costituiscono la dotazione dell'ente.

Analogamente, A. ZOPPINI, *Le fondazioni*, cit., 83, *sub* nota 201, evidenzia che “in questo senso, il vincolo imposto all'attività dell'ente è cosa diversa dal vincolo di destinazione impresso sui beni che dotano l'ente”.

¹⁵⁸ Vale a dire un vincolo che ne renda giuridicamente *impossibile* la (libera) circolazione. A tal proposito, avverte della cesura logica e concettuale “tra la fondazione e i vincoli di natura reale”, che rimangono così “sospinti nella teoria dei beni”, A. ZOPPINI, *Le fondazioni*, cit., 83.

¹⁵⁹ Come rileva, ancora, A. ZOPPINI, *Le fondazioni*, cit., 84, sono i caratteri dell'*organizzazione* e della *gestione* dell'*attività* ordinata allo scopo che permettono di isolare, sul piano giuridico-concettuale, la fondazione “dalle regole che – pur assistite dall'opponibilità – incidono sulle modalità d'uso dei beni, ovvero non si erigono a vicenda organizzativa, o ancora non richiedono l'esercizio d'un'attività”.

¹⁶⁰ Cfr. A. FUSARO, *La fondazione di famiglia in Italia e all'estero*, cit., 25.

Ma v. già R. COSTI, *Fondazione e impresa*, cit., 8-9, il quale, pur muovendo convintamente dall'idea che “quando titolare del diritto sia una fondazione, la proprietà assume caratteri tali che fanno dubitare della possibilità di considerarla un diritto soggettivo in senso tecnico”, poiché “è certo che la fondazione non può modificare la destinazione del proprio patrimonio”, neppure dubita, tuttavia, che la fondazione possa “evidentemente, procedere liberamente a tutte le riconversioni del patrimonio che ritiene opportune per il conseguimento del proprio fine”.



Tutte conferme che l'equivalenza tra dotazione di beni alla fondazione e sottrazione di essi alla circolazione giuridica è più un retaggio storico – anch'esso frutto del modello tradizionale della *Hauptgeldstiftung* – che un assunto oggi tipicamente e positivamente riscontrabile.

11. – Veniamo adesso agli *elementi tipologici*.

Essi attengono alle varie possibili articolazioni della *struttura*, dello *scopo* (in ogni caso non lucrativo) e dell'*attività* della fondazione.

Nella selezione di queste possibili articolazioni, finanche nella creazione di nuove – purché nei limiti segnati dal *Typus* – si esplica la *Gestaltungsfreiheit* del fondatore nonché degli organi della fondazione deputati alle eventuali modifiche statutarie (sebbene per questi ultimi in maniera più limitata, essendo loro preclusa, ovviamente, la scelta dello scopo, prerogativa originaria del fondatore).

Così, potrà essere adottato qualunque modello strutturale compatibile con la *Rechtsform*. Potranno essere previsti, ad esempio, un organo assembleare, un consiglio di sorveglianza¹⁶¹, un organo di controllo¹⁶², uno o più organi consultivi, *etc.* In ogni caso, a nessun organo potrà essere attribuita la facoltà di modificare lo scopo sociale, pena la *Rechtsmissbrauch*.

Ancora, il fondatore sarà libero di scegliere qualunque scopo, purché *possibile e lecito* e purché *non lucrativo (in senso soggettivo)*.

Dovrà, cioè, essere osservato il *non distribution constraint* e dunque lo statuto non potrà prevedere la possibilità che i risultati positivi dell'attività dell'ente siano distribuiti ai fondatori, ai partecipanti, o in ogni caso ai soggetti che lo controllano (amministratori, dirigenti, funzionari, *etc.*), salva, ovviamente, la possibilità per l'ente di remunerare con un giusto e ragionevole compenso chi lavora e collabora nell'organizzazione¹⁶³. Sarà anzi altamente opportuno, anche a fini ermeneutici, che lo statuto espliciti il *non distribution constraint*, sancendo espressamente la finalità non lucrativa dell'ente e così il divieto di distribuire utili.

Quanto alle tipologie di attività che la fondazione può svolgere, deve preliminarmente rilevarsi come l'antica dicotomia tra *aziende di erogazione* (in cui rientrerebbe l'*Hauptgeldstiftung*) e *aziende di produzione* (in cui rientrerebbero lo *Stiftungsunternehmen* e la *Unternehmensstiftung*)¹⁶⁴, anche alla luce delle ricerche compiute sul punto dalla dottrina successiva¹⁶⁵, meriti di essere rivisitata.

A ben vedere, infatti, l'attività di *erogazione* – evocata dall'art. 16 cod. civ. – intesa in senso ampio, e cioè come “proiezione all'esterno del risultato”¹⁶⁶, e quindi come *etero-destinazione* dei risultati dell'attività della fondazione, è sempre (onto)logicamente presente in ogni tipologia di fondazione: essa rappresenta l'altra faccia della medaglia del *non distribution constraint* – che abbiamo visto essere elemento causale del

¹⁶¹ Cfr. A. ZOPPINI, *Profili evolutivi della fondazione*, cit., che proprio nel consiglio di sorveglianza – tipico del modello dualistico della società per azioni dopo la riforma del 2003 – ravvisa “l'esempio emblematico di un organo ibrido, che unisce alte funzioni di amministrazione e di controllo” e pertanto maggiormente idoneo, in luogo dell'assemblea, a garantire l'accesso dei “partecipanti” alla gestione della fondazione senza correre il rischio di oltrepassare i confini del *Typus* della fondazione.

¹⁶² Come è attualmente previsto, ad esempio, per le fondazioni imprese sociali e, più in generale, per le fondazioni del Terzo settore, rispettivamente dall'art. 18, d.lgs. n. 112/2017 e dall'art. 30, d.lgs. n. 117/2017.

¹⁶³ Cfr. H.B. HANSMANN, *The Role of Nonprofit Enterprise*, cit., 835 ss., spec. 838.

¹⁶⁴ Sui quali, v. *supra*, § 3.

¹⁶⁵ Sulle quali, v. *supra*, § 5-6.

¹⁶⁶ Così, A. ZOPPINI, *Le fondazioni*, cit., 164.

In tal senso, v. già F. GALGANO, *Delle persone giuridiche*, cit., *passim*.



*Typus*¹⁶⁷. In altri termini – e sul piano logico e su quello funzionale – il divieto di distribuzione degli utili in favore dei soggetti ‘appartenenti’ alla fondazione implica la loro necessaria devoluzione in favore dei soggetti ‘esterni’ all’ente, individuati (o individuabili) in forza dell’atto costitutivo e dello statuto come *beneficiari*.

Ma anche l’attività di *produzione* – evincibile dal lemma “rendite” impiegato sempre dall’art. 16 cod. civ. – è sempre (onto)logicamente presente in ogni tipologia di fondazione, dacché non è pensabile l’erogazione di una rendita o di un utile in assenza di un’attività volta a produrli.

Produzione ed erogazione sono dunque due cicli economici necessari nell’*attività* della fondazione¹⁶⁸. In ragione delle loro possibili declinazioni e combinazioni, potranno darsi tre tipologie di fondazione: *i*) fondazione di mera erogazione (*Hauptgeldstiftung*), in cui l’attività consiste nella mera amministrazione (vale a dire, nella mera messa a frutto) del patrimonio dell’ente, le cui rendite sono poi direttamente erogate ai beneficiari; *ii*) impresa di fondazione (*Stiftungsunternehmen*), in cui l’ente svolge un’attività economica più complessa, organizzata per la produzione e lo scambio di beni e servizi, e cioè pone in essere una vera e propria attività di impresa, i cui utili vengono poi, anche qui, direttamente erogati ai beneficiari; *iii*) fondazione impresa (*Unternehmensstiftung*), in cui l’attività di produzione e l’attività di erogazione coincidono, poiché in questa ipotesi l’attività di produzione dei beni e servizi offerti dalla fondazione è di per sé idonea ad erogare ai beneficiari l’utilità atta a soddisfare il loro interesse (ad esempio, perché l’ente offre sul mercato beni e servizi a prezzo di costo o comunque calmierato, ovvero beni e servizi che, pur richiesti dalla collettività¹⁶⁹, né il mercato né lo Stato offrono, ovvero offrono a prezzi o condizioni non a tutti accessibili)¹⁷⁰.

12. – A questo punto, possiamo tornare al problema di partenza: l’individuazione di una definizione *attuale di fondazione*.

Attuale, in primo luogo, nel senso di *conforme* al vigente diritto positivo, ancora piuttosto insufficiente, se si guarda al solo Codice Civile, non poi così scarno, però, se si esamina l’intero panorama della successiva

¹⁶⁷ V. *supra*, §§ 5-6.

¹⁶⁸ Salvo, forse, il caso della fondazione di mera erogazione “programmaticamente rivolta a consumare il patrimonio per realizzare il proprio scopo altruistico” (ipotizzato da A. FUSARO, *La fondazione di famiglia in Italia e all’estero*, cit., 25); ipotesi, del resto, la cui ammissibilità è controversa (cfr. M. MALTONI, *Il patrimonio*, cit.).

¹⁶⁹ Si pensi, ad esempio, al settore della ricerca scientifica, ovvero al settore dei servizi alla persona, in particolare a quello dell’assistenza agli anziani, ai portatori di handicap, ai minori in stato di abbandono, alle persone affette da dipendenze, *etc.*

¹⁷⁰ Invero, la formula *Unternehmensstiftung*, pur mutuata dalle pagine di P. RESCIGNO, *Fondazione e impresa*, cit., *passim*, e ID., *Fondazione*, cit., *passim*, è qui impiegata in un’accezione diversa – diremmo, più ristretta – rispetto a quella cui faceva riferimento l’Autore, il quale, come si è visto (cfr. *supra*, § 3), discorreva di *Unternehmensstiftung* a proposito della fondazione che esaurisca “il proprio fine e la propria attività nella conservazione e nell’autofinanziamento dell’«impresa in sé», senza proporsi obiettivi, anche limitati, di carattere extra-aziendale e di indole altruistica” (ID., *ivi*, 837). Tuttavia, in ragione dell’elemento causale tipico della fondazione, consistente nello *scopo non di lucro soggettivo*, il cui corollario è l’*etero-destinazione* dei risultati dell’attività dell’ente e quindi la proiezione all’esterno degli stessi in favore dei beneficiari, riteniamo che – nel nostro ordinamento, almeno – possa validamente discorrersi di *Unternehmensstiftung*, solo ove l’attività di impresa svolta dalla fondazione riesca idonea – *in re ipsa*, mancando un’autonoma fase di *erogazione* – ad ‘esternalizzare’ i risultati conseguiti in favore dei beneficiari. Il che è quanto solitamente accade negli Stati Uniti con le c.d. *operating foundations* (cfr. G.P. BARBETTA, *Le fondazioni. Il motore finanziario del terzo settore*, Bologna, 2013, 50 ss.).

A seguito dell’introduzione, nel nostro ordinamento, dell’istituto dell’*impresa sociale*, potrebbe dirsi che oggi il paradigma italiano della *Unternehmensstiftung* sia proprio la *fondazione impresa sociale*, dacché qui, per definizione, l’attività di impresa esercitata dalla fondazione è certamente di per sé idonea ad ‘esternalizzare’ i risultati conseguiti in favore dei beneficiari, dacché tale attività è per definizione “di interesse generale, senza scopo di lucro e per finalità civiche, solidaristiche e di utilità sociale” (art. 1, d.lgs. 3 luglio 2017, n. 112).



legislazione speciale; attuale, in secondo luogo, nel senso di *idonea* a reagire – includendole al proprio interno ovvero espungendole al di fuori – sulle numerose tipologie di enti isolati dall’analisi fenomenologica.

Al tal fine, la ricerca sembra aver restituito importanti risultati, ponendo in luce quanto segue:

i) gli *elementi strutturali* della fondazione consistono nella destinazione di un patrimonio ad uno scopo e nella nascita di un’organizzazione metaindividuale dotata di rilievo reale su cui grava l’ufficio di attuare la destinazione;

ii) l’*elemento causale* della fondazione è il perseguire uno *scopo non lucrativo*;

iii) la *destinazione* del patrimonio, nella fondazione, è *indiretta* e *dinamica*; ciò in quanto è sempre mediata dall’*attività* dell’ente, poiché è sempre e solo l’attività di produzione del *risultato* (*rendita* o *profitto* che sia) a consentire l’*erogazione*; l’attività, pertanto, è normalmente di natura *economica* e nulla vieta che consista in vera e propria attività di *impresa*; corollario è che il *vincolo di destinazione* grava (non tanto sul patrimonio quanto) sull’attività della fondazione; a differenza che nello *Zweckvermögen*, la destinazione patrimoniale resta dunque sullo sfondo dell’attuale *Begriff* di fondazione, ‘assorbita’ – per così dire – dall’attività dell’ente;

iv) lo *scopo* della fondazione è *immodificabile* dall’autonomia privata; il che è poi l’unico vero canone discreetivo rispetto all’associazione, dacché l’esperienza delle fondazioni speciali e delle fondazioni di partecipazione ha dimostrato come l’antico criterio della prevalenza dell’elemento personale su quello patrimoniale – criterio già di per sé piuttosto atecnico e nebuloso – appaia oggi inidoneo a distinguere la fondazione dall’associazione, atteggiandosi ormai anche la prima a vero e proprio *locus personarum*, e così a vera e propria *formazione sociale*.

Alla luce dell’indagine svolta, pertanto, la fondazione di diritto privato sembra potersi oggi definire come *l’organizzazione di persone e mezzi, dotata di personalità giuridica, disposta dall’autonomia privata al fine dello svolgimento di un’attività, anche d’impresa, volta al perseguimento di uno scopo non lucrativo indisponibile alla stessa autonomia privata*.



FRANCESCA ROTOLO

Dottoranda – Università Ca' Foscari Venezia

IL DIRITTO ALLA CURA DEGLI ANZIANI TRA VULNERABILITÀ, LOGICHE DI MERCATO E BREVETTABILITÀ DELLA SALUTE: LA NECESSITÀ DI UN RIPENSAMENTO DELLA PROPRIETÀ INTELLETTUALE IN CHIAVE SOSTENIBILE

SOMMARIO: 1. Cenni introduttivi. – 2. Il diritto alla salute. – 2.1. Nuovi problemi di accesso alle tecnologie e tradizionali problemi di accesso alle cure. – 2.2. Le logiche di profitto nel “mercato” della salute. – 3. Brevettare la salute... – 3.1. Gli argomenti a sostegno della proprietà intellettuale e la tragedia degli anticommons. – 3.2. Verso una proprietà intellettuale sostenibile. – 3.3. Le politiche “a monte” e “a valle”. – 4. ...nell’epoca di una popolazione che invecchia. – 4.1. Gli anziani come soggetti vulnerabili. – 4.2. Gli anziani come categoria “di leva” della proprietà intellettuale? – 5. Conclusioni: una proprietà intellettuale sostenibile per una sanità sostenibile.

1. – Alla luce dei due diversi – ma strettamente connessi – fenomeni della digitalizzazione della medicina e dell’espansione delle logiche di mercato (anche) al settore della salute, intere fasce della popolazione stanno fronteggiando difficoltà sempre maggiori nell’esercizio del proprio diritto di accesso alle cure garantito da numerose carte internazionali.

Tra queste, vi è indubbiamente quella degli anziani, la cui configurabilità come categoria autonoma giuridicamente rilevante è dubbia ma oggetto di crescenti riflessioni da parte della dottrina, italiana¹ e non solo.

Parte del problema è individuato da taluni nel complessivo impianto della proprietà intellettuale (IP), intesa come insieme di normative preposte ad incentivare una ricerca scientifica volta più al soddisfacimento di logiche estreme di profitto, che alla produzione della conoscenza pura.

Il *framework* dell’IP, in particolare, nell’apparente intento di promuovere l’innovazione, sarebbe di fatto strumentalizzato al fine di promuovere gli interessi delle imprese private che detengono una posizione di forza del c.d. “mercato della salute” (*big pharma*)², a scapito dei cittadini e a detrimento dei sistemi sanitari pubblici che si trovano a farsi carico delle spese legate alla fornitura di farmaci e servizi essenziali oggetto di numerose privative³.

Il presente contributo tenta, innanzitutto, di dar prova dell’esistenza di un filo conduttore che lega i diver-

¹ Irti, *La rilevanza giuridica della persona anziana*, in corso di pubblicazione.

² Caso, *Pandemia e vaccini. L’irrisolvibile antagonismo tra scienza aperta e proprietà intellettuale*, <https://doi.org/10.5281/zenodo.4783183>.

³ È stato notato, a tal proposito, che persino gli “*high-income countries are facing access challenges, in particular for new life-saving treatments sold at such high prices that even the richest social security systems cannot provide them to all their citizens in need*”, cfr. Krikorian, Torrele, *We Cannot Win the Access to Medicines Struggle Using the Same Thinking That Causes the Chronic Access Crisis*, in *Health and Human Rights*, 23, 1, 2021.



si lembi di tale sistema: il “mercato” della salute, al cui presidio sarebbe preposto il complesso dei diritti di esclusiva delineato dal quadro normativo della proprietà intellettuale, determina l’applicazione all’ambito della ricerca di logiche di profitto, le quali impattano sulla capacità dell’apparato pubblico statale di fornire ai cittadini i servizi sanitari essenziali in modo egualitario, che si traduce infine in una difficoltà di accesso alle cure da parte dell’intera collettività e (soprattutto) degli anziani.

In secondo luogo, esso cerca di confutare l’assunto che un sistema così strutturato sia davvero in linea con la funzione a cui la proprietà intellettuale sarebbe preposta. Quale che sia la teoria di giustificazione della stessa che si ritiene di voler sposare, un quadro normativo che nel complesso si traduce in una compressione di diritti fondamentali come il diritto alla salute, alla non discriminazione e alla scienza aperta, non trova riscontro in alcuna delle ragioni e degli obiettivi posti alla base delle argomentazioni rispettivamente addotte dalle stesse. Pertanto, si caldeggerà la necessità di una riconsiderazione della proprietà intellettuale in chiave sostenibile.

Infine, il contributo si domanda se vi sia spazio, in un *framework* normativo della proprietà intellettuale così concepito, per immaginare una categoria di soggetti, come gli anziani, cui attribuire un particolare *status* giuridico in ragione della loro condizione di vulnerabilità.

I termini delle questioni affrontate trascendono in linea di massima il punto di vista di uno specifico ordinamento giuridico, dal momento che la discussione che ruota intorno alle giustificazioni della proprietà intellettuale, all’applicazione delle logiche di mercato alla salute e alle problematiche legate alla c.d. *ageing society* oltrepassa i confini nazionali, ma i riferimenti normativi e giurisprudenziali sono principalmente di matrice italiana o europea. Alcuni importanti, e inevitabili, cenni sono altresì effettuati a fonti internazionali, quali, ad esempio, l’accordo TRIPS (*Trade Related Aspects of Intellectual Property Right*) dell’Organizzazione Mondiale del Commercio o *World Trade Organization* (WTO), entrato in vigore nel 1995.

2. – 2.1. – Nel nostro ordinamento, il diritto di accesso alle cure trova la sua prima fonte nell’art. 32 della Costituzione ed è specificatamente salvaguardato come “gemmazione” del diritto alla salute.

Ostacolare o rendere difficoltoso l’esercizio del diritto alle cure assume, pertanto, i profili di una violazione di quello che la nostra Carta fondamentale definisce un diritto “dell’individuo e interesse della collettività”.

Anche nella prospettiva europea, il diritto di “accedere alla prevenzione sanitaria e di ottenere cure mediche alle condizioni stabilite dalle legislazioni e prassi nazionali” è considerato il nucleo essenziale del diritto alla salute (art. 35 della Carta di Nizza).

L’idea di un “mercato” della salute come quello che sembra oggi delinearsi costituisce potenziali pericoli per l’esercizio di tale diritto fondamentale, e ciò in particolare per alcuni gruppi di persone maggiormente destinati a sopportarne il peso.

La difficoltà di accesso alle cure per gli anziani assume tre principali connotati: può declinarsi come (i) preclusione di fatto ad usufruire dei servizi della sanità digitale⁴ (“della telemedicina, della teleassistenza e del telesoccorso”⁵), compendiabili nell’espressione “cure digitali”, per mancanza delle competenze tecnolo-

⁴ Per una panoramica in tal senso cfr. Lofaro, *Piattaforma di Telemedicina e Fascicolo Sanitario Elettronico: il raccordo dei flussi informativi per i servizi sanitari digitali alla luce delle nuove linee guida*, in *Rivista scientifica trimestrale di diritto amministrativo*, 2, 2023.

⁵ Collicelli, *Censis: così il digitale potenzia il diritto alla salute*, 2017, <https://www.agendadigitale.eu/infrastrutture/censis-cosi-il-digitale-potenzia-il-diritto-alla-salute/>.



giche necessarie a tal fine; oppure come (ii) difficoltà o impossibilità economica di far ricorso a vie di accesso pubbliche ai servizi sanitari essenziali, laddove il sistema sanitario nazionale (ove presente, come in Italia) non sia in grado di sostenere il sovraccarico di utenti e di costi; o, ancora, come (iii) assenza, a monte, di studi adeguati su talune malattie specificatamente riferibili agli anziani⁶.

Rispetto al primo profilo, il fenomeno all'interno del quale si inquadra il problema dell'accesso alle cure digitali da parte degli anziani è quello della più generica "strutturale vulnerabilità" – profilo a cui la recente legislazione europea si sta avvicinando con particolare attenzione negli ultimi anni⁷ – che riguarda tutti gli individui nel mondo digitale.

Una tale condizione generale di vulnerabilità, che "si radica nel carattere intrinsecamente asimmetrico"⁸ della relazione tra uomo e nuove tecnologie, si accentua laddove la "capacità digitale"⁹ dello specifico contesto di riferimento o del singolo soggetto non sia particolarmente elevata (è il c.d. "digital divide"¹⁰).

Si tratta pertanto di un fenomeno, che, seppur non riguardi solo gli anziani, può assumere anche un connotato generazionale, se si considera che ad esso è particolarmente esposta la fascia della popolazione con età più avanzata. Basta da ultimo dare uno sguardo ai dati di recente rilevati nell'ultimo¹¹ indice DESI (*Digital Economy and Society Index*) per rendersene subito conto¹². Secondo questo studio del 2022, basato sui dati del 2021, i "fattori socio-demografici influenzano i livelli di competenze digitali" ed, infatti: "il 71% dei giovani adulti (di età compresa tra i 16 e i 24 anni), il 79% delle persone con un'istruzione formale elevata²² e il 77% degli studenti dell'istruzione superiore hanno almeno competenze digitali di base (...). Al contrario, solo il 35% delle persone di età compresa tra i 55 e i 74 anni e il 29% dei pensionati e degli inattivi hanno almeno competenze digitali di base"¹³.

Anche il profilo delle difficoltà legate all'accesso (pubblico) alle cure è un problema che si declina trasversalmente per tutte le fasce anagrafiche della popolazione, ma, in un contesto caratterizzato dal sovraccarico dei sistemi sanitari nazionali, dovuto, tra gli altri fattori, al progressivo invecchiamento della popolazione, tale questione assume anche i connotati di un problema di categoria. Ciò è evidente, banalmente, anche

⁶ La carenza di soluzioni terapeutiche adeguate è determinata da un'insufficienza degli investimenti nel settore della ricerca su malattie specifiche della 'categoria' degli anziani o di studi clinici e pre-clinici che li rappresentino adeguatamente.

⁷ A titolo di esempio, "La dimensione congenita della vulnerabilità umana nel mondo digitale è alla base del c.d. "approccio universalistico" adottato dal regolamento europeo sulla protezione dei dati personali che considera tutti gli individui ugualmente esposti a potenziali violazioni della propria sfera personale digitale", cfr. Irti, *L'uso Delle "Tecnologie Mobili" Applicate Alla Salute: Riflessioni Al Confine Tra La Forza Del Progresso E La Vulnerabilità Del Soggetto Anziano*, in Persona e Mercato, 1, 2023 47.

⁸ Irti, *L'uso Delle "Tecnologie Mobili" Applicate Alla Salute*, cit., 47.

⁹ Intesa come "l'esistenza delle condizioni oggettive e soggettive che consentono un utilizzo consapevole delle tecnologie informatiche", cfr. Simoncini, *Il diritto alla tecnologia e le nuove disuguaglianze*, in Marini, Scaccia, *Emergenza Covid-19 E Ordinamento Costituzionale*, Giappichelli, 2020, 192.

¹⁰ Il *digital divide* può essere definito come la "scarsa conoscenza e scarsa dimestichezza con i servizi online", cfr. Collicelli, *Censis: così il digitale potenzia il diritto alla salute*, cit.

¹¹ cfr. <https://digital-strategy.ec.europa.eu/en/policies/desi>, ultima consultazione: 20 settembre '23.

¹² Anche i dati riferibili all'Italia sono significativi al riguardo: è stato rilevato, infatti, che "mentre la quasi totalità dei giovani (tra 15 e 24 anni) naviga su Internet – oltre il 90% – tra 65-74 anni la percentuale scende al 41%, per ridursi al solo 11% oltre i 75 anni. A questo dato corrisponde il fatto che, mentre la quasi totalità delle famiglie italiane in cui figura un minorenne dispone di un collegamento a banda larga (95,1%), tra le famiglie composte esclusivamente da ultra-sessantacinquenni la quota scende drammaticamente al 34%", cfr. Simoncini, *Il diritto alla tecnologia e le nuove disuguaglianze*, cit., 193.

¹³ Cfr. <https://digital-strategy.ec.europa.eu/en/policies/desi>, cit.: "socio-demographic factors influence the levels of digital skills. For example, 71% of young adults (aged 16-24), 79% of individuals with high formal education²², and 77% of higher education students have at least basic digital skills (Table 2). By contrast, only 35% of those aged 55-74 and 29% of the retired and the inactive have at least basic digital skills".



solo per una questione quantitativa, ovvero per il numero di persone di età avanzata che necessita sempre più di usufruire dei servizi sanitari essenziali¹⁴ e che, molto spesso, nell'impossibilità di farlo, finisce per prediligere le cure in casa¹⁵ o – nei limiti delle proprie capacità economiche – quelle offerte dalle strutture private.

Nell'ottica di garantire il diritto alla salute previsto dalle carte costituzionali, i servizi sanitari nazionali (SSN), in diversi Paesi nel mondo, si fanno ad oggi carico della distribuzione di intere classi di farmaci e della fornitura di molti servizi sanitari – peraltro, sostenendone l'intero o parte del peso economico per l'assistenza e le cure dei c.d. soggetti fragili¹⁶.

Tuttavia, si solleva da tempo e da più parti la preoccupazione che un sistema sanitario (pubblico) così strutturato rischi presto un collasso, con la conseguenza che ad un aumento dell'utenza che necessita di cure di breve e lungo periodo, potrà corrispondere una risposta sempre meno adeguata.

Per comprendere l'impatto che un obbligato ricorso a vie di cura private può avere sui singoli cittadini (e maggiormente sugli anziani che in misura preponderante necessitano di *long-term care*), basti pensare che uno degli indici per valutare “il livello di copertura sanitaria dei diversi Paesi del mondo”¹⁷, presi in considerazione da istituti di ricerca e organizzazioni internazionali che si sono occupati di studiare il fenomeno, è il c.d. “impoverimento a causa di spese per la salute”, il quale “rappresenta la percentuale di popolazione che viene spinta al di sotto della soglia di povertà (...) a causa delle spese sanitarie della famiglia”¹⁸.

Quanto all'ultimo profilo segnalato, quello dell'assenza di studi adeguati su talune malattie degli anziani, va detto che lo stesso è espressione di un problema bicefalo, altrettanto non esclusivo di tale “categoria” (si declina anche in termini di discriminazioni di sesso e di genere¹⁹), ma che nondimeno riguarda gli anziani in modo peculiare: da un lato, l'insussistenza di investimenti (considerati non redditizi in un'ottica di profitto²⁰) da parte di *big pharma*, in farmaci che possano far fronte a malattie rare²¹ e che si sviluppano o che sono

¹⁴ A tal proposito, l'Organizzazione per la cooperazione e lo sviluppo economico (*Organisation for Economic Co-operation and Development* – OECD) ha rilevato che tra il 2015 e il 2030 il numero di anziani bisognosi di assistenza nel mondo aumenterà di 100 milioni e che “nonostante l'aumento dell'aspettativa di vita in buona salute registrato negli ultimi anni (...), i sistemi sanitari dovranno adattarsi per soddisfare le esigenze di una popolazione che invecchia, che probabilmente includeranno una maggiore domanda di assistenza a lungo termine ad alta intensità di lavoro (LTC) e una maggiore necessità di assistenza integrata e incentrata sulla persona (“Between 2015 and 2030, the number of older people in need of care around the world is projected to increase by 100 million”¹⁴ e che “in spite of the gains in healthy life expectancy seen in recent years (...), health systems will need to adapt to meet the needs of an ageing population, which are likely to include greater demand for labour-intensive long-term care (LTC) and a greater need for integrated, person-centred care” – https://www.oecd-ilibrary.org/sites/ae3016b9-en/1/3/10/1/index.html?itemId=/content/publication/ae3016b9-en&_csp_=ca413da5d44587bc56446341952c275e&itemIGO=oecd&itemContentType=book); cfr. anche Agar, Brugiavini; Ludovico, Carrino; Cristina, Orso; Giacomo, Pasini *Vulnerability and Long-term Care in Europe. An Economic Perspective*, Cham, Palgrave Pivot, 2017 (ISBN 9783319689692; 9783319689685).

¹⁵ Carrino, Ludovico; Orso, Cristina; Pasini, Giacomo, *Demand of long-term care and benefit eligibility across European countries* in HEALTH ECONOMICS, vol. N/D, 1175-1188, 2015 (ISSN 1057-9230); Kalwij, Adriaan; Pasini, Giacomo; Wu, Mingqin, *Home care for the elderly: the role of relatives, friends and neighbors* in REVIEW OF ECONOMICS OF THE HOUSEHOLD, vol. 12, 2014, 379-404.

¹⁶ Sul sito del Ministero della salute italiano, ad esempio, è specificato che “è diritto di ogni cittadino usufruire dell'assistenza sanitaria e sociosanitaria. Il Servizio sanitario nazionale (SSN) è tenuto a fornire a tutti i cittadini – gratuitamente o dietro pagamento di una quota di partecipazione (ticket) – con le risorse pubbliche raccolte attraverso la fiscalità generale, un insieme di prestazioni e servizi, definitivi Livelli essenziali di assistenza (LEA)” <https://www.portaletrasparenzaservizisanitari.it/i-diritti-dei-cittadini-e-dei-pazienti/>.

¹⁷ <https://www.epicentro.iss.it/globale/pdf/copertura-sanitaria-mondo.pdf>.

¹⁸ <https://www.epicentro.iss.it/globale/pdf/copertura-sanitaria-mondo.pdf>.

¹⁹ Lippi, Bianucci, Donell, *Gender medicine: its historical roots*, Postgrad Med J, 2020.

²⁰ Garattini, *Brevettare la salute*, cit.

²¹ Cfr. le conclusioni del Rapporto della Commissione Monti, così come anche citato in Balduzzi, *La “liberalizzazione” dei diritti di proprietà intellettuale sui vaccini. Profili costituzionali e internazionali*, in Quaderni costituzionali, 2022, 263, secondo cui “i



diagnosticate nell'età più adulta²²; dall'altro, la tendenza ad effettuare studi che abbiano unicamente ad oggetto l'analisi, nei *trials* clinici e pre-clinici, di soggetti rientranti nello standard di "uomo giovane, bianco e lavoratore", senza che siano prese in considerazione, in modo sistematico, le evoluzioni che talune malattie possono avere nella popolazione anziana.

Non vi è dubbio che la commistione tra l'ambito della salute e le logiche di profitto abbia avuto un ruolo preponderante nella genesi di tutti e tre i fenomeni in cui si declina la difficoltà di accesso alle cure da parte degli anziani.

Riflessioni interessanti potrebbero di certo farsi, ad esempio, sul primo dei tre profili, relativo alle difficoltà di accesso alle cure digitali, nell'ambito del quale le ragioni di mercato si legano agli altrettanti innegabili vantaggi per l'intera popolazione dell'uso di nuove tecnologie in ambito sanitario²³.

In questa sede, tuttavia, ci si concentrerà soprattutto sull'analisi degli altri due fenomeni appena citati, ovvero sull'obbligo di ricorrere a vie di cura private e sulla mancanza di studi sulle malattie poco redditizie che riguardano gli anziani.

Si ritiene infatti che siano tali due profili a mostrare in modo "plastico" il ruolo distorsivo che il c.d. mercato della salute ha rispetto alle possibilità di accesso alle cure da parte di tale gruppo di individui.

2.2. – La letteratura scientifica sta da tempo dimostrando come le logiche di mercato influiscano sulla minor propensione degli istituti di ricerca (soprattutto se privati) a investire in farmaci che possano far fronte a malattie rare o che riguardano specifiche categorie di persone.

È stato notato a tal proposito che, in questo settore, "i fini economico-commerciali hanno spesso distorto la ricerca, favorendo le cure economicamente più fruttuose o i progetti di ricerca funzionali ad interessi commerciali a breve termine"²⁴.

La ragione dei ridotti investimenti sullo studio di talune malattie sembrerebbe essere ricollegabile allo scarso valore in termini di redditività del prodotto farmaceutico che sarebbe chiamato a farvi fronte.

Quello che le case farmaceutiche chiamano "*value*" del farmaco corrisponde, infatti, "al valore che uno Stato, un sistema sanitario (o un cittadino) dovrebbero sostenere per curare una persona con la malattia per cui è necessario quel farmaco"²⁵.

Ebbene, nel "*value* [sarebbe] incluso anche il valore economico della persona curata: la sua capacità produttiva"²⁶.

Ciò vorrebbe dire che meno produttiva è (considerata) quella data persona – l'esempio dell'anziano è emblematico in tal senso – più basso è il valore economico del farmaco che tale persona è chiamato a curare e

prodotti per i quali esiste soltanto un mercato piccolo, come quelli destinati a curare le malattie rare, vengono prodotti soltanto quando esistono altri incentivi, quali l'estensione della tutela brevettuale o contributi pubblici per ricerca e sviluppo", nonché Garattini, *Brevettare la salute*, il Mulino, 2020, 93.

²² Ci sono alcune patologie rare, come la fibrosi cistica, che non vengono diagnosticate in età giovanile ma nell'età adulta.

²³ Collicelli, *Censis: così il digitale potenzia il diritto alla salute*, cit. È notizia recentissima quella che riguarda il primo intervento chirurgico al mondo, effettuato in remoto con la tecnologia 5G, presso il Policlinico di Bari (cfr. <https://www.regione.puglia.it/web/press-regione/-/eseguito-con-successo-il-primo-intervento-chirurgico-in-remoto-con-5g-su-un-paziente-al-policlinico-di-bari?redirect=%2F>).

²⁴ Contu, *Il ruolo del brevetto biotecnologico tra valorizzazione della ricerca scientifica e logiche economico-commerciali*, in *Rivista critica del diritto privato*, 1, 2012, 103.

²⁵ Garattini, *Brevettare la salute*, cit., 76.

²⁶ Garattini, *Brevettare la salute*, cit., 76.



minore è l'interesse che le case farmaceutiche hanno ad investirvi: il prezzo di mercato che le stesse potrebbero imporre, scaricandone parte dei costi sulla collettività, sarebbe necessariamente minore di quello a cui potrebbero vendere un farmaco dal valore maggiore e dunque più bassi i profitti che ne ricaverebbero.

Anche la tendenza a informare le ricerche scientifiche su uno standard di “uomo giovane, bianco e lavoratore”, piuttosto che differenziare in modo sistematico i campioni di soggetti studiati in base a età, sesso, genere, ecc., sarebbe una indiretta conseguenza di tali logiche di profitto: innanzitutto, come si è detto, perché la capacità produttiva di coloro su cui vengono effettuati i *trials* clinici e gli studi pre-clinici entra in pieno nell'analisi sul *value* del farmaco; e poi per un più generale fenomeno di “*andronormativity*”²⁷ che, oltre ad essere ragione di forti e ormai piuttosto note discriminazioni in ambito sanitario basate sul sesso e sul genere²⁸, comporta una prevalenza, anche nel settore della *health care*, dei valori della “mascolinità”²⁹ (*strength, courage, independence, leadership, and assertiveness*³⁰) socialmente attribuiti allo standard di un giovane adulto e considerati imprescindibili dalla valutazione della sua produttività.

La ricerca (farmacologica) è, insomma, ad oggi strettamente trainata da considerazioni di profitto che impattano negativamente in modo significativo sul diritto alla salute di tutti i cittadini e, in particolare, tra questi, di quelli che si discostano dal modello standard di riferimento.

A tali logiche di mercato si collega in modo altrettanto significativo, seppur meno immediato, anche il rischio di collasso dei SSN, che obbliga intere fette della popolazione a far ricorso alle cure private: tra le ragioni della difficoltà dei sistemi sanitari nazionali di farsi carico dei costi relativi alla cura dei cittadini vi è, infatti, un progressivo aumento delle spese che gli stessi sono chiamati a sostenere per poter pagare alle case farmaceutiche il prezzo dei farmaci essenziali che forniscono ai cittadini.

Tali spese, nell'epoca di una popolazione che invecchia, sono esponenzialmente maggiori. Dovendo i sistemi sanitari nazionali sostituirsi ai cittadini bisognosi di cure nel pagamento dei farmaci e dei servizi essenziali, esse sopportano tutto o parte del peso delle private che le case farmaceutiche detengono sugli stessi.

Se si considera che gran parte dei dispositivi di IP è costituita su beni che le industrie private producono grazie alla ricerca di base delle università, finanziata con fondi pubblici, il paradosso è evidente: è innegabile, in un simile contesto, che la “socializzazione dei costi” avvenga “a fronte di una privatizzazione dei guadagni”, motivata dal fatto che “le imprese si avvantaggiano di contributi pubblici o di sgravi fiscali, trattando interamente ogni profitto e trasferendo sulla collettività costi non rispondenti ai rischi assunti”³¹.

²⁷ Samulowitz, Greyr, Eriksson, Hensing, “*Brave Men*” and “*Emotional Women*”: A Theory-Guided Literature Review on Gender Bias in Health Care and Gendered Norms towards Patients with Chronic Pain. *Pain Res Manag.* 2018 Feb 25;2018:6358624. doi: 10.1155/2018/6358624. PMID: 29682130; PMCID: PMC5845507, <https://doi.org/10.1155/2018/6358624>.

²⁸ <https://www.dukemedicalethicsjournal.com/copy-of-clinical-implementation-of-ge-1>, cfr. anche due studi contenuti nell'ormai celebre numero del 1991 del *New England Journal of Medicine*, condotti rispettivamente da Ayanian ed Epstein e Steingart et al., hanno dimostrato per la prima volta in modo espresso la “under-diagnosys” e l’“undertreatment” delle donne della malattia arteriosa coronarica, dovuti alla circostanza che i suoi sintomi fossero stati studiati esclusivamente nei pazienti maschi. <https://www.asst-pavia.it/sites/default/files/documenti/Primo%20articolo%20%20medicina%20di%20genere.pdf>.

²⁹ “The concept of andronormativity implies that men and masculinity dominate health care” Samulowitz, A., Greymr, I., Eriksson, E., & Hensing, G., “*Brave Men*” and “*Emotional Women*”, cit.

³⁰ Vetterling-Braggin, Mary, “Introduction”. “*Femininity*”, “*masculinity*”, and “*androgyny*”: a modern philosophical discussion, Totowa, NJ: Littlefield, Adams, 1982.

³¹ Latino, *L'emergenza sanitaria fra private brevettuali e solidarietà (dis)attesa*: in medio stat virus, in *Rivista Della Cooperazione Giuridica Internazionale*, 69, 2021, 135-154, 136. A tal proposito, basti pensare che, nel contesto della pandemia da COVID-19, “il vaccino Oxford-AstraZeneca è stato finanziato al 97% da fonti pubbliche e non profit, quello Moderna è stato ricercato e sviluppato con 2,5 miliardi di euro di donazioni pubbliche e altre e che BioNTech-Pfizer ha ricevuto 475 milioni di euro di finanziamenti”.



Una parte della comunità scientifica individua, infatti, uno dei punti cruciali della distorsione visibile nella fornitura dei servizi legati alla salute nel *framework* regolatorio della proprietà intellettuale, quale sentinella di queste logiche di mercato, rispetto al quale i sistemi sanitari nazionali e le università agiscono come attori “depotenziati”, di gran lunga sopraffatti dalle imprese che, titolari di numerose privative sui farmaci, detengono una posizione di forza nel “mercato” della salute.

Insomma, logiche di profitto applicate alla ricerca, mancanza di rappresentatività delle minoranze, private nelle mani di case farmaceutiche e attori privati, invecchiamento della popolazione, costi insostenibili per i SSN: è così che si chiude, suo malgrado, il cerchio intorno al quale le problematiche del “mercato” della salute si costruiscono, ponendo le basi delle presenti riflessioni.

3. – 3.1. – In una sua recente intervista resa alla giornalista scientifica Caterina Visco per il Mulino e confluita nel libro “Brevettare la salute”³², il farmacologo e ricercatore italiano Silvio Garattini identifica il cuore delle questioni maggiormente problematiche della ricerca scientifica farmacologica nell’abbassamento delle barriere di accesso alla tutela brevettuale da parte di farmaci dallo scarso “valore terapeutico aggiunto”³³.

Più in generale, le critiche del presidente e fondatore dell’Istituto di ricerche farmacologiche “Mario Negri” di Genova sono rivolte alla scarsa attitudine della proprietà intellettuale a ergersi a strumento di promozione della ricerca scientifica³⁴, così come invece vorrebbe la lettura classica che viene fatta delle privative riconosciute ai titolari di brevetti (e marchi) sui farmaci.

Come si sa, il ruolo dei brevetti è stato a lungo oggetto di ricerche, dibattiti e accese controversie³⁵.

E oggi ancor di più: riflessioni interessanti sulla funzione della normativa a tutela delle invenzioni e delle creazioni della mente umana ormai proliferano copiose, nel tentativo di trovare la migliore regolamentazione del recente fenomeno delle *generative AI*³⁶ e il giusto bilanciamento tra gli interessi in gioco che vi ruotano intorno.

La ricerca delle ragioni che sorreggono l’IP e che, quindi, giustificano il riconoscimento di uno spazio di esclusiva artificiale su dei beni immateriali (di per sé non rivali e non escludibili) è essenziale al fine di aiuta-

ti pubblici per la sua ricerca” (*idem*, 140). A tal proposito, si notino anche le riflessioni di Balduzzi, che ugualmente rileva come “la quota essenziale del rischio è a carico del settore pubblico, che finanzia una larga parte della ricerca fondamentale sottesa ai nuovi farmaci e alle nuove tecnologie, e ciononostante i profitti vanno in maggioranza alle imprese che si impadroniscono di questo sapere e ne fanno prodotti che immettono nel mercato” (cfr. Balduzzi, *La “liberalizzazione” dei diritti di proprietà intellettuale sui vaccini. Profili costituzionali e internazionali*, cit.).

³² GARATTINI, *Brevettare la salute*, cit.

³³ [https://www.europarl.europa.eu/RegData/etudes/STUD/2015/542219/IPOL_STU\(2015\)542219_EN.pdf](https://www.europarl.europa.eu/RegData/etudes/STUD/2015/542219/IPOL_STU(2015)542219_EN.pdf).

³⁴ In linea con il pensiero di Garattini, diversi sono gli studi che negano questa correlazione biunivoca tra riconoscimento di brevetti e innovazione e non solo nell’ambito farmacologico. Si vedano ad esempio livello italiano le riflessioni di CASO, *Pandemia e vaccini*, cit. RESTA, *La privatizzazione della conoscenza e la promessa dei beni comuni: riflessioni sul caso “Myriad Genetics”*, cit.; CASONATO, *I farmaci, fra speculazioni e logiche costituzionali*, in *Rivista AIC*, 4, 2017, nonché, per una ricostruzione storica, cfr. DOSI, MARENGO, STACCIOLI, VIRGILLITO, *Big Pharma and monopoly capitalism: A long-term view*, 2022, <https://ssrn.com/abstract=4092494>.

³⁵ DOSI, MARENGO, STACCIOLI, VIRGILLITO, *Big Pharma and monopoly capitalism: A long-term view*, cit.

³⁶ Emblematica è la vicenda di DABUS, AI creata dall’ing. Thaler, che ha generato due prodotti di cui negli ultimi anni l’ing. Thaler stesso ha chiesto la tutela come invenzioni, presentando domanda in diversi Uffici Brevetti del mondo. In alcuni di essi, le domande sono ancora pendenti, mentre uffici come lo European Patent Office (EPO) si sono già pronunciati nel senso di escludere la qualifica di inventore in capo all’AI DABUS. Per una panoramica sullo status delle diverse domande e appelli contro le decisioni già adottate, cfr. <https://artificialinventor.com/patent-applications/>.



re gli interpreti e l'intera collettività a comprendere gli obiettivi che si ritiene di voler perseguire tramite l'istituzione di diritti di proprietà intellettuale.³⁷ Interrogarsi sulla funzione della proprietà intellettuale è, infatti, un passaggio imprescindibile per comprendere se i “*benefits of intellectual property*” rispondano o meno agli obiettivi a cui essa si ritiene sia preposta.

Se “*various justifications for the protection of these rights have been propounded*”³⁸, di certo, l'argomento più diffuso e ripetuto a favore dei brevetti è quello dell'incentivo alla innovazione³⁹ (si tratta della c.d. teoria utilitaristica della proprietà intellettuale): già nel 1813, in una lettera all'inventore Isaac McPherson, Thomas Jefferson affermava che il diritto esclusivo sui profitti che derivano dal riconoscimento di un monopolio sulle invenzioni rappresenta un “incoraggiamento agli uomini a perseguire idee che possono produrre utilità”⁴⁰.

Oltre al modello utilitaristico, taluni⁴¹ hanno individuato altre tre teorie di giustificazione della proprietà intellettuale: (i) quella della “*Prevention of deceitful and fraudulent practices*”, (ii) quella della natura dei diritti di IP come “*Moral/ Natural rights*” e (iii) quella della natura dei diritti di IP come *Human Rights*.

Volendo fornire, prima di analizzare più approfonditamente le implicazioni della teoria utilitaristica della proprietà intellettuale, una veloce panoramica su tali tre teorie, si può affermare che la prima di esse, la teoria della “*Prevention of deceitful and fraudulent practices*”, è *user-centered* e si focalizza sulla prevenzione dei danni che, altrimenti, potrebbero derivare da una mancata protezione delle invenzioni/creazioni: in assenza di una protezione della proprietà intellettuale, l'impegno che, in un dato contesto sociale, sarebbe profuso da pochi individui porterebbe di fatto ad una carenza di creatività e ciò anche perché, in un sistema del genere, la pirateria e la contraffazione sarebbero all'ordine del giorno⁴².

La teoria dei diritti morali/naturali (detta anche deontologica) riposa, invece, sull'idea che l'inventore/creatore sia proprietario di ogni entità che è una “*creation of the creator's mental power*”⁴³: in questa prospettiva, che in taluni casi si declina persino in termini religiosi, tutte le risorse date da Dio, ad esclusione del proprio corpo, farebbero parte dei “*commons*” che Dio stesso avrebbe dotato ogni individuo della capacità e del diritto di utilizzare. Per dirla con le parole di John Locke, “*every man has a property in his own person. This nobody has any right to but himself. The labour of his body and the work of his hands, we may say,*

³⁷ Geiger, *The Social Function of Intellectual Property Rights, or How Ethics can Influence the Shape and Use of IP Law* (March 4, 2013). Graeme B. Dinwoodie (ed.), ‘Intellectual Property Law: Methods and Perspectives’, Cheltenham, UK/Northampton, MA, Edward Elgar, 2013, 153-176, Max Planck Institute for Intellectual Property & Competition Law Research Paper No. 13-06, Available at SSRN: <https://ssrn.com/abstract=2228067>, 4.

³⁸ ONYEAGBAKO, *Justifications for Copyright and Patents Protection* (January 20, 2020). Available at SSRN: <https://ssrn.com/abstract=3596193> or <http://dx.doi.org/10.2139/ssrn.3596193>. Per una disamina più approfondita dei diversi fondamenti di ordine filosofico e politico invocati in riferimento alla proprietà intellettuale, si veda, tra tutti, Libertini, *Tutela e promozione delle creazioni intellettuali e limiti funzionali della proprietà intellettuale*, in AIDA, fasc.1, 2014, pag. 299; nonché Hughes, *The philosophy of Intellectual Property*, in 77 Geo. L. J., 1988-1989, 287 ss.

³⁹ CASO, *Pandemia e vaccini.*, cit.

⁴⁰ “*Inventions then cannot, in nature, be a subject of property. Society may give an exclusive right to the profits arising from them, as an encouragement to men to pursue ideas which may produce utility, but this may or may not be done, according to the will and convenience of the society, without claim or complaint from anybody*” (cfr. http://press-pubs.uchicago.edu/founders/documents/a1_8_8s12.html).

⁴¹ Per un approfondimento, cfr. Onyeagbako, *Justifications for Copyright and Patents Protection*, cit.

⁴² “*In the absence of intellectual property protection, the personal and material application of the creative few in a society will only result in lack of creativity and redundancy in a society. New inventions and/or creations may be utilised without care or fear of quality and origin. Misrepresentation, piracy and counterfeiting will be the order of the day*” (Onyeagbako, *Justifications for Copyright and Patents Protection*, cit., 5 e ss.).

⁴³ ONYEAGBAKO, *Justifications for Copyright and Patents Protection*, cit., 5 ss.



are properly his. Whatsoever, then, he removes out of the state that nature hath provided and left it in, he hath mixed his labour with it and joined to it something that is his own, and thereby makes it his property...”⁴⁴.

Tale teoria può essere fatta rientrare nell’alveo di quello che taluno aveva identificato nel 1999 come modello non-utilitaristico⁴⁵, nel cui filone può probabilmente essere altresì ricondotta la terza teoria che lega proprietà intellettuale e *human rights*.

Quest’ultima, di più recente elaborazione, si pone in qualche modo in continuazione con l’argomentazione dei diritti di IP quali *Moral/Natural rights*⁴⁶. Essa, nel sostenere che quelli protetti nell’alveo della proprietà intellettuale sarebbero diritti fondamentali di ciascun individuo, trae forza da diverse convenzioni internazionali come la Dichiarazione Universale dei Diritti Umani (UDHR) del 1948, il Patto Internazionale sui Diritti Economici, Sociali e Culturali (ICESCR) del 1966 e da alcune legislazioni regionali come la Convenzione Europea dei Diritti dell’Uomo del 1950 (Convenzione EDU). Ha da ultimo trovato espressione, nel contesto euro-unitario, nell’inserimento del riferimento alla proprietà intellettuale nel comma 2 dell’art. 17 della Carta dei Diritti Fondamentali dell’UE 2000/C 364/01 (Carta di Nizza).

Ad ogni modo, come si diceva, la teoria generalmente più accreditata a giustificazione dei diritti di proprietà intellettuale è quella che vede il complesso di normative poste a tutela delle invenzioni/creazioni umane quale incentivo per l’innovazione.

Essa ha trovato il favore non solo degli Stati Uniti – ove è stata sviluppata⁴⁷ e nel cui ordinamento è espressamente riconosciuto che “*to promote the progress of science and useful arts, by securing for limited times to authors and inventors the exclusive right to their respective writings and discoveries*” (cfr. articolo 1, Sez. 8, della Costituzione degli Stati Uniti) – ma anche nel contesto euro-unitario e internazionale, ove diverse normative e documenti di *soft law* proclamano ad oggi la necessità di tutelare i beni immateriali nell’ottica dell’incentivo della innovazione⁴⁸.

Il cardine dell’argomentazione del carattere utilitaristico della proprietà intellettuale è generalmente rappresentato dall’idea della naturale inefficienza dei regimi di libero accesso all’informazione⁴⁹.

Secondo questa teoria, il ricorso al sistema dei diritti esclusivi limitati nel tempo sui beni immateriali sarebbe un meccanismo imprescindibile⁵⁰ di stimolo della creatività intellettuale: se “l’invenzione è un’infor-

⁴⁴ John Locke, *Two Treatises of Government, Second Treatise* (3rd Edition Cambridge University Press 1988) 287-288.

⁴⁵ Menell, *Intellectual Property: General Theories*, in Menell, Peter S.; Bouckaert, B.; de Geest, G., *Encyclopedia of Law and Economics*, Edward Elgar, Northampton, 2000.

⁴⁶ Macmillan, ‘*Speaking truth to power*’: *Copyright and the control of speech*, in O. Pollicino, G.M. Riccio, M. Bassini (eds), *Copyright and Fundamental Rights in the Digital Age*, Edward Elgar, 2020, 22, secondo cui “*this position is generally located theoretically in a highly questionable reading of Chapter 5 of Locke’s Second Treatise, sometimes accompanied by a Kantian natural rights discourse*”.

⁴⁷ RESTA, *La privatizzazione della conoscenza e la promessa dei beni comuni: riflessioni sul caso “Myriad Genetics”*, cit.

⁴⁸ A mero titolo esemplificativo, si consideri che a giugno 2021, nel contesto della pandemia da COVID-19, l’Unione europea ha inviato al Consiglio Generale della WTO una comunicazione in cui avrebbe evidenziato *the value of intellectual property as incentive to follow-on innovation*⁴⁸. In particolare, al punto 6 della Comunicazione, si specificava che “*The rapid development of several safe and effective COVID-19 vaccines has shown the value of intellectual property, in terms of the necessary incentives and rewards to research and innovation (...)*”. Cfr., COMMUNICATION FROM THE EUROPEAN UNION TO THE COUNCIL FOR TRIPS “URGENT TRADE POLICY RESPONSES TO THE COVID-19 CRISIS: INTELLECTUAL PROPERTY”, IP/C/W/680, https://docs.wto.org/dol2fe/Pages/FE_Search/FE_S_S009-DP.aspx?language=E&CatalogueIdList=274927,274473,274404,274395,274268,274269,274271,274186,273996,273770&CurrentCatalogueIdIndex=1&FullTextHash=&HasEnglishRecord=True&HasFrenchRecord=True&HasSpanishRecord=True.

⁴⁹ RESTA, *La privatizzazione della conoscenza e la promessa dei beni comuni: riflessioni sul caso “Myriad Genetics”*. *Rivista critica del diritto privato*, 281-311, 285.



mazione, bene non escludibile e non rivale il cui mercato in regime di concorrenza perfetta è destinato a fallire”, i brevetti sono “monopoli legali istituiti dallo Stato per consentire all’inventore di praticare prezzi monopolistici”, circostanza che costituisce “un incentivo fondamentale”⁵¹ al perseguimento di nuovi beni-informazione.

In ambito farmaceutico, ad esempio, si sostiene che la tutela brevettuale di farmaci e vaccini sia fondamentale affinché le università, i centri di ricerca e le imprese private investano nello sviluppo e nelle tecnologie, attraverso le quali tramutare i risultati della ricerca accademica in trattamenti medici⁵²: è stato stimato, infatti, che l’assenza di protezione brevettuale nel ramo farmaceutico comporterebbe una riduzione degli investimenti in ricerca e sviluppo pari al 64%⁵³.

Tale argomento, riposa sull’idea di scongiurare la c.d. “*tragedia dei commons*” teorizzata da Hardin⁵⁴ e adattata alle peculiarità dei beni immateriali, secondo cui, se non opportunamente incentivata da una rete di garanzie a supporto del lavoro che porta all’invenzione, vi sarebbe un’insufficiente produzione di tali beni. Il suo fondamento teorico è duplice⁵⁵: da un lato, vi sarebbero i postulati dell’analisi economica dell’informazione; dall’altro, nel solco del motto “*private property saves lives*”⁵⁶, le tesi hayekiane sulla superiorità dei regimi di proprietà privata rispetto alle forme di regolamentazione pubblica.

In questa prospettiva, i brevetti avrebbero il merito almeno potenziale, “di offrire gli incentivi per intraprendere progetti rischiosi, favorire la conoscenza dei trovati evitando il persistere del segreto commerciale, nonché la possibilità di determinare una più equa distribuzione degli utili”⁵⁷.

Senonché, come da più parti sollevato, l’argomento utilitaristico a giustificazione della creazione sui beni immateriali di regimi di monopolio nella logica dell’incentivo viene messo sempre più a dura prova dalle recenti evoluzioni tecnologiche e dalla crescente presa di consapevolezza che di fianco alla c.d. tragedia dei *commons* sta prendendo forma una altrettanto grave e diametralmente opposta “tragedia degli *anticommons*”: la “*privatization can solve one tragedy but cause another*”⁵⁸.

Quest’ultima si sostanzia in una impossibilità per la collettività di avvantaggiarsi delle potenzialità delle risorse costituite dai beni immateriali, a causa dell’eccessiva proliferazione⁵⁹ di quegli stessi diritti di esclusiva che ironicamente sarebbero preposti, secondo la lettura di Hardin, a scongiurare proprio la loro insufficiente produzione⁶⁰.

⁵⁰ Menell, *Intellectual Property: General Theories*, cit.

⁵¹ Caso, *Pandemia e vaccini*, cit.

⁵² Contu, *Il ruolo del brevetto biotecnologico tra valorizzazione della ricerca scientifica e logiche economico-commerciali*, cit.

⁵³ Ciò, peraltro, a fronte di una riduzione degli investimenti in ricerca e sviluppo di solo 8 punti percentuali negli altri settori produttivi (cfr. Latino, *L’emergenza sanitaria fra privative brevettuali e solidarietà (dis)attesa*: in medio stat virus, cit., 142).

⁵⁴ Hardin, *The tragedy of the Commons*, in 162 “*Science*”, 1234 (1968).

⁵⁵ Resta, *La privatizzazione della conoscenza e la promessa dei beni comuni: riflessioni sul caso “Myriad Genetics”*, cit., 286.

⁵⁶ Boyle, *The Second Enclosure Movement and the Construction of the Public Domain*. Available at SSRN: <https://ssrn.com/abstract=470983> or <http://dx.doi.org/10.2139/ssrn.470983>.

⁵⁷ Contu, *Il ruolo del brevetto biotecnologico tra valorizzazione della ricerca scientifica e logiche economico-commerciali*, cit.

⁵⁸ Heller, R.S. Eisenberg, *Can Patent Deter Innovation? The Anticommons in Biomedical Research*, in «*Science*», 1998, 698.

⁵⁹ È stato notato, infatti, che ai classici diritti di proprietà intellettuale (come il diritto d’autore, i brevetti, i marchi) si sono progressivamente aggiunti i diritti connessi, i diritti *sui generis* e i diritti di proprietà intellettuale che non sono specificatamente classificati (come il diritto all’immagine o i diritti degli organizzatori di eventi sportivi): “*As intellectual property rights have gained importance, they have lost in transparency. This loss is due first of all to their number, with the classical intellectual property rights (such as copyright, patents, trademarks) having been gradually joined by neighbouring rights, sui generis rights and indeed intellectual property rights that do not reveal their name (like the right to one’s own image or the rights of sports events organisers), in some cases relating to the same object*”. Cfr. Geiger, *The Social Function of Intellectual Property Rights, or How Ethics can Influence the Shape and Use of IP Law*, cit., 2.

⁶⁰ Nel desiderio di scongiurare una “sottoproduzione dell’immateriali, indispensabile per il benessere della collettività”, “la pre-



Sempre più numerose negli ultimi decenni sono state le riflessioni rese in tal senso a margine di numerose vicende giudiziarie (come quella del noto caso *Myriad genetics*⁶¹) da molteplici esponenti della comunità scientifica, le quali si sono compendiate efficacemente nelle preoccupazioni legate (i) da un lato, al progressivo ampliamento dell'oggetto delle privative, a cui non ha corrisposto un reale aumento dell'innovatività dei prodotti farmaceutici protetti; (ii) dall'altro, alla problematica insistenza sul medesimo prodotto di diversi diritti di proprietà intellettuale.

Quanto al primo profilo, come notato da Garattini, le privative in ambito sanitario non proteggono più solo i farmaci, ma anche “tutti i composti simili (...) che possono avere lo stesso tipo di effetto e tutte le famiglie di sostanze chimiche che possono avere una determinata indicazione. E soprattutto si brevettano i processi di produzione”⁶².

Se si considera che, in Italia, fino al 1978 vigevo un vero e proprio divieto di brevetto sui farmaci, abbattuto poi da una storica pronuncia della Corte costituzionale (la sentenza n. 20 del 1978)⁶³, di cui si dirà più avanti, il cambio di prospettiva è di certo molto significativo.

Uno degli aspetti problematici dell'ampliamento dell'oggetto del brevetto è che esso è espressione della circostanza che, in ambito farmaceutico, l'intento di favorire una rapida evoluzione tecnologica “è spesso prevalso sulla puntuale valutazione dei requisiti di novità, inventività e applicazione industriale cui l'oggetto del brevetto dovrebbe rispondere”⁶⁴.

La brevettazione dei farmaci, infatti, dipende ad oggi, in larga parte, non tanto dalla valutazione del soddisfacimento o meno dei criteri di accesso alla normativa a protezione delle invenzioni, ma dall'approvazione dei prodotti farmaceutici da parte delle agenzie a ciò preposte, in vista della loro commercializzazione (ad es. dell'AIFA, per l'Italia; dell'EMA, per i farmaci immessi in commercio negli Stati UE).

Il punto è qui rappresentato dal fatto che l'approvazione di un farmaco è attualmente articolata su criteri di qualità, efficacia e sicurezza dello stesso ma non tiene conto del “valore terapeutico aggiunto” – locuzione che si ritiene compendi almeno i criteri di novità e di inventività previsti dalla normativa brevettuale – che il prodotto farmaceutico dovrebbe avere⁶⁵.

L'ampliamento dell'oggetto dei brevetti è dunque avvenuto, come si diceva, a prescindere da un aumento nell'innovatività dei prodotti farmaceutici tutelati, contribuendo così a rivoluzionare i presupposti stessi di applicazione della tutela brevettuale⁶⁶. In questa prospettiva, è ancor più interessante notare come, secondo la rivista indipendente “*Prescrire International*”, il 70% dei farmaci approvati dalle autorità regolatorie (e dunque brevettati) nei passati dieci anni non presenta alcun vantaggio rispetto ai farmaci già disponibili al tempo della loro approvazione⁶⁷.

Tale fenomeno di estensione del campo di applicazione materiale della privativa del brevetto è peraltro

senza eccessiva di siffatta tutela” determina di fatto, invece, una “sottoutilizzazione dell'immateriale stesso a detrimento del bene comune”, cfr. Iannarelli, “Proprietà”, “immateriali”, “atipicità”: i nuovi scenari di tutela, cit., 92.

⁶¹ Resta, *La privatizzazione della conoscenza e la promessa dei beni comuni: riflessioni sul caso “Myriad Genetics”*, cit., Contu, *Il ruolo del brevetto biotecnologico tra valorizzazione della ricerca scientifica e logiche economico-commerciali*, cit.

⁶² Garattini, *Brevettare la salute*, cit., 37.

⁶³ Casonato, *I farmaci, fra speculazioni e logiche costituzionali*, cit., 3.

⁶⁴ Contu, *Il ruolo del brevetto biotecnologico tra valorizzazione della ricerca scientifica e logiche economico-commerciali*, cit.

⁶⁵ Garattini, *Brevettare la salute*, cit.

⁶⁶ La letteratura in materia conviene nel considerare uno standard internazionale il fatto che le invenzioni, per essere brevettate, debbano (i) essere nuove; (ii) essere frutto di un'attività inventiva (inventive step); (iii) avere l'attitudine ad essere applicate in un contesto industriale.

⁶⁷ Garattini, *Brevettare la salute*, cit., 49.



strettamente collegato al secondo profilo sopracitato, ovvero alla sussistenza sul medesimo prodotto farmaceutico di diversi diritti di privativa⁶⁸, a sua volta intimamente connesso a quello più generale della proliferazione dei diritti di esclusiva, genesi di forti incertezze e di potenziali numerosi contenziosi⁶⁹.

Se ad essere protetti non sono più solo i farmaci “fatti e finiti”, ma anche i loro ‘ingredienti’, i processi di produzione e i dati⁷⁰, va da sé che su un medesimo farmaco possa insistere un numero molto elevato di private: basti pensare che ci sono 129 dispositivi di IP “che coprono quanto è necessario per la produzione del *pembrolizumab*, un anticorpo monoclonale impiegato in oncologia soprattutto contro il melanoma, e 247 per quella di *adalimumab*, un altro anticorpo monoclonale impiegato invece contro alcune malattie autoimmuni”⁷¹.

La gravità di questo duplice fenomeno è ancor più significativa in un contesto, come quello della ricerca, fortemente trainato da meccanismi di input-output, in cui ogni “informazione di output” costituisce anche potenzialmente un’ “informazione di input” di un nuovo processo produttivo. Per fare un esempio in tal senso, rispetto alle recenti vicende di produzione del vaccino anti-COVID, è stato notato che lo sviluppo dei vaccini COVID nei tempi rapidi in cui è avvenuto – in soli 10/12 mesi, a fronte dei 10 anni che sono di solito necessari in media per addivenire allo sviluppo di un nuovo vaccino⁷² – è stato possibile grazie agli studi ventennali⁷³ che erano stati effettuati in precedenza sulla famiglia COVID e all’ utilizzo di tecnologie brevettate già esistenti⁷⁴.

In un contesto del genere, per creare un singolo prodotto “gli studiosi devono avere accesso ad una molteplicità di dati «a monte» già coperti da diritti di privativa”⁷⁵ e ciò causa evidenti problemi di coordinamento tra i vari dispositivi di IP.

Inoltre, la rivalità che vi è tra gli enti di ricerca, coinvolti in questa corsa all’oro – ad accaparrarsi, insomma, i vantaggi derivanti dalla possibilità di privatizzare per primi i risultati delle loro ricerche⁷⁶ – riduce sempre più la condivisione di dati tra gli stessi ed è causa di ritardi nella pubblicazione dei loro studi, con la conseguenza che la ricerca e l’innovazione, piuttosto che promosse, finiscono per rimanerne compromesse⁷⁷.

Quando nel 1978 la Corte costituzionale italiana ha liberalizzato la brevettazione dei farmaci⁷⁸, aveva postulato che la stessa avvenisse a fronte di una serie di correttivi volti a controbilanciare tutti quei rischi che

⁶⁸ Essi ad oggi non si limitano ai diritti riconosciuti ai titolari di brevetti, ma ricomprendono anche i diritti derivanti da una serie di altri dispositivi della proprietà intellettuale (es. marchi, segreti commerciali, indicazioni di provenienza geografica, ecc.).

⁶⁹ Contu, *L’inarrestabile corsa alla brevettazione: una battuta d’arresto?*, in Rivista critica del diritto privato, 1, 2014, 168.

⁷⁰ Garattini, *Brevettare la salute*, cit., 25.

⁷¹ Garattini, *Brevettare la salute*, cit., 26.

⁷² Latino, *L’emergenza sanitaria fra private brevettuali e solidarietà (dis)attesa*: in medio stat virus, cit., 137.

⁷³ Balduzzi, *La “liberalizzazione” dei diritti di proprietà intellettuale sui vaccini. Profili costituzionali e internazionali*, cit., 265.

⁷⁴ “For instance, in the early 1990s, scientists had studied the use of mRNA as a new therapeutic.43 In 2005, a group of researchers at the University of Pennsylvania released the results of mRNA technology, regarded essential to the development of mRNA-based therapeutics. The University of Pennsylvania provided a series of sublicenses for mRNA-related patents to both Moderna and BioNTech. In 2019, way before the identification and spread of COVID, Moderna and the U.S. National Institutes of Health (NIH) entered into an agreement to co-develop mRNA coronaviruses vaccines”, cfr. Dabbicco, *IP Role in Covid Times*, cit., 141.

⁷⁵ Contu, *L’inarrestabile corsa alla brevettazione: una battuta d’arresto?*, cit., 168.

⁷⁶ “Il sistema brevettuale non premia necessariamente i veri innovatori, ma quelli più rapidi nel deposito della domanda di brevetto (sistema del *first to file*)” CASO, *Pandemia e vaccini*, cit., 12.

⁷⁷ Contu, *Il ruolo del brevetto biotecnologico tra valorizzazione della ricerca scientifica e logiche economico-commerciali*, cit.

⁷⁸ Tra i primi commenti sulla pronuncia, si segnala Pardolesi, Sul divieto di brevettazione di farmaci, nota a C. cost., sent. n. 20/1978 (red. Elia), in *Foro italiano*, I, 1978, cc. 809 ss.



avevano determinato fino a quel momento il motivo precipuo del divieto di costituzione di privative sui prodotti farmaceutici⁷⁹: tra questi, oltre che le temute “forti speculazioni a danno dei malati”, “le truffe e gli imbrogli”⁸⁰, proprio “il rallentamento della ricerca”⁸¹.

La pronuncia di incostituzionalità del divieto di brevetto per i farmaci⁸² si è basata su una serie di parametri riconducibili, complessivamente, agli articoli 3, 9, 41, 42 e 43 della Costituzione. Fra di essi, particolarmente interessanti sono i richiami all’art. 9 Cost. – posto a presidio della promozione delle scienze e delle arti (cfr. comma 1) – e al suo rapporto con l’interesse generale alla tutela della salute di cui all’art. 32 Cost. La Corte aveva ritenuto, infatti, che il divieto di brevettazione dei farmaci fosse in contrasto con “la promozione della ricerca scientifica” di cui all’art. 9 Cost. e “la necessità di predisporre per l’avvenire le condizioni idonee alla sua esplicazione ed al suo sviluppo”, e ciò perché “comportava un ostacolo ingombrante, seppur indiretto, alla promozione della salute intesa in termini sia individuali sia collettivi”.

È interessante notare come, nell’ottica del ragionamento della Corte, era proprio l’interesse generale alla salute, ex art. 32 Cost., a imporre l’abbattimento del divieto di cui all’art. 14 del r.d. n. 1127 del 1939, sulla base della considerazione che “la normativa [dovesse disporre] un equilibrato bilanciamento fra gli interessi legati alla disponibilità di farmaci e quelli relativi alla ricerca sperimentale ed alle collegate esigenze di privativa”.

Qualificando il rapporto tra ricerca e diritto alla salute in termini di strumentalità dell’una nei confronti dell’altro, la Corte aveva espressamente ribadito che era alla tutela di quest’ultima che dovevano coordinarsi “quali mezzi al fine, la disciplina del prezzo dei medicinali, la loro presenza sul mercato in quantità sufficiente, ed infine, ma non certo come ultimo fattore, la ricerca scientifica e tecnica organizzata nell’ambito dell’industria farmaceutica”⁸³.

Invece, il proliferare di privative, nelle mani peraltro quasi sempre degli stessi attori del mercato⁸⁴, e l’allargamento del loro oggetto impediscono che questo rapporto di “mezzi al fine” tra ricerca e diritto alla salute si espliciti in tutta la sua efficacia.

Vi sono, in particolare, alcuni casi più o meno recenti – come quello del *sofosbuvir* e la vicenda *Novartis AG v. Union of India and Others*⁸⁵ – che rendono evidente questa considerazione. In particolare, come efficacemente sostenuto, “il mercato e la brevettabilità dei farmaci [hanno] non di rado perso il collegamento con la tutela della libertà di ricerca e, soprattutto, con la promozione della salute individuale e collettiva, per assumere, viceversa, una prevalente connessione con logiche estreme di profitto e di speculazione economi-

⁷⁹ Infatti, prima di allora si pensava che “la concessione del brevetto (...) avrebbe, da un lato, creato forti speculazioni a danno dei malati e, dall’altro, avrebbe rallentato la ricerca e favorito le truffe e gli imbrogli. Oltre ad un «rincarimento cagionato dalla privativa», si temeva, in particolare, che «ciarlatani, speciali e “segretisti” profittassero dell’attestato di privativa per smerciare prodotti non utili alla salute»”.

⁸⁰ Casonato, *I farmaci, fra speculazioni e logiche costituzionali*, cit., 2

⁸¹ Casonato, *I farmaci, fra speculazioni e logiche costituzionali*, cit., 2.

⁸² La decisione della Corte costituzionale è giunta a valle di una serie di pressioni che erano state perpetrate negli anni precedenti da imprese farmaceutiche di diversa nazionalità nei confronti della *Commissione ricorsi contro i provvedimenti dell’Ufficio centrale brevetti*, la quale aveva deciso infine di sollevare questione di costituzionalità contro il divieto di brevetto presente nell’allora vigente art. 14 del r.d. n. 1127 del 1939.

⁸³ Punto 5 del *Considerato in diritto*. Sul rapporto di strumentalità esistente tra la ricerca scientifica e l’affermazione degli altri valori consacrati nella Carta costituzionale, L. Chieffi, *Ricerca scientifica e tutela della persona. Bioetica e garanzie costituzionali*, Napoli, 1993, 90 ss., nonché Bernes, *Alessandro Dati e ricerca genetica. Dalla tutela individuale alla gestione procedurale in biolaw journal*, vol. N. 1S (2022), 67-81 (ISSN 2284-4503).

⁸⁴ Resta, *La privatizzazione della conoscenza e la promessa dei beni comuni: riflessioni sul caso “Myriad Genetics”*, cit., p. 292

⁸⁵ Per un approfondimento, cfr. CASONATO, *I farmaci, fra speculazioni e logiche costituzionali*, cit., 5 e ss.



co-finanziaria; connessione che porta a invertire le priorità e il rapporto di mezzo a fine fissato dalla Corte costituzionale”⁸⁶.

È evidente che, se così strutturato (o interpretato), l’odierno impianto normativo posto a tutela dei beni immateriali della proprietà intellettuale si scontra con la logica alla base della decisione della Corte costituzionale e non trova conforto neanche, a monte, nel raggiungimento degli obiettivi che, secondo la teoria utilitaristica, rendono necessario il ricorso alla tecnica dell’*esclusiva*⁸⁷.

Un simile modo di concepire la proprietà intellettuale non si giustifica neppure – e, anzi, a maggior ragione – alla luce delle altre argomentazioni, non-utilitaristiche, a sostegno della stessa.

In particolare, non ha riscontro nella teoria di “prevenzione di condotte illecite e fraudolente” che scongiura i comportamenti parassitari e l’ingiustificato arricchimento di chi non ha compiuto nessuno sforzo per la nascita dell’invenzione, perché un simile impianto è esso stesso causa di arricchimento di soli pochi attori del mercato (in particolare, di *big pharma*).

Esso non si giustifica neanche nel prisma della teoria deontologica, perché con l’espansione dell’oggetto del brevetto si giunge sempre più a privatizzare anche beni comuni – quali dovrebbero essere intesi gli “ingredienti” dei farmaci o altre “entità” presenti in natura, come i genomi umani⁸⁸ – che non postulano alcuno (o comunque un grado sufficiente di) *labour* dell’uomo.

Infine, forti dubbi vi sono sulla possibilità di riconoscere una giustificazione della proprietà intellettuale, se così strutturata, che sia in linea con le argomentazioni di chi sostiene che i diritti di IP siano *human rights* suscettibili di una protezione assoluta: tale teoria, infatti, postula il ricorso alla tecnica del bilanciamento tra questi ed altri diritti di pari rango, con la conseguenza che, pur volendo riconoscere alle prerogative derivanti dal brevetto la natura di diritti fondamentali, difficilmente si può sostenere che questi siano preponderanti – e che quindi il relativo *ius excludendi* sia *tout court* giustificato – a fronte della compressione dei due diritti fondamentali alla salute e alla scienza aperta con cui le privative sui farmaci così intese si trovano di fatto a confliggere.

3.2. – Come si è visto, la crescente espansione della proprietà intellettuale, in termini di oggetto e di numero di prerogative riconosciute ai titolari dei diritti, costituisce un punto critico dell’attuale impianto normativo a tutela delle innovazioni e delle creazioni della mente umana, specialmente nel campo della ricerca scientifica e farmacologica.

Si ritiene, tuttavia, che – contrariamente alla lettura che ne viene data dalla dottrina maggioritaria – il problema non dovrebbe essere individuato tanto, in termini astratti, nella proprietà intellettuale in sé, quale “bestia nera” del “capitalismo della conoscenza”⁸⁹.

⁸⁶ Casonato, *I farmaci, fra speculazioni e logiche costituzionali*, cit., 5.

⁸⁷ A tal proposito, è stato notato come proprio l’assetto delle regole sulla proprietà intellettuale potrebbe aver favorito, nel contesto della pandemia da COVID-19, “diseguaglianze di fondo nell’accesso ai medicinali a livello globale”, “anche per i difetti dei meccanismi di flessibilità ivi previsti (giacché l’effettiva agibilità di tali meccanismi deve essere considerata irrinunciabile ai fini di un giusto bilanciamento tra gli interessi in gioco, anche da un punto di vista costituzionale)” (cfr. BALDUZZI, *La “liberalizzazione” dei diritti di proprietà intellettuale sui vaccini. Profili costituzionali e internazionali*, cit., 268). Se si vogliono, invece, prendere in prestito le parole di Spada, riferite invero alle evoluzioni che il diritto d’autore affronta da qualche decennio nel contesto delle reti telematiche, la tecnica dell’*esclusiva*, lungi dall’essere l’unica tecnica degli istituti di proprietà intellettuale, “rischia di diventare, nel nuovo ambiente, un arnese declamatorio, che, al più, colpisce a caso e, quindi, in modo ingiusto”, cfr. Spada, *La proprietà intellettuale nelle reti telematiche*, in *Riv. Dir. Civ.*, II, 1998, 635 ss., 647.

⁸⁸ Cfr. la vicenda Myriad Genetics, Resta, *La privatizzazione della conoscenza e la promessa dei beni comuni: riflessioni sul caso “Myriad Genetics”*, cit.

⁸⁹ Resta, *La privatizzazione della conoscenza e la promessa dei beni comuni: riflessioni sul caso “Myriad Genetics”*, cit. Per una



Essa che, non a caso, soffre ormai da tempo di una crisi di legittimazione pubblica⁹⁰, è in realtà uno strumento di per sé neutro, rispetto al quale le teorie generali di giustificazione appena esposte corrispondono a nient'altro che precise scelte di politica del diritto.

Le logiche di profitto non sono, infatti, ontologicamente intrinseche alla proprietà intellettuale: le motivazioni che spingono il potere legislativo a costituire artificialmente spazi di esclusiva riconducibili alle private dell'IP ben possono declinarsi anche intorno a valori differenti da quelli difesi essenzialmente dall'industria (farmaceutica).

Il punto problematico è, dunque, *l'utilizzo* che si fa di questo strumento giuridico – ribattezzato da qualcuno come *pseudo-IP*⁹¹ – che vede oggi l'impianto normativo della proprietà intellettuale sbilanciato verso considerazioni di mera convenienza di mercato⁹² e governato da “pochi e influenti attori economici in grado di imporsi” su scala globale con sempre più facilità come i “vincenti” dell'odierno sistema capitalistico⁹³.

La proprietà intellettuale, invece, potrebbe, e dovrebbe, porsi a vantaggio della collettività e così integrarsi (e non essere concepita in antagonismo⁹⁴) con le prerogative della normativa a tutela della libera concorrenza, soprattutto in un contesto in cui la concentrazione, consolidata e duratura, del potere di tali attori del mercato è estremamente forte, come nel contesto digitale⁹⁵.

Nella già citata sentenza del 1978, la Corte costituzionale aveva prontamente sollevato le sue preoccupazioni contro il rischio di strumentalizzazione che di tale strumento poteva essere fatto⁹⁶.

più ampia riflessione su quella che Iannarelli definisce “Global Knowledge Economy”, cfr. Iannarelli, “Proprietà”, “immateriali”, “atipicità”: *i nuovi scenari di tutela*, in Resta (a cura di), *Diritti esclusivi e nuovi beni immateriali*, Utet Giuridica, 2010, 86, nota 20.

⁹⁰ Geiger, *The Social Function of Intellectual Property Rights, or How Ethics can Influence the Shape and Use of IP Law*, cit.

⁹¹ Caso, ad esempio in: <https://www.robortocaso.it/2023/06/15/the-italian-pseudo-intellectual-property-and-the-end-of-public-domain/>.

⁹² Una simile dimensione pervasiva del mercato sembrerebbe star incidendo altresì in altri campi del diritto, ugualmente centrali nei dibattiti in tema di diritti fondamentali e collettività, quello del diritto dei consumatori (cfr., a tal proposito, Camardi, *Pratiche commerciali scorrette e invalidità*, in *Obbligazioni e Contratti*, n. 6, 2010, 408, secondo cui “il Diritto dei Consumi sembra allontanarsi, nella sua recente evoluzione, dal modello di un Diritto privato dei consumatori, per avvicinarsi ad un modello di Diritto delle imprese e del mercato, nonostante il crescere dei “diritti fondamentali” dei consumatori e degli utenti, anche nella forma collettiva”) e della protezione dei dati personali nel contesto digitale.

⁹³ A tal proposito, può essere interessante richiamare le riflessioni di Arnaudo, Caporale, Costa, Locatelli, Magrini, *Lezioni da una pandemia. Per uno sviluppo condiviso e un accesso equo a cure essenziali e vaccini*, in *Mercato Concorrenza Regole*, 2021, n. 2, 349, secondo cui “la progressiva estensione della proprietà intellettuale è stata componente essenziale di quel «sistema-mondo» – per usare una potente immagine di Immanuel Wallerstein – in cui la distribuzione di ricchezza avviene secondo dinamiche capitalistico-finanziarie governate da pochi centri e subite dalle «periferie» della terra, come rilevato anche da recenti riflessioni in tema di una necessaria «de-colonizzazione» dei diritti di proprietà intellettuale”.

⁹⁴ Sul rapporto tra “*defensive patent strategies*”, da un lato, e “*anti-competitive abuse*” ai sensi dell'art. 102 TFUE, dall'altro, e su come, anche comportamenti posti in essere dal titolare dei brevetti che siano in linea con la normativa brevettuale possano costituire nondimeno una violazione della normativa a tutela della concorrenza se vi è un intento anti-competitivo, cfr. Drexl, *AstraZeneca and the EU Sector Inquiry: When Do Patent Filings Violate Competition Law?*, Max Planck Institute for Intellectual Property & Competition Law Research Paper No. 12-02, 2012, <https://ssrn.com/abstract=2009276>.

⁹⁵ Rispetto al quale, è stato rilevato, si “richiede un più marcato intervento in chiave *antitrust*, nella direzione della equità, lealtà e contendibilità” dell'assetto degli interessi. Camardi, *Contratti digitali e mercati delle piattaforme. Un promemoria per il civilista*, in *Jus Civile*, 4, 2021.

⁹⁶ E, in particolare, rispetto al pericolo “che il brevetto venisse utilizzato per finalità meramente commerciali e speculative a scapito del diritto alla salute”, il quale, in virtù del principio personalista, “doveva invece rimanere prioritario”, Casonato, *I farmaci, fra speculazioni e logiche costituzionali*, cit., 4. E infatti aveva specificato che “naturalmente”, il coordinamento dei fattori della “disciplina del prezzo” e “della ricerca scientifica e tecnica organizzata nell'ambito dell'industria farmaceutica” doveva risultare equilibrato perché fosse “raggiungibile l'obbiettivo di interesse generale rappresentato dalla tutela della salute pubblica”, cfr. Sent. C. Cost. N. 20 del 1978, Punto 5 del *Considerato in diritto*.



Aveva, infatti, individuato quattro possibili correttivi ai rischi paventati in parallelo alla liberalizzazione dei brevetti sui farmaci: (a) «l'espropriazione dei diritti di brevetto per ragioni di pubblica utilità» (già previsto all'art. 60 del r.d. n. 1127); (b) l'introduzione, «a somiglianza di quanto è disposto in altri paesi europei, di forme speciali di licenza obbligatoria»; (c) la riduzione della durata del brevetto sotto forma di anticipazione di «quella situazione di generale utilizzabilità del prodotto farmaceutico o del processo di fabbricazione (c.d. dominio pubblico del bene immateriale) che normalmente segue all'esaurimento del periodo di durata del brevetto»; (d) una disciplina di attenta regolamentazione pubblicistica dei prezzi»⁹⁷.

Una soluzione a questa deriva della proprietà intellettuale verso una *pseudo-IP*, all'origine tra l'altro della tragedia degli *anticommons*, che inverte il rapporto di mezzo al fine tra ricerca e diritto alla salute potrebbe essere una riconsiderazione della stessa in chiave sostenibile, in linea con quella sua crescente costituzionalizzazione, preconizzata da taluni già da tempo⁹⁸, che vede oggi più che mai un ruolo preponderante dei «*fundamental rights in shaping and using intellectual property norms*»⁹⁹.

Una proprietà intellettuale sostenibile è una proprietà intellettuale non in contrapposizione, ma a sostegno dei diritti costituzionalmente garantiti e, in particolare, dei diritti fondamentali all'accesso alle cure e alla scienza aperta, nonché, più in generale, del principio di solidarietà¹⁰⁰.

Una proprietà intellettuale sostenibile è una proprietà intellettuale che ingloba nei suoi meccanismi il principio personalista della prevalenza della tutela dell'individuo e della sua salute fisica e mentale.

Una proprietà intellettuale sostenibile è una proprietà intellettuale più trasparente, che, alla luce di un'idea di libertà di iniziativa economica e di esercizio della proprietà che non possono svolgersi in contrasto con il fine dell'utilità sociale¹⁰¹, si preoccupa di perseguire altresì gli interessi generali e collettivi, anche in un'ottica di tutela delle generazioni future.

È una proprietà intellettuale pluralista e inclusiva delle istanze di categorie di persone che possono essere qualificate come vulnerabili, che abbia a cuore innanzitutto la tutela della dignità umana, la quale «per il suo carattere inviolabile e la sua forza precettiva che impone rispetto e tutela (art. 1, Carta dei diritti fondamentali UE)» ha la forza di assurgere a vero e proprio principio di conformazione del mercato¹⁰².

È una proprietà intellettuale in cui l'argomento utilitaristico dell'incentivo alla ricerca «non viene lasciato cadere, ma da premessa invalicabile e obiettivo dell'azione pubblica diviene un vincolo della medesima»¹⁰³.

Una proprietà intellettuale sostenibile è, dunque, una proprietà intellettuale che persegue una precisa funzione sociale¹⁰⁴.

⁹⁷ In riferimento a tutti tali aspetti, si vedano gli approfondimenti e la dottrina citata da Pardolesi, *Sul divieto di brevettazione di farmaci*, in Foro it., 1978, I, 809.

⁹⁸ Geiger C (2006) «Constitutionalizing» intellectual property law? the influence of fundamental rights on intellectual property in Europe. IIC 37(4):371; Geiger, Izyumenko, *The Constitutionalization of Intellectual Property Law*, cit. Può essere interessante notare, a tal proposito, che la *constitutionalization* della proprietà intellettuale non è, come si sa, un fenomeno isolato e, anzi, si inserisce nel più ampio filone della costituzionalizzazione dell'intero diritto civile «ovvero alla metodologia della interpretazione costituzionalmente orientata o adeguatrice» (cfr. le riflessioni sul punto di Camardi, *Brevi riflessioni sull'argomentazione per principi nel diritto privato*, in Rivista di Diritto Civile, n. 5, 1 settembre 2017, 1130).

⁹⁹ Geiger, Izyumenko, *The Constitutionalization of Intellectual Property Law*, cit., 283.

¹⁰⁰ Cfr. Balduzzi, *La «liberalizzazione» dei diritti di proprietà intellettuale sui vaccini. Profili costituzionali e internazionali*, cit., che propone altresì una riflessione in termini di promozione del principio di fraternità.

¹⁰¹ Cfr., per quanto riguarda l'ordinamento italiano, il fine di utilità sociale che deve essere perseguito anche rispetto alla libertà di iniziativa economica e al diritto di proprietà ai sensi dell'art. 41 e dell'art. 42 della Costituzione.

¹⁰² Senigaglia, *La dimensione patrimoniale del diritto alla protezione dei dati personali*, in Contratto e Impresa, 2, 2, 2020, 760-783.

¹⁰³ Balduzzi, *La «liberalizzazione» dei diritti di proprietà intellettuale sui vaccini. Profili costituzionali e internazionali*, cit., 265.



La costituzionalizzazione della proprietà intellettuale, lungi dal negare la natura della proprietà intellettuale come normativa posta a tutela dei rapporti tra privati e il suo ruolo fondamentale nella regolamentazione del mercato, presuppone nondimeno che la stessa possa perseguire, in un'ottica di promozione dell'interesse generale, gli obiettivi che le carte europee e internazionali le riconoscono da tempo e decantano con enunciazioni che rischiano troppo spesso di ridursi a mere affermazioni di principio.

Infatti, sebbene l'Unione Europea cerchi di “accreditarsi come promotrice” di valori quali, ad esempio, quello dell'*Open Science*, “sta di fatto che la sua politica in materia di proprietà intellettuale è univocamente puntata al rafforzamento dei diritti di esclusiva”¹⁰⁵.

Insistere sulla costituzionalizzazione della proprietà intellettuale e sulla sua “*social function*” significa invece identificare e andare incontro ad un'esigenza di ponderazione e di bilanciamento, già nella concezione e poi nell'attuazione dei diritti di proprietà intellettuale, tra i diversi interessi in campo¹⁰⁶.

Per poter proporre una riconsiderazione della proprietà intellettuale in chiave sostenibile è imprescindibile, innanzitutto, mettere in prospettiva gli “*intellectual property rights*” rispetto ad altri diritti concorrenti e ricordare che fanno parte di un sistema giuridico più ampio¹⁰⁷.

Insomma, volendo traslare al campo dei brevetti il pensiero di Ferrara che, parlando della proprietà letteraria, affermava che la proprietà dell'idea non possa essere concepita “come un diritto isolato, come se l'uomo al quale appartenga fosse solo nel mondo”, la normativa brevettuale deve essere bilanciata con le esigenze della collettività, onde evitare che in nome della “sorte del sapiente già fatto” si soffochi il talento che si rifugia “negli ultimi strati della società” dove “muore, si divora, e si perde per difetto di mezzi”¹⁰⁸.

3.3. – Il sentimento di un necessario rinnovato approccio alla proprietà intellettuale non si è sviluppato oggi. Nel diritto d'autore, già da tempo si stanno sollevando “riflessioni critiche”, “fenomeni individuali di dissenso”, ed infine “movimenti d'opinione organizzati”, che “rivendicano l'esigenza di riorganizzare i regimi di stimolo all'innovazione”¹⁰⁹ in termini più coerenti con le istanze di accesso da parte della collettività agli artefatti e, in fin dei conti, alla conoscenza quale bene comune.

¹⁰⁴ Sulla teoria della funzione sociale della proprietà intellettuale, Ch. Geiger, “‘Constitutionalising’ Intellectual Property Law? The Influence of Fundamental Rights on Intellectual Property in Europe”, IIC 2006, 375; F. Leinemann, “Die Sozialbindung des Geistigen Eigentums”, Nomos, Baden-Baden 1998; M. Vivant, in: M. Vivant (ed.), “Les grands arrêts de la propriété intellectuelle”, Paris, Dalloz, 2004, Notice No. 1. On the social function of copyright, see E. Pahud, “Die Sozialbindung des Urheberrechts”, Stämpfli, Berne Verlag 2000; A. Rocha de Souza, “A função social dos direitos autorais: uma interpretação civil-constitucional dos limites da proteção jurídica: Brasil: 1888-2005”, Campos dos Goytacazes, Ed. Faculdade de Direito de Campos 2006; Ch. Geiger, “Droit d'auteur et droit du public à l'information, approche de droit compare”, *supra*, 27. On the social function of trademarks, see M. Vivant, “Marque et fonction sociale de la marque, Ou quand la réalité passe par le rêve?”, in: Ch. Geiger & J. Schmidt Szalewski (eds.), “Les défis du droit des marques au 21e siècle/ Challenges for Trademark Law in the 21st Century, Collection of the CEIPI, Paris, Litec, 2010, 145; Ch. Geiger, “Trade Marks and Freedom of Expression— The Proportionality of Criticism”, IIC 2007, 317; G. Dinwoodie, “Third Annual Emmanuel College International Intellectual Property Lecture: Ensuring Consumers “Get What They Want”: The Role of Trademark Law”, Cambridge Law Journal 2013 (forthcoming).

¹⁰⁵ Caso, *Pandemia e vaccini*, cit., 19.

¹⁰⁶ Geiger, *The Social Function of Intellectual Property Rights, or How Ethics can Influence the Shape and Use of IP Law*, cit., 4-5.

¹⁰⁷ Geiger, *The Social Function of Intellectual Property Rights, or How Ethics can Influence the Shape and Use of IP Law*, cit., 4.

¹⁰⁸ F. Ferrara, *Proprietà letteraria (Corso per l'a.a. 1850-1851, Lezione 15°, 11 Febbraio 1851)*, ora in R. Bocciarelli, P. Ciocca (a cura di), *Scrittori italiani di economia*, Roma-Bari, 1994, 141ss, cit. in G. Resta, *L'appropriazione dell'immateriale. Quali limiti?*, in «Dir. inf.», 2004, 23.

¹⁰⁹ Resta, *La privatizzazione della conoscenza e la promessa dei beni comuni: riflessioni sul caso “Myriad Genetics”*, cit., 291.



In ambito brevettuale, i forti dibattiti che vi sono stati, sul tema, a proposito della brevettazione dei vaccini contro il virus COVID-19¹¹⁰ – che taluno ha sostenuto dovessero essere ritenuti “*global public goods*”¹¹¹ – sono solo l’ultimo e il più evidente degli esempi di questa crisi di legittimazione che l’IP sta fronteggiando. A tal proposito, è stato osservato, “la tesi di fondo” di un’equa e rapida distribuzione su scala globale dei vaccini anti-COVID-19, “non è nuova” e si basa sull’idea che le politiche di estensione e rafforzamento della proprietà intellettuale, almeno se strumentalizzate così come fatto sinora, sono inconciliabili con le prerogative della scienza aperta¹¹².

Tra gli espedienti tecnici che potrebbero essere adoperati per ridare vigore alla normativa posta a tutela dei beni immateriali dell’IP in un’ottica sostenibile vi sono alcuni strumenti già conosciuti alla proprietà intellettuale.

In questo contesto, taluni autori¹¹³ usano distinguere tra due principali forme di intervento possibili: da un lato, quelli ascrivibili alle politiche “a valle” della proprietà intellettuale, dall’altro, i correttivi riconducibili alle politiche “a monte”.

Tra le prime vanno fatte rientrare quelle che incidono, ad esempio, (i) sull’attivazione di meccanismi di tutela della concorrenza¹¹⁴, (ii) sullo strumento delle licenze obbligatorie (le c.d. *compulsory licenses*), (iii) sulla sospensione dell’accordo TRIPS, con riferimento ai diritti di proprietà intellettuale su vaccini, farmaci e dispositivi medici, (iv) sull’istituzione di un fondo di ricerca permanente, sotto l’egida dell’OMS o di istituzioni ad essa assimilabili, finanziato da soldi pubblici¹¹⁵, nonché (v) quelle che concernono “le iniziative internazionali che invitano i detentori della tecnologia alla condivisione volontaria dei diritti di proprietà intellettuale e *know how*”¹¹⁶.

Tra le politiche a monte, invece, sono ricomprese quelle che riguardano “la definizione dei confini dei diritti di proprietà intellettuale” e, ancora più “in cima”, la distribuzione dei ruoli del settore pubblico e del settore privato e il ripensamento della funzione delle università e degli istituti di ricerca pubblici.

Seppur la letteratura in materia si sia concentrata sinora sulle politiche a valle, non c’è dubbio che “le maggiori debolezze del sistema”, ma anche i più ampi margini di manovra, “attengono a scelte riguardanti le politiche a monte”¹¹⁷.

Gli interventi ascrivibili alle politiche a valle, infatti, risultano insufficienti rispetto al proposito di ridefinire un impianto normativo complessivamente sostenibile.

¹¹⁰ Dabbicco, *IP Role in Covid Times: Compulsory Licensing, IP Waivers, and Other Initiatives*, <https://www.4ipcouncil.com/application/files/7716/6488/2774/SSRN-id4179533.pdf>.

¹¹¹ Hein, Paschke, *Access to COVID-19 Vaccines and Medicines – a Global Public Good*, in GIGA Focus, Global, 4, 2020.

¹¹² Caso, *Pandemia e vaccini.*, cit., 9.

¹¹³ Caso, *Pandemia e vaccini.*, cit.

¹¹⁴ Interessante potrebbe essere, a tal riguardo, una riflessione sul rapporto tra concessione di licenze obbligatorie e comportamenti anti-concorrenziali ai sensi dell’art. 31-bis dell’accordo TRIPS, par. 1, lett. b) e lett. f)-k), cfr. Balduzzi, *La “liberalizzazione” dei diritti di proprietà intellettuale sui vaccini. Profili costituzionali e internazionali*, cit., 270.

¹¹⁵ Balduzzi, *La “liberalizzazione” dei diritti di proprietà intellettuale sui vaccini. Profili costituzionali e internazionali*, cit., 266. Su tale proposta, si vedono, inoltre, le riflessioni di Latino, *L’emergenza sanitaria fra privative brevettuali e solidarietà (dis)attesa: in medio stat virus*, cit., 152.

¹¹⁶ Merita, invece, una menzione a parte, data la sua dimensione più squisitamente nazionale, lo strumento dell’espropriazione dei titoli di proprietà intellettuale per ragioni di pubblico interesse previsto dal legislatore italiano all’art. 141 del Codice di proprietà industriale, nonché, data la sua specifica riferibilità al contesto della pandemia da COVID-19, quello della depenalizzazione dello sfruttamento abusivo dei brevetti legati a Sars-CoV-2, per la cui analisi si rinvia a Latino, *L’emergenza sanitaria fra privative brevettuali e solidarietà (dis)attesa: in medio stat virus*, cit., 148.

¹¹⁷ Caso, *Pandemia e vaccini.*, cit., 9.



Prendendo in considerazione due di essi, le *compulsory licenses* e la sospensione dell'accordo TRIPS, non vi è dubbio che si tratti di strumenti, seppur utili a garantire un più corretto funzionamento dell'impianto regolatorio esistente, che non prescindono da esso e che, anzi, lo presuppongono, costituendo rispettivamente solo una valvola di sfogo necessaria per far fronte a situazioni specifiche ed eccezionali.

Le *compulsory licenses*, ad esempio, che si sostanziano nella pratica di consentire a terzi l'utilizzo di invenzioni brevettate senza l'autorizzazione del titolare della privativa¹¹⁸, sono spesso state immaginate per ridurre il prezzo, nei confronti dei Paesi in via di sviluppo, di farmaci che curano malattie come l'AIDS¹¹⁹, la malaria e la tubercolosi¹²⁰.

Esse sono disciplinate, a livello internazionale, dall'art. 31 dei TRIPS, che tuttavia non parla espressamente di licenze obbligatorie, quanto di “*Other Use Without Authorization of the Right Holder*”, e dall'art. 31-*bis* dei TRIPS che, introdotto nel 2005, stabilisce, tra l'altro, una deroga all'obbligo dell'uso prevalentemente territoriale del farmaco prodotto in forza della licenza obbligatoria, che dà la possibilità di esportare tale farmaco a Paesi terzi che non avrebbero le capacità industriali e tecnologiche per produrlo¹²¹. A livello euro-unitario val la pena, invece, citare il Regolamento (CE) n. 816/2006, concernente la concessione di licenze obbligatorie per brevetti relativi alla fabbricazione di prodotti farmaceutici destinati all'esportazione verso paesi con problemi di salute pubblica, di attuazione dell'art. 31-*bis*. Infine, a livello nazionale, è degno di nota l'intervento del legislatore italiano che ha introdotto nel nostro Codice di proprietà industriale, con l. n. 108/2021, un'ipotesi speciale di licenza obbligatoria riservata al settore farmaceutico, finalizzata a fronteggiare una situazione di emergenza sanitaria nazionale¹²².

Le *compulsory licenses* sono immaginate come strumento per promuovere il trasferimento di tecnologia nei Paesi a cui viene concesso l'utilizzo dell'invenzione brevettata, nonché lo sviluppo delle loro capacità industriali¹²³.

Non vi è dubbio che il loro principale obiettivo è di far fronte a situazioni emergenziali, come i casi di disastri naturali o le ipotesi in cui il titolare del brevetto non fornisca quantità sufficienti del farmaco protetto¹²⁴.

Esse, dunque, sono di certo cruciali nel perseguimento di pubblici interessi, come quello alla salute, così come anche specificato nella *Dichiarazione ministeriale di Doha sull'accordo TRIPS e la salute pubblica* (Dichiarazione di Doha) del 2001, secondo cui le stesse sono considerate strumenti atti ad aumentare la disponibilità di prodotti farmaceutici brevettati, soprattutto in situazioni di estrema urgenza¹²⁵.

¹¹⁸ Chien, *Cheap Drugs At What Price To Innovation: Does The Compulsory Licensing Of Pharmaceuticals Hurt Innovation?*, in *Berkeley Technology Law Journal*, Vol. 18, No. 3 (Summer 2003), pp. 853-907 (55 pages).

¹¹⁹ Chien, *Cheap Drugs At What Price To Innovation*, cit.

¹²⁰ Caso, *Pandemia e vaccini*, cit., 16.

¹²¹ L'art. 31-*bis* delinea, infatti, un “sistema speciale di licenze obbligatorie” che è stato definito “doppiamente derogatorio” rispetto a quello ordinario, dal momento che prevede deroghe ai limiti che l'art. 31 dell'accordo TRIPS stabilisce per le eccezioni ai diritti di esclusiva derivanti dal brevetto (cfr. Balduzzi, *La “liberalizzazione” dei diritti di proprietà intellettuale sui vaccini. Profili costituzionali e internazionali*, cit., 272).

¹²² Sul punto, si vedano le riflessioni di Balduzzi, *La “liberalizzazione” dei diritti di proprietà intellettuale sui vaccini. Profili costituzionali e internazionali*, cit., 277 ss.

¹²³ Halewood, *Regulating Patent Holders: Local Working Requirements and Compulsory Licences at International Law*, in *Osgoode Hall Law Journal*, 35, 2, 1997, 248; UNCTAD/ICTSD, *Resource Book on TRIPS and Development*, 2005, 487.

¹²⁴ Bonadio, Enrico, *Compulsory Licensing of Patents: The Bayer/Natco Case* (2012). (2012) *European Intellectual Property Review* (Issue 10), pp. 719-728, Available at SSRN: <https://ssrn.com/abstract=2157477>, 727.

¹²⁵ “*Useful to increase the availability of patented pharmaceutical products, especially in situations of extreme urgency*” (Chien, *Cheap Drugs At What Price To Innovation*, cit.)



A proposito delle licenze obbligatorie, infatti, la Dichiarazione di Doha ha esplicitamente stabilito che ciascun paese membro del WTO ha la libertà di determinare i presupposti per la loro concessione al fine di garantire la tutela della salute, specialmente di talune malattie considerate particolarmente critiche.

Tuttavia, non vi è accordo nell'intera comunità scientifica sul fatto che esse siano davvero efficaci nell'ottica di una più equa distribuzione dei farmaci¹²⁶. Le principali obiezioni in tal senso riguardano la loro "inutilità" e, anzi, il rischio di danno che potrebbero determinare alla ricerca.

Secondo tali critiche, le *compulsory licenses* sarebbero inutili dal momento che per produrre un farmaco non è sufficiente accedere alla descrizione brevettuale, occorre accedere al *know how*¹²⁷, ossia al regime di segreti non ricompreso nel brevetto, "volto a tutelare il patrimonio di conoscenze e pratiche derivanti da esperienze e prove"¹²⁸. Se ciò non viene fatto, il destinatario della licenza obbligatoria non può di fatto avvantaggiarsi dell'utilizzo dell'invenzione brevettata. A ciò si aggiunga che, spesso, un prodotto farmaceutico è costituito da una molteplicità di "componenti sviluppate in tutto il mondo lungo una *supply chain* che ricollega i rispettivi diritti di proprietà intellettuale a una eterogeneità di Paesi"¹²⁹, con la conseguenza che riconoscere tante licenze obbligatorie quante siano le componenti di tale prodotto è pressoché impossibile.

Esse sarebbero inoltre dannose, non solo perché pregiudizievoli degli interessi dei titolari costretti a concedere l'utilizzo del proprio farmaco, ma anche perché disincentiverebbero gli investimenti in ricerca e sviluppo. È ciò che sarebbe successo, ad esempio, in Canada, dove, è stato sostenuto, a causa della legislazione permissiva sulle *compulsory licenses* diverse aziende farmaceutiche impegnate nella ricerca hanno cessato la loro attività, mentre le industrie specializzate nella produzione di farmaci generici avrebbero subito una forte espansione¹³⁰.

Entrambe queste obiezioni, non solo sono state da taluni puntualmente smentite¹³¹, ma, ciò che è più interessante, si "annullano" a vicenda. L'argomento dell'inutilità delle *compulsory licenses* (di cui alla prima argomentazione), infatti, si contraddice con quello degli incentivi (di cui alla seconda argomentazione): se ciò che vuole essere garantito sono gli stimoli alla ricerca, allora una limitazione del brevetto nella forma della licenza obbligatoria, se e in quanto inutile a rivelare il vero funzionamento dell'invenzione-farmaco, non intaccherebbe in alcun modo tale incentivo, perché il titolare del brevetto sarebbe comunque di fatto l'unico a poterne usufruire. In altre parole, "se la limitazione del brevetto non serve a garantire indipendenza di produzione, allora giocoforza non intacca gli incentivi"¹³².

Tuttavia, una terza obiezione merita maggiormente attenzione nell'ottica di tale lavoro: il fatto che le stesse, pur utili al trasferimento di tecnologie in Paesi diversi da quelli di produzione, di base restino un mec-

¹²⁶ Cfr. a titolo esemplificativo quanto sostenuto da Latino, *L'emergenza sanitaria fra privative brevettuali e solidarietà (dis)attesa*: in medio stat virus, cit., 144 ss., nonché da Balduzzi, *La "liberalizzazione" dei diritti di proprietà intellettuale sui vaccini. Profili costituzionali e internazionali*, cit.

¹²⁷ Così Caso, *Pandemia e vaccini.*, cit., che tuttavia smentisce tale argomentazione. A tal proposito, Di Cataldo, ha affermato che "Per invenzioni così sofisticate come gran parte dei farmaci di oggi, l'istituto della licenza obbligatoria sul brevetto (che rimane, direi, lo strumento elettivo in vista di un incremento forte e distribuito della produzione del nuovo farmaco; del vaccino, nel caso del COVID-19) dovrebbe essere accompagnato da una licenza obbligatoria sul relativo know-how. La pura descrizione brevettuale, infatti, non basta a far sì che il licenziatario produca bene il nuovo farmaco, se a lui non si trasmettono anche le informazioni necessarie alla produzione, ma estranee al brevetto" (Di Cataldo, *Proprietà intellettuale ed evoluzione del mondo*, in *Il Diritto Industriale*, n. 2, 2022, 191).

¹²⁸ Latino, *L'emergenza sanitaria fra privative brevettuali e solidarietà (dis)attesa*: in medio stat virus, cit., 145.

¹²⁹ Latino, *L'emergenza sanitaria fra privative brevettuali e solidarietà (dis)attesa*: in medio stat virus, cit., 145.

¹³⁰ Pires de Carvalho, *The TRIPS Regime of Patent Rights*, 2002, 231.

¹³¹ Si veda disamina di Caso, *Pandemia e vaccini.*, cit., 10 e ss.

¹³² Caso, *Pandemia e vaccini.*, cit.



canismo eccezionale – peraltro, secondo alcuni, destinato ad avvantaggiare maggiormente “non tanto i paesi in via di sviluppo ma giganti come la Cina e l’India che hanno capacità produttiva, ma non hanno la tecnologia occidentale, soprattutto quella americana”¹³³.

Esse sono infatti statuite per far fronte a una situazione ben determinata (l’art. 31 dei TRIPS prevede espressamente, tra le altre condizioni, che “l’autorizzazione all’uso è concessa sulla base di casi specifici”) e limitata nel tempo ed è comunque difficile imporle¹³⁴: il processo è molto complicato e controverso e richiede il rispetto di una serie di requisiti molto stringenti¹³⁵.

Tale considerazione dà evidenza di come simili strumenti non possano nel complesso ritenersi sufficienti, da soli, ad avviare quel ripensamento della proprietà intellettuale in chiave sostenibile che si ritiene necessario.

Stesse valutazioni possono essere effettuate rispetto alle riflessioni circa la sospensione dei TRIPS, che costituiscono un’ulteriore tipologia di intervento delle politiche correttive “a valle” della proprietà intellettuale.

Si tratta di ciò a cui nel contesto internazionale ci si riferisce con il termine “*waiver*”, ovvero l’espedito tecnico previsto dall’art. IX, paragrafo 3, dell’accordo di Marrakesh, secondo cui in circostanze eccezionali “*the Ministerial Conference may decide to waive an obligation imposed on a Member by this Agreement or any of the Multilateral Trade Agreements*”.

La disposizione, insieme a quella contenuta nel paragrafo 4 del medesimo articolo¹³⁶, è tornata di recente al centro di un grande dibattito¹³⁷, quando, nel contesto della crisi pandemica, il 2 ottobre 2020, India e Sud Africa hanno richiesto al Consiglio dei TRIPS di raccomandare al Consiglio Generale della WTO la sospensione dell’attuazione, dell’applicazione e della tutela di una parte dell’accordo TRIPS¹³⁸ per far fronte alla prevenzione, al contenimento e al trattamento terapeutico del COVID-19.

Anche rispetto a tale strumento – come per le *compulsory licenses* – è del tutto evidente il carattere meramente derogatorio rispetto al complessivo quadro di tutela delle privative sui farmaci.

Tra le politiche “a monte” della proprietà intellettuale che, invece, come si diceva, offrono un maggiore margine di intervento per una sua riconsiderazione complessiva, val la pena richiamare la necessità (i) da un lato, di intervenire sulla ridefinizione dell’oggetto della normativa; (ii) dall’altro, di promuovere maggiormente la ricerca pubblica, nonché il ruolo che gli incentivi non privati all’innovazione hanno rispetto ad essa¹³⁹.

Sotto il profilo della ridefinizione del campo applicativo della proprietà intellettuale, essa potrebbe passare, ad esempio, attraverso una reinterpretazione (nuovamente) restrittiva dell’oggetto del brevetto, una dimi-

¹³³ Caso, *Pandemia e vaccini.*, cit.

¹³⁴ Garattini, *Brevettare la salute*, cit., 60.

¹³⁵ Cfr., a tal proposito, l’elenco di cui all’art. 31 TRIPS.

¹³⁶ Il paragrafo 4 del medesimo articolo specifica, poi, che tali circostanze eccezionali che giustificano la sospensione debbano essere, così come i loro termini e condizioni e il termine di durata, indicate in fase di adozione da parte del *Ministerial Conference*.

¹³⁷ “Molti paesi hanno appoggiato la richiesta di India e Sud Africa, ma per mesi il blocco occidentale – con gli USA, il Regno Unito e l’UE in testa – si è opposto alla sospensione, nonostante un vastissimo movimento di opinione pubblica, alimentato da numerose iniziative (...) e prese di posizione pubblica”, Caso, *Pandemia e vaccini.*, cit.

¹³⁸ In particolare delle Sezioni 1 (copyright and related rights; diritti d’autore e connessi), 4 (industrial designs; disegni industriali), 5 (patents; brevetti per invenzione) e 7 (protection of undisclosed information; segreti commerciali) della Parte II dell’accordo TRIPS.

¹³⁹ Sul punto, cfr. BERNES, *La protezione dei dati personali nell’attività di ricerca scientifica*, in *Le Nuove Leggi Civili Commentate*, vol. 1, 175-205 (ISSN 0391-3740).



nuzione dei relativi tempi di protezione¹⁴⁰ e un miglioramento del sistema delle eccezioni (*rectius*, limitazioni) ritagliato sulle istanze di categorie specifiche di individui che patiscono particolarmente la distorsione della *pseudo-IP*.

A questo proposito va detto che l'opzione di introdurre nuovi confini applicativi della IP per via legislativa è sicuramente la strada più desiderabile in un'ottica di lungo periodo¹⁴¹: affinché l'obiettivo di dare forma ad una proprietà intellettuale più inclusiva e sostenibile sia efficacemente raggiunto, infatti, sarebbe indispensabile riformare trattati internazionali e leggi nazionali¹⁴².

Tuttavia, essa soffre di obiettive limitazioni, essendo l'odierno mercato della salute strutturato sulle spalle di case farmaceutiche multinazionali e l'attuale assetto istituzionale caratterizzato da una forte decentralizzazione del sistema delle fonti¹⁴³: la commistione di tali due fenomeni rende imprescindibile, se non altro, domandarsi quale sarebbe l'autorità che dovrebbe essere preposta ad avviare un'iniziativa parlamentare sul punto. Sarebbe necessario, infatti, un intervento del legislatore internazionale, ma, come dimostrato dal fallimento della proposta avanzata nel 2016 dal Panel di esperti istituito dal Segretario generale delle Nazioni Unite, avente ad oggetto lo studio e l'attuazione di "un altro modello per finanziare la ricerca e lo sviluppo dei farmaci attraverso una nuova convenzione internazionale, facendo propria di fatto la proposta avanzata dall'OMS già nel 2012"¹⁴⁴, è difficile immaginare nel prossimo futuro un coordinamento su scala globale.

Inoltre, anche volendosi limitare ad un piano di mera *policy*, va detto che l'attuale assetto operante a livello mondiale pare fondarsi su una diversa volontà politica.

E, di fatti, scarsa sembra l'attitudine delle istituzioni nazionali e internazionali a tradurre in regole operative le enunciazioni di principio a salvaguardia del diritto alla scienza aperta, alla salute e alla vita che pure vengono affermate nei testi di legge e di *soft law*.

Nel nulla, ad esempio, sono cadute le iniziative multilaterali (legislative¹⁴⁵ e non¹⁴⁶) fioccate durante il periodo culminante dell'emergenza sanitaria dettata dalla gestione della pandemia da COVID-19.

¹⁴⁰ Cfr. le riflessioni di Garatti in tal senso, 94.

¹⁴¹ Nonché quella più rispettosa sia "[del]la (tradizionale) teoria delle fonti, che [del]la metodologia positivista e logico-formale dell'interpretazione della legge": la definizione della "funzione sociale" della proprietà intellettuale operata direttamente dal giudice potrebbe atteggiarsi a usurpazione del potere legislativo e della prerogativa del parlamento di operare la ponderazione di interessi, in sistemi come quello italiano in cui la stessa è posta quale limite alla libertà di iniziativa economica (art. 41 Cost.) e alla proprietà privata (art. 42 Cost.), i cui confini applicativi devono essere definiti dal legislatore. Così, CAMARDI, *Brevi riflessioni sull'argomentazione per principi nel diritto privato*, cit., 2, secondo cui "fra le norme costituzionali che potenzialmente potrebbero essere richiamate in applicazione diretta, certamente alcune sono del tutto insuscettibili di costituire la premessa maggiore di un sillogismo giudiziario senza la previa determinazione della fattispecie applicativa. Ciò va detto, ad esempio e a scanso di equivoci, a proposito degli artt. 41 e 42 concernenti la regolazione dell'iniziativa economica e la funzione sociale della proprietà, ove espressamente il legislatore è richiamato come soggetto responsabile della realizzazione dell'utilità e della funzione sociale dell'una e dell'altra, e rispetto ai quali perciò l'applicazione da parte del giudice ordinario in una controversia nella quale l'attore invochi l'una o l'altra norma per sindacare un certo esercizio dell'iniziativa economica o un certo uso dei beni da parte dei proprietari davvero si atteggierebbe come usurpazione del potere legislativo e della prerogativa del parlamento di operare la ponderazione di interessi; e prima ancora come arbitraria posizione di una fattispecie i cui termini inverò le due norme non mettono in grado di reperire".

¹⁴² CASO, *Pandemia e vaccini*, cit.

¹⁴³ RESTA, *La privatizzazione della conoscenza e la promessa dei beni comuni: riflessioni sul caso "Myriad Genetics"*, cit., 286.

¹⁴⁴ Latino, *L'emergenza sanitaria fra privative brevettuali e solidarietà (dis)attesa: in medio stat virus*, cit., 152.

¹⁴⁵ È significativo in tal senso il tentativo di adozione di un trattato internazionale antipandemico, il cui iter legislativo pare a tutt'oggi ancora immobile, cfr. <https://www.consilium.europa.eu/it/policies/coronavirus/pandemic-treaty/>.

¹⁴⁶ Si pensi al *Global Vaccine Action Plan 2030*, nonché agli strumenti di collaborazione vaccinale attivati in tale contesto quali, ad esempio, il programma Covax del 2020 e l'*Access to COVID-19 Tools Accelerator (ACT)*; o, ancora, alla proposta della Commissione Monti di creare un Consiglio per la salute globale (*Pan-European Commission on Health and Sustainable Development – 2021*).



L'ultima riprova in tal senso si rinviene, a livello euro-unitario, nell' "Action Plan sui diritti di proprietà intellettuale di supporto alla strategia di ripresa e resilienza del 25 novembre 2020"¹⁴⁷ e a livello nazionale italiano, nelle "Linee di intervento strategiche sulla proprietà industriale per il triennio 2021-2023" del Ministero dello Sviluppo Economico (oggi Ministero delle Imprese e del Made in Italy).

In questo contesto, la necessità di proporre il nuovo abbecedario di una proprietà intellettuale sostenibile non può che passare, allora, quantomeno nel breve periodo, da una riesplorazione del ruolo ermeneutico della dottrina e della giurisprudenza.

A livello dottrinale, già tante sono le riflessioni in tal senso: molti sono gli autori che stanno via via spingendo, sia nel campo dei brevetti¹⁴⁸ che del diritto d'autore¹⁴⁹, per una interpretazione in chiave più flessibile delle disposizioni normative in materia di IP contenute nel *TRIPS agreement*¹⁵⁰ e, più specificatamente, del sistema delle eccezioni e limitazioni.

Sempre più piede sta prendendo, infatti, e non a caso, il concetto di *TRIPS flexibilities*, con cui ci si riferisce al "*policy space available for the implementation of the TRIPS Agreement*"¹⁵¹ che fino a non molto tempo fa era identificato con concetti come "*room to maneuver*," "*margins of freedom*," "*safeguards*," e "*margin of discretion*"¹⁵². Tale locuzione include non solo le diverse deroghe previste per i Paesi meno sviluppati, ma anche le possibili declinazioni dei modi con cui tutte le disposizioni dell'Accordo TRIPS possono essere interpretate e attuate nei Paesi che ne sono vincolati¹⁵³.

Le *TRIPS flexibilities* si sostanzerebbero, dunque, in margini di manovra di cui gli interpreti nazionali possono avvalersi per ridare respiro alla normativa IP in un senso più conforme a considerazioni di sostenibilità.

Si tratta di un passo che si muove probabilmente nella giusta direzione.

È chiaro, però, che una reinterpretazione in tal senso dell'impianto normativo, per via dottrinale e giurisprudenziale, soprattutto se rivolta alla disciplina della proprietà intellettuale nel suo complesso non è facile. Essa presuppone che vi sia innanzitutto una crescente presa di consapevolezza – anche nella percezione comune – che un nuovo modo di concepire tale normativa è prima di tutto possibile e, in secondo luogo, auspicabile.

¹⁴⁷ Caso, *Pandemia e vaccini*, cit., p. 19.

¹⁴⁸ Correa, C.M. (2022). *Interpreting the Flexibilities Under the TRIPS Agreement*. In: Correa, C.M., Hilty, R.M. (eds) *Access to Medicines and Vaccines*. Springer, Cham. https://doi.org/10.1007/978-3-030-83114-1_1.

¹⁴⁹ Geiger, C., Griffiths, J., Senftleben, M. et al. *Limitations and Exceptions as Key Elements of the Legal Framework for Copyright in the European Union – Opinion of the European Copyright Society on the Judgment of the CJEU in Case C-201/13 Deckmyn*. IIC 46, 93-101 (2015). <https://doi.org/10.1007/s40319-015-0297-0>.

¹⁵⁰ Proprio alle *flexibilities* di cui all'accordo TRIPS ha fatto riferimento anche un'autorevole voce della dottrina italiana in occasione del dibattito che si è sviluppato sul punto nell'ambito della pandemia da COVID-19: "prima di pensare a nuove regole transnazionali, (...) si dovrebbero esplorare adeguatamente le possibilità offerte dalle già esistenti *flexibilities* dell'Accordo TRIPS, che prevede licenze obbligatorie capaci, secondo molti, di rispondere adeguatamente all'emergenza COVID", cfr. Di Cataldo, *Proprietà intellettuale ed evoluzione del mondo*, cit.

¹⁵¹ A tal proposito, la WIPO avrebbe specificato che il termine "*flexibilities*" ricomprende "*different options through which TRIPS obligations can be transposed into national law so that national interests are accommodated and yet TRIPS provisions and principles are complied with*" (cfr. WIPO (2010) *Patent related flexibilities in the multilateral legal framework and their legislative implementation at the national and regional levels*, p. 11. Available from https://www.wipo.int/meetings/en/doc_details.jsp?doc_id/4142068).

¹⁵² Correa, *Interpreting the Flexibilities Under the TRIPS Agreement*, cit. 3.

¹⁵³ In particolare, non solo "*the exemption for LDCs [least-developed countries]*" ma anche "*possible variations in the manner in which the TRIPS Agreement's provisions are interpreted and implemented as they are applied to countries actually subject to them*". Sul punto cfr. Correa, *Interpreting the Flexibilities Under the TRIPS Agreement*, cit., 4, secondo cui l'espressione "TRIPS flexibilities", e non a caso, è stata utilizzata per la prima volta in linea con questo significato nella Dichiarazione di Doha.



Lo stesso può dirsi per il secondo profilo delle politiche a monte che, ugualmente, richiederebbe un cambiamento culturale prima ancora che giuridico.

Nell'ambito di tale secondo profilo, potrebbe essere necessario ridare, ad esempio, importanza alla ricerca quale strumento di produzione della conoscenza pura, che prescindendo dalle logiche speculative e del mercato¹⁵⁴.

È in quest'ottica che deve essere letto l'auspicio che “gli obiettivi di ricerca scientifica [siano] distinti dai fini industriali o commerciali”¹⁵⁵: la ricerca dovrebbe essere il motore alla base di cure innovative, e questo anche nei settori che non sono economicamente remunerativi e nei confronti di categorie di persone che sono generalmente invisibili allo standard di riferimento degli studi scientifici. Non solo, la ricerca dovrebbe garantire un accesso alle cure non discriminatorio.

In tale contesto, dovrebbe diventare centrale l'obiettivo di rilanciare il ruolo delle università e del settore pubblico per far fronte al fenomeno della privatizzazione del sapere scientifico, alla luce del quale la nuova conoscenza generata dalla ricerca pubblica e dalle università produce profitti privati e non garantisce un'equa distribuzione delle risorse economiche¹⁵⁶.

I benefici generati alla collettività dalle università, dai centri di ricerca e dalle altre infrastrutture pubbliche sono d'altronde ampiamente riconosciuti dalla letteratura e si declinano se non altro in termini di: i) impatto scientifico delle pubblicazioni; ii) impatto sulla formazione di studenti e giovani ricercatori; iii) impatto sulla innovazione delle aziende; iv) impatto sul mercato e sull'economia, tramite l'acquisizione di nuovi clienti e l'ingresso in nuovi mercati e v) impatto socio-culturale per la società¹⁵⁷.

Dal punto di vista delle politiche concrete che potrebbero essere intraprese, alcune strategie istituzionali, diverse da quelle della costituzione di diritti di monopolio, potrebbero essere rivolte alla proposizione di premi e sussidi¹⁵⁸ e, più in generale, all'incrementazione degli investimenti pubblici in ricerca.

I fondi pubblici, ad oggi investiti in misura preponderante per coprire i costi sostenuti dal SSN¹⁵⁹, potrebbero essere invece stanziati per finanziare un numero sempre maggiore di progetti delle università e degli istituti di ricerca pubblici.

Tutto ciò potrebbe contribuire ad alleggerire il carico sostenuto dai sistemi sanitari nazionali a fronte di un numero sempre crescente della popolazione che usufruisce dei suoi servizi.

Perché non bisogna dimenticare del punto di partenza da cui tale riflessione ha avuto origine: se anche, nell'era della *ageing society*, i problemi del sovraccarico dei SSN, di una ricerca non inclusiva e della conseguente compressione dell'accesso alle cure riguardino l'intera popolazione, se non adeguatamente affrontati, a subirne gli effetti sono soprattutto le categorie della società a ciò maggiormente esposte, per età, genere e condizioni economiche.

¹⁵⁴ Resta, *La privatizzazione della conoscenza e la promessa dei beni comuni: riflessioni sul caso “Myriad Genetics”*, cit., p. 286.

¹⁵⁵ Contu, *Il ruolo del brevetto biotecnologico tra valorizzazione della ricerca scientifica e logiche economico-commerciali*, cit.

¹⁵⁶ Cfr. la recensione al volume Florio, M. (2022) *La privatizzazione della conoscenza. Tre proposte contro i nuovi oligopoli*, Roma-Bari, Editori Laterza, collana Tempi Nuovi, pp. 256., a cura di Dal Molin, *La privatizzazione della conoscenza. Tre proposte contro i nuovi oligopoli*, L'industria (ISSN 0019-7416) Fascicolo 4, ottobre-dicembre 2022.

¹⁵⁷ Dal Molin, *La privatizzazione della conoscenza. Tre proposte contro i nuovi oligopoli*, cit.

¹⁵⁸ Resta, *La privatizzazione della conoscenza e la promessa dei beni comuni: riflessioni sul caso “Myriad Genetics”*, cit., p. 286.

¹⁵⁹ Garattini, *Brevettare la salute*, cit., 72 e 100.



4. – 4.1. – Se volessimo descriverla con le parole della sociologa Brené Brown, usate in un TedX tenutosi a Houston nel 2010, la vulnerabilità è la condizione di chi si appresta a “far qualcosa per cui non ci sono garanzie, attendere la telefonata del medico dopo una mammografia, investire in una relazione che può o non può funzionare”¹⁶⁰.

Derivato del latino *vulnerabilis* (ove “*vulnerare*” significa «ferire»), il termine vulnerabilità indica la condizione di chi può essere ferito, l’esposizione dunque di un determinato soggetto a un potenziale pericolo o a una situazione a sé sfavorevole.

Ci si chiede da tempo se ciò che l’opinione comune¹⁶¹ “non esita ad individuare” complessivamente come “anziani” possa assurgere a categoria giuridica autonoma caratterizzata dal riconoscimento, in capo ai soggetti che vi fanno parte, di tratti più o meno comuni di vulnerabilità.

Il quesito si pone in parallelo con la crescente presa di coscienza che è in atto una “rivoluzione silenziosa”¹⁶² che vede come inarrestabile l’invecchiamento della popolazione mondiale e si estrinseca in questi termini: esiste, per il diritto, o sarebbe opportuno teorizzare, un concetto di “anziani” quale categoria giuridica di individui “accomunati dal progressivo decadimento delle forze fisiche e mentali che accompagna l’invecchiamento”¹⁶³, cui attribuire un particolare *status* giuridico derogatorio rispetto al diritto comune in ragione proprio della loro condizione di vulnerabilità?

Il diritto civile (italiano, ma non solo) stenta a farsi carico di una simile teorizzazione¹⁶⁴.

Le ragioni sono molteplici: dalla “difficoltà di individuare caratteristiche comuni e costanti dipendenti dall’età che possano giustificare l’individuazione di una categoria anagrafica”¹⁶⁵, analoga a quella dei soggetti minori di età”¹⁶⁶, alla considerazione che immaginare una categoria di individui anziani possa essere stigmatizzante e foriero di discriminazioni, inaccettabili in un sistema come quello tradizionale, in cui il soggetto giuridico è e dovrebbe essere, nella fisiologia dei suoi rapporti con altri e rispetto alla legge, “sempre uguale a se stesso”¹⁶⁷ e non declinato differentemente a seconda delle sue peculiari condizioni socio-economiche o anagrafiche.

È sufficiente, tuttavia, allontanare lo sguardo dalla prospettiva prettamente civilistica e volgerlo alla legislazione lavoristica e socioassistenziale per rendersi subito conto che la categoria degli anziani esiste eccome

¹⁶⁰“*The willingness to do something where there are no guarantees, the willingness to breath through waiting for the doctor to call after your mammogram, the willingness to invest in a relationship that may or may not work out*” (https://www.ted.com/talks/brene_brown_the_power_of_vulnerability).

¹⁶¹ Irti, *La rilevanza giuridica della persona anziana*, cit.

¹⁶² Fu la suggestiva definizione del crescente invecchiamento della popolazione mondiale, utilizzata da Kofi Annan, Premio Nobel per la Pace e già Segretario Generale delle Nazioni Unite (ONU) nel 2002.

¹⁶³ Irti, *La rilevanza giuridica della persona anziana*, cit.

¹⁶⁴ Per una panoramica di tali temi, con uno sguardo comparatistico, cfr. Cascione, *Il lato grigio del diritto*, Giappichelli, 2022, secondo cui nonostante gli anziani rappresentino un segmento considerevole della popolazione, in rapidissima crescita, la senilità appare ancora relegata in una “zona grigia” del diritto, che richiede un ripensamento e specifici interventi normativi.

¹⁶⁵ Dal punto di vista degli studi antropologici la soglia di ingresso nella c.d. terza età tende progressivamente a spostarsi verso avanti. In occasione del 63° Congresso Nazionale della Società Italiana di Gerontologia e Geriatria (SIGG) del novembre 2018, è stata data una nuova definizione dinamica di anzianità (soglia da 65 a 75 anni), più confacente alle attuali *performance* fisiche e mentali, alla situazione demografica della popolazione italiana e, in generale, alle condizioni psicofisiche dei soggetti appartenenti a Paesi ad alto reddito. Per l’allungamento medio della speranza di vita alla nascita (in Italia 85 anni per le donne e 82 per gli uomini) è stata creata una nuova categoria di anzianità, dividendo le persone con più di 65 anni tra chi appartiene alla terza età (condizionata da buone condizioni di salute, inserimento sociale e disponibilità di risorse) e alla quarta età (caratterizzata da dipendenza da altri e decadimento fisico).

¹⁶⁶ Irti, *La rilevanza giuridica della persona anziana*, cit.

¹⁶⁷ Irti, *La rilevanza giuridica della persona anziana*, cit.



anche per il diritto, seppur, in linea di massima, limitatamente alla individuazione di “un’età pensionabile” e alla previsione di disposizioni *ad hoc* cui la produzione legislativa ha dato vita soprattutto dopo la pandemia da COVID-19¹⁶⁸.

La sensazione è che, se declinata rispetto agli anziani, la vulnerabilità sia considerata come potenzialmente stigmatizzante e foriera di discriminazioni in quanto ritenuta coincidente con il concetto di fragilità (quale “attitudine a rompersi facilmente”¹⁶⁹), laddove essa prescinde, invece, da ogni valutazione di debolezza in concreto di un dato individuo.

Se di vulnerabilità, dunque, si accetta la definizione appena fornita di esposizione a una condizione sfavorevole (che sia di pericolo effettivo o meno), non si può che riconoscere agli stessi la qualifica di soggetti vulnerabili.

Infatti, come si è visto, proprio prendendo in considerazione l’ambito sanitario, ecco che alcuni ordini di problemi, seppur non esclusivi di tale ‘categoria’ (se di ciò può parlarsi), riverberano con particolare fulgore quando rapportati agli individui di età avanzata.

Di conseguenza, quello che è stato sinora un punto cardine attorno al quale l’universalità della regola giuridica si è costruita, come garanzia del ‘mantra’ della “la legge è uguale per tutti”, rischia di nascondere e legittimare esso stesso discriminazioni indirette nei confronti di alcune minoranze “invisibili” al diritto civile, come gli anziani.

Individuare l’essenza del concetto di “vulnerabilità” nell’attitudine ad essere esposti maggiormente ad una situazione di svantaggio può costituire, allora, in questo contesto, un espediente per veicolare per gli individui di età più avanzata la definizione di uno *status* giuridico¹⁷⁰, che faccia fronte a quella condizione sfavorevole che gli stessi fronteggiano in relazione ad alcuni aspetti della loro esistenza, come appunto quello di accesso alle cure.

Come è stato notato, “l’individuare un gruppo, una categoria di soggetti vulnerabili è funzionale al riconoscimento di diritti, all’attribuzione di obblighi, all’implementazione di specifiche procedure e forme di tutela; allo stesso modo l’individuare un limite di età superato il quale queste previsioni possano trovare diretta applicazione è utile in termini di effettività delle stesse”¹⁷¹.

Lungi dall’essere stigmatizzante e motivo di discriminazione, dunque, riconoscere giuridicamente la categoria degli anziani anche in ambito sanitario potrebbe essere utile, per “selezionare coloro ai (e per i) quali attribuire risorse, garantire diritti, predisporre forme rafforzate e specifiche di tutela”¹⁷².

¹⁶⁸ Oltre a questo, va notato un’ulteriore tendenza generale del diritto, secondo cui “a fronte della rilevanza che la cultura giuridica riconosce alle Carte dei diritti, e ai profili di “persone” che esse costruiscono con riferimento talvolta indiretto ad elementi differenziali tendenzialmente oggettivi [come, ad esempio, l’età], la legislazione ordinaria non manca di prospettare una serie di altre figure di persone”, che si differenziano dal soggetto neutro di diritto “ritenute meritevoli di attenzione normativa in quanto tali o più spesso per talune preferenze o orientamenti soggettivi, o ancora in quanto alle prese con talune circostanze della vita decisive” (cfr. sul punto, Camardi, *Pluralismo e statuti giuridici delle persone*, in *Jus Civile*, 1, 2023).

¹⁶⁹ Cfr. voce “fragilità”, in *Dizionario Treccani*, [https://www.treccani.it/vocabolario/fragilita_%28Sinonimi-e-Contrari%29/#:~:text=fragilit%C3%A0%20s.%20f.%20%25Bdal%20lat.,delicatezza%2C%20\(non%20com.\)](https://www.treccani.it/vocabolario/fragilita_%28Sinonimi-e-Contrari%29/#:~:text=fragilit%C3%A0%20s.%20f.%20%25Bdal%20lat.,delicatezza%2C%20(non%20com.))

¹⁷⁰ Ciò è ancor più vero se si conviene che “la parola «vulnerabilità» tende ad assumere, nell’odierno dibattito etico e giuridico, un significato valutativo”. Infatti, “l’affermazione che un certo individuo è «vulnerabile» non informa (...) del semplice fatto che egli si trova in una certa situazione (...), ma suggerisce anche che sarebbe bene porre rimedio a questa situazione, garantendo a quell’individuo una particolare protezione, o eliminando una discriminazione cui è soggetto, o riducendo uno svantaggio di cui soffre, ecc.”: non riconoscere una vulnerabilità ad un individuo “significa anche non rilevare, forse colpevolmente, che in [una data] situazione vi è qualcosa di (almeno *prima facie*) ingiusto”, così E. DICHIOTTI, *La percezione e i problemi della vulnerabilità*, in *Etica & Politica*, XXII, 2020, 1, 239 ss., 245, richiamato da Irti, *La rilevanza giuridica della persona anziana*, cit.

¹⁷¹ Irti, *La rilevanza giuridica della persona anziana*, cit.

¹⁷² Irti, *La rilevanza giuridica della persona anziana*, cit.



In un contesto storico-giuridico che ha visto il diritto civile passare, prima, da una mera¹⁷³ prospettiva di tutela del soggetto neutro, poi, ad un progressivo riconoscimento della centralità della persona umana (al singolare), ed, infine, a quello di protezione di tutte le persone (plurale) nella loro dimensione propriamente esistenziale e nelle loro diverse declinazioni economico-sociali, l'idea di configurare in capo agli anziani una categoria giuridica a sé stante risponde, infatti, a quel, più generale, desiderio di enucleare i diritti, poteri e limiti da riconoscer loro, considerando gli stessi “come fattispecie tipiche piuttosto che come declinazioni non tassative dei principi che nel moderno costituzionalismo sono rivolti alla persona”¹⁷⁴.

4.2. – Il quesito che, a questo punto dell'analisi si delinea come inevitabile, è se la “categoria” degli anziani possa essere resa giuridicamente “visibile” – o se sarebbe opportuno che lo fosse – anche alla proprietà intellettuale.

Immaginare un sistema di proprietà intellettuale “inclusivo” delle istanze di gruppi in genere invisibili al diritto (civile) significa superare anche in questo campo la concezione del soggetto neutro di diritto, riconoscendo agli stessi uno *status* peculiare e una protezione specifica in termini di accesso alle cure che passi anche attraverso i meccanismi dell'IP.

Si consideri a tal proposito che il sistema sanitario italiano, come più volte rilevato, già conosce categorie di soggetti a cui garantisce un accesso gratuito ai servizi essenziali, ma se ne sobbarca il peso economico.

Un ripensamento della proprietà intellettuale potrebbe, invece, agire a monte, redistribuendo i vantaggi dell'innovazione scientifico-farmacologica sull'intera collettività.

In una proprietà intellettuale immaginata e strutturata come sostenibile, trasparente e inclusiva si potrebbe, ad esempio, optare per l'introduzione di limitazioni alle privative esistenti, che siano specificatamente ritagliate sulle esigenze degli anziani.

Oppure, si potrebbe immaginare di tradurre i diritti alla salute e alla non discriminazione in altrettanti diritti soggettivi, azionabili dagli anziani, a pretendere l'accesso ai medicinali e ai servizi essenziali, anche quando questi siano coperti da IP, in virtù di specifiche eccezioni appositamente predisposte in loro favore.

Si potrebbe altresì prevedere un regime giuridico volto a riconoscere come pretese giuridicamente rilevanti quelle, da parte di tali categorie, di essere adeguatamente rappresentate nelle ricerche scientifiche. Potrebbe trovare spazio, ad esempio, la formulazione di un diritto soggettivo a promuovere una ricerca inclusiva per gli anziani (anche quando non fosse conveniente economicamente), seppur, tuttavia, nell'equilibrato rispetto del principio di libertà della ricerca sancito dalle Costituzioni.

Potrebbero essere adottate, poi, delle politiche di regolamentazione pubblicistica dei prezzi, almeno per quei farmaci brevettati concepiti per far fronte alle malattie delle categorie che sono destinate a subire maggiormente il peso dello strapotere delle case farmaceutiche.

Si tratta chiaramente solo di suggestioni, che meriterebbero più approfondite considerazioni, ma che lasciano spazio all'idea che, qualora fosse giuridicamente riconosciuta, la categoria degli anziani potrebbe diventare una delle leve che contribuiscono a rendere la proprietà intellettuale più sostenibile e il settore della sanità complessivamente più funzionante, a vantaggio dell'intera collettività.

¹⁷³ Invero è ingiusto, rispetto al soggetto neutro di diritto, l'occultamento del “valore emancipatorio che il concetto di soggetto di diritto e la sua astrattezza hanno avuto nel processo di superamento del modello feudale classista e della costituzione dello stato di diritto” (cfr. Camardi, *Pluralismo e statuti giuridici delle persone*, cit., 4).

¹⁷⁴ Camardi, *Pluralismo e statuti giuridici delle persone*, cit., 4.



È facile immaginare i forti ostacoli di natura economica e politica¹⁷⁵ che si potrebbero incontrare di fronte al tentativo di introduzione di soluzioni di questa portata in una proprietà intellettuale che deve ancora far fronte alla ridefinizione della sua funzione nel suo complesso.

Tuttavia, in un'ottica di lungo periodo, potrebbe essere opportuno, oltre che interessante, proporre delle riflessioni puntuali in questo senso.

5. – Come si è visto, un sistema di “mercato” della salute come quello attuale costituisce potenzialmente un pericolo per l'esercizio di fatto del diritto alle cure di tutti i cittadini.

Esso, tuttavia, espone soprattutto gli anziani – quale categoria maggiormente destinata a sopportarne il peso – ad una condizione sfavorevole che ne può giustificare la loro considerazione quale “gruppo vulnerabile”.

Alla luce dell'espansione delle logiche di mercato anche al settore della salute e, in particolare, nella ricerca scientifica, gli anziani si trovano, infatti, a fronteggiare sempre maggiori difficoltà nell'esercizio del proprio diritto di accesso alle cure, vuoi per quello che è stato postulato come “*digital divide*” generazionale, vuoi per il fatto che la necessità di attingere a cure massicce tendenzialmente connaturata al decadimento fisico e mentale conseguente all'avanzamento dell'età si scontra con un progressivo sovraccarico dei sistemi sanitari nazionali¹⁷⁶ e con la parallela mancanza di investimenti da parte di “*big pharma*” su malattie la cui ricerca risulta essere poco redditizia per il mercato della salute.

Non vi è dubbio che, in un quadro del genere, vi sia bisogno, come anche dimostrato dalla crisi pandemica, di una riconsiderazione della sanità in ottica sostenibile, la quale dovrebbe auspicabilmente incorporarsi dalle logiche di mercato e far tornare al centro delle sue riflessioni e delle sue azioni strategiche, l'individuo¹⁷⁷, in tutte le sue sfaccettature (sesso, genere ed età compresi).

Infatti, un mercato della salute così strutturato, che inficia nel profondo anche lo sviluppo di un ambiente di ricerca collaborativo, pluralista e rivolto alla produzione di conoscenza (e non al mero profitto), non è desiderabile. In linea con queste istanze di sostenibilità del settore sanitario, già da tempo sono state intraprese a livello internazionale delle iniziative volte a promuovere un obiettivo di “Copertura Sanitaria Universale, o *Universal Health Coverage (UHC)*”. Esso “prevede che tutte le persone e le comunità abbiano accesso ai servizi sanitari di cui hanno bisogno senza sofferenza economica”¹⁷⁸.

Uno degli strumenti che potrebbero fare da propulsori ad una ridefinizione dei rapporti di forza tra mercato, industria privata, centri di ricerca pubblica e servizi sanitari nazionali è, come si è tentato di dimostrare, una proprietà intellettuale che torni ad essere coerente con la funzione sociale di promozione dell'innovazione, che inglobi meccanismi di compensazione dello strapotere di alcuni attori privati e che rimetta al centro del discorso il rapporto di *mezzi al fine* tra ricerca e altri diritti fondamentali, come il diritto alla salute.

¹⁷⁵ Garattini, *Brevettare la salute*, cit., p. 21.

¹⁷⁶ Per una panoramica sui sistemi sanitari nazionali, cfr. <https://www.who.int/docs/default-source/documents/2019-uhc-report.pdf>; <https://www.oecd.org/els/health-systems/Universal-Health-Coverage-and-Health-Outcomes-OECD-G7-Health-Ministerial-2016.pdf>; <https://www.theatlantic.com/international/archive/2012/06/heres-a-map-of-the-countries-that-provide-universal-health-care-america-still-not-on-it/259153/>.

¹⁷⁷ <https://www.epicentro.iss.it/globale/pdf/copertura-sanitaria-mondo.pdf>.

¹⁷⁸ Questo auspicio costituisce oggi il cuore di uno dei target individuati dagli Obiettivi per lo Sviluppo Sostenibile, i Sustainable Development Goals (SDGs), guidati dal motto di “non lasciare indietro nessuno”, che nel 2015 tutti gli Stati della Nazione Unite si sono impegnati a raggiungere entro il 2030, cfr. <https://www.epicentro.iss.it/globale/pdf/copertura-sanitaria-mondo.pdf>.



Nell'era della *ageing society* queste riflessioni assumono un rilievo ancora maggiore.

Il problema della strumentalizzazione dell'IP va, certamente, oltre quello degli anziani. Tuttavia, individuare questi ultimi come categoria giuridica visibile alla proprietà intellettuale avrebbe il vantaggio di porre in prospettiva tutte le criticità appena esposte che si manifestano come corollario dell'inarrestabile fenomeno dell'invecchiamento della popolazione.

Metterebbe in luce le problematiche specifiche di questa categoria di soggetti vulnerabili, non perché gli unici a meritare riflessioni ed interventi puntuali, ma perché le riflessioni che li riguardano rappresentano un punto di partenza paradigmatico di alcune di queste sfide e possono fornire, quindi, un primo zoccolo duro sul quale costruire ulteriori considerazioni, anche in un'ottica di solidarietà intergenerazionale.

Tuttavia, i tempi non sono ancora maturi per una simile rivoluzione *elder-inclusive* della proprietà intellettuale: un tale ripensamento richiederebbe innanzitutto un cambiamento culturale e dovrebbe tradursi in termini di scelte di politica del diritto che non sembrano essere, al momento, al centro dell'agenda dei legislatori nazionali, né di quello europeo o internazionale.

Resta, questa, allora – forse – una bella sfida per il futuro.



DILETTA BALBINO

Dottoranda – Università degli Studi di Bari Aldo Moro

PROPRIETÀ PRIVATA E ATTIVITÀ D'IMPRESA FRA DIRITTO EUROPEO E ORDINAMENTO NAZIONALE

SOMMARIO: 1. Premessa: la tutela c.d. “multilivello” del diritto di proprietà. – 2. Il caso. Il complesso affaire Punta Perotti. – 3. Il danno emergente all'attività di impresa. – 4. La proprietà privata secondo la Corte EDU. – 5. La prospettiva individualistica. – 6. Il danno all'attività di impresa fra diritto nazionale ed europeo.

1. – L'ormai noto *affaire* Punta Perotti si vede oggi arricchito da una nuova pronuncia che suscita alcune ulteriori considerazioni in ordine al più generale sistema c.d. “multilivello” di protezione del diritto di proprietà¹.

In tale prospettiva la vicenda si presenta meritevole di attenzione quanto meno per due ordini di ragioni. In primo luogo, in quanto vede la compresenza di un giudizio svolto e ormai concluso in sede sovranazionale rispetto ad uno ancora in corso in sede nazionale. Nonostante, infatti, le domande sollevate dinanzi al giudice interno dalla società attrice presentino profili di specificità, tale situazione definita *latu sensu* di “interferenza-continenza” ha comunque determinato nell'organo giudicante italiano una particolare attenzione nell'analisi e delimitazione di quanto già riconosciuto in sede sovranazionale.

Per altro verso, tale indagine ha accentuato le caratteristiche specifiche del nostro ordinamento interno e di quello sovranazionale in tema di diritto di proprietà inducendo il giudice italiano, attraverso un parziale mutamento rispetto a quanto deciso dal giudice di prime cure, a riconoscere alcune voci di danno emergente – inerenti all'attività di impresa – che non avevano trovato ristoro in sede sovranazionale in quanto definite *estraneae* rispetto allo scenario normativo di riferimento.

Nel caso di specie il diritto di proprietà, dunque, ancora una volta ha rappresentato un banco di prova pri-

¹ La Corte di Appello di Bari è stata, infatti, recentemente chiamata a pronunciarsi sul caso con la sentenza n. 1304/2022 del 4 marzo 2022, consultabile in *dirittopratico.it*. Tale decisione rappresenta oggi solo l'ultimo – anche se probabilmente non per molto – tassello di una lunga e nota vicenda giudiziaria che ha interessato delle imprese costruttrici e le Pubbliche Amministrazioni del Comune di Bari oltre che il Ministero della Cultura. Un caso che, come di seguito rappresentato, ha generato particolare clamore tanto nello scenario europeo, quanto in quello nazionale. Sulla nozione di tutela “multilivello”, ad ogni modo, si rimanda fin d'ora a A.V. Ferraro, *La tutela multilivello del diritto di proprietà nel sistema giuridico italo-europeo*, ESI, 2020. Con particolare riguardo al fenomeno della c.d. occupazione acquisitiva, sulla quale si avrà modo di tornare *amplius* nel prosieguo, G. Ramaccioni, *La tutela multilivello del diritto di proprietà. Profili strutturali e funzionali nella vicenda della occupazione acquisitiva*, Giappichelli, 2013; nonché, R. Conti, *Diritto di proprietà e CEDU. Itinerari giurisprudenziali europei. Viaggio fra Carte e Corti alla ricerca di un nuovo statuto proprietario*, Aracne, 2012. Per uno sguardo d'insieme si rimanda ai vari contributi raccolti in *Tutela dei diritti fondamentali e costituzionalismo multilivello. Tra Europa e Stati nazionali*, (a cura di) A. D'Atena, P. Grossi, Giuffrè, 2004.



vilegiato per misurare l'efficacia di una tutela pluricentrica trovando, come è noto, una propria disciplina oltre che naturalmente all'interno della legislazione nazionale, con le disposizioni del codice civile e della Costituzione, nella Carta europea dei diritti dell'uomo e nella Carta dei diritti fondamentali.

Questa articolazione non si esaurisce nei diversi testi legislativi, ma vede notoriamente per ciascuno di essi uno specifico organo giudicante e, di sovente, il rapporto tra le differenti Corti che presiedono i diversi ordinamenti giuridici viene descritto in termini di "dialogo"².

Una tutela multilivello che nel panorama nazionale ormai si impone sia in una fase di formulazione legislativa, ove al legislatore viene richiesta la ricerca di soluzioni di compromesso sia, più di frequente, in un momento successivo, in cui è l'interprete che ricerca la regola³.

Deve infatti considerarsi che seppur la Corte europea spesso dichiara, in linea di principio, la libertà dello Stato di scegliere i mezzi tramite cui adempiere ai propri obblighi, in concreto, finisce per incidere sostanzialmente nella modifica di dettati normativi, prassi e orientamenti giurisprudenziali⁴.

Uno scenario che ad oggi si vede ulteriormente rinvigorito nell'attuale sistema delle fonti, così come delineatosi successivamente alle storiche "sentenze gemelle" pronunciate dalla Corte Costituzionale con cui si riconosce alla CEDU valore di parametro interposto del giudizio di costituzionalità⁵.

Trova dunque conferma, in una più ampia prospettiva di globalizzazione, una contrazione del ruolo che veniva in origine attribuito agli Stati nazionali a favore di nuovi poteri prevalentemente sovranazionali⁶.

Ma, d'altro canto, era già stato rilevato che "la cittadella del diritto privato è ormai presidiata e sotto il diretto controllo di una molteplicità di fonti di produzione normativa, esterne sovraordinate o anche semplicemente coesistenti o concorrenti, con il quale il codice e i suoi satelliti sono in ogni caso chiamati a fare i conti"⁷.

² Per tutti, M. Cartabia, "Taking Dialogue Seriously" *The Renewed Need for a Judicial Dialogue at the Time of Constitutional Activism in the European Union*, New York University School of Law, 2007. Nei termini di una collaborazione "leale" v. P. Perlingieri, *Leale collaborazione tra Corte Costituzionale e Corti europee. Per un unitario sistema ordinamentale*, ESI, 2008.

³ M. Trimarchi, *La proprietà italo-europea*, in *I nuovi confini del diritto privato europeo. New borders of European private law. Atti del convegno 5-6 giugno 2015*, (a cura di) G. Alpa, Giuffrè, 2016, 59 ss., 63.

⁴ Cfr. in questi termini F. Pirrone, *L'obbligo di conformarsi alle sentenze della Corte Europea dei Diritti dell'Uomo*, Giuffrè, 2004, spec. 46 ss.

⁵ Ci si riferisce naturalmente alle note "sentenze gemelle" n. 348 e 349, entrambe in tema di indennità di esproprio, della Corte Costituzionale del 2007, per le quali si rimanda a S. Bonatti, *La giusta indennità d'esproprio tra Costituzione e Corte Europea dei Diritti dell'Uomo*, in *Riv. it. Dir. pub. Com.*, 2008, 5, 1288 ss.; G. Duni, *Indennizzi e risarcimenti da espropriazione. Problemi risolti e questioni in sospeso*, in *Giust. civ.*, 2008, 1, 53 ss.; P. S. Richter, "Postilla a Duni", *Indennizzi e risarcimenti da espropriazione. Problemi risolti e questioni in sospeso*, in *Giust. civ.*, 2008, 1, 63 ss.; S. Mirate, *Indennità di esproprio e risarcimento da occupazione acquisitiva: la Corte Costituzionale inaugura il giudizio di "convenzionalità" ex art. 117 Cost.*, in *Resp. Civ. prev.*, 2008, 1, 65 ss.; M. Cartabia, *Le sentenze "gemelle": diritti fondamentali, fonti, giudici*, in *Giur. Cost.*, 2007, 5, 3564 ss.; A. Guazzarotti, *La Corte e la CEDU: il problematico confronto di standard di tutela alla luce dell'art. 117, comma 1, Cost.*, in *Giur. cost.*, 2007, 5, 3574 ss.; V. Sciarabba, *Nuovi punti fermi (e questioni aperte) nei rapporti tra fonti e corti nazionali ed internazionali*, in *Giur. cost.*, 2007, 5, 3579 ss.; M. Villani, *La funzione sociale della proprietà, così come profilata dalla Corte di Strasburgo, assurge a parametro di costituzionalità*, in *Giust. civ.*, 2009, 2511 ss. Sui dibattiti inerenti alla concezione monistica e l'alternativa concezione pluralistica, prima di tali pronunce, v. *ex multis* L. Mengoni, *Note sul rapporto tra fonti di diritto comunitario e fonti di diritto interno degli Stati membri, in Diritto privato europeo e categorie civilistiche*, (a cura di) N. Lipari, ESI, 1988, 23 ss. La Corte Costituzionale, come è noto, è successivamente nuovamente intervenuta sul tema. Per una ricognizione della situazione attuale F. Giuffrè, *Corte costituzionale e la Corte europea dei diritti dell'uomo: un dialogo senza troppa confidenza*, in *Federalismi*, 2016.

⁶ Un processo di riassetto frutto di un più ampio fenomeno di globalizzazione che ha finito per vedere sovrapposta al diritto dei singoli Stati una nuova *lex mercatoria* cui le supreme Corti nazionali tendono a riconoscere natura di ordinamento giuridico originario. Per tali considerazioni v., *amplius*, F. Galgano, *La globalizzazione nello specchio del diritto*, il Mulino, 2005.

⁷ V. Scalisi, *Complessità e sistema delle fonti di diritto privato*, in *Riv. dir. civ.*, 2009, I, 147 ss., 162. V. altresì P. Grossi, *Il diritto civile tra le rigidità di ieri e le mobilità di oggi*, in *Scienza giuridica privatistica e fonti del diritto. Quaderni del diritto privato*, (a cura di) M. Lobbuono, Cacucci, 2009, 29 ss.



Il caso, come si cercherà di evidenziare, si inserisce in questo peculiare contesto e, data la sua complessità, verrà esaminato avendo riguardo dapprima alle vicende che lo hanno caratterizzato e quindi alle decisioni assunte dalla Corte EDU.

Successivamente sarà possibile approfondire la decisione della Corte di Appello di Bari, attraverso un confronto tra la disciplina della proprietà privata nella CEDU e il regime dominicale interno, ulteriormente arricchito dai riferimenti alla Carta fondamentale dei diritti dell'uomo.

2. – Il caso, come è ormai noto, trae origine da una complessa lottizzazione successivamente reputata abusiva rispetto alla quale, tuttavia, i proprietari dei suoli e delle costruzioni non erano stati ritenuti penalmente responsabili dalla Cassazione Penale “perché il fatto non costituisce reato”⁸.

Per gli imputati si riconosceva l'errore “*inevitabile e scusabile*” nell'interpretazione delle disposizioni regionali “*oscuere e mal formulate*”, che interferivano con la legge nazionale.

Ciononostante, con la medesima sentenza, la Corte penale, aderendo all'interpretazione giurisprudenziale secondo cui la sanzione contemplata nell'art. 19 della l. 28 febbraio 1985, n. 47 avesse natura amministrativa e fosse quindi irrogabile anche in mancanza dell'accertamento della responsabilità penale dell'imputato, disponeva la confisca di tutti i beni e la loro acquisizione al patrimonio del Comune.

Il Comune procedeva così dapprima all'acquisizione dei terreni e degli immobili e, successivamente, nel 2006, alla loro demolizione.

La società costruttrice adiva allora, in un primo momento, il Tribunale civile di Bari richiedendo l'accertamento della concorrente responsabilità –extracontrattuale, ovvero, subordinatamente ed alternativamente, contrattuale o precontrattuale– delle pubbliche amministrazioni per aver colposamente ingenerato, mediante rilascio di informazioni e attestazioni erranee, un incolpevole affidamento prima in ordine alla libera edificabilità dell'area e poi in ordine alla regolarità della lottizzazione, contestando tutte le conseguenze dannose, patrimoniali e non patrimoniali, che l'avvenuto accertamento dell'illegittimità della lottizzazione medesima aveva poi comportato.

Per altro verso, le imprese lottizzanti instauravano un ulteriore e diverso giudizio innanzi alla Corte di Strasburgo, per far valere l'illegittimità della confisca in quanto posta in essere in violazione dell'art. 7 della Convenzione e dell'art. 1 del Protocollo addizionale n. 1 e, quindi, per chiedere la *restitutio in integrum* e il risarcimento di tutti i danni ascrivibili al comportamento posto in essere dalla Repubblica Italiana.

È, dunque, necessario considerare le differenti situazioni giuridiche poste a fondamento dei due diversi giudizi.

Da un lato, la confisca all'origine del contenzioso dinanzi alla Corte di Strasburgo, vale a dire la misura ritenuta illegittima e arbitraria con la quale lo Stato italiano, tramite la magistratura penale, aveva privato le imprese di costruzione della titolarità dei beni, più nel dettaglio dei suoli e delle costruzioni ivi realizzate.

Per altro verso, la falsa rappresentazione della realtà all'origine del diverso e ulteriore giudizio nazionale, imputata dalla società attrice alle amministrazioni convenute per i comportamenti ritenuti negligenti tenuti già prima degli atti e dei provvedimenti emessi nel corso del procedimento lottizzatorio. Davanti al giudice

⁸ Cfr. Cass. pen., 29 gennaio 2001, n. 11716. È possibile prendere visione della sentenza appena richiamata in *Giur. It.*, 2001, 1919, con nota di Barbiera. I Giudici della Terza sezione penale, più precisamente, ritenevano non potersi addebitare agli imputati la mancata rilevazione della illegittimità dei Piani di lottizzazione in quanto conseguenza dell'errata zonizzazione del territorio operata dalle Amministrazioni Pubbliche nel generale Piano regolatore nonché nei relativi Piani di Attuazione.



italiano, in particolare, veniva contestata la condotta delle pubbliche amministrazioni che aveva portato al rilascio di autorizzazioni in ordine alla libera edificabilità dell'area successivamente ritenute difformi rispetto ai precetti normativi di riferimento⁹.

Il quadro appena delineato rende, pertanto, fin da subito evidente la complessità del caso che ci occupa che vede, come accennato in premessa, la compresenza di un procedimento ancora in corso in sede nazionale e di un altro svolto e ormai concluso in sede sovranazionale¹⁰.

Deve infatti considerarsi che a seguito delle domande formulate innanzi alla Corte di Strasburgo, sono intervenute diverse sentenze della Corte EDU contro lo Stato italiano¹¹.

3. – La vicenda appena ricostruita, oltre che per le questioni già ampiamente dibattute in passato, offre oggi ulteriori e molteplici spunti di analisi¹².

⁹ Volendo richiamare la sintesi operata dalla Corte di Appello di Bari con la sentenza n. 1304/2022, p. 115 e ss., questa definisce l'azione proposta dinanzi alla Corte di Strasburgo finalizzata al riconoscimento dell'incompatibilità della confisca (disposta con sentenza n. 256 in data 29/01/2001-26/03/2001 della sezione 3^a penale della Corte di cassazione) con la Convenzione ed i suoi protocolli (e precisamente con l'art. 7 della Convenzione E.D.U. e l'art. 1 del Protocollo 1) nonché all'ottenimento dallo Stato italiano di un indennizzo (ex art. 41 della Convenzione E.D.U.) che riparasse i danni provocati dalla predetta misura per tutto il relativo periodo. Diversamente dall'azione proposta dinanzi al Tribunale di Bari (successivamente all'esame della Corte) finalizzata al riconoscimento della concorrente responsabilità extracontrattuale (ovvero – subordinatamente ed alternativamente – contrattuale) delle PP.AA. convenute (Ministero per i Beni e le Attività Culturali, REGIONE e COMUNE) per avere posto in essere comportamenti in violazione delle regole di imparzialità, correttezza e buona amministrazione alle quali doveva ispirarsi l'esercizio della funzione amministrativa (costituenti limiti esterni alla discrezionalità amministrativa suscettibili di valutazione da parte del Giudice ordinario), concretamente consistiti nell'aver colposamente ingenerato, mediante rilascio di informazioni ed attestazioni erronee (come accertato dal Giudice penale con sentenza irrevocabile), un incolpevole affidamento degli attori (tra cui SUDFONDI S.r.l. in liquidazione) in ordine all'edificabilità dei suoli ed alla liceità del Piano di lottizzazione, così inducendo gli attori (tra cui SUDFONDI S.r.l. in liquidazione) a procedere ad una costosa iniziativa imprenditoriale in apparenza pienamente lecita (in quanto posta in essere sulla base dell'esercizio, presuntivamente legittimo, della funzione amministrativa) ma della quale sarebbe poi stata accertata (in sede penale) l'oggettiva illiceità: comportamenti, dunque, civilmente illeciti (primariamente ai sensi dell'art. 2043 c.c., in cui era cristallizzata la norma primaria del *neminem laedere*, ma secondariamente anche ai sensi dell'art. 1218 c.c., per "*contatto sociale qualificato*" ingenerato dall'avvio del procedimento che aveva condotto al rilascio delle concessioni illegittime) che avevano cagionato all'attività imprenditoriale degli attori (tra cui SUDFONDI S.r.l. in liquidazione) danni patrimoniali (in termini di danno emergente e di lucro cessante) e non patrimoniali.

¹⁰ Circostanza che, come accennato, ha determinato più di una preoccupazione nel giudice italiano, peraltro resa ancora più gravosa dal *dictum* della Corte di Strasburgo secondo cui i giudizi nazionali, nella valutazione della causa, avrebbero dovuto tenere inevitabilmente conto dell'importo concesso dalla Corte.

¹¹ Le più rilevanti delle quali, ai fini del giudizio svoltosi in sede nazionale, sono quelle pronunciate il 20 gennaio 2009 e il 10 maggio 2012 (per ulteriori riferimenti v. nt. 16 e 19). Su tali sentenze sarà infatti necessario soffermarsi ulteriormente nel prosieguo, ma, ad ogni modo, può anticiparsi fin d'ora, in estrema sintesi, che con la sentenza del 20 gennaio 2009 (c.d. "sentenza sul merito"), pronunciata come accennato dopo l'instaurazione del giudizio di primo grado dinanzi al Tribunale di Bari, la Corte di Strasburgo: *i*) dichiarava la violazione dell'art. 7 della Convenzione; *ii*) dichiarava la violazione dell'art. 1 del Protocollo n.1; *iii*) accertava e liquidava, limitatamente al danno non patrimoniale, una somma che lo Stato convenuto doveva versare a ciascuna delle tre ricorrenti; *iv*) dichiarava infine che la questione dell'art. 41 della Convenzione non era ancora matura per quanto riguardava il danno materiale e di conseguenza si riservava su tale profilo. Con la successiva sentenza del 10 maggio 2012, anch'essa pronunciata durante la pendenza del giudizio di primo grado dinanzi al Tribunale di Bari, la Corte di Strasburgo, tra l'altro: *i*) dichiarava l'astensione dello Stato convenuto dal chiedere alle ricorrenti il rimborso delle spese di demolizione dei fabbricati confiscati e delle spese di riqualificazione; *ii*) liquidava le somme che lo Stato convenuto doveva, entro tre mesi, versare alle ricorrenti a titolo di risarcimento del danno materiale dalle stesse subito.

¹² Il Caso Sudfondi si inserisce, infatti, a pieno titolo tra le numerosissime pronunce di condanna –oltre duecento– ricevute dall'Italia dalla Corte di Strasburgo a seguito dei due notissimi casi *Carbonara e Ventura c/ Italia* e *Belvedere Alberghiera Srl c/ Italia* a proposito dell'istituto di creazione pretoria, noto come occupazione acquisitiva, da intendersi quale era ormai l'usuale modalità



In particolare, in questa sede, ci si soffermerà sulla decisione della Corte di Appello di Bari, parzialmente differente rispetto a quanto definito dal giudice di prime cure, sulla domanda della società attrice di risarcimento del danno patrimoniale emergente subito a causa degli investimenti effettuati e dei debiti accumulati per la programmazione, presentazione, progettazione ed esecuzione parziale dell'intervento edilizio di cui al Piano di Lottizzazione poi rivelatosi abusivo.

Il giudice di prime cure rigettava la domanda sulla base di un complesso *iter* argomentativo basato essenzialmente sulla valutazione della portata delle decisioni della Corte EDU¹³.

Il Tribunale, più precisamente, rilevava preliminarmente l'insussistenza di una completa identità tra il giudizio sovranazionale ed il giudizio nazionale riconoscendo che le ricorrenti nel primo avevano individuato la ragione della domanda nell'arbitrarietà della confisca subita, mentre nel secondo la società costruttrice aveva fatto valere, quale *causa petendi* dell'azione, come accennato, la diversa responsabilità delle pubbliche amministrazioni per l'aver colposamente ingenerato, mediante il rilascio di informazioni ed attestazioni erronee, un incolpevole affidamento.

Nonostante tali presupposti, secondo il giudice di primo grado pur potendosi convenire sul fatto che "tra il giudizio instaurato in sede europea e quello risarcitorio successivamente incardinato dinanzi all'adito Tribunale, non vi fosse – sulla scorta di allegazioni assertive degli attori – completa identità in ordine a tutti gli elementi costitutivi dell'azione (con le relative implicazioni in tema di giudicato, secondo le regole processuali vigenti nell'ordinamento interno)", tuttavia, anche in presenza di una diversa "*causa petendi*", si imponeva un confronto tra le componenti del danno che la Corte EDU aveva valutato e riconosciuto e quelle di cui si richiedeva il ristoro al Tribunale, avendo il giudice europeo espressamente e programmaticamente inteso evitare la duplicazione del risarcimento¹⁴.

di acquisto della proprietà da parte della p.a. mediante occupazione, cominciata o protratta, nonostante la mancanza di un titolo giustificativo. Il fenomeno è altresì noto come "occupazione appropriativa", "occupazione espropriativa", "espropriativa di fatto", "espropriazione sostanziale", "occupazione *sine titulo*" o, altresì, "accessione invertita". Dalla nota sentenza della Cassazione a S.U. del 1983 tale prassi, infatti, aveva preso piede in Italia – sotto la originaria denominazione di "accessione invertita" – e rappresentava sostanzialmente una modalità di estinzione del diritto di proprietà del privato a seguito della realizzazione sul terreno del medesimo di un'opera pubblica senza che la p.a. avesse preventivamente proceduto alla sua espropriazione. In seguito alla radicale ed irreversibile trasformazione del bene si produceva l'acquisto della proprietà dell'ente pubblico. Fino alla fine degli anni '90 del secolo scorso tale prassi non era stata giudicata con sfavore dalla giurisprudenza di Strasburgo, ma dal 2000 venne mutato l'orientamento. Con i due casi sopra menzionati la CEDU ha condannato l'Italia al risarcimento del danno per l'illegittimità dell'istituto. Attraverso un approccio ermeneutico esteso dell'art. 1 del Prot. add. la Corte ha espresso una valutazione di assoluto sfavore. Orientamento che verrà ulteriormente ribadito con le numerosissime sentenze successive che seguiranno e che assurgerà a nuovo paradigma di riferimento. Si rimanda per una dettagliata analisi dell'evoluzione e dei contrasti giurisprudenziali nazionali e sovranazionali in materia all'analitico studio condotto da G. Ramaccioni, *La tutela multilivello del diritto di proprietà*, cit., *passim*; nonché, R. Conti, *Diritto di proprietà e CEDU*, cit., *passim*.

¹³ La decisione del Tribunale di Bari del 2 ottobre 2014 è disponibile in *Foro it.*, 2015, 4, I, 1416 con nota di P. Santoro. È opportuno precisare che le domande di risarcimento formulate dalla società attrice davanti al giudice nazionale furono molteplici e attenevano non solo (a) al danno emergente causato all'attività di impresa, ma anche (b) al controvalore attuale dei suoli di cui aveva perduto la proprietà e il possesso a seguito della confisca; (c) al lucro cessante subito a causa, per un verso, della mancata realizzazione dell'intervento edilizio, per altro verso, della privazione del diritto di investire in altra iniziativa imprenditoriale o finanziaria; (d) al danno non patrimoniale subito per la gravissima lesione all'immagine e alla reputazione, e, in via sussidiaria e subordinata, (e) all'ingiustificato arricchimento del Comune in relazione al controvalore attuale dei suoli di cui era stata perduta la proprietà sempre a seguito della confisca. Il giudice di prime cure respinse complessivamente le domande sollevate da Sudfondi. La Corte di Appello di Bari ha modificato quanto definito dal Tribunale limitatamente alla domanda di risarcimento del danno emergente, ogni altra richiesta rigettata. Non sarà possibile naturalmente in questa sede soffermarsi sulle diverse e ulteriori domande formulate dalla società attrice, dovendosi quindi limitare l'indagine al mutamento giurisprudenziale avvenuto in secondo grado esclusivamente sulla domanda di risarcimento inerente, come accennato, il solo danno emergente.

¹⁴ Cfr. p. 33 e ss. Trib. Bari, 2 ottobre 2014.



Pertanto, il Tribunale proseguiva tramite un controllo delle singole voci di danno accertate nel giudizio sovranazionale. All'esito di tale indagine, respingeva la domanda formulata dalla società attrice sulla base di un duplice ordine di ragioni. Riteneva che questa includesse, per un verso, voci di danno ricadenti tutte nel perimetro della domanda di risarcimento dei danni patrimoniali emergenti richiesti e ottenuti innanzi alla Corte EDU, dovendosi dunque ritenere *“l'ambito cognitorio del giudice sovranazionale (...) coincidere con le pretese dedotte con la domanda risarcitoria”*; per altro verso, voci di danno – *“quali, tra le altre, gli oneri finanziari e le spese notarili”* – già respinte dalla Corte sovranazionale in quanto ritenute dipendenti dal tipo di attività svolta dalle società ricorrenti e quindi connesse ad un più generale rischio intrinseco dell'attività di impresa.

Con riferimento a tale secondo profilo, il giudice nazionale, rilevava la conseguente impossibilità di rimettere in discussione ed ipoteticamente avversare la conclusione della Corte EDU, e ciò non perché su tale specifico punto si fosse *stricto sensu* formato un giudicato preclusivo dell'esame della medesima questione a livello interno, bensì perché una differente interpretazione e conclusione del giudice italiano avrebbe innescato un conflitto fra la decisione sovranazionale (alla quale l'art. 46 della CEDU attribuiva forza vincolante) e la decisione nazionale, la quale avrebbe finito con lo svuotare sostanzialmente il *dictum* del Giudice sovraordinato, che aveva espressamente escluso che gli oneri finanziari e le spese notarili fossero causalmente ricollegabili ad un atto illecito imputabile alle Autorità.

La Corte di Appello di Bari riteneva *“condivisibili solo in parte”* le argomentazioni del giudice di prime cure.

La Corte considerava indubbiamente corretto e, dunque, condivisibile l'affermazione del Tribunale secondo cui tra il giudizio sovranazionale e il successivo giudizio nazionale non vi fosse identità in ordine a tutti gli elementi costitutivi dell'azione. Da tale non completa identità non si poteva tuttavia far automaticamente discendere l'irrelevanza di quanto liquidato a titolo d'indennizzo in sede sovranazionale rispetto a quanto richiesto a titolo di risarcimento in sede nazionale, il che determinava un'analisi delle singole voci di danno già riconosciute. A tal fine veniva accolta la domanda della società di ammissione all'espletamento di una consulenza tecnica. Alla luce delle indagini tecniche espletate nel giudizio di secondo grado, veniva così evidenziato che non tutte le voci del danno patrimoniale emergente erano state effettivamente 'coperte' dall'equo indennizzo nel giudizio sovranazionale in favore della società ricorrente. Più precisamente, per il giudice di secondo grado la Corte EDU aveva 'respinto' le richieste di risarcimento dei danni causati all'attività di impresa non perché ne avesse accertato l'inesistenza o, più in generale, l'infondatezza, come asserito dal giudice di prime cure, ma più correttamente perché le richieste fatte valere, in quanto riconducibili ad interessi giuridici estranei al campo di applicazione della Convenzione, non rientravano nelle sue prerogative giurisdizionali e, dunque, non potevano essere deliberate nel giudizio sovranazionale.

Veniva così sostanzialmente a fondarsi l'idea di una voce di danno emergente, causato all'attività di impresa, non solo non liquidata in sede sovranazionale, ma più in generale non rientrante nelle prerogative giurisdizionali della Corte EDU in quanto *estranea* al suo campo di applicazione.

4. – Il fulcro della motivazione sviluppata dalla Corte di Appello, se pur in termini estremamente sintetici, si incentra dunque sull'effettiva portata della disciplina contenuta nella Convenzione europea dei diritti dell'uomo –in relazione naturalmente alle violazioni contestate– e, di riflesso, sull'effettivo rilievo che poteva essere riconosciuto al potere decisorio della Corte EDU, rispetto alla richiesta di risarcimento dei danni all'attività di impresa formulata dalla società in sede nazionale.



Solo, dunque, attraverso un'analisi a ritroso delle violazioni contestate dalla società ricorrente innanzi alla Corte di Strasburgo, e le motivazioni dalla stessa adottate a fondamento delle proprie decisioni nel caso in esame, è possibile effettivamente comprendere la portata del *decisum* della Corte nazionale.

Come accennato, la società costruttrice nel 2001 presentò ricorso, con le altre imprese lottizzanti contro la Repubblica italiana, innanzi alla Corte EDU contestando l'incompatibilità della confisca subita con l'articolo 7 e l'art. 1 del Protocollo n.1.

Veniva, dunque, lamentata la violazione dell'art. 7, avente ad oggetto il principio di legalità secondo cui *nullum crimen, nulla poena sine lege*, nonché dell'art. 1 del primo Protocollo addizionale alla Convenzione a tutela del diritto al rispetto dei "beni"¹⁵.

La Corte EDU accolse le doglianze formulate dalle ricorrenti trattando la questione sotto i due diversi accennati profili¹⁶.

Nel 2009, infatti, concludeva per l'arbitrarietà della confisca irrogata nonostante la sentenza di assoluzione, motivata, nella fattispecie, dall'inevitabilità e scusabilità dell'errore commesso dalle ricorrenti nell'interpretazione della legge. Il reato contestato di lottizzazione abusiva traeva origine dalla violazione di fonti legislative e amministrative che non corrispondevano ai criteri di chiarezza, accessibilità e prevedibilità e tale condizione rendeva "impossibile" prevedere l'irrogazione di una sanzione. Alla luce di tali presupposti veniva quindi negato il riconoscimento di una base legale della sanzione ai sensi dell'art. 7 della Convenzione nonché affermata l'arbitrarietà anche ai sensi dell'art. 1 del Protocollo n.1.

Come, infatti, sistematicamente ribadito dalla giurisprudenza della Corte dei diritti dell'uomo, l'art. 1 racchiuderebbe tre norme distinte: «la prima, che si esprime nella prima frase del primo comma e riveste un carattere generale, enuncia il principio del rispetto della proprietà; la seconda, contenuta nella seconda frase dello stesso comma, riguarda la privazione della proprietà e la sottopone ad alcune condizioni; per quanto riguarda la terza, contenuta nel secondo comma, essa riconosce agli Stati il potere, tra l'altro, di regolamentare l'uso dei beni conformemente all'interesse generale (...). Non si tratta per questo di norme prive di rapporto tra esse. La seconda e la terza riguardano degli esempi particolari di violazioni del diritto di proprietà; pertanto, esse devono essere interpretate alla luce del principio sancito dalla prima»¹⁷.

In via generale veniva, dunque, considerata anche in sede sovranazionale legittima l'ingerenza della pubblica autorità nel godimento del diritto al rispetto dei beni, non dovendosi considerare l'ablazione della proprietà privata in assoluto esclusa, ma occorreva che questa si realizzasse secondo condizioni previste dalla legge dei singoli Stati e dai principi internazionalmente riconosciuti.

Accertata, dunque, la violazione del principio di legalità, la Corte comunque procedeva all'esame del mo-

¹⁵ Come è noto, sarà proprio rispetto alla definizione di "bene" che si misurerà particolarmente l'attività interpretativa della Corte. Volendo, al momento, limitare il riferimento di tale evoluzione alla nozione di proprietà deve considerarsi che il testo dell'articolo non ne contiene alcun riferimento letterale, omettendo peraltro volutamente un qualsiasi riferimento effettivo alla stessa. Ma a partire dalla nota sentenza *Marckx c/ Belgio*, § 63, la Corte ha affermato che: "riconoscendo a ciascuno il diritto al rispetto dei propri beni, l'articolo 1 garantisce in sostanza il diritto di proprietà". Da tale pronuncia, nella generica nozione di bene, viene dunque ricompresa a pieno regime nel suo ambito applicativo la definizione di proprietà vera e propria.

¹⁶ La sentenza della Corte europea è naturalmente consultabile nella Banca dati presente nel sito del Ministero della Giustizia al seguente link: Ministero della giustizia | Sentenze della Corte Europea dei Diritti dell'Uomo. Per ulteriori approfondimenti, v. le note di M. Robles, *La nuova proprietà: ovvero il "governo dei diritti" nel "dialogo" tra Corti*, in *Giur. it.*, 2009, 2398 ss.; G. Ramaccioni, "Ecomostro" e diritti umani, in *Riv. crit. dir. priv.*, 2009, 501 ss.

¹⁷ Cfr., tra le altre, la sentenza *James e altri c/ Regno Unito*, § 37, che riprende in parte l'analisi condotta dalla Corte nella sentenza *Sporrong e Lonnroth c/ Svezia*; cfr. anche *Iatridis c/ Grecia*, n. 31107/96, § 55. Più di recente, *Immobiliare Saffi c/ Italia*, § 44; *Broniowski c/ Polonia*, § 134; e *Vistiņš e Perepjolkins c/ Lettonia*, § 93.



tivo di ricorso relativo all'art. 1 *ad abundantiam* anche sotto il profilo della “proporzionalità”¹⁸. Al riguardo veniva rilevato che, anche qualora la sanzione non fosse stata in contrasto con il principio di legalità, comunque sarebbe stata censurabile sotto l'ulteriore e diverso profilo della proporzionalità. In particolare, veniva meno, nel caso in esame, una valutazione positiva in ordine al giusto equilibrio tra le esigenze dell'interesse generale della comunità perseguite e gli imperativi della salvaguardia dei *diritti fondamentali* dell'individuo.

Tenuto infatti conto che doveva comunque esserci un rapporto ragionevole di proporzionalità tra i mezzi impiegati e lo scopo perseguito, veniva in definitiva accertata l'ulteriore rottura del giusto equilibrio e la violazione anche in tal senso dell'articolo 1 Protocollo n.1.

Tralasciando in questa sede i molteplici profili di collegamento con la giurisprudenza della Corte in materia di occupazione acquisitiva, ciò che rileva ai fini della nostra indagine sono gli interessi che per la Corte di Appello di Bari la Corte EDU ha potuto tutelare attraverso l'applicazione dell'art. 1, Prot. 1, della Convenzione.

La Corte europea ha inteso garantire la proprietà dei beni alla stregua di un diritto fondamentale e di tanto si troverebbe ulteriore conferma nelle motivazioni adottate successivamente in sede di quantificazione delle somme dovute dallo Stato italiano a titolo di risarcimento del danno materiale¹⁹.

Veniva infatti espressamente stabilito un indennizzo che potesse dare “l'idea di una cancellazione totale delle conseguenze della misura controversa”.

La Corte, più precisamente, provvedeva a quantificare il risarcimento del danno in favore delle società ricorrenti sulla base delle seguenti “voci”: (i) i costi sostenuti per la costruzione dei fabbricati, così come riportati nelle perizie depositate dalle stesse ricorrenti; (ii) il danno derivante dall'indisponibilità dei terreni a partire dal momento della loro confisca, quantificato in una “somma corrispondente all'interesse legale per l'intero periodo applicato sul controvalore dei terreni” (individuato sempre sulla base delle perizie), tenendo quindi conto della loro edificabilità; (iii) il danno derivante dall'indisponibilità assoluta dei terreni nel periodo che va dalla confisca alla restituzione, somma da calcolarsi secondo il procedimento enunciato nel paragrafo 57; (iv) l'indisponibilità relativa dei terreni in questione vista l'esistenza del parco pubblico²⁰.

Dal campo di applicazione *statico* dell'art. 1, identificato con il riconoscimento e la garanzia, per un verso, della titolarità del diritto di proprietà e, per altro verso, del godimento dei beni che ne costituiscono l'oggetto, ne discendeva, dunque, una “limitata” quantificazione del risarcimento del danno subito nei riduttivi termini di illegittima sottrazione e mancato godimento.

¹⁸ § 138, ove la Corte precisa che “*tenuto conto della gravità dei fatti denunciati nella presente causa, la Corte ritiene opportuno fare alcune considerazioni sull'equilibrio che deve regnare tra le esigenze dell'interesse generale della comunità e gli imperativi della tutela dei diritti fondamentali dell'individuo, tenuto presente che ci deve essere un rapporto ragionevole di proporzionalità*”. Difatti per essere compatibile con la norma generale contenuta nella prima frase del primo paragrafo dell'articolo 1 del Protocollo n. 1, un'ingerenza nel diritto al rispetto dei “beni”, oltre a essere prescritta dalla legge e dover essere di pubblica utilità, deve pervenire a un “giusto equilibrio” tra le esigenze dell'interesse generale della comunità e i requisiti della protezione dei diritti fondamentali della persona, cfr. nei medesimi termini *Beyeler c/ Italia*, § 107; *Ališić e altri c/ Bosnia-Erzegovina, Croazia, Serbia, Slovenia ed Ex Repubblica jugoslava di Macedonia*, § 108.

¹⁹ Come precisato, la Corte di Strasburgo con la sentenza del 2009 si riservò in ordine alla quantificazione del risarcimento del danno materiale, limitando la liquidazione in quella sede al solo danno non patrimoniale subito dalle Società ricorrenti. Solo nel 2012, scioglierà la riserva, liquidando anche il danno materiale in favore delle imprese costruttrici. Per la sentenza, v. seguente link: https://www.giustizia.it/giustizia/it/mg_1_20_1.page?facetNode_1=1_2%282012%29&facetNode_2=1_2%28201205%29&contEntId=SDU753755&previousPage=mg_1_20, in particolare da § 50 ss.

²⁰ Da § 56 e seguenti, causa *Sudfondi Srl e altri c/ Italia*, 10 maggio 2012.



5. – Le sentenze della Corte EDU, intervenute nel caso che ci occupa, ci restituiscono un modello di diritto dominicale che finisce per evocare le divergenze, oggetto di approfondimento in dottrina, tra il nostro ordinamento interno e quello sovranazionale.

Proprio il riconoscimento di tali difformità ha indotto il giudice nazionale, in secondo grado, a riconoscere l'esistenza di una voce di danno emergente, quello all'attività di impresa, che diversamente non sembra aver trovato ristoro in sede sovranazionale in quanto considerato *estraneo* all'ambito di applicazione della Convenzione.

Al fine di comprendere il *decisum* del giudice nazionale è necessario formulare alcune ulteriori considerazioni preliminari.

In primo luogo, è opportuno evidenziare l'ambito in cui si inserisce il diritto di proprietà all'interno della CEDU. La Convenzione europea dei diritti dell'uomo si caratterizza tradizionalmente per l'unilateralità dell'approccio accolto, in quanto sono trattati in chiave individualistica i diritti civili e politici a discapito dei diritti economici, sociali e culturali, sostanzialmente trascurati²¹. Come è noto, il diritto di proprietà ha trovato ingresso nella Convenzione europea solo in un momento successivo mediante il Protocollo addizionale del 1952, il che già da sé evidenziava le scelte “tormentate” di fondo alla base della Carta²².

La significativa collocazione del diritto dominicale nella Convenzione sembrava attribuire nuovamente cittadinanza in ambito sovranazionale a quel modello giusnaturalistico abbandonato dalle Carte costituzionali comprimibile nel binomio “libertà-proprietà”, ormai ampiamente superato nelle tradizioni nazionalistiche²³.

La tesi dell'inquadramento del diritto di proprietà privata tra i diritti civili è, infatti, del tutto estranea anche alla nostra Costituzione nella quale all'art. 42 il diritto dominicale non solo trova, come è noto, una propria collocazione sistematica nell'ambito dei “rapporti economici”, ma oltretutto si vede ulteriormente limitato in una prospettiva di solidarietà attraverso il paradigma della ‘funzione sociale’²⁴.

²¹ Sulla Cedu la letteratura è naturalmente vastissima. Ci si limita dunque, per quanto riguarda principalmente il diritto di proprietà, a rimandare a: L. Condorelli, *La proprietà nella Convenzione europea dei diritti dell'uomo*, in *Riv. dir. int.*, 1970, 175 ss.; M.L. Padellètti, *Art. 1, Protezione della proprietà*, in *Commentario alla convenzione europea per la tutela dei diritti dell'uomo e delle libertà fondamentali*, di S. Bartole, B. Conforti, G. Raimondi, CEDAM, 2001, p. 802 ss.; Gerin (a cura di), *Il diritto di proprietà nel quadro della Convenzione europea dei diritti dell'uomo*, CEDAM, 1989; Starace, *La tutela del diritto di proprietà nel Protocollo addizionale della Convenzione europea dei diritti dell'uomo e nella costituzione italiana*, in *Riv. int. d. uomo*, 1989, 256 ss.; M.L. Padellètti, *La tutela della proprietà nella Convenzione europea dei diritti dell'uomo*, Giuffrè, 2003; M. Comporti, *La proprietà europea e la proprietà italiana*, in *Riv. dir. civ.*, 2008, 190 ss.; T. Dalla Massara, *Antichi modelli e nuove prospettive del diritto dominicale in Europa*, in *Contr. impr. Europa*, 2010, 2, 724 ss.; S. Praduroux, *La tutela del diritto di proprietà nello spazio europeo: riflessioni intorno al dialogo tra la Corte di Strasburgo e le Corti italiane in materia di tutela dei beni*, in *Riv. dir. civ.*, 2016, 5, 1388 ss.

²² In questi termini, L. Condorelli, *La proprietà nella Convenzione*, cit., 175 ss. Per una più puntuale analisi dei lavori preparatori v. S. Bariatti, *Genesi e interpretazione dell'art. 1 del Protocollo addizionale alla Convenzione europea dei diritti dell'uomo nei lavori preparatori*, in *Riv. int. dei d. dell'uomo*, 1989, 215 ss.; nonché, N. Colancino, *La protezione del diritto di proprietà nel sistema della Convenzione europea dei diritti dell'uomo*, Nuova Cultura, 2007, 80 ss.

²³ Così T. Dalla Massara, *Antichi modelli e nuove prospettive*, cit., spec. 734,735; F. Manganaro, *La Convenzione europea dei diritti dell'uomo e il diritto di proprietà*, in *Dir. amm.*, 2008, 2, 379 ss., 390, il quale evidenzia che “se un'indicazione può trarsi dai lavori preparatori è che la tutela del diritto di proprietà viene inserita nella Convenzione al limitato scopo di garantire il proprietario privato dall'arbitraria confisca di un bene”. Ad ogni modo, si rimanda a F.D. Busnelli, che colloca il tema del diritto di proprietà all'interno di una più ampia disamina sull'“incrocio dei venti” che attualmente caratterizza il sistema giuridico europeo: “il vento squassante dell'individualismo” e “il vento impetuoso del liberismo”, *La faticosa evoluzione dei principi europei tra scienza e giurisprudenza nell'incessante dialogo con i diritti nazionali*, in *Riv. dir. civ.*, 2009, 3, 287 ss.

²⁴ Sulla configurazione del diritto di proprietà a seguito della Costituzione, la bibliografia è vastissima. Ci si limita ad alcuni rinvii: S. Rodotà, *Note critiche in tema di proprietà*, in *Riv. trim. proc. civ.*, 1960, 1252 ss.; Id. *Il terribile diritto*, II ed., il Mulino, 1990; A.M. Sandulli, *Profili costituzionali della proprietà privata*, in *Riv. trim. proc. civ.*, 1972, 470 ss.; U. Natoli, *La proprietà. Appunti delle lezioni*, II ed., Giuffrè, 1976; F. Santoro Passarelli, *Proprietà privata e Costituzione*, in *Riv. trim. proc. civ.*, 1972, 953 ss.; P.



Il punto di osservazione che viene accolto nella Convenzione sembra essere invece quello principalmente garantista, a tutela delle prerogative del singolo da interferenze esterne, provenienti indifferentemente dallo Stato o dai privati²⁵.

In tale prospettiva, dunque, tende a riemergere la configurazione teorica della proprietà in senso negativo quale semplice diritto di escludere gli altri dal rapporto con la cosa: un diritto assoluto caratterizzato dall'esclusione di terzi.

È vero, altresì, che l'interpretazione della disposizione posta in essere negli anni dalla Corte EDU ha finito per determinare una "dilatazione" del suo campo di applicazione, saldamente collocato comunque nell'alveo del diritto al godimento dei propri beni. In particolare, la Corte Europea, superando una concezione strettamente collegata al profilo della materialità, ha inteso applicare la nozione di bene a ogni utilità economicamente valutabile, in alcuni casi anche a situazioni di mero fatto²⁶.

Tuttavia, quanto appena rilevato non modifica i termini della questione in quanto la tutela dei beni cui mira la Convenzione si riferisce comunque ad una loro utilizzazione nella prospettiva proprietaria garantista cui si accennava²⁷.

Tale differente approccio assiologico secondo alcuni troverebbe una propria precipua giustificazione in una "distinzione tipologica" tra le Costituzioni degli Stati sovrani e la Convenzione europea dei diritti dell'uomo. Le prime riferite ad entità territoriali specifiche che riflettono compromessi raggiunti nell'ambito di una concreta comunità; la seconda destinata al singolo soggetto "collocato in un orizzonte irreal" che "recupera le istanze collettive più che la collettività, peraltro sempre per via del filtro costituito dallo Stato, soltanto nei termini, a proposito appunto della proprietà, di limitazioni o sacrifici intervenuti a carico del diritto di un concreto soggetto ed invocati per pubblica utilità o per interessi generali"²⁸.

Rescigno, voce *Proprietà (diritto privato)*, in *Enc. Dir.*, XXXVII, Milano, 1988, 254 ss.; M. Costantino, *Contributo alla teoria della proprietà*, ESI, 1967; L. Mengoni, *Proprietà e libertà*, in *Riv. crit. dir. priv.*, 1988, 427 ss.; P. Grossi, *Tradizioni e modelli nella sistemazione post-unitaria della proprietà*, in *Il dominio e le cose. Percezioni medioevali e moderne dei diritti reali*, Giuffrè, 1992, 439 ss. Per una lettura di più ampio respiro, che evidenzia le trasformazioni storiche-ideologiche poi riflesse nel diritto civile, F. Macario, M. Lobocono, *Il diritto civile nel pensiero dei giuristi. Un itinerario storico e metodologico per l'insegnamento*, CEDAM, 2010.

²⁵ L'efficacia delle misure positive di protezione previste dalla Convenzione non si limitano infatti alle sole ingerenze da parte dello Stato, ma si estendono anche verso le ingerenze per opera dei privati. Nell'ambito dei rapporti orizzontali possono quindi sussistere considerazioni di pubblica utilità che implicano per gli Stati alcuni obblighi tramite la dottrina delle "c.d. obbligazioni positive dello Stato". Sul punto, S. Praduroux, *La tutela del diritto di proprietà nello spazio europeo*, cit., 1388 ss., spec. 1390.

²⁶ È noto come, ad oggi, possa beneficiare della tutela dell'articolo 1 del Protocollo n. 1, seppur in alcune determinate circostanze, anche una "aspettativa legittima" di ottenere un diritto patrimoniale, oltre che crediti, licenze, concessioni. La casistica al riguardo è ormai vastissima e ha determinato invero diverse criticità di inquadramento nell'ordinamento. Sul punto, v. S. Carabetta, *La tutela della proprietà e del credito nella giurisprudenza della Corte EDU. Problemi di inquadramento giuridico*, in *questa rivista*, 2015, 12, 705 ss.

²⁷ Nel panorama sovranazionale è stato altresì rilevato, in termini critici, come il quadro ad oggi emergente sia caratterizzato dalla presenza di solo alcuni limiti alla proprietà privata, esclusivamente qualora questi trovino una propria giustificazione nell'"esigenza di salvaguardare quattro valori fondamentali: sicurezza, ambiente, salute, concorrenza". Così, L. Nivarra, *La proprietà europea tra controriforma e rivoluzione passiva*, in *Eur. Dir. priv.*, 2011,3, 575 ss., 594. Altri, hanno concordato nel ritenere come tale approccio sia espressione di un'inversione di paradigma e rappresenti un'interpretazione del Giudice europeo solo apparentemente "di tipo ottocentesco". Cfr. S. Praduroux, *La tutela del diritto di proprietà nello spazio europeo*, cit., 1397 ss.; A.V. Ferraro, *Il diritto di proprietà nella convenzione europea dei diritti dell'uomo e la necessità di una maggiore tutela dello stesso a livello nazionale*, in *Revista de Estudos Constitucionais, Hermenêutica e Teoria do Direito*, 12, 3, 335 ss.

²⁸ Così, nitidamente, A. Iannarelli, *La proprietà e i suoi limiti nello spazio giuridico europeo*, nella sua raccolta di saggi, *Proprietà e beni. Saggi di diritto privato*, Torino, 2018, 177 ss., 190, il quale afferma come tale rilievo "racchiude a nostro avviso l'intera problematica al centro della nostra attenzione". Inoltre, su tale aspetto, viene ulteriormente evidenziato come nella Convenzione non vi sia neppure un riferimento esplicito che richiami le tradizioni costituzionali degli Stati membri il che, tra l'altro, consente alla Corte di ampliare l'ambito dei beni giuridici protetti, v. F. Manganaro, *La Convenzione europea dei diritti dell'uomo*, cit., spec. 390-391.



Questa differenza ha naturalmente determinato una serie di implicazioni anche sotto il profilo dell'attuazione pratica della disciplina. A titolo meramente esemplificativo basterà considerare come per la Corte di Strasburgo l'interesse pubblico relativo a un bene non consenta di escludere l'applicazione dell'art. 1, Prot. 1. Il regime proprietario all'attenzione della Corte sovranazionale è infatti esclusivamente quello privato, essendo di fatto estranea la coesistenza dei due regimi contenuti nella formula legislativa dell'art. 42 Cost. quale quello della proprietà privata e quello della proprietà pubblica.

Anche quindi in una prospettiva di mera tassonomia dei beni è stato rilevato come la Corte ne costruisce una propria, diversa rispetto a quella accolta dal diritto italiano²⁹.

Tale differente prospettiva del diritto di proprietà fra il diritto della CEDU e quello nazionale si rifletterebbe, tra l'altro, soprattutto in materia di indennizzo e nelle voci nello stesso ricomprese³⁰.

L'indennizzo, come è noto, non è letteralmente previsto dalla norma in esame, ma secondo un orientamento consolidato della Corte di Strasburgo questo va, in ogni caso, inteso come sua parte integrante. Il risarcimento, infatti, deve essere considerato essenziale al fine della valutazione del giusto equilibrio³¹.

Tuttavia, il suo significato cambia a seconda che si adoperi la lente nazionale-costituzionale o, diversamente, quella sovranazionale e di tanto si trova conferma nelle lunghe e note vicende giudiziarie che hanno interessato "il dialogo" tra le Corti in questa materia³².

Attraverso la prima, come è noto, il suo significato è strettamente connesso alla funzione sociale, in virtù della quale vengono prioritariamente in rilievo i doveri di solidarietà. Si rifiuta, quindi, un criterio di effettiva corrispondenza della misura dell'indennizzo dovuto al valore venale del bene, in ragione di una superiorità delle finalità sociali perseguite rispetto agli interessi egoistici del privato.

Diversa è la prospettiva della Corte europea dei diritti dell'uomo che in numerose sentenze ha difeso il criterio dell'indennizzo pieno, pari al valore di mercato del bene e pur ammettendo in alcune circostanze la possibilità che lo Stato nella sua discrezionalità possa stabilire un equo indennizzo inferiore, ha individuato in concreto pur sempre quale parametro del giusto indennizzo il valore di mercato del bene³³.

²⁹ Nei medesimi termini, A. Iannarelli, *La proprietà e i suoi limiti nello spazio giuridico europeo*, cit., spec. 192; nonché, letteralmente, S. Praduroux, *La tutela del diritto di proprietà nello spazio europeo*, cit., spec. 1395, 1396, 1397.

³⁰ Incisivamente R. Conti, *Diritto di proprietà e CEDU*, cit., 50, il quale in relazione alla prospettiva della congruità dell'indennizzo, rileva come questa sia "potenzialmente idonea a fare emergere in tutta la sua problematicità le "diversità" contenutistiche fra la tutela costituzionale del diritto di proprietà e quella ad esso riservata dall'art. 1 Prot. n. 1 alla CEDU, essenzialmente correlata all'assenza in quest'ultima disposizione, del parametro della funzione sociale che invece campeggia nell'art. 42 Cost. comma 2".

³¹ L'esproprio di un bene ai sensi della seconda frase del primo paragrafo dell'articolo 1 del Protocollo n. 1, senza il pagamento di un importo ragionevolmente connesso al suo valore, costituisce infatti normalmente un'ingerenza sproporzionata e la totale assenza di risarcimento può essere considerata giustificabile soltanto in alcune circostanze eccezionali (cfr. *Ex Re di Grecia e altri c/ Grecia*, § 89).

³² Ci si riferisce, naturalmente, alle vicende giudiziarie che hanno condotto alla famosa sentenza Scordino, la quale ha rappresentato l'approdo di una serie di decisioni con cui è stata ripetutamente condannata l'Italia in tema di indennizzo determinando successivamente, nel 2007, il già richiamato intervento della Corte Costituzionale. Per una più approfondita analisi, v. G. Ramaccioni, *La tutela multilivello del diritto di proprietà*, cit., spec. 108 ss.; R. Conti, *Diritto di proprietà e CEDU*, cit., spec. 49 ss.; A. Gambaro, *Giurisprudenza della Corte europea dei diritti dell'uomo e influenza sul diritto interno in tema di diritto di proprietà*, in *Riv. dir. civ.*, 2010, 115 ss., spec. 124 ss. Il profilo dell'indennizzo, al pari di quello inerente alle modalità di acquisto della proprietà, ha rappresentato, secondo M. Comporti, *La proprietà europea e la proprietà italiana*, cit., spec. 198 ss., il miglior banco di prova ove si evidenzia "l'insanabile contrasto" tra la configurazione della proprietà privata nell'ordinamento europeo e quella nell'ordinamento italiano. In altri termini, si realizzano due idee della proprietà "in conflitto ed insuscettibili di adattamento" in quanto renderebbero estremamente evidente come "la configurazione generale della proprietà privata quale diritto fondamentale con pienezza di poteri di godimento e di disposizione e con diritto ad un giusto indennizzo in caso di espropriazione è ben diversa e dunque inconciliabile con la configurazione di un diritto meramente economico ridotto e limitato secondo il criterio della funzione sociale".

³³ Così, A. Iannarelli, *La proprietà e i suoi limiti nello spazio giuridico europeo*, cit., 198, al quale si rinvia per ulteriori riferimenti casistici.



6. – La breve ricostruzione degli interessi tutelati dalla disciplina della CEDU in materia di proprietà consente di comprendere le ragioni per cui la Corte EDU nel caso di specie ha risarcito il danno materiale derivante dalla confisca con il ristoro dei costi di costruzione, considerati una componente della *restitutio in integrum*, nonché del danno derivante dall’indisponibilità –in termini assoluti e relativi– dei terreni illegittimamente sottratti all’impresa.

In merito alle ulteriori voci di danno emergente –successivamente qualificate dalla Corte barese come danni all’impresa– richieste dalla società già in sede sovranazionale, la Corte EDU, seppur convinta della rilevanza del danno economico, ritenne di non poterne tenere conto in quanto non direttamente connesse alla duplice violazione contestata e ne sanciva l’estraneità rispetto al suo possibile campo di applicazione.

La Corte, adoperando quindi la consueta prospettiva proprietaria cui si è accennato, ha ristorato la società ricorrente della privazione del bene negli esclusivi termini di diritto “assoluto”, quale mero risarcimento per il suo mancato godimento³⁴.

In sostanza, la suddetta configurazione della proprietà ha negato al Giudice sovranazionale, nel caso di specie, la possibilità di considerare gli ulteriori, pur ingenti, danni emergenti all’attività d’impresa successivamente riconosciuti in sede nazionale dalla Corte di Appello.

In tale prospettiva, infatti, a detta del giudice nazionale, alla Corte dei diritti dell’uomo, la quale giudicava solo in virtù della lamentata violazione dell’art. 7, ma soprattutto dell’art. 1 del Prot., non sembrava potersi chiedere di più, rispetto a quanto già ottenuto, e sostanzialmente alla luce dell’ambito operativo in cui agiva e dell’estraneità, rispetto al medesimo, dell’esercizio dell’attività di impresa³⁵.

³⁴ Tuttavia, la prospettiva è destinata a mutare nel momento in cui si adotta una visione *dinamica*, per alcuni versi estranea all’ermeneutica sovranazionale, ove la proprietà non viene più intesa come fine a se stessa, quanto più correttamente in funzione strumentale. Le zone dove l’istituto trapassa dal profilo statico al profilo dinamico sono quelle in cui “*la proprietà viene a contatto con il lavoro e con l’impresa e la funzione sociale, da fascia esterna di doveri che si stendono attorno al diritto, sembra penetrare nel contenuto stesso, animato da una carica impulsiva che scuote l’essenza medesima delle prerogative e delle libertà del proprietario*”, P. Rescigno, *Per uno studio sulla proprietà*, in *Riv. dir. civ.*, 1972, I, 1 ss., spec. 22. La rivoluzione copernicana iniziata da Finzi, se pur infatti rimasta parzialmente incompiuta, ha comunque determinato nel 1948 l’inclusione di una visione, come accennato, funzionalistica della proprietà privata accolta, in sede nazionale, dall’art. 42 della nostra Carta Costituzionale se pur in termini solidaristici. Tale visione trova il proprio principio in una “*elaborazione dogmatica*” che ha avuto come protagonista il diritto dominicale secondo cui l’oggetto sul quale incide non viene più inteso come dato materiale sul quale i terzi non devono interferire, ma, più correttamente, “*nelle utilità che da questo possono derivare seppur sulla base delle scelte (di destinazione) consentite dalla legge al titolare*”. Sicché, anche “*l’esclusione dei terzi, in termini di non accesso materiale al bene, è relativa e non certo assoluta, in quanto opera soltanto nella misura in cui assicura al proprietario di fruire, monopolisticamente, delle sole utilità a lui assicurate dalla legge*”, A. Iannarelli, *La proprietà e i suoi limiti nello spazio giuridico europeo*, cit., 183. In tale prospettiva, in epoca pos-moderna, è stato evidenziato come “*le situazioni dominicali si atteggiavano soprattutto come diritti sulla dimensione utile delle cose*”, P. Grossi, *I beni: itinerari tra ‘moderno’ e ‘pos moderno’*, *Riv. trim. proc. civ.*, 2012, 1059 ss., 1073.

³⁵ Tuttavia, non mancano dei precedenti in cui la Corte di Strasburgo ha comunque tenuto conto, in fase di indennizzo, oltre che del valore venale dei beni espropriati, anche della loro particolare destinazione attribuita dal soggetto espropriato. È il caso *Lallement c/ France*, in cui il ricorso aveva riguardato l’espropriazione di gran parte dei terreni di proprietà di un agricoltore. La Corte ritenne nel caso di specie che l’indennizzo corrisposto, nonostante fosse superiore al valore venale del bene, non potesse considerarsi adeguato in quanto non sufficiente a coprire, nel caso concreto, la perdita specifica costituita dallo “strumento di lavoro” del ricorrente. Sul punto, v. M.L. Padelletti, *Il problema dell’indennizzo nella Convenzione europea dei diritti dell’uomo e nella carta dei diritti fondamentali dell’Unione europea*, in *La proprietà nella carta europea dei diritti fondamentali*, (a cura di) M. Comperti, Giuffrè, 2005, 115 ss., 123, la quale ritiene come, se pur l’importanza di tale decisione vada ridimensionata in considerazione delle condizioni particolari del caso concreto, ad ogni buon conto appare evidente che “*una simile impostazione potrebbe apparire coerente anche rispetto al principio della funzione sociale della proprietà, intesa nel significato positivo di strumento destinato alla realizzazione di altre libertà protette*”. Peraltro, più di recente, si è registrato un caso analogo, *Osmanyan e Amiraghyan c/ Armenia*, § 70, in cui la Corte, nella medesima prospettiva, rileva che (traduzione ad opera di chi scrive): “Nel caso di specie i ricorrenti sostenevano che, come nucleo familiare, dipendevano economicamente dal terreno in questione. Questo argomento non è stato confutato dal Governo



La ricostruzione del campo di applicazione dell'art. 1, Prot. 1, della Convenzione fin qui delineata troverebbe inoltre un'ulteriore conferma, ove si consideri, nello scenario normativo europeo, la Carta dei diritti fondamentali dell'Unione europea, in particolare i diritti, le libertà e i principi ivi sanciti che l'Unione riconosce espressamente con l'art. 6 del Trattato.

Come è noto, l'art. 345 del Trattato sul funzionamento dell'UE lascia sostanzialmente impregiudicato il regime di proprietà esistente negli Stati membri. Tuttavia, è stato osservato che le ragioni dell'assenza di una disciplina specifica europea sulla proprietà vadano ricercate più propriamente nella storicità della figura in esame in quanto “un istituto, quale quello della proprietà, assolutamente centrale nell'esperienza giuriscivilistica dell'età moderna, non può essere disciplinato ex novo o comunque in modo unitario a livello europeo attraverso un trattato internazionale, in presenza di regolamentazioni diverse nell'ambito dei singoli paesi”³⁶.

L'assenza di un complesso di disposizioni non ha comunque certamente frenato l'intervento in materia delle Istituzioni comunitarie in quanto, sebbene stando alla lettera della disposizione, parrebbe che l'Unione affidi esclusivamente ai legislatori nazionali il compito di regolare la proprietà, il perseguimento di “politiche (e relative legislazioni) in materia di moneta, beni culturali, commercio, libera circolazione, trasporto, agricoltura, concorrenza, beni immateriali, ambiente, salute, consumatori e così via, non può non realizzare una significativa incidenza da parte del diritto comunitario in materia proprietaria”³⁷.

In questo scenario si colloca l'art. 17 della Carta, inserito nelle Libertà del Titolo II, previsione nella quale si ribadisce espressamente il diritto di ogni persona di godere della proprietà dei beni che ha acquistato legalmente, di usarli, di disporne e di lasciarli in eredità.

Tale disposizione ha dato origine ad un ampio dibattito volto ad esplorarne l'incidenza nell'ordinamento giuridico italiano³⁸.

Ai fini che rilevano in questa sede, è opportuno soffermarsi sul rapporto fra la suddetta disposizione e quella contenuta nell'art. 1, Protocollo 1, Convenzione EDU³⁹.

Sebbene il confronto fra le due disposizioni apicali in tema di proprietà nel diritto europeo ponga in evidenza alcune immediate differenze viene riconosciuta una sostanziale corrispondenza tra l'art. 17 e l'art. 1 del Protocollo addizionale alla Convenzione⁴⁰.

Diversamente dalla Convenzione, tuttavia, la Carta, interviene ulteriormente sul tema dell'attività di im-

convenuto. È da notare che questo particolare aspetto, vale a dire che in conseguenza dell'espropriazione i ricorrenti avevano perso la loro principale fonte di reddito, non fu preso in considerazione dai tribunali nazionali nelle loro decisioni sull'ammontare del risarcimento dovuto. I tribunali decisero che, nonostante le circostanze, ai ricorrenti dovesse essere corrisposto un indennizzo determinato in relazione ai prezzi degli immobili situati nell'area oggetto di esproprio. Non hanno affrontato la questione se l'indennizzo concesso coprisse la perdita effettiva dei ricorrenti derivante dalla privazione dei mezzi di sussistenza o fosse almeno sufficiente per consentire loro di acquistare un terreno equivalente all'interno dell'area in cui vivevano”. Anche in tale circostanza la misura dell'indennizzo veniva dunque calcolata avendo riguardo della perdita specifica subita, nel caso concreto, dal ricorrente.

³⁶ M. Trimarchi, *Proprietà e diritto europeo*, in *Eur. Dir. priv.*, 2002, 707 ss., 711.

³⁷ M. Trimarchi, *Proprietà e diritto europeo*, cit., 711.

³⁸ Si veda, a titolo meramente esemplificativo, i numerosi contributi raccolti in *Proprietà e diritto europeo, Atti del convegno Reggio Calabria, 11 e 12 ottobre 2013*, (a cura di) G. D'Amico, ESI, 2013; nonché *La proprietà nella carta europea dei diritti fondamentali*, (a cura di) M. Comperti, cit., 2005.

³⁹ Sulle principali differenze sostanziali v. R. Sapiena, Art. 17. *La tutela generale del diritto di proprietà nel diritto europeo. Dalla Cedu alla Carta Europa*, in *Carta dei diritti fondamentali dell'Unione europea*, (a cura di) R. Mastroianni, O. Pollicino, S. Allegranza, F. Pappalardo, O. Razzolini, Giuffrè, 2017, 328 ss., spec. 330; M. L. Padelletti, *Il problema dell'indennizzo nella Convenzione europea dei diritti dell'uomo*, cit., 132 ss.; nonché R. Conti, *Diritto di proprietà e Cedu*, cit., 243 ss.

⁴⁰ Ci si riferisce evidentemente al riferimento nell'art. 17 esplicito alla proprietà e non al “rispetto dei beni”, all'indicazione del contenuto del diritto protetto nonché alla previsione espressa di una “giusta indennità”.



presa, oggetto della previsione dell'art. 16, ove ne viene riconosciuta la sua libertà “conformemente al diritto dell'Unione e alle legislazioni e alle prassi nazionali”.

La scelta di collocare la previsione relativa al diritto di proprietà subito dopo quella riguardante il diritto all'attività di impresa ha indotto a ipotizzare una lettura strumentale del primo rispetto al secondo⁴¹.

Per altro verso, è stato evidenziato come una più attenta esegesi dell'art. 17 potrebbe comunque consentire “una interpretazione che valorizzi (diversamente dalla corrente lettura individualistica della proprietà) profili che evidenziano il momento “oggettivo” della tutela, e l'apertura di quest'ultima alla considerazione di valori diversi da quelli del proprietario”⁴². E, secondo tale lettura, questa interpretazione andrebbe in un certo senso preferita in quanto ridurrebbe le distanze esistenti tra il testo europeo e quello della Costituzione riflettendosi inoltre in un possibile dialogo conciliativo tra Corti⁴³.

Deve inoltre considerarsi che nel diritto dell'Unione europea, così come emerge anche dalla Carta dei Diritti Fondamentali, “ad assumere valenza pregnante sono gli obiettivi mercantilitici, già tratteggiati nel Preambolo al Trattato istitutivo della Comunità europea”⁴⁴. Pertanto, il “nucleo più robusto delle garanzie dei Trattati” è stato da alcuni considerato volto, più che alla tutela del diritto di proprietà, all'incentivo dell'impresa e dell'attività economica⁴⁵.

⁴¹ M. Costantino, *Il diritto di proprietà tra diritto comunitario e diritto interno*, in *La proprietà nella carta europea dei diritti fondamentali*, cit., 45 ss., spec. 78 ss. nt. 22, ove l'Autore respingendo il riferimento alla sfera individuale del diritto di proprietà non lo argina ad esclusivo strumento di impresa né tantomeno esclude il diritto dell'individuo, in quanto titolare, di decidere sull'uso che ne intende fare, pur evidenziando il restringimento di tali facoltà di scelta in determinati casi: qualora il titolare sia un soggetto le cui finalità sono già stabilite dall'ordinamento o qualora l'esercizio del diritto debba conformarsi ad esigenze statuarie o legali. Tuttavia, rileva l'inutilità della proprietà scollegata dalla sua funzione produttiva inerente all'impresa. Si rimanda inoltre alle ulteriori considerazioni svolte dal Presidente del Tribunale UE, M. Jaeger, *Il diritto di proprietà quale diritto fondamentale nella giurisprudenza della Corte di giustizia*, in *Eur. Dir. priv.*, 2011, 2, 349 ss., il quale conclude a favore di una lettura alternativa e relativa del diritto di proprietà che si realizza nel bilanciamento con gli interessi generali. In ogni caso, pur trattandosi di orientamenti certamente autorevoli, non rappresentano la più diffusa opinione critica. L'orientamento maggioritario in dottrina continua, infatti, a guardare anche alla Carta del 2000 con uno sguardo di sfavore, considerando ferma la prospettiva soggettiva, garantista, che investirebbe quindi l'intero scenario europeo. In questi termini, C. Salvi, *Proprietà, libertà e funzione sociale. Principi e regole*, in *Proprietà e diritto europeo*, cit., 45 ss., il quale esordisce affermando che “la Costituzione italiana e quella europea contengono due diversi principi generali in materia di proprietà privata. Per la prima il principio è la funzione sociale (art. 42), per la seconda è la libertà del proprietario (art. 17 della Carta dei diritti). Si tratta di principi storicamente alternativi” condividendo “l'opinione di coloro che sottolineano l'incompatibilità tra il principio che considera la proprietà una fondamentale diritto di libertà e il principio della funzione sociale”. Nonché, tra gli altri, P. Grossi, *Il diritto civile tra le rigidità di ieri e le mobilità di oggi*, cit., 27 ss.; M. Comporti, *La proprietà europea e la proprietà italiana*, cit.; L. Nivarra, *La proprietà europea tra controriforma e rivoluzione passiva*, cit., 575 ss., ove osserva a proposito dell'art. 17 come la norma “si inserisce perfettamente all'interno della trama individualistica e precostituzionale (nel senso del costituzionalismo del secondo dopoguerra) che caratterizza l'intera CDFUE: e, anzi, segna una vera e propria presa di distanze dalla nostra costituzione economica”, evidenziano perlomeno cinque profili di discrepanza: “i) attenzione dettagliata per le facoltà del soggetto-proprietario, piuttosto che per le restrizioni che esse possono sopportare; ii) sostituzione della “causa di pubblico interesse” ai “motivi d'interesse generale”; iii) legittimità dell'espropriazione non più legata ad un indennizzo senz'altra specificazione, quanto, piuttosto, ad una “giusta indennità” da corrispondere “in tempo utile” iv) previsione, come contenuto della proprietà, del diritto di lasciare i beni in eredità, a differenza dell'art. 42, co. 4 Cost. «che si ispira invece alla logica «novecentesca» della funzione redistributiva del diritto successorio; v) tutela della proprietà intellettuale. E, dunque, concludendo, come “sia sotto il profilo sistematico, sia sotto il profilo esegetico, i due testi non potrebbero essere più distanti”.

⁴² G. D'Amico, *Le ragioni di un convegno*, in *Proprietà e diritto europeo*, cit., 7 ss., spec. 22,23.

⁴³ G. D'Amico, *Le ragioni*, cit., il quale osserva che “meritano di essere assecondate quelle letture che riducono, anziché aumentare, la distanza (indubbiamente esistente) tra il testo europeo e quello di alcune Costituzioni nazionali”.

⁴⁴ R. Conti, *Diritto di proprietà e CEDU*, cit., 2012, 93.

⁴⁵ V. Angiolini, *Tutela della proprietà nel diritto europeo*, in *Jus*, 2001, 1 ss., 7. In tale prospettiva viene auspicata una lettura dell'art. 17 non “decontestualizzata”. Sul punto, M. Trimarchi, *La proprietà italo-europea*, cit., 64 ove osserva che “nell'ottica dell'integrazione col diritto primario interno va evitata qualsiasi lettura decontestualizzata dell'art. 17: in particolare una impostazione



Proprio in tale prospettiva, in una più generale considerazione degli interessi perseguiti dalla Carta, si è auspicata, nel diritto sovranazionale europeo, una protezione dell'utilizzo dei beni in senso dinamico, nel significato *strumentale* del diritto di proprietà da intendere dunque non in quanto tale, come mera facoltà che esclude altri dalla disponibilità e dal godimento di un bene, quanto piuttosto volta alla promozione di interessi economici⁴⁶.

Intendere il diritto dominicale, quale potere e facoltà di disporre effettivamente dei propri beni per l'esercizio di un'ulteriore attività protetta, quale quella di impresa, produrrebbe infatti degli evidenti e immediati benefici soprattutto in materia di indennizzo. Questo non si esaurirebbe nel riconoscimento del mero valore del bene illegittimamente sottratto, ma più diffusamente nel danno derivante dalla sua sottrazione all'utilizzo effettivo al quale era destinato⁴⁷.

Ad ogni modo, dal semplice confronto fra i due testi normativi europei, per quanto rileva ai fini del caso di specie, emerge comunque un dato evidente e vale a dire che, al contrario della Carta fondamentale, la Convenzione europea dei diritti dell'uomo non contempla l'attività d'impresa. E, in tale prospettiva, in effetti, la Corte barese considerava la citata disposizione dell'art. 1, Prot. Add. essere riferita all'esclusivo diritto di proprietà così da ritenere il danno emergente all'attività di impresa estraneo rispetto al suo possibile campo di applicazione.

Né, d'altro canto, appariva possibile, interpretare l'art. 1 in modo estensivo, vale a dire in modo tale da estenderne il campo di applicazione a qualsivoglia lesione di un valore economico a differenza dell'art. 17, il quale diversamente, come evidenziato, potrebbe potenzialmente prestarsi ad una lettura dinamica e strumentale del diritto di proprietà tale da includere il riconoscimento di ulteriori interessi e valori meritevoli di tutela.

che richiami visioni ottocentesche di tutela assoluta e incondizionata del diritto si deve ritenere non presentare alcun fondamento positivo".

⁴⁶ v. V. Angiolini, *Tutela della proprietà*, cit., 1 ss.

⁴⁷ In altri termini, "dovrebbe essere indennizzabile non solo l'ablazione totale, bensì anche quelle limitazioni ai poteri o alle facoltà del proprietario che distolgano il bene dalla destinazione impresa", V. Angiolini, *Tutela della proprietà*, cit., 11.



TOMMASO BELFIORE

Dottore in Giurisprudenza – Università degli Studi di Napoli Federico II

PANDEMIA E DIRITTO PRIVATO

SOMMARIO: 1. *Il diritto civile all'epoca dell'emergenza sanitaria.* – 2. *I provvedimenti adottati dal legislatore pandemico.* – 3. *La giurisprudenza emergenziale.*

1. – Lo stato di emergenza¹ in cui versava l'Italia, derivante dalla diffusione del virus Covid-19, ha imposto una revisione transeunte del temperamento tra i diritti dei singoli e l'interesse della collettività. In questo contesto, sembra ragionevole ritenere che il diritto civile necessiti di un adeguamento, in rispondenza alle esigenze dei consociati.

Una parte della dottrina, seguendo impostazioni solidaristiche, ha osservato che le norme vigenti in materia di obbligazioni e contratti non sono in grado di fronteggiare la nuova situazione socio-economica². Infatti, il contatto tra le persone è alla base dell'insieme dei rapporti giuridici tra le stesse intercorrenti, dal momento che l'essenza della nozione di rapporto è l'interazione tra almeno due soggetti, ossia tra il creditore e il debitore³. Ora, poiché l'emergenza del periodo non permette di tenere determinati comportamenti, è evidente come il rapporto obbligatorio risenta dell'accennata situazione, tanto da rendere necessario l'intervento del legislatore.

Gli ordinamenti giuridici sono stati indotti dalla situazione emergenziale, in primo luogo, a fronteggiare il diffondersi dell'epidemia con misure di contenimento, implicanti significative limitazioni delle libertà personali (come quella di circolazione), giustificate dall'intento di tutelare la salute dei consociati, e, in secondo luogo, ad attenuare, per quanto possibile, le ripercussioni della pandemia sull'economia globale. Ciò ha imposto una costante ricerca di equilibrio nel rapporto tra individuo e collettività, l'interesse della quale è stato considerato spesso preminente⁴.

La marcata eccezionalità della pandemia ha spinto la dottrina e la giurisprudenza a verificare se il diritto civile, nel suo specifico settore relativo alle obbligazioni e ai contratti, possa atteggiarsi in termini diversi dal

¹ Lo stato di emergenza epidemiologica da Covid-19 è stato dichiarato con delibera del Consiglio dei ministri del 31 gennaio 2020 fino al 31 luglio 2020. Con successive previsioni normative, lo stato di emergenza è stato prorogato fino al 31 marzo 2022.

² In argomento, v. C. SCOGNAMIGLIO, *L'emergenza covid 19: quale ruolo per il civilista?*, in *Giustizia civile.com*, 2020; M. TAMPIERI, *La riscoperta del principio di solidarietà*, in *Juscivile*, 2020, p. 612 ss.; P. CHIARELLA, *Solidarietà necessaria: erogazioni liberali nell'emergenza epidemiologica da Covid-19*, in *Giustizia civile.com*, 2020; U. MATTEI, A. QUARTA, *Tre tipi di solidarietà. Oltre la crisi nel diritto dei contratti*, in *Giustizia civile.com*, 2020.

³ Cfr. V. ROPPO, *Diritto privato*, 8ª ed., Torino, 2020, 48 ss. e 57.

⁴ Cfr. F. DI MARZIO, *Comunità. Affrontiamo la nostra prova*, in *Giustizia civile.com*, 2020.



modo in cui è stato tradizionalmente concepito dagli interpreti. In particolare, sono sorti dubbi sul modo in cui esso opera, cioè con «un'apparente impermeabilità ovvero insensibilità alle vicende contingenti»⁵. A tal proposito, sembra condivisibile l'opinione di chi ritiene che, alla fine della pandemia, le conseguenze economiche per i singoli saranno notevoli⁶. Sul punto, pare opportuno domandarsi se, a fronte dei pregiudizi patrimoniali connessi ai rapporti negoziali sorti prima della pandemia, la vigente disciplina delle sopravvenienze sia idonea ad affrontare il contenzioso giudiziario.

La situazione pandemica è stata definita come una «sfida»⁷ e, non a caso, è invalso l'uso del termine «guerra», considerato che l'economia è depressa e la povertà aumenta, accentuando le disuguaglianze.

Nel contesto delineato, voci autorevoli⁸ hanno evidenziato l'opportunità di un nuovo Piano Marshall, con interventi straordinari finalizzati a una ricostruzione economica e sociale, simile ai piani che hanno consentito ai Paesi dell'Occidente di rinascere nel secondo dopoguerra. Tuttavia, al momento non si registra l'adozione di alcun programma di riemersione economico-finanziaria, che sia idoneo a ridurre l'impatto del coronavirus sul quadro socio-economico.

In effetti, nonostante il diritto civile non sia indifferente agli accadimenti sopravvenuti capaci di incidere sull'equilibrio contrattuale, sembra ragionevole discorrere di un'attenzione limitata, diretta principalmente ad eliminare il vincolo contrattuale anziché adeguarlo al nuovo contesto. Le norme a tal uopo previste, *in primis* la disciplina della risoluzione per eccessiva onerosità e per impossibilità sopravvenuta della prestazione (ove è possibile scorgere un'apertura verso la sopravvivenza del contratto), rimettono sempre alla parte che non risente degli eventi pregiudizievoli la facoltà di determinare la conservazione del vincolo⁹.

Occorre evidenziare, poi, che l'impotenza finanziaria non è mai causa di esonero dalla responsabilità contrattuale.

La risposta offerta dalla parte generale dei contratti, ossia lo scioglimento del vincolo, appare inutilizzabile, poiché manifestamente inadeguata a sostenere le parti maggiormente danneggiate dalle conseguenze economiche della pandemia, ossia gli operatori del mercato che subiscono gravi perdite dallo scioglimento del contratto, che può mettere a rischio la sopravvivenza della loro attività¹⁰.

Sembra inevitabile nutrire delle perplessità sulla capacità delle regole attuali, nello specifico in tema di obbligazioni e contratti, di reggere all'impatto dell'emergenza, essendo evidenti l'insufficienza dei rimedi che l'ordinamento vigente contempla e l'esigenza di una legislazione *ad hoc*.

La pandemia dovuta al coronavirus¹¹ ha prodotto effetti economici sostanziali su scala globale in ragione del considerevole tasso di contagiosità della malattia¹². L'impressionante velocità di diffusione del *virus* ha

⁵ V., anche per il virgolettato, F. MACARIO, *Per un diritto dei contratti più solidale in epoca di «coronavirus»*, in *Giustizia civile.com*, 2020.

⁶ V., in argomento, M. RUBINO DE RITIS, *Gli effetti della pandemia sull'economia digitale*, in *Giustizia civile.com*, 2020.

⁷ Così G. GRISI, *La lezione del Coronavirus*, in *Juscivile*, 2020, p. 192 s.

⁸ Si allude a Ursula von der Leyen, Presidente della Commissione Europea, nella lettera inviata al Direttore de "L'Avvenire" il 4 aprile 2020 (il testo integrale in www.avvenire.it).

⁹ Ci si riferisce alla *reductio ad equitatem* ex art. 1467, comma 3, c.c. In argomento, v. A.M. BENEDETTI e R. NATOLI, *Coronavirus, emergenza sanitaria e diritto dei contratti: spunti per un dibattito*, in www.dirittobancario.it, 2020, secondo i quali «la risposta offerta dalla parte generale dei contratti [...] oggi è però inservibile, perché manifestamente inadeguata a sostenere le parti che più patiscono le conseguenze economiche dell'emergenza».

¹⁰ Cfr. S. GUADAGNO, *L'incidenza della difficoltà ad adempiere a causa del Covid-19 sui rapporti contrattuali in corso, tra emergenza e prospettive*, in www.altalex.com, 2020.

¹¹ Il Covid-19 costituisce la prima pandemia che, per la sua velocità di diffusione, ha interessato quasi simultaneamente tutti i continenti. L'Organizzazione Mondiale della Sanità, l'11 marzo 2020, ha dichiarato ufficialmente la pandemia e l'ha definita emer-



sovraccaricato le strutture sanitarie, rendendo necessarie misure di contenimento e di distanziamento sociale, implicanti il declino della produzione.

In mancanza «di una sorta di *New Deal* normativo che prevenga il contenzioso destinato a scatenarsi [...] sul diritto dei contratti e riallochi imperativamente i costi ed i danni subiti dalle parti»¹³, occorre convenire che l'attuale contesto storico-giuridico non può essere gestito dal giurista esclusivamente attraverso le soluzioni dottrinali.

L'indagine circa la vicenda del Covid-19 e del suo impatto sul mondo giuridico presuppone una riflessione sul ruolo del «fatto storico» nelle relazioni e nei rapporti giuridici, nonché sul modo in cui esso incide sulla causa del contratto; inoltre, impone «una rigorosa — e forse inaspettata e rivoluzionaria — riconsiderazione del ruolo [...] attribuito al fatto, al tempo, alla sopravvenienza, nell'ambito del rapporto obbligatorio»¹⁴.

Il Covid costituisce un fatto, cioè un evento naturale che si produce nella realtà empirica¹⁵, il quale assume il connotato della giuridicità nel momento in cui produce conseguenze giuridiche. Nella dicotomia ordinario-straordinario tipica dei fatti naturali¹⁶, il *virus* e le misure restrittive adottate per farvi fronte si collocano certamente nell'ambito di quelle straordinarie¹⁷, che l'ordinamento non si limita a riconoscere, ma si attiva al fine di contenerne le conseguenze.

2. – Le reazioni alla pandemia predisposte dallo Stato rispondono, da una parte, alla necessità di fronteggiare la crisi sanitaria, riducendo al minimo le ospedalizzazioni e i decessi, e, dall'altra, alla necessità di contenere gli effetti della stessa sull'economia globale¹⁸.

Il Governo italiano, dopo aver proclamato lo stato di emergenza, come definito dalla l. 24 febbraio 1992, n. 225, istitutiva del Servizio Nazionale della Protezione Civile¹⁹, ha adottato il d.l. 23 febbraio 2020, n. 6, recante «Misure urgenti in materia di contenimento e gestione dell'emergenza epidemiologica da COVID-19»²⁰, convertito con modificazioni dalla l. 5 marzo 2020, n. 13.

Con il decreto in questione le «autorità competenti»²¹ sono state autorizzate ad adottare misure di contenimento e gestione dell'emergenza (art. 1), specificando forma e limiti del campo dell'intervento²².

genza di sanità pubblica di interesse internazionale (*Public Health Emergency of International Concern*, abbreviata con la sigla *PEICH*), come previsto nel Regolamento sanitario internazionale (*International Health Regulations, IHR*, 2005).

¹² Dopo due anni dalla prima manifestazione del coronavirus, infatti, erano oltre 513 milioni i casi accertati e più di 6 milioni i decessi a livello mondiale.

¹³ V., anche per le espressioni fedelmente riportate, C. SCOGNAMIGLIO, *L'emergenza Covid 19: quale ruolo per il civilista?*, cit.

¹⁴ Così C. BERTI, *Il «fatto storico» Covid-19 come criterio di riqualificazione dell'«atto» e del «rapporto»*, in *Resp. civ. prev.*, 2020, p. 582 s.

¹⁵ Secondo A. TORRENTE, P. SCHELSINGER, *Manuale di diritto privato*, 25ª ed., Milano, 2021, p. 210, il fatto determina «un mutamento della situazione preesistente *in rerum natura*, nel mondo fisico o sensibile, percepibile all'uomo con i sensi».

¹⁶ In argomento, v. A. FALZEA, *Fatto giuridico*, in *Enc. dir.*, XVI, Milano, 1967, 941 s.

¹⁷ A.M. BENEDETTI e R. NATOLI, *Coronavirus, emergenza sanitaria e diritto dei contratti: spunti per un dibattito*, cit., 2, sostengono che di fronte a un *virus*, che cambia l'assetto delle regole in gioco, l'interprete non può restare inerte.

¹⁸ Cfr. G. GUZZARDI, *Tutela del credito nell'ordinamento sportivo e crisi pandemica*, in *Contratti*, 2022, 83.

¹⁹ Nel caso del verificarsi di calamità naturali o eventi straordinari, l'articolo 5, commi 1 e 1-bis, stabilisce che la delibera del Consiglio dei Ministri dichiara lo stato di emergenza, individuando le risorse finanziarie destinate a ristabilire la situazione precedente di tranquillità.

²⁰ L'art. 1 del d. l. citato sanciva che, per evitare la diffusione del *virus* nelle aree in cui fosse risultata positiva almeno una persona, le autorità competenti erano legittimate ad adottare ogni provvedimento necessario ad assicurare il contenimento della situazione epidemiologica.

²¹ In senso critico, relativamente alla previsione dell'estensione dei poteri di governo dell'emergenza ad autorità diverse da quella



Sulla base della «fonte legittimante»²³ sopra richiamata, con il d.l. 23 febbraio 2020, n. 6, ha preso avvio l'adozione di una serie di misure di contenimento, per impedire la diffusione del coronavirus, sempre più restrittive su tutto il territorio nazionale²⁴.

L'art. 1 del citato decreto ha stabilito che, nei comuni nei quali risulti positiva almeno una persona per la quale non si sia conosciuta la fonte di trasmissione, le autorità competenti sono tenute ad adottare ogni opportuna misura al fine di contrastare la diffusione del *virus*.

Il decreto ha previsto alcune misure da impiegare per contrastare l'espandersi della malattia, come l'adozione del divieto di allontanamento o di accesso nel comune o nell'area interessata dal contagio, la sospensione dei servizi educativi dell'infanzia e delle scuole di ogni ordine e grado, l'applicazione della quarantena con sorveglianza attiva degli individui che avessero avuto contatti stretti con eventuali contagiati, la chiusura di tutti gli esercizi commerciali, con esclusione di quelli che commerciano beni di prima necessità, la limitazione e la sospensione dei servizi di trasporto di merci e di persone, nonché quella delle attività lavorative per le imprese e gli abitanti dei comuni o aree interessate dal contagio²⁵.

Posto che controllare una pandemia significa appiattire la curva dei contagi, la decretazione d'urgenza, attuativa del menzionato d.l., sebbene abbia inciso negativamente sui rapporti civili, sociali ed economici a favore del preminente diritto alla salute pubblica²⁶, ha contribuito a rallentare il tasso di infezione. Nella prima fase di messa a punto di protocolli medici, vaccini e cure validate clinicamente, l'applicazione immediata di misure volte a limitare l'interazione sociale tra gli individui ha consentito quantomeno di rallentare il contagio e di ridurre le pressioni sul sistema sanitario, recuperando così tempo anche per l'affinamento di tecniche efficaci di tracciamento e isolamento dei contagiati.

Tuttavia, i metodi di contenimento del contagio hanno avuto un'incidenza negativa sull'economia negoziale, avendo pregiudicato la stabilità e la certezza dei vincoli contrattuali. L'intero sistema del diritto delle obbligazioni non poteva non risentirne²⁷. Ciò ha spinto il Governo ad adottare misure di potenziamento del Servizio Sanitario Nazionale e di sostegno economico per famiglie, lavoratori e imprese connesse all'emergenza sanitaria. In tal senso, il d.l. 17 marzo 2020, n. 18 (c.d. decreto «cura Italia»), convertito con modificazioni con la l. 24 aprile 2020, n. 27, è intervenuto al fine di contemperare i danni economici e sociali causati dalle rigorose misure di contenimento.

statale, le quali possono adottare «ogni misura di contenimento e gestione adeguata e proporzionata all'evolversi della situazione epidemiologica», v. V. BALDINI, *Emergenza sanitaria e Stato di prevenzione*, in *Dir. fond.*, 2020, 593. M. CAVINO, *Covid-19. Una prima lettura dei provvedimenti adottati dal Governo*, in *Federalismi.it*, 2020, pone l'accento sull'ampia discrezionalità delle autorità amministrative.

²² L'art. 3 del decreto in questione, in particolare, indica la forma e le modalità di adozione delle misure di contenimento, prevedendo che le misure autorizzate sono adottate, su proposta del Ministro della Salute, con decreto del Presidente del Consiglio dei Ministri, previo parere dei Ministeri dell'Interno, della Salute, della Difesa, nonché degli altri ministeri competenti per materia, senza maggiori o nuovi oneri per la finanza pubblica.

²³ Così M. LUCIANI, *Il sistema delle fonti del diritto alla prova dell'emergenza*, in *Riv. ass. ita. cost.*, 2020.

²⁴ V., *amplius*, M. AGNES, *Le misure nazionali di contenimento dell'epidemia da Covid-19*, in *Gior. dir. amm.*, 2020, 282 s.

²⁵ Con il d.P.C.M. del 9 marzo 2020 le restrizioni sono state estese a tutto il territorio nazionale. Si fa riferimento, in particolare, al divieto di accesso e di allontanamento dal comune di residenza, dei trasporti di merci e persone, delle manifestazioni di ogni genere, alla sospensione dell'attività lavorativa quando non esercitabile telematicamente. Con il successivo d.P.C.M. del 22 marzo 2020 sono state sospese tutte le attività produttive, ad esclusione del settore strategico e della difesa nazionale.

²⁶ In argomento, v. L. GUERRINI, *Coronavirus, legislazione emergenziale e contratto: una fotografia*, in *Giustizia civile.com*, 2020.

²⁷ In argomento, v. A.M. BENEDETTI, *Obbligazioni e contratti al tempo dell'emergenza. L'esperienza italiana (art. 3, comma 6-bis, d. l. n. 6/2020)*, in *Actual. jur. iber.*, 2020, 268.



L'art. 91 l. n. 27/2020 ha introdotto una disposizione alquanto rilevante in tema di diritto dei contratti. In particolare, esso ha aggiunto il comma 6-*bis* all'art. 3 d.l. n. 6/2020, il quale stabilisce che, nella valutazione dell'esclusione della responsabilità per inadempimento *ex art.* 1218 cod. civ., va sempre presa in considerazione la condotta del debitore che si sia attenuto alle misure di contenimento del *virus*. In altre parole, l'art. 91 del d.l. «cura Italia» introduce la nuova causa di giustificazione dell'inadempimento contrattuale c.d. «emergenziale», il quale non dipende direttamente dalla pandemia, ma dall'osservanza delle misure restrittive introdotte dal governo, sempre che impediscano al debitore di eseguire la prestazione²⁸.

Ciò posto, la norma non è andata esente da critiche e ha sollevato numerose questioni²⁹, derivanti soprattutto dal suo tenore letterale ambiguo³⁰.

In primo luogo, accreditata dottrina ha osservato³¹ come la norma non fornisca alcuna indicazione circa il nesso teleologico richiesto ai fini della sua applicazione. Ci si domanda, in altre parole, se la norma in commento tenga in considerazione gli effetti indiretti derivanti dalle misure di contenimento. Infatti, se da una parte è indubbia la possibile esenzione da responsabilità per il debitore che non può eseguire la prestazione in fase emergenziale, perché tenuto al rispetto delle misure di contenimento, dall'altra, è dubbia l'operatività della regola nel caso di temporanea impossibilità di produrre reddito e, dunque, di sostenere i costi aziendali, come quelli relativi al canone di affitto di un locale commerciale sottoposto a sospensione dell'attività³².

Con riferimento a tale ultimo profilo occorre rilevare come l'emergenza sanitaria abbia evidenziato la possibile attitudine distorsiva di una fondamentale opzione ideologica, che permea il sistema civilistico di gestione della responsabilità contrattuale, ossia la tendenziale irrilevanza che, ai fini della eventuale scusabilità dell'inadempimento, può dispiegare l'impotenza finanziaria del debitore³³. Tematica, questa, particolarmente attuale nel contesto generato dall'emergenza sanitaria che, in ragione, da un lato, della naturale riduzione delle interazioni sociali e, dall'altro, dell'autoritativa limitazione dei contatti prodotta dalla decretazione emergenziale, ha inevitabilmente favorito una cospicua limitazione dei flussi di cassa, con conseguente riduzione del fatturato aziendale e, correlativamente, della liquidità a disposizione delle imprese, utile ad attendere con regolarità agli impegni assunti. Nondimeno, il principio concernente l'irrilevanza della condizione finanziaria del debitore non è apparso scalfito³⁴, essendo radicato il fondamento che lo stesso presenta nella sistematica tracciata dalla disciplina delle obbligazioni.

L'inidoneità dell'impotenza finanziaria ad assurgere a ragione di impossibilità sopravvenuta della prestazione fa riferimento, da un lato, alla natura del bene oggetto delle prestazioni pecuniarie, che, in quanto

²⁸ Cfr. A.M. BENEDETTI, *Il rapporto obbligatorio al tempo dell'isolamento: brevi note sul Decreto "cura Italia"*, in *Contratti*, 2020, 213 s.; P. VERRI, *L'emergenza Covid-19 e gli effetti sull'adempimento delle obbligazioni*, in *Riv. dir. risp.*, 2020; S. MONTI, *L'inadempimento ai tempi del Covid: qualche riflessione sull'art. 91, D.L. n. 18/2020*, in *www.altalex.com*, 2020; A. SEMPRINI, *Inadempimenti 'emergenziali': colpa del debitore, inesigibilità della prestazione, e nuovo art. 3, comma 6-bis, D.L. N. 6/2020*, in *Studi urbinati*, 2020, 762 s.

²⁹ Per una completa disamina, cfr. A.M. BENEDETTI, *op. loc. ult. cit.*

³⁰ Si consideri, a titolo esemplificativo, che già dalla prima lettura emergono dubbi interpretativi riguardo alla nozione stessa di «misure di contenimento», essendo il richiamo limitato solamente a quelle inserite nel decreto stesso. Ci si interroga sul se la regola sia applicabile anche a quelle disposizioni che non rientrino a stretto rigore tra quelle elencate dagli artt. 1 e 2 d.l. n. 6/2020, nonché in ordine alla possibilità, per il giudice, di valorizzare anche la conformazione a misure di contenimento contenute in diverso testo normativo.

³¹ V. BARBA, *I rapporti contrattuali nel periodo di pandemia tra norme emergenziali e diritto comune*, in *Bil. com. pers.*, 2020, 19.

³² Cfr. A.M. BENEDETTI, *Il rapporto obbligatorio al tempo dell'isolamento: brevi note sul Decreto cura Italia*, cit., p. 214.

³³ Cass. 15 novembre 2013, n. 25777, in *Onelegale.it*; Cass. 20 maggio 2004, n. 9628, in *ItalggiureWeb.it*; Cass. 16 marzo 1987, n. 2691, in *Onelegale.it*.

³⁴ Cfr. C.M. BIANCA, *Diritto civile, IV, L'obbligazione*, 3^a ed., Milano, 2019, 143 s.



ascrivibili alla sfera delle obbligazioni di cosa generica, non appaiono dogmaticamente compatibili con la configurazione di una simile causa di estinzione delle obbligazioni³⁵; dall'altro, a una considerazione di ordine generale, afferente alla corretta regolarizzazione dei traffici giuridici³⁶. Al riguardo, infatti, sembra ragionevole ritenere come l'eventuale crisi di liquidità del debitore non possa che concretizzare un rischio posto a suo esclusivo carico, pur nelle ipotesi in cui essa risulti essere correlata a un'altrui insolvenza o a una crisi di mercato favorita da fattori esogeni. Del resto, diversamente opinando, si legittimerebbe il trasferimento a carico del creditore dei rischi legati all'insolvenza del debitore, con instaurazione di un meccanismo teso a trasferire da un soggetto all'altro di ogni rapporto il rischio derivante da una crisi di liquidità, con conseguente pericolo per la sicurezza dei rapporti commerciali³⁷.

Si comprendono, alla luce di tali considerazioni, le ragioni retrostanti l'esclusione dal novero applicativo dell'art. 91 del d.l. «cura Italia» dei casi di inadempimento motivati da insolvenza conseguente alla diffusione dell'emergenza pandemica, non essendo la crisi di liquidità fattore sufficiente a far ritenere, quale valore assoluto, oggettivamente impossibile l'esecuzione della prestazione.

L'art. 3, comma 6-bis, d.l. n. 6/2020 ha suscitato un interrogativo riguardante il ruolo del giudice sulla sua applicazione. Segnatamente, parte della dottrina si chiede se la norma in esame preveda una nuova ipotesi di forza maggiore, che quindi operi automaticamente, oppure si limiti a fornire un criterio ermeneutico per indirizzare il giudice, lasciato libero di considerare ingiustificato l'inadempimento, nonostante la sussistenza di tutti i requisiti previsti dalla legge³⁸.

La Relazione illustrativa del d.l. n. 18/2020 fa riferimento soltanto a un'eventuale possibilità di esclusione della responsabilità senza alcun automatismo legale, precisando che la norma è finalizzata a chiarire che il rispetto delle misure di contenimento può escludere la responsabilità del debitore *ex art.* 1218 cod. civ., nonché l'applicazione di eventuali decadenze o penali connesse a ritardati adempimenti.

Tuttavia, la precisazione surriferita sembra in contrasto con la formulazione letterale dello stesso art. 91, il quale stabilisce che, nella valutazione dell'adempimento, bisogna «sempre» tenere in considerazione l'incidenza delle misure di contenimento.

Ad ogni modo, l'interpretazione sistematica impone una lettura della norma coerente con l'art. 1218 cod. civ. e con il principio fondamentale della Carta costituzionale, ossia il dovere di solidarietà e, inoltre, con l'inesigibilità della prestazione come limite alle pretese creditorie, nonché con i doveri di correttezza e buona fede oggettiva³⁹.

Pertanto, è ragionevole escludere ogni automatismo, nel senso che il giudice dovrebbe avere la possibilità di negare l'esonero da responsabilità ogni qual volta dalle contingenze del caso concreto emerga che la regolamentazione emergenziale non ha (di fatto) reso fisiologicamente impossibile la prestazione, la quale poteva comunque essere eseguita dal debitore con maggiori, ma esigibili, sforzi, secondo l'ordinaria diligenza⁴⁰.

³⁵ In argomento, v. P. RESCIGNO, *Obbligazioni (nozioni)*, in *Enc. dir.*, XXIX, Milano, 1979, 175.

³⁶ Cfr. G. SMORTO, *Dell'impossibilità sopravvenuta per causa non imputabile al debitore. Art. 1256*, in *Delle obbligazioni. Artt. 1218-1276*, a cura di V. Cuffaro, in *Comm. c.c.*, diretto da E. Gabrielli, Torino, 2013, p. 672 s.; L. MOSCO, *Impossibilità sopravvenuta*, in *Enc. dir.*, XX, Milano, 1970, p. 426; F. GALGANO, *Diritto civile e commerciale*, II, *Le obbligazioni e i contratti*, Padova, 1999, 57.

³⁷ Cfr. Cass., Relazione Tematica n. 56, 8 luglio 2020, in www.cortedicassazione.it, 7.

³⁸ Cfr. S. GUADAGNO, *L'incidenza della difficoltà ad adempiere a causa del Covid-19 sui rapporti contrattuali in corso, tra emergenza e prospettive*, cit.

³⁹ In argomento, v. G. FEDERICO, *Adeguamento del contratto e doveri di solidarietà: per un'ermeneutica della dignità*, in *Questione giustizia.it*, 2020. Nello stesso senso, v. A.A. DOLMETTA, «Misure di contenimento» della pandemia e disciplina dell'obbligazione (prime note all'art. 91 comma 1 d. l. n. 18/2020), in *Banca borsa tit. cred.*, 2020, I, 151.

⁴⁰ S. GUADAGNO, *L'incidenza della difficoltà ad adempiere a causa del Covid-19 sui rapporti contrattuali in corso, tra emergen-*



In definitiva, l'art. 91 del d.l. «cura Italia» non introduce una nuova fattispecie di forza maggiore, ma riafferma i dettami di cui all'art. 1218 cod. civ., da cui trae il suo fondamento; sicché non si può giudicare casuale l'espresso richiamo alla norma codicistica nel testo del decreto.

Le considerazioni fin qui svolte hanno trovato maggiore voce nella relazione n. 56 dell'8 luglio 2020 della Corte di Cassazione, riguardante le «novità normative sostanziali del diritto “emergenziale” anti-Covid-19 in ambito contrattuale e concorsuale»⁴¹. Tuttavia, anche se l'onere probatorio gravante sul debitore risulta alleggerito⁴², costui è sempre tenuto a dimostrare il nesso di causalità tra il necessario rispetto della legislazione di emergenza e l'impossibilità di eseguire la propria prestazione, fermo restando il principio di vicinanza della prova⁴³.

L'interpretazione ora prospettata, condivisa dalla recente giurisprudenza di merito⁴⁴, appare coerente con la stratificata giurisprudenza riguardante la corretta articolazione dell'onere probatorio concernente la responsabilità contrattuale. Opinione, questa, inaugurata dalle Sezioni Unite della Suprema Corte a partire dal 2001, tesa ad addossare in capo al debitore il dovere di fornire adeguata dimostrazione circa l'insussistenza o la non imputabilità dell'inadempimento allegato dalla controparte negoziale⁴⁵. Ciò in coerenza con i canoni desumibili dall'art. 2697 cod. civ., nonché con il principio di vicinanza della prova, la cui consistenza induce a distribuire l'onere in commento in modo tale da far gravare il dovere di comprovare una determinata circostanza sul soggetto che rivesta una posizione che lo ponga nelle migliori condizioni per offrire la relativa prova.

Coordinando tale ultima considerazione con le acquisizioni evidenziate in ordine alla sostanza dell'art. 91, d.l. n. 18/2020, è agevole dedurre come una diversa soluzione, volta a imporre al creditore insoddisfatto il dovere di dimostrare che l'adempimento sarebbe stato ugualmente possibile anche nel rispetto delle misure di contenimento dirette a limitare la diffusione del contagio, avrebbe introdotto nel sistema un principio distonico rispetto ai canoni che tradizionalmente governano la materia della responsabilità contrattuale⁴⁶. Una simile circostanza, infatti, essendo avulsa dalla sfera di azione del soggetto attivo del rapporto e concernendo essenzialmente la sfera giuridica del debitore, sintetizza un *thema probandum* agevolmente dimostrabile da parte del debitore, con ciò giustificandosi l'opzione valorizzata dal legislatore nel disposto qui in esame⁴⁷.

Non si può trascurare, tuttavia, che proprio in ragione della tendenziale conformità al sistema civilistico, la norma in questione non introduce apprezzabili elementi di novità di diritto sostanziale, ribadendo essen-

za e prospettive, cit., sostiene che dovrà valutarsi se il rispetto delle misure di contenimento sia stata l'unica ragione dell'inadempimento prima di ricorrere all'art. 3-bis, d.l. n. 6/2020. Nello stesso senso, v. E. BUSANI, E. LUCCHINI GUASTALLA, *Il giudice valuta gli inadempimenti dovuti alle misure di emergenza*, in *Sole 24 Ore*, 2020, 11.

⁴¹ La Cassazione ha ricondotto l'emergenza sanitaria nell'ambito dell'impossibilità sopravvenuta della prestazione ex art. 1256 c.c., il che comunque non risolve il problema della tutela da concedere al contraente penalizzato dalle misure per contrastare la diffusione del *virus*, posto che la conseguenza codicistica è costituita dalla risoluzione del contratto.

⁴² È, infatti, sufficiente che costui dimostri di aver osservato le misure di contenimento, assumendo un contegno che dalla normativa stessa gli veniva imposto, sì da determinare l'impossibilità di adempiere, e non anche, come invece accade nel contesto applicativo delle norme di diritto comune, la sussistenza e la non imputabilità a sé della *vis major* che abbia reso impossibile l'adempimento dell'obbligazione. In argomento, v. R. MORELLO, *Gli effetti sui contratti dell'emergenza sanitaria determinata dalla diffusione del coronavirus e l'applicazione dei rimedi previsti dal codice civile*, in *Giustizia civile.com*, 2020.

⁴³ Cfr. Cass. 9 gennaio 2020, n. 297, in *DeJure.it*.

⁴⁴ V., per tutte, Trib. Catania, 30 luglio 2020, in *www.altalex.com*; Trib. Bologna, 4 giugno 2020, in *www.altalex.com*.

⁴⁵ Cass., sez. un., 30 ottobre 2001, n. 13533, in *Foro it.*, 2002, I, c. 769. In argomento, v. T. DALLA MASSARA, *L'onere della prova dei vizi del bene venduto al vaglio delle Sezioni Unite: resistenza e resilienza del modello della garanzia*, in *Contratti*, 2019, 379.

⁴⁶ Cfr. Cass. 16 aprile 2009, n. 9026, in *DeJure.it*.

⁴⁷ Sul principio di vicinanza della prova, v. Cass. 9 gennaio 2020, n. 297, cit.



zialmente regole già desumibili dall'art. 1218 cod. civ.⁴⁸. Nondimeno, è stato rilevato come l'art. 91, d.l. n. 18/2020, presenti apprezzabili risvolti in ambito processuale⁴⁹. Infatti, dalla lettura della norma si evince un alleggerimento dell'onere probatorio a carico della parte inadempiente, sicché il debitore dovrà dimostrare, a differenza di quanto avviene per il diritto comune, non il sopravvento della *vis major* che ha reso impossibile l'esecuzione dell'obbligazione, ma soltanto che il suo inadempimento è stato determinato dal rispetto delle misure di contenimento⁵⁰. In altre parole, se fosse perseguito l'obiettivo di offrire una tutela immediata e sicura, le relative controversie non potrebbero essere rallentate da accertamenti riguardanti la diligenza del debitore «non voluti dalla norma *de qua* e che potrebbero essere eccepiti, in spregio alla tutela sostanziale ottenibile, dalla parte creditrice»⁵¹.

Così ricostruiti l'influenza che l'art. 91, d.l. n. 18/2020, dispiega in ordine alla posizione del debitore e i margini di salvaguardia offerti al rischio di integrazione di una responsabilità contrattuale, occorre interrogarsi sull'incidenza del *virus*, al di là di quanto osservato, sulla posizione del creditore. Fermo il *favor creditoris* che sembra ispirare la norma, appare lecito interrogarsi in ordine a quale sia il perimetro residuale a disposizione del creditore che intenda reagire al fine di tutelare la propria posizione. Al riguardo, stante l'impossibilità di ricorrere all'azione di esatto adempimento e alla domanda di risoluzione *ex art.* 1463 cod. civ., trattandosi di rimedi preclusi dalla normativa emergenziale in commento, occorre domandarsi se il creditore possa quantomeno ricorrere al meccanismo di autotutela di cui all'art. 1460 cod. civ., onde sospendere l'esecuzione della propria prestazione in ragione del concreto rischio di insoddisfazione dell'interesse dedotto all'interno del negozio⁵². Sul punto, appare preferibile una soluzione positiva⁵³, sia per una ragione di ordine pratico, sia in virtù della rintracciabilità di alcuni precedenti giurisprudenziali utili a tal fine.

Quanto al primo profilo, opinando diversamente, si legittimerebbe la traslazione sul creditore dell'intera sfera di rischi legati all'operazione economica e alle conseguenze che, dall'emergenza, possono ridondare in suo danno⁵⁴.

Quanto al formante giurisprudenziale, va rilevato un consolidato orientamento incline ad ammettere l'esperibilità della eccezione di inadempimento anche in caso di inadempimenti incolpevoli o di impossibilità sopravvenuta della prestazione⁵⁵.

⁴⁸ In tal senso, v. A. MONTEVERDE, *L'incursione del d.l. 17 marzo 2020 n. 18 in tema di obbligazioni non adempiute e responsabilità del debitore*, in AA. VV., *Il diritto dell'emergenza: profili societari, concorsuali, bancari e contrattuali*, a cura di M. Irre-rra, Milano, 2020, p. 12, secondo cui «sembra, in definitiva, che la norma non abbia colto nel segno e che la sua efficacia sia molto limitata».

⁴⁹ Secondo P. LONGO, *L'impossibilità (oggettiva?) della prestazione tra vecchie classificazioni, rimedi sottovalutati e nuove esigenze processuali*, in *www.ilcaso.it*, 2020, la norma in commento ha fornito al debitore un vantaggio processuale, alleggerendo l'onere probatorio. Infatti, quest'ultimo dovrà provare soltanto che il suo inadempimento è stato determinato dal rispetto delle misure di contenimento. Egli non dovrà, invece, provare la specifica causa che ha reso la propria prestazione impossibile e non dovrà dimostrare che l'impossibilità della prestazione non è a lui imputabile.

⁵⁰ D.U. SANTOSUOSSO, *Le misure di contenimento attenuano l'onere del debitore*, in *Sole 24 Ore*, 2020, p. 24, sostiene che la norma introduce una presunzione di straordinarietà «in virtù della quale le misure di contenimento sono causa di forza maggiore».

⁵¹ Così P. LONGO, *op. cit.*

⁵² Cfr. M. MUCI, *Gli sviluppi pandemici dei rapporti contrattuali pendenti e i contratti bancari*, in *Riv. dir. risp.*, 2020.

⁵³ A.M. BENEDETTI, *Stato di emergenza, immunità del debitore e sospensione del contratto*, in *Giustizia civile.com*, 2020, sostiene che l'*exceptio inadimpleti contractus* è esperibile contro inadempimenti incolpevoli. Infatti, secondo l'A. in assenza di tale possibilità graverebbero sul creditore tutte le conseguenze economiche dell'emergenza, in quanto si costringerebbe un soggetto ad adempiere nei confronti di un altro impossibilitato a farlo.

⁵⁴ V., *amplius*, M. MUCI, *Gli sviluppi pandemici dei rapporti contrattuali pendenti e i contratti bancari*, *cit.*

⁵⁵ Cfr. Cass. 19 ottobre 2007, n. 21973, in *DeJure.it*.



3. – La generalizzata incertezza in ordine all'individuazione dell'esatto compendio di strumenti utilizzabili ai fini della rimozione, nella dinamica contrattuale, degli effetti pregiudizievoli discendenti dall'emergenza pandemica, trova riscontro nella consistente eterogeneità delle posizioni che sono state assunte in ambito giurisprudenziale. Infatti, l'avvento della pandemia e la propagazione dei perturbamenti da essa prodotti all'equilibrio dei contratti anteriormente stipulati hanno generato una cospicua mole di liti in sede giurisdizionale, oggetto di soluzioni differenti, non soltanto sul versante applicativo, ma altresì in punto di orientamenti dogmatici e assiologici caratterizzanti ciascuna decisione.

Per procedere a un esame delle principali pronunce di merito, sembra opportuno effettuare alcune premesse di carattere generale riguardanti gli istituti disciplinati dal codice civile, allo scopo di individuare le sopravvenienze nel fisiologico svolgimento del rapporto contrattuale.

La gestione delle sopravvenienze contrattuali riposa anzitutto sul combinato disposto degli artt. 1256 e 1463 cod. civ.

Il primo di questi due articoli regola gli effetti, sulla vita dell'obbligazione, dell'integrazione di una causa di impossibilità sopravvenuta della prestazione. Effetti, questi, che si condensano nell'estinzione del vincolo obbligatorio, stante l'obiettiva impossibilità, per il debitore, di realizzare il contegno utile a soddisfare l'interesse del creditore⁵⁶.

Il secondo, invece, disciplina gli effetti che l'art. 1256 cod. civ. esplica nei riguardi di uno dei due lati del rapporto obbligatorio generato dal contratto. La parte obbligata alla prestazione divenuta successivamente impossibile risulta automaticamente liberata in conseguenza del verificarsi di una causa di impossibilità derivata da un evento irreversibile. Circostanza, questa, che determina, nel caso in cui la fonte dell'obbligazione coincida con un titolo negoziale sinallagmatico, un'amputazione di una parte del rapporto obbligatorio, destinato all'automatica estinzione in ragione della sopravvenienza maturata. Invece, l'impossibilità derivante da un evento transitorio ha l'effetto di sospendere il rapporto obbligatorio, con la conseguenza che il debitore è esonerato da responsabilità⁵⁷. Questo si verificherà sempre se l'interesse del creditore non venga meno nel momento in cui sia corrisposta la controprestazione del debitore⁵⁸.

L'art. 1463 cod. civ. recepisce in ambito contrattuale il disposto dell'art. 1256 cod. civ., stabilendo che, nei contratti con prestazioni corrispettive, la parte liberata per la sopravvenuta impossibilità della prestazione dovuta non può chiedere la controprestazione, e deve restituire quella che abbia già ricevuto. Ciò, per ripristinare l'equilibrio contrattuale originariamente infranto dal verificarsi della causa di impossibilità, assicurando una ragionevole sintesi tra i contrapposti interessi delle parti, inficiati dalla sopravvenienza riscontrata⁵⁹.

Accanto al rimedio di cui all'art. 1463 cod. civ., il codice civile offre all'interprete un ulteriore strumento, funzionale ad assicurare una corretta gestione delle sopravvenienze intervenute durante lo svolgimento di un rapporto contrattuale. Il riferimento è all'istituto regolato dall'art. 1467 cod. civ., che predispone uno strumento giudiziale idoneo alla caducazione del rapporto contrattuale, nei casi in cui la sua prosecuzione appaia

⁵⁶ Cfr. G. OSTI, *Revisione critica della teoria sull'impossibilità della prestazione*, in *Riv. dir. civ.*, 1918, p. 210 ss.; L. CABELLA PISU, *Impossibilità della prestazione, adempimento dell'obbligazione, risoluzione del contratto. Spunti sistematici*, in *Scintillae Iuris (Studi in memoria di Gino Gorla)*, VIII, Milano, 1994, 1781 s.

⁵⁷ In argomento, v. A. PURPURA, *Locazioni commerciali ai tempi del Covid-19: alla ricerca di un riequilibrio del sinallagma*, in *Nuova giur. civ. comm.*, 2021, II, 1299.

⁵⁸ Sul punto, v. C. LEANZA, *Il contratto di locazione commerciale: ripercussioni e rimedi al tempo della pandemia da Covid-19*, in *Contratti*, 2022, 484.

⁵⁹ In argomento, v. G. SCALFI, *Risoluzione del contratto*, in *Enc. giur.* Treccani, XXVIII, Roma, 1991, 10.



preclusa da una significativa alterazione del sinallagma contrattuale, eziologicamente riconducibile a un fattore sopravvenuto e imprevedibile al momento della conclusione del contratto⁶⁰.

In particolare, l'art. 1467 cod. civ. stabilisce che, nei contratti a esecuzione continuata o periodica ovvero a esecuzione differita, se la prestazione di una delle parti diventa eccessivamente onerosa per il verificarsi di avvenimenti straordinari e imprevedibili, la parte che deve tale prestazione può domandare la risoluzione del contratto. La disposizione incentra il nucleo dell'istituto sull'incidenza che un fenomeno sopravvenuto alla stipula del negozio presenta rispetto all'assetto degli interessi originariamente divisato dalle parti, che legittima l'esperimento del rimedio *de quo* soltanto qualora la sopravvenienza derivi da un avvenimento che rispetti i requisiti indicati nella norma. Questi requisiti, nella specie, si sostanziano, da un lato, nel presupposto di matrice obiettiva concernente la straordinarietà dell'evento, il cui verificarsi non deve corrispondere a una regolare successione degli accadimenti⁶¹, e, dall'altro, nel dato della imprevedibilità, che, coinvolgendo la sfera psicologica di ciascuno dei contraenti, impone che il verificarsi del fattore intervenuto non risulti suscettibile di adeguata prefigurazione da parte dell'uomo comune⁶².

Nel contesto ora descritto, meritevole di menzione appare la c.d. «presupposizione», che costituisce un congegno elaborato dalla dottrina al fine di conferire rilevanza a quei presupposti implicitamente posti dalle parti a fondamento della pattuizione perfezionata, onde assicurare, in caso di imprevedibile modificazione degli stessi, l'esperibilità di adeguati rimedi diretti a realizzare la conformità dell'assetto di interessi negoziato alle esigenze perseguite da ciascuna parte⁶³.

La presupposizione può essere riscontrata ogniqualvolta una determinata circostanza fattuale o giuridica, la cui sussistenza o integrazione superi la sfera di controllo di ciascuno dei contraenti, venga elevata, pur in assenza di un'esplicita pattuizione in tal senso, a presupposto implicito per la validità (o per l'efficacia) del contratto, in quanto elemento inequivocabilmente valorizzato dai contraenti durante la formazione del vincolo negoziale⁶⁴. Tale aspetto mette in evidenza come si possa conferire rilevanza alla presupposizione in tutti i casi in cui il contenuto obiettivo del regolamento contrattuale evidenzia chiaramente come i contraenti abbiano voluto il perfezionamento dell'accordo, nonché i relativi effetti, subordinando il consenso alla verifica – o alla persistenza – di un determinato elemento fattuale o giuridico. La carenza di quest'ultimo non può che giustificare l'attivazione di rimedi manutentivi o caducatori, funzionali ad assicurare il costante adeguamento del rapporto ai concreti interessi di ciascuno dei contraenti.

Anche la buona fede funge da strumento utilizzabile per la gestione delle sopravvenienze contrattuali⁶⁵, costituendo una clausola generale che caratterizza tutto il diritto civile, in particolare la disciplina delle obbligazioni e dei contratti⁶⁶.

La buona fede governa, da un lato, il momento prenegoziale, in quanto, ai sensi dell'art. 1337 cod. civ., le parti sono tenute a comportarsi secondo le regole di lealtà e correttezza nella fase delle trattative e durante la formazione del contratto. Dall'altro, permea l'interpretazione del negozio, che deve essere condotta nel rispetto dei criteri di buona fede obiettiva, come imposto dall'art. 1366 cod. civ.⁶⁷.

⁶⁰ Sul punto, v. F. GAZZONI, *Manuale di diritto privato*, 20^a ed., Napoli, 2021, p. 1039 s.

⁶¹ Cfr. Cass. 19 ottobre 2006, n. 22396, in *Onelegale.it*.

⁶² In tal senso, v. Cass. 19 ottobre 2006, n. 22396, cit.

⁶³ In argomento, v. V. ROPPO, *Il contratto e le fonti del diritto*, in *Pol. dir.*, 2001, p. 529 ss.

⁶⁴ Cfr. C.M. BIANCA, *Diritto civile*, III, *Il contratto*, 3^a ed., Milano, 2019, p. 421.

⁶⁵ Sul punto, v. C.M. BIANCA, *Diritto civile*, IV, *L'obbligazione*, cit., p. 86.

⁶⁶ Sul punto, v. G. FALCO, *La buona fede e l'abuso del diritto*, Milano, 2010, p. 3 s.

⁶⁷ M. MANELLI, *Sopravenienze e Covid-19: prime applicazioni giurisprudenziali della rinegoziazione secondo la relazione tematica della Cassazione n. 56/2020*, in *Contratti*, 2021, 164, mette in evidenza come l'interpretazione del contratto secondo buona



La buona fede interessa, altresì, il momento esecutivo del contratto. Al riguardo, infatti, l'art. 1375 cod. civ. stabilisce che, nella fase di attuazione del programma negoziale, «il contratto deve essere eseguito secondo buona fede». L'obbligo di comportarsi secondo buona fede impone a ciascuna delle parti di modulare il proprio comportamento in guisa da assicurare la più ampia soddisfazione dell'interesse della controparte⁶⁸, nei limiti dell'apprezzabile sacrificio⁶⁹. Ne deriva che, in caso di sopravvenienza di un fattore perturbativo, la parte tenuta all'esecuzione della prestazione è obbligata ad adeguarne il profilo esecutivo, al fine di assicurare la piena soddisfazione dell'interesse della controparte negoziale. Ciò esclude che la buona fede esecutiva sia idonea ad imporre adeguamenti del rapporto in grado di gestire sopravvenienze dotate di una consistente portata perturbativa⁷⁰.

Analizzando le pronunce maggiormente significative rese in ordine allo strumentario utilizzabile al fine di rimodulare il disallineamento della relazione negoziale eziologicamente riconducibile all'emergenza sanitaria, occorre anzitutto evidenziare come una delle prime posizioni assunte sul tema nella giurisprudenza di merito si sia formata a proposito di una controversia avente ad oggetto un contratto di locazione. Tipologia negoziale, questa, la cui dinamica ha certamente risentito in maniera maggiore rispetto ad altre delle conseguenze negative discendenti dall'emergenza epidemiologica⁷¹.

Nel dettaglio, il Tribunale di Venezia, con decreto del 14 aprile 2020 pronunciato *inaudita altera parte*, ha accolto le istanze del conduttore volte a precludere l'escussione della fideiussione da parte del locatore, a séguito della richiesta di risoluzione per eccessiva onerosità sopravvenuta motivata dall'avvento dell'emergenza sanitaria. In particolare, nella rappresentazione attorea, l'arrivo della pandemia, determinando una significativa compressione dei flussi di cassa, ha costituito ragione sufficiente per ritenere eccessivamente onerosa il pagamento dei canoni, con conseguente attivazione del rimedio di cui all'art. 1467 cod. civ.

Il locatore, contestando il suddetto assunto, ha provveduto all'escussione della garanzia fideiussoria rilasciata dal conduttore all'atto della stipula del contratto, in ragione della mancata osservanza del preavviso di almeno sei mesi per la risoluzione del rapporto. Chiamato a pronunciarsi sul punto, il Tribunale, in sede cautelare, ha accolto la domanda dell'attore volta a precludere l'escussione della garanzia, ordinando all'istituto di credito garante di astenersi dall'effettuazione del pagamento, mentre auspica un intervento chiarificatore del legislatore, diretto a disciplinare adeguatamente gli effetti, nel conflitto di interessi tra le parti, da riconoscere all'emergenza epidemiologica⁷².

fede ex art. 1375 c.c. possa, secondo la Relazione Tematica della Cassazione n. 56/2020, fungere da obbligo di rinegoziazione. Infatti, sulla base di tale norma, le parti possono modificare, adeguare o rivedere l'assetto contrattuale in conseguenza di eventi sopravvenuti che cambiano la situazione di fatto precedentemente accordata.

⁶⁸ Cfr. C.M. BIANCA, *op. cit.*, 86.

⁶⁹ Secondo la giurisprudenza della Cassazione il sacrificio deve riguardare esclusivamente l'interesse proprio, non altri valori. In argomento, v. Cass. 4 maggio 2009, n. 10182, in *Onelegale.it*; Cass. 15 ottobre 2012, n. 17642, in *Onelegale.it*; Cass. 26 settembre 2018, n. 23069, in *Onelegale.it*.

⁷⁰ In argomento, v. A. D'ANGELO, *Contratti e operazione economica*, Torino, 1992, p. 311; G. SICCHIERO, *Buona fede e rischio contrattuale*, in *Contr. impr.*, 2006, 923.

⁷¹ Anche altri rapporti contrattuali sono stati colpiti dall'emergenza sanitaria. In argomento, v. R. SANTAGATA, *Gli effetti del Coronavirus sui contratti turistici. Primi appunti*, in *Giustizia civile.com*, 2020; M. PUCCI, *Pacchetti turistici e diritti dei viaggiatori nell'ordinamento giuridico italiano ai tempi del coronavirus*, in *Actual. jur. iber.*, 2020, 594 ss.; M. MUCCI, *Gli sviluppi pandemici dei rapporti contrattuali pendenti e i contratti bancari*, cit.; A. MARESCA, *Contrazione del lavoro e flessibilità dei tempi di lavoro indotte dal covid-19: esperienze e prospettive*, in *Riv. ita. dir. lav.*, 2020, p. 287 ss.; N. CIPRIANI, *L'impatto del lockdown da COVID-19 sui contratti*, in *Riv. dir. banc.*, 2020, 657 s.

⁷² Sul punto, v. Trib. Venezia, 14 aprile 2020, in *www.expartecreditoris.it*; O. CLARIZIA, *Coronavirus ed esonero da responsabilità per inadempimento di obbligazioni ex art. 1218 c.c.: impossibilità sopravvenuta oppure inesigibilità della prestazione?*, in *Actual. jur. iber.*, 2020, 354 s.



Ulteriori pronunce favorevoli al conduttore hanno seguito quella appena accennata. Meritevole di menzione appaiono, prima di tutto, le posizioni assunte dal Tribunale di Bologna e dal Tribunale di Venezia, che, in sede cautelare, hanno impedito l'escussione delle garanzie per i canoni non pagati durante il periodo di c.d. «*lockdown*», ritenendo che l'emergenza epidemiologica e i relativi provvedimenti adottati dal legislatore al fine di contenere il diffondersi del *virus* abbiano costituito ragione di impossibilità di adempimento della prestazione pecuniaria avente ad oggetto la pigione concordata⁷³. A questa posizione ha successivamente aderito il Tribunale di Rimini, valorizzando la pandemia quale ragione idonea a giustificare l'impotenza finanziaria del conduttore, impossibilitato, dunque, a pagare i relativi canoni⁷⁴.

Il medesimo orientamento di apertura nei riguardi della parte più debole del rapporto di locazione, e pertanto maggiormente esposta ai pregiudizi potenzialmente discendenti dal verificarsi di sopravvenienze, non è stato tuttavia abbracciato dal Tribunale di Roma⁷⁵. I giudici capitolini, infatti, con pronuncia sostenuta da una pluralità di argomentazioni e resa in materia di contratto di affitto di azienda, hanno disatteso il formante giurisprudenziale riportato, accogliendo le pretese dell'affittuario volte ad ottenere la regolare corresponsione dei canoni. In particolare, a sostegno di tale assunto, gli interpreti hanno posto l'assenza nella normativa emergenziale di alcuna disposizione finalizzata a giustificare eventuali sospensioni di un simile obbligo⁷⁶. In secondo luogo, si è rilevata la non configurabilità, sulla base della clausola generale di buona fede esecutiva, di un dovere di rinegoziazione del contratto, legato, in mancanza di una pattuizione in tal senso⁷⁷, alla regola di condotta *de qua*⁷⁸.

Nelle valutazioni dei giudici, l'emergenza sanitaria è stata ritenuta idonea ad integrare una semplice causa di temporanea impossibilità della prestazione, con conseguente riduzione del canone per la durata del periodo di impedimento; canone destinato a ripristinarsi nella sua integralità al momento di cessazione dell'efficacia dei provvedimenti autoritativi di chiusura delle attività commerciali⁷⁹.

La pandemia ha fornito occasione anche per la formazione di ulteriori indirizzi interpretativi tesi a risolvere l'annosa questione della legittimità dell'escussione, da parte del locatore, delle garanzie rilasciate dal conduttore per il pagamento dei canoni, a séguito del mancato adempimento da parte di quest'ultimo, giustificato dai pregiudizi sofferti in conseguenza dell'emergenza sanitaria.

Nelle pronunce rese dai Tribunali di Genova e di Bologna si può riscontrare una maggiore attenzione nei riguardi della posizione del conduttore. Chiamati a pronunciarsi sull'inibitoria dell'escussione paventata dal locatore, i giudici hanno accolto la domanda attorea in ragione dei gravi pregiudizi che, per effetto dell'esercizio di un simile diritto, discenderebbero a carico del conduttore. A sostegno, si è rilevato come le chiusure

⁷³ V., per tutti, Trib. Bologna, 12 maggio 2020, in *Onelegale.it*; Trib. Venezia, 22 maggio 2020, in *www.dirittobancario.it*.

⁷⁴ Cfr. Trib. Rimini, 25 maggio 2020, in *www.ilcaso.it*.

⁷⁵ Nello stesso senso, v. Trib. Napoli, 16 febbraio 2022, *ined.*; Trib. Napoli, 23 febbraio 2022, *ined.*

⁷⁶ Cfr. Trib. Roma, 27 agosto 2020, in *Onelegale.it*. In argomento, v. P. SCALETTARIS, *Ancora a proposito della rinegoziazione del canone nel caso delle locazioni commerciali*, in *Condominioelocazione.it*, 2021; D.M. MATERA, *Covid-19 e locazioni commerciali: tra rinegoziazione, intervento del giudice sul contratto e inutilizzabilità della prestazione*, in *Nuova giur. civ. comm.*, 2021, I, 991 ss.; A. PISU, *Pandemia, locazioni commerciali e giustizia contrattuale: l'incerta avanzata dell'obbligo legale di rinegoziare*, in *Resp. civ. prev.*, 2021, p. 1295 ss.; A. PISANI TEDESCO, *Locazione commerciale, causa concreta e presupposizione*, in *Giustizia civile.com*, 2022.

⁷⁷ Si allude alle c.dd. «clausole di *hardship*», assenti nel diritto interno ma molto comuni nella contrattazione internazionale. In argomento, v. V. BRIZZOLARI e C. CERSOSIMO, *Organizzazione dei rapporti commerciali tra imprese e "contratti relazionali"*, in *Contratti*, 2019, p. 108; B. AGOSTINELLI, *Incidenza delle misure emergenziali sui contratti di locazione*, in *Giur. it.*, 2020, 2325 s.

⁷⁸ Sul punto, v. Trib. Roma, 27 agosto 2020, *cit.*

⁷⁹ In argomento, v. P. MARINI, *Locazioni commerciali e Covid-19: morosità, chi può modificare il contratto?*, in *www.altalex.com*, 2021.



delle attività commerciali imposte dal diffondersi dell'epidemia possano integrare a tutti gli effetti una causa di impossibilità sopravvenuta della prestazione, con conseguente piena scusabilità dell'inadempimento, riconducibile all'impotenza finanziaria incolpevole del conduttore. In quest'ottica, del resto, si è osservato come, correttamente inteso, l'art. 3, comma 6-*bis*, d.l. n. 6/2020, offra supporto positivo a tale ricostruzione⁸⁰. Questa disposizione sarebbe destinata ad essere applicata non soltanto in caso di inadempimento obiettivamente impossibile in ragione dell'emergenza pandemica, ma altresì nelle ipotesi in cui l'inadempimento, ancorché rimproverabile se intervenuto in contesti fisiologici, appaia scusabile, alla luce dell'emergenza sanitaria, atteso l'eccessivo sacrificio che discenderebbe a carico del debitore in conseguenza dell'eventuale attivazione dello statuto della responsabilità contrattuale⁸¹.

Altre pronunce, invece, hanno preferito supportare la posizione del locatore, non ravvisando nella pandemia la sussistenza di indicazioni normative o fattuali utili a giustificare una deviazione rispetto ai tradizionali canoni di valutazione della condotta inadempiente.

Il Tribunale di Pisa, disattendendo le ragioni attoree mediante una valorizzazione del dato letterale dell'art. 3, comma 6-*bis*, d.l. n. 6/2020, ha escluso che tale disposizione possa costituire il fondamento normativo di un diritto del conduttore alla sospensione dell'obbligo di pagamento dei canoni di locazione. Tale norma, infatti, impone esclusivamente di valutare, nel complessivo coacervo di interessi coinvolti da un eventuale inadempimento, l'impatto della pandemia e dell'obbligo di conformazione alle relative misure restrittive sull'applicazione degli artt. 1218 e 1223 cod. civ., con conseguente persistenza del dovere di far fronte con regolarità ai propri impegni negoziali⁸².

Analogamente, il Tribunale di Pordenone ha escluso che l'art. 3, comma 6-*bis*, d.l. n. 6/2020, possa venire invocato al fine di escludere l'obbligo di corrispondere regolarmente i canoni, con conseguente inconferenza della norma rispetto alla materia locatizia⁸³.

Le menzionate decisioni testimoniano la natura ondivaga e incerta delle posizioni giurisprudenziali rese in ordine al rapporto tra emergenza pandemica e contratto di locazione. Natura, questa, da un lato riconducibile alla scarsità degli interventi del legislatore emergenziale, il quale ha mancato di fornire univoca risposta circa il regime cui assoggettare simili rapporti durante la vigenza dei provvedimenti limitativi orientati al contenimento dell'epidemia, e, dall'altro, ricollegabile all'obiettivo delicatezza del tema delle sopravvenienze, che, imponendo l'individuazione di un difficile punto di equilibrio tra il principio *pacta sunt servanda* e il principio *rebus sic stantibus*, indubbiamente non si presta a un'agevole soluzione unificante.

⁸⁰ Secondo D. DE RADA, *Coronavirus e inadempimento delle obbligazioni*, in www.altalex.com, 2020, «questa norma speciale [...] rende giustificabile e scusabile il ritardato o il mancato pagamento a condizione che questo sia conseguenza delle misure autoritative per il contenimento dell'epidemia (c.d. *factum principis*)».

⁸¹ Cfr. Trib. Genova, 1° giugno 2020, in www.ilcaso.it; Trib. Bologna, 4 giugno 2020, in www.altalex.com.

⁸² In tal senso, v. Trib. Pisa, 30 giugno 2020, in www.lanuovaproceduracivile.com.

⁸³ Cfr. Trib. Pordenone, 8 luglio 2020, in www.expartecreditoris.it.



CASS. CIV., III SEZ., ORD. 25 GENNAIO 2023, N. 2278

Al soggetto danneggiato non è consentito, in presenza del danno derivante da un unico fatto illecito, riferito alle cose ed alla persona, già verificatosi nella sua completezza, di frazionare la tutela giurisdizionale mediante la proposizione di distinte domande, parcellizzando l'azione extracontrattuale davanti al giudice di pace ed al tribunale in ragione delle rispettive competenze per valore, e ciò neppure mediante riserva di far valere ulteriori e diverse voci di danno in altro procedimento. Tale disarticolazione dell'unitario rapporto sostanziale nascente dallo stesso fatto illecito, infatti, oltre ad essere lesiva del generale dovere di correttezza e buona fede, per l'aggravamento della posizione del danneggiante-debitore, si risolve anche in un abuso dello strumento processuale.

MASSIMO GAZZARA

Professore Ordinario di Diritto privato – Università degli Studi di Foggia

FRAZIONAMENTO DEL CREDITO RISARCITORIO DA SINISTRO STRADALE. L'IMPROPONIBILE SANZIONE DELL'IMPROPONIBILITÀ DELLA DOMANDA

SOMMARIO: 1. *La vicenda processuale.* – 2. *Un breve excursus giurisprudenziale.* – 3. *Il problema dell'individuazione di un interesse apprezzabile al frazionamento.* – 4. *La sanzione della improponibilità/inammissibilità della domanda frazionata.* – 5. *Il paradossale effetto di consumazione del diritto di credito azionato, conseguente alla dichiarazione di improponibilità.* – 6. *La soluzione più corretta passa attraverso un uso equilibrato della pronunzia sulle spese processuali.* – 7. *Considerazioni conclusive.*

1. – La sentenza in commento affronta una questione certamente non nuova in tema di frazionamento abusivo del credito risarcitorio derivante da sinistro stradale.

L'ipotesi classica è quella di un soggetto che abbia riportato nel medesimo incidente un danno a cose e un danno alla persona e opti per instaurare due distinti giudizi finalizzati a ottenere il ristoro delle due diverse voci di danno di cui si assume vittima.

Nel caso di specie, l'attore, caduto dal ciclomotore a causa del manto stradale imperfetto, promuoveva una prima azione per il risarcimento del danno patito dal motociclo di sua proprietà innanzi al Giudice di Pace, che accoglieva la domanda con sentenza poi passata in giudicato.

Assumendo di aver fatto espressa riserva, nel primo giudizio, di una successiva azione per il ristoro delle lesioni patite, conveniva successivamente il responsabile civile innanzi al Tribunale per il risarcimento dei danni alla persona, ma la domanda, in ossequio a un orientamento consolidato¹, veniva di-

¹ Cfr. Cass. 28 giugno 2018, n. 17019, in *Giur. it.*, 2019, 840, con nota di C. SERRA, *L'interesse ad agire quale contrappeso*



chiarata improponibile, con decisione poi confermata dalla Corte di Appello, e dalla Cassazione.

Fin qui, nulla di nuovo sotto il sole.

Nel motivare la decisione, la S.C. si sofferma sui criteri da cui desumere l'abusività o meno della condotta processuale dell'attore/danneggiato, ovvero sulla legittimità della sua scelta di frazionare il proprio credito risarcitorio – composto di differenti voci, ma traente origine da un medesimo fatto dannoso – in due distinti giudizi, omogenei per *causa petendi* ma differenti nel *petitum*.

Ma il *punctum dolens*, sul quale si intende principalmente concentrare l'indagine critica, non è tanto quello dell'accertamento della condotta abusiva, su cui pure andrà spesa qualche considerazione, quanto quello delle conseguenze che dalla accertata violazione si pretenderebbe di far discendere e cioè la dichiarazione di improponibilità della seconda domanda, sanzione di straordinaria gravità, e, senza voler anticipare le conclusioni di queste brevi note, priva di ogni adeguata motivazione.

2. – Prima di addentrarci in quello che sembra a chi scrive il profilo meritevole di censura, spesso inspiegabilmente negletto o trascurato nella speculazione dottrina in argomento, pare opportuno ripercorrere, seppur a larghe linee, la storia del fenomeno nella giurisprudenza di inizio secolo, concentrandosi espressamente sul frazionamento dei crediti risarcitori, con l'ovvia avvertenza che si tratta di un sottoinsieme, seppur statisticamente significativo, di un ventaglio di ipotesi molto più ampio e che spazia, per limitarci alla sola concreta casistica, dal frazionamento del credito pecuniario derivante da un unico rapporto contrattuale, alla tutela frazionata dei crediti da lavoro² e alla parcellizzazione delle azioni esecutive³.

Una pietra miliare di tale parabola giurisprudenziale viene comunemente identificata in una notissima pronuncia delle Sezioni Unite⁴ che fissò il principio in virtù del quale «è da ritenersi contraria alla regola generale di correttezza e buona fede, in relazione al dovere inderogabile di solidarietà di cui all'art. 2 Cost., e si risolve in abuso del processo (ostativo all'esame della domanda), il frazionamento giudiziale (contestuale o sequenziale) di un credito unitario», pronuncia da cui trasse origine un ampio filone adesivo, non scevro di eccessi anche agli occhi di chi accolga con favore le linee ispiratrici del *revirement* giurisprudenziale.

Si è così ritenuto, in tema di equa riparazione ex l. n. 89/2001, integrare abuso del processo la condotta di più soggetti che, dopo aver agito unitariamente nel procedimento caratterizzato da eccessiva durata, abbiano poi proposto alla Corte di Appello distinte domande di indennizzo, con identico patrocinio legale⁵.

Si è altresì giunti a sostenere che costituisca frazionamento abusivo del credito persino la proposizione di distinte azioni (nel caso di specie impugnative) da parte di una pluralità di soggetti diversi ove unico sia il

all'*inammissibilità della domanda frazionata*; Cass. 17 gennaio 2017, n. 929, in Banca dati *Pluris*, cui andranno riferite tutte le successive citazioni di giurisprudenza prive di altro riferimento.

² Cass. 25 Ottobre 2019, n. 26089.

³ Cass. 9 aprile 2013, n. 8576, in *Foro it.*, 2014, I, 916 ss., con nota di M. BRUNIALTI, *La Cassazione apre al frazionamento giudiziale «motivato» del credito?*, e in *Riv. trim. dir. proc. civ.*, 2014, 307 ss., con nota di R. CASILLO, *Anche nel processo esecutivo opera il divieto di frazionamento di un credito unitario*. Cfr. altresì Cass. 17 Marzo 2021, n. 7409, in *Riv. esec. forz.*, 2022, 106, con nota di C. VANZ, *“Tutto e proprio tutto”: un tempo, forse. Brevi osservazioni sui limiti al recupero del credito di modesta entità*.

⁴ Cass., sez. un., 15 novembre 2007, n. 23726, in *Foro it.*, 2008, I, 514 ss., con note di A. PALMIERI e R. PARDOLESI, *Frazionabilità del credito e buona fede inflessibile*.

⁵ Cfr. Cass., 3 maggio 2010, n. 10634, in *Corriere giur.*, 2011, 369 ss., con nota di C. FIN, *Una coraggiosa pronuncia della Corte di legittimità: l'onere delle spese come rimedio contro un uso scorretto dello strumento processuale*, secondo cui tale condotta contrasterebbe con l'inderogabile dovere di solidarietà, che impedisce di far gravare sullo Stato debitore l'onere derivante dall'aumento degli oneri processuali, e con il principio costituzionale della ragionevole durata del processo.



soggetto responsabile e plurimi siano solo i danneggiati, i quali dopo aver assunto la stessa condotta in fase di richiesta dell'indennizzo, agendo con lo stesso difensore, abbiano poi instaurato singolarmente procedimenti diversi⁶.

Alcune di queste estremizzazioni interpretative indussero le Sezioni Unite a intervenire nuovamente a distanza di dieci anni dal precedente dictum⁷, al fine di meglio delineare i confini esatti dell'abuso, precisando come sia da ritenersi non censurabile il comportamento di chi proponga azioni diverse per il riconoscimento di distinti diritti originati da un medesimo rapporto di durata tra le parti⁸, così come sia da intendersi legittima e ragionevole la scelta di frazionare la tutela giudiziale anche di un credito unitario ove per parte di esso sia disponibile una procedura più celere e snella di realizzazione (ad esempio un procedimento monitorio).

Con l'avvertenza, tuttavia, che qualora le pretese siano «inscrivibili nel medesimo ambito oggettivo di un possibile giudicato o, comunque, fondate sullo stesso fatto costitutivo», esse possano attivarsi partitamente solo se risulti in capo al creditore un interesse oggettivamente valutabile alla tutela processuale frazionata.

3. – Ora, nel caso in esame, ed in numerosi altri casi analoghi, si rientra perfettamente in tale ambito oggettivo, ricorrendo l'identità del fatto costitutivo delle pretese, rappresentato dal sinistro stradale, produttivo di diverse tipologie di danni e dunque fonte di un credito risarcitorio composto di più e differenti voci.

La questione, oggetto di disputa, riguarda dunque la ricorrenza o meno di un interesse apprezzabile del danneggiato ad attivare diversi giudizi in ragione del diverso pregiudizio subito, eventualmente, come nel caso di specie, davanti a differenti autorità giudiziarie e in momenti successivi, sì da rendere impossibile anche il ricorso ad una serie di rimedi processuali, quali ad esempio la riunione dei giudizi, pur comunemente prospettati come “antidoti” alla stortura, in termini di proliferazione dei processi, rappresentata dal frazionamento del credito.

Di qui una querelle, dibattuta in I e II grado, circa l'avvenuta stabilizzazione dei postumi invalidanti conseguenti alla caduta al momento della notifica della prima citazione, e dunque sulla strumentalità o meno dell'attivazione di una doppia tutela giudiziaria, posto che, a parere di entrambi i giudicati di merito, esistevano nel caso di specie già in quel momento i presupposti per una valutazione del danno biologico patito dall'attore, sì da rendere ingiustificato e dunque abusivo il ricorso ad una tutela differenziata.

Querelle che, tuttavia, attiene essenzialmente al fatto e comunque relativamente appassionante.

⁶ Cass., 24 aprile 2015, n. 8381, la quale tuttavia merita adesione sul piano delle conseguenze che si riconnettono all'abuso, limitate alla compensazione delle spese di lite, e non già alla dichiarazione di improponibilità della domanda.

⁷ Cass., sez. un., 16 febbraio 2017, n. 4090, in *Giur. it.*, 2017, 1089 ss., con nota di M. BARAFANI, *I fondamenti concettuali del dibattito sul frazionamento giudiziale del credito*, e in *Arg. dir. lav.*, 2017, II, 1252, con nota di M. GALLETTI, *Frazionamento abusivo del credito: i chiarimenti delle Sezioni Unite*, secondo cui (p. 1261) «è anche vero che l'indirizzo però delineato dalle Sezioni Unite del 2007 si era poi ulteriormente evoluto ... in una sorta di monstre».

⁸ Tuttavia, neanche questo secondo arresto è servito a pacificare la questione. Cfr., ad esempio, Cass. 24 maggio 2021, n. 14143, in *Giur. it.*, 2022, 1606, con nota di G. BALLETTI, *La parcellizzazione del credito tra autonomia negoziale ed abuso del diritto*, che ha giudicato ricorrere l'abuso anche nel caso in cui le pretese creditorie separatamente azionate siano riconducibili a fatti costitutivi storicamente distinti che si sono verificati nel contesto di un rapporto di durata tra le parti «che non ha avuto origine nella stipulazione di un contratto che ne regolasse gli effetti». Nel caso di specie si trattava di 38 mandati professionali conferiti da una società ad uno stesso Avvocato che aveva agito con 38 distinti decreti ingiuntivi.



La sussistenza o meno di un interesse meritevole alla tutela frazionata è una questione che non può che appurarsi di volta per volta in riferimento al caso concreto⁹, con una valutazione che sconta parametri di riferimento di non immediata fruibilità, come sempre accade quando ci si richiama, piuttosto che a regole disciplinanti una specifica fattispecie, a principi generali quali quelli, più volte evocati, di correttezza e buona fede, per non dire di quelli, di rango costituzionale, di solidarietà sociale¹⁰ e di giusto processo¹¹.

Per tornare alla vicenda in esame, anche a voler dare per acquisito che l'attore disponesse all'atto della proposizione del primo giudizio degli elementi idonei a condensare in un unico processo tutte le richieste risarcitorie, e anche a voler considerare (ma questo il Collegio non lo dice) la proposizione della domanda per i soli danni a cose come strumentale alla formazione di un giudicato di più celere ottenimento e davanti a un giudice notoriamente più "sensibile" alle ragioni dei danneggiati, resta comunque abnorme, ingiustificata, e paradossale nelle sue conseguenze pratiche la dichiarazione di improponibilità della seconda azione proposta, benché conforme ad un indirizzo giurisprudenziale discretamente consolidato¹².

4. – Nella gran maggioranza delle sentenze, la conseguenza della tutela frazionata è appunto l'improponibilità della domanda, anche se in un numero minore di pronunce si fa riferimento alla nozione, contigua per non dire sostanzialmente sovrapponibile, di inammissibilità.

I due termini sembrano essere usati come sinonimi, mentre sufficientemente delineata è la distinzione con la categoria dell'improcedibilità¹³.

Ora, è proprio la conseguenza pratica di tale asserita improponibilità, che in talune pronunce sembra essere riferita a tutte le domande frazionate¹⁴ ed in altre solo a quelle successive alla prima¹⁵, che merita di essere indagata.

In alcune situazioni, si pensi a quelle di un credito di fonte contrattuale attivato frazionatamente con diverse iniziative giudiziarie, la dichiarazione di inammissibilità non produce conseguenze irreparabili per il

⁹ Per una disamina casistica di ipotesi in cui sia ravvisabile un interesse del creditore alla tutela frazionata cfr. A. DI BIASE, *Frazionamento giudiziale del credito unitario e conseguenze giuridiche*, in *Contr. impr.*, 2016, 418 ss.

¹⁰ Cfr. L. P. COMOGLIO, *Abuso del processo e garanzie costituzionali*, in *Riv. dir. proc.*, 319 ss., specie 352 ss.

¹¹ M. TARUFFO, *L'Abuso del processo: profili generali*, in *Riv. trim. dir. proc. civ.*, 2012, 116 ss. sembra mettere in guardia, si passi l'espressione, dall'abuso della nozione di abuso del processo, sottolineando (132 e 133) come anche fattispecie tipicamente ritenute di abuso, come appunto il frazionamento del credito, non siano affatto pacificamente delineate. Illuminante, sul punto il saggio di C. CONSOLO, *Note necessariamente divaganti quanto all'«abuso sanzionabile del processo» e all'«abuso del diritto come argomento»*, in *Riv. dir. proc.*, 2012, 1284 ss., le cui conclusioni meritano di essere integralmente riportate: «l'abuso del diritto di azione, invece, nega in casi in cui l'interprete prova disagio o repulsione financo il diritto al (o il potere di provocare il) giudizio di merito, di primo grado o di gravame, e quindi corrisponde ad una interpretazione correttiva (qui dello stesso art. 24, comma 1°, Cost.) particolarmente gravida di rischi autoritari, pur quando (magari fors'anche spesso) animata da eccellenti propositi di non «premiare» con l'agio e con l'attesa del giudizio postulanti che si percepiscano (*ictu oculi*, ma l'occhio giudiziale è spesso stanco e oggidi' talora strabico) di malafede o capziosi».

¹² Cass. 22 novembre 2011, n. 28286, in *Foro it.*, 2012, I, 2813, con nota di A. GRAZIOSI, *Neppure i crediti risarcitori possono più essere frazionati giudizialmente*; Cass. 21 ottobre 2015, n. 21318, in *Giur. it.*, 2016, 1124, con nota di G. RICCI, *Sul frazionamento della domanda di risarcimento da fatto illecito*.

¹³ Sulla distinzione, da ultimo, cfr. Cass., sez. un., 28 aprile 2020, n. 8241.

¹⁴ Cfr. Cass. 20 novembre 2009, n. 24539, in *Guida dir.*, 2010, p. 42; Cass. 11 giugno 2008, n. 15476, in *Danno e resp.*, 2009, p. 518 ss., con nota di A. ROSSI, *Il principio della contrarietà del frazionamento del credito alla clausola generale di buona fede: prime applicazioni giurisprudenziali*.

¹⁵ Cass. 29 giugno 2018, n. 17019, cit., secondo cui "in caso di abuso da frazionamento del credito, la domanda proposta per seconda – e solo quella – è inammissibile". Cfr., altresì, Cass. 2 maggio 2022, n. 13732.



creditore. Se si guarda alla concreta fattispecie, posto che è buona norma tenere sempre a mente che ogni pronunzia, anche di legittimità, è pur sempre la decisione di un caso concreto dal quale non può prescindersi nell'analisi del provvedimento, si scopre, ad esempio che alcune importanti pronunce nascevano appunto da situazioni di fatto in cui "imporre" al creditore una tutela unitaria del credito non comportava alcun concreto pregiudizio alle sue ragioni.

A meno, infatti, di non voler attribuire alla declaratoria di improponibilità natura sostanziale¹⁶, opzione interpretativa che mi pare recisamente da escludersi e che condurrebbe a conseguenze ancora più aberranti, a questi sarà sufficiente riproporre nell'ambito di un'azione unica tutte le pretese "parcellizzate", senza alcun nocumento alla sostanza del credito.

L'inammissibilità/improponibilità, espressamente prevista in alcune normative, costituisce la conseguenza del mancato assolvimento di un onere; è ad esempio improponibile, ai sensi dell'art.145 cod. ass., la domanda di risarcimento del danno da sinistro stradale introdotta prima che siano trascorsi 60 (in caso di sinistri con soli danni a cose) o 90 giorni (in caso di sinistri produttivi di lesioni) dal ricevimento da parte della Compagnia assicurativa della richiesta risarcitoria del danneggiato¹⁷.

Per restare in tema di sinistri stradali, è altresì stata dichiarata improponibile la domanda risarcitoria ove, a seguito della c.d. missiva di messa in mora, l'attore abbia impedito alla Compagnia assicurativa di eseguire gli accertamenti tecnici¹⁸ o medico-legali¹⁹ propedeutici alla quantificazione dei danni, e dunque alla formulazione di una congrua offerta.

È del tutto pacifico che, negli esempi appena fatti, siffatta dichiarazione di improponibilità non precluda una riproposizione della domanda, una volta rimossa la causa che ne impediva l'esame.

Nessun pregiudizio subisce dunque la sostanza del diritto irregolarmente azionato, valendo pacificamente anche la notifica della domanda improponibile o improcedibile come atto interruttivo della prescrizione²⁰.

5. – Al contrario, nel caso della pronunzia in commento, la dichiarazione di improponibilità della domanda successiva finisce con l'aver un effetto preclusivo all'esercizio del diritto (nel caso di specie al risarcimento del danno alla persona) che potremmo definire sostanzialmente estintivo, persino più grave di quello determinato dalla prescrizione.

Se, infatti, è prospettabile una certa comunanza col fenomeno prescrizione nel senso che, più che un effetto autenticamente estintivo del diritto, viene a determinarsi, anche nel caso di abusivo frazionamento del credito, l'impossibilità di un suo esercizio in sede giudiziale, è pur vero che la prescrizione opera esclusivamente sulla base di un'eccezione di parte, mentre pacificamente l'inammissibilità della domanda per frazionamento del credito può essere rilevata d'ufficio dal Giudice.

Tuttavia, la sottrazione irreparabile e definitiva della possibilità di fatto di far valere il proprio diritto (equivalente, sul piano degli effetti in concreto, alla sua perdita) per il presunto abuso fattone sul piano delle

¹⁶ È questa l'interpretazione che della ricordata pronuncia a Sezioni unite 23726 del 2007 dà M. DE CRISTOFARO, *Infrazionabilità del credito tra buona fede processuale e limiti oggettivi del giudicato*, in *Riv. dir. civ.*, 2008, II, 335 ss.

¹⁷ Cass. 29 maggio 2015, n. 11154.

¹⁸ Cass. 20 gennaio 2022, n. 1756, nella quale si assiste ad un uso "promiscuo" delle nozioni di improponibilità ed improcedibilità.

¹⁹ Cass. 25 gennaio 2018, n. 1829.

²⁰ Cass., sez. un., 27 gennaio 2016, n. 1516.



modalità di esercizio giudiziale appare ingiustificata²¹, contraria ai principi basilari del nostro sistema²², e del tutto spropositata alle finalità di tutela del debitore avverso aggravati della sua esposizione e persino delle ragioni di economia processuale che fonderebbero, secondo ampi settori della giurisprudenza e della dottrina²³, le ragioni giustificative della sanzione²⁴.

Tenendo sempre comunque presente che la posizione del debitore è pur sempre quella di un soggetto che con la sua inadempienza ha dato origine alla necessità di ricorrere all'azione giudiziaria²⁵ e che le finalità deflattive del contenzioso – divenute negli ultimi anni un parossistico *leitmotiv* del legislatore, determinato a scoraggiare in ogni modo l'accesso alla Giustizia – possono ben essere perseguite e realizzate senza ricorrere a soluzioni estreme, di pura creazione giurisprudenziale, e prive di ogni fondamento normativo.

Soluzioni che, tra l'altro, realizzano il paradossale effetto premiale di liberazione del debitore inadempiente, conseguenza oggettivamente irragionevole.

6. – La proposta più equilibrata, caldeggiata da gran parte della dottrina e adottata in diversi arresti giurisprudenziali²⁶, è invece quella di limitare le conseguenze sanzionatorie dell'abuso dello strumento processuale sul piano del governo delle spese di lite.

L'art. 92 c.p.c. prevede espressamente che il Giudice possa escludere la ripetizione delle spese sostenute dalla parte vincitrice, se le ritiene eccessive o superflue.

Verrebbe, così, ad un tempo, riconosciuto il diritto azionato e sanzionata la modalità di esercizio processuale dello stesso, e altresì vanificata la finalità di lucrare indebitamente le spese processuali e insieme di aggravare la posizione del debitore.

Anche il sovraccarico arrecato alla macchina giudiziaria riceverebbe una sanzione indiretta, rappresentata dal mantenimento, a carico del proponente l'azione frazionata, delle spese del contributo unificato e di registrazione della sentenza.

Conseguenze da ritenersi, se costantemente applicate in sede giurisprudenziale, sufficienti a scoraggiare il frazionamento abusivo del credito, specie quando essa sia ordito con la complicità (o su suggerimento) del patrono che vedrebbe frustrato l'obbiettivo di accrescere in misura esponenziale le proprie spettanze, a danno della controparte²⁷.

²¹ Valutazione condivisa, *ex pluribus* da E. BIVONA, *Frazionamento "abusivo" del credito e controllo giudiziale sull'interesse ad agire*, in *Riv. dir. civ.*, 2018, 1166.

²² Contrarietà aggravata, nel caso che ci occupa, dall'essere il credito risarcitorio originato dalla lesione di un bene di assoluta preminenza nella scala dei valori costituzionali, come il dritto alla salute e all'integrità fisica.

²³ V. BACHELET, *La domanda parcellizzata; i devastanti effetti sul sistema*, in *Giur. it.*, 2010, 2053 ss.

²⁴ Esempio e totalmente condivisibile è un passo di Cass., sez. lav., 25 gennaio 2016, n. 1251, in *Nuova giur. civ. comm.*, 2016, I, 877 ss., con nota di C.M. NANNA, *Per una ricostruzione in chiave evolutiva del problema della frazionabilità processuale del credito* secondo cui «È palese come il nostro ordinamento processuale non consenta – salva una diversa interpretazione eventualmente adottata dalle Sezioni Unite della Corte – una adeguata repressione e prevenzione dei fenomeni di abuso del processo. Tanto meno, ad avviso del Collegio, tale sanzione potrebbe estendersi sino a comportare la consumazione del diritto di azione, ostandovi evidenti ragioni di rilievo costituzionale».

²⁵ A. RONCO, *(Fr)azione: rilievi sulla divisibilità della domanda in processi distinti*, in *Giur. it.*, 2008, 929 ss.

²⁶ Cass. 13 dicembre 2011, n. 26761; Cass. 12 maggio 2011 n. 10488, cit.; Cass. 30 aprile 2014, n. 9488; Cass. 24 aprile 2015, n. 8381, cit.; Cass. 19 marzo 2015, n. 5491, in *Riv. es. forz.*, 2015, 449 ss., con nota di C. ASPRELLA, *Frazionamento del credito, abuso del processo e interesse a proporre l'azione esecutiva*.

²⁷ Conf. C. CONSOLO, *Note necessariamente divaganti quanto all'«abuso sanzionabile del processo» e all'«abuso del diritto come argomento»*, cit., 1294, secondo cui «per debellare la brutta abitudine della parcellizzazione delle spese bastava agire



Poco convincente è invece la proposta di far ricorso all'art. 96 c.p.c.²⁸.

Un'interpretazione estensiva della disposizione urta infatti contro il dato letterale, rappresentato dall'uso della parola soccombente, posizione che certamente non assume colui il quale agisca, seppur ripartendo in maniera non corretta le domande, per il riconoscimento di un diritto che dovesse poi appurarsi essere realmente esistente (come, appunto, indiscutibilmente esistente si configura, nel caso da cui ha tratto origine la sentenza in commento, il diritto del centauro al ristoro delle lesioni personali subite).

Neppure mi pare praticabile la soluzione, suggerita da qualche autore²⁹, di applicazione dell'art. 88 c.p.c.³⁰, il quale, in combinato disposto con l'art. 92 c.p.c., sanziona la violazione dei doveri di lealtà e probità prevedendo che, indipendentemente dalla soccombenza, il Giudice possa condannare la parte responsabile della violazione al rimborso delle spese causate all'altra parte.

Doveri, è bene intendersi, che secondo la prospettata ipotesi interpretativa verrebbero invocati a fondamento di una condanna alle spese della parte eventualmente vittoriosa e non certo per una dichiarazione di inammissibilità della domanda³¹.

Tuttavia, anche in questa più limitata ipotesi applicativa, l'invocazione dell'art. 88 c.p.c. per fondare una condanna alle spese della parte vittoriosa (ipotesi in questi termini poco più che di scuola, attesa l'applicazione quasi nulla che ne ha fatto la giurisprudenza) desta non poche perplessità³².

È pur vero che l'art. 66 del codice deontologico forense prevede la sanzione della censura per l'avvocato che aggravi con «onerose o plurime iniziative giudiziali la situazione debitoria della controparte, quando ciò non corrisponda ad effettive ragioni di tutela della parte assistita»³³.

Tuttavia, è evidente che non vi sia alcuna coincidenza tra l'illecito deontologico e violazione dei doveri di lealtà e probità ex artt. 88 c.p.c., trattandosi di figure non sovrapponibili e solo occasionalmente coincidenti.

In ogni caso il comportamento meritevole di censura è ascrivibile in simili ipotesi essenzialmente all'avvocato, cosicché neppure pare corretto, se si ragiona in una logica sanzionatoria, che di esso debba essere chiamata a rispondere la parte, tranne nei casi-limite in cui possa affermarsi con certezza che la parte stessa sia partecipe del disegno teso ad aggravare la posizione debitoria³⁴.

sulla disciplina delle spese, il cui spirito lucrativo ne era il movente e ne disegna l'intero orizzonte, pratico(-ne) e non concettuale».

²⁸ M. FORNACIARI, *Note critiche in tema di abuso del diritto e del processo*, in *Riv. trim. dir. proc. civ.*, 2016, 609 ss.

²⁹ B. VERONESE, *L'improponibilità della domanda frazionata: rigetto in rito o nel merito?* in *Obbl. contr.*, 2009, 817 ss.; seppur in via di mera ipotesi, A. DI BIASE, *Frazionamento giudiziale del credito unitario e conseguenze giuridiche*, cit., 428; più in generale, per l'uso del governo delle spese di lite in funzione sanzionatoria dell'abuso del processo o degli strumenti processuali, cfr. F. CORROPATRI, *Abuso del processo e condanna alle spese*, in *Riv. trim. dir. proc. civ.*, 2005, 249 ss.

³⁰ Secondo L. LOMBARDO, *Abuso del processo e lite temeraria, la condanna ex art. 96, comma 3, c.p.c.*, in *Giust. civ.*, 2018, 899, «La violazione di tale dovere costituisce il genus, all'interno del quale va ascritto l'abuso del processo; nel senso che, se non tutte le violazioni del dovere di lealtà e probità costituiscono abuso del processo, ogni abuso del processo costituisce di per sé violazione di quel dovere»; *contra*, a mio avviso condivisibilmente, S. CHIARLONI, *Etica, formalismo processuale, abuso del processo*, in *Riv. trim. dir. proc. civ.*, 2014, 1283 ss., per il quale non è ravvisabile una connessione tra la violazione del dovere di lealtà e probità e abuso del processo.

³¹ Cass., sez. lav., 25 gennaio 2016, n. 1251, cit., «Pur nella consapevolezza della necessità di una lettura comunitariamente orientata delle norme processuali dell'ordinamento interno, non sembra dunque che, costruendo la violazione dell'obbligo di correttezza e buona fede in senso derivato dall'art. 88 c.p.c., che sancisce l'obbligo per le parti ed i difensori di comportarsi con lealtà e probità, possa pervenirsi ad attribuire al comportamento processualmente sleale la specifica sanzione della improponibilità delle domande successivamente proposte». E, a parere di chi scrive, neppure quella di una semplice condanna alle spese della parte cui sia stato riconosciuto il diritto oggetto di tutela frazionata.

³² C. ASPRELLA, *Frazionamento del credito, abuso del processo e interesse a proporre l'azione esecutiva*, cit., 468 ss.

³³ Per un'applicazione giurisprudenziale, cfr. Cass. 23 novembre 2017, n. 27897.

³⁴ È il caso di Cass. 15 Febbraio 2018, n. 3738, in *Resp. civ. prev.*, 2019, n. 3738, 201, con nota di S. ARGINE, *Il fenomeno del*



Nel caso in esame, viceversa, e nella maggioranza dei casi analoghi, il creditore danneggiato non è in grado di valutare la strategia processuale del patrono, al quale in linea teorica potrebbe poi eventualmente rivolgersi, una volta condannato alle spese, per il risarcimento del danno, invocandone una responsabilità professionale.

Tuttavia, a fronte di una giurisprudenza così incerta ed oscillante circa la ricorrenza dell'abusivo frazionamento e circa le sue conseguenze, non è affatto scontato che la responsabilità dell'avvocato nei confronti del cliente venga poi giudizialmente accertata, né che il cliente sia indotto a coltivare l'azione per una cifra verosimilmente modesta.

7. – In conclusione, nonostante da inizio secolo si siano susseguite in argomento tre pronunzie della S.C. a Sezioni Unite, il panorama giurisprudenziale risulta ancora frastagliato e contraddittorio, con greve nocuoimento per la certezza del diritto e, a leggere la pronunzia in oggetto, anche dei principi di ragionevolezza e proporzionalità.

I quali impongono di limitare le conseguenze negative per il creditore che attivi la tutela frazionata del proprio diritto al piano del governo delle spese processuali, nell'ambito del quale diverse soluzioni sono prospettabili, pur caldeggiandosi da parte di chi scrive come la più opportuna ed equilibrata quella che si limita alla compensazione delle spese e alla definitiva ed esclusiva posta in carico all'attore di quelle relative al contributo unificato e alla registrazione della sentenza, ovvero, come in alcune pronunzie è stato fatto, in caso di frazionamento cd. contestuale, a quantificare le spese a favore della parte vittoriosa come se la domanda fosse stata proposta unitariamente, anziché in plurimi procedimenti.

Appare, invece, decisamente da scartare ogni soluzione che, come quella adottata nella pronunzia in commento, generi l'effetto estintivo del diritto per effetto del suo abusivo esercizio in sede processuale³⁵.

L'approdo appare veramente troppo arduo.

Per via meramente interpretativa, in assenza di una figura legalmente tipizzata, si configura l'abuso, e con un ulteriore salto logico ed interpretativo se ne deduce una sanzione, anch'essa frutto di pura invenzione giurisprudenziale, che incide, menomandolo irrimediabilmente, su un diritto soggettivo patrimoniale.

Ma così ragionando (o lavorando di fantasia), per dirla con un riconosciuto Maestro della dottrina processualistica³⁶, «l'interprete (anzi il giudice) può giungere pressoché dove vuole, avendo cura di ammantarsi di una cospirante volontà repressiva e censoria del legislatore arruolato a debellare gli abusi».

Un classico caso di rimedio peggiore del male, anche per gli esiti pratici che ne scaturiscono, produttivi, per una singolare eterogenesi dei fini, di una moltiplicazione del contenzioso che si intenderebbe scongiurare.

frazionamento dei crediti nell'ambito dei sinistri stradali: importanti fattispecie applicative. La vicenda riguardava un perito assicurativo che nell'ambito di un rapporto continuativo di prestazione d'opera professionale in favore di una Compagnia aveva proposto plurime iniziative giudiziarie per il pagamento dei compensi relativi a ogni singola prestazione. Ne conseguiva la pronunzia di inammissibilità delle domande frazionate. Nello stesso senso, e con uguali conseguenze, Cass. 24 maggio 2021, n. 14143, cit. In un caso sostanzialmente analogo, in cui la Compagnia era oggetto di diverse azioni esecutive promosse dal medesimo creditore, e correttamente, a parer di chi scrive, liquidate come si trattasse di un'unica procedura, la conseguenza, invece, a detta della Corte, «non può che essere l'irripetibilità delle spese superflue o, peggio, fatte lievitare ad arte dal creditore: irripetibilità che, quand'anche non esistesse l'art. 92 c.p.c., comma 2, o non se ne volesse predicare l'applicabilità al processo esecutivo, comunque discenderebbe dalla violazione dei ricordati doveri di correttezza e buona fede, e prima ancora sul principio di autoresponsabilità, di cui è espressione dell'art. 1227 c.c., comma 2». (Cass. 31 maggio 2021, n. 15077).

³⁵ Conf. A. DI BIASE, *Frazionamento giudiziale del credito unitario e conseguenze giuridiche*, cit., 423 ss.

³⁶ C. CONSOLO, *Note necessariamente divaganti quanto all'«abuso sanzionabile del processo» e all'«abuso del diritto come argomento»*, cit., 1299.



CGUE, IV SEZ., SENT.12 GENNAIO 2023, CAUSA C-395/21

1) L'articolo 4, paragrafo 2, della direttiva 93/13/CEE del Consiglio, del 5 aprile 1993, concernente le clausole abusive nei contratti stipulati con i consumatori, come modificata dalla direttiva 2011/83/UE del Parlamento europeo e del Consiglio, del 25 ottobre 2011, deve essere interpretato nel senso che: rientra nell'ambito di applicazione di tale disposizione la clausola di un contratto di prestazione di servizi legali stipulato tra un avvocato e un consumatore che fissi il prezzo dei servizi forniti secondo il principio della tariffa oraria.

2) L'articolo 4, paragrafo 2, della direttiva 93/13, come modificata dalla direttiva 2011/83, deve essere interpretato nel senso che:

non soddisfa l'obbligo di formulazione chiara e comprensibile, ai sensi di tale disposizione, la clausola di un contratto di prestazione di servizi legali stipulato tra un avvocato e un consumatore che fissi il prezzo di tali servizi secondo il principio della tariffa oraria senza che siano comunicate al consumatore, prima della conclusione del contratto, informazioni che gli consentano di prendere la sua decisione con prudenza e piena cognizione delle conseguenze economiche derivanti dalla conclusione di tale contratto.

3) L'articolo 3, paragrafo 1, della direttiva 93/13, come modificata dalla direttiva 2011/83, deve essere interpretato nel senso che:

la clausola di un contratto di prestazione di servizi legali stipulato tra un avvocato e un consumatore che fissi, secondo il principio della tariffa oraria, il prezzo di tali servizi e che rientri, pertanto, nell'oggetto principale di detto contratto, non deve essere considerata abusiva per il solo fatto che non soddisfa l'obbligo di trasparenza di cui all'articolo 4, paragrafo 2, di tale direttiva, come modificata, a meno che lo Stato membro il cui diritto nazionale si applica al contratto di cui trattasi abbia espressamente previsto, conformemente all'articolo 8 di detta direttiva, come modificata, che la qualificazione come clausola abusiva discenda da questo solo fatto.

4) L'articolo 6, paragrafo 1, e l'articolo 7, paragrafo 1, della direttiva 93/13, come modificata dalla direttiva 2011/83, devono essere interpretati nel senso che:

qualora un contratto di prestazione di servizi legali stipulato tra un avvocato e un consumatore non possa sussistere dopo la soppressione di una clausola dichiarata abusiva che fissi il prezzo dei servizi secondo il principio della tariffa oraria, e tali servizi siano già stati forniti, essi non ostano a che il giudice nazionale ripristini la situazione in cui il consumatore si sarebbe trovato in assenza di tale clausola, anche quando ciò comporti che il professionista non percepisca alcun compenso per i suoi servizi. Nell'ipotesi in cui l'invalidazione del contratto nella sua interezza esponga il consumatore a conseguenze particolarmente dannose, circostanza che spetta al giudice del rinvio verificare, tali disposizioni non ostano a che il giudice nazionale sani la nullità di detta clausola sostituendola con una disposizione di diritto nazionale di natura suppletiva o applicabile in caso di accordo tra le parti di detto contratto. Per contro, tali disposizioni ostano a che il giudice nazionale sostituisca la clausola abusiva dichiarata nulla con una stima giudiziaria del livello del compenso dovuto per detti servizi.



CHIARA SARTORIS

*Assegnista di ricerca – Università degli Studi di Firenze***POST ABUSIVITÀ: IL PUNTO SULLA GIURISPRUDENZA EUROPEA
(NOTA A CORTE DI GIUSTIZIA, 12 GENNAIO 2023, CAUSA C-395/21)***

SOMMARIO: 1. La sentenza della Corte di Giustizia del 12 gennaio 2023: il problema della clausola abusiva essenziale. – 2. Gli effetti dell'accertamento della clausola abusiva essenziale: l'evoluzione della giurisprudenza europea. – 3. Gli scenari emergenti e le loro criticità. – 4. Effettività e graduazione della tutela.

1. – La recente sentenza della Corte di Giustizia del 12 gennaio 2023 offre l'occasione di riflettere su alcune rilevanti questioni interpretative in materia di clausole abusive nei contratti B2C¹. In particolare, concentrerò l'attenzione sui poteri del giudice in caso di disapplicazione di una clausola abusiva essenziale. Trattasi di questione di cruciale importanza. Poiché, secondo l'impostazione della giurisprudenza europea, il giudice nazionale deve valutare che il rimedio sia effettivo, dissuasivo e proporzionato, tale verifica richiede di interrogarsi non solo sulla configurazione dello specifico rimedio caducatorio, ma anche sulle conseguenze della sua operatività².

Anticipo subito che il destino di un contratto tra professionista e consumatore recante una clausola abusiva essenziale è segnato da un'alternativa netta: o va incontro a caducazione totale o il consumatore rimane vincolato a una clausola che lo svantaggia ingiustamente pur di non subire i rischi connessi alla caducazione totale del contratto (le restituzioni). Come si vedrà, la questione interpretativa si pone in quanto l'art. 6 direttiva 93/13/CEE non fornisce alcuna indicazione al riguardo, limitandosi a riconoscere al giudice il potere di disapplicare la clausola abusiva. Da qui la necessità di una riflessione in ordine all'effettività della tutela offerta al consumatore in questo specifico caso.

Una possibile risposta al problema è oggi offerta dai principi interpretativi enunciati dalla CG che, a partire dal noto caso *Kasler* del 2014, ha iniziato a superare il suo approccio interpretativo tradizionale, tendenzialmente restrittivo rispetto ai poteri del giudice, in favore di una soluzione che non esclude radicalmente limitate forme di modifica post abusività del contratto³.

Al fine di impostare proficuamente la riflessione tratteggiata, muovo subito dai termini essenziali della

* Lo scritto costituisce il testo dell'intervento svolto presso l'Osservatorio sul Diritto Privato delle Corti europee, svolto il 4 maggio 2023.

¹ Corte di Giustizia, 12 gennaio 2023, causa C-395/21, *D.V. c. M.A.*, in www.personaemercato.it con nota di C. BRESCI, *Trasparenza e compenso del professionista: quale destino in ipotesi di abusività della relativa clausola?*

² Al tema della c.d. post abusività o post vessatorietà la dottrina degli ultimi anni sta dedicando particolare attenzione. Cfr. spec. S. PAGLIANTINI, *Post-vessatorietà ed integrazione del contratto nel decalogo della CGUE*, in *Nuova giur. civ. comm.*, 2019, 3, 561 ss.; S. PAGLIANTINI, A. PALMIERI, *Il post-vessatorietà come una "Baustelle in Dunkel"?*, in *Foro it.*, 2021, 5, part. III, 294 ss.

³ Cfr. Corte di Giustizia, 30 aprile 2013, causa C-26/13, *Kasler*, in *Contr.*, 2014, 853 ss., con nota di S. PAGLIANTINI, *L'equilibrio soggettivo dello scambio (e l'integrazione) tra Corte di Giustizia, Corte Costituzionale e A.B.F.: il "mondo di ieri" o un trompe l'oeil concettuale?*



vicenda sottoposta all'esame della Corte di Giustizia, la quale, differentemente dalla maggior parte delle pronunce in materia, non attiene ai contratti di mutuo (magari in valuta estera), ma riguarda un contratto di prestazione di servizi legali. Più precisamente le parti, un avvocato e il suo cliente, avevano stipulato cinque contratti di prestazione di servizi legali a titolo oneroso nel periodo aprile-agosto 2018. Gli onorari del professionista erano fissati secondo il principio della tariffa oraria per un importo di 100 euro per ogni ora di consulenza e di prestazione di servizi al cliente. Poiché quest'ultimo aveva mancato di pagare tali onorari, l'avvocato si era rivolto al giudice (lituano) per ottenere tutela dei suoi diritti. Sennonché, il giudice di primo grado rilevava l'abusività delle clausole relative al prezzo di tutti e cinque i contratti per violazione del principio di trasparenza e, conseguentemente, riduceva della metà gli onorari reclamati. A fronte del rigetto del ricorso anche da parte del giudice di secondo grado, l'avvocato ricorreva per cassazione. Quest'ultima decideva di proporre rinvio pregiudiziale alla Corte di Giustizia, ravvisando due questioni interpretative rilevanti: una relativa all'interpretazione della locuzione "oggetto principale del contratto" ex art. 4 direttiva 93/13/CEE, non essendo chiaro né se in essa rientri la clausola che fissa il prezzo dei servizi forniti secondo il principio della tariffa oraria, né come debbano essere interpretati i requisiti di trasparenza per decretarne la sua validità; l'altra questione – su cui soffermerò maggiormente l'attenzione – relativa agli effetti dell'accertamento del carattere abusivo di una clausola, quella sul prezzo del servizio, che ha carattere essenziale per il contratto.

Accenno brevemente alla prima delle questioni menzionate. La Corte di Giustizia è chiamata a pronunciarsi sulla portata della locuzione di "oggetto principale del contratto" di cui all'art. 4 direttiva 93/13/CEE, non essendo chiaro se essa ricomprenda anche la clausola non negoziata tra le parti relativa al costo della prestazione e alle sue modalità di calcolo. Come è noto, la disposizione citata costituisce un'eccezione al meccanismo di controllo delle clausole abusive, sicché essa è da sottoporre a una interpretazione restrittiva. Secondo l'impostazione ormai consolidata della Corte, in tale locuzione possono rientrare solo le clausole che fissano le prestazioni essenziali del contratto e che, quindi, lo caratterizzano. In questa ottica, non vi è dubbio che essenziale debba essere considerata la clausola relativa al compenso per i servizi legali, essendo il rapporto contrattuale caratterizzato proprio dalla fornitura dietro compenso di servizi legali. Nel contempo, la disposizione in esame pone un interrogativo interpretativo anche per quanto riguarda la portata dell'obbligo di trasparenza a cui sono soggette le clausole relative all'oggetto principale del contratto. Secondo la Corte di Giustizia, due sono i requisiti (complementari) di validità in punto di trasparenza: uno attiene alla comprensibilità sul piano formale e grammaticale del contenuto della clausola; l'altro impone che il contratto descriva in maniera trasparente il funzionamento concreto del meccanismo al quale si riferisce la clausola⁴.

Nel caso di specie la clausola sul compenso dell'avvocato non supera il test di trasparenza perché il mec-

⁴ Si rinvia, in particolare a quanto da ultimo statuito da Corte di Giustizia, 3 marzo 2020, causa C-125/18, *Gómez del Moral Guasch c. Bankia*, in *Jus civile*, 2021, 1957 ss., con nota di V. D'ALESSANDRO, *Trasparenza e abusività delle clausole di indicizzazione degli interessi*: la regola di trasparenza «si applica in ogni caso, anche quando una clausola rientri nell'ambito di applicazione dell'art. 4, paragrafo 2, di detta direttiva e anche se lo Stato membro interessato non ha trasposto tale disposizione» (par. n. 46). Sul tema più generale della trasparenza nei contratti B2C v.: V. RIZZO, *Trasparenza e "contratti del consumatore"*, Napoli, 1997; F. DI GIOVANNI, *La regola di trasparenza nei contratti dei consumatori*, Torino, 1998; E. MINERVINI, *La trasparenza contrattuale*, *Contr.*, 2011, 975 ss.; S. PAGLIANTINI, voce *Trasparenza contrattuale*, in *Enc. dir.*, Annali, V, Milano, 2012, 1294 ss.; ID, *La trasparenza consumeristica tra "dottrina" della Corte ed equivoci interpretativi*, in *Eur. dir. priv.*, 2019, 659 ss.; E. POILLOT, *Le contrôle de la transparence matérielle des clauses portat sur l'objet du contrat: une nouvelle arme en matière de lutte contre les clauses abusives*, in *Dalloz*, 2017, 1098 ss.; MENGOZZI, *La Corte di giustizia e la trasparenza da assicurare nella conclusione dei contratti con i consumatori*, in *Studi sull'integrazione europea*, 2019, 765 ss.; A. IULIANI, *La trasparenza consumeristica nell'interpretazione della Corte di Giustizia e della dottrina*, in *Foro it.*, 2020, IV, 23 ss.



canismo di fissazione del prezzo secondo il principio della tariffa oraria non consente «in mancanza di qualsiasi altra informazione fornita dal professionista a un consumatore medio, normalmente informato e ragionevolmente avveduto, di valutare le conseguenze finanziarie derivanti da tale clausola, ossia l'importo complessivo da pagare per detti servizi». Sia pure con una precisazione: i giudici hanno cura di chiarire che nei casi in cui sia difficile o impossibile per il professionista prevedere sin dalla conclusione del contratto il costo totale effettivo dei servizi da fornire, il rispetto del requisito di trasparenza deve essere valutato con riferimento agli elementi di cui lo stesso professionista disponeva al momento della conclusione del contratto.

A quanto sin qui detto si aggiunga un'ulteriore considerazione. La valutazione sulla trasparenza della clausola relativa all'oggetto principale del contratto non esaurisce il sindacato di abusività, nel senso che l'intrasparenza non comporta automaticamente la declaratoria di abusività, ma è solo uno degli elementi da valutare. Il giudice è tenuto a verificare anche la possibile violazione del requisito della buona fede e, in un secondo momento, la sussistenza di un eventuale significativo squilibrio a danno del consumatore. Tanto è richiesto a meno che uno Stato membro non preveda espressamente, in conformità all'art. 8 della direttiva, un più elevato livello di tutela, esigendo che la qualificazione di una clausola come abusiva discenda dal solo fatto della violazione dell'obbligo di trasparenza, come accade, appunto, per la legislazione lituana.

Ciò premesso, giova ora concentrare l'attenzione sul cuore della presente riflessione, rappresentato dalle questioni quinta e sesta del rinvio pregiudiziale. Una volta accertata l'abusività per intrasparenza della clausola sul compenso dell'avvocato, si tratta di stabilire se, trattandosi di pattuizione essenziale, il contratto possa comunque sopravvivere alla sua disapplicazione o, più precisamente, quali sono le conseguenze della sua caducazione.

A riguardo, la Corte distingue due situazioni. Nel caso in cui il contratto non possa effettivamente sussistere dopo la soppressione della clausola relativa al prezzo, l'esito della invalidazione totale ben sarebbe configurabile e ciò quand'anche la conseguenza sia la mancata percezione di un compenso per il professionista. Tanto significa che la caducazione del contratto, di per sé, non è un esito in contrasto con la regola dell'art. 6 della direttiva. Il problema in punto di effettività della tutela si pone nel diverso caso in cui siffatta invalidazione esponga il consumatore a conseguenze particolarmente dannose, tanto da penalizzarlo ingiustificatamente. Per convincere della bontà di tale affermazione la Corte menziona la fattispecie del mutuo stipulato dal consumatore-mutuatario, la cui nullità totale renderebbe «immediatamente esigibile l'importo residuo dovuto a titolo di mutuo in proporzioni che potrebbero eccedere le capacità finanziarie del consumatore e potrebbe comportare conseguenze particolarmente dannose per quest'ultimo»⁵.

Ma vi è di più. È interessante evidenziare il passaggio in cui la Corte di Giustizia rileva come il carattere particolarmente dannoso della dichiarazione di nullità di un contratto non consiste solo in conseguenze di natura puramente pecuniaria. Tutto il contrario, tra le conseguenze pregiudizievoli deve essere annoverata anche la situazione di incertezza giuridica che siffatta invalidazione totale può produrre a carico della sfera giuridica del consumatore. Si consideri che se, come nel caso di specie, il contratto ha ad oggetto la prestazione di servizi già forniti al momento dell'accertamento dell'abusività della clausola sul prezzo, il consumatore può trovarsi esposto al rischio che il diritto nazionale consenta al professionista di reclamare un compenso per tali servizi su un fondamento diverso dal contratto dichiarato nullo. Non solo, a ciò aggiungasi la possibilità che in presenza di un'operazione negoziale più complessa l'invalidità del contratto possa incidere sulla

⁵ Così Corte di Giustizia, 12 gennaio 2023, causa C-395/21, cit (parag. 61); Corte di Giustizia, 3 marzo 2020, causa C-125/18, cit (parag. 63).



validità e sull'efficacia di atti ulteriori compiuti in forza di quel contratto, con conseguente amplificazione delle conseguenze pregiudizievoli prodotte dalla caducazione totale del contratto.

D'altra parte, occorre anche considerare che il giudice nazionale, nel caso in esame, non potrebbe neppure concretamente ripristinare la situazione preesistente in cui il consumatore si sarebbe trovato in assenza della clausola abusiva, perché, come detto, egli ha già fruito dei servizi legali pattuiti nei contratti. Tale ripristino, allora, potrebbe realizzarsi unicamente nella forma della esenzione dall'obbligo di pagare gli onorari stabiliti in base a detta clausola. Con riguardo a quest'ultimo profilo la Corte di Giustizia, nel prisma del principio di effettività delle tutele, afferma che laddove i servizi legali siano già stati forniti, al giudice nazionale spetta comunque ripristinare la situazione in cui il consumatore si sarebbe trovato in assenza della clausola abusiva essenziale, benché ciò comporti che il professionista non percepisca alcun compenso per i suoi servizi.

Tutto ciò premesso, la Corte di Giustizia, richiamando i principi enunciati nel già ricordato caso *Kàsler* del 2014, statuisce che, in presenza della situazione in esame, il giudice nazionale possa eccezionalmente impedire la caducazione del contratto mediante la sostituzione della «*clausola abusiva dichiarata nulla con una disposizione di diritto nazionale di natura suppletiva o applicabile in caso di accordo tra le parti del contratto di cui trattasi*». Nell'ammettere siffatta possibilità, la Corte, nel contempo, ne circoscrive la portata con una importante precisazione. La disposizione suscettibile di colmare la lacuna contrattuale deve possedere due caratteristiche fondamentali: per un verso, deve trattarsi di disposizione specificamente applicabile ai contratti conclusi tra un professionista e un consumatore, cioè deve trattarsi di disposizione che tenga conto della posizione di strutturale svantaggio in cui si trova il consumatore; per altro verso, non deve avere una portata talmente generica talché «*la sua applicazione equivarrebbe a consentire, in sostanza, al giudice nazionale di fissare, sulla base di una sua propria stima, il compenso dovuto per i servizi forniti*». La Corte di Giustizia è chiara, dunque, nel qualificare tale operazione di integrazione del contratto come una possibilità del tutto eccezionale, da intendere in senso restrittivo e non lasciata alla discrezionalità del giudice. Non a caso, essa si premura di precisare, altresì, che rimane rigorosamente preclusa la strada dell'integrazione di stampo puramente giudiziale: i principi alla base della direttiva non consentirebbero al giudice nazionale di sostituire la clausola dichiarata nulla con una stima giudiziaria del compenso spettante al professionista per i servizi legali resi.

2. – La sentenza testé descritta rappresenta un'ulteriore tappa della evoluzione a cui è andata incontro la giurisprudenza europea nell'affrontare il problema degli effetti dell'accertamento della clausola abusiva essenziale.

In via preliminare, occorre ricordare che tale problema interpretativo non ha ricevuto immediata attenzione da parte della dottrina e della giurisprudenza, entrambe concentrate, in una prima fase, a comprendere l'esatta portata del potere del giudice di accertare officiosamente l'abusività della clausola. A riguardo, la Corte di Giustizia è stata chiara sin da subito nel concepire siffatto potere giudiziale in termini piuttosto estensivi, ravvisando nell'intervento di un soggetto terzo sul contratto uno strumento necessario per garantire l'effettività della tutela giurisdizionale del consumatore e, conseguentemente, livelli ottimali di concorrenzialità sul mercato comune⁶. Tanto da qualificare tale intervento non come semplice facoltà, ma come vero e proprio obbligo, da esercitare in ogni fase a grado del giudizio⁷.

⁶ Cfr. Corte di Giustizia, 27 giugno 2000, cause riunite da C-240/1998 a C-244/1998, *Oceano Grupo Editorial e Salvat Editores*, in *Racc.*, I, 4941ss.; Corte di Giustizia, 21 novembre 2002, causa C-473/2000, *Cofidis S.A. e Jean. Louise Fredout*, in *Racc.*, I, 10875



Tutto al contrario, con riguardo al post abusività, le prime pronunce della Corte di Giustizia, risalenti a una decina di anni fa, hanno sempre mirato a circoscrivere il più possibile qualsivoglia forma di intervento diretto del giudice sul contratto⁸. L'apparente paradosso di due letture così diverse tra loro rispetto al pro-

ss.; Corte di Giustizia, 26 ottobre 2006, causa C-168/2005, *Mostaza Claro*, in *Racc.*, I, 10421 ss.; Corte di Giustizia, 21 febbraio 2013, causa C-472/2011, *Banif Plus Bank Zrt*, in *www.curia.europa.eu*; Corte di Giustizia, 6 ottobre 2009, causa C-40/2008, *Asturcom Telecomunicaciones*, in *www.curia.europa.eu*; Corte di Giustizia, 4 giugno 2009, causa C-243/2008, *Pannon*, in *Racc.*, I, 4812 ss.; Corte di Giustizia, 16 febbraio 2016, causa C-49/2014, *Zambrano*, in *www.curia.europa.eu*.

⁷Non è questa la sede per soffermarsi sulla recente giurisprudenza della Corte di Giustizia in tema di giudicato, ma non si può non ricordare, sia pure per cenni, che la questione della cedevolezza del giudicato di fronte alla violazione di norme del diritto comunitario si è posta sin dal caso *Lucchini* del 2007 (Corte di Giustizia, 18 luglio 2007, causa C-119/05, *Lucchini*, in *www.curia.europa.eu*) ed è culminata con le sentenze rese nel maggio 2022 (Corte di Giustizia, Grande Sezione, 22 maggio 2022, cause riunite C-600/19 *Ibercaja Banco*, causa C-869/19 *Unicaja Banco*, causa C-725/19 *Impuls Leasing Romani*, causa C-693/19 *SPV Project*, causa C-831/19 *Banco di Desio e della Brianza*, in *www.curia.europa.eu*): in cui si è affermato: «L'articolo 6, paragrafo 1, e l'articolo 7, paragrafo 1, della direttiva 93/13/CEE del Consiglio, del 5 aprile 1993, concernente le clausole abusive nei contratti stipulati con i consumatori, devono essere interpretati nel senso che ostano a una normativa nazionale la quale prevede che, qualora un decreto ingiuntivo emesso da un giudice su domanda di un creditore non sia stato oggetto di opposizione proposta dal debitore, il giudice dell'esecuzione non possa – per il motivo che l'autorità di cosa giudicata di tale decreto ingiuntivo copre implicitamente la validità delle clausole del contratto che ne è alla base, escludendo qualsiasi esame della loro validità – successivamente controllare l'eventuale carattere abusivo di tali clausole. La circostanza che, alla data in cui il decreto ingiuntivo è divenuto definitivo, il debitore ignorava di poter essere qualificato come “consumatore” ai sensi di tale direttiva è irrilevante a tale riguardo». In altri termini, valorizzando al massimo il principio di effettività delle tutele, la Corte di Giustizia sembra aver messo in discussione la regola processuale del giudicato consentendo ai giudici di esaminare anche d'ufficio la questione dell'abusività della clausola anche ove questa sia già stata oggetto di un precedente giudizio: «una normativa nazionale secondo la quale un esame d'ufficio del carattere abusivo delle clausole contrattuali si considera avvenuto e coperto dall'autorità di cosa giudicata anche in assenza di qualsiasi motivazione in tal senso contenuta in un atto quale un decreto ingiuntivo può, tenuto conto della natura e dell'importanza dell'interesse pubblico sotteso alla tutela che la direttiva 93/13 conferisce ai consumatori, privare del suo contenuto l'obbligo incombente al giudice nazionale di procedere a un esame d'ufficio dell'eventuale carattere abusivo delle clausole contrattuali». In letteratura: BIAVATI, *La sentenza Lucchini: il giudicato nazionale cede al diritto comunitario*, in *Rass. trib.*, 2007, 1579 ss.; C. CONSOLO, *Il primato del diritto comunitario può spingersi fino a intaccare la “ferrea” forza del giudicato sostanziale?*, in *Corr. giur.*, 2007, 1189 ss.; ID., *La sentenza “Lucchini” alla Corte di Giustizia: quale possibile adattamento degli ordinamenti processuali interni e in specie del nostro?*, in *Riv. dir. proc.*, 2008, 225 ss.; V. NUCERA, *La tenuta del giudicato nazionale al banco di prova del contrasto con l'ordinamento comunitario*, in *Riv. dir. trib.*, 2008, IV, 149 ss.; R. CAPONI, *Corti europee e giudicati nazionali, Relazione al XXVII Congresso nazionale dell'Associazione italiana fra gli studiosi del processo civile, Verona, 25-26 settembre 2009*, in *Corti europee e giudicati nazionali, Atti del XXVII Convegno nazionale dell'Associazione italiana fra gli studiosi del processo civile*, Bologna, 2011, 239 ss.; G. FIENGO, *Il ruolo del giudice alla luce della giurisprudenza della Corte di Giustizia*, in *Aa.Vv., Consumatore e procedimento monitorio nel prisma del diritto europeo*, a cura di S. Caporusso, E. D'Alessandro, in *Giur. it.*, 2022, 2, 526 ss.; S. CAPORUSSO, *Decreto ingiuntivo non opposto e protezione del consumatore: la certezza arretra di fronte all'effettività*, in *Giur. it.*, 2022, 10, 2113 ss. Con particolare riguardo all'ordinamento italiano, si ricorda altresì la recentissima sentenza delle Sezioni Unite (Cass. Sez. Un., 6 aprile 2023, n. 9479, in *www.judicium.it*, con nota di I. FEBBI, *Impressioni a caldo sulla sentenza della Corte di Cassazione S.U. 9479/2023*) che rappresenta la prima decisione volta a recepire i principi enunciati dalla Corte di Giustizia, al fine di dare concreta attuazione al principio eurounitario di effettività della tutela del consumatore in caso di decreto ingiuntivo non opposto. In particolare, la Corte di Cassazione propone di distinguere a seconda che il giudizio concerna un decreto ingiuntivo già passato in giudicato o meno. Nei casi in cui il decreto non sia già passato in giudicato all'indomani dell'arresto della Corte di Giustizia, al giudice del giudizio monitorio è richiesto di effettuare un controllo sulle clausole del contratto, funzionale, in presenza di clausole abusive, a rigettare o accogliere parzialmente il ricorso per decreto ingiuntivo. Ove il decreto sia già passato in giudicato, invece, la misura più adeguata per tutelare il consumatore in linea con i principi della Corte di Giustizia viene ravvisata nello strumento dell'opposizione tardiva al decreto ingiuntivo ex art. 650 c.p.c., adattandolo alle specificità della fattispecie in esame: il giudice dell'esecuzione «se rileva il possibile carattere abusivo di una clausola contrattuale, ma anche se ritenga che ciò non sussista, ne informa le parti e avvisa il debitore consumatore (ciò che varrà come interpello sull'intenzione di avvalersi o meno della nullità di protezione) che entro 40 giorni da tale informazione – che nel caso di esecutato non comparso è da rendersi con comunicazione di cancelleria – può proporre opposizione a decreto ingiuntivo e così far valere (soltanto ed esclusivamente) il carattere abusivo delle clausole contrattuali incidenti sul riconoscimento del credito oggetto di ingiunzione».

⁸Cfr. Corte di Giustizia, 14 giugno 2012, causa C-618/10, *Banco Español de credito*, in *www.curia.europa.eu*: «i giudici naziona-



blema della tutela contro le clausole abusive si spiega alla luce di un dato. La descritta impostazione trovava fondamento in una interpretazione rigidamente letterale dell'art. 6 della direttiva 93/13/CEE, che, come già detto, attribuisce ai giudici il solo potere di accertare l'abusività di una clausola e di disapplicarla affinché non vincoli il consumatore, a condizione che il contratto possa esistere senza di essa. In questa prospettiva, allora, il divieto di modificare il contratto in tanto trova giustificazione in quanto mira a evitare la violazione dell'obiettivo di lungo termine sancito dall'art. 7 della direttiva: ci si riferisce all'«*effetto dissuasivo esercitato sui professionisti dalla pura e semplice non applicazione, nei confronti del consumatore, di siffatte clausole*». L'idea è che se il giudice potesse rivedere il contenuto del contratto così da evitarne la caducazione totale, i professionisti «*rimarrebbero tentati di utilizzare tali clausole, consapevoli che, quand'anche fossero invalidate, il contratto potrebbe nondimeno essere integrato, per quanto necessario, dal giudice nazionale*» per garantire il loro interesse⁹.

Siffatta impostazione ha iniziato a scricchiolare nel momento in cui la Corte di Giustizia è stata interrogata su alcune rilevanti questioni relative al post abusività e, particolarmente, quelle legate all'abusività di clausole essenziali, come quelle sui tassi di interesse di un contratto di mutuo o quelle sui tassi di cambio nei mutui in valuta estera. I giudici, invero, si sono resi conto che un'applicazione piatta e indistinta della regola dell'art. 6, che non tenga conto del peso specifico della singola pattuizione rispetto al significato complessivo dell'operazione negoziale, finisce per frustrare proprio l'effettività della tutela. Essa determinerebbe la invalidazione totale del contratto e obbligherebbe il consumatore a dare corso alle conseguenti restituzioni che, soprattutto nei contratti di mutuo, potrebbero eccedere la sua capacità finanziaria, trasformando il rimedio da strumento di protezione in male peggiore della malattia che si mirava a curare.

Una tappa indispensabile nell'evoluzione del pensiero della Corte di Giustizia è rappresentata dal già ricordato caso *Kásler* in cui, per la prima volta, viene ammesso un intervento integrativo in via suppletiva proprio al fine di evitare tanto che il consumatore sia esposto a conseguenze particolarmente dannose, quanto che l'effetto dissuasivo risultante dalla invalidazione della clausola abusiva venga compromesso¹⁰. Nel caso di specie, infatti, il sindacato di abusività si appuntava sulla clausola di indicizzazione di un mutuo in valuta estera: come è chiaro, trattasi di clausola essenziale, disapplicata la quale, il contratto non sarebbe potuto sopravvivere se non fosse stato possibile integrarlo a mezzo di una norma suppletiva di diritto nazionale. Diversamente ragionando, invero, il consumatore sarebbe stato scoraggiato dal far valere l'abusività della clau-

li sono tenuti unicamente ad escludere l'applicazione di una clausola contrattuale abusiva affinché non produca effetti vincolanti nei confronti del consumatore, senza essere autorizzati a rivedere il contenuto della medesima. (...) se il giudice nazionale potesse rivedere il contenuto delle clausole abusive inserite in simili contratti, una tale facoltà potrebbe compromettere la realizzazione dell'obiettivo di lungo termine di cui all'art. 7 della direttiva 93/13»; Corte di Giustizia, 30 maggio 2013, causa C-488/11, *Asbeek Brusse*, in www.curia.europa.eu (per un commento v. R. ALESSI, *Clausole vessatorie, nullità di protezione e poteri del giudice: alcuni punti fermi dopo le sentenze Joros e Asbeek Brusse*, in *Jus civile*, 2013, 7, 388 ss.); Corte di Giustizia, 27 marzo 2014, causa C-565/12, *LCL Le Crédit Lyonnais S.A.*, in *Contr.*, 2014, 10, 873 ss., con nota di T. RUMI, *Verifica del merito creditizio ed efficacia dei rimedi a tutela del consumatore*; Corte di Giustizia, 21 gennaio 2015, cause C-482-483-485-487/13, *Unicaja Banco*, in *Nuova giur. civ. comm.*, 2015, 423 ss., con nota di S. PAGLIANTINI, *Il "restatement" della Corte di Giustizia sull'integrazione del contratto del consumatore nel prisma armonizzato delle fonti*; Corte di Giustizia, 9 novembre 2016, causa C-43/15, *Home Credit*, in www.curia.europa.eu.

⁹ Così Corte di Giustizia, 14 giugno 2012, causa C-618/10, cit.

¹⁰ Cfr. Corte di Giustizia, 30 aprile 2013, causa C-26/13, *Kásler*, cit. Per approfondire la sentenza v.: S. PAGLIANTINI, *L'equilibrio soggettivo dello scambio (e l'integrazione) tra Corte di Giustizia, Corte Costituzionale e A.B.F.: i l "mondo di ieri" o un trompe l'oeil concettuale?*, cit., 853 ss.; A. D'ADDA, *Il giudice nazionale può rideterminare il contenuto della clausola abusiva essenziale applicando una disposizione di diritto nazionale di natura suppletiva*, in *Dir. civ. cont.*, 2014, 1 ss.; F. SCAVONE, *Le clausole abusive e gli effetti della declaratoria di nullità nella giurisprudenza della Corte di Giustizia dell'Unione europea: il caso Kásler c. OTP Jelzalogbank Zrt*, in *Contr. e impr./Eur.*, 2014, 2, 875 ss.



sola, preferendo rimanere vincolato a essa piuttosto che soggiacere alle conseguenze restitutorie derivanti dalla nullità della singola clausola (il versamento in un'unica soluzione dell'intera somma ricevuta a titolo di mutuo).

A partire da questa pronuncia, la Corte consolida la descritta impostazione, tanto da ravvisare nella integrazione suppletiva del contratto un indispensabile strumento di completamento della tutela (in negativo) rappresentata dalla disapplicazione della clausola abusiva¹¹. Si determina, in altri termini, la consapevolezza di non poter escludere a priori una modifica del regolamento contrattuale per mano del giudice, sia pure nei limiti di una integrazione di stampo legale funzionale a scongiurare l'esito di una invalidazione totale che renda ineffettiva la tutela del consumatore¹².

Si potrebbe obiettare che anche la strada dell'integrazione legale non vada del tutto esente da criticità ove si consideri che non sempre la sussistenza di una disposizione di natura suppletiva di diritto nazionale è idonea a garantire un adeguato livello di effettività di tutela. O, peggio ancora, talvolta la disposizione per colmare la lacuna, pur promanando dalla legge di diritto nazionale, potrebbe risultare in concreto abusiva nel caso in cui, inserita in uno specifico regolamento contrattuale, generi pur sempre un significativo squilibrio nei diritti e nei doveri tra le parti. A ben vedere, mi sembra, tuttavia, che il paventato rischio di una nuova ipotesi di abusività della clausola sia scongiurato dalla seguente considerazione: è vero che le clausole riproduttive di disposizioni di legge si sottraggono al sindacato di abusività, ma è vero, altresì, che questa regola non opera rispetto alle clausole fissate in deroga alla norma suppletiva, proprio perché espressiva pur sempre di un atto di esercizio di autonomia negoziale¹³. Tanto appare coerente, oltretutto, con una lettura sostanzialistica e non meramente formalistica della disciplina sulle clausole abusive.

¹¹ Per le ricadute di questa impostazione nell'ordinamento italiano e, in particolare, con riguardo alla nullità di protezione si vedano: S. PAGLIANTINI, *Nullità di protezione, integrazione dispositiva e massimo effetto utile per il consumatore: variazioni sul tema dell'asimmetria contrattuale*, in *Nuove leggi civ. comm.*, 2012, 4, 751 ss.; ID., *Post-vessatorietà e integrazione del contratto nel decalogo della CGUE*, cit., 561 ss.; A. D'ADDA, *La correzione del contratto abusivo, in le invalidità di diritto privato*, a cura di Bellavista e Plaia, Milano, 2011, 376 ss.; ID., *Giurisprudenza comunitaria e "massimo effetto utile per il consumatore: nullità (parziale) necessaria della clausola abusiva e integrazione del contratto*, in *Contr.*, 2013, 1, 16 ss.; ID., *Le stagioni dell'integrazione del contratto*, in *Annuario del contratto 2019*, Torino, 2020, 42 ss.; G. D'AMICO, S. PAGLIANTINI, *Nullità per abuso e integrazione del contratto*, Torino, 2012; C. SARTORIS, *Nullità di protezione e integrazione del contratto*, in *Riv. dir. priv.*, 2020, 4, 609 ss.; A. CALDORO, *Clausole abusive e rimedi alla caducazione: rimessione delle parti alle trattative, nuova frontiera (o terra incognita)?*, in *Contr.*, 2021, 285 ss.

¹² Cfr. Corte di Giustizia, 7 agosto 2018, cause riunite C-96/16 e C-94/17, *Banco Santander Escobedo Cortés*, in www.curia.europa.eu: «(...) la possibilità per il giudice nazionale di sostituire ad un clausola abusiva una norma di diritto interno a carattere suppletivo (...) è limitata alle ipotesi in cui l'invalidazione della clausola summenzionata obbligherebbe il giudice ad annullare il contratto nel suo insieme, esponendo così il consumatore a conseguenze tali che questi ne sarebbe penalizzato»; Corte di Giustizia, 14 marzo 2019, causa C-118/17, *Zsusanna Dunai*, in www.curia.europa.eu; Corte di Giustizia, 24 ottobre 2019, causa C-211/17, *SC Topaz Development srl*, in www.cura.europa.eu; Corte di Giustizia, Grande Sezione, 3 marzo 2020, causa C-125/18, *Gómez del Moral Guasch*, cit.; Corte di Giustizia, Grande Sezione, 26 marzo 2019, cause riunite C-70/19 e C-179/17, *Abanca Corporación Bancaria S.A./Bankia S.A.*, in *Pers. e merc.*, 2019, 3, 9 ss., con nota di C. SARTORIS, *Clausola abusiva di risoluzione anticipata e poteri del giudice nella sentenza Bankia S.A. Della Corte di Giustizia*; Corte di Giustizia, 14 maggio 2019, causa C-260/18 *Dziubak*, in *Nuove leggi civ. comm.*, 2019, 1262 ss., con nota di S. PAGLIANTINI, *I mutui indicizzati ed i limiti di un consumatore "costituzionalizzato": la "dottrina" della Corte di Giustizia da Árpád Kásler a Dziubak*: «Nell'ottica di evitare effetti eccessivamente pregiudizievoli per il consumatore derivanti dalla caducazione dell'intero contratto, l'eccezione di cui alla sentenza Kásler consente al giudice un intervento a integrazione del contratto che deve però limitarsi a sostituire la clausola abusiva con una clausola riprodotte la disposizione normativa di natura suppletiva, senza alcuno spazio interpretativo o "creativo"».

¹³ Come è noto, l'art. 1, par. 2, della direttiva 93/13/CEE esclude dall'ambito di applicazione della disciplina sulle clausole vessatorie proprio le clausole riproduttive di disposizioni legislative o regolamentari, salvo che gli Stati membri non adottino una disciplina più severa. Tale eccezione riposta sull'assunto che le disposizioni di legge non contengano clausole vessatorie. Nell'ordinamento italiano l'eccezione in esame è stata riprodotta nel testo dell'art. 34 cod. cons. senza, tuttavia, recare alcun riferimento né alle disposizioni regolamentari né alle disposizioni imperative. Il successivo dibattito sulla portata interpretativa dell'art. 34 cod. cons. ha visto



3. – I principi interpretativi sin qui richiamati costituiscono ormai un patrimonio consolidato della giurisprudenza europea in materia di clausole abusive. Rimangono ancora, però, alcune rilevanti questioni aperte che stanno continuando a impegnare la Corte di Giustizia. In tempi recenti quest'ultima si è trovata più volte a riflettere su quale sia la sorte del contratto nei casi in cui non sia possibile procedere alla integrazione legale per mancanza di una disposizione suppletiva di diritto nazionale da inserire nel contratto. Si tratta di stabilire se vi siano – e quali siano – ulteriori tecniche idonee a consentire la conservazione del contratto al fine di scongiurare l'esito pregiudizievole della nullità totale.

Come conferma la decisione oggetto del presente commento, la Corte di Giustizia è tutt'oggi ferma nell'escludere il potere del giudice di "creare" egli stesso la regola idonea a integrare il contratto sulla base di una propria valutazione equitativa. Viene così ribadita, con fermezza, la sussistenza di un limite invalicabile per le operazioni di modifica contrattuale, giustificato alla luce della considerazione secondo cui una integrazione giudiziale sarebbe in palese contrasto con il principio di dissuasività di cui all'art. 7 della direttiva¹⁴.

Tale affermazione, tuttavia, non sembra precludere un'ulteriore strada interpretativa che, sia pure in maniera ancora embrionale, emerge sempre più spesso nelle decisioni della Corte. Si tratta di vagliare la possibilità che in mancanza in senso assoluto di una norma suppletiva di diritto nazionale ovvero in presenza di una norma suppletiva di diritto nazionale che, però, non assicuri un adeguato standard di protezione per il consumatore il giudice rimetta ai contraenti stessi la determinazione della clausola espunta dal contratto. Come è stato condivisibilmente osservato dalla Corte, se il giudice nazionale è tenuto ad adottare tutte le misure necessarie per tutelare il consumatore contro le conseguenze particolarmente dannose derivanti dalla caducazione di una clausola abusiva essenziale, allora, ben potrebbe rientrare tra queste misure anche il promuovere la elaborazione di una regola pattizia. Su cosa debba intendersi per regola pattizia e come questa possa operare il dibattito è ancora aperto e non privo di profili di criticità.

La decisione in esame contempla questa ulteriore tecnica di integrazione del contratto, ma si limita a prevedere che l'integrazione possa avvenire anche mediate «una disposizione individuata su accordo delle parti contraenti», senza approfondire ulteriormente il punto. Si tratta di stabilire se, così statuendo, la Corte abbia inteso fare riferimento a una vera e propria negoziazione tra le parti oppure a una forma di integrazione di stampo pur sempre legale, benché la scelta della disposizione da inserire sia effettuata concordemente dalle parti. A ben vedere, nessuna di tali alternative sembra del tutto convincente. L'apodittica affermazione secondo cui il contratto sarebbe integrabile anche con una disposizione «applicabile in caso di accordo fra le

scontrarsi diverse posizioni dottrinali e giurisprudenziali, anche se pare da condividere la tesi prevalente secondo la quale l'esclusione dal sindacato di vessatorietà deve essere interpretata in senso sostanziale, ossia deve essere riferita non solo alle norme imperative, ma anche alle norme suppletive, in coerenza con la ratio protettiva della direttiva. Sul punto v. G. DE NOVA, *Le clausole vessatorie*, Milano, 1996; A. SCARPELLO, *Contratti dei consumatori ed interpretazione del diritto privato comunitario: il caso della tutela inibitoria di clausole riprodotte di regolamenti nazionali*, in *Riv. dir. civ.*, 1998, I, 1608 ss.; L. VALLE, *Giudizio di vessatorietà e clausole riprodotte di legge*, in *Contr. e impr.*, 2000, 774 ss.; S. MEUCCI, *Art. 34*, in *Codice del consumo*, in *Commentario*, a cura di G. Vettori, Padova, 2007, 341 ss.

¹⁴ È pur vero, però, che l'ordinamento tedesco conosce la figura della "ergänzende Vertragsauslegung", cioè di una tecnica di interpretazione integrativa del contratto, fondata sui §§ 157 e 306, comma 2, BGB, consistente nel potere del giudice di superare la lacuna contrattuale attraverso l'inserzione nel contratto di una regola che, ispirata a buona fede, realizzi l'equilibrio tra le parti. Cfr. H. KÖTZ, *Dispositives Recht und ergänzende Vertragsauslegung*, in *JuS*, 2013, 289 ss.; U. EHRICKE, *Zur Bedeutung der Privatautonomie bei der ergänzenden Vertragsauslegung*, in *RabelsZ*, 1996, 661 ss.; W. HENCKEL, *Die ergänzende Vertragsauslegung*, in *AcP*, 1960/1961, 106 ss.; C. HERRESTHAL, *Unionsrechtskonformität der ergänzenden Vertragsauslegung bei unwirksamen AGB-Klauseln*, in *Neue juristische Wochenschrift*, 2021, 589 ss.; C. GRÜNEBERG, sub § 306 BGB, in *Palandt Bürgerliches Gesetzbuch*, 80a ed., München, 2021, n.m. 13.



parti del contratto»¹⁵ sembra alludere a una possibilità di deroga pattizia delle norme suppletive di diritto nazionale. Rientra, infatti, nell'autonomia negoziale dei privati la possibilità di conservare uno spazio di esercizio della medesima attraverso il rimodellamento del contenuto di una disposizione di legge suppletiva. Con la precisazione che in tanto è consentita una deroga alle disposizioni di diritto nazionale di natura suppletiva in quanto detta deroga sia frutto di un effettivo accordo tra entrambe le parti.

La descritta tecnica di integrazione, pur diversa da quella strettamente legale, consentirebbe di riconoscere un limitato spazio all'esercizio dell'autonomia negoziale privata soprattutto da parte del consumatore, il quale, verosimilmente, non ha partecipato alla definizione dei contenuti dell'originario testo contrattuale o non vi ha partecipato in maniera pienamente consapevole e libera. Stupisce, tuttavia, che nella decisione in esame la Corte di Giustizia non abbia esplicitamente fatto riferimento alla forma più intensa di integrazione pattizia, rappresentata dalla possibilità che il giudice rinvii le parti a un'apposita trattativa sulla lacuna contrattuale. Eppure, tale soluzione è stata già prefigurata nella sentenza sul caso *Banca B.* del 2020 e poi ribadita nella decisione ancor più recente del 27 aprile 2023 sul caso *MJ*¹⁶. In queste occasioni la Corte ha affidato a una vera e propria "trattativa" delle parti il compito di definire la nuova clausola, allo scopo di fissare nell'un caso il metodo di calcolo del tasso di interesse, nell'altro il tasso di cambio della valuta estera. È stato chiarito che le parti, tuttavia, non sono completamente libere di negoziare il contenuto della nuova clausola, ma, proprio al fine di scongiurare il rischio di ulteriori prevaricazioni da parte del professionista, la trattativa deve svolgersi nel rispetto di alcune coordinate di riferimento. Per un verso, il giudice deve determinare il quadro di tali trattative, in modo che queste siano condotte in conformità al sistema giuridico esistente. Per altro verso, il giudice deve assicurare che esse siano volte a stabilire tra i diritti e gli obblighi delle parti un equilibrio reale e coerente con la finalità protettiva sottesa alla direttiva 93/13/CEE.

Nella prospettiva della Corte di Giustizia, la regola pattizia, dunque, proprio perché frutto della negoziazione di entrambi i contraenti, dovrebbe essere idonea a riequilibrare il contratto in funzione conservativa, garantendo tanto l'effettività della protezione per il consumatore – il quale diviene parte attiva nella definizione del contenuto contrattuale – quanto la dissuasività della sanzione verso il professionista – il quale si trova vincolato a negoziare termini contrattuali equilibrati, il cui impatto sulla sua attività professionale è del tutto incerto.

La descritta tecnica di integrazione del contratto, come è evidente, è cosa diversa dalla possibilità per i privati di concordare una deroga a taluni profili di una norma suppletiva, costituendo espressione di un vero e proprio atto di esercizio di autonomia negoziale. Tuttavia, non ci si può esimere dall'interrogarsi sulla sua efficacia e idoneità a conservare il contratto a fronte di una obiezione che le può essere mossa. Non vi è chi non veda come il punto debole della tecnica di integrazione pattizia stia tutto nelle conseguenze pregiudizievoli che deriverebbero per il consumatore ove la negoziazione tra le parti fallisca ovvero il professionista si sottragga al relativo dovere¹⁷. È noto, infatti, il problema di come assicurare l'*enforcement* dell'obbligo di

¹⁵ Così Corte di Giustizia, 12 gennaio 2023, causa C-395/21, *D.V. c. M.A.*, cit. (parag. n. 60).

¹⁶ Cfr. Corte di Giustizia, 25 novembre 2020, causa C-269/19 *Banca B.*; Corte di Giustizia, 27 aprile 2023, causa C-705/21 *MJ*. Entrambe le sentenze sono reperibili su www.curia.europa.eu.

¹⁷ Per una riflessione critica sulla rinegoziazione si vedano e interessanti considerazioni di R. Alessi, *Il controllo di vessatorietà come banco di prova de l'rapporto autonomia privata/legge: il percorso accidentato della Corte di Giustizia*, in www.diritto.giustiziacostituzione.it, secondo la quale tale «principio, ne lmentre celebra Il primato dell'autonomia privata nel solco di Dziubak, lo smentisce, prospettando una trattativa iussu iudicis (...). per questa via si palesa il paradosso di una soluzione che intende tutelare il consumatore semplicemente restituendolo a quello scambio impropri che il controllo sulle clausole abusive dovrebbe correggere; uno scambio in esito al quale gli si prospetterà verosimilmente solo la possibilità di accettare un contratto diversamente squilibrato quale unica alternativa ad un fallimento della trattativa che lo esporrebbe alle medesime conseguenze della caducazione del contratto origi-



rinegoziazione. Nell'ordinamento italiano, pur essendo da tempo conosciuta la teoria della rinegoziazione fondata sulla valorizzazione della clausola generale della buona fede¹⁸, è ancora discusso il problema delle conseguenze dell'eventuale inadempimento dell'obbligo di rinegoziazione. Tutto dipende da come quest'ultimo viene qualificato. Se si trattasse di un obbligo di contrarre, il consumatore fruirebbe di una tutela particolarmente rilevante, potendo domandare l'esecuzione in forma specifica ex art. 2932 cod. civ. Se si trattasse di un obbligo di contrattare, il consumatore potrebbe domandare la risoluzione per inadempimento. Entrambi i descritti esiti interpretativi, tuttavia, presentano aspetti di criticità: il primo perché nasconde il rischio di attribuire al giudice un penetrante potere di sindacato sul contratto idoneo a determinare una sostanziale modificazione giudiziale del contratto, con conseguente frustrazione del monito della giurisprudenza europea; il secondo perché condurrebbe allo scioglimento del contratto, cioè, paradossalmente, al medesimo esito che la giurisprudenza europea mirava a evitare. È, però, vero che a ragionare nell'ottica dell'obbligo di contrattare si assicurerebbe una soluzione maggiormente equilibrata perché se è vero che il contratto viene meno per effetto della risoluzione per inadempimento, è anche vero che il consumatore non rimarrebbe del tutto privo di tutela, potendo far valere la responsabilità del professionista per inadempimento dell'obbligo di rinegoziazione sì da ottenere almeno il risarcimento del danno patito.

4. – Questione logicamente consecutiva rispetto all'emergere di una pluralità di strumenti di modificazione del contratto è quella relativa al *modus operandi* del giudice. Più precisamente, occorre chiedersi come si rapportino tra loro le varie tecniche di revisione contrattuale ammesse dalla Corte di Giustizia. Il che equivale a chiedersi quale sia l'estensione dei poteri del giudice nei contratti B2C in sede di post abusività.

Dall'analisi della giurisprudenza europea è possibile trarre una indicazione di ordine sistematico. Le molteplici tecniche di modificazione del contratto in sede di post abusività rimandano l'immagine di un sistema gerarchizzato che si fonda su due direttrici fondamentali. Si tratta di un sistema: (a) funzionale ad assicurare il più possibile la conservazione del contratto con finalità di riequilibrio delle posizioni contrattuali delle parti, allo scopo di evitare l'esito controfunzionale di una nullità totale; (b) ispirato a un principio di minima intrusione possibile del giudice nel regolamento contrattuale, al fine di non frustrare l'effetto dissuasivo da riconnettere al rimedio caducatorio, garantendo, nel contempo, la sua effettività. Ebbene, l'immagine che questo sistema restituisce è quella di una tutela a geometrie variabili, la cui cifra caratteristica è proprio la graduazione dei suoi effetti in funzione della massima protezione dell'interesse del consumatore.

Siffatto sistema di graduazione degli effetti dell'accertamento dell'abusività si articola secondo una logica

nario. Che rimedio al fallimento della trattativa o ad un secondo contratto *diversamente* sfavorevole al consumatore? La caducazione, conseguente alla ritenuta impossibilità di integrazione del contratto e dunque alla inevitabile nullità di questo, o comunque l'azzeramento dello scambio, è solo rinviata, a meno dell'accettazione di condizioni comunque non pariteticamente negoziate, o della meno probabile spontanea adesione delle parti (*rectius* della banca) ad una contrattazione equilibrata (non potendosi ascrivere al catalogo dei poteri del giudice chiamato a giudicare sull'esercizio autonomia privata più che una semplice raccomandazione per l'utilizzo di regole eque).

¹⁸ In tema v. *ex multis*: F. MACARIO, *Adeguamento e rinegoziazione nei contratti a lungo termine*, Napoli, 1996; V.M. CESARO, *Clausola di rinegoziazione e conservazione dell'equilibrio contrattuale*, Napoli, 2000; G. SICCHERO, voce *Rinegoziazione*, in *Dig. Disc. Priv.*, sez. Civ., agg., II, Torino, 2003, 1200 ss.; F. GAMBINO, voce *Rinegoziazione (diritto civile)*, in *Enc. giur. Treccani*, XXVII, Roma, 2006, 1 ss.; C.M. NANNA, *Eterointegrazione del contratto e potere correttivo del giudice*, Padova, 2010, 155 ss.; GALLO, *Revisione e rinegoziazione del contratto*, in *Dig. civ., Aggiornamento*, Torino, 2011, 807 ss.; S. LANDINI, *Vincolatività dell'accordo e clausola di rinegoziazione. L'importanza della resilienza nelle relazioni contrattuali*, in *Contr. e impr.*, 2016, 182 ss.; E. TUCCARI, *Sopravvenienze e rimedi nei contratti di durata*, Padova, 2018.



specifica. Dalla giurisprudenza europea, invero, è dato trarre un insieme di criteri gerarchicamente ordinati e ispirati ai predetti principi.

Nei casi più semplici, cioè quando la clausola abusiva non sia essenziale per il significato dell'operazione economica, l'obiettivo di un *eforcement* effettivo e dissuasivo della disciplina consumeristica può essere agevolmente raggiunto attraverso l'applicazione della lettera dell'art. 6, comma 1, della direttiva. La soluzione fisiologica, in altri termini, consiste nella mera disapplicazione della clausola abusiva affinché essa non produca effetti vincolanti per il consumatore. Per tale via, il contratto, depurato di quella pattuizione, può continuare a esistere e a consentire al consumatore di conseguire il bene o il servizio di cui ha bisogno in condizioni contrattuali non svantaggiose.

Di fuori da quest'ultima ipotesi, nei casi più complessi e, segnatamente, nei casi in cui il contratto non sia in grado di sopravvivere in mancanza della clausola essenziale dichiarata abusiva, si configura il rischio di una nullità totale a tutto svantaggio del consumatore, il quale potrebbe non essere in grado di dare corso ai conseguenti obblighi restitutori. Secondo i principi ormai consolidati della giurisprudenza europea, se il giudice deve adottare tutte le misure necessarie per proteggere il consumatore contro le conseguenze particolarmente sfavorevoli che potrebbero derivare dalla caducazione dell'intero contratto, allora, deve essere consentito colmare la lacuna contrattuale sopravvenuta. Tale opera di integrazione, tuttavia, non può avvenire con materiale di creazione prettamente giudiziale, stante il divieto generale per i giudici di modificare in maniera diretta il contratto; bensì dovrà avvenire nel rispetto del quadro normativo esistente. Tanto significa che il contratto può essere integrato con la disposizione di natura suppletiva di diritto nazionale, cioè con quella stessa disposizione la cui deroga unilateralmente imposta dal professionista a tutto svantaggio del consumatore concretizza il carattere abusivo della clausola.

Non sempre, tuttavia, è reperibile nel sistema una disposizione suppletiva idonea a integrare il contratto, così come può accadere che una disposizione suppletiva vi sia, ma non garantisca uno standard di tutela adeguato per il consumatore in relazione a una certa categoria contrattuale. Lo si è ben visto nel caso in esame: l'integrazione della clausola relativa al prezzo in tanto è possibile in quanto vi sia una disposizione di diritto nazionale di natura suppletiva che consenta di stabilire il compenso per il servizio reso dal professionista, purché detta disposizione sia applicabile specificamente ai contratti conclusi tra professionista e consumatore e non sia eccessivamente generica. L'integrazione, inoltre, va esclusa se la disposizione di diritto nazionale di natura suppletiva consente al professionista di reclamare un compenso ingiustificatamente gravoso per il consumatore che non tenga conto del fatto che si tratta di un rapporto B2C. In casi come questi, fermo restando il divieto di integrazione giudiziale, non rimane che la strada dell'esercizio dell'autonomia privata dei contraenti. Anche tale tecnica integrativa conosce alcune forme di graduazione dei propri effetti: accanto alla possibilità, più semplice, che la lacuna venga colmata dalla disposizione individuata su accordo delle parti, si contempla la strada più complessa di affidare alle parti un dovere di (ri)negoziiazione volto a produrre la regola pattizia più adatta.

Dunque, anche il rapporto tra integrazione legale e integrazione pattizia non si pone in termini di alternative lasciata alla discrezionalità del giudice o delle parti; al contrario, va inteso in termini propriamente gerarchici. La trattativa tra professionista e consumatore, pur essendo soluzione di *extrema ratio*, concorre a disegnare un sistema rimediale in cui la nullità totale del contratto non costituisce la conseguenza necessaria della disapplicazione della clausola abusiva essenziale, ma contribuisce alla configurazione di un binomio – quello tra nullità parziale e integrazione – idoneo a conservare il contratto secondo un nuovo ed equo equilibrio contrattuale. Ciò a condizione che l'esercizio dell'autonomia privata avvenga conformemente alle direttive definite dal giudice.



JUS CIVILE

Come si è cercato di evidenziare, il descritto sistema di salvataggio della validità del contratto non va certo esente da profili di criticità, il cui superamento impegnerà gli interpreti nei prossimi anni. Nel suo complesso, tuttavia, sembra offrire una tutela modulabile in funzione delle caratteristiche e specificità del singolo caso. La soluzione così sartorialmente ritagliata, nel contempo, risulta del tutto coerente con i principi della direttiva 1993/13/CEE, garantendo una tutela effettiva, dissuasiva e proporzionata.



G. NOTO LA DIEGA, *INTERNET OF THINGS AND THE LAW*, ROUTLEDGE, 2023.

Dalle prime pagine introduttive l'A. si preoccupa di esplicitare il punto di vista che anima la sua ricerca, la quale intende privilegiare la regolamentazione dell'Internet delle cose (di qui in avanti IoT) quale tecnologia ad oggi maggiormente invasiva della vita umana, capace più di ogni altra di sfruttare la capacità dell'uomo in quanto produttore delle risorse economiche oggi più preziose: i dati. Aggiunge che, trattandosi della tecnica che incarna l'attuale stadio del sistema capitalismo, essa può essere studiata efficacemente adottando una metodologia marxista, utile per rispondere a questa domanda generale: in che modo la legge può mediare le dinamiche di potere tra chi dispone della tecnologia IoT e gli utenti finali? Può la legge guidare lo sviluppo dell'IoT in una direzione incentrata sull'uomo e vantaggiosa per l'intera società?

1. – Il primo e articolato capitolo del libro offre una panoramica analitica delle metodiche di regolazione del fenomeno, sottolineando sia i diversi approcci, da parte degli ordinamenti statunitense ed europeo, sia – correlativamente – i diversi strumenti di regolazione, in prevalenza non vincolanti, ma piuttosto basati sulla (presunta maggiore) efficacia della selfregulation e delle norme di soft-law. L'A. esprime comunque rilievi critici sia sugli strumenti di selfregulation che su quelli di regolazione vera e propria, mostrando piuttosto attenzione alle soluzioni non binarie, ma di coregolazione, cioè di cooperazione congiunta fra lo Stato e i privati, in ottica di strategia integrata.

Le precedenti considerazioni assumono rilievo concettuale con riferimento alle minacce che l'A. ritiene di ricondurre alla crescente adozione dell'IoT da parte dei consumatori, ciò che viene rappresentato attraverso la metafora del “pantano contrattuale”, cioè l'uso strumentale del contratto per il controllo della “cosa” ma in realtà di chi la usa. Leggiamo a p.69 che “*The essence of a contract is the 'arbitrary will' of the contracting party and their ability to break away from the contract. It could be said that the relationship between IoT companies and their users is reminiscent of the relationship between States and citizens, rather than being of a genuinely contractual nature*”. E questo altro non sarebbe che un'espressione del capitalismo della sorveglianza (Zuboff).

La tesi è argomentata attraverso l'analisi dei casi, ovvero degli strumenti diffusi di IoT (gli assistenti virtuali, il cloud, i servizi Amazon, etc.), il cui funzionamento grazie ad algoritmi opachi e tecniche impenetrabili produrrebbe conseguenze significativamente definite –fra l'altro– come “death of ownership”, ad indicare il capovolgimento della prospettiva dominicale dei beni di consumo ad opera dei sistemi esterni di controllo delle “cose” consentiti dai diritti di proprietà intellettuale e dalle tecniche contrattuali che regolano l'uso di queste “cose” (di cui il consumatore non sarebbe altro che un *digital tenant*). Apprezzabile in questo contesto di ragionamento l'analisi puntuale dei servizi Amazon e delle relative condizioni.

2. – È in questo contesto di squilibri di potenza che si svolge poi l'analisi della normativa europea sui contratti di consumo, da quella tradizionale sulle clausole vessatorie (ripercorsa analiticamente con riguardo ai termini e condizioni di Amazon), a quella più recente introdotta dalla Direttiva omnibus 2019/2161 e dalle Direttive sulla vendita di prodotti e contenuti digitali e sulle garanzie di conformità. Queste ultime e i relativi dispositivi di protezione del consumatore sono esaminati con riguardo all'estensione della garanzia di con-



formità concernente la “smartness” dei contenuti digitali anche nel periodo successivo alla consegna, e all’obbligo di fornitura degli aggiornamenti.

La valutazione dell’A. sull’efficacia delle tutele contrattuali dei consumatori di IOT è tuttavia assai critica, e lo è –se così può dirsi– pregiudizialmente, cioè per una rilevata strutturale inadeguatezza a riequilibrare rapporti profondamente squilibrati, ovvero perché inapplicabile laddove non vi sia un contratto o la controparte non sia comunque identificabile.

Questa è la ragione per la quale l’A. concentra poi la sua analisi sulle discipline consumeristiche non contrattuali, precisamente quella sulla responsabilità per danni da prodotto, e quella sulle Pratiche commerciali sleali, e lo fa alla luce di una categoria che sempre più viene utilizzata nel discorso giuridico sulla fenomenologia digitale: la categoria della *vulnerabilità*. Nella prospettiva di Noto La Diega tuttavia, la vulnerabilità è costruita quale specifico effetto del capitalismo in versione digitale, che si porta a compimento producendo cose “vulnerabili”, in quanto destinate ad un rapido consumo, e persone “vulnerabili”, in quanto suscettibili di ogni possibile manipolazione in ambienti dominati da IoT. I due corpi normativi ora citati vengono assunti come oggetto di studio esattamente in questa chiave, come possibili strumenti di difesa da quelle vulnerabilità. Possibili ma poco efficienti, soprattutto inadeguati rispetto alla sfuggente qualificazione dei contenuti digitali in termini “prodotto”, e alla continua manipolazione dei bisogni operata dalle pratiche capitalistiche sulla personalità umana: di fronte alla quale gli strumenti prettamente patrimonialistici offerti dalla disciplina delle pratiche commerciali non sono soddisfacenti.

3. – Di qui un ulteriore passo analitico, nel quadro sempre più arricchito di nuovi scenari del capitalismo digitale, ovvero della “sorveglianza”: la disciplina offerta dal DGPR, ricostruita con riguardo ai diritti dell’interessato al controllo dei dati personali immessi in circolazione attraverso l’uso di tecnologie IoT.

L’indagine è come sempre corredata da una precisa verifica empirica, sul funzionamento ad esempio dei prodotti Amazon Echo Spot e Echo Look, destinati ad operare negli ambienti domestici più intimi e personali, e per questo espressione dell’Internet of Loos, ovvero di quell’altro aspetto del capitalismo estrattivo o espropriativo che fa dei dati personali la risorsa principe del suo commercio. Noto La Diega così lo connota, con le parole della Zuboff: “the everywhere, always-on instrumentation, datafication, connection, communication, and computation of all things, animate and inanimate, and all processes”. Una visione per la quale si produce quel capovolgimento “from a thing that we have to a thing that has us” (p.256).

I diritti del GDPR sono presi in considerazione in questa chiave, ma per quanto l’A. ammetta che la disciplina del Regolamento fornisca strumenti utili a contrastare il fenomeno dell’espropriazione dei dati, la valutazione finale confermerebbe la loro natura neoliberale, fortemente protetta dalla normativa della proprietà intellettuale e dei segreti commerciali, dietro la quale i grandi players si trincerano per neutralizzare i diritti degli interessati.

Questo è infatti il tema finale che Noto La Diega affronta, il cuore di un ragionamento che propone da un lato la già menzionata “morte della proprietà delle cose”, che il consumatore di beni e risorse di IoT crede di avere, ma di cui non ha alcun controllo, per le caratteristiche espropriative e manipolative dei processi prima evidenziati, imputabili alle società di IoT; e dall’altro la sempre più viva (e oscura) proprietà intellettuale che regge questi processi.



4. – La premessa di tale ultimo ragionamento è la seguente: “... IP has become the key ideological device of rentier capitalism”, e da tale assunto –che nega valore alla tradizionale funzione di incentivo riconosciuta alla proprietà intellettuale, è lineare il passaggio all’idea per la quale “*We have become digital tenants, not owning or controlling any object around us and data about us. To the point that, one can argue, we no longer own: we are owned*” (p.276).

Il seguito dell’analisi sviluppa varie tematiche espressive dell’allungamento del potere monopolistico dell’IP lungo tutto il processo di utilizzo delle risorse che ne sono oggetto: dal tema della manutenzione, illustrato dal caso John Deere, al tema dell’esaurimento della proprietà intellettuale rispetto alla libera circolazione dei beni, posto dal caso Tom Kabinet, ai temi sollecitati dalle condizioni di contratto poste da Amazon per l’utilizzo dei suoi dispositivi. Per non parlare delle questioni legate alla definizione del copyright nei prodotti e nei software complessi. L’esito dell’analisi, in questa parte finale della ricerca, tocca infine il nesso inscindibile tra diritti di monopolio e diritto della concorrenza, quale risultante anche dagli orientamenti delle Autorità Antitrust e dalla loro capacità di mettere in campo adeguati mezzi di contrasto degli abusi e di limitazione –attraverso le eccezioni– di quell’intricato insieme di diritti monopolistici e di controllo che danno corpo al fenomeno dell’*Internet of Digital Locks*.

La conclusione è in linea con la teoria marxista, secondo la quale la LEGGE può forse aiutare i “laboratori”, incluso l’attuale ‘smart proletariat’, ma rimane pur sempre uno strumento di oppressione di classe e di aiuto piuttosto del capitalismo che non delle classi che ne subiscono il potere.

Non resta allora che invocare i “commons”, un modello di uso delle risorse declinato sull’open, piuttosto che sul locked: open software, open-source, open data. Ai commons sono dedicate le pagine finali dell’opera.

5. – Si è indugiato nella sintetica descrizione dell’andamento e del percorso analitico dell’A. per poter, adesso, elaborare qualche considerazione critica.

La prima attiene alla dichiarata metodologia della ricerca, esplicitamente e più volte ricondotta alla teoria marxista. Non c’è dubbio che una tale ottica sia uno strumento formidabile nello svelare la doppiezza, l’oscurità ed anche la pericolosità (dal punto di vista della sicurezza) delle più invasive tecniche di IoT. E non c’è dubbio che una fiducia nella tecnologia digitale, non accompagnata da una adeguata consapevolezza di cosa significhi essere “seguiti” passo passo in casa propria da un assistente vocale, sarebbe fiducia cieca ed ingenua, che non può essere alimentata, ma deve essere contrastata con tutti i mezzi di cui una società dispone per implementare la consapevolezza e l’autodeterminazione dei cittadini.

In tal senso, bisogna essere grati all’A. per aver sviluppato questo spirito critico attraverso l’analisi giuridica, sui formanti –si direbbe– legislativi, giurisprudenziali ed empirici. Così come un giuscivile può essergli grato per aver offerto alla sua riflessione elementi assai utili per mettere alla prova, rivedere, e riformulare quei paradigmi dommatici che la tradizione gli consegna dai banchi di scuola. Così è ad esempio, per la formula della “morte della proprietà”, ad un certo punto declinata in termini di *ownership* e *property*, per differenziare le diverse posizioni rispetto alle cose, piuttosto che alle risorse immateriali. Una formula che invita a ripensare di nuovo antiche –ma non vecchie– problematiche, intese a rappresentare la proprietà (il terribile diritto) attraverso la scissione tra titolarità e controllo; ovvero a testarne la sopravvivenza di fronte alla prevalenza di tecniche di fruizione delle risorse basate sull’accesso, sull’abbonamento, piuttosto che sul trasferimento di un diritto.

La riproposizione di queste tematiche con riferimento alla complessità – efficacemente rappresentata – del mondo IoT e delle interferenze che lo stesso manifesta tra diritto dei contratti, diritto dei beni e diritto



della concorrenza è indice di una consapevolezza analitica non solo apprezzabile, ma anche utile. Utile per il giurista che voglia raggiungere una dimensione realmente sistematica dello studio di questi fenomeni. Ed utile ancora per chi voglia percepire la natura e la dimensione oggi raggiunta dalle fonti regolative dei medesimi fenomeni.

E tuttavia, se è vero che su tali benefici dell'ottica marxista potrebbe essere non difficile convenire; assai più difficile, invece, è condividere l'esito finale della ricerca: dove ad essere messa in dubbio non è più soltanto l'efficacia delle leggi e delle normative esaminate dal punto di vista della promozione di una dimensione "umana" e non meramente espropriativa dell'IoT, ma la stessa capacità della legge a governare il fenomeno. Se il bersaglio è il capitalismo (che come non mai esprime se stesso nella fenomenologia del mondo digitale), e se la legge è strumento del capitalismo, allora combattere il capitalismo significa combattere la legge?

C'è in tale equazione –se abbiamo inteso correttamente– il sopravvento di un elemento ideologico che assume qui rilievo sul piano metodologico, e che getta un'ombra sul senso della lunga analisi precedentemente svolta, e soprattutto sul senso di una politica legislativa che, a partire da altri presupposti di principio, volesse efficacemente modificare l'assetto dei rapporti giuridici che ruotano intorno ai fenomeni di cui parliamo.

In altre parole, il lettore che giunge al termine di questo volume può *non ingenuamente* immaginare una diversa regolamentazione dei rapporti contrattuali di consumo? Può *non ingenuamente* immaginare una diversa regolazione dei diritti di IP e delle dinamiche di concorrenza? Può *non ingenuamente* immaginare un rafforzamento della disciplina di controllo dei dati personali, o dell'accesso alle piattaforme, o della responsabilità per danni da prodotto, che renda effettiva la protezione dei suoi diritti personali? Perché, se questo *immaginare* altro non fosse che una pia illusione, poiché la legge è sempre strumento del più forte, allora dovremmo immaginare una dimensione sociale di vita diversa da quella dello Stato di diritto.

Il che, a dire il vero, non è facile, se non si accetta una previa prospettiva demolitoria dell'attuale dimensione istituzionale che sostituisca la legge con qualcos'altro.

[CARMELITA CAMARDI]