

JUS CIVILE

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



4/2024

luglio-agosto



G. Giappichelli Editore

ISSN 2421-2563

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

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

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

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

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

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



INDICE

	<i>pag.</i>
Articoli e Saggi	
Forma del testamento, <i>relatio</i> e progetto di testamento: un caso di ibridazione* di <i>Matteo Ceolin</i>	588
Le categorie giuridiche nell'economia digitale: il terzo paradiso* di <i>Roberto Bocchini</i>	596
Il diritto all'unità familiare del cittadino europeo con il <i>partner</i> extra U.E. nel diritto di derivazione unionale* di <i>Luisa Pascucci</i>	614
Liquidazione concorsuale dei beni ereditari e legato in sostituzione di legittima* di <i>Ilaria Maspes</i>	643
La pratica commerciale lesiva* di <i>Luca Antonio Caloiaro</i>	656
Giurisprudenza italiana	
Le vicende dell'anatocismo bancario fra diritto e processo* di <i>Silvia de Marco</i>	699
Ammissibilità della rinuncia abdicativa al diritto di proprietà immobiliare e suo perimetro di sindacabilità giudiziale: la parola ai giudici di legittimità* di <i>Tommaso De Mari Casareto dal Verme</i>	727
Interpretazione della clausola compromissoria nell'attuale fisionomia della composizione della controversia a carattere arbitrale* di <i>Giacomo Angelo Puggioni</i>	739
Recensioni	
Humberto Theodoro Júnior, <i>Prescrição e decadência</i> , 3 ^a edição revista atualizada e reformulada, Rio de Janeiro, 2024, p. 401 [Mauro Tescaro]	757

* Contributo sottoposto a revisione.

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



MATTEO CEOLIN

Professore ordinario di Diritto privato – Università degli Studi di Padova

**FORMA DEL TESTAMENTO, *RELATIO* E PROGETTO DI TESTAMENTO:
UN CASO DI IBRIDAZIONE**

SOMMARIO: 1. Introduzione. – 2. Cenni preliminari su cosa il documento “non è”. – 3. Sulla forma del testamento olografo. – 4. Sulla *relatio testamentaria*. – 5. L’ibrido testamentario. – 6. Progetto e minuta di testamento. – 7. Conclusioni.

1. – Come l’esperienza è – si dice – l’inizio della conoscenza, spesso la fattispecie pratica è, per il giurista, l’occasione che sollecita ragionamenti cui difficilmente ci si sarebbe avvicinati se il caso della vita non avesse bussato alla porta. Così, le presenti riflessioni sono state sollecitate da una fattispecie assai peculiare che è stata sottoposta alla mia attenzione.

Si trattava della qualificazione di un documento pubblicato quale testamento olografo, la cui particolarità, consisteva, però, nel fatto che la documentazione pubblicata come testamento olografo era costituita da un documento a stampa (redatto al computer) di circa due pagine in calce alle quali erano poste poche righe di pugno del *de cuius*. Il documento dattiloscritto presentava struttura e terminologia tipica degli atti notarili (protocollo, dispositivo, escatocollo) oltretutto la veste formale degli stessi (foglio protocollo standard di 50 righe con margini c.d. uso bollo), sicché ragionevolmente veniva qualificato quale bozza a stampa di testamento pubblico. Le quattro righe olografe poste in calce al testo dattiloscritto erano, invece, scritte per intero dal *de cuius*, datate e sottoscritte e si limitavano a rinviare *in toto* al testo a stampa qualificato dallo stesso sottoscrittore quale “testamento” che “raccolge le mie volontà”.

2. – *In primis*, occorre sgombrare il campo da ogni suggestione cui l’interprete potrebbe indulgere stante la peculiarità della fattispecie. Difatti, la circostanza che ci si trovi di fronte ad un dattiloscritto con i caratteri di cui sopra potrebbe spingere, magari inconsciamente, ad attribuire a tale documento un qualche valore aggiuntivo rispetto a quanto lo stesso intrinsecamente può avere. Ma ben poche parole vanno spese per sancire la nullità indubbia di tale documento quale testamento pubblico ai sensi degli artt. 603 c.c., 51 e 58 l. 16.2.1913 n. 89 (c.d. Legge notarile)¹. Dunque, tale “bozza di testamento pubblico” va riguardata per quello che è e cioè un semplice testo scritto con mezzi meccanici, ragionevolmente da soggetto terzo rispetto al *de*

¹ *Ex multis*, A. CICU, *Il testamento*, Milano, 1951; G. TAMBURRINO, voce *Testamento (dir. priv.)*, in *Enc. dir.*, XIV, Milano, 1992 489 ss.; R. TRIOLA, *Il testamento*, Milano, 2012, 163 ss.; M. DI FABIO, *Il testamento*, Milano, 67 ss.



cuius. Di ciò, del resto, appare perfettamente consapevole lo stesso *de cuius*, che si premura di precisare che lo scritto in questione “benché non [sia] ancora firmato dal Notaio” raccoglie le sue volontà, con ciò dimostrando una sicura, benché non tecnica, consapevolezza dei difetti formali del documento in oggetto.

3. – Sgombrato il campo da ogni eventuale perplessità sul fatto che la fattispecie possa integrare un testamento pubblico – perplessità, peraltro, forse neppure da supporre, stante anche la qualifica che viene data dal verbale di pubblicazione, che mai adombra qualsivoglia valenza pubblica a quanto pubblicato, limitandosi, appunto, a nominare il verbale quale pubblicazione di testamento olografo – occorre ora capire se vi siano o meno i presupposti per stimare davvero il documento in oggetto quale testamento olografo.

L’art. 602 c.c., fin troppo noto, recita che: “il testamento olografo deve essere scritto per intero datato e sottoscritto di mano del testatore”. Poche parole dense di portati precettivi da cui si ricavano i tradizionali elementi essenziali della tipologia testamentaria in discorso e cioè: a) l’olografia; b) e l’autografia²: occorre, cioè, che il testamento sia scritto, per intero (il grecismo è chiaro: ὅλος), di mano dal testatore; per intero significa in ogni sua parte (data e sottoscrizione compresa, come testualmente previsto); e di mano significa che vanno esclusi i testi a stampa, dattilografati e simili. Ciascuno di questi elementi risponde ad esigenze ben precise, su cui dottrina e giurisprudenza si sono ampiamente stratificate nel tempo. In linea generale, il formalismo testamentario (non solo dell’olografo), eccentrico rispetto agli altri atti giuridici³, risponde all’esigenza di assicurarne, attraverso l’integrale scrittura, la provenienza dal *de cuius*⁴.

Più precisamente, si tratta di far coincidere il momento volitivo della dichiarazione con quello documentativo, che cala la dichiarazione nel documento; e ciò deve avvenire senza soluzione di continuità né cesure di alcun tipo⁵. Sottesa è stata riconosciuta anche una più generale esigenza di autoresponsabilizzazione, definita quale funzione di conoscenza; una funzione, cioè, che tende, attraverso l’olografia, a che il testo della dichiarazione sia conosciuto da parte del suo autore nel momento di formazione del documento⁶.

Nei negozi testamentari, insomma, la forma assume una valenza forte, non solo probatoria ma di vera e propria condizione di giuridicità del negozio⁷, per cui nei negozi formali il contenuto precettivo ha un valore e un’efficacia giuridica se e in quanto sia rivestito, appunto, di quella forma determinata⁸. Si potrebbe dire, con formula icastica, che nell’ambito testamentario è la volontà che si fa forma, perché nel testamento olografo, l’autografia è proprio il modo in cui si inverte la manifestazione di volontà. Ebbene, se per molti versi la volontà risulta subordinata alla forma, allora tutte le eventuali questioni interpretative relative alla effettiva volontà del defunto, non possono che essere subordinate all’esistenza di disposizioni formalmente perfette⁹.

Cominciando, allora, dal requisito dall’autografia si può dire che il legislatore richiede che il testatore impegni la propria calligrafia per scrivere il documento, che deve quindi essere scritto di mano o di pugno dal

² Cfr. per tutti G. TAMBURRINO, voce *Testamento (dir. priv.)*, cit., 488; G. BRANCA, *Dei testamenti ordinari*, in *Comm. cod. civ. Scalaja-Branca*, Bologna-Roma, 1986, 61.

³ Si veda A. LISERRE, *Formalismo negoziale e testamento*, Milano, 1966, 125 ss.

⁴ G. BRANCA, *Dei testamenti ordinari*, cit., 5.

⁵ Scrive A. LISERRE, *Formalismo negoziale*, cit. 148, che la peculiarità formale del testamento olografo mira a garantire effetti ulteriori rispetto alla normale scrittura privata; essa precisamente consiste nel “far corrispondere il contenuto del documento a quello della dichiarazione” così da “tutelare l’integrale autenticità di quest’ultima”.

⁶ Così E. MARMOCCI, *Forma dei testamenti*, in *Tratt. breve delle succ. e delle don.*, dir. da P. Rescigno, I, Padova, 2010, 867.

⁷ V. PERSIANI, *La fotocopia del testamento olografo*, in *Riv. not.*, 1999, 1160.

⁸ A. GIORDANO MONDELLO, *Il testamento per relazione*, Milano, 1966, 37.

⁹ Cfr. V. Persiani, *La fotocopia del testamento olografo*, cit., 1178.



de cuius, perché è questo che “garantisce la provenienza della scheda da lui”¹⁰. I corollari di tale requisito sono stati ampiamente esaminati sotto due profili: inammissibilità dell’uso di strumenti meccanici; inammissibilità di partecipazione di terzi nella stesura del documento.

Con riguardo al primo profilo la posizione della dottrina e della giurisprudenza emerge in modo talmente granitico ed unidirezionale da apparire persino ripetitiva. Così, sono vietati la stampa, la macchina da scrivere, il computer, tutti mezzi che impediscono l’accertamento del requisito dell’individualità¹¹; tale esito prescindere dal fatto che a manovrare dette macchine sia o meno il testatore, poiché quando la norma richiede il testo scritto “di mano” intende dire che nell’olografo necessita la calligrafia del testatore¹² e, insomma, una riferibilità oggettiva dello scritto così come vergato dal testatore¹³. L’importanza che la calligrafia sia quella del testatore è tale che è stato ritenuto privo del requisito dell’autografia – e quindi nullo – anche un testamento scritto a matita da un terzo e ricalcato a penna dal testatore: in un tal caso, infatti, il testatore non si sarebbe espresso con la propria grafia bensì avrebbe ricalcato quella del terzo, sicché è come se il testamento lo avesse scritto quest’ultimo¹⁴. Il testo di legge vuole che il testamento sia “scritto” e, così, in modo chiaro e definitivo si è scritto che, in fondo, “non scrive colui che si limita a determinare l’impressione, su carta o altro materiale, di caratteri già preformati”¹⁵. La circostanza che ogni parte del testamento porti l’impronta calligrafica del testatore è comprovata dalla discussione che si è svolta con riguardo ad un caso in cui le prime due cifre dell’anno della data erano riportate a stampa sul testamento, sicché era venuto in discorso la mancanza di autografia con riguardo alla data¹⁶.

Veniamo, ora, all’altro carattere essenziale, vale a dire la necessità che il testamento sia appunto “olografo” cioè interamente scritto dal testatore, e cioè che l’autografia sia totale. La questione coinvolge, principalmente, la problematica dell’intervento del terzo; qui la discussione si fa più vivace e diversificata, benché si riscontri, pure in tal caso, una tendenziale univocità di vedute che sanziona con la nullità qualsivoglia intervento di terzo nella scritturazione della scheda. Così, è pacificamente nullo un testamento cui abbia collaborato un terzo¹⁷, poco importa che siano state vergate dal terzo anche poche parole¹⁸.

¹⁰ Così G. BRANCA, *Dei testamenti ordinari*, cit., 72; v. anche L. BIGLIAZZI GERI, *Il testamento*, in *Tratt. dir. priv.*, diretto da P. Rescigno, vol. 6, *Successioni*, t. II, Torino, 1997, 167.

¹¹ A. CICU, *Il testamento*, cit., 35; F. MESSINEO, *Manuale di diritto civile e commerciale*, III, 2, Milano, 1952, 84; G. CRISCUOLI, *Il testamento*, Padova, 1995, 39; C.M. BIANCA, *Diritto civile, II, Le successioni*, Milano, 2005, 228.

¹² Si veda. M. ORLANDI, *La paternità delle scritture*, Milano, 1997, 89: “i segni chirografi si contrappongono a quelli dattiloscritti o stampati, o comunque eseguiti con mezzi meccanici”.

¹³ Cfr. C. GANGI, *La successione testamentaria nel vigente diritto italiano*, I, Milano, 1952, n. 46; A. CICU, *Il testamento*, cit., 35; G. AZZARITI, *Successioni*, in *Tratt. dir. priv.*, diretto da P. Rescigno, v. 6, t. II, Torino, 1982, 383. Scrive G. BRANCA, *Dei testamenti ordinari*, cit., 73: “non c’è posto per interpretazioni postmoderne della norma in esame: l’olografo può non sembrare alla page coll’era del computer, ma è così; in esso deve essere riconoscibile la scrittura del testatore: o questo o niente. Perciò non è ammissibile sostenere, e nessuno lo ha fatto, che di mano del testatore è anche quello che viene battuto a macchina”.

¹⁴ Cfr. C. GANGI, *La successione testamentaria*, cit., n. 84; G. BRANCA, *Dei testamenti ordinari*, cit., 75.

¹⁵ Così M. ALLARA, *Testamento*, Padova, 1934, 271; in generale sulla autografia v. anche M. D’ORAZIO FLAVONI, voce *Autografia*, in *Enc. dir.*, IV, Milano 1959, 335.

¹⁶ Cfr. Cass. 6 maggio 1965, n. 834, in *Foro it.*, 1965, I, 977; la conclusione positiva della sentenza si basava su un sottinteso e cioè sulla circostanza che, trattandosi solo dei primi due numeri della data, relativi, cioè al millennio e al secolo, non vi sarebbe stata alcuna oggettiva possibilità, considerato l’anno di nascita del *de cuius*, che il testamento fosse stato redatto in un secolo diverso da quello indicato, per non dire ovviamente del millennio.

¹⁷ Così fin da subito, per esempio, Cass. 14 maggio 1943, n. 1173, *Rep. Foro it.*, 1943-45, voce *Testamento*, n. 62.

¹⁸ Cass. 5 agosto 2002, n. 11733, in *Riv. not.*, 2003, 242, che chiarisce in modo deciso che laddove risulti che anche una sola parola sia stata redatta dalla mano del terzo durante la confezione del testamento, il testamento cade per intero, per nullità, causa mancanza di autografia; v. anche Trib. Terni, 21 luglio 2023, n. 522, in *Redazione Giuffrè*, 2023: basta anche una sola parola scritta dal terzo durante la confezione del testamento, anche su incarico o col consenso del testatore, per inficiare il requisito dell’autografia e



A identica soluzione si arriva per il caso in cui il terzo guidi e conduca la mano del testatore¹⁹, a nulla, peraltro rilevando, una eventuale corrispondenza della scheda con la reale volontà del *de cuius*²⁰. Diverso il caso, a ragione, in cui il terzo sia intervenuto dopo il perfezionamento del testamento – e magari anche all’insaputa del testatore – perché in tale ipotesi il testamento era e resta valido, non potendo l’invalidità di questo dipendere da un intervento arbitrario del terzo; a cadere saranno solo le interpolazioni del terzo²¹.

In conclusione, riportando lo sguardo al caso controverso, è di tutta evidenza come il documento dattiloscritto come tale non abbia in se stesso alcuno dei requisiti essenziali di un testamento olografo.

4. – Si tratta ora di capire se la dicitura autografa del defunto per cui “questo testamento raccoglie le mie volontà” possa realizzare in qualche modo una forma di *relatio* testamentaria, di rinvio cioè ad una fonte esterna alla disposizione olografa e da questa fatta propria.

È noto che, in linea generale, si distingue tra *relatio* in senso formale e *relatio* in senso sostanziale²². La prima ipotesi ricorre quando la volontà negoziale è in sé completa e si fa rinvio a elementi esterni solo per la manifestazione della medesima; la seconda ipotesi ricorre, invece, quando è la stessa volontà che è incompleta e pertanto il ricorso a dati esterni viene effettuato non già ai fini della mera manifestazione della volontà, bensì per un completamento della determinazione volitiva stessa.

In pratica il primo caso si verifica allorché il rinvio viene operato a circostanze (fatti, documenti e determinazioni volitive proprie o altrui) presenti o passate nonché conosciute dal disponente; in tale ipotesi, infatti, poiché il disponente conosce il contenuto del relato, la sua volontà è già concettualmente completa e la *relatio* è solo un particolare metodo semplificato di estrinsecazione di detta volontà. Il secondo caso si verifica, invece, quando il rinvio è operato con riferimento a circostanze esterne future (e quindi non conosciute) ovvero anche presenti o passate, ma il cui contenuto non è noto al disponente; ne deriva che la stessa determinazione volitiva è incompleta ed il suo contenuto potrà essere conosciuto, anche dallo stesso disponente, solo in seguito.

Il problema dell’ammissibilità e dei limiti della *relatio* si pone, in sede di teoria generale del negozio testamentario, soprattutto con riferimento ad un duplice ordine di principi. Innanzitutto viene in rilievo il problema di stabilire se le particolari forme prescritte dalla legge per la validità del testamento possono dirsi rispettate allorché si faccia rinvio a elementi esterni al testamento medesimo non rivestiti della medesima forma. In secondo luogo, si pone l’ulteriore questione di stabilire se e in quali limiti, indipendentemente dai sopra citati problemi di forma, il relato possa consistere in future manifestazioni di volontà del testatore o di terzi; in tal caso l’ammissibilità della *relatio* va verificata con riferimento ai principi generali che disciplinano la formazione della volontà testamentaria ed in particolare con riferimento al principio della personalità della volontà testamentaria.

rendere nullo il testamento; identica soluzione in Cass. 30 ottobre 2008, n. 26258, in *Mass. Giust. civ.*, 2008, 10, 1548; Cass. 3 novembre 2008, n. 26406, in *Mass. Giust. civ.*, 2008, 11, 1566; *adde* Trib. Torino, 9 luglio 2019, n. 3385, in *Redazione Giuffrè*, 2019.

¹⁹ Cass. 7 luglio 2004, n. 12458, in *Riv. not.*, 2005, 395; Cass. 6 novembre 2013, n. 24882, in *Riv. not.*, 2014, 601; Cass. 6 marzo 2017, n. 5505, in *Corr. giur.*, 2018, 504; Cass. 10 luglio 1991, n. 7636, in *Giur. it.*, 1993, I, 1, 198.

²⁰ Cass. 7 luglio 2004, n. 12458, *cit.*, 395.

²¹ G. BRANCA, *Dei testamenti ordinari*, *cit.*, 74.

²² Dottrina assai cospicua; mi limito a ricordare M. ALLARA, *Il testamento*, *cit.*, 252 e ss.; P. DI PACE, *Il negozio per relationem*, Torino, 1940, 32 e 69; G. GIAMPICCOLO, *Il contenuto atipico del testamento, contributo ad una teoria dell’atto di ultima volontà*, Milano, 1954, 87; A. GIORDANO MONDELLO, *Il testamento per relazione*, *cit.*, 11; N. IRTI, *Disposizione testamentaria rimessa all’arbitrio altrui*, Milano, 1967, 5; R. CECCHETTI, voce *Negozio per relationem*, in *Enc. giur. Treccani*, Roma, 1990, 1.



Partendo dalla questione del rapporto tra *relatio* e forma, va segnalato come il problema dell'ammissibilità della *relatio* nei negozi formali, e in specie nel testamento, ha dato luogo in dottrina ad opinioni assai diversificate. Secondo un primo orientamento il contenuto del negozio solenne non può ricavarsi da una fonte che non sia la dichiarazione negoziale e deve, quindi, risultare dall'atto: non è, dunque, ammissibile, in particolare, un negozio solenne *per relationem*, che rinvii cioè a determinazioni della volontà estranee alla dichiarazione²³. Per converso, altra parte della dottrina propende per l'ammissibilità in via di principio della *relatio* nei negozi formali, ed anche nel testamento, sulla base della distinzione tra forma solenne e cartolarità, la quale ultima soltanto implica il divieto del rinvio a elementi esterni al documento²⁴.

Tra le due opinioni estreme esistono, poi, posizioni intermedie inclini ad ammettere la *relatio* solo in presenza di particolari condizioni. Così, taluni la ammettono solo se il relato sia a sua volta rivestito di particolari requisiti formali, con diversità di opinioni che poi sfumano ulteriormente: alcuni ritengono sufficiente che il relato abbia tutti i requisiti di forma del testamento, anche senza essere necessariamente un vero e proprio testamento (potrebbe trattarsi, per esempio, di un progetto di testamento); altri richiedono che il relato sia un valido testamento; altri ancora che si tratti comunque di un documento pubblicamente conosciuto²⁵; si è infine affermato che il limite all'ammissibilità dell'istituto in esame nei negozi formali risiederebbe nella natura del relato: ove questo fosse un fatto la *relatio* sarebbe ammissibile, ove invece fosse un fenomeno di linguaggio la *relatio* sarebbe inammissibile, in quanto si tradurrebbe in una sostanziale elusione del requisito della forma solenne²⁶.

La difficoltà oggettiva con cui deve fare i conti l'interprete è che il fenomeno della *relatio* non risulta disciplinato né in modo specifico né esaustivo²⁷, per cui l'interprete non può che fare ricorso ai principi dell'ordinamento²⁸. D'altra parte, le indicazioni normative al riguardo non sono sempre univoche, tant'è che le ipotesi di *relatio* nei negozi formali espressamente previste dalla legge sono state interpretate dai fautori dell'ammissibilità dell'istituto in esame come espressioni di un principio generale e dai fautori dell'opposto orientamento come eccezione alla regola generale che vieterebbe la *relatio*.

Sul punto la dottrina e giurisprudenza hanno compiuto, col tempo, un graduale percorso di emancipazione dalle impostazioni più rigorose, orientandosi, sulla base del principio generale della libertà della forma e della conseguente eccezionalità delle prescrizioni formali, a ritenere che nei negozi solenni la forma vincolata debba necessariamente rivestire non già l'intero contenuto del negozio, bensì i soli elementi essenziali del medesimo²⁹; ne deriva che devono risultare in modo formale sicuramente la volontà negoziale, la causa e l'oggetto del negozio (art. 1325 c.c.), nonché i beneficiari della disposizione testamentaria, con la precisazione, peraltro, che con riguardo a oggetto e soggetti beneficiari è necessario e sufficiente che essi siano non già determinati, bensì determinabili, vale a dire siano indicati i criteri idonei a condurre ad una successiva determinazione. Tale principio è desumibile, con riferimento al soggetto beneficiario, dall'art. 628 c.c. secondo il quale la disposizione testamentaria è nulla solo ove la persona beneficiaria sia indicata in modo da non po-

²³ In questo senso F. SANTORO PASSARELLI, *Dottrine generali del diritto civile*, Napoli, 1989, 208; G. CRISCUOLI, *Le obbligazioni testamentarie*, Milano, 1965, 300.

²⁴ G.B. FERRI, *In tema di formazione progressiva del contratto e di negozio formale per relationem*, in *Riv. dir. comm.*, 1964, II, p. 211; R. CECCHETTI, voce *Negozio per relationem*, cit., 5.

²⁵ Se ne veda una sintesi in A. SPATUZZI, *Il fenomeno della relatio nell'eterointegrazione del testamento*, in *Notar.*, 2015, 160.

²⁶ G. CIAN *Forma solenne ed interpretazione del negozio*, Padova, 1969, 168.

²⁷ V. PESCATORE, *Il testamento per relationem*, in *Tratt. dir. succ e don.*, diretto da G. Bonilini, II, Milano, 2009, 53.

²⁸ D. BARBERO, *Sistema del diritto privato italiano*, II, Torino, 1962, 1064.

²⁹ Cass. 13 novembre 1970 n. 2396, in *Giur. it.*, 1972, I, 1, 1244; Cass. 24 giugno 1982 n. 3839, in *Giust. civ.*, 1983, I, 553.



ter essere determinata. E come noto, gli esempi di disposizioni testamentarie con oggetto determinabile con *relatio* a elementi estrinseci alla scheda testamentaria sono anche altri: il legato di cosa determinata solo nel genere (art. 664); il legato alternativo (art. 665); il legato remuneratorio con oggetto indeterminato (art. 632); il legato di cose da prendersi in un certo luogo (art. 665); il legato con determinazione dell'oggetto rimessa al prudente arbitrio dell'onerato o di un terzo (art. 632).

Se ne può trarre l'idea generale che l'ordinamento non vieta, in generale, il completamento della disposizione testamentaria con elementi parzialmente estranei alla dichiarazione del testatore³⁰; ma, parimenti, anche che la *relatio* può ritenersi ammissibile se e nei limiti in cui la disposizione inserita nella scheda contenga in sé il criterio per il proprio completamento, per cui “la circostanza che il testatore abbia previsto tale meccanismo di riempimento della propria dichiarazione, rende perfettamente completa la determinazione personale della volontà”³¹.

Da quanto visto, si trae un tratto comune a tutte le impostazioni che, più recentemente, si sono occupate del fenomeno *de qua* e cioè la circostanza che la *relatio* è ammissibile quando completa e integra una disposizione non determinata; occorre quindi che vi sia qualcosa da integrare, un *quid* da riempire³².

Ma che dire, allora, quando la disposizione proprio non c'è, per cui il rinvio alla fonte esterna non è integrativo bensì totale, con la conseguenza che il relato non completa ma dispone per intero? Ebbene, in tale caso mi pare poco dubbio che ci si pone fuori dai parametri di ammissibilità della *relatio* in quanto la misura del rinvio è tale da snaturarne l'essenza tipologica; non c'è integrazione con fonte esterna ma completa rimessione alla fonte esterna della manifestazione di volontà. In definitiva, in un caso di tal fatta, con la *relatio* si verrebbe ad esprimere totalmente il contenuto precettivo del negozio, con ciò, però, snaturando la funzione stessa della *relatio*, che non è quella di fungere da autonomo atto di complemento di una fattispecie non integra, bensì quello di determinare e completare un elemento della fattispecie³³.

E se così fosse, allora, non potrebbe certo prescindersi da una indefettibile valutazione sulla forma del documento cui, impropriamente, si rinvia, ma che in realtà contiene esso stesso l'elemento volitivo del testatore; se così non fosse si realizzerebbe, davvero, una sostanziale elusione della forma testamentaria, chiaramente inammissibile³⁴.

Nel caso di specie il rinvio autografo che si rimette in tutto e per tutto al documento dattiloscritto – a nulla rilevando che esso sia contenuto nello stesso foglio ove si trovano le quattro righe autografe anziché in un documento separato – appare così generico da mancare in sé di contenuto volitivo, mentre, per converso, in quello dattiloscritto manca l'autografia. Nullità, pertanto, non può che essere l'esito necessitato.

5. – Pur di fronte all'esito negativo cui si è giunti, resta, oltretutto e ancor più radicalmente, la perplessità che la fattispecie sia davvero inquadrabile come fenomeno di *relatio*, visto che nel nostro caso non c'è alcun

³⁰ Così V. Pescatore, *Il testamento per relationem*, cit., 57.

³¹ Così V. PESCATORE, *Il testamento per relationem*, cit., 63.

³² La funzione integrativa della *relatio* è un *leitmotiv* costante in tutti gli scritti sull'argomento; oltre agli aa. citt. sopra, adde F. SANTORO PASSARELLI, *La determinazione dell'onorato di un lascito e l'arbitrio del terzo*, in *Saggi di diritto civile*, Napoli, 1961, 772; G. GIAMPICCOLO, *Il contenuto atipico del testamento*, cit., 92; A. GIORDANO MONDELLO, *Il testamento per relazione*, cit., 40; in giurisprudenza Cass. 25 febbraio 2014, n. 4492, in *Guida al dir.*, 2014, 19, 78; Trib. Vicenza, 10 aprile 1972, in *Giur. it.*, 1974, I, 2, c. 603.

³³ Cfr. A. GIORDANO MONDELLO, *Il testamento per relazione*, cit., p. 40 s.

³⁴ G. CIAN, *Forma solenne ed interpretazione del negozio*, cit., p. 168; C.M. BIANCA, *DIRITTO civile, II, Le successioni*, cit., p. 259.



negozio che rinvia al contenuto di un altro; abbiamo, invece, un testatore che ha utilizzato la carta su cui era riportato un dattiloscritto aggiungendovi una espressione con cui ha ritenuto di recepirne il contenuto, con l'idea evidente di formare un negozio unitario. Quello a cui ci si trova di fronte, allora, più che un fenomeno di *relatio*, appare essere uno strano ibrido, un vero e proprio testamento irrocervo, in cui tutto il dispositivo è dattiloscritto, mentre l'autografia appare rispettata solo per la data e per la sottoscrizione.

Ma ritenere che sia sufficiente, per integrare una fattispecie di testamento olografo, una espressione che dichiara di far proprio il testo a stampa che la precede significa porsi completamente fuori dai parametri dell'art. 602 c.c. L'ordinamento non contempla, difatti, forme miste di testamento (in parte dattiloscritte ed in parte autografe) fuori dal caso del testamento segreto (art. 604 c.c.), di cui, evidentemente, non ricorrono neppure i requisiti minimi nel caso *de quo*.

Occorre, quindi, togliere il velo che potrebbe obnubilare lo sguardo dell'interprete – quello della bozza di testamento pubblico – per riguardare le cose come sono: vale a dire un testamento scritto a macchina e sottoscritto dal testatore, nulla aggiungendo alla sostanza delle cose le righe di conferma che quanto scritto sopra costituisce la volontà del *de cuius*; quello che si ha di fronte, allora, niente altro è che una scrittura privata sottoscritta, che non è né può essere un testamento olografo³⁵, per il quale la necessità dell'autografia non è limitata alla sola sottoscrizione, come è, invece, per le scritture private ordinarie.

6. – Altra questione che va presa in considerazione è se possa riguardarsi la fattispecie *de qua* in un'ottica diversa e precisamente in quella che vedrebbe nel testo dattiloscritto una minuta di testamento e nella dichiarazione olografa la manifestazione di volontà che mira a dare valore negoziale definitivo alla bozza. Ora, non è dubbio che dal punto di vista meramente fenomenologico è questo quello che è avvenuto e che il testatore aveva in animo di fare: recepire *in toto* un testo dattiloscritto da altri in bozza facendolo proprio.

Sbaglierebbe bersaglio, tuttavia, chi proponesse una ricostruzione in tal guisa per un semplice e banale motivo: il progetto di testamento è tale solo con riguardo alla volontà, che appare non ancora compiutamente formata nella sua serietà e definitività, ma non può esserlo con riguardo ai requisiti formali.

Così, certamente, può accadere che il testamento, al pari di un qualsiasi altro negozio, abbia una formazione progressiva, per cui esso può essere composto gradualmente prima in forma di appunti, poi di alcune disposizioni, poi con l'apposizione della data ed infine con la sottoscrizione³⁶.

E tuttavia, ciò da cui non può mai prescindere sono i requisiti formali; questo sta a significare che discutere se un progetto o una minuta di testamento possa assumere il valore di testamento definitivo, presuppone che il documento sia comunque in regola con i requisiti formali, sicché per un testamento olografo non si può trascurare l'autografia³⁷. Nulla preclude, pertanto, di acquisire e far proprio con una volontà attuale quello

³⁵ Cfr. Trib. Ascoli Piceno, 20 giugno 1995, in *Rep. Foro it.*, 1997, voce *Successione ereditaria*, n. 62.

³⁶ Così Cass. 25 giugno 1954, n. 2194, in *Foro it.*, 1954, I, 1248; contrario nella nota di commento P. RESCIGNO, *Il "progetto" di testamento*, il quale ritiene una finzione che contraddice all'essenza stessa del testamento quale atto di autonomia privata la riduzione dello stesso ad una combinazione di una serie di elementi costitutivi tenuti insieme dalla volontà che interviene per ultima; su tale affermazione giustamente critico G. BRANCA, *Dei testamenti ordinari*, cit., 108 s., il quale nota come tale idea introdurrebbe un requisito ulteriore – segnatamente una sorta di volontà della forma – di cui non v'è traccia nel testo normativo; per cui in presenza di uno scritto con i crismi formali adeguati discutere se la volontà fosse esistente già al momento della redazione del documento ovvero se essa sia intervenuta posteriormente appare discussione sterile e di inutile complicazione.

³⁷ G. BRANCA, *Dei testamenti ordinari*, cit., 108 s.; G. MUSOLINO, *Appunti e progetto di testamento olografo. Volontà negoziale e forma*, in *Riv. not.*, 2014, 1027.



che era stato precedentemente stilato come mero progetto testamentario, a condizione, però, che tutti i requisiti di questo siano presenti.

Nel caso di specie, non è dubbio che il testo dattiloscritto è del tutto privo del requisito dell'autografia, pertanto esso non può qualificarsi neppure come progetto di testamento olografo; il dattiloscritto non è documento chirografo e, pertanto, come olografo non può che essere nullo. I requisiti dell'olografo ci sono, invece, nelle quattro righe poste in calce e recettive del testo dattiloscritto precedente. Al che potrebbe sorgere l'idea nell'interprete che quelle quattro righe abbiano la portata di una conferma *ex art. 590 c.c.* Ma tale idea non avrebbe pregio perché la conferma appare del tutto preclusa al testatore³⁸, spettando essa a chi ha il potere di impugnare il testamento dopo la morte del disponente, e non già a quest'ultimo, che può invece intervenire sul testamento, semmai, con il potere di revoca³⁹ ovvero rinnovando la volontà testamentaria; tanto meno può invocarsi qualche altra forma di generica convalida, preclusa certamente stante il disposto dell'art. 1423 c.c.⁴⁰.

Se così è, allora, la questione si riduce nuovamente alla problematica già esaminata e cioè se la combinazione del testo dattiloscritto con la dichiarazione olografa che lo fa proprio sia sufficiente a realizzare una fattispecie idonea a essere ricondotta nei parametri dell'art. 602 c.c., questione cui si è già data risposta negativa per i motivi visti sopra.

7. – In conclusione, a prescindere dalla prospettiva da cui si riguardi il fenomeno come positivizzatosi, la conclusione non pare cambiare, non potendo l'interprete che propendere, in ogni caso, per la nullità del testamento in discorso. Così è chiaramente nullo il dattiloscritto come tale, sia se riguardato come testamento pubblico che come testamento olografo.

Parimenti, un eventuale fenomeno di *relatio* che volesse ravvisarsi nel caso di specie, apparirebbe essersi concretizzato con modalità del tutto ultronee rispetto al perimetro applicativo ragionevolmente riconosciuto a tale istituto, con conseguenze chiaramente elusive delle regole formali testamentarie.

Lo stesso, e ancor di più, dicasi, qualora si inquadrasse il documento presentato per la pubblicazione per quello che forse è e cioè uno strano ibrido composto da una parte dispositiva dattiloscritta chiusa con data e sottoscrizione autografe: un *monstrum* di cui non v'è traccia nel Codice né posto, allo stato delle cose, nel nostro ordinamento.

³⁸ Cfr. P. RESCIGNO, *Il "progetto" di testamento*, cit., 1244.

³⁹ Si veda PLANCK-FLAD, *Kommentar*, V, Berlin-Leipzig, 1930, § 2078-2082.

⁴⁰ A conferma si veda Cass. 25 giugno 1954, n. 2194, cit., 1248.



ROBERTO BOCCHINI

Professore ordinario di Diritto privato – Università degli Studi di Napoli Parthenope

LE CATEGORIE GIURIDICHE NELL'ECONOMIA DIGITALE: IL TERZO PARADISO

SOMMARIO: 1. Introduzione. – 2. L'attuale produzione normativa e la regolamentazione di un nuovo fenomeno tecnico, senza confini e con una forte innovazione. – 3. La difficoltà di individuazione di un sistema normativo unitario con istituti diversi. – 4. Le categorie giuridiche come sistemi elastici di relazione ordinamentale. – 5. Conclusioni.

1. – Le nuove tecnologie appaiono oggi come una risorsa che può portare frutti di benessere ma al contempo l'utilizzo scorretto delle stesse può determinare gravi rischi per le società democratiche. Occorre, pertanto, un'azione educativa che persegua e diffonda i valori della dignità della persona della giustizia, della sussidiarietà e della solidarietà; un algor-etica che può essere un ponte per far sì che i principi si inscrivano concretamente nelle tecnologie digitali attraverso un effettivo dialogo trans-disciplinare¹.

L'omologazione si afferma come criterio prevalente di aggregazione: in questo senso riconoscere ed apprezzare la differenza diventa sempre più difficile².

¹ Così Papa Francesco, nel discorso (letto da monsignor Vincenzo Paglia) alla plenaria della Pontificia Accademia per la vita, dedicato al tema dell'Intelligenza Artificiale, e consultabile su www.agi.it. Il Pontefice afferma che “*gli algoritmi estraggono dati che consentono di controllare abitudini mentali e relazionali, per fini commerciali o politici, spesso a nostra insaputa. Questa asimmetria, per cui alcuni pochi sanno tutto di noi, mentre noi non sappiamo nulla di loro, intorpidisce il pensiero critico e l'esercizio consapevole della libertà*”. Per questo, prosegue, “*non basta semplicemente affidarci alla sensibilità morale di chi fa ricerca e progetta dispositivi e algoritmi; occorre invece creare corpi sociali intermedi che assicurino rappresentanza alla sensibilità etica degli utilizzatori e degli educatori*”.

² Le questioni etiche che pone l'I.A. sono al centro del dibattito dottrinario in quanto plurime e molto complesse, tanto da aver dato luogo al conio di espressioni specifiche come “algor-etica”, “roboetica” e “AI ethics”. Sul punto cfr. P. BENANTI, *Oracoli. Tra algor-etica e algocrazia*, Roma, 2018, p. 1 ss., dove l'Autore afferma che “*Le implicazioni sociali ed etiche delle AI e degli algoritmi rendono necessaria tanto un algor-etica quanto una governance di queste invisibili strutture che regolano sempre più il nostro mondo per evitare forme disumane di quella che potremmo definire una algo-crazia*”. Per altri spunti v. anche N. ABRIANI, G. SCHNEIDER, *Diritto delle imprese e intelligenza artificiale. Dalla FinTech alla CorpTech*, Bologna, 2021, p. 95 ss.; ma vedi anche F.H. LLANO-ALONSO FERNANDO, *L'etica dell'intelligenza artificiale nel quadro giuridico dell'Unione europea*, in *Ragion pratica*, 2021, p. 327 ss.; F. DONATI, *Diritti fondamentali e algoritmi nella proposta di regolamento sull'intelligenza artificiale*, in *Dir. Un. Eur.*, 2021, p. 453 ss.; da ultimo, E. STRADELLA, *La regolazione della Robotica e dell'Intelligenza artificiale: il dibattito, le proposte, le prospettive. Alcuni spunti di riflessione*, in *MediaLaws*, 2019, p. 73 ss.; A. CELOTTO, *Verso l'algor-etica. Quali regole per le forme di intelligenza artificiale?*, in *AA.VV., Fairness e innovazione nel mercato digitale*, V. FALCE (a cura di), 2020, p. 17 ss.; A. CELOTTO, *Come regolare gli algoritmi. Il difficile bilanciamento tra scienza, etica e diritto*, in *Analisi Giuridica dell'Economia*, 2019, p. 47 ss. il quale sottolinea la necessità di dare seguito ad una “algor-etica” nonché la necessità di formulare regole «*il più globali possibile di stampo sovranazionale e internazionale*», intese a normare ampiamente solo quei fenomeni per i quali venga ritenuto necessario. Sul termine “algocrazia” si veda, infine, L. FRANCALANCI, *Dall'algocrazia all'algor-etica: il potere degli algoritmi*, in *Italiano digitale*, 2020, p. 97 ss.



L'evoluzione del mercato virtuale passa per il consumismo digitale con un mercato disintermediato nel quale sono state create le *community* per dialogare direttamente con gli utenti-consumatori. L'evoluzione del *web* ha portato a quello che oggi potremmo chiamare *web 3.0*: mentre nel *web 1.0* il consumatore era prettamente passivo e si limitava a consultare le pagine *web* ed a richiedere le informazioni e nel *web 2.0* nasceva la visione globale dei *social network* che hanno modificato completamente i concetti di comunicazione e di *marketing* in quanto con il passaggio dal computer fisso ai *device* e la nascita delle grandi piattaforme Facebook, YouTube, Spotify sono state connesse le persone portando il mondo all'economia della condivisione³, ora nel *web 3.0* gli utenti sono passati da semplici lettori a partecipanti attivi nella creazione di contenuti con la vera interazione, condivisione e partecipazione immettendo continuamente i contenuti e creando essi stessi il profitto per le imprese e per le stesse piattaforme⁴.

Si è arrivati a una struttura decentralizzata che ha come obiettivo, senza soluzione di continuità, di eliminare gli intermediari e creare un'economia che passa direttamente da colui che crea i contenuti ed ha il pieno controllo di quello che immette in rete, al destinatario dell'informazione il quale immette direttamente contenuti e crea ricchezza. Il *web 3.0* rende gli utenti effettivi proprietari dei contenuti inseriti e, grazie alla tecnologia *blockchain*, permette di trasformare il capitale sociale in capitale economico⁵.

Si decentralizza il capitale grazie alla tecnologia *blockchain* e l'organizzazione autonoma decentralizzata è il principale momento di sviluppo del *web 3.0* in quanto la *blockchain*, governata da un *token* crittografico nativo, permette di autonomizzare il soggetto utente rispetto ad un principio di centralizzazione. Non vi sono più gerarchie in quanto l'accesso è liberamente aperto a chiunque accede ad Internet ed alla *community* che

³ "Economia della condivisione", "*sharing economy*", "*platform economy*" o "*collaborative economy*", sono tutte espressioni utilizzate nel tentativo di definire il fenomeno economico che va diffondendosi. Sul punto ci si permette di rinviare a: R. BOCCHINI, *La polivalenza delle posizioni contrattuali nella sharing economy (prima parte)*, in *Nuovo dir. civ.*, 2021, p. 209 ss.; ID., *La polivalenza delle posizioni contrattuali nella sharing economy (seconda parte)*, *ivi*, 2021, p. 259 ss.. In argomento, solo per restare agli studi pubblicati negli ultimi anni, si vedano: G. ALPA, *Sul potere contrattuale delle piattaforme digitali*, in *Contr. Impr.*, 2022, p. 721; G. SMORTO, *Economia della condivisione e antropologia dello scambio*, in *Dir. pubbl. comp. Eur.*, 2017, pp. 119-140; ID., *Verso la disciplina giuridica della sharing economy*, in *Mercato conc. reg.*, 2015, pp. 245-277; ID., *I contratti della sharing economy*, in *Foro it.*, 2015, c. 221; ID., *Dall'impresa gerarchica alla comunità distribuita. Il diritto e le nuove forme di produzione collaborativa*, in *Rivista ODC*, 2014, p. 4; L. AMMANNATI, *Verso un diritto delle piattaforme digitali?*, in *Federalismi.it*, 2019, p. 2 ss.; E.R. RESTELLI, *Le piattaforme digitali. Dall'intermediazione all'impresa*, Torino, 2023, p. 1 ss.; S. MARTINELLI, *Platform economy e piattaforme di intermediazione: aspetti definitori e una prima analisi del fenomeno*, Torino, 2023, p. 7 ss.; L. AMMANNATI, A. CANEPA, G.L. GRECO, U. MINNECI (a cura di), *Algoritmi, Big Data, piattaforme digitali. La regolazione dei mercati in trasformazione*, 2021, p. 3 ss.; R. DE LAURENTIIS, *Regolazione della Sharing Economy*, in *Economia digitale. Una regolamentazione da innovare*, 2021, p. 127 ss.; B. LIBERATORE, *Le piattaforme digitali: il ruolo dirompente delle tecnologie digitali e la platform economy*, in *Manuale di diritto privato dell'informatica*, R. BOCCHINI (a cura di), Napoli, 2023, p. 179 ss.

⁴ Sia consentito il rinvio a R. BOCCHINI, *Nuovi beni digitali e mondi dematerializzati. I metaversi*, *cit.*, p. 167 ss.

⁵ In argomento e senza pretesa di completezza v. T.E. FROSINI, *L'orizzonte giuridico dell'intelligenza artificiale*, in *Dir. inf.*, 2022, p. 5; M. ONZA, *Non fungible token e diritto d'autore: (ipotesi di) ricostruzioni e (di) interferenze*, in *Dir. ind.*, 2022, p. 103 ss.; A. GUACCERO, G. SANDRELLI, *Non fungible-tokens (NFT)*, in *Banca borsa tit. cred.*, 2022, p. 824 ss.; T. PELLEGRINI, *Gli smart contract*, in *Diritto privato digitale*, E. BATTELLI (a cura di), Torino, 2021, p. 261 ss.; N. TRAVIA, *La tecnologia blockchain*, *ivi*, p. 289 ss.; M.L. PERUGINI, *Distributed ledger Technologies e sistemi di blockchain*, Milano, 2018, p. 29 ss.; M. CIAN, *La criptovaluta-alle radici dell'idea giuridica di denaro attraverso la tecnologia: spunti preliminari*, in *Banca borsa*, 2019, p. 325 ss.; F. SARZANA DI S. IPPOLITO, M. NICOTRA, *Diritto della blockchain, intelligenza artificiale e I.o.T.*, Milano, 2018, p. 1 ss.; F. SARZANA DI S. IPPOLITO, M.G. PIERRO, I.O. EPICOCO, *Il diritto del metaverso, NFT, GameFi e privacy*, 2022, *passim*; P. MATERA, A. BENINCAMPI, voce *Blockchain*, in *Dig. discipl. priv. sez. comm.*, *agg. IX*, S. BELLOMO, M. CIAN, G. FERRI JR., D.U. SANTOSUSSO (a cura di), Torino, 2022, p. 24 ss.; M. GIACCAGLIA, *Considerazioni su blockchain e smart contracts (oltre le criptovalute)*, in *Contr. impr.*, 2019, p. 941 ss.; E. GIOVANNARDI, *Il metaverso e le nuove frontiere del mercato disintermediato*, in *Norme e tributi NFT e Metaverso*, *Il Sole 24 Ore*, 2022, p. 49; F. RAMPONE, *Criptovalute, security, token, utility token e NFT (cenni)*, in *Norme e tributi NFT e Metaverso*, *Il Sole 24 Ore*, 2022, p. 61; N. MUCIACCIA, S. LOPOPOLO, *Prime riflessioni sul rapporto NFT e proprietà intellettuale*, in *Dir. inf.*, 2022, p. 893 ss.



diventa in modo autonomo il soggetto garante della rete e si naviga verso il Metaverso o, meglio, verso i Metaversi per la fornitura di nuovi servizi grazie all'uso di una serie di nuove innovazioni tecniche della rete. Un sistema decentralizzato in quanto non vi è solo una *blockchain*, ma vi sono plurime catene con diversi livelli di affidabilità e di complessità che necessitano di norme astratte comuni per consentire una contrattualizzazione delle relazioni di mercato⁶.

La crescita digitale si completa con il *digital divide*⁷, e la non discriminazione individuale diventa, quindi, fondamentale per creare una vera unica comunità che non sia solo economica caratterizzandosi da una molteplicità di scelte culturali che rendano ancor più difficile la creazione di un ordinamento politico comune in quanto si muove da esperienze diverse.

Le piattaforme digitali dovrebbero tener conto delle diversità dalle quali partono i diversi soggetti della rete ed il Mercato non può rappresentare l'unico accumulatore o "accumunatore" che lega tra di loro i soggetti della rete.

La difficoltà di superare questo dato di fatto è che le piattaforme, nel momento nel quale esistono, già indicano le regole comuni a tutti i soggetti giuridici dell'economia digitale che vi partecipano facendo emergere, in modo evidente, la differenza tra mondo digitale e mondo non digitale in quanto, mentre nel mondo non digitale le regole si creano a poco a poco perché il mercato funziona con continui adattamenti evolutivi in base ai comportamenti dei soggetti, invece nel mondo digitale la piattaforma ha già dettato le proprie regole ai soggetti che vi accedono e che devono rispettare per potervi partecipare.

Emerge, pertanto, una certa difficoltà nell'individuare le regole proprie delle piattaforme che è dettata proprio dal fatto che implicitamente esse già esistono ed il regolatore deve entrare in un sistema già esistente imponendo delle nuove regole quando quelle esistenti non tutelino adeguatamente la comunità digitale.

Il contrasto allo strapotere del mercato tra norme tecniche, più precise e stringenti e norme giuridiche che permettono un maggior "alloggiamento" dei diversi interessi avendo come obiettivo la tutela di valori che possono essere condivisi e disciplinati in modo comune.

⁶ C. GALLI, *Metaverso o metaversi tra innovazione tecnica e innovazione giuridica*, in *Dir. Ind.*, 2023, p. 112 e p. 114. L'Autore adotta una posizione critica con riferimento tanto alle istanze di chi reclama la necessità di nuove norme, quanto all'approccio di chi "concentra l'attenzione sulle più clamorose di queste nuove tecnologie, senza coglierne (e valutarne sul piano giuridico) tutte le potenzialità", proponendo, viceversa, di valersi, sul piano normativo, di disposizioni generali ed astratte e soprattutto preesistenti da interpretare in chiave evolutiva. Sul punto cfr. U. RUFFOLO, *Piattaforme e metaverso*, in C. PINELLI, U. RUFFOLO, *I diritti nelle piattaforme*, 2023, p. 121 ss.; L. FLORIDI, *Metaverse, a matter of experience*, in *Philosophy & Technology*, 2022, p. 76 ss.; ID., *The Fourth Revolution. How the infosphere is reshaping human reality*, Oxford, 2014, *passim*; ID., *The online manifesto, Being human in a hyperconnected era*, 2014, p. 4; ID., *The Philosophy of Information*, Oxford, 2011, p. 316 ss.; AA.VV., *Il Metaverso. Modelli giuridici operativi*, M. PICCINALI, A. PUCCIO, S. VASTA (a cura di), 2023, *passim*.

⁷ Con l'espressione *digital divide*, come è noto, si intende il divario presente tra chi ha accesso effettivo a rete Internet e chi ne è escluso, in modo parziale o totale. Il tema è stato ampiamente analizzato dalla dottrina nordamericana: tra gli altri v. P. NORRIS, *Digital Divide: Civic Engagement, Information Poverty, and the Internet*, in *Cambridge University Press*, 2001, *passim*. Si vedano anche P. DI MAGGIO, E. HARGITTAL, *From the 'Digital Divide' to 'Digital Inequality': Studying Internet Use as Penetration Increases, Working Paper Series, Center for Arts and Cultural Policy Studies*. Retrieved, 2003, *passim*. Nell'ambito della dottrina italiana il riferimento va certamente in primo luogo agli studi di Stefano Rodotà: tra gli altri si v. S. RODOTÀ, *Il mondo nella rete: quali i diritti, quali i vincoli*, Roma-Bari, 2014, *passim*. Il tema è ancora oggi al centro del dibattito perché il D.L. 152/2021, consultabile in *Gazzetta ufficiale*, ha introdotto nuove misure a vantaggio di cittadini, amministrazioni ed imprese per attuare la prima "mission" del Piano Nazionale di Ripresa e Resilienza: l'implementazione delle competenze digitali, interoperabilità delle banche dati e semplificazione dei servizi. Da ultimo, in data 8 giugno 2023, il Dipartimento per la Trasformazione digitale della Presidenza del Consiglio dei Ministri ha annunciato l'iniziativa volta a potenziare le competenze e l'Inclusione digitale di almeno 2 milioni di Cittadini entro il 2026, attraverso l'introduzione dei "Facilitatori digitali", che offriranno un supporto ai Cittadini nel gestire la propria Identità digitale, navigare in rete, riconoscere le *fake news*, effettuare chiamate o videochiamate, fare acquisti *online*, utilizzare i propri servizi bancari, l'App "IO", o accedere alla "Anagrafe della popolazione residente".



La prospettiva nella quale muovere, per poter disciplinare il fenomeno, è un mercato mondiale globalizzato e, quindi, si deve partire dal Regolamento (UE) 2021/694⁸ che istituisce il programma dell'Europa digitale ed individua gli obiettivi che sono di sostenere e accelerare la trasformazione digitale dell'economia e dell'industria, di permettere ai cittadini, alle pubbliche amministrazioni ed alle imprese di beneficiare di vantaggi e di migliorare la competitività dell'Europa nell'economia digitale mondiale riducendo il divario digitale in tutta Europa tramite un sostegno transfrontaliero⁹.

Prima di approfondire il tema, con alcuni dati offerti dal diritto positivo, appare opportuno individuare anche una cornice entro la quale collocare la nostra riflessione.

Il tema, è inutile nascondere, passa per un quesito che sovrasta ogni ragionamento e riguarda la capacità del mondo digitale, nella sua massima espressione, attraverso l'intelligenza artificiale, di creare un'economia del tutto avulsa ed autonoma rispetto all'uomo stesso in quanto l'evoluzione tecnologica può comportare da un lato che la macchina crei un sistema più evoluto rispetto alla macchina stessa e dall'altro che questo nuovo mercato si dia regole autonome non più pensate e create dal legislatore, ma create dal mercato stesso e, quindi, da coloro i quali hanno una maggiore forza economica in campo e, trattandosi di economia digitale, sicuramente da coloro i quali posseggono le enormi masse di dati (i c.d. *big data*)¹⁰.

L'umanesimo del lavoro e la civiltà tecnica, ricordando un recente saggio di un maestro¹¹, inducono a pensare, secondo la teoria della prestazione, che la dignità dell'uomo, sia un prodotto del proprio agire e come prestazione della soggettività umana, e che quindi essa si concretizza perché "*l'uomo fa*".

La dignità dell'uomo *faber* e, dunque, anche dignità dell'opera di cui è artefice e non può essere intesa soltanto come l'opera letteraria artistica estetica, ma deve essere intesa come qualsiasi tipo di realizzazione che l'uomo costruisce con il proprio pensiero. Nella modernità, quindi, il lavoro diventa tecnica e realizzazione di artefatti. "Quindi sul terreno di gioco c'è l'uomo, la natura e gli artefatti ossia le creature dell'artificialità tecnica".

Il dato tecnico è realizzato dall'ingegno e dalla volontà dell'uomo e, quindi, il dato non è trovato, ma

⁸ Il testo del Regolamento (UE) 2021/694 del Parlamento europeo e del Consiglio del 29 aprile 2021 – che abroga la decisione (UE) 2015/2240 – è consultabile su eur-lex.europa.eu.

⁹ Sul punto, si veda G. CORASANITI, *Il diritto nella società digitale*, Milano, 2018, il quale si interroga in merito al rapporto apparentemente conflittuale tra diritto ed evoluzione tecnologica, sottolineando che alle difficoltà intrinseche ad un tentativo di regolamentazione "tendenzialmente universale" si aggiungono quelle di concepire un insieme condiviso di principi comprensibile ed efficace. "*Il diritto apparentemente non si muove, o si muove con molta difficoltà, proprio perché deve adattarsi naturalmente ad un substrato sociale già affermato e mai completamente riconoscibile e nel contempo l'informatica si evolve sempre di più e velocemente nella società in tempi molto più rapidi, assicurando soluzioni immediate, mentre il diritto cerca e crea problemi, l'informatica progetta e realizza (e soprattutto individua analiticamente) "soluzioni" di tipo informativo ai problemi, mediante elaborazione dei dati disponibili*". Tuttavia, muovendo dall'assunto che il diritto è "strumento ergonomico essenziale di risoluzione dei conflitti e confronto sociale" l'Autore mette in luce i punti di contatto tra la disciplina giuridica e quella informatica che andrebbero considerate in costante interazione in una prospettiva sempre più globale.

¹⁰ A proposito di co-regolazione ed auto-regolazione delle piattaforme *online* si vedano F. BASSAN, *Digital Platforms and Blockchains: the Age of Participatory Regulation*, in *European business law review*, 2023 p. 1103-1132; ID., *Digital Platforms and Global Law*, 2021; M. RABITTI, *Le regole di supervisione nel mercato digitale: considerazioni intorno alla comunicazione Banca D'Italia in materia di tecnologie decentralizzate nella finanza e cripto-attività*, in *Rivista trim. dir. econ.*, 2022, p. 19 ss.

¹¹ N. IRTI, *Umanesimo del lavoro e civiltà tecnica*, in *Riv. dir. civ.*, 2023, p. 203. Nel saggio l'A. parte dall'assunto che la medesima espressione "dignità del lavoro" consenta di considerare superato l'antico dualismo tra la teoria della dotazione (per cui la dignità è qualità o proprietà originaria dell'uomo) e la teoria della prestazione (per cui la dignità è il prodotto dell'agire umano), in senso favorevole a quest'ultima teoria. Nella modernità la "dignità del lavoro" diventa necessariamente dignità della tecnica e dunque della artificialità. Si sottolinea come tutto ciò che circonda l'uomo è artificiale e, dunque, "fatto con arte", frutto del pensiero umano e della umana volontà. Sostenendo tale accezione di artificialità allora la dignità del lavoro non può essere separata dalla dignità della tecnica ed entrambe si riuniscono nell'unità dell'*homo faber*.



creato dal pensiero e cosa c'è di maggiore creazione del pensiero che non l'intelligenza artificiale e, quindi, la dignità del lavoro che si realizza attraverso la dignità della tecnica creando attraverso il progresso tecnico la civiltà storica.

Se, quindi, la dignità del lavoratore si estende a tutte le opere dell'uomo allora l'intelligenza artificiale rappresenta la migliore realizzazione dell'uomo attraverso la quale l'uomo, con il proprio lavoro, realizza al meglio le proprie capacità.

Si potrebbe ritenere che con l'intelligenza artificiale si vuole rendere l'artefatto autonomo e, quindi, non più solo sviluppato dall'uomo e da questi gestito, ma un prodotto dell'uomo che vive in modo autonomo ed in autonomia rispetto all'uomo esso non trova più sé stesso, ma crea un altro essere.

Si può, invece, sostenere che, al momento, i sistemi di intelligenza artificiale anche generativa siano il miglior prodotto dell'uomo in quanto il più avanzato tecnologicamente che l'uomo realizza: attraverso l'intelligenza artificiale l'uomo stesso sembra trovare la propria sublimazione.

Il punto, come si può immaginare, è assai controverso, ma si può affermare che la chiave di lettura del fenomeno tecnologico è che l'uomo deve dominare il mondo con il proprio progetto tecnico e scientifico¹². Invero i processi decisionali sono già il frutto di un'interazione con le macchine intelligenti che, quindi, sono la migliore risposta all'incompletezza dell'uomo.

La capacità dell'uomo deve essere proprio quella di dare certezza alle soluzioni che propone attraverso una capacità previsionale in quanto l'economia ha bisogno di certezza ed in tal senso deve essere supportata dal diritto che deve servirsi della macchina solo per poter solo essere più veloce in quei processi non decisionali. La macchina con l'algoritmo utilizza una logica probabilistica, mentre la logica causale con i processi cognitivi e generativi dei sistemi di intelligenza artificiale¹³ può generare nuovi modi di ragionare e nuovi risultati finora impensabili, ma che passano pur sempre per l'attività dell'uomo.

Chiarito, quindi, che non si deve temere che l'evoluzione tecnologica faccia perdere la centralità dell'uomo rispetto alla macchina il profilo da approfondire è come queste norme debbano disciplinare il "territorio" digitale o, meglio, l'a-territorio digitale¹⁴.

¹² Tale progetto è inaugurato attraverso la transizione moderna dalla persona al soggetto. Così A. PUNZI, *Il dialogo delle intelligenze tra umanesimo e tecnoscienza*, in *Pers. merc.*, 2023, p. 161. L'autore rileva che oggi ci ritroviamo orfani delle certezze del pensiero moderno che aveva posto al centro dell'attenzione non la persona, bensì il soggetto: "Il soggetto moderno non rivolge più lo sguardo verso l'Essere in senso metafisico né sull'essenza del proprio essere-persona: dopo aver conquistato la coscienza di sé, egli si concentra sull'osservazione della natura per individuarne le leggi, misurarla e trasformarla". ID, *Decidere in dialogo con le macchine. La sfida della giurisprudenza contemporanea*, in *SMART. La persona e l'infosfera*, U. SALANITRO (a cura di), 2022, *passim*.

¹³ Peraltro in merito alla differenza tra il mero algoritmo che l'uomo inserisce nella macchina ed i sistemi di IA appare rilevante un recente arresto dei giudici di Palazzo Spada (Consiglio di Stato 25 novembre 2021, n. 7891, in *Foro Amm.*, 2021, 11, p. 1721) con il quale è stata posta una netta differenziazione tra la nozione comune e generale di algoritmo che riporta alla mente "semplicemente una sequenza finita di istruzioni, ben definite e non ambigue, così da poter essere eseguite meccanicamente e tali da produrre un determinato risultato" (questa la definizione fornite in prime cure) rispetto ai sistemi di IA. Invero -scrive la giurisprudenza- che la nozione di algoritmo, quando è applicata a sistemi tecnologici, è ineludibilmente collegata al concetto di automazione ossia a sistemi di azione e controllo idonei a ridurre l'intervento umano. Il grado e la frequenza dell'intervento umano dipendono dalla complessità e dall'accuratezza dell'algoritmo che la macchina è chiamata a processare. Cosa diversa è l'intelligenza artificiale. In questo caso l'algoritmo contempla meccanismi di *machine learnig* e crea un sistema che non si limita solo ad applicare le regole *software* e i parametri preimpostati (come fa invece l'algoritmo "tradizionale"), ma, al contrario, elabora costantemente nuovi criteri di inferenza tra dati e assume decisioni efficienti sulla base di tali elaborazioni, secondo un processo di apprendimento automatico. Di talchè la centralità dell'uomo non mai in discussione con la creazione degli algoritmi, ma si deve ben discernere la differenza tra *machine learning* che comunque generano il proprio percorso robotico da algoritmi ed il mero algoritmo che rappresenta solo un'istruzione alla macchina anche con una reazione.

¹⁴ L'immaterialità e l'a-territorialità, quali caratteristiche tipiche della rete, hanno generato, sin dagli albori della sua diffusione,



2. – Lo sviluppo della società digitale in continua evoluzione tecnica e, quindi, normativa, per dar concretezza al tema oggetto di analisi, anche di questo convegno può essere, al momento, determinata, in nove le principali nuove regolamentazioni (definite e non) europee che compongono la c.d. Strategia Europea sul digitale:

1) Reg. UE 2065/2022 (c.d. Digital Service Act); 2) Reg. UE 1925/2022 (c.d. Digital Markets Act); 3) Reg. UE 1114/2023 (c.d. Regolamento MICAR – negoziazione di cripto-attività diverse dai token collegati ad attività e dai token di moneta elettronica, di token collegati ad attività e di token di moneta elettronica, nonché i requisiti per i prestatori di servizi per le cripto-attività); 4) Reg. UE 2022/868 c.d. Data Governance Act (costruire un ambiente sicuro per il riutilizzo dei dati per fini di innovazione e ricerca, oltre a promuoverne la disponibilità); 5) Reg. UE 2023/2854 c.d. Data Act (norme relative all'uso dei dati generati dai dispositivi Internet of Things (IoT)); 6) Reg. UE 2024/1869 c.d. Artificial Intelligence Act; 7) Proposta di Direttiva c.d. Product Liability; 8) Proposta di Direttiva c.d. Responsabilità prodotti I.A; 9) Proposta di Reg. UE c.d. European Media Freedom Act (per il pluralismo informativo e contro le *fake news*).

La tecnica regolatoria utilizzata dal legislatore europeo è variegata a seconda del grado di evoluzione della normativa, nel senso che per le normative, che potremmo chiamare di seconda generazione in quanto alcune fattispecie sono già state regolate da precedenti interventi legislativi, a fianco alle norme di proibizione e cioè di divieto (c.d. norme proibitive pure), vi sono le norme precettive con le quali viene indicato (anche) un comportamento positivo.

La tecnica regolatoria che usa la proibizione può lasciare un ampio spazio di scelta al destinatario della regolazione in relazione a tutte le condotte permesse diverse da quella proibita, mentre nel caso in cui venga ordinata l'adozione di una condotta, lo spazio della scelta è inesistente. Lo spazio di libertà lasciato dal divieto è, tuttavia, spesso caratterizzato da incertezza, specialmente quando la proibizione non viene definita attraverso regole puntuali, ma sulla base di principi generali (trasparenza, correttezza, lealtà) che si prestano ad interpretazioni divergenti tra regolatore e regolati e nella comunità dei regolati¹⁵.

In alcuni casi la tecnica regolatoria utilizzata dal legislatore comunitario, e mi riferisco per esempio al DSA, è una tecnica con un comando positivo, nel senso che il *provider* “non è responsabile a condizione che” determinando in questo modo il comportamento al quale il destinatario deve conformarsi proibendo qualsiasi altra condotta. Si ordina, quindi, l'adozione di una condotta nella quale lo spazio di libertà lasciato dal divieto era caratterizzato da un'incertezza essendo la proibizione individuata non con regole puntuali, ma su principi generali quali per esempio “l'effettiva conoscenza delle attività o dei contenuti illegali ovvero la memorizzazione di informazioni per un tempo che non ecceda quello generalmente necessario a tale scopo”¹⁶.

un'ampia analisi giuridica. In argomento si vedano: R. CARLEO, *Piattaforme digitali e contratto*, in *European Journal of Privacy Law & Technologies*, 2022, *passim*; A. MANGANELLI, *Piattaforme digitali e social network, fra pluralità degli ordinamenti, pluralismo informativo e potere di mercato*, in *Giur. Cost.*, 2023 p. 883 ss.; P.B. HUGENHOLTZ, *Codes of Conduct and Copyright Enforcement in Cyberspace*, in *Copyright Enforcement and the Internet*, I.A. STAMATOUDI (a cura di), 2010, p. 303 ss., spec. 310; M. CAMMARATA, *Quali leggi per il “territorio Internet”?*, in *Interlex*, 1997. Cfr. anche V. DE ROSA, *La formazione di regole giuridiche per il “cyber-spazio”*, in *Dir. inform.*, 2003, p. 361; M.R. FERRARESE, *Diritto sconfinato. Inventiva giuridica e spazi nel mondo globale*, Roma-Bari, 2006, *passim*. Sulla de-territorializzazione del diritto nell'era digitale si veda G. PASCUZZI, *Il diritto dell'era digitale*, Bologna, 2006, p. 185 ss. Rilevanti criticità emergono nell'ambito del diritto internazionale privato e processuale, con riferimento sia alla legge applicabile ed alla giurisdizione cfr. al riguardo F. GALGANO, *Lex mercatoria*, 2016, *passim*; P. CERINA, *Il problema della legge applicabile e della giurisdizione*, in *I problemi giuridici di Internet*, E. TOSI (a cura di), 2003, p. 651 e ss.; S. BARIATTI, *La competence internationale et le droit applicable au contentieux du commerce électronique*, in *Riv. dir. int. priv. e proc.*, 2002, p. 19 e ss.

¹⁵ F. CAFAGGI, *Proibire, permettere, persuadere. Appunti di viaggio nella regolazione contemporanea*, in *Merc. conc. reg.*, 2022, p. 495.

¹⁶ Sul punto sia consentito il rinvio a R. BOCCHINI, *La responsabilità civile degli intermediari del commercio elettronico. Contributo*



In altri casi invece la tecnica è di persuasione e, quindi, regolazioni non vincolanti fondate sulla persuasione piuttosto che sulla proibizione assistita da sanzioni amministrative. Mi riferisco ai codici di condotta ed alla c.d. *soft law*¹⁷, quindi, non è la legge a disciplinare il comportamento, ma attraverso dei codici di condotta si induce la piattaforma ad elaborare in coregolazione con gli *stakeholders* delle pratiche e buone prassi al fine di indurre gli attori della norma a seguire un certo comportamento. Un possibile esempio si individua nel Regolamento UE n. 1869/2024 sull'intelligenza artificiale che promuove la creazione di *sandbox* normative, cioè, ambienti controllati dentro i quali si possono testare l'efficacia di queste norme¹⁸.

Il titolo IX (art. 69) istituisce un quadro per la creazione di codici di condotta che mira a incoraggiare i fornitori di sistemi di I.A. non ad alto rischio ad applicare volontariamente i requisiti obbligatori previsti per i sistemi di I.A. ad alto rischio (come stabilito nel titolo III).

I fornitori di sistemi di I.A. non ad alto rischio possono creare e attuare i codici di condotta autonomamente. Tali codici possono, altresì, comprendere impegni volontari relativi, ad esempio, alla sostenibilità ambientale, all'accessibilità da parte delle persone con disabilità, alla partecipazione dei portatori di interessi alla progettazione e allo sviluppo dei sistemi di I.A., nonché alla diversità dei gruppi che si occupano dello sviluppo¹⁹.

L'ultima tecnica è quella della permissione informata. Il terreno di elezione di questa tipologia di regolazione è certamente quello della regolazione informativa. Nella regolazione informativa il regolatore obbliga i regolati ad informare coloro che dovranno compiere le scelte senza tuttavia intervenire nel merito delle stesse. Esempi riguardano le informazioni al consumatore e più in generale all'utente.

Ai sensi dell'art. 52 del Reg. I.A., i fornitori di sistemi I.A. che interagiscono con persone fisiche (come, ad esempio, i *chatbot*) devono garantire che le persone esposte siano informate del fatto che stanno interagendo con un sistema di I.A.

Lo stesso comportamento deve essere adottato dai sistemi di riconoscimento delle emozioni o di categorizzazione biometrica, informando le persone esposte ad essi del proprio funzionamento e ottenendo un consenso preventivo al trattamento dei dati biometrici e personali dell'utente. Inoltre, tutti quegli utenti che generano e/o manipolano contenuti multimediali che sembrerebbero a primo impatto autentici o veritieri (si pensi, ad esempio, ai cc.dd. *deep fake*) devono comunicare che tali contenuti sono frutto di una manipolazione basata sull'IA²⁰.

buto allo studio dell'illecito plurisoggettivo permanente, Napoli, 2003; in argomento si vedano, altresì, F. PIRAINO, *La responsabilità dei prestatori di servizi di condivisione di contenuti online*, in *Nuove leggi civ. comm.*, 2023, p. 146 ss.; S. SCOLA, *Digital Services Act: occasioni mancate e prospettive future nella recente proposta di regolamento europeo per il mercato unico dei servizi digitali*, in *Contr. impr./Eur.*, 2022, p. 127 ss.; F. BRAVO, *La responsabilità civile degli Internet service provider*, in *La responsabilità di impresa*, a cura di G. Alpa-G. Conte, Milano, 2015, p. 745 ss.; M. TESCARO, *Una proposta ricostruttiva contrastante con il diritto vivente in tema di responsabilità civile dell'internet provider nel diritto italiano tra direttiva 2000/31CE, regolamento UE 2016/679 e direttiva UE 2019/790*, in *Jus civile*, 2020, p. 102 ss.

¹⁷ Sul punto v. A. BELLELLI, *Soft law e co-regolazione*, cit., p. 51; N. LIPARI, *La formazione negoziale del diritto*, in *Riv. dir. civ.*, 1987, I, p. 307 ss.; G. ZAGREBELSKY, *Il diritto mite*, Torino, 1992; P. ZATTI (a cura di), *Le fonti di autodisciplina*, Atti del Convegno tenutosi a Padova nei giorni 12-13 maggio 1995, Padova, 1996; A. SCOTTI, *I codici di condotta tra mercato, impresa e contratto*, Milano, 2020; E. BARGELLI, V. CALDERAI, *A Contract Law for the Age of Digital Platforms?*, Pisa, 2022.

¹⁸ In argomento si veda N. ABRIANI, G. SCHNEIDER, *Diritto delle imprese e intelligenza artificiale. Dalla Fintech alla Corptech*, Bologna, 2021, cit. Gli Autori approfondiscono l'incidenza dell'intelligenza artificiale sulla vita delle imprese, analizzando altresì la normativa europea e si interrogano sul ruolo che il diritto è chiamato a svolgere onde evitare di cedere ad una "sudditanza delle imprese ai codici algoritmici".

¹⁹ U. RUFFOLO, A. AMIDEI, *Intelligenza artificiale e diritto – intelligenza artificiale e diritti della persona: le frontiere del "transumanesimo"*, in *Giur. It.*, 2019, p. 1657.

²⁰ S. ORLANDO, *Regole di immissione sul mercato e «pratiche di intelligenza artificiale» vietate nella proposta di Artificial Intelligence Act*, in *Persona e Mercato*, 2022, pp. 346-367, e in particolare p. 359 laddove afferma che: «il riconoscimento delle emozioni,



Le differenze tra regolazione proibitiva e persuasiva riguardano tuttavia non solo lo spazio di scelta attribuito al destinatario, ma anche il momento della loro applicazione. La distinzione temporale riguarda le modalità di intervento del regolatore sulla condotta del destinatario; la scelta temporale incide sull'apprendimento del regolato relativo ai contenuti del precetto definito dal legislatore ed applicato dal regolatore²¹.

Sistemi che consentono al regolato (o ad organizzazioni rappresentative dei regolati) di interrogare *ex ante* (prima della violazione) il regolatore su quale sia il comportamento conforme riducono il livello di incertezza senza necessariamente comprimere lo spazio di libertà del regolato. In questo filone operano le raccomandazioni, che possono in astratto riguardare sia comportamenti proibiti che comportamenti permessi, ma vengono per lo più utilizzate per definire la tipologia delle condotte desiderate, quelle che il regolatore ritiene più coerenti con gli obiettivi della regolazione.

La regolazione proibitiva riguarda tendenzialmente la reazione alla condotta violativa anche se, evidentemente, tende ad influenzare le scelte del regolato con la minaccia della sanzione. Sistemi che limitano l'intervento regolatorio alla fase successiva alla violazione consentono al regolato un margine di scelta più ampio senza, tuttavia, ridurre l'incertezza sui confini tra proibito e permesso.

Sotto il profilo giuridico la regolazione persuasiva viene ritenuta meno invasiva di quella proibitiva. Essa si caratterizza non per la compressione di facoltà e diritti, ma per orientare il destinatario nelle scelte, che rimangono, tuttavia, nella sua sfera di controllo. Inoltre la stessa sembra meglio esprimere il contenuto tecnico della regolazione più che il valore politico della regolazione.

Il tema, pertanto, diventa come la nuova produzione normativa europea debba disciplinare le prepotenze di un mercato dominato dalle grandi piattaforme.

Prendiamo ad esempio il *Digital Services Act* (Reg. 2022/2065/UE) e la normativa “gemella” il *Digital Markets Act* (Reg. 2022/1925/UE):

A) L'ultima normativa data dal DSA che, in realtà, è già figlia di un precedente testo normativo europeo (la dir. 2000/31/CE prevedeva per quanto concerne per esempio la responsabilità del *provider* una certa libertà nella gestione del mercato perché si favoriva lo sviluppo di un nuovo mercato digitale attraverso una normativa che prevedeva poche regole e pertanto il *provider* non era mai responsabile) rappresenta un'evoluzione in tal senso in quanto il legislatore europeo dopo aver consentito lo sviluppo del mercato sta compiendo un passo in avanti, in modo più restrittivo, ampliando le responsabilità degli operatori sul mercato, e ciò anche sulla scorta della giurisprudenza formatasi nel tempo alla luce della casistica sorta nell'ultimo ventennio per quanto riguarda la natura (spesso illegale) dei contenuti postati dagli utenti sulle piattaforme di condivisione.

B) Nel *Digital Market Act* vi è una situazione differente: qui la normativa europea si rivolge direttamente alle grandi piattaforme digitali (i c.d. *gatekeeper*) applicando una serie di obblighi e divieti tipici della legislazione proconcorrenziale. Si verifica, quindi, una situazione in cui un problema nuovo (cioè, la mancanza di concorrenza tra i grandi *Tech Giants* con le conseguenti ed inevitabili barriere all'ingresso per i nuovi operatori) viene risolto (o quantomeno si prova a risolverlo) attraverso uno strumento (quello della tutela anti-trust) già ampiamente sperimentato nell'economia reale.

Qui l'intervento europeo si sostanzia in una serie di norme che intendono regolare un mercato già esistente

la categorizzazione biometrica e il deep fake: sono tre strumenti potentissimi del cosiddetto neuromarketing e i relativi sistemi di IA non stanno generalmente né tra le tecnologie sottoposte al divieto dell'art. 5 né tra quelle “ad alto rischio”»; ID., *Per un sindacato di liceità del consenso privacy*, in *Persona e Mercato*, 2022, p. 537.

²¹ F. CAFAGGI, *op. cit.*, p. 497.



te (e che per certi versi ha raggiunto un assetto difficilmente mutabile e contendibile), applicando le regole sulla concorrenza (già il pilastro della CE) adattate per l'occasione alle piattaforme digitali.

Una volta che una piattaforma raggiunge una certa massa critica l'aumento di scala della piattaforma si autoalimenta e rinforza a causa degli effetti di rete e del crescente costo-opportunità di uscita, che spingono verso una continua espansione della rete di utenti, potenzialmente fino a una situazione in cui un singolo operatore rimane monopolista nel mercato.

Questa situazione – in mancanza di interoperabilità esterna – rappresenta un ostacolo quasi insormontabile per i concorrenti, effettivi e potenziali, che dovrebbero superare la massa critica esistente per potersi affermare e competere in modo sostenibile sul mercato. È infatti estremamente arduo superare i costi di coordinamento collettivi per gli utenti che dovrebbero spostarsi insieme per ridurre il loro costo-opportunità unilaterale.

Nonostante questo scenario, lo sviluppo di politiche pubbliche di regolazione delle piattaforme digitali non è stato un processo né facile, né lineare. Innanzi tutto, i mercati digitali sono stati oggetto di un approccio regolamentare intenzionalmente prudente, finalizzato alla minimizzazione del rischio di un intervento sbilanciato che potesse ostacolare l'innovazione, secondo il noto dilemma di Collingridge.

La motivazione economica di un approccio regolatorio prudenziale trova, tuttora, fondamento sul fatto che le *Big Tech*, nonostante il loro potere economico, possano comunque essere sottoposte a un'adeguata pressione concorrenziale, soprattutto potenziale, in mercati dove le dinamiche competitive si strutturano principalmente in una concorrenza per il mercato.

La soluzione a volte adottata di una «autoregolamentazione supervisionata» non sembra rappresentare, tuttavia, uno strumento efficace anche in ragione della mancanza di poteri ispettivi e di controllo sulle piattaforme, sui loro algoritmi di funzionamento, sui flussi di raccolta, aggregazione e utilizzo dei dati, che in ultima analisi avrebbero consentito di verificare l'impatto delle regole private.

Se allora la tecnica regolatoria deve volger il proprio sguardo verso gli obiettivi da tutelare, perché più agevolmente in questo modo si possono creare norme uniformi in territori diversi e cioè tutele omogenee in un mercato globale, allora appare evidente come occorra individuare gli obiettivi. In tal senso, mentre prima sembrava preminente l'interesse del mercato e una tutela dello sviluppo di un mercato che non c'era, adesso invece gli obiettivi non sono solo legati allo sviluppo del mercato digitale (come ne è chiaro esempio il DMA), ma anche indirizzati verso la tutela della persona.

Allora il divario è tra regole per principi e regole per fattispecie. Nella logica europea la legislazione è in generale per *obiettivi*, lasciando agli Stati o addirittura ai soggetti la scelta dei mezzi di conseguimento degli obiettivi prescritti.

Volgiamo lo sguardo anche verso il Reg. UE sui sistemi di I.A. che prevede un approccio basato sul rischio ed impone obblighi ai fornitori ed agli sviluppatori di sistemi di Intelligenza Artificiale prevede una classificazione in relazione ai sistemi di I.A. in base ai diversi livelli di rischi individuati: rischio inaccettabile, rischio elevato, rischio limitato e rischio minimo o nullo.

I sistemi di I.A. definiti “ad alto rischio”, come è noto, sono soggetti a una disciplina più restrittiva. Appare chiaro come non vi sono criteri oggettivi per questa classificazione, si tratta di una scelta politica esattamente come quella definitoria. Basandosi su scelte dei valori da tutelare, le implicazioni etiche sono evidenti (basti pensare a eventuali scelte e gerarchie sui beni da proteggere di fronte ai rischi scaturenti dall'uso di I.A.), non certo ricavabili da qualche protocollo tecnico con pretesa fredda oggettività.

Come è noto, anche l'etica è tutt'altro che una disciplina “scientifica” o uniforme, è condizionata da fattori culturali che ne rende arduo il disegno di una matrice comune. Trovare accordo in tutta Europa sui valori



comuni non è impossibile (basti pensare alla Carta dei diritti fondamentali dell'UE), va praticato un assiduo confronto politico che in questo particolare momento appare assai complesso. Il diritto regola non solo l'economia, ma le diverse scienze e discipline²² (Calabresi).

Con l'utilizzo dei principi il legislatore europeo utilizza una tecnica proibitiva per quei sistemi di intelligenza artificiale a rischio alto (basti pensare all'utilizzo della robotica medica).

Con riferimento ai sistemi di rischio medio o basso (ad esempio CHAT GPT) si utilizza una tecnica permissiva dove sono richiesti particolari requisiti di trasparenza per mitigare i potenziali di rischio non solo per la salute e la sicurezza, ma anche per la tutela di diritti fondamentali e lo stesso stato di diritto.

Il riferimento va, in primo luogo, al problema delle *fake news* e, da ultimo, al fenomeno del *deep fake*, ovvero quella tecnica per la sintesi dell'immagine umana basata sull'intelligenza artificiale, usata per combinare e sovrapporre immagini e video esistenti con video o immagini originali, tramite una tecnica di apprendimento automatico, conosciuta come rete antagonista generativa tale tecnica, infatti, è stata usata per fabbricare in poco tempo falsi video pornografici ritraenti celebrità, per il *revenge porn* o per compiere atti di cyberbullismo ma può anche essere usato per creare *fake news*. È sufficiente in questa sede ricordare l'aspro dibattito intorno ai fatti di cronaca accaduti in occasione delle ultime elezioni presidenziali americane (confronto Trump/Biden) o, ancor più di recente, nelle vicende belliche tra Russia ed Ucraina.

I riferimenti, tuttavia, possono continuare: basti pensare al rispetto del principio di non discriminazione che viene in rilievo in occasione dell'inarrestabile sviluppo dei sistemi di I.A.

In primo luogo, nel considerando 17, il nuovo Regolamento U.E. n. 1869/2024 in materia di regolazione dei sistemi di I.A. considera gli strumenti di «punteggio sociale» assegnato ai cittadini dai governi, con riferimenti ai quali si rileva, tra le altre cose, che «possono portare a risultati discriminatori [...] [e] ledere il diritto alla dignità e alla non discriminazione»: per questa ed altre ragioni se ne propone il divieto *tout-court*. Nel prosieguo, il Regolamento considera, altresì, delle possibili applicazioni concrete di sistemi legati ad intelligenza artificiale da ritenersi «ad alto rischio».

In generale, l'impatto sul diritto a non essere discriminati è uno dei criteri che dovrebbero indurre a classificare un sistema di I.A. come appunto «ad alto rischio», con il conseguente assoggettamento al rispetto di «determinati requisiti obbligatori» (considerando 27). Questo condizionare l'accesso a prestazioni e servizi pubblici di assistenza concetto viene ribadito nel considerando 33, dove si qualificano i «sistemi di I.A. destinati all'identificazione biometrica remota delle persone fisiche», sia «in tempo reale» sia «a posteriori», come ad alto rischio.

Il Regolamento considera poi l'impiego di strumenti di intelligenza artificiale nella scelta dei candidati ad accedere a scuole e alti istituti di formazione, nonché nel contesto dei rapporti di lavoro: per il Regolamento UE, si tratta anche in questo caso di attività «ad alto rischio», tra le altre cose perché potrebbero «perpetuare modelli storici di discriminazione» (considerando 35 e 36).

Parimenti ad alto rischio, per le stesse ragioni, va considerato l'uso dell'intelligenza artificiale per, così come a servizi privati di grande importanza come il credito (considerando 37).

È un dato significativo che, in passato, erano più spesso utilizzate le Direttive, con spazio di autonomia agli Stati nel realizzare gli obiettivi. Più di recente stanno crescendo i Regolamenti, con normative ad applicazione immediata e diretta.

²² Sul punto, per tutti, si rinvia agli studi ed insegnamenti di G. Calabresi. In luogo di tanti altri v. G. CALABRESI, *Il futuro dell'analisi economica del diritto*, in *Soc. dir.*, Milano, 1990, p. 10 ss.



3. – Se, quindi, con tecniche legislative diverse, l’obiettivo comune è di creare un sistema unico con regole che possano poi “entrare” nei vari Stati e nelle loro legislazioni si deve verificare se questo sia sempre possibile alla luce degli istituti e delle categorie dei diversi Stati e se, quindi, sia effettivamente possibile creare sempre una legislazione comune alla luce degli istituti presenti nei diversi ordinamenti.

Si pensi per esempio a tutta la normativa, ormai da tempo affermata, in tema di proprietà industriale sulla legge marchi e al loro riavvicinamento in riferimento ad una recente sentenza della Corte di Giustizia UE²³ che in tema di comproprietà di marchi ha ritenuto che la concessione di una licenza d’uso o il recesso dal relativo contratto di un marchio nazionale in comproprietà tra più soggetti a favore di un terzo è disciplinato dalle regole del diritto nazionale (e quindi dalle regole sulla comunione con le relative maggioranze) nel quale rientrano le modalità di esercizio da parte di contitolari dei diritti conferiti dal marchio, e non dalla legislazione europea affermando, pertanto, che il diritto di proprietà e le questioni relative alla comproprietà del marchio devono essere risolte in base ai singoli diritti nazionali applicabili e non alla normativa sui marchi comunitari escludendo, quindi, una normativa unica europea comune a tutti gli Stati relativamente all’istituto della proprietà.

In materia di diritto dei consumatori sempre la Corte di Giustizia UE in merito ad una controversia tra un condominio ed una società che forniva energia, relativamente al pagamento di interessi di mora richiesti da quest’ultima al condominio avendo ricevuto dal giudice nazionale di rinvio la questione relativa alla possibilità di considerare un condominio di diritto italiano quale consumatore ai sensi della direttiva e di conseguenza valutare l’applicabilità o meno delle tutele consumeristiche, ha deciso che è di competenza dei singoli Stati stabilire la natura giuridica delle persone²⁴.

Invero il condominio pur non essendo persona giuridica, secondo la giurisprudenza della Cassazione, è considerato soggetto giuridico autonomo e, quindi, si deve valutare se alla nozione di consumatore sia riconducibile la persona del condominio allorquando conclude un contratto per scopi estranei alla propria attività professionale. E quindi la Corte UE si è posta il problema se un soggetto giuridico, che non sia una persona fisica, possa rientrare nella nozione di consumatore. Invero la Corte UE ha preso atto che il giudice del rinvio afferma secondo la nostra giurisprudenza prevalente che il condominio è considerato un “ente di gestione”²⁵ e, quindi, un soggetto giuridico, né una persona fisica, né una persona giuridica²⁶.

Secondo la Corte UE gli Stati membri sono liberi di disciplinare il regime giuridico del condominio quali-

²³ Corte Giust. UE, 27 aprile 2023, C-686/21.

²⁴ Corte Giust. UE, 2 aprile 2020, C-329/19, con nota di F. TRUBIANI, *Applicabilità delle tutele consumeristiche al condominio: (nonostante l’intervento della Corte di Giustizia Ue) un dubbio ancora da sciogliere*, in *Resp. civ. prev.*, 2020, p. 1502. Sul punto si veda anche la più recente pronuncia Corte Giust. UE 27 ottobre 2022, C-485/2021.

²⁵ Tra le altre v. Cass., 9 novembre 2017, n. 26557, in *Onelegale*; Cass., 29 settembre 2017, n. 22856, in *Dir. giust.*, 2017, con nota di MORELLO; Cass. civ., 21 febbraio 2017, n. 4436, in *Guida dir.*, 2017, f. 19, 68; Cass., 29 dicembre 2016, n. 27352, in *Giust. civ. Mass.*, 2017; Cass., 29 gennaio 2016, n. 1674, *ibidem*; Cass., 6 agosto 2015, n. 16562, in *Arch. loc.*, 2016, 1, 59; Cass., 22 maggio 2015, n. 10679, in *Giust. civ. Mass.*, 2016. Cass., 8 febbraio 2005, n. 2543 (ord.), in *Foro it.*, 2005, I, 2741 ss., con nota redazionale di AL. PALMIERI; Cass. civ., 12 gennaio 2005, n. 452 (ord.), *ibidem*. V. pure Trib. Ravenna, 27 settembre 2017, *ibidem*; Trib. Cagliari, 19 giugno 2014, n. 1890, in *Riv. Giur. sarda*, 2015, 123 ss., con nota di BACIUCCO, *Il condominio e la figura del consumatore*; Trib. Reggio Emilia, 6 marzo 2008, *ibidem*; App. Catania, 26 febbraio 2008, *ibidem*; Trib. Genova, 6 novembre 2007, *ibidem*; Trib. Monza, 28 giugno 2007, *ibidem*; Trib. Milano, 20 novembre 2004 (ord.), in *Corr. merito*, 2005, p.135; Trib. Modena, 20 ottobre 2004, in *Arch. loc.*, 2005, p. 62; Trib. Pescara, 28 febbraio 2003, in *Pluris*; Trib. Bologna, 3 ottobre 2000, in *Corr. giur.*, 2002, p. 525 ss., con nota di CONTI, *Lo status di consumatore alla ricerca di un foro esclusivo e di una stabile identificazione*, *ivi*, 532 ss.

²⁶ Assai critico su tale ambigua nozione, per tutti, A. GAMBARO, *La proprietà*, I, *Beni, proprietà e comunione*, Milano, 2017, p. 270, il quale, nell’analisi alla teoria del condominio come « ente di gestione » sembra enfatizzare l’inutilità di soggettivazione tale disciplina.



ficandolo o meno come persona giuridica e, quindi, si deve valutare se la tutela consumeristica sia applicabile anche ad un contratto concluso con un professionista da un soggetto giuridico qual'è condominio e ciò non contraddica la *ratio* del sistema di tutela dei consumatori nell'ambito dell'Unione. Invero interpretando la norma viene affermato che l'armonizzazione minima delle legislazioni nazionali in materia di clausole abusive lascia la possibilità agli Stati di garantire un più elevato livello di protezione per i consumatori mediante disposizioni nazionali più severe rispetto a quelle contenute della direttiva (considerando 12). Inoltre sempre ai sensi del considerando 13 gli Stati membri dovrebbero restare competenti per l'applicazione delle disposizioni di tale direttiva ai settori che non rientrano nel suo ambito di applicazione e la Corte Suprema di Cassazione ha affermato un orientamento giurisprudenziale volto a tutelare maggiormente il consumatore estendendo l'ambito di applicazione anche a un soggetto giuridico quale è il condominio che non è una persona fisica, conformemente al diritto nazionale²⁷.

La Corte di Giustizia ha concluso affermando che non osta all'applicazione delle direttiva una giurisprudenza nazionale che interpreti che il contratto concluso con un professionista da un soggetto giuridico, quale il condominio, che interpreti la normativa di recepimento in modo che le norme a tutela dei consumatori siano applicabili anche ad un contratto concluso con un professionista da un soggetto giuridico quale il condominio anche se tale soggetto giuridico non rientra nell'ambito di applicazione della suddetta direttiva.

Appare chiaro come tale pronuncia non solo non abbia contribuito a chiarire il quesito di diritto posto alla base del rinvio pregiudiziale, ma ha complicato il già intricato quadro di base.

Orbene queste due veloci indicazioni della Corte di Giustizia inducono a riflettere sull'ambito di estensione delle norme e di globalizzazione integrale in quanto appare evidente che si riscontra una certa difficoltà ad avere un'omogeneità di regolamentazione e si deve comprendere come trovare, tra la normativa generale, che deve disciplinare l'a-territorio non solo l'Europa, e le normative nazionali, un equilibrio che permetta il contemperamento dei rispettivi interessi, con l'ulteriore difficoltà che le categorie della tecnica in questo ambito mutano molto velocemente.

Si devono, pertanto, individuare più criteri che possano rappresentare in modo ordinato i profili economici emergenti e mutevoli attraverso nozioni, concetti, categorie che mettano ordine in un sistema di regole e che permettano, quindi, di governare in modo sistematico il fenomeno economico in quanto le categorie potrebbero non sembrare, ad una lettura superficiale, più adeguate a rappresentare il fenomeno economico ampliato anche dall'applicazione delle nuove tecnologie nel sistema²⁸ e, dunque, sembrerebbero non permettere di avere un quadro armonico corretto.

Secondo il c.d. metodo novista²⁹ non sarebbe più possibile rappresentare i nuovi fenomeni economici

²⁷ V. tra le tante Cass. civ., 22 maggio 2015, n. 10679. Critica in dottrina G. CERDONIO CHIARAMONTE, *Tutela consumeristica e parte soggettivamente complessa*, in *Riv. dir. civ.*, 2019, p. 32, che critica la regola della « prevalenza » poiché « vi è, infatti, una distanza incolumabile tra l'ipotesi in cui un unico soggetto destini un bene contemporaneamente ad uno uso personale e ad un uso professionale, e il caso in cui invece, tra più soggetti che utilizzano il bene, alcuni lo facciano per scopi personali e altri per scopi professionali, incolumabilità che deriva dalla circostanza che l'applicabilità della disciplina di tutela del consumatore è espressamente collegata agli scopi del singolo soggetto, per cui in caso di parte plurisoggettiva non potrebbe giustificarsi una sua applicazione a quello dei componenti della parte che non sia qualificabile come consumatore, così come non potrebbe ammettersene una disapplicazione nei confronti del componente che rivesta invece tale qualità. Una soluzione differente sarebbe ipotizzabile solo ove si muovesse da una configurazione unitaria della comunità condominiale, ma come si è già accennato resterebbe sempre da superare l'ostacolo consistente nella limitazione della nozione di consumatore alla sola "persona fisica" ».

²⁸ G. PASCUZZI, *Il diritto nell'era digitale*, Bologna, 2002, p. 16, secondo cui al giurista spetta il compito di « cercare di capire se l'eventuale emersione di nuove regole in ragione dell'avvento delle tecnologie informatiche coincida con l'emersione di tratti caratteristici che possano indurre a parlare di: diritto dell'era digitale ».

²⁹ Sul punto si veda, A. GENTILI, *Crisi delle categorie e crisi degli interpreti*, in *Riv. dir. civ.*, 2021, p. 633, il quale approfondisce



nelle vecchie categorie giuridiche. Ed anche la giurisprudenza c.d. creativa non sarebbe davvero creativa in quanto, come efficacemente dimostrato, il giudice in realtà non crea perché, se così fosse vi sarebbe insubordinazione alla legge ed alla forza logica del ragionamento interpretativo³⁰.

A fronte di tali interpretazioni distruttive si ritiene, invece, che parte della dottrina³¹ abbia efficacemente criticato tale approccio dell'interprete affermando che la difesa delle categorie non è vera conservazione, ma è semplicemente l'unica via possibile per dire e fare il diritto volendo ritenere ancora possibile l'analisi scientifica. Non vanno ammassate le novità in categorie esistenti, ma va valorizzato il criterio di formulazione di categorie, rispetto alla realtà che muta, come essenziale criterio di intelligenza e controllo delle interpretazioni giuridiche. Anche dall'affastellarsi delle numerose normative di stampo europeo e dalla Costituzione sono emerse nuove categorie!

L'approccio che appare preferibile disegna le categorie non come i confini entro i quali devono muovere i fenomeni economici, ma come l'unica via possibile per dire e fare il diritto volendo ancora ritenere possibile l'analisi scientifica³² dello stesso, frutto di un'attività puramente ipotetica o addirittura immaginifica³³, ma

la crisi delle categorie giuridiche tradizionali e le dottrine c.d. “nuoviste”, rilevando che ad interrogarsi per primo se, a fronte del progressivo pluralismo dei valori, i giuristi potessero ancora praticare la dogmatica, era stato U. MEYER CORDING, *Kann der Jurist heute noch Dogmatiker sein?*, Tübingen, 1973, *passim*. L'Autore conclude rilevando l'inadeguatezza dell'aggettivo “nuovista” – che egli stesso per brevità utilizza – attribuito alle tesi dei fautori del ripudio delle categorie e della conversione ad un approccio ispirato ai valori condivisi, in quanto la denuncia dell'invecchiamento delle categorie in vista di una diversa assiologia ha un'ispirazione «anche più vecchia delle categorie che rifiuta». A conferma C. SCHMITT («noi ripensiamo i concetti [ma avrebbe potuto dire: “le categorie”] giuridici (...) noi vogliamo essere dalla parte del futuro») in uno scritto sul pensiero giuridico nazionalsocialista: C. SCHMITT, *Nationalsozialistisches Rechtsdenken*, in *Deutsches Recht*, 1934, p. 225 ss. Del tramonto delle categorie civilistiche trattano altresì: N. IRTI, *La crisi della fattispecie*, in *R. trim. d. proc. civ.*, 2014, p. 36 ss.; ID., *Calcolabilità weberiana e crisi della fattispecie*, in *Riv. dir. civ.*, 2014, p. 987 ss.; ID., *Un diritto incalcolabile*, *ivi*, 2015, p. 11 ss.; U. VINCENTI, *Diritto senza identità. La crisi delle categorie giuridiche tradizionali*, Roma-Bari 2007, p. IX; A. GUARNERI, *Le categorie ordinanti del diritto civile (a proposito di Rodolfo Sacco, Il fatto, l'atto, il negozio)*, in *Riv. dir. civ.*, 2007, II, p. 547 ss., p. 548-549; e in N. IRTI, *Le categorie giuridiche della globalizzazione*, *ivi*, 2002, p. 625. Di crisi parla anche P. GROSSI, *Ritorno al diritto*, Roma-Bari, 2015, p. IX ss., p. 28-32. In prospettiva processualcivilistica v. E. D'ALESSANDRO, *L'oggetto del giudizio di cognizione tra crisi delle categorie del diritto civile e evoluzioni del diritto processuale*, Torino, 2016, *passim*. Limitatamente al segmento dei mercati finanziari v. R. DI RAIMO, *Categorie della crisi economica e crisi delle categorie civilistiche. Il consenso e il contratto nei mercati finanziari derivati*, in *Giust. civ.*, 2014, p. 1095 ss.

³⁰ V., in tal senso, A. GENTILI, *op. cit.*, p. 648, il quale confuta la tesi secondo cui la giurisprudenza che chiamiamo “creativa” produrrebbe un diritto (“vivente”) che smentisce il diritto basato sulle categorie tradizionali (“vigente”), sulla base della considerazione che «in un sistema di diritto legislativo “giurisprudenza creativa” è un ossimoro: se è giurisdizione non è creativa, se è creativa non è giurisdizione». Sul punto vd. altresì F. ROSELLI, *Sentenze creative?*, in *Ritorno al diritto*, 2005, p. 13 ss.; L. FERRAJOLI, *Contro il creazionismo giudiziario*, Modena 2018, p. 14; R. GUASTINI, *La sintassi del diritto*, Torino, 2011, p. 459-468; N. LIPARI, *Le categorie del diritto civile*, 2013, Milano, p. 141 ss.; M. PENNASILICO, *Le categorie del diritto civile tra metodo e storia*, in *Riv. dir. civ.*, 2016, p. 1246 ss., in partic. 1255 ss. Lo stesso A. GENTILI, *Il diritto come discorso*, Milano 2013, spec. p. 1 ss., ha riconosciuto che attraverso l'argomentazione i giudici “creano” nuovo diritto, ma sempre «a partire da materiali normativi (disposizioni, siano regole, principi o clausole generali) già presenti nella loro formulazione linguistica nel dettato legale, e in modo con essi compatibili». Questa, secondo la sua opinione, è “creazione” solo per modo di dire: la vera (e cattiva) creazione si ha quando la norma nuova escogitata è *contra legem*. Viceversa, R. GUASTINI, *Interpretare e argomentare*, cit., p. 29, sostiene che ogni nuovo corso interpretativo ha qualcosa di “creativo”: «(...) altre volte – interpretazione creativa, o interpretazione-creazione – la decisione interpretativa consiste nell'attribuire ad un testo un significato “nuovo”, non compreso tra quelli identificati o identificabili in sede di interpretazione cognitiva».

³¹ A. GENTILI, *op. cit.*, 652-653; v. anche G. ALPA, *I contratti speciali nel loro excursus storico. Appunti e considerazioni*, corso straordinario “Il contratto o i contratti?” organizzato dalla Scuola Superiore della Magistratura in collaborazione con l'Accademia Nazionale dei Lincei, 2021.

³² A.M. BENEDETTI, *La categoria «contratto» tra unicità e molteplicità*, corso straordinario “Il contratto o i contratti?” organizzato dalla Scuola Superiore della Magistratura in collaborazione con l'Accademia Nazionale dei Lincei, 2021, p. 1; in argomento, si veda anche F.D. BUSNELLI, *Quale futuro per le categorie del diritto civile?*, in *Riv. dir. civ.*, 2015, p. 1 ss.

³³ P. RESCIGNO-G. RESTA-A. ZOPPINI, *Diritto privato. Una conversazione*, Bologna, 2017, p. 25 e 26.



essenziale per la soluzione dei casi attraverso un processo incessante di adattamento, grazie al quale mantengono la loro vitalità, che risiede essenzialmente in una persistente capacità a contenere il divenire. Valutare il divenire secondo l'ordinamento storico.

Le categorie sono solo un sistema per filtrare il pensiero mettendo ordine e consentendo la comunicazione, danno logica ai fenomeni economici riconducendoli sistematicamente nelle norme. In sintesi le categorie devono vivere secondo una dimensione storicizzata e il loro significato deve mutare in relazione ai nuovi fenomeni economici che devono storicizzarsi nella categoria stessa. Invero, seppur il diritto privato è necessariamente altro rispetto alla regolazione del mercato, i sistemi devono comunicare tra loro per permettere un'armonizzazione all'interno delle regole³⁴.

Si può affermare che i nuovi fenomeni tecnologici, che sono disciplinati dal legislatore europeo, determinano che le regole, calate dall'alto, tengano conto della progressiva rilevanza della dinamica economica nelle proiezioni tecnologiche sempre più trasversali che superano i confini politici e territoriali.

L'ordine giuridico complesso, che parte dal riconoscimento dei diritti fondamentali, deve disciplinare programmi economici che non hanno regole ben definite nei singoli codici.

Le regole del nostro Codice civile, inoltre, potrebbero sembrare non adeguate a disciplinare, con gli schemi ivi delineati, le transazioni economiche del Terzo Millennio, ricche di invasioni tecnologiche e di un'economia degli affari che rischia di creare un mondo e dei modelli paralleli che potrebbe fare a meno degli schemi codicistici e della causa del contratto, così come pensata dal legislatore del 1942³⁵.

Ci si chiede se le categorie possano svolgere il ruolo storicamente indicato dal codice civile anche alla luce delle cosiddette valvole di comunicazione tra il codice civile ed i codici di settore pensate proprio con l'obiettivo di porre, per esempio, il consumatore nella migliore situazione possibile secondo la formula dell'armonizzazione massima del sistema³⁶.

Ebbene, se si condivide tale linea di pensiero, appare chiara l'interazione tra il codice civile e le altre normative di origine europea, ispirata da una logica di armonizzazione del sistema che le stesse norme del codice civile in alcuni casi possono offrire nella modernità del loro meccanismo³⁷.

Non è detto che l'omologazione sia un valore, ma in realtà attraverso le categorie sono apertura alla diversità di qualità e si devono mantenere le diversità degli istituti quando non è possibile una loro completa armonizzazione.

³⁴ Sul punto A.M. BENEDETTI, *op. cit.*, p. 7; ID., *Contratto e categorie: un paradigma, più discipline*, in *Pactum*, 2022, p. 21; R. SACCO, *Il fatto, l'atto, il negozio*, Torino, 2005, p. 2, ad opinione del quale il senso delle categorie è quello di costituire i cardini del discorso giuridico, senza cui esso, probabilmente, perderebbe la dignità di scienza e affogherebbe nell'inconoscibile; F. ADDIS, *Argomentazione «per principi» e individuazione della fattispecie a «posteriori»*, in *Nuovo diritto civile*, 2022, p. 5 ss.; ID., *Il «codice» del consumo, il codice civile e la parte generale del contratto*, in *Obbl. contr.*, 2007, p. 872 ss.; M. ORLANDI, *Introduzione alla logica giuridica. Uno studio di diritto privato*, Bologna, 2021, p. 172 ss.

³⁵ Sul tema si veda V. ROPPO, *Una parte generale, o due parti generali?*, intervento nell'ambito del seminario *Il contratto o i contratti?*, *Accademia dei Lincei e dalla Scuola Superiore della magistratura*, Roma, 29.11/1.12.2021, p. 9, il quale proprio in relazione all'alluvione normativa di origine euro-unitaria individua nella dottrina lo strumento con il quale iniziare a regolare i contratti asimmetrici utilizzano con maggiore consapevolezza lo strumento dell'analogia.

³⁶ G. D'AMICO, *Il Contratto o i contratti*, corso straordinario "Il contratto o i contratti?" organizzato dalla Scuola Superiore della Magistratura in collaborazione con l'Accademia Nazionale dei Lincei, 2021, 14.

³⁷ Sul punto sempre attuali sembrano le considerazioni di R. NICOLÒ, *Attuale evoluzione del diritto civile*, in *Temi romana*, 1965, p. 27 ss. ora in ID., *Raccolta di scritti*, Milano, 1993, p. 17, il quale ritiene che "le categorie giuridiche e i relativi concetti [...] non sono valori universali, ma strumenti di conoscenza di una realtà sociale alle quali si devono adeguare e intimamente aderire".



4. – Il bene da tutelare, nell’incessante evoluzione economica, è diverso dal passato: la strategia europea sul digitale fa riferimento non più solo al mercato (v. DMA), ma anche alla dignità della persona ed al rispetto dei suoi diritti, si pensi al DSA ed al nuovissimo Regolamento UE n. 1869/2024 in materia di I.A. secondo la quale i sistemi di intelligenza artificiale utilizzati nell’UE devono essere sicuri, trasparenti, tracciabili, sostenibili e non discriminatori nella logica dell’*accountability*, ma anche il DGA – *Data Governance Act* che mira a rendere disponibili più dati regolando il riutilizzo dei dati detenuti dal settore pubblico, potenziando la condivisione attraverso la regolamentazione di nuovi intermediari di dati e incoraggiando la condivisione dei dati per scopi altruistici.

Tali obiettivi si devono, quindi, raggiungere attraverso: a) la legge; b) le buone prassi che nascono sul mercato; c) i codici di condotta e la c.d. la *soft law*.

Ogni strumento evidentemente porta con sé lati positivi e negativi, basti pensare al rischio già paventato dalla dottrina³⁸ di “ipertrofia” normativa il cui coordinamento risulta complesso. Inoltre sembra interessante anche volgere lo sguardo oltre i confini europei per verificare le normative extraeuropee. Per quanto riguarda le buone prassi ci si riferisce alla tecnica della co-regolazione che presuppone, tuttavia, probabilmente un contributo fattivo delle piattaforme digitali, in una modalità differente rispetto al passato. I codici di condotta rimangono certamente uno strumento di grandi potenzialità basti vedere quanto previsto dall’art. 69 del Regolamento I.A.³⁹.

L’obiettivo di una tutela a-territoriale, comune ed effettiva in un mercato globalizzato va perseguito attraverso una duplice impostazione: da un lato seguendo le categorie giuridiche evolute e nuove create anche attraverso i principi comunitari che possono fornire una guida sicura per orientarsi nella complessità del mondo digitale; dall’altro volgendo lo sguardo verso i beni da tutelare che devono avere tutele omogenee nel mercato globale.

Ed allora, come già visto anche attraverso questo breve *excursus* normativo e giurisprudenziale, il legislatore europeo muove in direzione di un’idea pragmatica e funzionalistica che porta a tutelare i principi come quelli consumeristici quasi come se fossero dei diritti costituzionalmente tutelati comminando addirittura, in sintesi con la giurisprudenza, una sanzione maggiore al professionista in una logica di “furiosa” tutela del consumatore, in tal senso si pensi alla recente giurisprudenza in tema di nullità dell’intero contratto di mutuo⁴⁰.

³⁸ M. AINIS, *L’Autorità Antitrust alla prova dei mercati digitali*, in *Dir. inf.*, 2022, p. 2 ss.

³⁹ Proposta di Regolamento del Parlamento europeo e del Consiglio che stabilisce regole armonizzate sull’intelligenza artificiale (legge sull’intelligenza artificiale) e modifica alcuni atti legislativi dell’Unione, COM/2021/206 final, il cui art. 69 rubricato “Codici di condotta” dispone che: “*La Commissione e gli Stati membri incoraggiano e agevolano l’elaborazione di codici di condotta intesi a promuovere l’applicazione volontaria ai sistemi di IA diversi dai sistemi di IA ad alto rischio dei requisiti di cui al titolo III, capo 2, sulla base di specifiche tecniche e soluzioni che costituiscono mezzi adeguati per garantire la conformità a tali requisiti alla luce della finalità prevista dei sistemi. La Commissione e il comitato incoraggiano e agevolano l’elaborazione di codici di condotta intesi a promuovere l’applicazione volontaria ai sistemi di IA dei requisiti relativi, ad esempio, alla sostenibilità ambientale, all’accessibilità per le persone con disabilità, alla partecipazione dei portatori di interessi alla progettazione e allo sviluppo dei sistemi di IA e alla diversità dei gruppi che si occupano dello sviluppo sulla base di obiettivi chiari e indicatori chiave di prestazione volti a misurare il conseguimento di tali obiettivi. I codici di condotta possono essere elaborati da singoli fornitori di sistemi di IA o da organizzazioni che li rappresentano o da entrambi, anche con la partecipazione degli utenti e di tutti gli altri portatori di interessi e delle loro organizzazioni rappresentative. I codici di condotta possono riguardare uno o più sistemi di IA tenendo conto della similarità della finalità prevista dei sistemi pertinenti. Nell’incoraggiare e agevolare l’elaborazione di codici di condotta, la Commissione e il comitato tengono conto degli interessi e delle esigenze specifici dei fornitori di piccole dimensioni e delle start-up*”.

⁴⁰ Emblema di tale logica di tutela del consumatore “ad ogni costo” è la decisione della Corte di Giustizia UE 15 giugno 2023, n. 520 in occasione della quale la corte è stata chiamata a decidere se le parti di un contratto di mutuo bancario, dichiarato nullo *in toto*, abbiano la facoltà – in applicazione del diritto nazionale che disciplina le conseguenze dell’invalidità cagionata da clausola abusiva – di pretendere dalla controparte somme ulteriori rispetto a quelle versate in esecuzione del contratto e se tale pretesa sia compatibile con la Direttiva 93/13. La Corte ha affermato che il consumatore ha certamente il diritto di richiedere alla banca somme ulteriori, mentre tale diritto non potrebbe mai spettare alla banca. A tal proposito si vedano le riflessioni condotte da F. Macario, *L’evoluzione delle categorie (e della dogmatica) del diritto contrattuale e la giurisprudenza della Corte di Giustizia*, in *Foro it.*, 2023, c. 46.



Invero tali principi, formati nel corso del tempo, si pensi ad esempio anche all'abuso di dipendenza economica⁴¹, assurta a vera e propria clausola generale (con la quale si è ritenuto di moralizzare i rapporti tra imprenditori⁴², ed ora allargata anche ai mercati digitali attraverso apposita modifica introdotta con l. 5 agosto 2022, n. 118⁴³), devono trovare una loro adeguata collocazione attraverso una razionalità sistematica.

Il legislatore europeo in molti casi legifera per interessi protetti nel senso che abbandona una logica attributiva di nuovi diritti per dettare dei rimedi sostanziali e processuali con una tecnica rimediale che viene adottata dal legislatore dalla dottrina, poi, nella ricostruzione del sistema ed infine dalla giurisprudenza⁴⁴.

Non si può pensare di tutelare interessi protetti senza immaginare che questi debbano essere inseriti all'interno di categorie nelle quali essi trovano sistematica collocazione: le categorie modificandosi interagiscono con la realtà digitale dando prevedibilità al risultato finale e ciò appare essenziale per l'economia⁴⁵. Appare opportuno allora individuare i principi rispetto ai quali le categorie devono rapportarsi nell'ambito

⁴¹ Sul punto la bibliografia è sconfinata. Tra gli altri e senza pretesa di completezza v. P. FABBIO, *L'abuso di dipendenza economica*, Milano, 2006, pp. 521 ss.; A. MUSSO, *La subfornitura*, Bologna, 2003, pp. 544 ss.; P. IAMICELI, *Le reti di imprese e i contratti di rete*, Torino, 2009; G. COLANGELO, *L'abuso di dipendenza economica tra disciplina della concorrenza e diritto dei contratti. Un'analisi economica e comparata*, Torino, 2004; M. LIBERTINI, *La responsabilità per abuso di dipendenza economica: la fattispecie*, in *Contr. impr.*, 2013, p. 14; R. CASO, R. PARDOLESI, *La nuova disciplina del contratto di subfornitura (industriale): scampolo di fine millennio o prodromo di tempi migliori?*, in *Riv. dir. priv.*, 1998, pp. 712 ss.; D. MAFFEIS, *Abuso di dipendenza economica e grave iniquità dell'accordo sui termini di pagamento*, in *Contr.*, 2003, pp. 623 ss.; A. FRIGNANI, *La subfornitura internazionale. Profili di diritto della concorrenza*, in *Dir. comm. int.*, 2000, pp. 683 ss.; F. MACARIO, *Genesi, evoluzione e consolidamento di una nuova clausola generale: il divieto di abuso di dipendenza economica*, in *Giust. civ.*, 2016, p. 509; M.S. SPOLIDORO, *Riflessioni critiche sul rapporto tra abuso di posizione dominante e abuso dell'altrui dipendenza economica*, in *Riv. dir. ind.*, 1999, p. 202; C. MEDICI, *Abuso di dipendenza economica: la prima volta dell'autorità*, in *Merc. conc. reg.*, 2016, pp. 549 ss.; U. RUFFOLO, *Il contratto di subfornitura nelle attività produttive. Le nuove regole della legge 18 giugno 1998, n. 192: «correzione» della autonomia contrattuale a tutela del subfornitore come professionista debole*, in *Responsabilità, comunicazione, impresa*, Milano, 1998, p. 406; S. PAGLIANTINI, *L'abuso di dipendenza economica tra legge speciale e disciplina generale del contratto*, in *Squilibrio e usura nei contratti*, a cura di G. Vettori, Padova, 2002, pp. 455 ss.; V. BACHELET, *Abuso di dipendenza economica e squilibrio nei contratti tra imprese. Norma, sistema, tutele, prospettive*, Milano, 2020.

⁴² G. OPPO, *Principi*, in *Trattato di diritto commerciale*, V. Buonocore (diretto da), Torino, 2001, p. 72.

⁴³ In argomento v. M. MAUGERI, *Subfornitura e abuso di dipendenza economica: fra diritto civile e diritto della concorrenza*, Torino, 2022, EAD., *Ddl concorrenza e piattaforme digitali. Brevi considerazioni sulla proposta di modifica della disciplina sull'abuso di dipendenza economica*, in *Persona e mercato*, 2022; V. FALCE, *Rapporti asimmetrici tra imprese e soluzioni pro-concorrenziali*, in *Riv. dir. ind.*, 2021, pp. 189 ss.; S. SCALZINI, *Dipendenza economica e regolazione «asimmetrica» dell'attività d'impresa. Prime osservazioni sul novellato art. 9 l. n. 192/1998*, in *Anal. Giur. econ.*, 2022, p. 563 ss.

⁴⁴ Sul punto, e senza pretesa di esaustività, si vedano: S. MAZZAMUTO, *La prospettiva dei rimedi in un sistema di Civil Law: il caso italiano*, in *Jus Civile*, 2019, p. 720 ss.; A. DI MAJO, *Forme e tecniche di tutela*, in *Processo e tecniche di attuazione dei diritti*, a cura di S. MAZZAMUTO, Napoli, 1989, p. 11 ss.; S. MAZZAMUTO, *Problemi e momenti dell'esecuzione in forma specifica*, ivi, p. 453 ss.; A. DI MAJO, *La tutela dei diritti tra diritto sostanziale e diritto processuale*, in *Riv. dir. civ.*, 1989, p. 363 ss.; ID., *Il linguaggio dei rimedi*, in *Europa dir. priv.*, 2005, p. 341 ss.; ID., *Rimedi e dintorni*, ivi, 2015, p. 703 ss.; U. MATTEI, *I rimedi*, in G. ALPA, M. GRAZIADEI, A. GUARNIERI, U. MATTEI, P. MONATERI, R. SACCO, *La parte generale del diritto civile. Il diritto soggettivo*, in *Tratt. dir. civ.*, R. SACCO (diretto da), Torino, 2001, p. 105 ss.; D. MESSINETTI, *Sapere complesso e tecniche giuridiche rimediali*, in *Europa dir. priv.*, 2005, p. 605 ss.; ID., *Processi di formazione della norma e tecniche «rimediali» della tutela giuridica*, in *Scienza e insegnamento del diritto civile in Italia. Convegno di studi in onore del prof. Angelo Falzea*, V. SCALISI (a cura di), Milano, 2004, p. 209 ss.; S. MAZZAMUTO, *La nozione di rimedio nel diritto continentale*, in *Europa dir. priv.*, 2007, p. 585 ss.; S. MAZZAMUTO, A. PLAIA, *I rimedi nel diritto privato europeo*, Torino, 2012; A. NICOLUSSI, *Diritto soggettivo e rapporto giuridico. Cenni di teoria generale tra diritto privato e diritto pubblico*, in *Europa dir. priv.*, 2014, p. 1211 ss.; L. NIVARRA, *Rimedi: un nuovo ordine del discorso civilistico?*, ivi, 2015, p. 583 ss.; V. SCALISI, *Lineamenti di una teoria assiologica dei rimedi giuridici*, in *Processo e tecniche di attuazione dei diritti. Omaggio a Salvatore Mazzamuto a trent'anni dal convegno palermitano*, G. GRISI (a cura di), Napoli, 2019, p. 149 ss.; M. BARCELLONA, *L'ottica rimediale e la morte della legge*, ivi, p. 681 ss.; C. CASTRONOVO, *Spigolature da Processo e tecniche di attuazione dei diritti*, ivi, p. 711; A. DI MAJO, *Il linguaggio dei rimedi*, in *Eur. dir. priv.*, 2005, p. 341 ss.; F. PIRAINO, *Adempimento e responsabilità contrattuale*, Napoli, 2011, p. 154 ss.; ID., *Alcune osservazioni in tema di rimedi*, in *Riv. dir. ec. tras. amb.*, 2010, pp. 35 ss.

⁴⁵ M. NUZZO, *Il problema della prevedibilità delle decisioni: calcolo giuridico secondo i precedenti*, in *Calcolabilità giuridica*, A. CARLEO (a cura di), Bologna, 2017, p. 137; N. IRTI, *Per un dialogo sulla calcolabilità giuridica*, ivi, p. 17.



della Carta Fondamentale dei Diritti della UE. In questo modo non si dovrebbe correre il rischio di trovarsi di fronte ad un diritto anacronistico rispetto alla straordinaria innovazione tecnologica con sfide sempre più complesse e difficili⁴⁶. D'altro canto questa evoluzione digitale non rappresenta la prima affermazione del mondo digitale nel quale il mercato elettronico doveva essere tutelato e, pertanto, era necessario creare delle regole giuridiche che permettessero l'espansione e l'affermazione del mercato elettronico nascente per, poi, imporre regole e sanzioni.

Questo mercato digitale, difatti, è in una fase molto più evoluta proprio perchè le piattaforme creano la comunità sociale nella quale vi sono già delle regole. È, quindi, necessario che le prescrizioni normative permettano una efficiente regolamentazione degli interessi in quanto i poteri forti già affermano le proprie regole di talchè, rispetto al passato, queste regole devono maggiormente tutelare gli utenti, soggetti deboli del mondo digitale⁴⁷, che, nella stragrande maggioranza nei casi, “ignorano il funzionamento dell'infrastruttura tecnica che utilizzano quotidianamente”⁴⁸.

E allora, da un lato, si deve verificare, attraverso l'evoluzione normativa europea, come le norme abbiano disciplinato il fenomeno di un mercato elettronico nascente e, poi con le successive modifiche, si sia aggiornata la regolamentazione modificandola proprio in relazione all'evoluzione giurisprudenziale ed alla disciplina dei fenomeni pratici del tempo e, dall'altro, nei casi, invece, in cui non esiste una normativa precedente (I.A., DMA, DGA, DATA ACT) e, quindi, la normativa europea assuma un carattere sperimentale e temporaneo, destinato probabilmente ad essere superato nel tempo, contribuendo ad alimentare un fenomeno sempre attuale che è quello dell'incertezza del diritto, come la tecnica delle categorie giuridiche esistenti e nuove potrebbe consentire, con la loro elasticità, di armonizzare coerentemente la tutela dei soggetti permettendo di razionalizzare le novità.

Il pensiero della Commissione Europea, in merito all'importanza delle normative sul digitale, si collega all'idea che queste possano fungere da modello per la disciplina di una parte del mondo innestando, in questo modo, una sorta di competizione positiva (il c.d. Brussels effect)⁴⁹. In questo senso l'Europa si trova in un momento forse decisivo: la creazione delle regole, che seppur diverse da altri Stati del mondo possono, poi, essere adattate per creare regole comuni in un mercato unico, nel rispetto dei valori che rimangono diversi rispetto a molti altri Stati, poiché se, ad oggi, i valori dell'Europa sono diversi da quelli della Cina e degli Stati Uniti, ciò permette, comunque, di avere dei mercati nei quali le potenze economiche dialogano e commerciano liberamente.

Dall'attività legislativa delle diverse nazioni per regolamentare l'I.A. emerge, sia nella dichiarazione di Bletchley⁵⁰, sia nell'ordine esecutivo⁵¹ del Presidente Biden dell'ottobre 2023, la necessità di garantire sicu-

⁴⁶ P. PERLINGIERI, *Relazione conclusiva*, in C. PERLINGIERI – L. RUGGERI (a cura di), *Internet e diritto civile*, Napoli, 2014, p. 417 ss.

⁴⁷ Spunti in tal senso si rinvengono in F. TRUBIANI, *I soggetti giuridici del contratto digitale*, in *Manuale di diritto privato dell'informatica*, a cura di R. Bocchini, Napoli, 2023, p. 270 ss.

⁴⁸ Così L. Ammannati, *Il paradigma del consumatore nell'era digitale. Consumatore digitale o digitalizzazione del consumatore?*, in *Liber Amicorum Guido Alpa*, (a cura di) F. Capriglione, Padova, 2019, p. 436.

⁴⁹ A. BRADFORD, *The Brussels Effect: How the European Union rules the world*, Oxford, 2020.

⁵⁰ Si fa riferimento alla Dichiarazione sottoscritta in occasione dell'AI Safety Summit, tenutosi a Bletchley Park, nel Buckinghamshire, nelle giornate del 1 e 2 novembre 2023. Si tratta di un accordo con il quale i 28 Paesi firmatari si sono impegnati a collaborare per garantire uno sviluppo sicuro dell'intelligenza artificiale. Il testo completo è consultabile sul sito <https://www.gov.uk/government/publications/ai-safety-summit-2023-the-bletchley-declaration/the-bletchley-declaration-by-countries-attending-the-ai-safety-summit-1-2-november-2023>.

⁵¹ Il 30 ottobre 2023 il Presidente USA Joe Biden ha rilasciato l'ordine esecutivo n. 14110 “*Safe, Secure, and Trustworthy Development ad Use of Artificial Intelligence*” – consultabile sul sito <https://www.whitehouse.gov/briefing-room/presidential-actions/2023/10/30/executive-order-on-the-safe-secure-and-trustworthy-development-and-use-of-artificial-intelligence/> – che si aggiunge alla strategia nazionale in materia di IA costituita dall'ordine esecutivo n. 13859, integrato dall'ulteriore ordine esecutivo n. 13960 unitamente alla c.d. “*American AI Initiative*” ed alla recente Carta dei diritti in materia di I.A. c.d. “*AI Bill of Rights*”. Con



rezza e affidabilità dei sistemi di intelligenza artificiale identificando i rischi e costruendo delle politiche basate su un approccio che possa differire, in relazione ai diversi quadri giuridici, ma permettendo un dialogo globale inclusivo attraverso i forum internazionali per garantire lo sviluppo dell'I.A. in modo sostenibile.

Va da sé che proprio nell'ordine esecutivo della Casa Bianca, per regolamentare l'intelligenza artificiale, si dà rilievo ai profili di sviluppo dei sistemi di I.A. promuovendo l'innovazione e la concorrenza in quanto, proprio come riferito in tale ordine esecutivo, gli Stati Uniti nel corso dell'ultimo anno è stata la Nazione che ha maggiormente finanziato le *startup* di intelligenza artificiale⁵² sviluppare in modo sicuro e regolamentando in modo equilibrato il settore economico.

La sfida del giurista è, allora, di interpretare in modo evolutivo le categorie al fine di disciplinare l'economia digitale planetaria ed in tal senso è necessario che le categorie emergano dalla loro specificità per ergersi a veicolo di interscambio e collocazione mondializzato.

In realtà le categorie, in ogni epoca, sono strumenti essenziali di comprensione della fenomenologia e di comunicazione della valutazione⁵³. Le categorie del passato, talvolta, risultano ancora utili per organizzare le novità; talaltra vanno ridimensionate e spesso abbandonate perché non più in grado di comprendere i nuovi interessi e valori. È questa la forza morale essenziale dello studioso e della ricerca⁵⁴.

Ed allora il pensiero volge lo sguardo verso il Terzo Paradiso, dall'opera di Michelangelo Pistoletto⁵⁵, quale fusione tra il primo paradiso, nel quale gli esseri umani sono completamente integrati nella natura, e il secondo paradiso quello artificiale, sviluppato dall'Intelligenza Umana (IU), e non dall'IA.

Il secondo paradiso, attraverso il suo mondo artificiale, produce effetti benefici negli esseri umani determinando, al contempo, un processo inarrestabile di decadimento e consunzione del mondo naturale.

Il Terzo Paradiso è, invece, la terza fase dell'umanità che si realizza attraverso il perfetto equilibrio tra l'artificio e la natura. In questo senso risulta necessario riformare non solo i principi e i comportamenti etici che guidano la vita comune ma anche disciplinare giuridicamente i comportamenti degli individui.

Il Terzo Paradiso, come dice Pistoletto, è il grande mito che porta ognuno ad assumere una *personale* responsabilità nella visione *globale*. Il termine paradiso deriva dall'antica lingua persiana e significa “giardino protetto” ed allora, ripensando anche alle parole di Pugliatti sul giurista giardiniere è “fortunata la generazione che non è condannata al lavoro del giardiniere che ritocca per la millesima volta le aiuole alle quali dedica da anni la sua cura vigile e costante, ma piuttosto ha il privilegio di dovere trasformare in giardino una sterpaia; e così dovrà sconvolgere la terra, e duramente lavorare e faticare, prima di vedere compiuta la propria opera”⁵⁶.

l'ordine menzionato il presidente Biden ha cercato di operare un bilanciamento tra l'esigenza di controllo dell'intelligenza artificiale, onde assicurarne uno sviluppo sicuro, e la necessità di non ostacolare l'innovazione delle imprese della Silicon Valley.

⁵² Gli Stati Uniti mirano a consolidare questa *leadership* dando un impulso alla ricerca sulle intelligenze artificiali ampliando i finanziamenti aiutando anche le piccole realtà imprenditoriali a tradurre in prodotti commerciali le innovazioni nel campo dell'intelligenza artificiale e quindi attraverso un approccio di sviluppo su sostenibile di tale tecnologia creare ricchezza attraverso questi nuovi sistemi tecnologici.

⁵³ Per dirla con le parole di R. ORESTANO, *Introduzione allo studio del diritto romano*, Bologna, 1987, p. 568, attraverso l'impiego delle categorie il giurista è in grado di promuovere “un'indagine rivolta non solo a ricercare dietro i concetti la vita, ma pure la storicità dei concetti stessi e le loro connessioni con la vita che attraverso di essi si esprime”.

⁵⁴ Sul punto v. gli insegnamenti di L. MENGONI, voce *Dogmatica giuridica*, in *Enc. giur.*, XV, Roma, 1989 p. 4 ss.; ID., *Ermeneutica e dogmatica giuridica*, Milano, 1996, p. 74.

⁵⁵ Il simbolo del Terzo Paradiso, **riconfigurazione del segno matematico dell'infinito**, è composto da tre cerchi consecutivi. I due cerchi esterni rappresentano tutte le diversità e le antinomie, tra cui natura e artificio. Quello centrale è la compenetrazione fra i cerchi opposti e rappresenta il grembo generativo della nuova umanità.

⁵⁶ S. PUGLIATTI, *La logica e i concetti giuridici*, originariamente in *Riv. dir. comm.*, 1941, I, p. 197.



LUISA PASCUCCI

Professoressa associata di Diritto privato – Università degli Studi di Brescia

IL DIRITTO ALL'UNITÀ FAMILIARE DEL CITTADINO EUROPEO CON IL PARTNER EXTRA U.E. NEL DIRITTO DI DERIVAZIONE UNIONALE

SOMMARIO: 1. Premessa. – 2. Il diritto all'unità familiare tra partner non coniugati ai sensi della direttiva 2004/38/CE. – 3. L'attuazione della direttiva europea tra recezioni "minimaliste" e applicazioni estensive: il d.lgs. 30/2007 e le successive modifiche. – 4. Il ricongiungimento per le parti dell'unione civile omosessuale (interna o transnazionale) dopo la legge 76/2016. – 5. La tutela affievolita del diritto all'unità familiare tra partner di unioni registrate eterosessuali costituite all'estero. – 6. Il ricongiungimento con il convivente more uxorio: il mancato coordinamento del d.lgs. 30/2007 con la l. 76/2016. – 7. Il matrimonio same-sex quale situazione legittimante il ricongiungimento familiare.

1. – La tutela del diritto all'unità familiare di chi soggiorni regolarmente in uno Stato diverso da quello di origine non si esaurisce ad un solo livello normativo, ma coinvolge fonti statali e sovranazionali, in ragione della crescente incidenza del diritto comunitario (ora eurounitario) – confluita in competenza concorrente a partire dal Trattato di Amsterdam – in materia di visti, asilo e immigrazione¹, oltre alla competenza esclusiva dell'Unione in materia di libera circolazione e soggiorno entro il territorio U.E., pietra angolare della cittadinanza europea introdotta dal Trattato di Maastricht nel 1992. In corrispondenza a ciò, la disciplina si diversifica notevolmente a seconda che il ricongiungimento sia invocato *da un cittadino extra U.E.* nei confronti del familiare del pari extraeuropeo, od invece *da un cittadino U.E.* nei confronti del familiare extraeuropeo.

Nel primo caso, la fattispecie è invero sottoposta alle norme nazionali sull'immigrazione, norme – di regola – marcatamente restrittive, venendo in gioco il concorrente interesse dello Stato ospitante a controllare i flussi migratori in entrata e cioè il diritto, preteso di pari dignità e rango, di presidiare le proprie frontiere e di regolamentare, nell'esercizio della propria sovranità, il flusso migratorio in entrata², con l'unico limite che le

¹ Invero, con l'entrata in vigore del Trattato di Amsterdam (1° maggio 1999), è stata riconosciuta alla (allora) Comunità europea una competenza concorrente in materia di immigrazione, essendosi "comunitarizzate" materie (immigrazione, rilascio di visti, concessione di asilo, cooperazione giudiziaria in materia civile) sino ad allora trattate esclusivamente in ambito intergovernativo, ossia interamente rimesse al potere decisionale degli Stati membri.

² In ragione di ciò, sebbene da annoverare tra i diritti fondamentali dell'uomo (artt. 2, 29, 30, 31 Cost.; art. 8 CEDU; art. 7 Carta di Nizza; art. 10 Convenzione internazionale sui diritti del fanciullo, New York 20 novembre 1989; art. 44, n. 2 Convenzione internazionale sui diritti dei lavoratori migranti e delle loro famiglie, New York 18 novembre 1990; art. 17 Patto internazionale sui diritti civili e politici, New York 16 dicembre 1966) – per la quale classificazione, *ex multis*, nella giurisprudenza europea, CGUE, Grande Sez., 27 giugno 2006, c. 540/03, Parlamento europeo c. Consiglio dell'Unione europea, in <https://eur-lex.europa.eu>, e in *Fam. pers. succ.*, 2006, 957 ss., e, nella giurisprudenza interna, Corte Cost. 8 maggio 2023, n. 88, in *ForoPlus*, Ead. 18 luglio 2013, n. 202, in *De Jure*, Cass. 13 febbraio 2024, n. 3995, in *ForoPlus*, Ead. 27 novembre 2023, n. 32851, *ibidem*, Ead. 6 ottobre 2023, n. 28162, *ibidem*, anche se è costante l'affermazione per cui il diritto al ricongiungimento familiare assurge a diritto inviolabile dell'uomo solo



scelte, pur discrezionali, non risultino manifestamente irragionevoli³. Nella specie, il ricongiungimento del cittadino extra U.E. legalmente soggiornante in Italia con i familiari provenienti da altri Paesi⁴ è disciplinato dagli artt. 28 ss. del d.lgs. 25 luglio 1998, n. 286 («Testo unico delle disposizioni concernenti la disciplina dell'immigrazione e norme sulla condizione dello straniero», *infra* t.u.imm.), disciplina che detta condizioni rigorose, sia pur occasionalmente temperata da interventi del legislatore europeo – in funzione di armonizzazione⁵ – volti a semplificare le procedure e a mitigare i presupposti per la riunificazione familiare. In particolare si allude alla direttiva 2003/86/CE, recepita in Italia con d.lgs. n. 5/2007, che ha emendando in più punti il t.u.imm., espungendo molti dei requisiti restrittivi, e difficilmente accertabili nella prassi operativa, che la legge 30 luglio 2002, n. 189 (c.d. legge Bossi-Fini) aveva introdotto nell'intento di contenere le riunificazioni familiari entro i limiti di un ordinato flusso migratorio. Non sono invece state punto recepite le (pur prudenti) aperture con cui la direttiva aveva inteso allargare la cerchia, se non strettamente dei «familiari» (art. 4, parr. 1 e 2), in ogni caso dei beneficiari di ricongiungimento, riconoscendo agli Stati membri la possibilità di autorizzare, per via legislativa o regolamentare, il ricongiungimento fra *partner* di «relazioni formalmente registrate» e fra *partner* di «relazioni stabili durature debitamente comprovate» (art. 4, par. 3). Si che, anche per come successivamente emendato (in senso, peraltro, nuovamente restrittivo)⁶, gli unici familiari ammessi

con riferimento alla famiglia nucleare, nel quale senso Corte Cost. 26 settembre 2007, n. 335, in *Fam. dir.*, 2008, 117 ss., con nota di L. PASCUCCHI, *Il ricongiungimento familiare nell'interpretazione della Corte Costituzionale*, Corte Cost. 23 dicembre 2005, n. 464, in *De Jure*, Ead. 8 giugno 2005, n. 224, in *Riv. dir. int. priv. proc.*, 2005, 851, Ead. 9 novembre 2006, n. 368, in *De Jure* – il diritto al ricongiungimento familiare stenta a ricevere una tutela di carattere assoluto, in considerazione del fatto che l'ingresso dello straniero nel territorio nazionale coinvolge svariati interessi pubblici (sicurezza, ordine pubblico, sanità), la cui ponderazione spetta, in primo luogo, al legislatore interno: fra tante, Corte Cost. 21 novembre 1997, n. 353, in *Dir. giur.*, 1998, 203; Corte Cost. 4 luglio 2001, n. 232, in *Giur. cost.*, 2001, 2066; Corte Cost. 14 maggio 2006, n. 158, in *D&G*, 2006, n. 22, 36; Corte Cost. 26 settembre 2007, n. 335, cit.; Corte Cost. 8 luglio 2010, n. 250, in *De Jure*; Corte Cost. 6 luglio 2012, n. 172, in *De Jure*; Corte Cost. 18 luglio 2013, n. 202, cit.; nella giurisprudenza di Strasburgo, CEDU 19 febbraio 1996, ric. n. 23218/94, Gul v. Svizzera; Ead. 21 giugno 1988, ric. n. 10730/84, Berrehab c. Olanda; Ead. 28 maggio 1985, ric. nn. 9214/80, 9473/81, 9474/81, Abdulaziz, Cabales and Balkandali c. Regno Unito: tutte reperibili in www.echr.coe.int; similmente Ead. 11 luglio 2002, ric. n. 56811/00, Amrollahi c. Danimarca; Ead. 24 novembre 2009, ric. n. 1820/08, Omojudi c. Regno Unito; Ead. 22 marzo 2007, ric. n. 1638/03, Maslov c. Austria; Ead. 17 aprile 2003, ric. n. 52853/99, Ylmaz c. Germania: tutte reperibili in www.echr.coe.int; e, più di recente, CEDU, Grande Camera, 9 luglio 2021, ric. n. 6697/18, M.A. c. Danimarca, in *Giur. it.*, 2021, 2060 ss.; v. anche CGUE, Grande Sez., 27 giugno 2006, c. 540/03, Parlamento europeo c. Consiglio dell'Unione europea, cit.

³ In tal senso, fra tante, Corte Cost. 4 luglio 2001, n. 232, cit.; Corte cost. 26 settembre 2007, n. 335, cit.; Corte Cost. 16 maggio 2008, n. 148, in *Foro it.*, 2008, I, 2774; Corte Cost. 18 luglio 2013, n. 202, cit.; Corte Cost. 8 maggio 2023, n. 88, cit.; CEDU, Grande Camera, 9 luglio 2021, ric. n. 6697/18, M.A. c. Danimarca, cit.

⁴ In senso tecnico, il ricongiungimento familiare è, invero, predicabile (*recte*, esercitabile) nei confronti dei familiari *che risiedono all'estero*, ai fini del rilascio di un visto di ingresso e conseguentemente di un permesso di soggiorno per motivi familiari (art. 29 e art. 30, comma 1, lett. a, t.u.imm.). Mentre la coesione familiare – ipotesi specificamente disciplinata dall'art. 30, comma 1, lett. c, t.u.imm. – è una particolare *species* di ricongiungimento familiare *effettuato direttamente in Italia*, dato che non presuppone la preventiva richiesta da parte del cittadino straniero del nulla osta allo Sportello Unico Immigrazione della Prefettura competente, né la successiva richiesta da parte del familiare di un visto d'ingresso per motivi familiari: la richiamata norma prevede che il permesso di soggiorno per motivi familiari sia rilasciato al familiare straniero già regolarmente soggiornante in Italia, con titolo al soggiorno per motivo diverso da quello per famiglia, in possesso di tutti i requisiti previsti per il ricongiungimento con altro cittadino straniero regolarmente soggiornante sul territorio, nel qual caso il permesso di soggiorno del familiare è convertito in permesso per motivi familiari.

⁵ Come accennato, con l'entrata in vigore del Trattato di Amsterdam, è stata riconosciuta alla (allora) Comunità europea una competenza concorrente in materia di immigrazione. Al Consiglio è stato così attribuito il compito di adottare misure in materia di politica di immigrazione, fatto salvo il diritto degli Stati membri di mantenere o introdurre *ex novo* norme di diritto interno compatibili con il Trattato medesimo. E sulla base di ciò è stata adottata, in funzione di armonizzazione, la direttiva 2003/86/CE relativa al diritto al ricongiungimento familiare dei cittadini extra U.E. legalmente soggiornanti nel territorio di uno Stato membro dell'Unione.

⁶ Condizioni di esercizio più onerose sono state, infatti, reintrodotte dal d.lg. 160/2008, che ci consegna la norma di cui all'art. 29 t.u.imm. «nella sua formulazione storicamente più severa»: così P. MOROZZO DELLA ROCCA, *Il diritto all'unità familiare e le sue di-*



al ricongiungimento dall'art. 29 t.u.imm. («Ricongiungimento familiare») sono – ivi in estrema sintesi⁷ – il coniuge di età non inferiore ai diciotto anni e non legalmente separato, i figli minori, i figli maggiorenni a carico impossibilitati alle proprie indispensabili esigenze di vita in ragione di uno stato di salute che comporti invalidità totale, i genitori a carico privi di altri figli nel Paese di origine, ovvero ultrasessantacinquenni qualora gli altri figli siano impossibilitati al loro sostentamento per gravi motivi di salute.

Ove, invece, il ricongiungimento familiare venga invocato – come rileva in questo studio – da un cittadino U.E. e nel contempo si tratti di garantire e rendere effettive libertà riconosciute dal Trattato, come la libertà di circolazione entro il territorio unionale, la disciplina – allora di derivazione europea, data la competenza esclusiva dell'Unione in materia di libera circolazione – si fa, come vedremo, più permissiva e di maggior favore, posto che la libertà di spostamento del cittadino U.E. verrebbe inevitabilmente minata ove si negasse o comunque ostacolasse (anziché agevolare) il diritto di ingresso e soggiorno dei familiari extraeuropei e con ciò lo stesso diritto al godimento della vita familiare del cittadino U.E., allora dissuaso dall'esercitare la propria libertà di circolazione tra più Stati membri attesa l'incertezza di poter condurre altrove la propria vita familiare o di poter mantenere quella eventualmente iniziata in altro Stato. Nella specie, il ricongiungimento familiare invocato dai cittadini U.E. avvalsi della libertà di circolazione e soggiorno in uno Stato membro diverso da quello di appartenenza è regolato dalla direttiva 2004/38/CE, attuata in Italia dal d.lgs. 6 febbraio 2007, n. 30.

Valga, peraltro, precisare che, *stricto iure*, l'istituto del «ricongiungimento familiare» è previsto per i familiari dei cittadini di Stati terzi, ai sensi della disciplina del t.u.imm. (art. 28 ss.), mentre in capo ai familiari dei cittadini U.E. la direttiva 2004/38/CE riconosce il diritto di circolare e soggiornare nel territorio degli Stati membri al seguito del cittadino U.E. (o, alternativamente, di accompagnare o raggiungere il cittadino dell'Unione); nondimeno la locuzione è d'uso comune, tanto in dottrina quanto in giurisprudenza, anche per evocare il diritto all'unità familiare dei cittadini U.E. con i loro familiari, e a questa prassi ci conformeremo in questo studio, non foss'altro che per ragioni di economia espositiva.

2. – La direttiva 2004/38/CE, in attuazione dell'art. 21 TFUE (già art. 18 TCE) e superando la pregressa legislazione settoriale⁸, ha esteso a tutti i cittadini dell'Unione, non ulteriormente qualificati, il diritto a ri-

scipline, in ID. (a cura di), *Immigrazione, asilo e cittadinanza*, 5. ed., Maggioli Editore, 2021, 133. Si considerino anche i successivi emendamenti apportati dalla l. n. 94/2009, dal d.lgs. n. 18/2014, dal d.l. n. 13/2017 e dal d.l. n. 18/2020, i quali, però, non hanno inciso sulla cerchia dei familiari ammessi al ricongiungimento.

⁷ Sul diritto al ricongiungimento familiare ai sensi della disciplina interna sull'immigrazione sia consentito rinviare a L. PASCUCCI, *Diritto all'unità familiare dello straniero*, in *Fam. dir.*, 2011, 827 ss.; EAD., *Il ricongiungimento familiare nell'interpretazione della Corte Costituzionale*, cit., 117 ss.; più di recente, EAD., *Diritto all'unità familiare dello straniero e "nuovi" modelli di convivenza*, Edizioni Scientifiche Italiane, 2023, 16 ss.; EAD., *Il ricongiungimento familiare tra partner stranieri nel diritto dell'immigrazione*, in questa *Rivista*, 2024, n. 3, 456-471. Tra i contributi più recenti sul tema, oltre alle opere *infra* citate, si legga F. ANGELINI, *Il diritto al ricongiungimento familiare*, in M. BENVENUTI e P. MOROZZO DELLA ROCCA (a cura di), *Università e studenti stranieri*, volume edito entro la Collana *Diritto e Migrazioni*, Editoriale Scientifica, 2024, n. 1, 281 ss.

⁸ Invero, la sparsa e settoriale normativa di diritto eurounitario derivato riconosceva il diritto al ricongiungimento familiare ai lavoratori subordinati (Regolamento (CEE) n. 1612/68 del Consiglio), ai lavoratori autonomi (Direttiva 73/148/CEE del Consiglio), agli studenti (Direttiva 93/96/CEE del Consiglio), ai pensionati (Direttiva 90/365/CEE del Consiglio) che avessero esercitato il diritto alla libertà di soggiorno in uno Stato membro diverso da quello di appartenenza. Sia consentito rinviare a L. PASCUCCI, *Ricongiungimento familiare dei lavoratori comunitari migranti tra diritto comunitario e diritto interno*, in *Fam. dir.*, 2008, 549-561; sul punto si veda anche E. BERGAMINI, *Libera circolazione, diritto di soggiorno e ricongiungimento familiare*, in *Codice della famiglia*, a cura di M. SESTA, II, Giuffrè, 2007, 4119. La direttiva 2004/38/CE ha, invece, riunito in un testo unico l'affastellato *corpus* legislativo previ-



congiungersi con i propri familiari. Per il resto, ha confermato l'impianto normativo preesistente, continuando a configurare quale presupposto imprescindibile per la sua applicazione lo spostamento del cittadino U.E. da uno Stato membro ad un altro: invero, l'aver esercitato la libertà di soggiorno in uno Stato membro diverso da quello di appartenenza rimane *condicio sine qua non* per l'applicabilità del diritto eurounitario. In mancanza, la fattispecie deve considerarsi puramente interna allo Stato membro e, in quanto tale, sottoposta alle norme nazionali sull'immigrazione, norme – come accennato – di minor favore di quelle di derivazione unionale, giacché ispirate alla politica statale di controllo delle frontiere; ed allora, però, anche suscettibili di determinare le c.d. discriminazioni a rovescio, ogniqualvolta apprestino una disciplina deteriore rispetto a quella invocabile per i rapporti viceversa rientranti nel campo di applicazione del diritto eurounitario⁹.

Tanto che, per sopperire a detta criticità e, più in generale, per non pregiudicare l'effetto utile ora della libertà di circolazione, ora della cittadinanza europea, la stessa Corte di Giustizia U.E., pur ribadendo che la direttiva 2004/38/ CE si applica a tutti i cittadini dell'Unione che si spostino in uno Stato membro diverso (c.d. Stato ospitante) da quello di cui hanno la cittadinanza, è andata progressivamente allargando le maglie della direttiva oltre l'ambito di applicazione suo tipico, ammettendone l'applicabilità in via analogica (o comunque estendendo la disciplina del diritto di soggiorno derivato in applicazione diretta dell'articolo 21, paragrafo 1, TFUE) anche ai casi di rientro del cittadino U.E. nel suo Stato di appartenenza dopo essersi spostato in altro Stato membro ed aver ivi sviluppato o consolidato una vita familiare. Con il che, anche il cittadino dell'Unione che faccia ritorno nel suo Paese d'origine godrà degli stessi diritti derivanti dalla direttiva; ciò sulla base della considerazione che, diversamente opinando, il cittadino U.E. verrebbe dissuaso dall'esercitare il proprio diritto di circolazione, attesa l'incertezza di poter mantenere, una volta rientrato nello Stato di origine, la vita familiare eventualmente iniziata in altro Stato membro¹⁰. Non solo: la Corte di Giustizia ha ancor più incisivamente affermato che è sì vero che il diritto dell'Unione non può, in linea di principio, applicarsi a una domanda di ricongiungimento invocata – nei confronti del familiare extra-europeo – da un cittadino U.E. c.d. statico, ossia che non abbia mai esercitato la libertà di circolazione in altro Stato membro, in quanto fattispecie meramente interna; tuttavia, che sussistono situazioni eccezionali in cui, nonostante il cittadino dell'Unione non abbia usufruito della libertà di circolazione e non sia applicabile il diritto derivato relativo al diritto di soggiorno dei cittadini di Paesi terzi, un diritto di soggiorno deve ugualmente essere riconosciuto al cittadino di Paese terzo al fine di non pregiudicare «l'effetto utile della cittadinanza dell'Unione». Tale situazione si verifica, in particolare, qualora al cittadino di Paese terzo non possa riconoscersi un titolo di soggiorno in forza del diritto derivato dell'Unione e del diritto nazionale, e tra questo citta-

gente, generalizzando a tutti i cittadini dell'Unione, in quanto tali, il diritto di circolazione e soggiorno e connesso diritto a ricongiungersi con i propri familiari.

⁹ Sul punto v. ancora *infra*, par. 3.

¹⁰ CGUE 7 luglio 1992, c. 370/90, Singh, in <https://eur-lex.europa.eu>; CGUE 11 luglio 2002, c. 60/00, Carpenter, in <https://eur-lex.europa.eu>; CGUE 14 novembre 2017, c. 165/16, Lounes, in <https://eur-lex.europa.eu>; CGUE, Grande Sez., 5 giugno 2018, n. 673, Coman e a. c. Inspectoratul General pentru Imigrari e Ministerul Afacerilor Interne, in *Fam. dir.*, 2019, 113, con nota di E. AMBROSINI, *Matrimoni omosessuali e libera circolazione. Regole europee e interpretazioni evolutive*, in *Ilfamiliarista.it*, 4 luglio 2018, con nota di G. PIZZOLANTE, *Matrimonio same-sex quale presupposto giuridico per l'applicazione di norme materiali europee*, e in *Nuova giur. civ. comm.*, 2018, 1573, con nota di E. CHIARETTO, *Libera circolazione dei coniugi dello stesso sesso nell'Unione Europea*; cui *adde* CGUE 12 marzo 2014, c. 456/12, O. e B.; Ead. 10 maggio 2017, c. 133/15, Chavez-Vilchez e a.; Ead. 23 ottobre 2007, c. 11/06 e c. 12/06, Morgan e Bucher; Ead. 18 luglio 2013, c. 523/11 e c. 585/11, Prinz e Seeberger: reperibili in <https://eur-lex.europa.eu>, tutte sostanzialmente nel senso che un cittadino di uno Stato membro che, nella sua qualità di cittadino dell'Unione, abbia esercitato la libertà di circolare e soggiornare in uno Stato U.E. diverso da quello d'origine può avvalersi dei diritti connessi a tale qualità, in particolare quelli previsti dall'articolo 21, paragrafo 1, TFUE, anche eventualmente nei confronti dello Stato membro di appartenenza.



dino e il cittadino dell'Unione, suo familiare, sussista un rapporto di dipendenza tale per cui l'allontanamento forzato del primo costringerebbe il secondo a seguirlo e, dunque, ad abbandonare il territorio dell'Unione complessivamente considerato¹¹. Ne risulta, ancora una volta, una applicazione dei principi eurounitari ampliata sostanzialmente anche a situazioni meramente interne.

Tanto premesso sull'ambito di applicazione, per così dire, "oggettivo" della direttiva, e venendo ora a quello "soggettivo" e, in particolare, alla definizione di «familiari» ammessi al ricongiungimento (*recte*, che hanno un automatico diritto di accompagnare o raggiungere il cittadino dell'Unione)¹², la direttiva, all'art. 2, punto 2, ha avuto l'indubbio merito di farvi rientrare soggetti diversi dai familiari in senso stretto (coniuge¹³, discendenti, ascendenti), come il «*partner* che abbia contratto con il cittadino dell'Unione un'unione registrata sulla base della legislazione di uno Stato membro, qualora la legislazione dello Stato membro ospitante equipari l'unione registrata al matrimonio e nel rispetto delle condizioni previste dalla pertinente legislazione dello Stato membro ospitante». Nel qual caso, il *partner* dell'unione registrata gode di un diritto automatico di ingresso e di soggiorno nello Stato membro ospitante, sia pur alla doppia condizione che: I) l'ordinamento dello Stato membro ospitante «equipari l'unione registrata al matrimonio», e cioè vanti una disciplina di tutela delle unioni non coniugali nella forma (specificamente) dell'unione registrata quale istituto equivalente (e pur non identico) al matrimonio¹⁴; II) l'unione sia stata contratta sulla base della legislazione (necessariamente) di uno Stato membro.

La direttiva, all'art. 3.2, prevede, inoltre, che ogni Stato membro ospitante, «conformemente alla sua legislazione nazionale, agevol[i] l'ingresso e il soggiorno delle ... persone» («Aventi diritto») che pur non rientrino nella ristretta nozione di «familiare» di cui all'art. 2, punto 2, quale – per ciò che qui rileva – il «*partner* con cui il cittadino dell'Unione abbia una relazione stabile debitamente attestata» (art. 3.2, lett. b). Con il che, pur non accordando – in detto secondo caso – un diritto automatico di ingresso e soggiorno al *partner* straniero di una relazione stabile debitamente attestata con cittadino U.E., giacché persona non riconducibile alla cerchia dei «familiari» di cui all'art. 2 della direttiva, nondimeno il legislatore unionale fa carico allo Stato ospitante di «agevola[rne]» – e cioè *facilitarne* e verosimilmente *semplificarne* – l'ingresso e il soggiorno, considerando la relazione come un fattore rilevante¹⁵; ciò senza esigere il crisma della registrazione

¹¹ CGUE 8 marzo 2011, c. 34/09, Ruiz Zambrano, in <https://eur-lex.europa.eu>; CGUE 5 maggio 2022, cause riunite 451/19 e 532/19, Subdelegación del Gobierno en Toledo, *ibidem*. Più di recente cfr. CGUE 27 aprile 2023, C-528/21, M.D. c. Országos Idegenrendészeti Főigazgatóság Budapesti és Pest Megyei Regionális Igazgatósága, in *De Jure* e in *One Legale*; CGUE 25 aprile 2024, C-420/22 e C-528/22, NW c. Országos Idegenrendészeti Főigazgatóság, in *One Legale*.

¹² Familiari, «qualunque sia la loro cittadinanza», che «godono di un diritto automatico di ingresso e di soggiorno nello Stato membro ospitante» (considerando nn. 5 e 6 della direttiva).

¹³ «Coniuge», peraltro, non ulteriormente declinato dall'art. 2 della direttiva, di contro all'omologa previsione dell'art. 29 t.u.imm., che precisa «coniuge non legalmente separato e di età non inferiore ai diciotto anni».

¹⁴ Osserva, invero, P. MOROZZO DELLA ROCCA, *Cittadinanza europea, libertà di circolazione e famiglie senza matrimonio*, in *Fam. dir.*, 2010, 857, con riguardo alla previsione dell'art. 2, punto 2, lett. b, che condiziona al fatto che «la legislazione dello Stato membro ospitante equipari l'unione registrata al matrimonio ...»: «Inciso, quest'ultimo, che non deve ingannare chi non sia avvezzo al "comunitarese" dove il concetto di istituto equivalente, riferito alla comparazione tra matrimonio e convivenze, significa fondamentalmente "non uguale"».

¹⁵ Al considerando n. 6 della direttiva si afferma che lo Stato membro ospitante, al fine di decidere l'ingresso e il soggiorno delle persone che non rientrino nella definizione di familiari, debba tener conto della loro relazione con il cittadino dell'Unione o di qualsiasi altra circostanza, quali la dipendenza finanziaria o fisica dal cittadino dell'Unione. Nel senso di una discrezionalità *non illimitata* dello Stato membro ospitante, nel decidere l'ingresso e soggiorno dei non «familiari» in senso stretto, CGUE, Grande Sez., 5 settembre 2012, c. 83/11, Secretary of State for the Home Department c. Muhammad Sazzadur Rahman e altri, in <https://eur-lex.europa.eu>; v. ancora CGUE 12 luglio 2018, c. 89/17, Secretary of State for the Home Department c. Rozanne Banger, in <https://eur-lex.europa.eu>.



di cui all'art. 2, bensì facendo bastare la prova (da fornirsi con qualsiasi mezzo idoneo) di una relazione duratura con il cittadino UE, e altresì riconoscendo efficacia a detta forma di convivenza a prescindere dal fatto che risulti attestata in un Paese necessariamente U.E.

Vero è che le pur formali “aperture” contenute nella direttiva verso i nuovi modelli familiari, tanto etero quanto omosessuali¹⁶, all'evidenza si ridimensionano notevolmente a seconda di quanto sia o meno permissivo, in materia, il legislatore nazionale. La direttiva appare, invero, ispirata al rispetto delle legislazioni interne dei singoli Stati membri per quanto riguarda l'ammissione, o meno, di unioni diverse dal matrimonio: ora, e più restrittivamente, richiedendo che lo Stato membro ospitante già di suo vanti una disciplina positiva a tutela delle unioni non coniugali registrate (art. 2, punto 2, lett. b), ora, e pur prescindendo da ciò (*id est* dal fatto che lo Stato membro ospitante effettivamente vanti una legislazione a tutela delle convivenze), comunque lasciando salva la discrezionalità insita nella scelta amministrativa di autorizzare o meno, sulla base di una valutazione da compiersi caso per caso, alla luce di ogni circostanza utile, l'ingresso e il soggiorno del convivente di fatto di cui all'art. 3.2, lett. b¹⁷.

3. – Il legislatore italiano del 2007, nel recepire la direttiva con d.lgs. n. 30, non ha (ac)colto l'occasione per innovare il diritto interno rispetto al trattamento giuridico da riservare alle unioni non coniugali, ma si è limitato a riscrivere pressoché immutate le disposizioni di cui agli artt. 2 e 3 della medesima. Si che, da un lato, il richiamo al *partner* di una «unione registrata sulla base della legislazione di uno Stato membro, qualora la legislazione dello Stato membro ospitante equipari l'unione registrata al matrimonio e nel rispetto delle condizioni previste dalla pertinente legislazione dello Stato membro ospitante», pur formalmente e identicamente presente nel d.lgs. 30/2007 (art. 2, lett. b, punto 2), è rimasto – all'indomani della sua entrata in vigore e in attesa di un intervento normativo in materia – privo di rilevanza e di utilità pratica¹⁸, posto che

¹⁶ Va, invero, precisato che stante il tenore letterale delle predette disposizioni, neutro sotto il profilo del genere, tra i *partner* di unioni registrate (art. 2.2, lett. b), come tra i *partner* di relazioni stabili non registrate (art. 3.2, lett. b), sono (*recte*, erano sin dall'epoca di emanazione della direttiva) da intendersi incluse le persone dello stesso sesso. Del resto, lo stesso considerando n. 31 della direttiva dispone che «in conformità con il divieto di discriminazione contemplato nella Carta [dei diritti fondamentali dell'Unione europea] gli Stati membri dovrebbero dare attuazione alla presente direttiva senza operare tra i beneficiari della stessa alcuna discriminazione fondata su motivazioni quali sesso ... o tendenze sessuali». E, ancora, il Parlamento europeo invitava gli Stati membri a dare piena attuazione ai diritti sanciti dall'articolo 2 e dall'articolo 3 della direttiva 2004/38/CE, e a riconoscere tali diritti anche alle coppie dello stesso sesso riconosciute da uno Stato membro: cfr. «Risoluzione del Parlamento europeo del 2 aprile 2009 sull'applicazione della direttiva 2004/38/CE relativa al diritto dei cittadini dell'Unione e dei loro familiari di circolare e di soggiornare liberamente nel territorio degli Stati membri».

¹⁷ Invero, pare indubbio che la norma (art. 3.2), nel prevedere che lo Stato membro ospitante meramente «agevol[i] l'ingresso», e da leggersi alla luce del considerando n. 6 che, come visto, lascia libero lo Stato di decidere se concedere o meno l'ingresso e il soggiorno al *partner* di fatto in base alle circostanze del caso, rimette alla discrezionalità amministrativa degli Stati la soluzione di ogni caso concreto, rifuggendo da ogni automatismo. Sul punto v. ancora *infra*, par. 6.

¹⁸ L'art. 2, punto 2, lett. b, della direttiva, pur a rigore pedissequamente trasposto nel decreto, è rimasto invero lettera morta nella pratica, posto che l'Italia non vantava una legislazione a tutela delle unioni non coniugali (omo ed eterosessuali), tantomeno *sub specie* di «unione registrata», quale forma di tutela equivalente, sia pur non identica, al matrimonio. Tra le speciali e disorganiche aperture che l'ordinamento italiano, ad allora, contemplava, peraltro limitate alle coppie eterosessuali (salvo talune estensioni giurisprudenziali alle coppie omosessuali), ricordiamo: la legge n. 354/1975, sul riconoscimento al detenuto di un permesso di assenza dal carcere per prestare assistenza al convivente; la legge n. 91/1999, sul dovere di informare il convivente *more uxorio* delle opportunità terapeutiche per le persone in attesa di trapianto; la legge n. 53/2000, relativa ai congedi parentali, che riconosce al convivente la facoltà di assentarsi dal lavoro in caso di morte dell'altro o per la necessità di assisterlo ove infermo; la legge n. 149/2001, in materia di adozione, che ha assimilato alla convivenza post-matrimoniale il periodo durante il quale i coniugi abbiano convissuto in modo stabile e continuativo prima del matrimonio ai fini del riconoscimento dell'idoneità all'adozione. Oltre a ciò, un certo attivismo giudiziale



l'ammissione delle unioni diverse dal matrimonio pur formate da almeno un cittadino europeo (compreso, come vedremo¹⁹, il cittadino italiano) e pur contratte in uno Stato membro è rimasta, in definitiva, subordinata al trattamento a monte (e cioè ben oltre la specifica materia dell'immigrazione e della libera circolazione entro il territorio U.E.) ad esse riservato dal diritto domestico. È rimasto, dunque, loro inibito di valersi in Italia del diritto di circolazione e stabilimento, e del connesso diritto all'unità familiare, viceversa riconosciuto (sia pur *sub condicione*) dal diritto eurounitario.

Venendo all'ulteriore previsione della direttiva (art. 3.2, lett. b) che richiede agli Stati membri di agevolare l'ingresso e il soggiorno di tutti quei soggetti che non rientrino nella ristretta nozione di «familiare» di cui all'art. 2, punto 2, il legislatore italiano l'ha attuata – in origine – in senso fortemente restrittivo, introducendo una precisa selezione dei mezzi di prova ammessi ad acclarare la stabile relazione. Ha, invero, previsto che lo Stato membro ospitante agevolasse il ricongiungimento tra il cittadino U.E. avvalso della libertà di circolazione e soggiorno in uno Stato UE diverso da quello di appartenenza ed il *partner* nei soli casi in cui la relazione stabile risultasse «debitamente attestata dallo Stato del cittadino dell'Unione» (art. 3, comma 2°, lett. b, d.lgs. n. 30/2007), dunque impedendo (di agevolare) la riunificazione laddove la relazione risultasse attestata a mezzo di documenti non ufficiali (*id est*, non rilasciati da autorità statali) o a mezzo di documenti pur ufficiali ma prodotti da uno Stato diverso (europeo od extraeuropeo) da quello di appartenenza del cittadino U.E.²⁰ (come, per esempio, lo Stato di provenienza del *partner*, o lo Stato in cui i *partner* risiedessero) e a monte escludendo le convivenze attestate con mezzi di prova diversi dai documenti.

Una disposizione che ha sollevato seri dubbi di compatibilità con gli obblighi unionali²¹, là dove ha previsto – o comunque in definitiva si è risolta in – requisiti di ricongiungimento peggiorativi (*id est*, più restrittivi) rispetto a quelli contemplati dalla direttiva²², la quale non solo in alcuna sua previsione fa dipendere il ricongiungimento familiare tra *partner* legati da una relazione stabile alla condizione che la stessa risulti attestata necessariamente da un'autorità statale e nella specie da uno Stato U.E. (per di più, il solo Stato di appartenenza del cittadino U.E.), ma la cui previsione (art. 3.2, lett. b), per come genericamente formulata, pare proprio ricomprendere le più svariate forme di convivenza (*recte*, i più svariati modelli nazionali di unione non coniugale), comunque attestata, anche al di fuori del territorio dell'Unione, non foss'altro perché: I) l'art. 3.2, nel suo complesso (lettere *a* e *b*), sembra porsi come norma di chiusura, ispirata dalla finalità di agevolare il ricongiungimento con ogni «altro familiare» o «avente diritto», di qualunque cittadinanza, non definito all'art. 2, punto 2; II) se nella rigida definizione di familiare delineata dall'art. 2, punto 2, lett. b, della direttiva rientra «il *partner* che abbia contratto con il cittadino dell'Unione un'unione registrata sulla base della legislazione di uno Stato membro [...]», sembrerebbe doversi riconoscere all'art. 3.2, lett. b, salvo in parte es-

rio, volto ad estendere ai conviventi *more uxorio*, attraverso il procedimento analogico, talune delle norme riservate ai coniugi. Per una ricostruzione analitica del (frastagliato) quadro normativo a tutela della convivenza *more uxorio* prima della novella del 2016 e dell'attività di supplenza condotta dalla giurisprudenza, M. SESTA, *Una disciplina per le convivenze*, in *Mulino*, 2007, n. 3, 442 ss.; L. BALESTRA, *La famiglia di fatto*, CEDAM, 2004, *passim*.

¹⁹ V. *infra*, nel testo del paragrafo, a commento dell'art. 23 d.lgs. 30/2007.

²⁰ Per detti rilievi cfr. anche Cass. 17 febbraio 2020, n. 3876, in *Guida dir.*, 2020, n. 12, 30.

²¹ Dubbi che già si erano posti in L. PASCUCCI, *Coppie di fatto e ricongiungimento familiare: la messa a punto della Cassazione*, in *Nuova giur. civ. comm.*, 2009, pt. I, 840.

²² La Corte di Giustizia, proprio con riferimento alla direttiva 2004/38/CE, ha ribadito la necessità di non interpretare le disposizioni delle direttive in senso restrittivo, viepiù ove si tratti di norme che sanciscono la libertà di circolazione, per non privarle della loro efficacia pratica, in considerazione del contesto e degli scopi perseguiti: cfr. CGUE, Grande Sez., 25 luglio 2008, c. 127/08, *Baheten Metock et al. c. Irlanda*, commentata, tra gli altri, da P. MOROZZO DELLA ROCCA, *L'esercizio della libertà di circolazione non tollera ostacoli alla coesione familiare*, in *Corr. giur.*, 2008, 1369 ss.



sere svuotato di contenuto e risolversi inutilmente nella previsione di cui all'art. 2, una portata più ampia, idonea a ricomprendere ogni forma di convivenza, pur non registrata e non equivalente al matrimonio, ma comunque debitamente attestata, anche peraltro in Stati extraeuropei. Ed invece l'infedele trasposizione della norma europea (art. 3), con la precisa selezione degli strumenti con cui comprovare la stabile relazione, è venuta per buona parte a confondere la fattispecie con quella dell'unione registrata in territorio U.E. di cui all'art. 2²³, posto che: – l'attestazione *da parte dello Stato* («debitamente attestata dallo Stato del cittadino dell'Unione») non pare in altro potersi risolvere se non in una forma di registrazione di cui l'autorità competente rilasci il certificato²⁴; – e l'autorità prevista come competente è unicamente e necessariamente (non diversamente da quanto prevede l'art. 2) uno Stato U.E. (e anzi, nella specie, il solo Stato di appartenenza del cittadino U.E.).

L'infedele e restrittiva attuazione della direttiva è costata all'Italia l'avvio di una procedura di infrazione²⁵, pur successivamente archiviata, a seguito della quale il testo dell'art. 3, comma 2, lettera b, del decreto è stato emendato con legge 6 agosto 2013, n. 97²⁶, la quale ha eliminato la previsione secondo cui la certificazione della stabile relazione deve necessariamente essere rilasciata «dallo Stato del cittadino dell'Unione» e ha richiesto «unicamente» che la prova fosse fornita «con documentazione ufficiale»²⁷. Con il che, anche i *partner* di una unione non coniugale attestata con documentazione ufficiale proveniente *da Stato extraeuropeo* sono stati ammessi a beneficiare del diritto all'unità familiare. Vero è che, anche con il venir meno della «limitazione geografica»²⁸, è rimasta, e, anzi, si è introdotta con la nuova aggiunta (relazione debitamente attestata «con documentazione ufficiale») una divergenza comunque significativa rispetto al testo della direttiva («relazione debitamente attestata»), posto che non risultano ammesse al ricongiungimento le convivenze attestate con documentazione *non ufficiale*, e ancor prima le convivenze attestate con mezzi di prova *diversi dai documenti*. Ora, che in qualche modo non si possa prescindere – *recte*, sia difficile prescindere –, ai fini che ci occupano, dall'esibizione di prove documentali è abbastanza ovvio, e già l'impiego del verbo «attestare» («relazione stabile debitamente attestata») da parte del legislatore europeo, sostanzialmente sinonimo di

²³ Salvo – questo sì – le due ipotesi ancora divergere in relazione al fatto che l'unione registrata di cui all'art. 2, per rilevare a fini del ricongiungimento, dovrebbe essere prevista e tutelata quale modello legale di unione entro la disciplina interna dello Stato ospitante (e, nella specie, come istituto equivalente, e pur non eguale, al matrimonio), mentre ciò non varrebbe per il modello di unione non coniugale assunto dall'art. 3, e cioè non sarebbe necessaria una disciplina domestica a tutela delle convivenze di fatto, tantomeno con tendenziale sovrapposibilità di effetti al matrimonio.

²⁴ Per questo rilievo P. MOROZZO DELLA ROCCA, *Cittadinanza europea, libertà di circolazione e famiglie senza matrimonio*, cit., 856. E v. anche Circolare del Ministero dell'interno n. 39/2007, punto 3, lett. a, alla cui stregua, per quanto riguarda i cittadini dell'Unione, per l'iscrizione anagrafica occorrerà richiedere la ... «documentazione dello Stato del cittadino dell'Unione, titolare del diritto di soggiorno, dalla quale risulti ... la relazione stabile, registrata nel medesimo Stato».

²⁵ Procedura di infrazione 2011/2053.

²⁶ «Disposizioni per l'adempimento degli obblighi derivanti dall'appartenenza dell'Italia all'Unione europea», del 6 agosto 2013 (GU Serie Generale n.194 del 20-08-2013).

²⁷ Afferma Cass. 17 febbraio 2020, n. 3876, cit.: «L'espressione “documentazione ufficiale” utilizzata dal D.Lgs. n. 30 del 2007, art. 3, comma 2, lett. b), nel testo introdotto dalla legge Europea n. 97/2013, non contiene alcuna definizione di “ufficialità”». Queste peraltro sono le indicazioni fornite dalla Comunicazione della Commissione Europea (COM (2009) 313), concernente gli orientamenti per un migliore recepimento e una migliore applicazione della direttiva 2004/38/CE [...], al punto 2.2.1: «il *partner* con cui un cittadino dell'Unione abbia una stabile relazione di fatto, debitamente attestata, rientra nel campo di applicazione dell'art. 3, paragrafo 2, lettera b). Le persone cui la direttiva riconosce diritti in quanto *partner* stabili possono essere tenute a presentare prove documentali che dimostrino la loro qualità di *partner* di cittadini UE e la stabilità della relazione. La prova può essere fornita con ogni mezzo idoneo».

²⁸ L'efficace sintesi in P. MOROZZO DELLA ROCCA, *La convivenza di fatto e il diritto di soggiorno del partner straniero del cittadino italiano o europeo*, in *Dir. imm. e citt.*, 2022, 201.



“certificare”, lo sottende, come dimostra la stessa linea interpretativa accolta dalla Commissione europea nelle linee guida per una migliore trasposizione della Direttiva 2004/38/CE (COM (2009) 313), ove si precisa che, ai fini di cui alla direttiva 2004/38/CE, i *partner* stabili possono essere tenuti (*id est*, chiamati dallo Stato membro) a presentare «*prove documentali* che dimostrino la loro qualità di *partner* di cittadini UE e la stabilità della relazione». Tuttavia la medesima Comunicazione prevede che «La prova può essere fornita *con ogni mezzo idoneo*», sì che, in definitiva, se non può prescindersi (*recte*, diventa difficile prescindere, specie ove sia lo Stato membro ad imporlo) dai *documenti*, si può però prescindere dalla *ufficialità* dei medesimi e cioè ammettere prove documentali libere, non limitando dunque alle coppie la cui attestazione – pur ora proveniente anche da Stati terzi – sostanzialmente coincida con l’iscrizione in un pubblico registro (certamente documentazione ufficiale), bensì estendendo anche alle convivenze *aliunde* (e cioè *debitamente*, e pur non necessariamente *ufficialmente*) comprovate/comprovabili.

In conclusione, le pur evidenti e pur prudenti aperture della disciplina U.E. nei confronti del ricongiungimento tra *partner* non coniugati non hanno trovato terreno fertile nel sistema giuridico italiano. Invero, da un lato, le norme della direttiva che pur sono state, *ad litteram*, fedelmente trasposte sono poi rimaste lettera morta nella pratica: è il caso del ricongiungimento fra *partner* di un’unione registrata. Dall’altro, le uniche norme di essa che potevano ricevere una qualche attuazione pratica (l’art. 3 sulle stabili relazioni affettive *debitamente attestate*) sono state – da principio – così restrittivamente trasposte da rendere tutt’altro che “agevole” (malgrado la raccomandazione agli Stati ospitanti di «agevolarlo») il ricongiungimento tra *partner*. Con il che, il *partner* straniero con cui il cittadino dell’Unione soggiornante in Italia (o con cui lo stesso cittadino italiano²⁹) avesse contratto un’unione registrata, tanto etero quanto omosessuale, quand’anche contratta in uno Stato U.E., non godeva di alcun diritto automatico di ingresso e soggiorno quale quello garantito ai «familiari» del cittadino dell’Unione dall’art. 2 della direttiva. Solo ove fossero risultate, *de residuo*, soddisfatte le condizioni di cui all’art. 3.2, lett. b, della direttiva, e cioè l’unione avesse integrato gli estremi di una relazione stabile debitamente attestata – sia pur, per vari anni, necessariamente attestata da parte dello Stato del cittadino dell’Unione – quantomeno lo Stato ospitante aveva il dovere di “facilitare” l’ingresso e il soggiorno del *partner* del cittadino U.E. nella veste di «altro familiare» o comunque di «avente diritto» ex art. 3 del decreto; i *partner* di fatto – a rigore, tanto etero quanto omosessuali – potevano, cioè, fare appello al dovere dello Stato italiano di agevolarne l’ingresso. E in attuazione della previsione, onde in qualche modo facilitare l’ingresso e il soggiorno del *partner* straniero non coniugato, a dimostrazione «di quella buona volontà amministrativa genericamente disposta dall’art. 3 della direttiva»³⁰, il Ministero dell’interno, con Circolare 18 luglio 2007, n. 39, ha riconosciuto al *partner* extra U.E. di cittadino europeo, altrimenti privo di un autonomo titolo di ingresso e di soggiorno, la possibilità di richiedere il rilascio di un «permesso di soggiorno *per residenza elettiva*, ai sensi dell’articolo 5 del decreto legislativo 25 luglio 1998, n. 286», subordinandone l’ingresso al «rilascio del visto di ingresso per residenza elettiva». Lucidamente, in dottrina, si osserva come il Ministero dell’interno, con una «recezione minimalista dell’art. 3 della direttiva»³¹, non abbia «voluto utilizzare né la figura (e la connessa, privilegiata, disciplina) della carta di soggiorno, né quella, assai meno impegnativa, del permesso di soggiorno per motivi familiari, nonostante che entrambe queste soluzioni non avrebbero comportato alcuna iscrizione di atti nei registri dello stato civile e dunque non avrebbero comunque prodotto alcun riconoscimento di efficacia dell’istituto della convivenza nel nostro ordinamento giu-

²⁹ V., fra poc’anzi, nel testo di questo stesso paragrafo, a commento dell’art. 23 d.lgs. 30/2007.

³⁰ P. MOROZZO DELLA ROCCA, *Cittadinanza europea, libertà di circolazione e famiglie senza matrimonio*, cit., 851.

³¹ P. MOROZZO DELLA ROCCA, *op. ult. cit.*, 851.



ridico. È dunque con estrema prudenza e parsimonia che l'Italia» ha acconsentito a «rendere possibile una coesione familiare “di fatto” delle convivenze “di diritto” [...]»³².

Dove, invece, il legislatore interno è risultato “generoso” nell’attuare la direttiva – senza, peraltro, essere sul punto chiamato a farlo³³ – è stato nell’averne allargato l’ambito di operatività (*recte*, l’ambito di operatività dei principi eurounitari dalla stessa derivanti) oltre l’ambito di applicazione suo tipico, ricomprendendo anche fattispecie meramente interne³⁴ e, cioè, mancanti di qualsivoglia esercizio della libertà di circolazione in uno Stato U.E. diverso da quello di appartenenza³⁵. Invero, il d.lgs. 30/2007 ha – *ab origine* – testualmente previsto che «Le disposizioni del presente decreto legislativo, se più favorevoli, si applicano ai familiari di cittadini italiani non aventi la cittadinanza italiana» (art. 23); e, come visto, le disposizioni di derivazione unionale risultano – quantomeno in potenza – più favorevoli di quelle del t.u.imm., già solo per l’accoglimento di una nozione di «familiare» inclusiva dei *partner* non coniugati, oltre che in termini di condizioni di ingresso e soggiorno (es. requisiti di alloggio o di reddito) di maggior favore. Ne esce, dunque, sensibilmente rafforzato il diritto all’unità familiare del cittadino italiano c.d. statico, ossia rimasto residente all’interno dei confini nazionali, libero di utilizzare, secondo la sua migliore convenienza, gli strumenti di ricongiungimento familiare ora offerti dal diritto dell’immigrazione, ora dalla disciplina di recepimento del diritto europeo sulla libertà di circolazione e soggiorno³⁶. Il che ha permesso di arginare il problema – poco sopra accennato – delle c.d. discriminazioni a rovescio³⁷, scongiurandosi cioè i possibili effetti discriminatori nei confronti dei cittadini italiani non aventi esercitato la libertà di spostamento in altro Stato membro rispetto alla condizione e al trattamento riservati, nell’ordinamento nazionale, ai cittadini U.E. avvalsi di detta libertà. Ricordiamo, del resto, che, più in generale, l’art. 53 della legge 234/2012 («Norme generali sulla partecipazione dell’Italia alla formazione e all’attuazione della normativa e delle politiche dell’Unione europea») pone il divieto delle discriminazioni a rovescio, prevedendo che «nei confronti dei cittadini italiani non trovano applicazione norme dell’ordinamento giuridico italiano o prassi interne che producano effetti discriminatori rispetto alla condizione e al trattamento garantiti nell’ordinamento italiano ai cittadini dell’Unione europea».

³² P. MOROZZO DELLA ROCCA, *op. ult. cit.*, 851.

³³ Ma in ogni caso essendo, in generale, ammesso ad adottare disposizioni interne più favorevoli di quelle apprestate dalla direttiva a garanzia “minima”: v. considerando n. 29 e art. 37 direttiva 2004/38/CE.

³⁴ Ciò che, per il vero, già emergeva dalla previsione di cui all’art. 28, comma 2, t.u.imm., alla cui stregua «ai familiari stranieri di cittadini italiani o di uno Stato membro dell’Unione europea continuano ad applicarsi le disposizioni del decreto del Presidente della Repubblica 30 dicembre 1965, n. 1656» – oggi sostituito dal d.lgs. n. 30/2007 – «fatte salve quelle più favorevoli del presente testo unico o del regolamento di attuazione».

³⁵ Osserva P. MOROZZO DELLA ROCCA, *Cittadinanza europea, libertà di circolazione e famiglie senza matrimonio*, cit., 849 ss., spec. 854: l’art. 23 del d.lgs. 30/2007 è «disposizione non scontata perché non obbligata dalla direttiva che, anzi, subordina il diritto alla coesione familiare all’esercizio in concreto del diritto di circolazione da parte del cittadino europeo che dunque, per invocarne il rispetto, dovrebbe recarsi in un paese dell’area Schengen diverso dal proprio».

³⁶ P. MOROZZO DELLA ROCCA, *Il diritto alla coesione familiare prima e dopo la legge n. 76 del 2016*, in *Giur. it.*, 2017, 585, definisce l’art. 23 d.lgs. 30/2007 «una generosa clausola di estensione della disciplina della coesione familiare col cittadino europeo anche ai familiari del cittadino italiano che pur non avesse esercitato il diritto di circolazione»; sulle questioni interpretative poste dalla norma v. ancora ID., *Cittadinanza europea, libertà di circolazione e famiglie senza matrimonio*, cit., 849 ss.

³⁷ Sul punto si veda A. ZANOBETTI PAGNETTI, *Il ricongiungimento familiare fra diritto comunitario, norme sull’immigrazione e rispetto del diritto alla vita familiare*, in *Fam. dir.*, 2004, 552 ss. Sia consentito rinviare anche a L. PASCUCCI, *Coppie di fatto e ricongiungimento familiare: la messa a punto della Cassazione*, cit., 840-841. In giurisprudenza cfr. Cass. 17 dicembre 2010, n. 25661, in *De Jure*; Cass. 1° marzo 2010, n. 4868, in *Giust. civ.*, 2011, I, 2180. V. anche Cass. 23 luglio 2010, n. 17346, in *Corr. giur.*, 2010, 1582 ss., con nota di P. MOROZZO DELLA ROCCA, *Sul coniuge di cittadino europeo (italiano) la Cassazione non si conforma alla giurisprudenza della Corte di Giustizia*.



Vero è che l'art. 23 del d.lgs. 30/2007 è stato, di recente, modificato, ad opera del d.l. n. 69/2023³⁸. L'odierno comma 1 della novellata norma, in vigore dall'11 agosto 2023, estende le disposizioni del decreto medesimo, se più favorevoli (come senz'altro sono quelle che accolgono una nozione ampia di «familiare», o comunque di «altro familiare» o «avent[e] diritto» all'ingresso e soggiorno in territorio U.E.), ai familiari non aventi la cittadinanza italiana dei (soli) cittadini italiani «*che hanno esercitato il diritto di libera circolazione in ambito europeo*» e, cioè, i cittadini italiani che, dopo essersi spostati in altro Stato membro, facciano rientro nel proprio Paese d'origine ed ivi intendano godere della vita familiare altrove iniziata o comunque condotta. Mentre al familiare extra U.E. del cittadino italiano *che non abbia* esercitato la libertà di circolazione in territorio U.E., e cioè del cittadino italiano c.d. statico, il neo-introdotta comma 1-*bis* dell'art. 23 prevede che venga concesso un permesso di soggiorno per motivi di famiglia, della durata di cinque anni, rinnovabile a scadenza e convertibile in permesso di soggiorno per motivi di lavoro, da rilasciarsi con le modalità di cui all'art. 5, comma 8, t.u.imm. ed esentato dal versamento del contributo di cui all'art. 5, comma 2-*ter*, t.u.imm.

Pare a chi scrive che, nonostante il rinvio alla normativa nazionale sull'immigrazione contenuto nell'innovato art. 23, comma 1-*bis* e, anzi, proprio perché detto rinvio è circoscritto ad una sola norma (peraltro limitata a disciplinare modalità di rilascio a mezzo di strumenti a tecnologia avanzata con caratteristiche anticontraffazione)³⁹, alle fattispecie meramente interne continui ad applicarsi la disciplina più favorevole di derivazione unionale per quel che concerne – senz'altro – la nozione allargata di familiare⁴⁰, da non potersi *aliunde* desumere, in mancanza di un rinvio espresso all'art. 29 t.u.imm. (ed alla ristretta cerchia di «familiari» ivi contenuta), se non dalle norme del decreto medesimo, di cui lo stesso art. 23 è parte. Con il che, il cittadino di Stato terzo *lato sensu* «familiare» (*id est*, «familiare» ai sensi della direttiva 2004/38/CE, e

³⁸ D.l. 13 giugno 2023, n. 69 («Disposizioni urgenti per l'attuazione di obblighi derivanti da atti dell'Unione europea e da procedure di infrazione e pre-infrazione pendenti nei confronti dello Stato italiano»), convertito (con modifiche) in l. 10 agosto 2023, n. 103.

³⁹ Art. 5, comma 8, t.u.imm.

⁴⁰ E, forse, anche per ciò che concerne le condizioni “oggettive” di ingresso e soggiorno *agevolate*, di contro ai rigidi requisiti di reddito, alloggio, assicurazione sanitaria etc. di cui alla disciplina nazionale sull'immigrazione, non foss'altro che – appunto – per la limitatezza del rinvio (e conseguente tassatività delle disposizioni richiamate) alle norme (*recte*, all'unica norma, l'art. 5, comma 8) del t.u.imm., oltre che per il rilievo – strettamente connesso – che è lo stesso comma 1-*bis* dell'art. 23 d.lgs. 30/2007 a dettare la disciplina materiale (*id est*, il regime) del titolo di soggiorno del familiare straniero del cittadino italiano statico, senza appunto rinviare alle corrispondenti norme del t.u.imm. (peraltro contenenti un regime ancora diverso) sul «Permesso di soggiorno per motivi familiari» (art. 30), né agli altri commi dell'art. 5 t.u.imm. sul «Permesso di soggiorno», tantomeno, come visto, all'art. 29 t.u.imm. sui rigidi requisiti soggettivi e oggettivi di ammissione al ricongiungimento familiare. Secondo P. MOROZZO DELLA ROCCA, *La disciplina sostanziale della coesione familiare con il cittadino italiano (forse) non è cambiata*, in *Immigrazione.it*, 1 settembre 2023, ai familiari extra U.E. dei cittadini italiani c.d. statici continua ad applicarsi, su scelta dell'interessato, la disciplina più favorevole di derivazione unionale contenuta nel d.lgs. 30/2007, a tal fine l'autore invocando, *sotto il profilo formale/testuale*: – la rubrica dell'art. 18-*ter* d.l. n. 69/2023 («Disposizioni in materia di carte di identità dei cittadini dell'Unione europea e dei titoli di soggiorno rilasciati ai cittadini dell'Unione europea e ai loro familiari che esercitano il diritto alla libera circolazione-Caso ARES (2023) 2033572»), che testimonia, insieme alla rubrica dello stesso decreto n. 69/2023 e, altresì, unitamente a quanto si desume dai lavori preparatori – dunque con il conforto anche di un criterio di «interpretazione storico-psicologica» – come la modifica dell'art. 23 sia stata introdotta «al solo fine di evitare una procedura di infrazione (o di pre-infrazione) riguardante esigenze di sicurezza dei documenti di soggiorno»; – la previsione dell'art. 28, comma 2, t.u.imm., il quale dispone che «*ai familiari stranieri di cittadini italiani o di uno Stato membro dell'Unione europea continuano ad applicarsi le disposizioni del decreto del Presidente della Repubblica 30 dicembre 1965, n. 1656 (n.d.r. oggi sostituito dal d.lgs. n. 30 del 2007) fatte salve quelle più favorevoli del presente testo unico o del regolamento di attuazione*»; nonché, *sul piano sostanziale*, l'esigenza di scongiurare l'increscioso fenomeno delle discriminazioni a rovescio, «in quanto al cittadino italiano sarebbe inibito il ricongiungimento con quei medesimi parenti che rimarranno invece ricongiungibili al cittadino europeo residente in Italia».



non già ai sensi delle disposizioni restrittive del t.u.imm.) del cittadino italiano c.d. statico vedrà comunque garantito il diritto all'unità familiare, e cioè godrà comunque di *un* titolo di soggiorno, per quanto non esattamente *il medesimo* («Carta di soggiorno» ex art. 10 d.lgs. 30/2007) di cui godono i cittadini U.E. soggiornanti in Italia (compreso il cittadino italiano ivi rientrato) bensì tipizzato dallo stesso art. 23 (per tipologia, durata e regime di rinnovabilità e convertibilità), nonché governato, per quel che concerne le modalità di rilascio, dal t.u.imm. In conclusione, gli esiti della novella rispetto alla pregressa e originaria formulazione dell'art. 23 non si rivelano poi così dirompenti, e il trattamento riservato ai cittadini italiani c.d. statici risulta, se non identico, in ogni caso analogo a quello garantito ai cittadini U.E. soggiornanti in Italia nell'esercizio della propria libertà di circolazione.

V'è, peraltro, da precisare che per quanto, da principio, fosse identico il trattamento riservato ai cittadini U.E. soggiornanti in Italia e ai cittadini italiani c.d. statici, a ben poco è valsa la generosità del legislatore del 2007 nell'aver – appunto – esteso l'ambito di applicazione del diritto europeo derivato anche alle fattispecie meramente interne (vecchio testo dell'art. 23) se, come si è dato conto, al di là di enunciazioni di principio (e, cioè, delle aperture pur formalmente presenti negli artt. 2 e 3 del d.lgs. 30/2007 nei confronti delle unioni non coniugali), in concreto ciò si è risolto in un (sì, medesimo) trattamento (ma) di *non tutela* per le unioni registrate, o di tutela comunque *minimalista*⁴¹ per relazioni stabili debitamente attestate. In altri termini, si è rivelata una amara consolazione l'essere stati trattati tutti (cittadini U.E. dinamici e cittadini italiani statici) alla stessa (sì identica, ma) *restrittiva* maniera.

Anche la giurisprudenza di legittimità, nell'unica pronuncia che si è occupata di ricongiungimento familiare fra *partner* di fatto nei primi anni di operatività del decreto medesimo, ha rilevato come la sostanziale chiusura dell'ordinamento italiano nei confronti del ricongiungimento fra *partner* non coniugati, dello stesso o di diverso sesso, emergesse, oltre che dalla notoriamente più restrittiva disciplina dell'immigrazione (art. 29 t.u.imm.), dalla stessa disciplina europea a tutela dell'unità familiare tra cittadini dell'Unione e loro familiari (direttiva 2004/38/CE e correlativo d.lgs. 30/2007), posto che «tale direttiva ..., al di fuori di alcune ristrette ipotesi di automatico riconoscimento del diritto all'ingresso e al soggiorno ... appare ispirata al rispetto delle legislazioni interne dei singoli Stati membri per quanto riguarda l'inclusione o l'esclusione della rilevanza di unioni diverse dal matrimonio eterosessuale»⁴². In effetti – ci permettiamo di aggiungere – ancorché il testo unico dell'immigrazione, anche per come emendato dalla disciplina di recepimento della direttiva 2003/86/CE (d.lgs. n. 5/2007), non riconoscesse la benché minima rilevanza alla figura del *partner*, ma soltanto a quella del coniuge (art. 29), mentre nel decreto di recepimento della direttiva 2004/38/CE sono stati testualmente tenuti presenti tanto il coniuge quanto il *partner*, l'effetto pratico finale non muta⁴³, giacché quest'ultima apertura nei confronti delle unioni non coniugali si è risolta (quantomeno quella di cui all'art. 2 d.lgs. 30/2007, se non propriamente anche quella dell'art. 3) in una mera enunciazione di principio, priva di

⁴¹ Sulla «recezione minimalista» delle norme della direttiva relative alle unioni non coniugali già P. MOROZZO DELLA ROCCA, *Cittadinanza europea, libertà di circolazione e famiglie senza matrimonio*, cit., 851.

⁴² Cass. 17 marzo 2009, n. 6441, in *Nuova giur. civ. comm.*, 2009, pt. I, 829 ss., con nota di L. PASCUCCI, *Coppie di fatto e ricongiungimento familiare: la messa a punto della Cassazione*, cit., in *Fam. dir.*, 2009, 454 ss., con nota di M. ACIERNO, *Ricongiungimento familiare per le coppie di fatto: la pronuncia della Cassazione*, in *Corr. giur.*, 2010, 91, con nota di B. NASCIBENE, *Unioni di fatto e matrimonio fra omosessuali. Orientamenti del giudice nazionale e della Corte di Giustizia*, in *Giur. it.*, 2009, 2644, con nota di R. DE MEO e V. MANCINELLI, *Convivenza e ricongiungimento familiare*, *ivi*, 2009, 2644, con nota di P. VALORE, *Identità di sesso e ricongiungimento familiare*.

⁴³ Cfr. G. DI ROSA, *Disciplina interna e regole comunitarie in tema di ricongiungimento "familiare" dei conviventi*, in *Fam. pers. succ.*, 2009, n. 10, 830 ss., par. 2. E v. anche F.R. FANTETTI, *Ricongiungimento familiare, libertà di circolazione ed ordine pubblico*, in *Fam. pers. succ.*, 2010, 611 ss.



alcuna utilità pratica, posto che la rilevanza dell'unione è stata subordinata alla posizione rispetto ad essa assunta dal relativo ordinamento interno. Con l'unica differenza – questo sì – che la disposizione di cui all'art. 2 d.lgs. n. 30/2007, a differenza dell'art. 29 t.u.imm., «present[a] una clausola di adeguamento rispetto all'eventuale modifica normativa interna»⁴⁴. Modifica – invero – sopravvenuta nel 2016 (l. 76/2016). Disciplina di cui veniamo ora ad occuparci.

4. – Come noto, l'Italia ha regolamentato le unioni civili tra persone dello stesso sesso, oltre che le convivenze di fatto omo o eterosessuali (di cui *infra* ci occuperemo)⁴⁵, con l. 20 maggio 2016, n. 76⁴⁶. La legge, al comma 20 del suo unico articolo, dispone che «al solo fine di assicurare l'effettività della tutela dei diritti e il pieno adempimento degli obblighi derivanti dall'unione civile tra persone dello stesso sesso, le disposizioni che si riferiscono al matrimonio e le disposizioni contenenti le parole “coniuge”, “coniugi” o termini equivalenti, ovunque ricorrono nelle leggi, negli atti aventi forza di legge, nei regolamenti nonché negli atti amministrativi e nei contratti collettivi, si applicano anche ad ognuna delle parti dell'unione civile tra persone dello stesso sesso»⁴⁷. Con il che, per effetto di detta clausola di equiparazione al matrimonio, è da intendersi estensibile alle parti di un'unione civile – come *atto avente forza di legge* contenente le parole *coniugi* o *matrimonio* – sia la disciplina del t.u.imm. sul ricongiungimento familiare tra coniugi (artt. 29 e 30)⁴⁸, sia – per quello che più rileva in questo studio – il d.lgs. n. 30/2007 (attuativo della direttiva 2004/38/CE), nella specie l'art. 2, lett. b, punto 1, sulla libertà di circolazione e soggiorno del *coniuge* di cittadino europeo spostatosi in uno Stato membro diverso da quello di origine (o che faccia rientro in quello di origine dopo aver esercitato la libertà di circolazione in altro Stato membro)⁴⁹, disciplina che peraltro si applica – sia pur, dal 2013, con taluni correttivi (novellato art. 23, comma 1-*bis*, d.lgs. 30/2007)⁵⁰ – anche alle fattispecie meramente interne (*id est*, di diritto all'unità familiare invocato in Italia dal cittadino italiano c.d. statico per il familiare straniero). In altri termini, il cittadino di Stato terzo parte di un'unione civile con cittadino europeo (compreso il cittadino italiano) è da equiparare al coniuge del cittadino U.E.; e cioè si applicano agli uniti civilmente – data l'estensione del comma 20 l. 76/2016 – le norme del decreto 30/2007 espressamente e specificamente dettate

⁴⁴ G. DI ROSA, *Disciplina interna e regole comunitarie in tema di ricongiungimento “familiare” dei conviventi*, cit., 830 ss., par. 2. Ricordiamo, invero, che ai sensi dell'art. 2 d.lgs. 30/2007, e omologa previsione della direttiva 2004/38/CE, si intende per «familiare» «il *partner* che abbia contratto con il cittadino dell'Unione un'unione registrata sulla base della legislazione di uno Stato membro, qualora la legislazione dello Stato membro ospitante equipari l'unione registrata al matrimonio e nel rispetto delle condizioni previste dalla pertinente legislazione dello Stato membro ospitante».

⁴⁵ V. par. 6.

⁴⁶ Legge 20 maggio 2016, n. 76, «Regolamentazione delle unioni civili tra persone dello stesso sesso e disciplina delle convivenze» (GU Serie Generale n. 118 del 21-05-2016), entrata in vigore il 5 giugno 2016.

⁴⁷ La previsione del comma 20 viene ordinariamente letta come una «clausola generale di equivalenza» al matrimonio (così è definita nel parere approvato dalla 2ª Commissione permanente: cfr. il resoconto sommario n. 351 del 16 novembre 2016), almeno con riguardo ai cosiddetti effetti «pubblicistici» o «indiretti», quali quelli prevalentemente disciplinati al di fuori del codice civile, le cui disposizioni, invece, valgono per l'unione civile solo se espressamente richiamate dalla l. n. 76/2016: cfr. R. CAMPIONE, *L'unione civile tra disciplina dell'atto e regolamentazione dei rapporti di carattere personale*, in M. BLASI, R. CAMPIONE, A. FIGONE, F. MECENATE, G. OBERTO, *La nuova regolamentazione delle unioni civili e delle convivenze*, Giappichelli, 2016, 6.

⁴⁸ Sul ricongiungimento tra *partner* di unioni civili ai sensi della disciplina del t.u.imm. (e cioè, in particolare, il ricongiungimento tra *partner* entrambi stranieri) sia consentito rinviare a L. PASCUCCI, *Diritto all'unità familiare dello straniero e “nuovi” modelli di convivenza*, cit., 61 ss.; EAD., *Il ricongiungimento familiare tra partner stranieri nel diritto dell'immigrazione*, cit., 459 ss.

⁴⁹ Cfr., fra tante, CGUE 7 luglio 1992, c. 370/90, Singh, cit.; CGUE 11 luglio 2002, c. 60/00, Carpenter, cit.; CGUE 14 novembre 2017, c. 165/16, Lounes, cit.; CGUE, Grande Sez., 5 giugno 2018, n. 673, Coman, cit.

⁵⁰ V. già par. 3.



per i coniugi (art. 2, lett. b, punto 1), con conseguente diritto automatico ed incondizionato di ingresso e soggiorno in territorio italiano al seguito del *partner* europeo, anziché quelle – più condizionate nei presupposti di ammissibilità, sia pur non negli effetti – dettate per le unioni registrate (art. 2, lett. b, punto 2) o quelle – ancora di minore favore – dettate per le relazioni stabili debitamente attestate (art. 3, comma 2, lett. b).

Va comunque precisato che ora che l'ordinamento italiano, a seguito della novella del 2016, ha equiparato l'unione civile al matrimonio (quantomeno ai fini di cui all'art. 1, comma 20, l. 76/2016), può ritenersi, altresì, finalmente integrata la condizione di ammissibilità del ricongiungimento tra parti di un'unione registrata richiesta dalla direttiva 2004/38/CE e dall'omologo decreto attuativo: e cioè ricongiungimento ammesso «qualora la legislazione dello Stato membro ospitante equipari l'unione registrata al matrimonio» (art. 2, punto 2, lett. b, direttiva 2004/38/CE, art. 2, lett. b, punto 2, d.lgs. 30/2007); con ciò ricevendo attuazione una norma che, fino ad allora, era rimasta invero lettera morta. Dunque, le parti di un'unione civile (quantomeno di diritto italiano) sono ammesse a godere dell'unità familiare già (o, comunque, anche) in virtù di questa previsione specificamente dettata per l'*unione registrata* (oltre che in base a quella relativa ai *coniugi*), a prescindere cioè da una clausola di equiparazione al matrimonio quale quella pur generosamente contenuta nel comma 20. E, anzi, poiché le norme di derivazione europea dettate tanto per le parti di unioni registrate (purché registrate in Stati U.E. e purché lo Stato ospitante, come ora l'Italia, equipari l'unione al matrimonio), quanto per i coniugi, riconoscono un diritto di ingresso e soggiorno parimenti pieno ed automatico, invocare l'una o l'altra previsione risulta sostanzialmente indifferente.

Semmai un problema di applicabilità delle une o delle altre norme del decreto (norma sui *coniugi* vs norma sull'*unione registrata*) residua con riguardo alle unioni registrate omosessuali di diritto straniero. E diventa lecito chiedersi se la clausola di equiparazione ai coniugi di cui al comma 20 della l. 76/2016 sia da intendersi riferita alle sole unioni civili di diritto italiano, e cioè contratte secondo l'ordinamento italiano (sia pur eventualmente celebrate all'estero presso consolati italiani laddove uno dei *partner* sia cittadino italiano), o vada estesa anche alle unioni di diritto straniero (*id est*, costituite all'estero secondo la legge straniera). Invero, la norma del decreto riferita ai coniugi (art. 2, lett. b, punto 1) non lega – a differenza della successiva previsione relativa all'unione registrata (art. 2, lett. b, punto 2) – la definizione di «familiare» da ammettere al ricongiungimento al sistema nazionale dello Stato ospitante, ma sostanzialmente al solo Paese di costituzione; né contiene alcuna limitazione geografica, a differenza della norma sulle unioni registrate che, come visto, offre piena tutela alle sole unioni che risultino registrate in uno Stato U.E. Dunque, applicare alle unioni omosessuali di diritto straniero le norme del decreto specificamente riferite ai «coniugi» decreterebbe una ammissione sostanzialmente incondizionata – ai fini, si intende, dell'unità familiare che qui ci occupa – dell'unione straniera, con possibilità di una tutela piena e pressoché automatica a prescindere: – dallo Stato di costituzione, dunque comprese le unioni costituite in Stati extra U.E., che non avrebbero bisogno di degradare – per ricevere tutela e in ogni caso una tutela di minor favore – in relazioni stabili debitamente attestate *ex art. 3, comma 2, lett. b, d.lgs. 30/2007*; – e dal fatto che quel modello di unione sia ammesso dallo Stato ospitante, posto che rileverebbe il sol fatto che il soggetto da ammettere al ricongiungimento sia «familiare» per il Paese di costituzione del vincolo, indipendentemente da una corrispondente qualifica nello Stato ospitante (e dunque anche a prescindere da una equiparabilità di effetti dell'unione al matrimonio, con riconoscimento, allora, anche di unioni dagli effetti “più leggeri” del matrimonio). Una estensione interpretativa che, al di là dell'esito più o meno attendibile (in termini di opportunità), non appare allo stato (formalmente) percorribile, atteso che il decreto – in ossequio alla direttiva – tutela in modo pieno ed automatico l'unità familiare tra parti di unioni non coniugali solo laddove l'unione sia costituita *in uno Stato U.E.* e si configuri come *equiparabile al matrimonio nello Stato ospitante*. E quand'anche la restrizione alle sole unioni registra-



te in Stato U.E. – di cui all’art. 2, lett. b, punto 2, d.lgs. 30/2007 – non appaia, in effetti, così strettamente necessaria od opportuna (e cioè supportata da una giustificazione obiettiva e ragionevole)⁵¹, in ogni caso al risultato di una tutela piena ed automatica del diritto all’unità familiare fra *partner* di unioni registrate *in Stati extra europei*, senza sconfinare (e degradare) nella tutela di minor favore di cui all’art. 3, comma 2, lett. b, d.lgs. 30/2007, non pare potersi pervenire senza un formale emendamento del d.lgs. 30/2007 che vada nel senso, pur verosimilmente ammesso dalle previsioni della direttiva⁵², di una attuazione delle sue norme in senso migliorativo rispetto alle garanzie minime dalla stessa apprestate.

In conclusione, l’estensione di cui al comma 20 della Legge Cirinnà, che può portare ad applicare la norma del decreto 30/2007 relativa ai *coniugi*, anziché quella sulle *unioni registrate*, è da intendersi riferita alle sole unioni di diritto italiano⁵³, mentre per quelle di diritto straniero tornerebbero operanti i limiti di ammissibilità di cui all’art. 2, lett. b, punto 2, d.lgs. 30/2007 sulle unioni registrate, e cioè riconoscimento di un diritto di ingresso e soggiorno pieno: – solo se l’unione sia stata contratta in uno Stato U.E.; – e nei limiti in cui l’unione straniera soddisfi il requisito di equiparabilità di effetti al matrimonio tanto nel Paese di costituzione del vincolo quanto nello Stato membro ospitante, e cioè in presenza di una sostanziale (o comunque tendenziale) corrispondenza di effetti tra Paese di costituzione e Paese ospitante. *De residuo*, ove l’unione omosessuale straniera tra cittadino extra U.E. e cittadino europeo non sia riconducibile al paradigma dell’art. 2, lett. b, punto 2, d.lgs. 30/2007 – ora perché non equiparabile per effetti al matrimonio (e, dunque, irriducibile anche al modello di unione civile di diritto italiano), ora perché, seppure equiparabile per effetti al matrimonio, contratta in uno Stato extra U.E. – l’art. 2, lett. b, punto 2 cede il posto alla norma di cui all’art. 3, comma 2, d.lgs. 30/2007 a tutela delle relazioni stabili debitamente attestate (dopo la modifica del 2013, anche costituite in Stati extra U.E.)⁵⁴.

⁵¹ Invero, la norma condiziona la libertà di circolazione e soggiorno del *partner* extra U.E., e connesso godimento dell’unità familiare, alla «legislazione dello Stato membro ospitante» («qualora la legislazione dello Stato membro ospitante equipari l’unione registrata al matrimonio e nel rispetto delle condizioni previste dalla pertinente legislazione dello Stato membro ospitante»), sì che poco conta che l’unione sia stata contratta in uno Stato U.E. od extra U.E., mancando – appunto – qualsivoglia riconoscimento *automatico* dell’unione. In altri termini, la “garanzia” rappresentata dall’essere il vincolo contratto *in uno Stato U.E.* avrebbe un senso solo nella misura in cui a ciò seguisse – *recte*, ad essa fosse stato normativamente ricollegato – un riconoscimento pressoché automatico dell’unione, senza allora rimettere alla legislazione dello Stato ospitante, posto che altrimenti la limitazione geografica si rivela, dal lato delle unioni contratte in Stati U.E., priva di utilità (*inutiliter data*) e, dal lato delle unioni contratte in territorio extra U.E. (escluse), priva di ragionevole giustificazione.

⁵² V. considerando n. 29 e art. 37 direttiva 2004/38/CE.

⁵³ Del resto, ad una operatività della clausola di equiparazione di cui al comma 20 nei soli riguardi delle unioni civili di diritto italiano (e cioè contratte ai sensi della legge 76, sia pur eventualmente celebrate all’estero presso consolati italiani ove uno dei *partner* sia cittadino italiano), o al più nei riguardi delle sole unioni di diritto straniero che presentino uno stretto collegamento con l’ordinamento giuridico italiano tale da giustificare l’applicazione in via pressoché automatica e necessaria della legge italiana, si perviene applicando i consueti meccanismi di riconoscibilità previsti dalle norme di diritto internazionale privato. Invero, la clausola di equiparazione ai coniugi di cui al comma 20 opera, per espressa disposizione dell’art. 32-*quinquies* l. 218/1995, per le sole unioni contratte all’estero da cittadini entrambi italiani abitualmente residenti in Italia, che invero producono gli effetti dell’unione civile regolata dal diritto italiano (con dunque piena equiparazione ai coniugi *ex art. 1, comma 20, l. 76/2016*). Mentre le unioni contratte all’estero tra cittadini stranieri (per es., per come ivi di interesse, tra un cittadino europeo ed un cittadino extraeuropeo), oppure (sempre come qui rileva) tra un cittadino di Stato terzo e un cittadino italiano, ricadono nell’ambito dell’art. 32-*ter* l. 218/1995, alla cui stregua non v’è applicazione necessaria o automatica della legge italiana, ma il vincolo sarà regolato, quanto ad effetti – e sempre che sia valido per requisiti di capacità e forma ai sensi delle leggi richiamate dai commi 1 e 3 dell’art. 32-*ter* – alla stregua delle leggi di cui al comma 4 dell’art. 32-*ter* e, cioè, in linea di principio, la legge del Paese di costituzione dell’unione o, a richiesta di una delle parti, e su disposizione del giudice, la legge dello Stato in cui la vita comune è prevalentemente localizzata.

⁵⁴ Sia pur, all’evidenza, in un rapporto di difficile equilibrio con le norme interne di diritto internazionale privato dedicate alle convivenze *more uxorio* di cui alla l. 76/2016, ponendosi invero un problema di riconoscibilità (*id est*, di ingresso in Italia) di dette unioni *de facto* ai sensi dei criteri posti dalle menzionate norme, che offrono spesso una tutela parziale e condizionata e per l’effetto



5. – Le norme del decreto 30/2007 a tutela delle *unioni non coniugali*, anziché quelle dettate per i *coniugi*, conserverebbero un utile terreno di applicazione anche – nel qual caso in quanto fattispecie che fuoriescono totalmente dal perimetro di tutela della legge 76/2016 e che sfuggono, a rigore, anche ai meccanismi di riconoscibilità delle norme di conflitto – con riguardo alle unioni eterosessuali costituite all'estero (*id est*, costituite ai sensi di discipline straniere, tanto europee quanto extraeuropee) da un cittadino di Stato terzo ed un cittadino europeo residente in Italia (compreso il cittadino italiano).

Tuttavia, dette unioni, nemmeno ove costituite in uno Stato U.E., potrebbero rientrare – quantomeno *de plano* – sotto l'egida dell'art. 2 d.lgs. 30/2007 a tutela dell'«unione registrata», posto che alla stregua di detta norma il godimento dell'unità familiare fra *partner* è condizionato al fatto che lo Stato ospitante preveda l'unione registrata quale istituto alternativo e equivalente (e pur non identico) al matrimonio, mentre la legge 76/2016 prevede la sola unione civile omosessuale. Con il che, posto che l'Italia non vanta una disciplina di tutela delle unioni non coniugali eterosessuali, se non nella forma delle *convivenze di fatto*, un'opzione potrebbe essere quella di ammettere al ricongiungimento i *partner* di dette unioni – nella quale prospettiva sarebbero, peraltro, ricomprese anche le unioni contratte fuori dal territorio U.E. – alla stregua dell'art. 3, comma 2, lett. b, d.lgs. 30/2007 a tutela della «relazione stabile debitamente attestata con documentazione ufficiale», che però offre una tutela più debole, *sub specie* di mera agevolazione da parte dello Stato ospitante e scevra da ogni automatismo.

Per evitare – allora – di far ricadere le unioni straniere eterosessuali nell'ambito di applicazione meno favorevole dell'art. 3, comma 2, lett. b, anziché in quello dell'art. 2, si è – alternativamente – proposta un'interpretazione costituzionalmente orientata dell'art. 2, al fine di evitare una discriminazione a rovescio⁵⁵; dunque, anche i *partner* di unioni eterosessuali riceverebbero la tutela più ampia di cui all'art. 2, sempre purché registrate in base alla legislazione di uno Stato membro e «a condizione che tali unioni si configurino come equiparabili al matrimonio nell'*ordinamento di provenienza*, malgrado tale equivalenza non sia stata introdotta nel diritto italiano che ha invece relegato le coppie non coniugate eterosessuali in una condizione giuridica di minore rilevanza ai commi 36° e segg. della L. n. 76»⁵⁶. In effetti, anche la Corte di giustizia, nella limitrofa materia del ricongiungimento tra *coniugi* dello stesso sesso⁵⁷, ha riconosciuto il diritto all'unità familiare, ai sensi dell'art. 2, punto 2, lett. a, direttiva 2004/38/CE, ai coniugi *same-sex* divenuti tali in un Paese U.E., anche laddove lo Stato ospitante non riconosca al suo interno il matrimonio fra persone dello stesso sesso. Sì che, ragionando per analogia, si potrebbe ritenere che i *partner* di unioni straniere ete-

recano un problema di compatibilità con la normativa di derivazione europea: invero, condizionare ulteriormente (*id est*, oltre i requisiti di ammissibilità già contemplati dal d.lgs. 30/2007) ai meccanismi di riconoscibilità di cui alle novelle norme di conflitto domestiche rischia di neutralizzare gli effetti delle norme di derivazione europea e di rendere ineffettive le libertà fondamentali previste dal Trattato (per questi rilievi v. già Trib. Reggio Emilia 13 febbraio 2012, n. 1041, in *Dir. fam. pers.*, 2012, 1650, con nota di R. DE FELICE, *La libertà di circolazione dei coniugi dello stesso sesso nello spazio di libertà dell'Unione*). Nella specie, rileverebbe l'art. 30-bis l. 218/1995, pur applicato in via analogica, che però offre una soluzione soltanto parziale, giacché si limita a designare la legge applicabile al «contratto di convivenza» che le parti possono stipulare per regolare – a rigore – i soli aspetti patrimoniali dell'unione, mentre risultano attualmente sfornite di disciplina di conflitto tutte le questioni non suscettibili di essere regolate su base contrattuale: in argomento cfr. C. CAMPIGLIO, *La disciplina delle unioni civili transnazionali e dei matrimoni esteri tra persone dello stesso sesso*, in *Riv. dir. int. priv. proc.*, 2017, 66; D. ZANNONI, *Gli effetti nell'ordinamento italiano delle unioni civili e dei matrimoni "same-sex" conclusi all'estero*, in *DPCE online*, 2020, fasc. 1, 254. Tuttavia, sull'utilizzo, e eventuale utilità, del contratto di convivenza (anche) ai fini che ci occupano e, più esattamente, al fine di comprovare la convivenza sulla cui base poi richiedere un titolo di soggiorno per motivi familiari, sia consentito rinviare al par. 6.

⁵⁵ P. MOROZZO DELLA ROCCA, *Il diritto alla coesione familiare prima e dopo la legge n. 76 del 2016*, cit., 589.

⁵⁶ P. MOROZZO DELLA ROCCA, *op. ult. cit.*, 589 (corsivo nel testo aggiunto).

⁵⁷ CGUE, Grande Sez., 5 giugno 2018, n. 673, Coman, cit. (v. *infra*, par. 7).



rosessuali possano essere ammessi a godere del diritto all'unità familiare ai sensi dell'art. 2, lett. b, punto 2, d.lgs. 30/2007, relativo alle unioni registrate (anche) eterosessuali, pur là dove lo Stato ospitante non preveda al suo interno detto istituto e tantomeno lo equipari al matrimonio.

Rimane però l'obiezione – del resto desumibile dalla stessa sentenza della Corte di giustizia – che solo la previsione di cui all'art. 2, punto 2, lett. a, della direttiva, riferita ai *coniugi* (e omologa previsione del decreto), si presta ad una interpretazione estensiva, giacché, come visto, non subordina il riconoscimento dell'unità familiare alle condizioni previste dalla legislazione dello Stato ospitante e cioè non contiene alcun rinvio all'ordinamento dello Stato ospitante per quanto riguarda la nozione di «coniuge», oltre a non contenere alcuna limitazione geografica. Mentre l'art. 2 sulle *unioni registrate* prevede entrambe queste limitazioni. Quindi, se anche le unioni registrate assunte dall'art. 2 della direttiva sono state – in astratto – certamente pensate tanto eterosessuali, quanto omosessuali⁵⁸, nel momento in cui però se ne è legata la possibilità di ricongiungimento alla circostanza che la legislazione dello Stato ospitante le ammetta e preveda come forme di tutela alternative e pressoché prossime al matrimonio, ecco allora che le aperture della direttiva si ridimensionano notevolmente a seconda di quanto sia o meno permissivo sul punto il legislatore nazionale.

6. – Venendo alle convivenze *more uxorio*, la legge n. 76/2016 non ha – come noto – carattere generale e omnicomprensivo, avendo sostanzialmente equiparato i conviventi ai coniugi limitatamente a taluni profili, quali – ivi in estrema sintesi – ordinamento penitenziario, malattia e ricovero, abitazione nella casa di comune residenza, accesso agli alloggi dell'edilizia popolare, diritti nell'impresa familiare, risarcimento del danno per morte del convivente, successione nel contratto di locazione della casa di comune residenza in caso di morte del conduttore, diritto agli alimenti in caso di cessazione della convivenza per il *partner* che versi in stato di bisogno e non sia in grado di provvedere al proprio mantenimento. Sì che, *stricto iure*, il ricongiungimento familiare fra conviventi, omo o eterosessuali, rimane attualmente privo di copertura, giacché i conviventi *more uxorio* non risultano ammessi all'esercizio di detto diritto da alcuna norma espressa o di rinvio contenuta nella legge 76/2016, tantomeno da qualsivoglia clausola generale di equiparazione al matrimonio, operante solo per gli uniti civilmente. Tanto che, ai sensi della disciplina interna sull'immigrazione, vige inalterato il testo dell'art. 29 t.u.imm., che ammette al ricongiungimento soltanto i coniugi ed è ora da intendersi esteso (nonostante il mancato adeguamento formale) ai soli uniti civilmente (*ex art. 1, comma 20, l. 76/2016*)⁵⁹.

Vero è che ove la coppia di conviventi sia formata da almeno un cittadino U.E. sopperisce, in luogo del più restrittivo e immutato testo unico sull'immigrazione, il regime di maggior favore dettato dal d.lgs. n. 30/2007, relativo alla libertà di circolazione e connesso diritto all'unità familiare del cittadino europeo soggiornante in uno Stato membro (nella specie, l'Italia) diverso da quello di origine, o del cittadino italiano che abbia fatto rientro nel suo Paese dopo essersi spostato in altro Stato membro, ed altresì operante – grazie alla generosa estensione di cui all'art. 23 d.lgs. 30/2007, sia pur temperata a seguito della novella del 2013⁶⁰ –

⁵⁸ V. *supra*, par. 2.

⁵⁹ Sulla pretesa legittimità ed opportunità della scelta legislativa e conseguente diverso regime vigente per modelli familiari (*id est*, ricongiungimento ammesso per gli uniti civilmente ed invece negato ai conviventi *more uxorio*) v. ancora L. PASCUCCI, *Diritto all'unità familiare dello straniero e "nuovi" modelli di convivenza*, cit., 75 ss.; EAD., *Il ricongiungimento familiare tra partner stranieri nel diritto dell'immigrazione*, cit., 465 ss.

⁶⁰ V. già par. 3.



per il cittadino italiano c.d. statico che intenda godere della vita familiare in Italia⁶¹. Detta disciplina, lo ricordiamo, oltre che fra *partner* di una «unione registrata» (art. 2, lett. b, punto 2), ammette il godimento della vita familiare – sia pur non *sub specie* di diritto *pieno* all’ingresso e soggiorno, bensì nei termini di un diritto all’*agevolazione* dell’ingresso e del soggiorno – anche fra *partner* di una «relazione stabile debitamente attestata con documentazione ufficiale» (art. 3, comma 2, lett. b). Sì che, pur in mancanza di previsioni di raccordo nella legge 76/2016, la fattispecie può *già* dirsi – e *ancora* dirsi – positivamente risolta e disciplinata dalla normativa di derivazione U.E. a tutela delle relazioni stabili debitamente attestate (art. 3, comma 2, lett. b, d.lgs. 30/2007). Di qui, però, all’attenzione dell’interprete, un delicato compito di coordinamento tra il d.lgs. 30/2007 e il sopravvenuto regime delle convivenze introdotto dalla legge 76/2016. Si tratta, cioè, di indagare come la disciplina sulla libertà di circolazione e soggiorno – dominata dalla normativa sovranazionale in quanto materia di competenza unionale – si combini e coordini con la sopravvenuta regolamentazione di diritto di famiglia domestico – *id est* informato ai principi stabiliti dal (e riservati al) legislatore nazionale – sotto il profilo non tanto dell’ammissibilità – nella misura in cui il diritto interno non potrebbe rendere ineffettiva una libertà riconosciuta dal Trattato – del ricongiungimento tra il cittadino di Stato terzo e il *partner* cittadino europeo (compreso il cittadino italiano), quanto sulle concrete condizioni di esercizio di detto diritto e, dunque, a monte, sui requisiti di rilevanza e/o mezzi di accertamento della convivenza, presupposto per l’ammissione all’unità familiare.

Ora, la disciplina di derivazione unionale (d.lgs. n. 30/2007) richiede che la relazione affettiva risulti debitamente attestata da «documentazione ufficiale» (art. 3, comma 2, art. 9, comma 5, lett. *c-bis*, art. 10, comma 3, *d-bis*), mentre la legge 76/2016, al comma 37, rimanda, per l’accertamento della stabile convivenza, alla dichiarazione anagrafica di cui agli artt. 4 e 13 c. 1 lett. b) D.P.R. 223/1989. Sì che un problema di raccordo tra le due normative si pone nei seguenti termini: il presupposto della convivenza, da dimostrarsi, ai sensi della normativa di derivazione europea, con «documentazione ufficiale» (art. 3, comma 2, lett. b, d.lgs. 30/2007), è da accertare, ora che è intervenuta la legge 76/2016, necessariamente attraverso gli strumenti previsti da quest’ultima⁶², e cioè mediante la dichiarazione anagrafica cui il comma 37 rinvia? Dichiarazione attorno alla quale ruota non solo il dibattito inerente la sua natura di elemento costitutivo (*id est*, presupposto

⁶¹ Dunque, una coppia di fatto, tanto etero quanto omosessuale, formata da almeno un cittadino europeo (compreso il cittadino italiano), rispetto ad una coppia formata da cittadini entrambi stranieri (*recte*, entrambi cittadini di Stati terzi) – cui, allora, si applica la più restrittiva disciplina interna sull’immigrazione – sarà ammessa a godere del diritto all’unità familiare ai sensi della normativa di derivazione europea (eventualmente combinata, al cospetto di un cittadino italiano c.d. statico, con le norme del t.u.imm. per modalità di rilascio e diverso regime del titolo di soggiorno). Più esplicitamente, il cittadino di Stato terzo, se *partner* di un cittadino U.E. o di un cittadino italiano, vedrà garantito il suo diritto all’unità familiare al seguito del convivente, mentre il cittadino di Stato terzo *partner* di un connazionale o comunque di un cittadino di (altro) Stato extra U.E. si vedrà negata ogni possibilità di ricongiungimento. Sul punto, sia consentito rinviare a L. PASCUCCI, *Diritto all’unità familiare dello straniero e “nuovi” modelli di convivenza*, cit., 75 ss.; EAD., *Il ricongiungimento familiare tra partner stranieri nel diritto dell’immigrazione*, cit., 469 ss.

⁶² In questo senso pare orientato CdS, sez. III, 31 ottobre 2017, n. 5040, in *D&G*, 6 novembre 2017, con nota di M. BOMBI, che consente il rilascio del permesso di soggiorno per motivi familiari, di cui all’art. 30, comma 1, lett. b, d.lgs. n. 286 del 1998, anche al convivente straniero di cittadino italiano, «purché ne ricorrano le condizioni, formali e sostanziali, ora previste dalla stessa l. n. 76 del 2016 (e, in particolare, dall’art. 1, commi 36 e 37)». *Contra*, Cass. 17 febbraio 2020, n. 3876, cit., la quale, però, solo in via di principio ha pronunciato nel merito dei rapporti tra la disciplina di derivazione europea (d.lgs. n. 30/2007) e la sopravvenuta legge 76/2016 a tutela delle convivenze, posto che la fattispecie decisa non ricadeva, *ratione temporis*, sotto il vigore della legge 76/2016, dunque inoperante: si afferma invero che la relazione di fatto stabile tra *partner* straniero e cittadino U.E., debitamente attestata con documentazione ufficiale ai sensi del d.lgs. 30/2007, art. 3, comma 2, lett. b, ai fini del rilascio della carta di soggiorno di cui all’art. 10 del medesimo decreto «può essere documentata non esclusivamente attraverso gli strumenti previsti dalla L. n. 76 del 2016, in materia di unioni civili, nella specie inoperanti, attesa l’epoca di presentazione dell’istanza, e quindi vagliando anche l’atto di nascita del minore o altra documentazione idonea».



della convivenza)⁶³ o di strumento, pur privilegiato, di prova⁶⁴, ma per procedere alla quale gli Uffici Anagrafe, in ottemperanza alle indicazioni ministeriali sul punto⁶⁵, ritengono imprescindibile il prerequisite di un valido titolo di soggiorno del *partner* straniero. La questione verte, dunque, sulla necessità, per il convivente straniero di cittadino U.E. o di cittadino italiano, di presentare – al fine del godimento dell’unità familiare – dichiarazione anagrafica, con allora – secondo le prassi amministrative⁶⁶ – la necessaria precondizione di un titolo di soggiorno⁶⁷, o se invece valga (e basti) a comprovare la stabile convivenza con il cittadino europeo od italiano – anche ai fini dell’iscrizione in anagrafe – qualunque mezzo idoneo (sì da potersi sostanzialmente prescindere dalla condizione della regolarità del soggiorno).

In questo secondo e più estensivo senso è orientata la giurisprudenza di merito, che senza richiedere la precondizione della regolarità di soggiorno del *partner* straniero ritiene comprovabile la stabile convivenza con il cittadino europeo od italiano, ai fini dell’iscrizione in anagrafe, con qualunque mezzo idoneo⁶⁸, spe-

⁶³ Tesi senz’altro minoritaria in dottrina ed in giurisprudenza: sul punto cfr., ma ivi senza pretesa di esaustività, D. BERLOCO, *La disciplina della convivenza*, in AA.VV., *Lavorare nei servizi demografici. Manuale per il concorso e l’inserimento in servizio*, Sepel Editrice, 2021, 241 ss.; N. CORVINO, *La convivenza di fatto tra cittadino italiano residente e straniera non iscritta in anagrafe e priva di titolo di soggiorno. Prima parte*, in *Stato civ. it.*, 2022, n. 2, 45 ss.; F.P. LUISO, *La convivenza di fatto dopo la L. 76/2016*, in *Dir. fam. pers.*, 2016, 1083 ss.; G. BUFFONE, *L’elemento costitutivo passa per l’iscrizione agli uffici anagrafici*, in *Guida dir.*, 2016, n. 26, 22 ss.; in giurisprudenza, cfr. Trib. Venezia 29 luglio 2022, n. 3417, inedita; Trib. Verona 2 dicembre 2016, in *Foro it.*, 2017, I, 2883. La tesi è, tuttavia, a tutt’oggi sostenuta dall’Amministrazione pubblica e di concerto dall’Avvocatura dello Stato: cfr., fra tante, Circolare del Ministero dell’Interno – Dipartimento per gli affari interni e territoriali, 21 settembre 2021, n. 78.

⁶⁴ Nel senso della sua irrilevanza, sul piano sostanziale, e della sua non preclusività sul piano stesso della prova, *ex multis*, S. PATTI, *Le convivenze “di fatto” tra normativa di tutela e regime opzionale*, in *Contratti di convivenza e contratti di affidamento fiduciario quali espressioni di un diritto civile postmoderno*, ne *I Quaderni della Fondazione Italiana del Notariato*, Gruppo 24 ore, 2017, 36; M. SESTA, *Manuale di diritto di famiglia*, CEDAM, 2023, X ed., 179; L. BALESTRA, *Commento all’art. 1, commi 36 e 37, l. 20 maggio 2016, n. 76*, in *Codice dell’unione civile e delle convivenze*, a cura di M. SESTA, Giuffrè, 2017, 1233 ss.; L. BALESTRA, *Unioni civili, convivenze di fatto e “modello” matrimoniale: prime riflessioni*, in *Giur. it.*, 2016, 1786 ss. In giurisprudenza, a sostegno degli effetti meramente dichiarativi, e non costitutivi, delle dichiarazioni anagrafiche: Trib. Mantova 1° aprile 2022, in *Dir. fam. pers.*, 2022, I, 596; v. anche Trib. Venezia 27 agosto 2021, n. 4354, in https://www.meltingpot.org/app/uploads/2021/09/ord._venezia_27.8.2021.pdf; Trib. Cuneo 30 giugno 2022, inedita; Trib. Milano 31 maggio 2016, in *Nuova giur. civ. comm.*, 2016, I, 1473.

⁶⁵ Circolare del Ministero dell’Interno 21 settembre 2021, n. 78, cit., la quale, richiamando un parere dell’Avvocatura Generale dello Stato, ribadisce che dalla disciplina di cui alla legge 76/2016 emerge che la costituzione della convivenza di fatto passa necessariamente per la dichiarazione registrata all’anagrafe di cui al comma 37 della legge e quindi non può prescindere dalla regolarità del soggiorno dei richiedenti. E vedi già Circolare della Direzione Centrale per i Servizi Demografici del Ministero dell’Interno del 1° giugno 2016, secondo la quale, ai sensi del comma 37 della legge 76/2016, presupposto essenziale della convivenza di fatto è la «famiglia anagrafica» di cui all’art. 4 del d.P.R. 223/1989 nonché le dichiarazioni anagrafiche di cui all’art. 13 del medesimo d.P.R. Ed ancora Ministero dell’Interno – Dipartimento per gli affari interni e territoriali, Direzione centrale per i servizi demografici, 26 maggio 2021, ove si precisa che la legge 76/2016 non ammette equivalenti per la prova della stabile convivenza rispetto alla dichiarazione anagrafica, ed ancora che l’iscrizione anagrafica dei cittadini di Stati terzi è subordinata alla presentazione, unitamente alla dichiarazione, dei documenti attestanti la regolarità del soggiorno, come emerge dall’art. 6, comma 7, t.u. imm., da cui si deduce che l’iscrizione anagrafica dello straniero si effettua alle medesime condizioni dei cittadini italiani con il solo presupposto ulteriore della regolarità del soggiorno e, cioè, previa verifica della regolarità del soggiorno (la norma prevede che «Le iscrizioni e variazioni anagrafiche dello straniero regolarmente soggiornante sono effettuate alle medesime condizioni dei cittadini italiani con le modalità previste dal regolamento di attuazione»). Similmente già Circolare del Ministero dell’Interno del 27 aprile 2012.

⁶⁶ In generale, per una ricognizione delle prassi amministrative in materia si vedano R. CALVIGIONI, *Manuale operativo per lo stato civile*, Maggioli Editore, 2023; L. PALMIERI, R. MINARDI, *Gli stranieri e l’anagrafe*, Maggioli Editore, 2017.

⁶⁷ Infatti, gli ufficiali di anagrafe e la direzione dei servizi demografici del Ministero dell’interno rilevano l’impossibilità di iscrivere all’anagrafe il *partner* privo di permesso di soggiorno e conseguentemente di dichiarare la convivenza di fatto, in quanto la stessa potrebbe riguardare solo due soggetti iscritti al medesimo indirizzo in A.N.P.R. e dunque, se stranieri, già provvisti del titolo di soggiorno.

⁶⁸ Fra tante, Trib. Modena 7 febbraio 2020, in *Stato civ. it.*, 2020, 5, 49 ss., con nota di P. MOROZZO DELLA ROCCA, *Può il convivente straniero del cittadino italiano o europeo iscriversi all’anagrafe senza il permesso di soggiorno?*; Trib. Modena 29 febbraio 2020, inedita; Trib. Ancona 19 aprile 2021, inedita; Trib. Urbino 21 febbraio 2021, inedita; Trib. Milano 24 aprile 2021, in



cialmente mediante il «contratto di convivenza» di cui ai commi 50 e ss. della legge 76/2016⁶⁹ che, redatto nelle forme dalla stessa previste e pur non ancora registrato in anagrafe, costituirebbe documentazione idonea ad attestare l'esistenza di una stabile relazione ex art. 3, comma 2, d.lgs. n. 30/2007 e dunque atta a consentire il rilascio dell'autorizzazione al soggiorno al *partner* straniero privo di titolo di soggiorno⁷⁰. Secondo l'orientamento delle amministrazioni, invece, il contratto di convivenza non potrebbe essere depositato presso l'anagrafe dove è iscritto uno solo dei *partner*, presupponendo conviventi di fatto già iscritti come tali all'anagrafe⁷¹. In altri termini, detto contratto non potrebbe essere registrato in mancanza della costituzione della convivenza, per la quale sarebbe indispensabile la dichiarazione anagrafica di entrambi gli interessati: invero, prima della costituzione della convivenza, che potrebbe avvenire – nella delineata prospettiva – solo con l'iscrizione anagrafica, lo straniero non sarebbe un «familiare» del cittadino italiano od europeo cui potersi applicare il nucleo di disciplina di cui al decreto n. 30/2007.

https://www.meltingpot.org/app/uploads/2021/05/tribunale_milano_ordinanza_24042021.pdf; Trib. Bologna 3 febbraio 2020, in *Dir. imm. e citt.*, 2022, n. 2, 1; Trib. Mantova 1° aprile 2022, cit.; Trib. Bologna 1° dicembre 2022, in *ForoPlus*; Trib. Venezia 27 agosto 2021, n. 4354, cit.; sulla non necessità di un previo soggiorno regolare, con riferimento al *partner de facto* ex art. 3, comma 2, lett. b, d.lgs. 30/2007, v. anche Cass. 17 febbraio 2020, n. 3876, cit., e già, con riferimento al coniuge, Cass. 15 giugno 2011, n. 13112, in *De Jure*; Cass. 9 febbraio 2011, n. 3210, in *Giust. civ.*, 2013, I, 230; Cass. 23 maggio 2013, n. 12745, in *De Jure. Contra*, a quanto consta isolate sul punto, Trib. Venezia 29 luglio 2022, n. 3417, cit.; nonché Trib. Prato 31 agosto 2022, in *Stato civ. it.*, 2023, 43 ss., con osservazioni di S. RAFANELLI, *Il convivente di fatto privo di permesso di soggiorno in possesso del contratto di convivenza: l'iscrizione anagrafica non è dovuta e lo dice anche il Tribunale*.

⁶⁹ In generale, **sulla funzione dei contratti di convivenza nell'evoluzione del diritto di famiglia** cfr. L. BALESTRA., *Unioni civili, convivenze di fatto e "modello" matrimoniale: prime riflessioni*, cit., 1787 ss.; ID., *La convivenza di fatto. Nozione, presupposti, costituzione e cessazione*, in *Fam. dir.*, 2016, 919 ss.; ID., *I contratti di convivenza*, in *Fam. pers. succ.*, 2006, 43 ss.; E. MOSCATI, A. ZOPPINI (a cura di), *I contratti di convivenza*, Giappichelli, 2002, *passim*; A. ZOPPINI, *Tentativo d'inventario per il "nuovo" diritto di famiglia: il contratto di convivenza*, in E. MOSCATI, A. ZOPPINI (a cura di), *I contratti di convivenza*, cit., 335 ss.; M. FRANZONI, *I contratti tra conviventi "more uxorio"*, in *Riv. trim. dir. proc. civ.*, 1994, 737 ss.

⁷⁰ Cfr. citazioni in nota 68, cui *adde* Trib. Genova 22 luglio 2022, n. 874, in <https://immigrazione.it/giurisprudenza/ambito/31/1/>; Trib. Catania 3 febbraio 2021, in www.meltingpot.org; Trib. Benevento 19 gennaio 2022, r.g. 4387/2021, in www.meltingpot.org; Trib. Foggia 30 novembre 2022, Trib. Torre Annunziata 9 dicembre 2022, Trib. Napoli 27 giugno 2022, Trib. Torre Annunziata 11 novembre 2022, tutte reperibili in <https://www.questionegiustizia.it/articolo/ordinanze-contratto-convivenza>; Trib. Milano 30 giugno 2023, in <https://www.primogrado.com/convivenza-tra-cittadino-italiano-e-cittadino-straniero-ai-fini-dell-iscrizione-anagrafica>. Attribuisce valore pregnante al contratto di convivenza, sia pur nella limitrofa materia dei divieti di espulsione, anche Cass., sez. pen., 18 ottobre 2016, n. 44182, in *De Jure*, secondo la quale «la convivenza dello straniero con una cittadina italiana riconosciuta con «contratto di convivenza» disciplinato dalla legge 20 maggio 2016, n. 76 è ostativa all'espulsione a titolo di misura alternativa alla detenzione di cui al Decreto Legislativo n. 286 del 1998, art. 19, comma 2, lettera c) [...]». Sia consentito rinviare a L. PASCUCCI, *Diritto all'unità familiare dello straniero e "nuovi" modelli di convivenza*, cit., 87 ss.

⁷¹ Circolare del Ministero dell'Interno 21 settembre 2021, n. 78, cit.: la costituzione della convivenza di fatto passa necessariamente per la dichiarazione registrata all'anagrafe di cui al comma 37 della legge e quindi non può prescindere dalla regolarità del soggiorno dei richiedenti, mentre la registrazione del contratto di convivenza è solo l'ultimo, ed eventuale, di una serie imprescindibile di atti. Pertanto, richiamando un parere dell'Avvocatura Generale dello Stato, si ribadisce che «alla registrazione del contratto di convivenza non può essere certamente riconosciuto il carattere di debita attestazione, dal momento che, a monte, manca la preliminare regolarità del soggiorno in Italia» del soggetto extra U.E. «necessaria per concludere il contratto stesso». E vedi già Circolare della Direzione Centrale per i Servizi Demografici del Ministero dell'Interno del 1° giugno 2016, cit., secondo la quale, ai sensi del comma 37 della legge 76/2016, presupposto essenziale della convivenza di fatto è la «famiglia anagrafica» di cui all'art. 4 del d.P.R. 223/1989 nonché le dichiarazioni anagrafiche di cui all'art. 13 del medesimo d.P.R., mentre il contratto di convivenza, ai sensi dei commi 50 e ss. della legge 76/2016, regola i rapporti patrimoniali tra i conviventi e di esso è prevista la registrazione in anagrafe al solo ed unico scopo di consentirne l'opponibilità ai terzi: la registrazione del contratto di convivenza, infatti, produce effetti distinti e non sovrapponibili all'iscrizione anagrafica vera e propria, anzi la presuppone in quanto evento logicamente e giuridicamente successivo all'iscrizione della convivenza di fatto in quanto tale. È dunque contraria alla normativa la richiesta di registrazione di un contratto di convivenza con contestuale richiesta di conseguire automaticamente anche l'iscrizione anagrafica dei contraenti, in quanto l'iscrizione anagrafica è presupposto imprescindibile per la registrazione del contratto.



Ora, è evidente come la giurisprudenza cerchi di combinare le due normative (domestica e di derivazione unionale) attraverso il *trait d'union* del contratto di convivenza, che, oltre ad essere strumento espressamente previsto dalla legge 76/2016 per regolamentare i rapporti (pur, a rigore, patrimoniali) tra conviventi e da redigersi per atto pubblico o scrittura privata autenticata da notaio o avvocato e da registrare all'anagrafe (art. 1, commi 50 ss., l. 76/2016), al contempo, proprio in quanto atto dotato di ufficialità, è strumento idoneo ad integrare la «documentazione ufficiale» richiesta dalla normativa di derivazione europea e dunque atto a consentire il rilascio dell'autorizzazione al soggiorno al *partner* straniero che sia privo di autonomo titolo. Per questa via si tenta, da un lato, di armonizzare la legge 76/2016 con la disciplina sovranazionale (direttiva 2004/38/CE come recepita dal d.lgs. n. 30/2007): del resto, lo stesso considerando n. 14 della direttiva, ai fini del rilascio delle carte di soggiorno da parte degli Stati ospitanti, richiede di «evitare che pratiche amministrative o interpretazioni divergenti costituiscano un indebito ostacolo all'esercizio del diritto di soggiorno dei cittadini dell'Unione e dei loro familiari»; e, specularmente, si offre una lettura della normativa di derivazione U.E. comunque compatibile con la sopravvenuta legge 76/2016, posto che la stabile relazione di fatto viene, sì, ritenuta accertabile anche mediante strumenti diversi dalla dichiarazione anagrafica di cui al comma 37 della legge 76/2016⁷² e nella specie con *documentazione ufficiale*⁷³, ma in ogni caso, a tal fine, rimane strumento privilegiato (per la sua ufficialità e riconoscibilità da parte dell'autorità) il *contratto di convivenza*, che è pur sempre strumento espressamente previsto dalla legge medesima e verosimilmente un indice credibile di stabilità e serietà della relazione. Nella delineata prospettiva, pur in assenza di un titolo di soggiorno propedeutico all'iscrizione anagrafica, la convivenza tra cittadino europeo (compreso il cittadino italiano) e cittadino di Paese terzo, debitamente provata e sottoscritta mediante contratto di convivenza, darebbe diritto all'autorizzazione al soggiorno al convivente extra U.E.

Del resto, va anche considerato che dall'art. 6, comma 7, t.u.imm. emerge, sì, che le iscrizioni anagrafiche dello straniero presuppongono la previa verifica della regolarità del soggiorno⁷⁴, ma è pur vero che alle fattispecie che coinvolgono – come assumiamo in questo studio – coppie formate da almeno un cittadino U.E. si applica, come visto, la disciplina più favorevole di derivazione U.E., la quale, con riferimento ai *partner* di fatto, subordina il diritto del cittadino extra U.E. di accedere sul territorio nazionale di uno Stato membro diverso (come, nella specie, l'Italia) da quello da cui proviene il *partner* cittadino U.E., ed ivi a trattenersi (soggiornare), alla sola condizione del possesso di un passaporto in corso di validità unitamente, per i soggiorni superiori a tre mesi, all'esibizione di documentazione ufficiale attestante l'esistenza di una stabile relazione con il cittadino dell'Unione (artt. 3, 4, 5, 6, 9, 10 d.lgs. 30/2007)⁷⁵. Agevolazioni atte a garantire

⁷² Del resto, l'interpretazione prevalente è nel senso della sua irrilevanza, sul piano sostanziale, e della sua non preclusività sul piano stesso della prova: v. già *supra*, nt. 64.

⁷³ Oltre al contratto di convivenza vengono, per esempio, fatti rilevare: fotografie della coppia presenti sui *social network*, biglietti aerei e ferroviari, conversazioni *whatsapp*, ricevute per prestazioni sanitarie, trasferimenti di denaro, contratto di comodato a dimostrazione della disponibilità dell'alloggio dove la coppia intende stabilirsi, *et similia* (Trib. Modena 29 febbraio 2020, cit.).

⁷⁴ Motivo per cui il modello di convivenza di cui alla legge 76/2016 – per come recepito dalle prassi amministrative – risulta ancor più «inservibile» (così P. MOROZZO DELLA ROCCA, *Il ricongiungimento con il familiare residente all'estero: categorie civilistiche e diritto dell'immigrazione*, Giappichelli, 2020, 27-28) ai fini del ricongiungimento fra *partner* di fatto entrambi cittadini di Stati terzi. Non potendosene trattare in questa sede, sia consentito il rinvio a L. PASCUCCI, *Diritto all'unità familiare dello straniero e "nuovi" modelli di convivenza*, cit., 75 ss., e, in particolare, a commento dell'art. 6 t.u.imm., si legga P. MOROZZO DELLA ROCCA, *Ancora sul convivente senza permesso di soggiorno del cittadino italiano o europeo*, in *Stato civ. it.*, 2023, 47 ss.

⁷⁵ In particolare, per le coppie di fatto con almeno un cittadino U.E., le norme di derivazione europea che pur richiedono, a fini del soggiorno in Italia superiore a tre mesi, l'iscrizione anagrafica del familiare extra U.E. (compreso il *partner* di fatto) prescindono da «un autonomo diritto di soggiorno» (art. 9 d.lgs. 30/2007), mentre le norme del testo unico immigrazione (dunque con riguardo a fattispecie che coinvolgono cittadini entrambi di Stati terzi) prevedono che le iscrizioni anagrafiche dello straniero presuppongono la previa verifica della regolarità del soggiorno (art. 6, comma 7, t.u.imm.).



l'effetto utile della direttiva europea e cioè a rendere effettiva la libertà di circolazione e soggiorno del cittadino U.E. entro il territorio dell'Unione, una libertà che verrebbe inevitabilmente minata ove si negasse o comunque ostacolasse (anziché, come richiesto dalla direttiva, «agevolare») il diritto di soggiorno dei familiari e dunque il diritto al godimento della vita familiare del cittadino U.E., allora dissuaso dall'esercizio della libertà di spostamento tra uno Stato membro e l'altro. E la stessa (o, comunque, analoga, *post* 2013) disciplina si applica alle fattispecie meramente interne⁷⁶, onde scongiurare effetti discriminatori a danno dei cittadini italiani che non abbiano esercitato la libertà di spostamento in altro Stato membro rispetto alla condizione e al trattamento riservati nell'ordinamento nazionale ai cittadini U.E. avvalsi di detta libertà (art. 53 l. 234/2012). Dunque, anche la famiglia di fatto debitamente attestata (*ex* art. 3.2 direttiva) dà luogo al diritto di soggiorno – al traino del cittadino europeo – del *partner* extra U.E., anche se il suo ingresso o soggiorno su territorio U.E. non siano regolari. Ricordiamo, peraltro, che per preservare l'effetto utile della direttiva 2004/38/CE la Corte di giustizia dell'Unione europea⁷⁷ ha statuito che l'eventuale ingresso o soggiorno *irregolare* del «familiare» (*ex* art. 2) del cittadino europeo sul territorio dell'Unione non pregiudica il diritto all'unità familiare riconosciuto dalla direttiva⁷⁸.

In conclusione, ancorché la legge 76 non ammetta anche i conviventi *more uxorio* (ma soltanto gli uniti civilmente, ai sensi del comma 20) all'esercizio del ricongiungimento familiare, le convivenze di fatto, ove formate da almeno un cittadino europeo, devono ritenersi ammesse a godere del diritto all'unità familiare ai sensi della disciplina di derivazione europea. Certo, una estensione delle norme matrimoniali anche alle convivenze, anziché solo alle unioni civili (art. 1, comma 20, l. 76/2016), avrebbe decretato una sorta di ricongiungimento *automatico* anche fra *partner* di fatto (a condizione, ovviamente, di una debita prova della convivenza), posto che, allora, sarebbero risultate applicabili le norme di derivazione europea specificamente dettate per il ricongiungimento fra *coniugi*. In difetto, rimanendo invocabili le sole norme del decreto più restrittivamente dettate per le «relazion[i] stabil[i] debitamente attestat[e]» (art. 3, comma 2), anziché quelle (di maggior favore) riservate ai coniugi (art. 2, lett. b, punto 1), sopperiscono meccanismi di ricongiungimento scevri da ogni automatismo, giacché da un lato – lo ricordiamo – lo Stato ospitante non è tenuto ad autorizzare *de plano* l'ingresso ed il soggiorno ma è richiesto unicamente di *agevolarlo*; dall'altro, deve procedere (dispone la direttiva e l'omologa previsione del decreto) *conformemente alla sua legislazione nazionale*. Dunque, il godimento dell'unità familiare rimane condizionato dalla discrezionalità amministrativa nella soluzione di ogni caso concreto, oltre che permeato da evidenti problemi di coordinamento con la sopravvenuta legge 76/2016⁷⁹, cui solo interpretativamente si è, sino ad ora, offerta risposta, non senza contrasti e non senza

⁷⁶ Ricordiamo, invero, la vigenza dell'art. 23 d.lgs. n. 30/2007, pur recentemente novellato e “corretto” (dal d.l. n. 69/2023), e l'immutato testo dell'art. 28, comma 2, t.u.imm. (v. già par. 3).

⁷⁷ Invero, nella causa *Metock* (CGUE, Grande Sez., 25 luglio 2008, c. 127/08, Baheten Metock et al. c. Irlanda, cit.) la Corte di Giustizia ha dichiarato incompatibile con la direttiva 2004/38/CE (in considerazione dell'art. 8 CEDU) una normativa interna che imponesse la condizione del *previo soggiorno regolare* in uno Stato membro, prima dell'arrivo nello Stato ospitante, quale condizione per ammettere il «familiare» (*ex* art. 2 direttiva) che accompagnasse o raggiungesse il cittadino europeo in uno Stato membro diverso da quello di appartenenza al godimento, nello Stato ospitante, del permesso di soggiorno per motivi familiari, da riconoscersi dunque – statuisce la Corte – a prescindere dall'aver già soggiornato regolarmente in altro Stato membro.

⁷⁸ In adesione alla Corte di giustizia cfr. Cass. 13 febbraio 2020, n. 3876, cit., che afferma il diritto al rilascio della carta di soggiorno, in qualità di familiare, al convivente non coniugato di cittadina europea, ancorché in condizione di soggiorno irregolare. Per una rassegna di precedenti di legittimità, invece, in contrasto con il diritto europeo, così come autenticamente interpretato dalla Corte di giustizia nel caso *Metock*, si veda P. MOROZZO DELLA ROCCA, *Il diritto all'unità familiare e le sue discipline*, cit., 150.

⁷⁹ Precisiamo, peraltro, che le incertezze sull'ammissione o meno del diritto all'unità familiare fra *partner* di fatto riguarda non solo le convivenze *formati in Italia*, e cioè da costituire/formalizzare in Italia, ma ancor più quelle *formati all'estero – id est* «debitamente attestate» in Stati diversi dall'Italia, compresi, a seguito della modifica del 2013, gli Stati extraeuropei –, per le quali si po-



qualche forzatura⁸⁰, con inevitabile *vulnus* – allora – all’esigenza di certezza ed uniformità del diritto che, invero, reclamerebbe di introdurre *a livello legislativo*, attraverso un debito e (im)positivo coordinamento, condizioni (e eventuali precondizioni) di esercizio univoche e unitarie.

Una opzione interpretativa alternativa – onde scongiurare le delineate difficoltà di coordinamento – potrebbe essere quella di “svincolare” totalmente quel «conformemente alla sua legislazione nazionale», con cui la direttiva, all’art. 3.2, rimette alla legislazione dello Stato ospitante la scelta se autorizzare o meno l’ingresso ed il soggiorno del *partner* di fatto (*recte*, la scelta in ordine alla “agevolazione” dell’ingresso ed il soggiorno)⁸¹, dalla disciplina delle convivenze di cui alla legge 76/2016 – del resto sopravvenuta solo a distanza di tempo dall’entrata in vigore del decreto attuativo – e cioè dai requisiti di forma e sostanza cui la stessa ha condizionato la rilevanza della convivenza. Invero, da un lato, la norma interna successiva non potrebbe rendere ineffettiva (per presupposti di rilevanza/mezzi di accertamento della convivenza *più restrittivi*) la norma di derivazione europea, neutralizzando libertà fondamentali previste dal trattato. In secondo luogo, nemmeno v’è, a ben vedere, un rapporto di incompatibilità tra le due discipline, tale da dover far ricorso al criterio cronologico o, data la fattispecie, a quello gerarchico, posto che la normativa di derivazione europea disciplina un solo e specifico profilo di rilevanza (*recte*, effetto) della convivenza *more uxorio*, quello del ricongiungimento familiare, neppure regolamentato dalla legge 76/2016, la quale ultima, e le condizioni diverse dalla stessa previste (ammesso poi ad essere diverse da quelle di derivazione unionale siano realmente le condizioni *così come positivamente previste dalla legge 76*, anziché *per come vivono nelle prassi amministrative*) rileverebbero ad ogni altro fine; con il che, la legge posteriore – in quanto – generale non derogherebbe alla legge speciale precedente e i due regimi normativi conserverebbero entrambi piena efficacia per i rispettivi ambiti di competenza. Nella delineata prospettiva, per non rendere vana la libertà di circola-

ne a monte un problema di riconoscibilità ai sensi dei criteri dettati dalle novelle norme di diritto internazionale privato, che spesso offrono soluzioni parziali (v. *supra*, sub art. 30-*bis* l. 218/1995) e per l’effetto recano un problema di compatibilità con la normativa di derivazione europea. Ove, infatti, dette unioni *de facto* non trovassero ingresso in Italia ai sensi dei meccanismi di diritto internazionale privato, da un lato si pone il problema di una libertà fondamentale garantita dal Trattato che verrebbe resa ineffettiva dalle norme domestiche. Dall’altro, si ripropongono (*recte*, si pongono anche per esse) le criticità legate alla *costituzione in Italia* di una convivenza fra *partner* (e pur, in questo caso, *già partner* attestati in altro Stato) non entrambi residenti in Italia (*id est*, di cui uno sia cittadino straniero irregolare), la convivenza di fatto di cui alla legge Cirinnà essendo istituito destinato (o comunque così applicato) ai soli residenti in Italia, tanto cittadini italiani, quanto cittadini stranieri (dunque, per essere residenti, regolari): cfr. Circolare del Ministero dell’Interno del 6 febbraio 2017, n. 231, in https://www.asgi.it/wp-content/uploads/2017/11/2017_ministero-interno-parere-231.pdf, che afferma che la disciplina delle convivenze *more uxorio ex lege* 76/2016 si applica solo ai cittadini italiani o stranieri residenti in Italia, e altresì precisa che non si applica ai cittadini iscritti in AIRE.

⁸⁰ Pensiamo, infatti, all’imposizione di *condizioni aggiuntive*, a livello di prassi amministrativa, rispetto a quanto più agevolmente richiede la direttiva 2004/38/CE per ammettere il cittadino extra U.E. a godere dell’unità familiare con il *partner* europeo. Quanto all’orientamento giurisprudenziale che vi si oppone, ferma l’attendibilità dell’esito cui ambisce – e pur impregiudicata la necessaria fermezza contro prassi elusive della normativa, da potersi in ogni caso vincere, a prescindere dal lasciapassare dell’iscrizione anagrafica, con gli strumenti all’uopo positivamente previsti (v. *infra*, nel testo di questo paragrafo) – la forzatura si scorge nel *percorso argomentativo* concretamente addotto, posto che all’evidenza il contratto di convivenza, da documento (elemento) accessorio e non necessario nella generalità dei casi, se non appunto ed eventualmente per regolamentare i rapporti patrimoniali tra le parti (art. 1, comma 50, l. 76/2016), assurge ad elemento essenziale con riguardo alle convivenze con cittadini stranieri non regolari sul territorio nazionale. In altri termini, far discendere dal contratto di convivenza, previsto dalla legge come meramente facoltativo e dall’oggetto estremamente limitato, il riconoscimento dell’esistenza del rapporto stesso rappresenta una indubbia forzatura interpretativa non corrispondente alla natura dell’istituto delineato dal legislatore: così S. RAFANELLI, *Il convivente di fatto privo di permesso di soggiorno in possesso del contratto di convivenza: l’iscrizione anagrafica non è dovuta e lo dice anche il Tribunale*, cit., 48.

⁸¹ Art. 3.2 direttiva 2004/38/CE: «Senza pregiudizio del diritto personale di libera circolazione e di soggiorno dell’interessato, lo Stato membro ospitante, *conformemente alla sua legislazione nazionale*, agevola l’ingresso e il soggiorno delle seguenti persone (...)



zione e soggiorno del cittadino U.E. entro il territorio dell'Unione, ostacolando (anziché agevolando) il diritto al godimento della vita familiare, quel «conformemente alla ... legislazione nazionale», con cui la direttiva (art. 3.2) chiama lo Stato membro ospitante ad «agevola[re] l'ingresso» del *partner* di una relazione stabile debitamente attestata, potrebbe allora essere più elasticamente interpretato – malgrado, non lo si nasconde, qualche rischio di forzatura⁸², come sostanzialmente occorso prima della novella del 2016, quando non v'era ancora una regolamentazione (quantomeno organica e generale) delle convivenze – nel senso che il ricongiungimento fra *partner* di fatto con almeno un cittadino U.E. sia condizionato da quanto previsto dalla *normativa nazionale di trasposizione della direttiva*, piuttosto che da quanto previsto dalla (in origine mancante e poi sopravvenuta) *disciplina interna delle convivenze*, e cioè rimesso ai criteri di agevolazione di ingresso e soggiorno previsti (*recte*, introdotti), in attuazione dell'art. 3.2 della direttiva, dal legislatore dello Stato ospitante (d.lgs. 30/2007).

Se non fosse che lo Stato italiano non ha positivamente e concretamente individuato alcun criterio di agevolazione, bensì trasposto pedissequamente (ed allora anche abbastanza inutilmente) l'art. 3.2 della direttiva nell'omologo art. 3, comma 2, d.lgs. 30/2007; salvo – questo sì – il riconoscimento, da parte del Ministero dell'interno, pochi mesi dopo l'entrata in vigore del decreto medesimo, della possibilità in capo al *partner* extra U.E. di cittadino europeo altrimenti privo di autonomo titolo di ingresso e soggiorno di richiedere il rilascio di un permesso di soggiorno per residenza elettiva, ai sensi dell'articolo 5 del decreto legislativo 25 luglio 1998, n. 286, subordinandone l'ingresso al rilascio del visto di ingresso per residenza elettiva⁸³. Eppure – come si è dato conto⁸⁴ – tratta(va)si di una «recezione minimalista dell'art. 3 della direttiva»⁸⁵, con cui le nostre autorità, consapevoli – giacché chiamate a farlo dall'art. 3 della direttiva – di dover in qualche modo facilitare l'ingresso e il soggiorno dei *partner* non coniugati, non hanno comunque fatto ricorso né allo strumento, e connessa disciplina di maggior favore, della carta di soggiorno, né al pur meno impegnativo permesso di soggiorno per motivi familiari⁸⁶, verosimilmente per il timore⁸⁷ che ciò avrebbe decretato il riconoscimento di efficacia dell'istituto della convivenza in un ordinamento ancora non dischiuso ad essa⁸⁸. È dunque evidente l'atteggiamento di cautela massima con cui l'Italia ha inteso dare attuazione al dovere – consacrato nella direttiva e pur formalmente recepito nel decreto attuativo – di *agevolare* la coesione familiare tra i conviventi di fatto (*recte*, tra le parti di relazioni stabili debitamente attestate). Una prudenza che, quantomeno ora che (*recte*, dacché) le convivenze *more uxorio* hanno trovato piena cittadinanza nel nostro ordinamento, dovrebbe (ed invero avrebbe già dovuto) cedere il passo – anche formalmente, tramite una debita riscrittura del d.lgs. 30/2007 o, quantomeno, a livello di prassi amministrativa – a ben altri e più generosi

⁸² Non può, invero, andar negletto il considerando n. 6 della direttiva, il quale prevede che la situazione dei non familiari di cui all'art. 2 debba essere «esaminata dallo Stato membro ospitante sulla base della propria legislazione nazionale, al fine di decidere se l'ingresso e il soggiorno possano essere concessi a tali persone ...».

⁸³ Circolare del Ministero dell'Interno 18 luglio 2007, n. 39, cit.

⁸⁴ V. già par. 3.

⁸⁵ P. MOROZZO DELLA ROCCA, *Cittadinanza europea, libertà di circolazione e famiglie senza matrimonio*, cit., 851.

⁸⁶ P. MOROZZO DELLA ROCCA, *op. ult. cit.*, 851.

⁸⁷ Pur infondato, posto che in entrambi i casi non vi sarebbe stata alcuna iscrizione di atti nei registri dello stato civile: così P. MOROZZO DELLA ROCCA, *op. ult. cit.*, 851.

⁸⁸ Va invero precisato che il permesso di soggiorno per residenza elettiva, ai sensi dell'articolo 5 del decreto legislativo 25 luglio 1998, n. 286, «non comporta un riconoscimento formale e diretto della coesione familiare, che si avrebbe solo col rilascio di un permesso di soggiorno per motivi familiari o della carta di soggiorno per familiari di cittadino europeo. Non costituisce, dunque, quel passo in avanti che, tra i familiari di fatto, soprattutto i *partner* omosessuali hanno cercato e cercano di ottenere, affermando i loro diritti di eguaglianza nella differenza rispetto alle coppie eterosessuali ed in particolare riguardo ai matrimoni eterosessuali»: P. MOROZZO DELLA ROCCA, *op. ult. cit.*, 858.



canali di facilitazione e agevolazione dell'ingresso e soggiorno del cittadino extra U.E. al fianco del *partner* europeo (e correlativa protezione del diritto all'unità familiare), nella direzione di una effettiva attuazione – anziché una mera trasposizione letterale o recezione comunque minimalista o totalmente affidata, com'è allo stato, a prassi e interpretazioni divergenti – delle previsioni della direttiva. Viepiù che i tempi sarebbero ormai sufficientemente maturi per riconoscere ai conviventi *more uxorio* nemmeno più un mero diritto (per quanto opportunamente ampliato) *all'agevolazione* dell'ingresso e soggiorno (art. 3.2, lett. b, direttiva 2004/38/CE), pur sempre rimesso alla discrezionalità amministrativa e scevro da ogni automatismo, bensì un diritto *pieno* (ferma, naturalmente, la prova della convivenza) *all'ingresso e al soggiorno*, sulla falsariga di quanto riconosciuto dalle norme di derivazione unionale ai coniugi e (sia pur con qualche limitazione in più) ai *partner* di unioni registrate: del resto, da un lato, le previsioni della direttiva si atteggiano – come visto – a garanzia “minima”, sempre superabile *in melius* dalle disposizioni interne di attuazione, specie al cospetto di un consenso europeo crescente e ormai pacificamente emergente in ordine al riconoscimento legale delle unioni (*lato sensu*) non coniugali, di contro al mancato raggiungimento di un adeguato livello di condivisione e di prassi comuni tra gli Stati membri all'epoca di emanazione della direttiva, di cui dunque si spiega l'approccio prudente nelle pur presenti aperture verso archetipi familiari diversi dal matrimonio. Dall'altro, è già la direttiva a contenere, sovente, previsioni che *stabiliscono un regime di maggiore protezione rispetto alle misure interne di attuazione, com'è a dirsi delle norme di essa che ammettono al ricongiungimento le convivenze more uxorio purché «debitamente attestat[e]», senza porre limitazioni di sorta alla possibilità di prova della convivenza* (di contro alla perdurante richiesta di «documentazione ufficiale» ex art. 3, comma 2, lett. b, d.lgs. 30/2007).

Nel senso di un vero e proprio «“diritto” soggettivo al soggiorno»⁸⁹ da riconoscersi, ai sensi dell'art. 3, comma 2, lett. b, d.lgs. 30/2007, al convivente extra-europeo di cittadino U.E. (compreso il cittadino italiano) pare da ultimo attestata anche la giurisprudenza di legittimità, la quale, sulla scorta della giurisprudenza di merito (e per il vero anche oltre), interpreta estensivamente l'attestazione con «documentazione ufficiale» di cui al testo della richiamata norma così come novellato dalla Legge europea n. 97/2013, tanto più in una prospettiva di interpretazione conforme al diritto europeo e in particolare all'indicazione contenuta nella citata Comunicazione della Commissione Europea COM 2009 (313) del 2 settembre 2009, secondo la quale la prova della stabilità della relazione tra *partners* può essere fornita «con ogni mezzo idoneo». Sì da ammettere i conviventi a dimostrare la relazione non necessariamente mediante la dichiarazione anagrafica, ma appunto con «ogni mezzo idoneo», compresi i mezzi di prova diversi dai documenti. Nella specie viene ritenuta «prova, seria e rigorosa, della convivenza e del legame familiare esistente tra lo straniero e il cittadino UE.», cui potersi dare ingresso nel giudizio ordinario avverso il provvedimento di diniego da parte dell'amministrazione motivato sulla base della mancata allegazione di «documentazione ufficiale» attestante la convivenza, anche la prova testimoniale⁹⁰.

Non si manchi, da ultimo, e più in generale, di considerare che anziché tramite una restrittiva individuazione – *ex ante* – della cerchia dei «familiari» da ammettere al ricongiungimento o una angusta delimitazione dei presupposti oggettivi di esercizio del diritto, il rischio di un flusso di ingresso incontrollato ed il pericolo (pur concreto) di un esercizio pretestuoso e opportunistico del diritto all'unità familiare (al solo fine di “rego-

⁸⁹ Cass. 24 aprile 2024, n. 11033, in *ForoPlus*.

⁹⁰ Cass. 24 aprile 2024, n. 11033, cit. La sentenza può dirsi solo in parte anticipata dalla già citata Cass. 17 febbraio 2020, n. 3876 e dalla conforme Cass. 18 febbraio 2021, n. 4394, in *ForoPlus*, posto che in detti precedenti la convivenza veniva ritenuta comprovabile, in ogni caso, solo mediante prove documentali (sia pur senza il necessario crisma dell'«ufficialità»).



larizzare” la condizione dello straniero presente sul territorio nazionale) sarebbero più propriamente da arginare con gli strumenti tipicamente volti a contrastare i c.d. negozi familiari di comodo, e cioè i negozi esclusivamente preordinati a scopi estranei alla «causa familiare»⁹¹ (art. 35⁹² e considerando n. 28⁹³ direttiva 2004/38/CE)⁹⁴, oltre che mediante un esame effettivo ed individualizzato della situazione del richiedente, atto a vagliare elementi concreti dell’effettività del rapporto familiare addotto (art. 3 ultimo periodo e considerando n. 6 direttiva 2004/38/CE), sempre ferme – peraltro – le possibili limitazioni al diritto di ingresso e di soggiorno (e connesso diritto alla vita familiare) giustificate da motivi di sicurezza pubblica e ordine pubblico (fra tanti, art. 13 e considerando nn. 22 e 23 direttiva 2004/38/CE).

7. – La direttiva 2004/38/CE, all’art. 2, punto 2, lett. a, non declina la nozione di «coniuge», né offre indicazioni sul sistema giuridico di riferimento cui ancorare il contenuto del termine (come viceversa fa⁹⁵ per la definizione di *partner* di unione registrata). Sì che, a rigore, nulla si oppone ad includere anche il coniuge omosessuale tra i beneficiari di ricongiungimento.

Se non fosse che, all’epoca della emanazione della direttiva, non v’era ancora un consenso sufficiente, in ambito europeo, per una tale estensione, giacché il matrimonio tra persone dello stesso sesso era previsto in soli due Paesi (Belgio e Olanda). Come si rileva dai lavori preparatori, proprio a tali indici – oggi, invero, superati – faceva riferimento il Consiglio nel 2004, respingendo gli emendamenti proposti dal Parlamento e, appunto, optando per una definizione di «coniuge» limitata a *partner* di sesso opposto⁹⁶. Nella successiva Risoluzione del Parlamento europeo del 2 aprile 2009 sull’applicazione della direttiva 2004/38/CE, il Parlamento europeo invitava gli Stati membri a dare piena attuazione ai diritti sanciti dall’articolo 2 e dall’articolo 3 della direttiva 2004/38/CE, e a riconoscere tali diritti anche ai *partner* dello stesso sesso, ma, quanto ai coniugi, specificava «coniugi di sesso diverso», invitando altresì «gli Stati membri a tenere presente che la direttiva impone l’obbligo di riconoscere la libera circolazione di tutti i cittadini dell’Unione (comprese le coppie dello stesso sesso), *senza imporre il riconoscimento dei matrimoni fra persone dello stesso sesso*».

Solo in tempi relativamente recenti il diritto unionale – *recte* l’interpretazione dello stesso fornita dalla Corte di giustizia – si è aperto al ricongiungimento fra coniugi dello stesso sesso. Invero, nel caso *Coman*, la Corte di Giustizia, rovesciando il suo iniziale approccio – assolutamente restrittivo sul punto nel rispetto delle competenze statali in materia di diritto di famiglia – ha, per la prima volta, preso posizione sulla nozione di «coniuge» ai sensi dell’art. 2, par. 2, lett. a, direttiva 2004/38/CE ed accolto una nozione evolutiva e auto-

⁹¹ Espressione di P. MOROZZO DELLA ROCCA, *Il diritto all’unità familiare e le sue discipline*, cit., 155.

⁹² «Abuso di diritto»: «Gli Stati membri possono adottare le misure necessarie per rifiutare, estinguere o revocare un diritto conferito dalla presente direttiva, in caso di abuso di diritto o frode, quale ad esempio un matrimonio fittizio. Qualsiasi misura di questo tipo è proporzionata ed è soggetta alle garanzie procedurali previste agli articoli 30 e 31». In giurisprudenza cfr. Cass. 14 maggio 2024, n. 13189, in *One Legale*; Cass. 19 febbraio 2024, n. 4324, *ibidem*.

⁹³ «Per difendersi da abusi di diritto o da frodi, in particolare matrimoni di convenienza o altri tipi di relazioni contratte all’unico scopo di usufruire del diritto di libera circolazione e soggiorno, gli Stati membri dovrebbero avere la possibilità di adottare le necessarie misure».

⁹⁴ In argomento v. C. MORVIDUCCI, *I diritti dei cittadini europei*, Giappichelli, 2014, 236 ss.; M. DI FILIPPO, *La circolazione dello straniero nel diritto dell’Unione europea: una geometria variabile dei diritti e delle garanzie*, in A.M. CALAMIA, M. DI FILIPPO, M. GESTRI, *Immigrazione, Diritto e Diritti: profili internazionalistici ed europei*, CEDAM, 2012, 189 ss.

⁹⁵ Rinviando, lo ricordiamo, alle condizioni previste dalla legislazione dello Stato membro ospitante, e altresì subordinando al fatto che il vincolo sia stato contratto in uno Stato necessariamente U.E. (art. 2, punto 2, lett. b, direttiva, e omologa previsione del d.lgs. 30/2007).

⁹⁶ Cfr. la Posizione Comune n. 6/2004 definita dal Consiglio il 5/12/2003.



noma, neutra sotto il profilo del genere, idonea a ricomprendere qualunque persona legata al cittadino dell'Unione da un valido vincolo matrimoniale, a prescindere dal sesso⁹⁷. Dalla cui nozione ampia/neutra la Corte trae l'obbligo per lo Stato membro ospitante (che pur, nella specie, era lo Stato di appartenenza ove il cittadino dell'Unione aveva fatto rientro dopo aver esercitato la libertà di circolazione in altro Stato U.E.)⁹⁸ di concedere un diritto di soggiorno per motivi familiari al coniuge extra U.E. di cittadino U.E. dello stesso sesso ai sensi dell'art. 21, par. 1, TFUE, ancorché l'ordinamento interno non consenta il matrimonio tra persone dello stesso sesso⁹⁹; ciò per non privare la direttiva del suo effetto utile, limitando la libertà di circolazione dei cittadini U.E.

Nella quale direzione si era, per il vero, precocemente incamminata, più di dieci anni or sono, qualche nostra corte interna, che aveva riconosciuto al partner extra U.E. coniugato in un Paese membro dell'Unione europea o all'estero con cittadino italiano (o europeo) dello stesso sesso il diritto di soggiorno in Italia e correlativo godimento della vita familiare in virtù della disciplina di derivazione europea a tutela dell'unità familiare fra il cittadino U.E. ed il coniuge anche straniero (art. 2, lett. b, punto 1, d.lgs. 30/2007)¹⁰⁰. Dopo tali decisioni, molti permessi di soggiorno sono stati rilasciati ai cittadini extra U.E. che formavano coppie omosessuali con cittadini italiani (o con cittadini U.E. soggiornanti in Italia) sulla base di matrimoni (o unioni civili) contratti all'estero (intra o extra U.E.). Una prassi che ha occasionato, nel 2012, l'emanazione di una Circolare da parte del Ministero dell'Interno, la quale, pur affermando che il d.lgs. 30/2007, ai sensi dell'art. 10, non consente l'emissione di una carta di soggiorno al coniuge dello stesso sesso, ha riconosciuto come legittima la pratica di quelle autorità di polizia che avevano rilasciato un simile documento di soggiorno¹⁰¹.

Con la svolta segnata dalla Corte di Giustizia, complici il consenso europeo crescente verso il riconoscimento legale, entro l'ordinamento degli Stati membri, delle coppie dello stesso sesso¹⁰² ed i plurimi inviti del Parlamento europeo, alla Commissione e agli Stati membri, a garantire alle coppie *same-sex* parità di diritti rispetto alle famiglie tradizionali¹⁰³, si può dunque concludere che i tempi sono ormai maturi per ritenere ac-

⁹⁷ Corte giust., Grande Sez., 5 giugno 2018, n. 673, Coman, cit. (v. già in nt. 10).

⁹⁸ Nel caso di specie, la direttiva 2004/38/CE risulta applicabile solo per analogia, occorrendo applicare direttamente l'art. 21, par. 1, TFUE, con condizioni che non devono essere più rigorose di quelle previste dalla direttiva. Ricordiamo, invero, che è ormai pacifico nella stessa giurisprudenza della Corte di Giustizia che, ancorché la direttiva 2004/38/CE si applichi a tutti i cittadini dell'Unione che *si spostino* in uno Stato membro diverso da quello di cui hanno la cittadinanza, la stessa possa essere applicata (seppure in via analogica) anche ai cittadini dell'Unione che *ritornino* nel proprio Stato di origine dopo aver esercitato il diritto alla libera circolazione (e dunque soggiornato) in altro Stato dell'Unione: v. già citazioni in nota 10.

⁹⁹ Afferma la Corte che l'art. 21, par. 1, TFUE deve essere interpretato nel senso che osta a che le autorità competenti dello Stato membro di cui il cittadino dell'Unione ha la cittadinanza rifiutino di concedere un diritto di soggiorno al cittadino extra-europeo cui il cittadino dell'Unione si sia unito in matrimonio *same-sex* nell'esercizio della sua libertà di circolazione in altro Stato U.E., adducendo – a pretesa giustificazione del rifiuto – il fatto che l'ordinamento interno non preveda il matrimonio tra persone dello stesso sesso: CGUE, Grande Sez., 5 giugno 2018, n. 673, Coman, cit., par. 51.

¹⁰⁰ Cfr. Trib. Reggio Emilia 13 febbraio 2012, n. 1041, cit.; Trib. Pescara 15 gennaio 2013, in <http://www.articolo29.it>. V. anche Trib. Verona 5 dicembre 2014, in <http://www.certidiritti.it>.

¹⁰¹ Memorandum del 26 ottobre 2012, n. 400/C/2012/8996/IIdiv. Uno studio del 2013 ha evidenziato che, a seguito della suddetta Circolare del 2012, gli uffici dell'immigrazione non fornivano la carta di soggiorno di cui all'articolo 10 della direttiva, ma proponevano un permesso di soggiorno per due anni: Citizens without borders, "Libertà di circolazione e residenza nell'Unione europea, una sfida per la cittadinanza europea", 39.

¹⁰² Ora, attraverso l'equiparazione delle coppie omosessuali ai conviventi *more uxorio*; ora, equiparandole alle coppie unite in matrimonio. Per una valutazione comparatistica delle soluzioni accordate dai vari Stati si veda, tra tanti, A. CORDIANO, *Tutela delle coppie omosessuali ed esigenze di regolamentazione*, in *Famiglia*, 2004, 107-131; C. FORDER, *Riconoscimento e regime giuridico delle coppie omosessuali in Europa*, in *Riv. crit. dir. priv.*, 2000, 107 ss.

¹⁰³ Risoluzione 8 febbraio 1994 sulla parità di diritti per gli omosessuali nella Comunità, in *Medicina e morale*, 1994, n. 6, 1212-1215 (v. anche P. SCHLESINGER, *Una risoluzione del Parlamento europeo sugli omosessuali*, in *Corr. giur.*, 1994, 393); Risoluzione



creditata, quantomeno a livello di diritto europeo ed almeno agli specifici fini del diritto al godimento della vita familiare, una lettura evolutiva della nozione di coniuge, pacificamente inclusiva delle persone dello stesso sesso. Questo almeno: I) ove uno dei coniugi sia un cittadino U.E. c.d. non statico, riconoscendosi al cittadino di Stato terzo, suo familiare, un diritto di soggiorno derivato per effetto dell'esercizio della libertà di circolazione e soggiorno in altro Stato membro: allo scopo, dunque, di consentire il godimento effettivo del contenuto essenziale dei diritti che derivano dallo *status* di cittadino dell'Unione; II) ed ove il matrimonio sia stato celebrato, come occorso nella specie, in uno Stato membro¹⁰⁴.

In attuazione di quanto statuito dalla Corte di Lussemburgo ad interpretazione della direttiva 2004/38/CE, andrà dunque positivamente (*recte*, correttamente) incluso entro il reticolato normativo della (nostra) normativa interna di attuazione il coniuge dello stesso sesso (art. 2, lett. b, punto 1, d.lgs. 30/2007). Con il che, il cittadino di uno Stato membro che eserciti la libertà di circolazione in Italia dovrà poter ivi godere del diritto all'unità familiare con il cittadino di Stato terzo a lui unito in matrimonio *same-sex* in altro Stato U.E. E lo stesso dovrebbe valere per il cittadino italiano che faccia rientro in Italia¹⁰⁵ dopo aver esercitato la libertà di circolazione in altro Stato U.E. ed aver ivi contratto (o comunque in altro Stato membro che lo consentisse) matrimonio omosessuale¹⁰⁶.

16 marzo 2000 sul rispetto dei diritti umani nell'Unione europea; Relazione 10 maggio 2005 sulla protezione delle minoranze e le politiche contro la discriminazione nell'Europa allargata; Risoluzione 18 gennaio 2006 sull'omofobia in Europa.

¹⁰⁴ La sentenza Coman – in effetti – non chiude tutte le questioni, posto che l'equiparazione tra coniuge eterosessuale e coniuge omosessuale, a rigore, opera ai soli fini e nei soli casi che si sono delineati nel testo. Pare comunque ragionevole ritenere che la nozione lata e neutrale di coniuge, accolta ed offerta dalla Corte di Lussemburgo, possa essere estensivamente applicata (o analogicamente estesa) anche quando: 1) il cittadino dell'Unione non abbia mai esercitato la libertà di circolazione in altro Stato membro: ricordiamo, invero, l'orientamento estensivo della stessa Corte di Giustizia, volto ad ampliare l'applicazione dei principi eurounitari sostanzialmente anche a situazioni meramente interne (v. già citazioni in nota 11); 2) il matrimonio omosessuale si stato contratto in uno Stato terzo (che naturalmente lo ammetta): ricordiamo, invero, che l'art. 2, punto 2, lett. a, della direttiva, oltre a non rinviare, per la qualificazione di *coniuge* da ammettere al ricongiungimento, a differenza dell'art. 2, punto 2, lett. b sull'*unione registrata*, alle condizioni previste dalla legislazione dello Stato membro ospitante, nemmeno condiziona, sempre a differenza dell'art. 2, punto 2, lett. b, al fatto che il vincolo sia stato contratto in uno Stato necessariamente U.E. (v. già par. 4 e, *funditus*, L. PASCUCCI, *Diritto all'unità familiare dello straniero e "nuovi" modelli di convivenza*, cit., 130 ss.).

¹⁰⁵ Ciò, sia in virtù delle aperture contenute nella stessa giurisprudenza della Corte di Giustizia, incline, come visto (v. già citazioni in note 10 e 49), ad estendere le disposizioni della direttiva 2004/38/CE (in via analogica o tramite applicazione diretta delle norme del Trattato) alle fattispecie di rientro del cittadino U.E. nel suo Stato di appartenenza dopo aver esercitato la libertà di circolazione in diverso Stato membro; sia per espresso disposto di una nostra norma interna di attuazione, l'art. 23 d.lgs. 30/2007, la quale, anche come da ultimo novellata, estende – come si è dato conto nel par. 3 – le previsioni del decreto medesimo, se più favorevoli, ai familiari non aventi la cittadinanza italiana dei cittadini italiani «che hanno esercitato il diritto di libera circolazione in ambito europeo» (art. 23, comma 1), compresi dunque i cittadini italiani che, dopo essersi spostati in altro Stato membro, facciano rientro nel proprio Paese d'origine ed ivi intendano godere della vita familiare altrove iniziata o comunque condotta.

¹⁰⁶ Quanto, infine, ad una eventuale estensione delle (più favorevoli) norme di derivazione unionale anche al cittadino italiano c.d. statico, che non abbia, cioè, esercitato la libertà di circolazione in altro Stato membro e che pur rivendichi il diritto all'unità familiare in Italia con il *partner* straniero dello stesso sesso cui si sia unito in matrimonio – per esempio – in uno Stato extra U.E., ciò parrebbe ammissibile in applicazione del pur novellato art. 23 d.lgs. 30/2007, il cui neo introdotto comma 1-*bis* – ancorché, come visto, meno generosamente rispetto alla originaria formulazione del 2007 – riconosce comunque un titolo di soggiorno al cittadino di Stato terzo familiare del cittadino italiano che non abbia esercitato la libertà di circolazione. Ove poi il fatto che il matrimonio omosessuale sia stato contratto in uno Stato extra U.E. si ritenga rappresentare, più che la “staticità” stessa del cittadino italiano, un ostacolo ad applicare alle fattispecie meramente interne la normativa di derivazione unionale, così come interpretata dalla Corte di Giustizia nel caso Coman – ove, come visto, la Corte parrebbe a rigore limitare ai matrimoni omosessuali contratti *in Stati U.E.* (ma per una lettura critica v. nota 104) – nondimeno il diritto all'unità familiare tra il cittadino italiano statico e il coniuge straniero *same-sex* potrebbe ricevere tutela alla stregua del diritto nazionale sull'immigrazione, se debitamente coordinato (dato il silenzio normativo e la mancanza di qualsivoglia adeguamento formale allo *ius superveniens*) con la novella del 2016. Ricordiamo, invero, che: – ai sensi dell'art. 28, comma 2, t.u.imm., ai familiari stranieri di cittadini italiani possono applicarsi, in luogo delle disposizioni del d.lgs. n. 30/2007 (che ha sostituito



Va, infine, da sé che, per quanto accolta agli specifici fini della direttiva 2004/38/CE, la lettura evolutiva fatta propria dalla Corte di Giustizia dovrebbe essere importata, a pena di determinare un trattamento differenziato basato sulla nazionalità, privo di giustificazione oggettiva e ragionevole, anche nel diritto dell'immigrazione, permeando la nozione di «coniuge» di cui all'art. 29, comma 1, lett. a, t.u.imm. e connesso art. 4.1, lett. a, direttiva 2003/86/CE, sì da consentire il ricongiungimento familiare anche fra coniugi omosessuali di cittadinanza interamente extraeuropea (*id est*, entrambi cittadini di Stati terzi). Un ricongiungimento da potersi, per il vero, già ammettere – pur solo in via interpretativa, dato il silenzio normativo – alla luce del diritto nazionale sull'immigrazione, (se) debitamente coordinato con la novella di diritto di famiglia del 2016, comprensiva delle norme di diritto internazionale privato che l'hanno completata. Le quali norme di conflitto, così come interpretate dalla Corte di Cassazione, consentono di riconoscere piena efficacia di matrimonio – in base alla legge nazionale dello straniero che lo ammetta – al matrimonio omosessuale contratto all'estero da cittadini entrambi stranieri¹⁰⁷; sì che ai componenti di dette unioni, in quanto a tutti gli effetti *coniugi*, dovrebbe per l'effetto essere consentito di godere – *inter alia* – del diritto al ricongiungimento familiare come positivamente riconosciuto ai coniugi dall'art. 29, comma 1, lett. a, t.u.imm. Ebbene, l'interpretazione *gender-neutral* di coniuge fatta propria dalla Corte di Giustizia può contribuire ad offrire un ulteriore ed efficace indice – in chiave ermeneutica – a favore del ricongiungimento familiare (anche) fra coniugi omosessuali entrambi cittadini extra-europei.

il d.P.R. n. 1656/1965), se più favorevoli le norme del t.u.imm.; – che le norme del t.u.imm. sul ricongiungimento familiare tra coniugi sono ormai da estendersi, a seguito della novella del 2016, agli uniti civilmente (art. 1, comma 20, l. 76/2016); – ed aggiungiamo ora che le norme di diritto internazionale privato che hanno completato la Legge Cirinnà prevedono (*recte*, vengono interpretate nel senso) che il matrimonio omosessuale contratto all'estero da almeno un cittadino italiano produca in Italia gli effetti dell'unione civile regolata dalla legge italiana (art. 32-*bis* l. 218/1995, su cui v. nota 107). Sì che, in qualità di (*recte*, riqualificati in) uniti civilmente, la coppia mista di coniugi omosessuali dovrebbe essere ammessa al ricongiungimento familiare alla stregua delle norme del t.u.imm. relative ai coniugi (artt. 29 e 30), da estendersi agli uniti civilmente ai sensi dell'art. 1, comma 20, l. 76/2016.

¹⁰⁷ Ivi potendo limitare a brevi cenni (e rinviando a L. PASCUCCI, *Diritto all'unità familiare dello straniero e "nuovi" modelli di convivenza*, cit., 114 ss.), valga semplicemente il rilievo che a seguito della entrata in vigore della legge Cirinnà, e della relativa disciplina attuativa, è stato testualmente previsto che i matrimoni omosessuali celebrati all'estero producano gli effetti dell'unione civile regolata dalla legge italiana (ma) solo ove contratti da cittadini entrambi italiani: neo-introdotta art. 32-*bis* l. 218/1995 e art. 1, comma 28, l. 76/2016. L'art. 32-*bis* non interviene, invece, sull'efficacia in Italia dei matrimoni omosessuali contratti all'estero da due cittadini stranieri, e la sua formulazione è dubbia anche con riguardo a quelli celebrati fra uno straniero ed un cittadino italiano (c.d. matrimoni misti). Sul punto è intervenuta la Corte di Cassazione (Cass. 14 maggio 2018, n. 11696, in *Nuove leg. civ. comm.*, 2018, 1436 ss., con nota (critica) di V. CAREDDA, *Matrimonio "misto": efficacia e trascrivibilità*, e in *Fam. dir.*, 2019, 136 ss., con nota di M.L. SERRA, *Sulla trascrizione del matrimonio omosessuale estero e diritti fondamentali della persona*), la quale ha applicato il medesimo regime giuridico di cui all'art. 32-*bis* ai matrimoni misti, con necessaria conversione dell'unione coniugale in unione civile (v. già in nota 106), mentre ha escluso l'applicazione della norma all'ipotesi in cui venga richiesto il riconoscimento di un matrimonio contratto all'estero da due cittadini stranieri, da trasciversi dunque «come tale, senza operare alcuna conversione», conservando l'efficacia originaria. Di conseguenza, per il matrimonio *same-sex* contratto all'estero da cittadini entrambi di Stati terzi, il meccanismo di riconoscimento sarà quello generalmente applicabile in base alle norme di diritto internazionale privato, con conseguente operatività dei criteri di collegamento stabiliti negli articoli da 26 a 30 l. 218/1995 o, ove applicabili, dei regolamenti U.E. in materia matrimoniale; il riconoscimento sarà cioè «subordinato – oltre che all'accertamento della validità formale del matrimonio sulla base delle leggi alternativamente richiamate dall'art. 28 della legge n. 218/1995 – al fatto che, fatti salvi gli effetti del rinvio, la legge nazionale di entrambi i coniugi, richiamata dal precedente art. 27, preveda il matrimonio omosessuale» (D. DAMASCELLI, *La legge applicabile ai rapporti patrimoniali tra coniugi, uniti civilmente e conviventi di fatto nel diritto internazionale privato italiano e europeo*, in *Riv. dir. int.*, 2017, 1103 ss., spec. par. 2).



ILARIA MASPEL

Ricercatrice di Diritto privato – Università Statale di Milano

LIQUIDAZIONE CONCORSALE DEI BENI EREDITARI E LEGATO IN SOSTITUZIONE DI LEGITTIMA

SOMMARIO: 1. La liquidazione dell'eredità beneficiata e l'opposizione dei creditori. – 2. Lo stato di graduazione. – 3. (segue) Pluralità di legati di specie e ordine di preferenza in caso di alienazione dei legati di cosa determinata ex art. 499, comma 3, c.c. – 4. Il legato in sostituzione di legittima. – 5. (segue) Stato di graduazione e legato in sostituzione di legittima.

1. – L'erede che ha accettato l'eredità con beneficio di inventario, dopo aver effettuato l'inventario nei termini di legge, trascorso un mese dalla trascrizione della dichiarazione di accettazione ovvero, nel caso di inventario successivo alla dichiarazione, dalla annotazione della data di compimento dello stesso, deve procedere al pagamento dei creditori dell'eredità e dei legatari, qualora ve ne siano.

La legge prevede due possibili scenari. L'erede può rimanere inerte e attendere che i creditori e i legatari si presentino per il pagamento o la consegna di quanto loro dovuto; in tal caso, i creditori rimasti insoddisfatti possono agire in regresso nei confronti dei legatari nei limiti del valore della cosa legata. Oppure, l'erede può avviare la procedura di liquidazione ai sensi dell'art. 499 c.c.¹.

La liquidazione concorsuale dell'eredità è obbligatoria qualora uno dei creditori ovvero dei legatari faccia opposizione ai pagamenti individuali² entro il termine di un mese dalla trascrizione dell'accettazione beneficiata o dalla annotazione della data di compimento dell'inventario³, nonché nel caso in cui lo stesso erede decida di avvalersene.

La conseguenza del mancato rispetto della procedura di liquidazione è la decadenza dal beneficio di in-

¹ Sul tema si v., R. Brama, *Accettazione di eredità con beneficio di inventario*, Milano, 1987; Id., *Liquidazione dei beni ereditari*, in *Temì romana*, 1985, p. 908 ss.; L. Cavalaglio, in *Delle successioni*, a cura di V. Cuffaro-F. Delfini, in *Comm. cod. civ.*, diretto da E. Gabrielli, I, Torino, 2009, p. 316; M. Ferrario Hercolani, *L'accettazione dell'eredità con beneficio di inventario*, in *Tratt. di diritto delle successioni e donazioni*, dir. da Bonilini, I, *La successione ereditaria*, Milano, 2009, p. 1259; L. Ferri, *Successioni in generale. Art. 456-511*, in *Comm. Scialoja Branca*, 3° ed., Bologna-Roma, 1997; P. Lorefice, *L'Accettazione con beneficio di inventario*, in *Tratt. breve delle successioni e donazioni*, a cura di P. Rescigno, I, 2°, Padova, 2010, p. 342; U. Natoli, *L'amministrazione dei beni ereditari*, Milano, 1968.

² Per determinare l'instaurazione della procedura concorsuale è sufficiente l'opposizione anche di uno solo dei creditori o dei legatari.

³ R. Brama, *Liquidazione dei beni ereditari*, cit., p. 908, precisa che trascorso il termine di cui all'art. 495 c.c. creditori e legatari non possano più chiedere la liquidazione concorsuale. Tuttavia, perché inizi a decorrere il termine deve esser stato pubblicato l'inventario definitivo e a tal fine il pubblico ufficiale ha l'obbligo di chiedere l'inserzione dell'annotazione del "compimento" dell'inventario nel registro delle successioni (art. 484 ult. comma, c.c.).



ventario⁴, che può esser fatta valere solo dai legatari o dai creditori del *de cuius*⁵.

La liquidazione dell'eredità, sia essa intrapresa per opposizione o per libera iniziativa dell'erede, è regolata agli artt. 498 c.c. e ss., in cui sono previste tutte le fasi del procedimento.

In particolare, l'erede beneficiato, cui sia stato notificato l'atto di opposizione deve, entro un mese dalla notifica, incaricare un notaio del luogo dell'aperta successione⁶, per invitare tutti i creditori e i legatari a presentare, in un termine stabilito dal pubblico ufficiale, e in ogni caso non inferiore a trenta giorni, le dichiarazioni di credito⁷.

L'intervento del notaio, oltre a quello del giudice necessario per la vendita dei beni dell'asse *ex art.* 474 c.p.c., è posto dalla legge a garanzia degli eventuali altri coeredi assenti⁸ e dei creditori⁹.

La *ratio* della norma, infatti, è quella di garantire la liquidazione dei beni ereditari nell'interesse di tutti i creditori e legatari, secondo l'ordine di priorità stabilito dalla legge¹⁰.

Eseguita la pubblicazione dell'invito alle dichiarazioni di credito, non possono essere più intraprese pro-

⁴ In tal senso, L. Ferri, *Successioni in generale. Art. 456-511*, cit., p. 414; U. Natoli, *L'amministrazione dei beni ereditari*, cit., p. 292 ss. In giurisprudenza, Cass. civ., 20 maggio, 1954, n. 1620, in *Foro pad.*, 1954, I, 1217. Anche se la decadenza dal beneficio di inventario sembrerebbe prevista proprio dal sistema e, in particolare, dall'art. 505 c.c. che sancisce "l'erede che, in caso di opposizione, non osserva le norme stabilite dall'art. 498 c.c. (...) decade dal beneficio d'inventario", secondo una parte della dottrina, non vi sarebbe decadenza in tal caso, ma solo la responsabilità personale dell'erede nei confronti dei creditori danneggiati dall'intempestivo pagamento: v. A. Cicu, *Successioni per causa di morte, Parte generale: delazione ed acquisto eredità*, in *Tratt. Cicu-Messineo*, XLII, Milano, 1961, p. 301; F.S. e G. Azzariti- G. Martinez, *Successioni per causa di morte e donazioni*, Padova, 1973, p. 272.

⁵ Si v. in proposito la Relazione del Guardasigilli, par. 249 in cui si legge che: "per quanto concerne l'istituto del beneficio di inventario anche fuori dei casi della procedura concorsuale, ho voluto esplicitamente fissare la regola (art. 505) che in ogni caso la decadenza dal beneficio può essere fatta valere solo dai creditori del defunto o dai legatari, per l'ovvia ragione che la sanzione della decadenza è comminata dalla legge per violazione di norme stabilite a tutela degli interessi di tali creditori".

⁶ Non è ammissibile, per l'unitarietà che deve avere necessariamente la procedura, che più coeredi designino differenti notai; pertanto, in siffatta ipotesi opererà la regola della prevenzione, nel senso che l'erede che si sia attivato per primo, preclude agli altri eredi, salvo diverso accordo fra i medesimi, la scelta di un diverso notaio. In tal senso: A. Cicu, *Successioni per causa di morte*, cit., p. 301, concorde, R. Brama, *Liquidazione dei beni ereditari*, cit., p. 922.

⁷ L'invito è trasmesso tramite lettera raccomandata ai creditori e ai legatari dei quali sia noto il domicilio o la residenza; in ogni caso, l'avviso deve essere pubblicato sul foglio degli annunci legali e tale pubblicazione è considerata idonea a far decorrere il termine per la presentazione delle dichiarazioni di credito per tutti i creditori e i legatari, anche per quelli di cui sia ignota la residenza (cfr. R. Brama, *La liquidazione dei beni ereditari*, cit., p. 915). Secondo una parte della dottrina, i creditori ipotecari, data la pubblicità della loro causa di prelazione, devono essere compresi nello stato di graduazione anche in mancanza di dichiarazione e così dovrebbero essere ricompresi tutti i creditori di cui sia nota l'esistenza all'erede (U. Natoli, *L'amministrazione dei beni ereditari*, cit., p. 299, con riferimento ai creditori ipotecari; G. Azzariti, *Le successioni e le donazioni*, Napoli, 1990, 137; R. Brama, *op. cit.*, p. 918; *contra* G. Grosso-A. Burdese, *Le successioni, Parte generale*, in *Tratt. Vassalli*, Torino, 1977, p. 485). Si discute, inoltre, se ai creditori che non presentino nel termine fissato la dichiarazione di credito risulti preclusa la possibilità di partecipare alla liquidazione concorsuale, restando loro, *ex art.* 502, comma 3, c.c., solo l'azione nei limiti di quanto eventualmente residui dal soddisfacimento dei creditori collocati nello stato di graduazione oppure se possano essere inclusi anche i creditori tardivi, che abbiano fatto opposizione, pur non presentando la dichiarazione nei termini. La giurisprudenza della Suprema Corte è unanime nel ritenere che una volta scaduto il termine decorrente dalla pubblicazione dell'invito sul foglio degli annunci legali, non è più possibile partecipare allo stato di graduazione, in quanto la *ratio* della disciplina va ravvisata nell'esigenza di economia processuale connessa alla necessità di concludere entro tempi ragionevoli la liquidazione delle attività dell'eredità (Cass. civ., 19 ottobre 1994, n. 8527, in *Vita not.*, 1995, p. 832; Cass. civ., 13 agosto 2018, n. 20713; Cass. civ., 20 novembre 2019, ord. n. 30247).

⁸ A. Cicu, *Successioni per causa di morte*, cit., p. 301. Parte della dottrina ritiene che l'alienazione dei beni rientranti nella procedura non possa essere autorizzata ove il ricorso *ex art.* 474 c.c. non sia sottoscritto anche dal notaio (in tal senso: L. Ferri, *Successioni in generale*, cit., p. 414; concorde L. Cavalaglio, *sub art.* 499 c.c., in *Delle successioni*, cit., p. 316; *contra*, R. Brama, *Liquidazione dei beni ereditari*, cit., p. 914).

⁹ G. Grosso-A. Burdese, *Le successioni*, cit., p. 483.

¹⁰ In ogni caso, alla luce di quanto previsto dall'art. 503, comma 2, c.c., sembra ammissibile il pagamento di creditori ipotecari o privilegiati già prima della scadenza del termine per l'opposizione.



cedure esecutive individuali a istanza dei singoli creditori e, se promosse, l'erede dovrà opporsi contestando il diritto del singolo creditore a procedere in via esecutiva sui beni inventariati dopo la pubblicazione dell'avviso di cui all'art. 498 c.c.¹¹.

2. – Nell'ambito della procedura di liquidazione concorsuale, la fase più importante è quella della formazione dello stato di graduazione, ossia il progetto di ripartizione dell'attivo ereditario.

Dopo la liquidazione dei beni caduti in successione nella misura necessaria per soddisfare i creditori e i legatari, oppure dopo la vendita di tutti i beni ereditari, l'erede deve procedere, sempre con l'assistenza del notaio, a formare lo stato di graduazione. In tale fase non è previsto l'intervento dei creditori e dei legatari, i quali possono solo promuovere un reclamo avverso il piano di ripartizione ai sensi dell'art. 501 c.c.¹². Non vi è un termine di legge per la liquidazione, né per la formazione dello stato di graduazione, in quanto le tempistiche possono variare in base alla consistenza dell'asse ereditario, ma un termine può essere assegnato dall'autorità giudiziaria su istanza di alcuno fra creditori o legatari¹³.

L'ordine di preferenza in base al quale formare lo stato di graduazione è fissato dalla legge: i creditori ereditari, anche chirografari, sono preferiti ai legatari; di conseguenza, la prima graduazione viene svolta fra i creditori e, solo se vi è un residuo, si forma la seconda relativa ai legatari¹⁴.

La preferenza dei creditori sui legatari è fondata sulla regola *nemo liberalis, nisi liberatus*, che nel diritto successorio è volta a risolvere i conflitti di interesse fra creditori e aventi causa a titolo particolare *mortis causa* del *de cuius*¹⁵.

Nel vigore del codice abrogato, se era indubbio che i creditori prevalessero sui legatari di quantità (art. 977 cod. civ. abr.), si discuteva se la norma si applicasse anche ai legatari di specie oppure se essi fossero esentati dal pagamento dei debiti ereditari. Il legislatore del '42 ha seguito la prima soluzione, che era quella

¹¹ R. Brama, *Liquidazione dei beni ereditari*, cit., p. 915, il quale rileva che in caso di mancata opposizione l'erede dovrebbe rispondere dei danni cagionati agli altri creditori per effetto dell'espropriazione forzata su un bene ereditario laddove questa abbia pregiudicato i loro diritti di credito. L'art. 506 c.c. specifica che tuttavia possono essere continuate le procedure esecutive già in corso all'epoca dell'opposizione, ma la parte di prezzo che eventualmente residua dopo il pagamento dei creditori privilegiati o ipotecari dovrà poi essere distribuita secondo lo stato di graduazione previsto dall'art. 499 c.c.

¹² La formazione del passivo consiste in un atto notarile che contiene la collocazione dei crediti secondo i relativi diritti di prelazione. A differenza che nella procedura fallimentare, in cui la sussistenza dei crediti deve essere accertata da parte dell'autorità giudiziaria attraverso il procedimento regolato dagli artt. 52 ss. l. fall. cui sono tenuti i creditori che intendano insinuarsi al passivo, nella liquidazione concorsuale dell'eredità il riconoscimento dei crediti è lasciato all'erede, che vi provvede con il notaio, fatta salva la facoltà di reclamo ex artt. 501 c.c. – 778 c.p.c. da parte dei creditori o legatari avverso il piano di riparto. Cfr. R. Brama, *Liquidazione dei beni ereditari*, cit., p. 917.

¹³ P. Lorefice, *L'accettazione con beneficio di inventario*, cit., p. 358.

¹⁴ L. Cavalaglio, in *Delle successioni*, cit. p. 319.

¹⁵ D. Rubino, *La massima nemo liberalis, nisi liberatus nel diritto successorio del nuovo codice civile*, in *Riv. dir. civ.*, 1941, p. 14. L'A. ritiene che la regola di cui alla massima n.l.n.l. operi non solo nell'ipotesi di eredità beneficiata, ma anche di eredità accettata puramente e semplicemente, e così afferma: "la preferenza dei creditori ereditari sui legatari è stata esplicitamente sancita solo in materia di eredità beneficiata, ma questa ubicazione della norma è da ritenere occasionale e non legata da particolari ragioni al beneficio di inventario: quest'ultimo tutela gli eredi di fronte ai creditori, mentre la massima n.l.n.l. tutela i creditori ereditari di fronte ai legatari (...) i soli presupposti cui la legge fa riferimento sono l'insufficienza del patrimonio e il concorso dei creditori ereditari coi legatari. Questi presupposti ricorrono anche nell'ipotesi ora considerata [i.e. l'accettazione dell'eredità pure e semplice, n.d.r.] e quindi danno luogo ad un'analogia fra essa e l'ipotesi sub I [eredità beneficiata, n.d.r.] sempre per quanto riguarda la massima n.l.n.l." (cfr. pp. 16-17). *Contra*, A. Cicu, *Successioni per causa di morte*, cit., p. 302, secondo il quale la preferenza dei creditori sui legatari non vale in caso di accettazione non beneficiata e pertanto non può valere nemmeno in caso di decadenza dal beneficio.



privilegiata dalla giurisprudenza di legittimità, e ha esplicitamente stabilito la preferenza dei creditori sui legatari, anche su quelli di cosa certa¹⁶.

Secondo la regola generale fissata dall'art. 2741 c.c., anche nella graduazione dell'attivo ereditario, i creditori sono classificati secondo i loro diritti di prelazione: pertanto, quelli privilegiati e ipotecari sono collocati per l'intero credito secondo i rispettivi titoli di pozziorità e, dopo di essi, i chirografari, in proporzione dei relativi crediti¹⁷. Qualora il bene oggetto del privilegio non sia sufficiente a soddisfare gli aventi diritto, essi concorrono per la somma residua insieme ai creditori chirografari sui rimanenti beni¹⁸.

Nel caso in cui vi siano ancora attività da distribuire, ai creditori seguono i legatari, per i quali vige il medesimo criterio di proporzionalità previsto per i creditori chirografari¹⁹.

Tale regola vale per i legati di genere, mentre per i legati di specie, i quali sono già passati *ipso iure* per effetto dell'apertura della successione in capo all'avente diritto, non può parlarsi di preferenza, poiché questi ultimi non sono titolari di un diritto di credito concorrente con i primi, bensì di un diritto di proprietà sul bene oggetto dell'attribuzione a titolo particolare²⁰.

L'art. 499, comma 3, c.c., prevede però un'eccezione al principio di relatività degli effetti degli atti e all'impossibilità di disporre di un bene altrui, poiché attribuisce agli eredi beneficiati la facoltà di alienare il bene oggetto di un legato di specie (e quindi non più parte del patrimonio ereditario) laddove l'attivo ereditario non sia sufficiente a soddisfare i creditori. In tal caso è previsto che, sulla somma che residua dopo il pagamento dei creditori, il legatario di specie deve essere preferito agli altri legatari²¹.

Si ritiene che il fondamento della norma sia costituito dall'esigenza di giustizia di far prevalere chi *certat de damno vitando* rispetto a chi *certat de lucro captando*²².

La norma però lascia aperte due questioni, di non agevole soluzione, sulle quali sembra che – ad oggi – la giurisprudenza non abbia avuto modo di pronunciarsi.

La prima riguarda il criterio in base al quale, in presenza di più legati di specie, si debba procedere all'alienazione dell'uno piuttosto che dell'altro in caso di insufficienza dell'attivo ereditario per soddisfare tutti i creditori.

La seconda attiene al criterio di graduazione che deve essere seguito laddove fra i legatari vi sia un legato in sostituzione di legittima.

¹⁶D. Rubino, *op. loc. ult. cit.*

¹⁷L. Cavalaglio, in *Delle successioni*, cit. p. 319.

¹⁸A. Cicu, *Successioni per causa di morte*, cit., p. 301; L. Ferri, *Successioni in generale. Art. 456-511*, cit., p. 415. Per quanto concerne gli interessi, quelli dei creditori chirografari sono sospesi dalla data di pubblicazione dell'invito sul foglio degli annunci legali (art. 506, ult. comma, c.c.); invece, per i crediti assistiti da privilegio gli interessi continuano a decorrere, come risulta, per esclusione, proprio dall'art. 506, ult. comma, c.c., nonché in conformità a quanto stabilito dall'art. 2749 c.c. sull'estensione del privilegio agli interessi. Su tale aspetto, si v. anche la Relazione del Guardasigilli, § 248 "tralasciando gli emendamenti di natura formale, due punti meritano particolare rilievo (...) l'altro rilievo concerne la questione del decorso degli interessi dei crediti. Considerando che la consistenza del passivo, per le esigenze stesse della procedura concorsuale, a un dato momento deve essere fissata, ho inserito una disposizione che stabilisca la sospensione degli interessi – limitatamente, però, ai soli crediti chirografari, in coerenza con i principi che regolano le procedure concorsuali – dall'inizio della procedura, senza tuttavia escludere il diritto dei creditori al collocamento, compiuta la liquidazione, degli interessi sugli eventuali residui".

¹⁹L. Cavalaglio, in *Delle successioni*, cit. p. 320.

²⁰L. Ferri, *Successioni in generale. Art. 456-511*, cit., p. 415 rileva che: "impropriamente, forse, l'ultimo comma dell'articolo in esame parla di preferenza del legatario di specie nei confronti degli altri legatari. Non si può far questione di preferenza fra chi è titolare di un diritto di proprietà su un bene (legato di specie) e i legatari di quantità che sono semplici creditori"; in tal senso anche A. Cicu, *Le successioni*, cit., p. 301.

²¹In altri termini, sul "ricavato delle vendite del bene legato si soddisfano i creditori e quanto eventualmente rimane va restituito al legatario che vi ha diritto in quanto proprietario": L. Ferri, *op. loc. ult. cit.*

²²L. Ferri, *op. loc. ult. cit.*



3. – Come si è anticipato, il Codice del '42, innovando rispetto alla disciplina precedente, che lasciava aperta la questione se, in sede di liquidazione dell'eredità beneficiata, i creditori prevalessero anche sui legatari di specie²³, ha esplicitamente anteposto nello stato di graduazione i creditori ai legatari e ha altresì previsto, in via di eccezione al principio generale che vieta gli atti di disposizione sui beni altrui, che anche i legati di cosa determinata possano essere alienati dall'erede per la soddisfazione dei creditori dell'eredità, fermo restando che i legatari concorrono al pagamento dei debiti del defunto solo nel caso in cui i beni ereditari non risultino sufficienti.

La questione che si pone è quindi quella di stabilire con che ordine l'erede tenuto alla liquidazione concorsuale debba procedere all'alienazione dei legati di specie.

In mancanza di una regola specifica, si ritiene possa applicarsi in via analogica il criterio della riduzione proporzionale indicato dal codice all'art. 558, comma 1, c.c. per la reintegra della quota di legittima. In tale fattispecie, il legislatore ha previsto la riduzione proporzionale delle disposizioni testamentarie lesive quale criterio sussidiario da attuare nel caso in cui testatore non abbia stabilito un ordine di preferenza fra i vari lasciti²⁴.

Ovviamente, nell'ipotesi di liquidazione concorsuale dell'eredità, i legatari concorrono ciascuno in proporzione al valore del proprio legato e, in ogni caso, in misura non superiore ad esso²⁵.

Siffatta soluzione interpretativa, che prevede la liquidazione di tutti i beni legati affinché con il ricavato si soddisfino proporzionalmente i creditori, sconta il fatto che in tal modo, indipendentemente dal rapporto fra il valore dei beni oggetto di legato e l'ammontare del passivo ereditario, tutte le disposizioni a titolo particolare del *de cuius* vengono meno.

Tale lettura appare tuttavia preferibile, almeno per un duplice ordine di ragioni. In primo luogo, essa applica in via analogica la disciplina di una fattispecie per certi profili assimilabile; peraltro, l'art. 558 c.c. prevede la possibilità che il testore stabilisca un ordine di preferenza: facoltà che il *de cuius* ben potrebbe esercitare anche in relazione al criterio da seguire nell'eventualità in cui i legati debbano essere venduti per far fronte ai debiti dell'eredità. In secondo luogo, tale soluzione appare più equa e idonea a contemperare le ragioni dei creditori dell'eredità, la volontà del *de cuius* (che se avesse inteso prediligere un legato avrebbe potuto specificarlo nel testamento) e l'interesse dei legatari a mantenere il bene: invero, nell'ambito della liquidazione concorsuale dell'eredità, la vendita dei beni ereditari è sempre soggetta alla preventiva autorizzazione del giudice e, nel caso di legato, il ricorso deve essere notificato anche al legatario, il quale potrà proporre reclamo avverso il decreto di autorizzazione alla vendita²⁶ ovvero offrire il corrispettivo in denaro e mantenere il bene oggetto del legato²⁷.

²³ All'art. 977 cod. abr. era infatti espressamente previsto solo che i creditori dovessero essere preferiti ai legati di quantità.

²⁴ Si ritiene che la volontà del testatore di preferire talune disposizioni ad altre debba risultare in modo non equivoco, ancorché non è necessario che venga dichiarato in modo espresso: L. Ferri, *Delle successioni – Dei legittimari (artt. 536- 564)*, in *Comm. Scialoja – Branca*, Bologna-Roma, 1981, p. 216; L. Mengoni, *Successioni per causa di morte. Parte speciale. Successione necessaria*, in *Tratt. dir. civ. e comm.*, già dir. da A. Cicu-F. Messineo e continuato da L. Mengoni, Milano, 2000, p. 265; G. Capozzi, *Successioni e donazioni*, I, 5° ed., Milano, 2023, p. 576 ss.

²⁵ D. Rubino, *La massima nemo liberalis, nisi liberatus*, cit., p. 14.

²⁶ L. Ferri, *Successioni in generale. Art. 456-511*, p. 414, il quale evidenzia che il legatario potrà opporsi all'alienazione della cosa legata "solo adducendo che non è necessaria per il fine ora indicato".

²⁷ Tale soluzione appare coerente con la regolamentazione della fattispecie, per alcuni profili analoga, degli aventi causa di beni immobili dai donatari soggetti a riduzione. In tale caso, l'art. 563, comma 3, c.c. prevede la possibilità per il terzo acquirente di liberarsi dall'obbligo di restituire in natura le cose pagando l'equivalente in denaro.



4. – Con riferimento alla seconda questione, come si è illustrato, l'art. 499 c.c., nel determinare l'ordine di priorità fra creditori e legatari nell'ambito della liquidazione concorsuale dell'eredità, opera una distinzione relativa all'oggetto del legato, distinguendo fra legati di genere e legati di specie, altresì disponendo la facoltà di vendita, in via eccezionale, dei beni oggetto di quest'ultimi solo nei casi in cui l'attivo ereditario non sia sufficiente a coprire tutti i debiti dell'eredità. A tal fine, la norma specifica che, sull'eventuale rimanenza di quanto ricavato dalla vendita del bene oggetto del legato dopo il pagamento dei creditori, il legatario di specie è preferito agli altri legatari.

Tuttavia, nel regolare tale specifica ipotesi, la disposizione considera soltanto il tipo di legato (di genere ovvero di specie), ma non anche le differenti funzioni che esso può assolvere. In particolare, il legislatore non ha tenuto conto che, fra le varie ipotesi di legato, si prevede anche la possibilità che la disposizione a titolo particolare sia effettuata dal testatore in sostituzione di legittima.

Il legato in sostituzione di legittima costituisce, come è noto, un'innovazione del codice del '42 con il quale è stata recepita una fattispecie che in realtà era ampiamente diffusa nella pratica nel vigore del precedente codice.

La dottrina dell'epoca, per cercare di inquadrare la manifestazione di volontà del testatore al contempo attributiva di beni determinati e privativa della legittima, aveva elaborato la figura del c.d. "legato privato"²⁸. Una delle principali questioni che era sorta era se il legittimario fosse anche erede e se quindi l'acquisto del legato privato, che comportava la rinuncia alla legittima, implicasse anche la rinuncia all'eredità, per la quale si richiedeva quindi la forma solenne²⁹.

Il codice vigente, invertendo i termini della questione rispetto alle prospettazioni della dottrina formatasi sotto il codice del 1865, ha risolto tale querelle subordinando il conseguimento della legittima alla rinuncia al legato in sostituzione. L'art. 551 c.c. prevede infatti che, se il legittimario beneficiario di un legato in sostituzione preferisce conseguire il legato, perde il diritto a chiedere il supplemento nel caso in cui il valore del legato sia inferiore a quello della quota di legittima ad esso spettante e non acquista la qualità di erede³⁰.

²⁸ F. Santoro Passarelli, *Legato privato di legittima*, in Id., *Saggi di diritto civile*, II, Napoli, 1961, p. 659, già in *Riv. dir. civ.*, 1935, p. 249.

²⁹ Per una sintesi della questione sorta sotto il codice abrogato, si v., più recentemente, U. Perfetti, *Dei Legittimari. Artt. 536-564*, in *Delle Successioni, Comm. al Cod. Civ. e Cod. Collegati*, Scialoja-Branca-Galgano, a cura di G. De Nova, Bologna, 2021, p. 243; e anche, V.E. Cantelmo, *I limiti alla libertà di disporre*, in *Trattato breve delle successioni e donazioni*, dir. da P. Rescigno, coord. da M. Ieva, I, Padova, 2010, p. I, p. 525 ss.; A favore di una rinuncia solenne, si v. F. Ferrara, *Legato a tacitazione di legittima*, in *Riv. dir. civ.*, 1922, p. 433; per altra parte della dottrina, l'acquisto del legato privato implicava una rinuncia alla quota di legittima non alla qualità di erede (C. Gangi, *Legati*, v. I, Padova, 1933, p. 441 ss.); vi era poi chi distingueva tra rinuncia formale con efficacia *erga omnes* e una rinuncia a forma libera valida solo fra coeredi, la quale per alcuni aveva valore traslativo (F. Ferrara, *Legato a tacitazione di legittima*, cit., p. 429; Id., *La figura del legittimario*, in *Giur. it.*, 1923, IV, c, 135; L. Salis, *La successione necessaria nel diritto civile italiano*, Padova, 1929, p. 254), per altri, valore abdicativo (A. De Luca, *Legato a soddisfacimento di legittima*, Catania, 1924, pp. 12 e 24 ss.; E. Betti, *Successioni legittime intestate e successioni legittime necessarie*, Milano, 1929, p. II, p. 61 ss.). Per una sintesi e una critica delle menzionate e differenti interpretazioni, si v. Santoro Passarelli, *Legato privato*, cit, p. 676 ss.

³⁰ Sul legato quale attribuzione *mortis causa* a titolo particolare, la letteratura è molto ampia, fra i tanti, senza pretese di completezza si v., C. M. Bianca, *Le successioni*, a cura di M. R. Bianca – P. Sirena, Milano, 2022, p. 339 ss.; G. Bonilini, *Dei Legati (649-673)*, in *Comm. Schlesinger*, 3 ed., Milano, 2020, p. 4 ss.; G. Bonilini – G. F. Basini, *I legati*, in *Tratt. dir. civ. Cons. Notariato*, diretto da P. Perlingieri, Napoli, 2003, p. 29 ss.; V. E. Cantelmo, *I limiti alla libertà di disporre*, cit., p. 591 ss.; G. Capozzi, *Successioni e donazioni*, cit., p. 77 ss.; E. Del Prato, *Le successioni*, Bologna, 2012, p. 536 ss.; L. Ferri, *Delle successioni – Dei legittimari (artt. 536- 564)*, cit., p.129; A. Masi, *Dei legati. Artt. 649-673*, in *Delle Successioni, Comm. al Cod. Civ. Scialoja-Branca*, a cura di F. Galgano, Bologna-Roma, 1979; 1 ss.; L. Mengoni, *Successioni per causa di morte. Parte speciale. Successione necessaria*, cit., p. 113 ss.; A. Palazzo, *Le successioni*, in *Tratt. Iudica – Zatti*, Milano, 1996, p. 537; A. Palazzo – A. Sassi, *Tratt. della successione e negozi successori, I, Categorie e specie della successione*, Torino, 2012, p. 238 ss. Tra i contributi più recenti in tema di legato in sostituzione di legittima si rinvia, fra i tanti, a A. Baio, *Il legato in sostituzione di legittima: un'analisi sistematica*, in *Not.*, 2022, p.



Infatti, ciò che caratterizza tale figura negoziale, che, come ogni altro legato, può avere ad oggetto beni determinati oppure avere effetti meramente obbligatori, è proprio la volontà del testatore di tacitare i diritti spettanti al legittimario, salvo diversa espressa dichiarazione di conferire al legatario anche il diritto al supplemento, ossia il diritto di ottenere la differenza fra il valore del legato e quanto gli sarebbe spettato come legittima³¹.

In altri termini, il legato in sostituzione di legittima si acquista, come ogni disposizione *mortis causa* a titolo particolare, per effetto dell'apertura della successione³² e l'efficacia del legato non dipende da una esplicita o implicita rinuncia alla legittima, ma è solo con la rinuncia al legato che il legittimario-legatario

460; V. Barba, *Legati a favore del legittimario*, *Studio n. 136-2021/C* (approvato dalla Commissione Studi Civilistici il 13 aprile 2022), p. 1 ss.; G. Bonilini, *Legato disposto a favore di un legittimario*, in *Fam. pers. succ.*, 2009, II, p. 149; A. Bucelli, *Dei legittimari (Artt. 536-564)*, in *Comm. cod. civ. Schlesinger*, dir. da F. D. Busnelli, Milano, 2012, p. 365 ss; Id., *Legato in sostituzione e diritto al supplemento*, in *Dir. succ. fam.*, 2016, II, p. 371; B. Caliendo, *La quota di legittima ed il suo soddisfacimento mediante legati*, in *Giur. it.*, 2012, X, p. 2206; C. Cersosimo, *La rinuncia al legato in sostituzione di legittima*, in *Giustiziacivile.com*, 2018, VI, p. 9; E.W. Di Mauro, *La facoltà di chiedere il supplemento nel legato in sostituzione di legittima e l'interpretazione del testamento*, in *Dir. succ. fam.*, 2019, II, p. 549; M. Ferrario Herculani, *Il legato in sostituzione di legittima*, in *Tratt. di diritto delle successioni e donazioni*, dir. da Bonilini, Milano, 2009, p. 325 ss.; D. Lapis, *Legato in sostituzione di legittima e tutela dei creditori: riflessioni a margine di recenti indirizzi giurisprudenziali e dottrinali*, in *Riv. not.*, 2023, p. 819 ss.; G. Musolino, *Il legato in sostituzione di legittima: le modalità operative per la efficace espressione della volontà del testatore*, in *Riv. not.*, 2018, p. 1232; Id., *Il legato in sostituzione di legittima*, in *Nuova giur. civ. comm.*, 2007, III, p. 79; S. Patti, *La rinuncia al legato in sostituzione di legittima*, in *Fam. pers. succ.*, 2006, p. 65; V. Porrello, *Sui legati ai legittimari*, in *Il Dir. fam. pers.*, 2010, II, p. 879; G. Sicchiero, *Rinuncia al legato – forma e termini per la rinuncia del legato in sostituzione di legittima (art. 551 c.c.)*, in *Giur. it.*, 2018, V, p. 1074 ss.; A. Zaccaria, *Legati “in conto” e “in sostituzione” di legittima*, in *Studium iuris*, 2014, II, p. 189.

³¹ L'art. 551, comma 2, c.c. fa infatti salva la possibilità che il testatore attribuisca al legittimario la possibilità di chiedere il supplemento. In dottrina si discute sulla natura del diritto di chiedere il supplemento. In particolare, secondo una parte degli interpreti ciò consisterebbe nella possibilità di agire in riduzione per il legittimario, il quale sarebbe al contempo destinatario del legato e istituito erede per la quota restante (G. Azzariti, *Le successioni e le donazioni*, cit., p. 274; G. Capozzi, *Successioni e donazioni*, cit., p. 546); per un altro orientamento, la locuzione finale dell'ult. cpv del secondo comma “*questa disposizione non si applica*”, non farebbe riferimento anche alla mancanza della qualità di erede del legittimario, che quindi, come tale, non potrebbe mai agire in riduzione, ma si riferirebbe solamente alla impossibilità di chiedere il supplemento, che consisterebbe in un'ulteriore attribuzione a titolo particolare di valore indeterminato (da calcolarsi sulla differenza fra quota di legittima e valore del legato) gravante sugli eredi legittimari (L. Ferri, *Delle successioni – Dei legittimari (artt. 536-564)*, cit., p. 97; M. Ferrario Herculani, *Il legato in sostituzione di legittima*, cit., p. 344, secondo il quale, in mancanza di chiari indici testuali nel testamento, tale interpretazione che esclude l'onere dall'eredità è preferibile). Gli interpreti sono anche divisi sulla natura del legato in sostituzione di legittima con diritto al supplemento e coloro che ritengono che il legatario possa agire in riduzione tendono ad accostare tale figura a quella del legato in conto di legittima (G. Capozzi, *Successioni e donazioni*, cit., p. 546; G. Cattaneo, *La vocazione necessaria e la vocazione legittima*, in *Tratt. dir. priv.*, dir. da P. Rescigno, 5, I, 2° ed. Torino, 1997, p. 456; A. Cicu, *Legato in conto o in sostituzione di legittima*, in *Riv. trim. dir. proc. civ.*, 1952, p. 282; Id., *Successione legittima e dei legittimari*, Milano, 1947, p. 243-244; si v. però L. Mengoni, *Successione necessaria*, cit., p. 129, che evidenzia la differenza concettuale fra le due figure e le distingue individuando nella facoltà di chiedere il supplemento una tutela obbligatoria analoga all'*actio ad supplendam legitimam*; *contra*, anche, C.M. Bianca, *Le successioni*, cit., p. 213 che esclude che la facoltà di richiedere il supplemento converta la disposizione in un legato in conto di legittima). Quanto all'interpretazione della volontà tacitativa, l'opinione dominante è nel senso che la volontà di tacitare il legittimario, seppur in mancanza di formule sacramentali, deve essere inequivoca, in difetto l'attribuzione deve essere qualificata come legato in conto di legittima (Cfr. M. Ferrario Herculani, *Il legato in sostituzione di legittima*, cit., p. 327-328; in giurisprudenza, *ex multis*, Cass. civ., 19 novembre 2019, n. 30082; Cass. civ., 16 gennaio 2014, n. 824; Cass. civ., 10 giugno 2011, n. 12854; Cass. civ., 9 settembre 2011, n. 18583, in *Riv. not.*, 2012, p. 463, con nota di G. Musolino, *Legato in sostituzione di legittima: volontà del testatore e volontà del beneficiario*; Cass. civ., 29 luglio 2005, n. 160831, in *Giust. civ.*, 2006, p. 59; Cass. civ., 28 settembre 1990, n. 2809, cit.).

³² L'opinione maggioritaria è nel senso che anche il legato sostitutivo rimane soggetto alla regola di cui all'art. 649 c.c.: V. Barba, *La successione dei legittimari*, Napoli, 2020, p. 249; L. Mengoni, *Successioni per causa di morte*, cit., p. 118; F. Messineo, *Manuale diritto civile e commerciale*, VI, Milano, 1962, p. 530; G. Stolfi, *In tema di forma della rinuncia al legato di immobili*, in *Foro it.*, 1954, I, p. 754; *contra*, D. G. Ruggiero, *Legati in favore dei legittimari e successione ab intestato*, in *Dir. fam.*, 2003, p. 740, secondo il quale, poiché il legato tacitativo comporta la perdita del diritto alla legittima, esso non può prescindere dalla volontà del legittimario in quanto non comporterebbe solo effetti favorevoli per il legatario.



può chiedere la legittima. La dottrina ha quindi configurato il legato in sostituzione di legittima come un'attribuzione a titolo particolare sottoposta a condizione risolutiva che il legatario rifiuti il legato e chieda la legittima proponendo azione di riduzione³³.

La rinuncia al legato costituisce quindi un atto unilaterale dismissivo ed è condizione necessaria perché il legittimato possa esperire l'azione di riduzione³⁴. La figura del legittimario-legatario che rinuncia al legato viene accostata a quella del legittimario preterito: esso non è erede e solo con il vittorioso esperimento dell'azione di riduzione acquista tale qualità³⁵.

Per espressa previsione normativa, il legato in sostituzione di legittima grava sulla porzione indisponibile e, solo per l'eccedenza, sulla quota disponibile³⁶.

³³ L. Ferri, *Delle successioni – Dei legittimari* (artt. 536- 564), cit., p. 123; L. Mengoni, *Successioni per causa di morte*, cit., p. 113 ss.

³⁴ Secondo un consolidato indirizzo giurisprudenziale, la rinuncia al legato deve essere espressa e non può inferirsi implicitamente dall'esperimento dell'azione di riduzione, poiché, integrando la rinuncia gli estremi di una condizione dell'azione, può essere effettuata fino alla rimessione della causa in decisione: *ex multis*, recentemente, Cass. civ., 29 aprile 2022, n. 13530: “la rinuncia al legato in sostituzione di legittima, fatta salva la forma scritta quando il legato abbia per oggetto beni immobili, ben può risultare da atti univoci compiuti dal legatario, implicanti necessariamente la volontà di rinunciare al legato, tra i quali non rientra la proposizione dell'azione di riduzione, ben potendo ipotizzarsi un duplice intento del legittimario di conservare il legato conseguendo anche la legittima, cosicché la rinuncia al legato sostitutivo, intervenuta nel corso della causa di riduzione, non è tardiva in senso strettamente temporale, potendo la stessa utilmente avere luogo anche prima della spedizione della causa a sentenza”; nello stesso senso, Cass. civ., 4 agosto 2017, n. 19646, in *Giur. it.*, 2018, p. 1074, con nota di G. Sicchiero, *Forma e termine per la rinuncia al legato in sostituzione di legittima*; Cass. civ., 22 giugno 2010, n. 15124, in *Giur. it.*, 2011, p. 1045, con nota di C. Cervasi, *La forma della rinuncia al legato immobiliare*: “in materia di successioni “mortis causa”, l'esercizio dell'azione di riduzione non può, di per sé, far presumere la volontà di rinunciare al legato, essendo a tal fine necessario considerare il comportamento del legatario, anteriore e successivo alla instaurazione del giudizio, così da poter trarre elementi idonei all'identificazione di detta volontà”; Cass. civ., 11 novembre 2008, n. 26955, in *Notariato*, 2009, p. 256, con nota di N.A. Toscano, *Riflessioni sul legato in sostituzione di legittima*; Cass. civ., 15 marzo 2006, n. 5779, in *Riv. Not.*, 2007, 1, p. 198, con nota di G. Musolino, *La rinuncia al legato in sostituzione di legittima*. Sulla forma della rinuncia al legato, si sono espresse le Sezioni Unite: Cass. civ. SU, 29 marzo 2011, n. 7098, in *Riv. not.*, 2011, p. 1207, con nota di R. Ucci, *Natura giuridica e forma della rinuncia al legato in sostituzione di legittima avente ad oggetto beni immobili*, secondo le quali la rinuncia è un atto a forma libera, salvo che il legato abbia ad oggetto beni immobili e risolve con efficacia *ex tunc* l'acquisto del diritto che, per effetto del legato, era entrato nel patrimonio del beneficiario. In dottrina, si v., G. Azzariti, *Le successioni e le donazioni*, cit., p. 524; N. Di Mauro, *Forma della rinuncia al legato in sostituzione di legittima avente ad oggetto diritti reali immobiliari*, in *Riv. not.*, 1995, p. 335; A. Masi, *Dei legati*. Artt. 649-673, cit., p. 15; S. Patti, *La rinuncia al legato in sostituzione di legittima*, cit., p. 65. Si v. anche A. Buccelli, *Legato in sostituzione e diritto al supplemento*, cit., p. 381, il quale evidenzia che: “l'acquisto automatico ex 649 c.c. non dà luogo ad una situazione definitiva e stabile, tanto che il negozio (unilaterale, non recettizio) di rinuncia rimuove un'incertezza”, ma al contempo ne introduce un'altra: “a seguito della (sola) rinuncia e fintantoché non esperisce l'azione di riduzione, il legittimario non acquista alcunché. E siccome la legge non delimita il tempo della rinuncia, è da ritenersi applicabile il termine decennale ordinario, che poi è il termine di prescrizione della medesima azione”.

³⁵ C. M. Bianca, *Le successioni*, cit., p. 211 ss.; A. Bucelli, *Dei legittimari* (Artt. 536-564), cit., p. 391; G. Cattaneo, *La vocazione necessaria e la vocazione legittima*, cit., p. 459; G. Capozzi, *Successioni e donazioni*, cit., p. 539; L. Ferri, *Delle successioni – Dei legittimari* (artt. 536- 564), cit., p. 132; A. Palazzo, *Le successioni*, cit., p. 515; U. Perfetti, *Dei Legittimari*. Art. 536-564, in *Delle Successioni*, cit., p. 243. In giurisprudenza, cfr.: Cass. civ., 22 aprile 1992, n. 4800, in *Rep. foro it.*, voce *Successione ereditaria*, n. 4800: “nel caso in cui il testatore abbia disposto a favore di un legittimario un legato in sostituzione di legittima a norma dell'art. 551 cod. civ., il legittimario che preferisce rinunciare al legato viene a trovarsi nella medesima situazione di quello pretermesso dallo stesso testatore, la cui volontà era diretta a garantirgli il legato e non già la quota dell'eredità, con la conseguenza che egli non partecipa alla comunione ereditaria se non dopo aver esperito vittoriosamente l'azione di riduzione conseguendo la legittima di sua spettanza, dato che fino a tale momento restano valide le disposizioni che violano i diritti correlati alla quota di riserva”; nello stesso senso, Cass. civ., 28 settembre 1990, n. 2809, in *Giust. civ.* 1991, p. 2787, con nota di M. Di Nicola, *Legato in sostituzione di legittima e legato in conto di legittima*; Cass. civ., 21 aprile 1979, n. 2228.

³⁶ Si discute sull'attribuzione della quota parte di legittima spettante al legittimario tacitato con un legato sostitutivo di valore inferiore rispetto a quanto gli sarebbe spettato quale successore necessario. Per una parte della dottrina, la differenza va ad accrescere la quota spettante agli altri legittimari (G. Cattaneo, *La vocazione necessaria e la vocazione legittima*, cit., p. 456.); al contrario, vi è chi



Da tale disposizione la dottrina ha desunto che il legittimario tacitato con il legato in sostituzione debba essere considerato per il computo della quota di riserva³⁷, in quanto siffatta delazione non sarebbe altro che la quota di legittima sotto forma di attribuzione a titolo particolare³⁸. Tale soluzione è stata confermata anche dalla Cassazione che ha statuito che, alla luce del principio di cristallizzazione, la determinazione della quota di riserva spettante alle varie categorie di legittimari deve essere effettuata tenuto conto della situazione esistente al momento di apertura della successione indipendentemente dal mancato esperimento dell'azione di riduzione o dalla rinuncia di alcuno di questi ai propri diritti³⁹.

ritiene che vada ad accrescere la quota disponibile (V. Barba, *Legati a favore del legittimario*, cit., p. 5; C.M. Bianca, *Le successioni*, cit., p. 212) e chi, infine, si colloca in una posizione intermedia distinguendo la posizione del coniuge da quella dei figli: se tacitato sia uno dei figli, l'accrescimento andrebbe a beneficio degli altri figli istituiti eredi, in quanto si ritiene che la quota di legittima sia attribuita loro collettivamente; diversamente, laddove destinatario di un legato in sostituzione sia il coniuge, l'accrescimento non andrebbe a vantaggio di altri legittimari, ma della porzione disponibile (L. Mengoni, *Successioni per causa di morte*, cit., p. 127; sembrerebbe prediligere tale interpretazione anche, A. Buccelli, *Legato in sostituzione e diritto al supplemento*, cit., p. 388). Si v. inoltre, M. Ferrario Herculani, *Il legato in sostituzione di legittima*, cit., p. 338-339, secondo il quale non si pone un problema di accrescimento nella misura in cui il legatario non deve essere computato fra i legittimari. Anche in giurisprudenza sono state avallate le menzionati differenti interpretazioni; a favore dell'accrescimento a beneficio degli altri legittimari: Cass. 7 gennaio 1984, n. 111, in *Rep. Foro it.*, 1984, voce *Successione ereditaria*, n. 69; *contra*, Cass. 9 marzo 1987, n. 2434. Peraltro, a seguito dell'affermazione del principio di "cristallizzazione" della legittima ad opera della Cassazione con le sentenze gemelle del 2006 (v. *infra* nota n. 39), la dottrina più recente sembra prediligere la tesi dell'accrescimento a favore della quota disponibile: M. Grandi, *Conseguenze applicative, in tema di legati ai legittimari, delle "sentenze gemelle" a Sezioni Unite del 9 e 12 giugno 2006*, in *Fam., Pers. e Succ.*, 2008, 802 ss. (spec. p. 811); A. Mattera – C. Romano, "Cristallizzazione" della quota di riserva, rinuncia all'eredità e nuove ipotesi applicative, in *Not.*, 2018, p. 508; A. Palazzo – A. Sassi, *Tratt. della successione e negozi successori*, cit., p. 565.

³⁷ L. Mengoni, *Successioni per causa di morte*, cit., p. 124; si v. recentemente anche, V. Barba, *Legati a favore del legittimario*, cit., p. 4 ss.; *contra*, M. Ferrario Herculani, *Il legato in sostituzione di legittima*, cit., p. 339, secondo il quale se l'onere "decide di conseguire il legato non è computato tra i legittimari" e "il calcolo delle quote di legittima degli altri familiari chiamati all'eredità, e che conseguono effettivamente alla medesima, avverrà senza considerare il legatario".

³⁸ L. Mengoni, *Successioni per causa di morte*, cit., p. 126, secondo il quale conseguenza pratica è che il divieto di pesi e condizioni di cui all'art. 549 c.c. sia estensibile anche al legato in sostituzione (Cfr. anche: A. Buccelli, *Legato in sostituzione e diritto al supplemento*, cit., p. 377, il quale rileva che "se tale legato è sostitutivo della legittima, che è un quantum incompressibile, anche il surrogato, di conseguenza, dovrebbe risultare intangibile (...) non vedo ragione per sottrarre il legato in esame al divieto che l'art. 549 c.c. riferisce alla legittima"; G. Bonilini, *Manuale di diritto ereditario e delle donazioni*, Torino, 2006, p. 150; P. Casali-A. Mascheroni, *Divieto di pesi o condizioni sulla quota dei legittimari*, in *Delle successioni*, a cura di V. Cuffaro-F. Delfini, in *Comm. cod. civ.*, diretto da E. Gabrielli, Torino, 2009, p. 592; G. Cattaneo, *Vocazione necessaria e vocazione legittima*, cit., p. 409; A. Palazzo, *Le successioni*, cit., p. 552; recentemente, si v. anche A. Baio, *Il legato in sostituzione di legittima: un'analisi sistematica*, cit., p. 471; *contra*, G. Capozzi, *Successioni e donazioni*, cit., p. 544 (sebbene, nella prima edizione del 1983, p. 303, l'A. ritenesse che il legato in sostituzione fosse quota di riserva e come tale soggetto al divieto di cui all'art. 549 c.c.); V.E. Cantelmo, *I legittimari*, Padova, 1991, p. 85; M. Ieva, *Manuale di tecnica testamentaria*, Padova, 1996, p. 24; F. Pene Vidari, *La successione legittima e necessaria*, in *Tratt. dir. civ.*, dir. da R. Sacco, Torino, 2009, p. 267, il quale, prescindendo dalla questione se il legato sia attribuito o meno a titolo di legittima, evidenzia il ruolo dell'autonomia privata: il testatore può prevedere pesi e condizioni sul legato e il legittimario è nel caso libero di rifiutarlo; G. Tamburrino, voce *Successione necessaria (dir. priv.)*, in *Enc. dir.*, XLIII, p. 1364.

³⁹ Il tema è stato definito con le note sentenze gemelle della Suprema Corte nel 2006: Cass. civ., SU, 9 giugno 2006, n. 13429, in *Riv. dir. civ.*, II, 2008, p. 231, con nota di C.M. Bianca, *Invariabilità delle quote di legittima: il nuovo corso della Cassazione e suoi riflessi in tema di donazioni e legati in conto di legittima*; Cass. civ., 12 giugno 2006, n. 13524, in *Not.*, 2006, p. 671, con nota di F. Loffredo, *La determinazione della quota di riserva spettante ai legittimari nel caso in cui uno di essi rinunci all'eredità ovvero perda, per rinuncia o prescrizione, il diritto di esperire l'azione di riduzione*; in *Giur. it.*, 2007, I, p. 1169, con nota di F. Pugliese, *Criteri per il calcolo della quota di legittima*. Il principio è stato successivamente confermato da Cass. civ., 16 novembre 2017, n. 27259 e da ultimo, Cass. civ., 30 giugno 2021, n. 18561: "il legato in sostituzione di legittima, come espressamente previsto dall'art. 551 c.c., deve gravare sulla porzione indisponibile; ne consegue che, al fine della determinazione di ciascuna quota di riserva, il legittimario che sia beneficiario di detto legato, ancorché lo abbia accettato perdendo il diritto di chiederne un supplemento, deve essere calcolato nel numero complessivo degli eredi legittimari".



5. – In considerazione della natura del legato in sostituzione di legittima e della sua specifica funzione di conferire al legittimario una quota parte di eredità a titolo di legittima, il problema che si pone è come debba essere computata tale tipologia di legato nello stato di graduazione.

L'art. 499 c.c., infatti, opera una distinzione solo fra legati di specie e legati di genere e, laddove i beni oggetto dei legati di specie debbano essere alienati per soddisfare i debiti ereditati, in sede di ripartizione dell'attivo ereditario residuo antepone ai secondi i primi, in ragione della circostanza che, per effetto di quest'ultimi, il bene era già entrato nel patrimonio del legatario.

La norma non tiene quindi conto della circostanza che fra i legati possa esservi un legato in sostituzione di legittima e che, per la peculiare disciplina cui soggiace, esso debba essere preferito rispetto ai terzi legatari non legittimari.

Con il legato in sostituzione di legittima, infatti, il legatario-legittimario perde il diritto ad agire in riduzione a tutela della propria quota di riserva, con la conseguenza che, laddove concorresse con gli altri legatari di specie ovvero, in caso di legato di genere, nel caso fosse postergato rispetto agli altri legati di specie, esso vedrebbe irrimediabilmente compressa, se non addirittura azzerata, la quota a lui spettante quale legittima, senza avere alcuna possibilità di agire a tutela dei propri diritti, non potendo più esperire l'azione di riduzione che, invece, spetterebbe agli altri eredi-legittimari ovvero legittimari-pretermessi.

È indubbio, invero, che il legato sostitutivo, così come il legato in conto, costituiscano degli strumenti alternativi conferiti dalla legge al testatore per soddisfare la quota di legittima spettante agli eredi necessari. Del resto, come si è detto, il legato in sostituzione, per espressa previsione normativa, grava (nel senso che deve essere imputato⁴⁰) sulla quota di riserva, e ha lo scopo di formare con beni determinati la legittima⁴¹.

Come si è anticipato, la funzione dell'istituto è stata individuata nella possibilità di permettere al testatore di conferire al legittimario beni specifici e al contempo escluderlo dall'eredità (con le conseguenze che la successione universale comporta), nonché, in caso di concorso di più chiamati, dalla comunione ereditaria⁴².

Tale facoltà può incidere solo sul contenuto quantitativo della legittima, (fermo restando la facoltà del le-

⁴⁰ Cfr. L. Mengoni, *Successioni per causa di morte*, cit., p. 126, con riferimento specifico all'art. 551, comma 3, c.c. Si v. sul punto recentemente V. Barba, *Legati a favore del legittimario*, *Studio n. 136-2021/C*, cit., p. 1, il quale distingue i due termini e precisa: "i due verbi evocano due fenomeni totalmente differenti, da momento che la prima ["gravare" n.d.r.] serve per stabilire a carico di quali soggetti gravi il legato, ossia serve per stabilire sulla quota ereditaria di chi insista il peso del legato, mentre la seconda serve per stabilire quale sia il rapporto dell'attribuzione patrimoniale portata dal legato rispetto alla quota di legittima e, dunque, se il diritto portato dal legato debba o no considerarsi al fine di determinare la legittima spettante al legittimario".

⁴¹ L. Ferri, *Delle successioni – Dei legittimari (artt. 536- 564)*, cit., p. 127-129, il quale conclude che "nel legato sostitutivo io ravviso pertanto un mezzo per soddisfare il legittimario della sua legittima (...) perché attraverso il legato il legittimario non riceve qualcosa di diverso o di altro rispetto alla legittima, ma appunto quest'ultima".

⁴² M. Ferrario Herculani, *Il legato in sostituzione di legittima*, cit., p. 325, il quale correttamente precisa che l'esclusione dalla chiamata ereditaria non può essere definitiva, poiché il testatore non può impedire che il legittimario consegua il titolo di erede rinunciando al legato e chiedendo la legittima; A. Palazzo – A. Sassi, *Tratt. della successione e negozi successori*, cit., p. 549, ove si evidenzia che: "a ciò il *de cuius* potrebbe determinarsi per varie ragioni, che possono concernere la persona del legittimario, ovvero essere oggettive, con particolare riferimento al patrimonio ereditario e al suo frazionamento". In giurisprudenza, cfr. Cass. civ., 5 aprile 1990, n. 2809, in *Giust. civ.*, 1990, p. 2787, con nota di N. Di Mauro, *Legato in sostituzione di legittima e legato in conto di legittima*, secondo la quale: "l'attribuzione di un legato in sostituzione di legittima è un modo concesso al testatore di soddisfare le ragioni del legittimario senza chiamarlo all'eredità, essendo poi commesso all'onorato scegliere tra il conseguimento del legato, con la perdita del diritto a chiedere un supplemento nel caso in cui il suo valore sia inferiore a quello della legittima, o la rinuncia al legato e la richiesta della legittima. Ne deriva che il riservatario, se non rifiuta il legato in sostituzione di legittima, non entra a far parte della comunione ereditaria e conseguentemente, non potendo invocare alcun istituto proprio della divisione dei beni ereditari, rispetto ai quali difetta di legittimazione, ha diritto al legato e così al valore monetario dello stesso – ove ne sia prevista la liquidazione del *de cuius* – all'apertura della successione e non a quello della relativa domanda giudiziale".



gatario in sostituzione di rinunciare al legato e agire in riduzione per l'intera quota di riserva ad esso spettante), ma non sul diritto alla stessa: il legato in sostituzione, infatti, costituisce uno strumento alternativo per attribuire a titolo particolare la legittima⁴³, la quale, come è noto, costituisce un diritto incompressibile e indisponibile degli eredi necessari. Gli stessi, infatti, laddove siano stati lesi nei propri diritti ereditari potranno decidere di esperire o meno l'azione di riduzione (e quindi di accettare o meno la volontà del *de cuius* che ha ridotto quantitativamente la quota di legittima ad essi spettante per legge), ma in alcun modo potranno essere privati con disposizioni *inter vivos* ovvero *mortis causa* del loro diritto in qualità di legittimari. Analogamente, il legittimario-legatario in sostituzione potrà decidere di conseguire il legato e, quindi, qualora lo stesso abbia un valore inferiore alla quota di legittima allo stesso spettante, di accettare la volontà del testatore di ridurre quantitativamente i suoi diritti successivi, perdendo il diritto al supplemento (al pari degli eredi legittimari che scelgono di non esperire l'azione di riduzione), ma in alcun modo potrà essere privato della possibilità di conseguire la legittima attraverso il legato ovvero di rifiutare lo stesso e agire in riduzione. Ne consegue che, una volta che il legatario-legittimario abbia compiuto tale scelta e, in ipotesi, quella di conseguire il legato in sostituzione rinunciando al supplemento, il suo diritto di conseguire la “*legittima in forma di attribuzione a titolo particolare*”⁴⁴ diviene incompressibile e non può essere pregiudicato ovvero soppresso a favore di altri terzi beneficiari dell'eredità.

In altri termini, se, nell'ambito dello stato di graduazione, i legati obbligatori che compongono il legato sostitutivo fossero postergati ai legati di specie ovvero posti nello stesso grado dei legati obbligatori assegnati a legatari “ordinari”, si finirebbe per comprimere quantitativamente la parte di legittima attribuita al legittimario (sotto forma di legato sostitutivo), per effetto di una situazione di fatto indipendente dalla volontà del testatore (ossia la circostanza che il chiamato all'eredità l'abbia accettata con beneficio d'inventario optando per la liquidazione concorsuale *ex art. 503 c.c.* ovvero che uno dei creditori o dei legatari abbia fatto opposizione *ex art. 498 c.c.*).

Un tale risultato sarebbe irreparabile poiché, per espressa previsione normativa, il legatario che decide di “conseguire”⁴⁵ il legato tacitativo perde il diritto al supplemento e quindi la possibilità, che invece avrebbero

⁴³ Tale, come si è visto, è l'orientamento della dottrina maggioritaria: si v. per tutti, L. Mengoni, *Successioni per causa di morte*, cit., p. 126, il quale afferma che “il legato sostitutivo è la stessa legittima in forma di attribuzione a titolo particolare”. Altra parte della dottrina, ritiene, invece, che il legato tacitativo sostituisca la legittima (in tal senso, G. Tamburrino, voce *Successione necessaria (dir. priv.)*, cit., p. 1364; concorde M. Ferrario Hercolani, *Il legato in sostituzione di legittima*, cit., p. 337; D.G. Ruggiero, *Legati a favore dei legittimari e successione ab intestato*, in *Dir. fam. pers.*, 2003, pp. 757-758), con la conseguenza di ritenere inoperante il divieto di pesi e condizioni (v. *supra*, nota n. 38).

⁴⁴ L'espressione è di L. Mengoni, *Successioni per causa di morte*, cit., p. 126.

⁴⁵ È pacifico che il legato sostitutivo si acquisiti, come qualsiasi altro legato, per effetto dell'apertura della successione. Ciò che invece deve essere accertata nella fattispecie *ex art. 651 c.c.* è la dinamica con cui il legatario “perde il diritto al supplemento” e quindi la condotta confermativa della volontà di mantenere l'acquisto a titolo particolare perfezionatosi a suo favore con l'apertura della successione con conseguente venir meno del suo diritto di agire in riduzione. Secondo un orientamento dottrinale la volontà di conseguire il legato e di rinunciare all'azione di riduzione si distingue dalla semplice volontà di non rinunciare al legato (cfr. U. Morrello, *Accettazione tacita o preferenza del legato in sostituzione di legittima?*, nota a Cass. civ., 9 gennaio 1964, n. 37, in *Foro it.*, 1964, I, p. 1210 ss.; A Trabucchi, *Forma necessaria per la rinuncia al legato immobiliare e natura della rinuncia al legato sostitutivo*, in *Giur. it.*, 1954, I, 1, p. 914 ss.). Altra parte della dottrina ha evidenziato che il legatario che preferisce trattenere il legato non compie una vera e propria scelta fra legato e azione di riduzione, ma, mantenendo il legato, si preclude la possibilità di agire per il supplemento, sicché tale “preferenza” deve essere intesa in una prospettiva meramente empirica (in tal senso, L. Mengoni, *Successioni per causa di morte*, cit., p. 123). Secondo la giurisprudenza, la volontà di conseguire il legato con definitiva preclusione per il legatario all'azione di riduzione può desumersi da comportamenti concludenti dello stesso, quali l'immissione nel possesso dei beni legati, il trasferimento della residenza nell'immobile legato ecc.: cfr. Cass. civ., 10 settembre 2013, n. 20711: “la facoltà di rinunciare al legato, ai sensi dell'art. 649 cod. civ., è preclusa quando il legatario abbia compiuto atti di esercizio del diritto oggetto del legato,



gli altri eredi-legittimari, di agire in riduzione per la tutela dei propri diritti ereditari. Inoltre, il pregiudizio al diritto alla legittima deriverebbe non dalla volontà del testatore di preterire un legittimario, situazione avverso la quale, in ragione della natura incomprimibile del diritto degli eredi necessari, è appositamente conferita l'azione di riduzione, ma da una mera circostanza fattuale successiva all'apertura della successione e indipendente dalla volontà del *de cuius* (ed anzi in contrasto con la stessa, avendo il testatore, con il legato in sostituzione, espressamente manifestato la volontà di conferire un determinato *quantum* a titolo di legittima), in relazione alla quale è preclusa ogni tutela al legittimario-legatario, che, per espressa previsione normativa, avendo preferito conseguire il legato, ha perso il diritto di chiedere il supplemento.

Alla luce di quanto sopra, si ritiene che sulla base di un'interpretazione sistematica e in forza dei principi che regolano il diritto successorio⁴⁶ e in particolare della tutela accordata dal nostro sistema giuridico agli eredi necessari, l'art. 499 c.c. debba essere interpretato nel senso che nello stato di graduazione i legati di specie sono preferiti ai legati di genere, ma laddove alcuni di essi vadano a formare un legato in sostituzione di legittima, quest'ultimo, nella liquidazione dell'attivo ereditario debba essere antergato rispetto ai legatari ordinari.

A tale conclusione si può pervenire anche sulla base di un'interpretazione letterale di quanto previsto all'art. 551, comma 3, c.c. che prevede espressamente che il legato grava sulla indisponibile e solo per l'eccedenza sulla disponibile.

La dottrina e la giurisprudenza sono pressoché unanimi nel ritenere che la norma imponga di computare il legittimario-legatario ai fini della determinazione della quota di riserva, che deve essere determinata al momento dell'apertura della successione⁴⁷ e, per l'ammontare della legittima (che, come è noto, deve essere calcolata tenuto conto del patrimonio ereditario residuo maggiorato delle eventuali donazioni effettuate in vita dal *de cuius* e al netto dei debiti ereditari), la quota spettante al legittimario-legatario deve essere imputata alla riserva⁴⁸. Ciò porta a ritenere che, pagati tutti i creditori dell'eredità, che nello stato di graduazione sono preferiti agli aventi causa a titolo particolare del *de cuius*, poiché chi *certat de damno vitando* prevale a

manifestando una volontà incompatibile con la volontà dismissiva, come nel caso in cui il legatario di usufrutto, godendo del bene e consumandone i frutti, abbia esercitato le facoltà spettanti all'usufruttuario a norma dell'art. 981 cod. civ.”; nello stesso senso, Cass. civ., 22 luglio 2004, n. 13785, in *Giust. civ.*, 2005, p. 2691; Cass. civ., 27 maggio 1996, n. 4883, in *Foro it.*, I, c. 3124; Cass. civ., 5 aprile 1990, n. 2809; Cass. civ., 13 novembre 1979, n. 5893, in *Riv. not.*, 1980, II, p. 570; Cass. civ., 17 febbraio 1965, n. 261, in *Giust. civ.*, 1965, I, p. 448; Cass. civ., 9 gennaio 1964, n. 37, cit. Sulla natura e la forma della rinuncia al legato, si v. *supra* nota n. 34. Ovviamente il problema di interpretare la volontà del legatario-legittimario di conseguire o meno il legato non si pone laddove sia fissato un termine *ex art.* 650 c.c. che il legittimario faccia decorrere senza esprimere alcuna volontà.

⁴⁶ Come è noto, l'art. 12 delle Preleggi elenca solamente tre criteri interpretativi e, nello specifico, il criterio letterale, il criterio dell'intenzione del legislatore e, infine, per ultimo, il criterio analogico in entrambe le sue forme di analogia *legis* e di analogia *iuris*, benché la prassi faccia ricorso a molti più criteri interpretativi. Si v. G. Tarello, *L'interpretazione della legge*, Milano, 1980, p. 342, il quale individua i seguenti: l'argomento letterale, l'argomento sistematico, l'argomento della costanza terminologica, l'argomento della *sedes materiae*, l'argomento dogmatico, l'argomento storico, l'argomento a contrario, l'argomento a fortiori, l'argomento apagogico o *ab absurdo*, l'argomento economico, l'argomento autoritativo o argomento *ab exemplo*, l'argomento comparatistico, l'argomento della completezza della disciplina giuridica, l'argomento della coerenza del dettato legislativo, l'argomento naturalistico, l'argomento equitativo, l'argomento a partire dai principi generali del diritto o analogia *iuris*, l'argomento psicologico, l'argomento teleologico, l'argomento a simili ad simile o analogia *legis* e l'argomento della dissociazione. Sul tema si v., *ex multis*, anche E. Betti, voce *Interpretazione della legge*, in *Noviss. dig. it.*, Torino, 1957; Id., *Teoria generale dell'interpretazione*, Milano, 1994; E. Diciotti, *Interpretazione della legge e discorso razionale*, Torino, 1999; M. Fracanzani, *Analogia e interpretazione estensiva nell'ordinamento giuridico*, Milano, 2003; P. Perlingieri, *Interpretazione e legalità costituzionale*, Napoli, 2012; F. Viola – G. Zaccaria, *Diritto e interpretazione. Lineamenti di teoria ermeneutica del diritto*, Roma – Bari, 2004.

⁴⁷ Cfr. *supra*, § 4, nota n. 39. Da ultimo, in tal senso, Cass. civ., 30 giugno 2021 n. 18561, cit.

⁴⁸ Cfr. L. Mengoni, *Successione necessaria*, cit., p. 126 che precisa che “il verbo gravare è usato come sinonimo di imputare, per significare che il legato tacitativo è valutato dalla legge come modo di attribuzione concreta della legittima”.



chi *certat de lucro captando*, gli eredi beneficiati debbano liquidare i legatari in sostituzione di legittima nella misura in cui il valore del legato grava sulla quota di riserva e ciò sulla base del medesimo principio adottato dal legislatore nello stabilire l'ordine di priorità nello stato di graduazione, ossia quello di prediligere chi subisce un danno rispetto a chi ottiene un vantaggio⁴⁹. In caso contrario, si rischierebbe di diseredare il legittimario-legatario in sostituzione a vantaggio di altri aventi causa a titolo particolare del *de cuius*, senza che il primo possa agire a tutela del proprio diritto, a differenza degli altri eredi necessari ai quali la legge accorda l'azione di riduzione. Circostanza ancora più assurda è che tale pregiudizio al legittimario-legatario deriverebbe, come si è già evidenziato, non da un atto di volontà del testatore, ma semplicemente dal fatto che uno dei chiamati abbia accettato l'eredità con beneficio d'inventario e abbia deciso di avvalersi della procedura di liquidazione concorsuale ovvero l'abbia richiesta alcuno dei creditori o degli altri legatari. È evidente, quindi, che nell'interpretare la legge debba essere prediletta la soluzione idonea a garantire il medesimo risultato pratico indipendentemente dalla situazione concreta che viene a realizzarsi.

Inoltre, un'interpretazione diversa da quella proposta si porrebbe in contrasto proprio con il dettato normativo: l'art. 551, comma 3, c.c., nello stabilire che il legato tacitativo grava per l'ammontare della legittima sulla indisponibile, ha previsto un effetto preclusivo nei confronti di ogni eventuale tentativo di soddisfacimento da parte degli altri legittimari fino a concorrenza della quota di legittima spettante al legatario⁵⁰. Se quindi i legati sostitutivi sono irriducibili nei limiti della quota gravante sulla indisponibile, *a fortiori* non possono essere ridotti a vantaggio di terzi legatari ordinari non legittimari. Di conseguenza, per evitare tale inammissibile conseguenza, sulla base di un'interpretazione sistematica degli artt. 499 e 551 c.c., nonché alla luce dei principi che regolano il diritto successorio, nello stato di graduazione, una volta soddisfatti tutti i creditori in base ai loro diritti di prelazione, i legatari in sostituzione, fino a concorrenza della quota di legittima loro spettante, dovranno essere antergati ai legatari di specie i quali, per espressa previsione normativa, sono a loro volta preferiti ai legatari di genere.

In conclusione e in sintesi, ove l'attivo ereditario sia insufficiente a pagare i creditori dell'asse, nel concorso tra più legatari di specie, i cui beni sono stati alienati per far fronte ai debiti ereditari, i legatari in sostituzione di legittima dovranno essere preferiti ai legatari di specie ordinari nella distribuzione dell'eventuale residuo, nei limiti in cui il loro legato grava sulla quota indisponibile; qualora, invece, non vi siano problemi di insufficienza dell'attivo per il pagamento dei creditori nello stato di graduazione, ai creditori seguono i legatari di genere ovvero obbligatori, per i quali vige il medesimo criterio di proporzionalità previsto per i creditori chirografari, ad eccezione, anche, in tal caso, dei legati in sostituzione di legittima, che dovranno essere preferiti agli altri legatari.

⁴⁹ Il principio secondo cui nel conflitto tra qui *certat de damno vitando* e qui *certat de lucro captando* è preferito chi rischia di subire un danno è un criterio cardine del nostro ordinamento a cui ricorre il legislatore in tutti i casi in cui occorra definire un ordine di priorità o riconoscere specifici mezzi di tutela fra più aventi causa come, oltre alla norma in esame, nelle fattispecie di cui agli artt. 512, 1414 e 2901 c.c.

⁵⁰ M. Ferrario Hercolani, *Il legato in sostituzione di legittima*, cit., pp. 336 e 339, il quale giustifica tale scelta con "l'esigenza di non vanificare la portata pratica della norma, ossia per impedire che siano riducibili i legati sostitutivi".



LUCA ANTONIO CALOIARO

Ricercatore di Diritto privato – Università degli Studi di Roma Unitelma Sapienza

LA PRATICA COMMERCIALE LESIVA

SOMMARIO: 1. Il nuovo art. 27, comma 15-bis, cod. cons.: il consumatore leso. – 2. Il divieto di pratiche commerciali scorrette: l'illecito consumeristico. – 3. Segue. La contrarietà alla diligenza professionale. – 4. Segue. L'idoneità a falsare in misura rilevante il comportamento economico dei consumatori. La struttura delle fattispecie particolari: pratiche ingannevoli ed aggressive. – 5. Disciplina delle pratiche commerciali scorrette ed interesse pubblico alla regolazione del mercato. Dal consumatore medio al consumatore leso. Per un mutamento di prospettiva: pratiche commerciali scorrette e pratica commerciale lesiva. Dall'illecito amministrativo di pericolo all'illecito civile di evento. – 6. Una possibile lettura riduzionista della norma in chiave processuale. Lesione del consumatore come interesse ad agire. Esclusione. Valore da attribuire alla clausola finale di salvezza dei rimedi già a disposizione del consumatore. – 7. La ridefinizione dei rapporti tra la disciplina consumeristica delle pratiche commerciali lesive ed il diritto comune. Il divieto di pratiche commerciali scorrette e la nullità virtuale. – 8. L'ampliamento della rilevanza dei mezzi dell'attività ingannatoria e dell'attività coercitiva. L'annullabilità del contratto di consumo. Critica. – 9. Segue. L'efficienza determinante dell'attività ingannatoria e dell'attività coercitiva sulla prestazione del consenso del consumatore. La tutela caducatoria avverso una pratica commerciale lesiva *causam dans*: il recesso impugnatorio ex art. 53, comma 1, cod. cons. – 10. L'efficienza meramente incidente dell'attività ingannatoria e dell'attività coercitiva sulla prestazione del consenso del consumatore. La tutela risarcitoria e la conformazione cogente del regolamento contrattuale alle dichiarazioni precontrattuali del professionista.

1. – Il divieto di pratiche commerciali scorrette, solennemente sancito dall'art. 20 cod. cons., ha – sin dalla sua introduzione – scontato l'ineffettività della sanzione che lo ha accompagnato.

L'art. 27 cod. cons., nella sua formulazione *ante* D. Lgs. 7 marzo 2023, n. 26, delineava unicamente una "tutela" amministrativa per i consumatori. La pratica commerciale scorretta è, in linea generale, colpita da una sanzione amministrativa pecuniaria comminata dall'Autorità garante della concorrenza e del mercato (cd. *public enforcement*). La potestà sanzionatoria amministrativa, alla luce delle modifiche normative sopravvenute (cfr. art. 27, comma 3-*bis* cod. cons., introdotto dal D.L. 19 maggio 2020, n. 34, convertito con modificazioni dalla L. 17 luglio 2020, n. 77), si è arricchita di ulteriori forme di tutela per i consumatori, tra cui una peculiare tutela amministrativa ripristinatoria, di cui è stata investita l'Autorità garante attraverso l'attribuzione della potestà (esercitabile anche in via cautelare, secondo i moduli tipici della tutela inibitoria) di ordinare la rimozione della pratica commerciale scorretta non solo nei confronti del professionista che si sia reso responsabile della pratica commerciale scorretta, ma anche dei terzi che abbiano contribuito alla relativa diffusione attraverso reti telematiche o di telecomunicazione, delle quali sono gestori o in relazione alle quali forniscono servizi¹: in virtù di tale potestà, ai fini dell'ordine di cessazione della pratica scorretta,

¹ Occorre precisare che in alcuni casi l'Autorità già si valeva di tale possibilità, estendendo la nozione di professionista di cui all'art. 18, comma 1, lett. b) non solo al soggetto autore della pratica commerciale (*content provider*), ma altresì al soggetto ideatore



diviene – ad esempio – sostanzialmente irrilevante l'imputazione della pratica commerciale scorretta al professionista o alla società di comunicazioni.

Le maggiori criticità, invece, si sono registrate sul fronte della tutela civile *uti singuli* del consumatore (cd. *private enforcement*), cioè sul versante dei tradizionali mezzi di tutela civili a disposizione del singolo consumatore che il legislatore dovrebbe predisporre a protezione dei suoi interessi.

Al riguardo, non è sufficiente corredare il consumatore della tutela collettiva degli interessi apprestata, per un verso, dall'azione rappresentativa, compensativa o inibitoria, a tutela degli interessi collettivi dei consumatori (artt. 140-*ter* ss. cod. cons., introdotta dal D. Lgs. 10 marzo 2023, n. 28), per altro verso, dall'azione di classe (art. 840-*bis* c.p.c.) e dell'azione inibitoria collettiva (art. 840-*sexiesdecies* c.p.c.)².

Il *punctum dolens* resta, pur sempre, la natura dei rimedi esperibili in forma collettiva ovvero in forma individuale. Al riguardo, in dottrina sono state prospettate variegate posizioni³, muovendo dall'anodina formulazione dell'art. 19, comma 2, lett. *a*, cod. cons., ove è scandito che la disciplina delle pratiche commerciali scorrette «non pregiudica l'applicazione delle disposizioni normative in materia contrattuale, in particolare

ed al soggetto che partecipa alla sua attuazione: in quest'ottica, le società di gestione di reti di comunicazione agivano in qualità di professionisti attuatori della pratica commerciale imputabile al *content provider*. Sul punto, anche per i riferimenti dei provvedimenti in cui l'AGCM si è valsa di tale facoltà, cfr. A. GAGLIARDI, *Pratiche commerciali scorrette*, cit., 9 s.

²La complessità della disciplina delle azioni collettive non consente di diffondersi sui relativi tratti distintivi. In questo breve spazio, si segnalano solo quelle che, ad un rapido sguardo, paiono essere le principali differenze tra azione di classe e azione rappresentativa. In primo luogo, è diversa la legittimazione attiva, che si traduce in una differente declinazione del giudizio di ammissibilità dell'azione: il vaglio di ammissibilità dell'azione rappresentativa in punto di legittimazione attiva non è costituita da una valutazione sostanziale di adeguatezza, ma da una valutazione soltanto formale, consistente nell'accertamento dell'iscrizione dell'ente nell'elenco di cui all'art. 137 cod. cons. (art. 140-*septies*, comma 8, lett. *d*, cod. cons.) e dell'ampiezza dell'oggetto sociale dell'ente ricorrente (art. 140-*septies*, comma 8, lett. *f*, cod. cons.); all'inverso, nell'azione di classe il vaglio di ammissibilità in punto di legittimazione attiva si fonda sulla diversa valutazione sostanziale di "adeguatezza" del ricorrente alla cura dei diritti individuali omogenei dei consumatori (art. 840-*ter*, comma 4, lett. *d*, c.p.c.), in quanto nell'azione di classe l'associazione ricorrente non è iscritta nell'elenco dell'art. 137 cod. cons. (tenuto dal Ministero dello Sviluppo economico, oggi Ministero delle Imprese e del Made in Italy), ma nell'elenco previsto dall'art. 840-*bis* c.p.c. (tenuto presso il Ministero della Giustizia).

In secondo luogo, sono diversi i caratteri dell'azione rappresentativa inibitoria, che prescinde dalla colpa e da una lesione attuale (essendo, così, sufficiente l'attribuzione di una condotta ad un determinato autore ed una mera lesione potenziale), rispetto all'azione inibitoria collettiva (art. 840-*sexiesdecies* c.p.c) che richiede invece atti «posti in essere *in pregiudizio* di una pluralità di individui». All'inverso, l'azione rappresentativa compensativa pare essere, nella sostanza, un'azione di classe dei consumatori con legittimazione attiva esclusiva (l'ente rappresentativo iscritto nell'elenco *ex art.* 137 cod. cons.) e con attribuzione all'ente rappresentativo della capacità di disporre dei diritti controversi dei consumatori in deroga all'art. 1966 c.c. (capacità, invece, attribuita al rappresentante comune dall'art. 840-*quaterdecies* c.p.c., che non è richiamato dall'art. 140-*novies* cod. cons., ma solo in quanto compatibile dall'art. 140-*decies*, cod. cons.).

Per una prima analisi di coordinamento delle due categorie di azioni collettive, cfr. G. DE CRISTOFARO, *Le «azioni rappresentative» di cui agli artt. 140-ter ss. c.cons.: ambito di applicazione, legittimazione ad agire e rapporti con la disciplina generale delle azioni di classe di cui agli artt. 840- bis ss. c.p.c.*, in *Nuove leggi civ. comm.*, 2024, 1, 1 ss.

³Non è possibile dar conto in questo breve spazio delle innumerevoli prospettazioni offerte, soffermandoci più avanti su quelle che paiono maggiormente significative. Ad ogni modo, al solo fine di fornire un'indicativa panoramica di insieme, si consideri che sono stati stati prospettati: rimedi risarcitori (unici accessibili allorché alla pratica commerciale scorretta non abbia fatto seguito la conclusione di un contratto), rimedi caducatori dei contratti cd. a valle di una pratica commerciale scorretta, rimedi manutentivi del contratto volti a sollecitare un intervento integrativo di ortopedia contrattuale ad opera del giudice.

Deve, però, constatarci, a dispetto degli sforzi ricostruttivi, la diffusa opinione di incomunicabilità sussistente tra la pratica commerciale scorretta (comportamento unilaterale dell'impresa attuato con serialità sul mercato) ed il singolo contratto di consumo, su cui si tornerà *infra* § 7.

Si segnalano i più recenti lavori monografici sul tema: A. FACHECHI, *Pratiche commerciali scorrette e rimedi negoziali*, Napoli, 2012; S. TOMMASI, *Pratiche commerciali scorrette e disciplina dell'attività negoziale*, Bari, 2012; T. FEBBRAJO, *Il private enforcement del divieto di pratiche commerciali scorrette*, Napoli, 2018; E. LABELLA, *Pratiche commerciali scorrette e autonomia privata*, Torino, 2018; L. GUFFANTI-PESENTI, *Scorrettezza delle pratiche commerciali e rapporto di consumo*, Napoli, 2020.



delle norme sulla formazione, validità od efficacia del contratto» (sul punto si tornerà, *infra*).

In proposito sembravano, però, schiudersi nuovi scenari di tutela in attesa del recepimento della Direttiva 2019/2161/UE, la quale – seppur lasciando impregiudicata «l'applicazione di altri rimedi a disposizione dei consumatori a norma del diritto dell'Unione o del diritto nazionale» (così l'art. 11-*bis*, par. 2, Dir. 2005/29/CE, introdotto dall'art. 3 della Dir. 2019/2161/UE) – prevede che «i consumatori lesi da pratiche commerciali sleali devono avere accesso a rimedi proporzionati ed effettivi, compresi il risarcimento del danno subito dal consumatore e, se pertinente, la riduzione del prezzo o la risoluzione del contratto» (in questi termini, l'art. 11-*bis*, par. 1, Dir. 2005/29/CE, per effetto delle modifiche apportate dall'art. 3 della Dir. 2019/2161/UE)⁴.

Ebbene, al riguardo, era ragionevole aspettarsi che l'opera di recepimento normativo della Direttiva (la quale, come noto, vincola nel fine, lasciando liberi i legislatori nazionali nella scelta dei mezzi più appropriati, cfr. art. 288 TFUE) si focalizzasse, oltretutto sui modi della tutela, sui presupposti di attivazione della tutela da parte dei consumatori *lesi* dalla pratica commerciale scorretta o, più precisamente, individuasse i termini della *lesione* del consumatore che ne consentivano la tutela: appare, infatti, del tutto evidente che riconoscere un risarcimento del danno senza lesione equivale a negarne la natura riparatoria e ad assegnargli una funzione afflittiva, la quale richiederebbe – per l'appunto – una norma espressa in tal senso (art. 25 Cost.).

Tuttavia, niente di tutto ciò è avvenuto: si può, all'inverso, solo registrare il supino recepimento⁵, per effetto dell'art. 1, comma 7, D. Lgs. 7 marzo 2023, 26, con cui è stato aggiunto, all'art. 27 del codice del consumo, il comma 15-*bis* negli stessi, pedissequi termini della Direttiva. Assistiamo, dunque, alla sostanziale rinuncia del legislatore alla definizione di un quadro più compiuto di tutele per i consumatori vittime di pratiche commerciali scorrette.

E così non resta che cimentarsi nell'interpretazione (per nulla agevole) dell'art. 27, comma 15-*bis*, cod. cons.: «I consumatori lesi da pratiche commerciali sleali [6] possono altresì adire il giudice ordinario al fine di ottenere rimedi proporzionati ed effettivi, compresi il risarcimento del danno subito e, ove applicabile, la riduzione del prezzo o la risoluzione del contratto, tenuto conto, se del caso, della gravità e della natura della pratica commerciale sleale, del danno subito e di altre circostanze pertinenti. Sono fatti salvi ulteriori rimedi a disposizione dei consumatori».

Preliminarmente, però, appare necessario definire e tratteggiare l'istituto delle pratiche commerciali scorrette al fine di individuare e delimitare la portata innovativa della nuova norma nel quadro delle tutele del consumatore, vagliando le possibili soluzioni ermeneutiche.

2. – Ai sensi degli artt. 18 ss. cod. cons., per «pratiche commerciali» si intendono i comportamenti, tenuti da professionisti, oggettivamente correlati all'attività di «promozione, vendita o fornitura» di beni o servizi a

⁴ Per l'esame del possibile impatto della nuova Direttiva 2019/2161/UE sull'applicazione della disciplina delle pratiche commerciali scorrette, cfr. C. GRANELLI, *Pratiche commerciali scorrette: alla vigilia del recepimento della Dir. 2019/2161/UE*, in *Contr.*, 2021, 5, 493 ss.

⁵ Per le prime riflessioni sul recepimento della Direttiva 2019/2161/UE e per l'analisi puntuale dei vincoli (non particolarmente stringenti) cui il legislatore doveva attenersi, si rinvia a G. DE CRISTOFARO, «*Rimedi*» privatistici individuali e pratiche commerciali scorrette. Il recepimento nel diritto italiano dell'art. 11-*bis* della direttiva 2005/29/CE (comma 15-*bis*, art. 27 c. cons.), in *Nuove leggi civ. comm.*, 2023, 441 ss.

⁶ Si noti che il legislatore nazionale non si è neppure curato di trasporre il lessico normativo delle direttive europee in quello domestico, ove le pratiche commerciali «sleali» sono denominate «scorrette».



consumatori e posti in essere anteriormente, contestualmente o posteriormente all'instaurazione di un rapporto contrattuale⁷. La condotta tenuta dal professionista può consistere in dichiarazioni, atti materiali o mere omissioni. L'art. 20, comma 2, cod. cons., stabilisce, in termini generali, che una pratica commerciale è scorretta se è contraria alla diligenza professionale ed è falsa o idonea a falsare in misura apprezzabile il comportamento economico, in relazione al prodotto⁸, del consumatore medio che raggiunge o al quale è diretta (o del membro medio di un gruppo qualora la pratica commerciale sia diretta a un determinato gruppo di consumatori). Nella trama normativa, la disposizione generale è declinata in due figure particolari di pratiche scorrette: le pratiche ingannevoli (artt. 21 ss., cod. cons.) e le pratiche aggressive (artt. 24 ss., cod. cons.). Nell'ambito di ciascuna figura, vi sono pratiche commerciali considerate in ogni caso ingannevoli (art. 23, cod. cons.) o aggressive (art. 26, cod. cons.) (cd. "liste nere").

L'articolata struttura normativa dell'istituto in esame è oggetto di una pluralità di letture: limitandoci alle principali, si fronteggiano, da un lato, l'opinione, diffusa in dottrina⁹ e aderente all'intenzione del legislatore storico¹⁰, secondo cui le norme particolari che contengono l'elencazione di clausole in ogni caso scorrette (cd. "liste nere") prevalgono, per effetto del principio di specialità, sulle norme intermedie che definiscono le pratiche ingannevoli ed aggressive, le quali – a loro volta – prevalgono sulla norma generale, che costituisce una norma di chiusura e residuale; dall'altro lato, l'opinione, sostenuta da altra dottrina¹¹ e dalla prevalente prassi applicativa dell'Autorità garante¹², secondo cui la norma generale si pone come norma fondamentale

⁷ Precisa, opportunamente, C. GRANELLI, *Le "pratiche commerciali scorrette" tra imprese e consumatori: l'attuazione della direttiva 2005/29/CE modifica il codice del consumo*, in *Obbl. contr.*, 2007, 776 ss., che, per quanto le «pratiche commerciali» cui si fa riferimento possono essere «poste in essere prima, durante e dopo» una «operazione commerciale» (art. 19, comma 1, cod. cons.), cioè, prima, durante e dopo la stipula di un contratto avente ad oggetto la «vendita o fornitura di un prodotto ai consumatori» da parte di un professionista (art. 18, comma 1, lett. d, cod. cons.), la maggior parte di dette «pratiche» appare inevitabilmente destinata a collocarsi nella fase precontrattuale o, prima ancora, nella fase di promozione della commercializzazione del «prodotto» senza che si sia ancora avuto alcun contatto fra professionista e singolo consumatore: il divieto di «pratiche commerciali scorrette» è infatti dichiaratamente finalizzato principalmente a far sì che il consumatore possa «prendere una decisione consapevole» (art. 18, comma 1, lett. e, c. cons.) relativamente a «se acquistare o meno un prodotto, in che modo farlo e a quali condizioni» (cfr. art. 18, comma 1, lett. m, c. cons.).

⁸ Si consideri che per «prodotto» si intende «qualsiasi bene o servizio, compresi i beni immobili, i diritti e le obbligazioni» (art. 18, lett. c, cod. cons.).

⁹ Cfr. G. DE CRISTOFARO, *Il divieto di pratiche commerciali sleali*, in *Le "pratiche commerciali sleali" tra imprese e consumatori. La direttiva 2005/29/CE e il diritto italiano*, cit., 116 ss.; R. CALVO, *Le azioni e le omissioni ingannevoli: il problema della loro sistemazione nel diritto patrimoniale comune*, in *Contr. impr. Eur.*, 2007, 78; C. GRANELLI, *Le "pratiche commerciali scorrette" fra imprese e consumatori*, cit., 777.

¹⁰ Cfr. Comm. Ce, *The unfair commercial practices Directive. Questions and answers*, MEMO/07/572, Bruxelles, 12 dicembre 2007, ove si attribuisce alla norma generale un valore normativo, per quanto autonomo, comunque residuale: la norma generale sarebbe stata introdotta, infatti, allo scopo di colpire con il divieto comportamenti nuovi, che il legislatore attuale non è stato in grado di prevedere, e quindi per consentire alle norme della direttiva di superare *the test of time*.

¹¹ M. LIBERTINI, *Clausola generale e disposizioni particolari nella disciplina delle pratiche commerciali scorrette*, in *Contr. impr.*, 2009, 73 ss., al quale si deve una raffinata indagine sui rapporti tra norma generale e norme particolari e l'analisi di altre tesi intermedie tra le due (principali) richiamate nel testo.

¹² L'AGCM, nelle sue decisioni, è solita richiamare ed inquadrare le condotte sottoposte al suo esame sia nelle norme particolari sia nella norma generale di cui all'art. 20 cod. cons. Non a caso, infatti, tale modulo di giudizio è stato oggetto di critiche (invero, immeritate) in dottrina, cfr. A. GAGLIARDI, *Pratiche commerciali scorrette*, Torino, 2009, 33, il quale manifesta disorientamento innanzi all'operato dell'AGCM, cui imputa «di aver deciso di cogliere la portata residuale di quest'articolo, ritenendo sussistere una violazione del divieto generale ogni qual volta venga rinvenuta una violazione di uno degli artt. da 21 a 26 del Codice del consumo». L'A., muovendo – evidentemente – dalla lettura in chiave residuale della norma generale, censura le «inutili ripetizioni» della «valutazione del carattere scorretto di una fattispecie, svilendo la portata dell'art. 20, quarto comma, che stabilisce chiaramente che le pratiche contrarie agli artt. da 21 a 26 "sono scorrette"».



dell'intera materia e le norme di dettaglio come applicazioni particolari di essa¹³. La seconda lettura è da preferire, in quanto, come è stato ben rilevato¹⁴, il criterio di specialità – fondandosi sul principio di unità dell'ordinamento giuridico¹⁵ – è funzionale alla risoluzione delle antinomie di norme, allorché la norma speciale stabilisce, in relazione ad una fattispecie suscettibile di essere sussunta nella più ampia norma generale, una disciplina diversa ed incompatibile con quella prevista dalla norma generale; invece, la qualificazione giuridica è unitaria, in quanto le figure particolari sono – al pari della figura generale – vietate (art. 20, comma 1, cod. cons.), così come uniformi sono le conseguenze giuridiche derivanti dalla violazione del divieto (art. 27 cod. cons.).

Ebbene, nella trama normativa è, dunque, possibile individuare una norma generale (le pratiche commerciali scorrette, art. 20, comma 1 e 2, cod. cons.), due norme particolari (pratiche ingannevoli artt. 21 e 22, cod. cons., e pratiche aggressive, art. 24 cod. cons.) ed, infine, due norme contenenti elencazioni esemplificative di pratiche in ogni caso riconducibili alle norme particolari (“liste nere” di pratiche ingannevoli e aggressive, artt. 23 e 26 cod. cons.). Tali gruppi di norme devono essere esaminati distintamente.

La norma generale (art. 20 cod. cons.) pone un divieto e le norme particolari (pratiche ingannevoli, artt. 21 e 22, e pratiche aggressive, art. 24 cod. cons.) individuano la pratica commerciale scorretta oggetto del divieto ricorrendo al metodo analitico della fattispecie¹⁶. La struttura della norma generale (che, come vedremo, è riprodotta anche nelle fattispecie particolari), in quanto pone un divieto, individua l'*illecito* (il comportamento vietato) mediante l'enunciazione di due puntuali requisiti per la qualificazione in termini di scorrettezza, dunque di illiceità, di una pratica commerciale: la contrarietà della pratica alla diligenza professionale e l'idoneità della stessa a falsare il comportamento del consumatore medio¹⁷. È opportuno soffermarsi su entrambi i requisiti.

¹³ In tal senso, limpidamente, M. LIBERTINI, *Clausola generale e disposizioni particolari nella disciplina delle pratiche commerciali scorrette*, cit., 75 s.

¹⁴ ID., *op. ult. cit.*, 77.

¹⁵ Per l'individuazione del fondamento dei criteri di correzione delle antinomie di norme giuridiche nel principio di unità dell'ordinamento giuridico nonché per la limpida disamina dei criteri di risoluzione del conflitto di norme volti alla disapplicazione di una delle due norme in conflitto (*lex specialis derogat legi generali; lex posterior derogat legi priori; lex superior derogat legi inferiori*), cfr. la fondamentale opera di K. ENGISCH, *Introduzione al pensiero giuridico*, trad. it. A. Baratta, Milano, 1970 (ma, 1968), 255 ss.

¹⁶ Con riferimento alla disciplina delle pratiche commerciali scorrette, il ritorno (inedito per il legislatore europeo) alla prospettiva della fattispecie è segnalato da F. PIRAINO, *Diligenza, buona fede*, cit., 1120, sebbene la tecnica normativa della fattispecie deve, qui, misurarsi con la compresenza di criteri elastici e clausole generali (in particolare, i delicati rapporti tra diligenza, buona fede e ragionevolezza).

¹⁷ I requisiti della contrarietà alla diligenza professionale e dell'idoneità a falsare in misura apprezzabile il comportamento economico del consumatore devono contestualmente sussistere ai fini del giudizio di scorrettezza, cioè di illiceità, della pratica commerciale. Cfr. Corte di Giustizia, Sez. VIII, 7 settembre 2016, C-310/15, *Vincent Deroo – Blanquart c. Sony Europe Limited*, secondo cui: «Una pratica commerciale può essere considerata sleale, ai sensi dell'articolo 5, paragrafo 2, della direttiva 2005/29, solo se rispetta la doppia condizione, da un lato, di essere *contraria alle norme di diligenza professionale* e, dall'altro, di *falsare o essere idonea a falsare in misura rilevante il comportamento economico del consumatore medio in relazione al prodotto*. In tale contesto, occorre ricordare che, conformemente al suo considerando 18, tale direttiva prende come parametro il consumatore medio che è normalmente informato e ragionevolmente attento ed avveduto, tenendo conto dei fattori sociali, culturali e linguistici. Ed in particolar modo mediante un'informazione corretta del consumatore, un'offerta congiunta di diversi prodotti o servizi può soddisfare le esigenze di lealtà poste dalla direttiva 2005/29» (enfasi aggiunta).

Parimenti la giurisprudenza interna, la quale tende a riprendere fedelmente il dettato normativo: cfr. Cons. Stato, sez. VI, 19 febbraio 2019, n. 1167; Cons. Stato, sez. VI, 6 settembre 2017, n. 4245; Cons. Stato, sez. VI, 4 aprile 2011, n. 2099.



3. – Il primo requisito si fonda sulla nozione di «diligenza professionale», la quale consisterebbe – secondo la poco brillante definizione normativa¹⁸ – nell’assenza del «normale grado della specifica competenza ed attenzione che ragionevolmente i consumatori attendono da un professionista nei loro confronti *rispetto ai principi generali di correttezza e di buona fede nel settore di attività del professionista*» (art. 18, lett. h, cod. cons.)¹⁹.

Il riferimento alla diligenza impone di considerarne le possibili accezioni e i variegati riferimenti normativi, al fine di trarne indicazioni ermeneutiche per l’interpretazione della definizione consumeristica di diligenza professionale.

È opportuno muovere dall’impiego della diligenza nella teoria dell’obbligazione, attesa la rilevanza sistematica che il concetto assume nella materia obbligatoria. Secondo l’opinione più diffusa, la diligenza indica la misura o il grado dello sforzo, della cura, dell’attenzione, della sollecitudine che il debitore è tenuto ad impiegare nell’adempimento dell’obbligazione²⁰ mediante il generale riferimento alla figura del *bonus*

¹⁸ È constatazione diffusa in dottrina: cfr., per tutti, S. DELLE MONACHE, *Pratiche commerciali scorrette, obblighi di informazione, dolo contrattuale*, in *Annuario del contratto 2009*, Torino, 2010, 105, secondo il quale la normativa sulle pratiche commerciali scorrette è un esempio difficilmente eguagliabile di cattiva tecnica normativa, caratterizzata da un testo prolisso e dettagliato, ma intessuto, nello stesso tempo, di un continuo richiamo a concetti elastici (quando non a clausole generali): con il risultato di un periodo contorto e faticoso, che nessun guadagno significativo determina, in realtà, sul piano della certezza del diritto.

¹⁹ È senz’altro poco felice, nell’ambito di un unico contesto definitorio, l’accostamento della diligenza (art. 1176 c.c.) alla correttezza (art. 1175 c.c.), le quali nella teoria generale dell’obbligazione si pongono su piani nettamente distinti: il dovere di correttezza è dalla legge imposto ad entrambi i soggetti del rapporto obbligatorio, sia al creditore sia al debitore, mentre la diligenza, da commisurare allo *standard* del “buon padre di famiglia” (o alla natura professionale dell’attività esercitata, art. 1176, comma 2, c.c.) è richiesta al solo debitore nell’adempimento dell’obbligazione. Cfr., per tutti, P. RESCIGNO, voce *Obbligazioni (dir. priv.)*, in *Enc. dir.*, XXIX, Milano, 1979, 178 ss.

Con riferimento alla definizione normativa in discorso, occorre rilevare che l’art. 2, lett. h), della direttiva 2005/29/CE, riferiva la diligenza professionale “rispetto a pratiche di mercato oneste e/o al principio generale di buona fede nel settore di attività del professionista”. Ad avviso di M. LIBERTINI, *Clausola generale e disposizioni particolari nella disciplina delle pratiche commerciali scorrette*, cit., 94, il legislatore italiano, nel recepimento della direttiva, ha manifestato uno spunto di autonomia, riformulando la clausola generale, non tanto nella sua struttura di base (da questo punto di vista l’art. 19 c. cons. corrisponde all’art. 5, Dir. 29/2005/CE), quanto proprio nella definizione di «diligenza professionale»: esso ha infatti sostituito il riferimento alle «pratiche di mercato oneste» con quello relativo al «rispetto dei principi generali di correttezza e di buona fede nel settore di attività del professionista». Tale scelta avrebbe una precisa portata normativa: escludere il rinvio alla prassi sociali nel riempire di contenuto la clausola generale. In tema, v. altresì G. DE CRISTOFARO, *La nozione generale di pratica commerciale “scorretta”*, in *Pratiche commerciali scorrette e codice del consumo. Il recepimento della direttiva 2005/29/Ce nel diritto italiano (decreti legislativi nn. 145 e 146 del 2 agosto 2007)*, a cura di G. De Cristofaro, Torino, 2008, 149.

²⁰ La diligenza, come noto, non è definita dal codice; tuttavia, nella Relazione del Ministro Guardasigilli Grandi al Codice Civile del 1942 (n. 559) si osserva che la diligenza, richiamata «in via generale nell’art. 1176 come misura del comportamento del debitore nell’eseguire la prestazione dovuta, riassume in sé quel complesso di cure e di cautele che ogni debitore deve normalmente impiegare nel soddisfare la propria obbligazione, avuto riguardo alla natura del particolare rapporto ed a tutte le circostanze di fatto che concorrono a determinarlo. Si tratta di un criterio obiettivo e generale, non soggettivo e individuale: sicché non basterebbe al debitore, per esimersi da responsabilità, dimostrare di avere fatto quanto stava in lui, per cercare di adempiere esattamente l’obbligazione». Il criterio della diligenza *quam in suis* risulta, peraltro, abbandonato anche nel contratto deposito (cfr. art. 1768, comma 1, c.c., diversamente dal precedente art. 1843 c.c. abr.). La contrapposizione tra la cosiddetta *diligentia diligentis*, che si rapporta al tipo astratto del *diligens paterfamilias*, e la *diligentia quam suis*, che indica il grado di diligenza che il debitore pone nelle cose e negli affari propri, risale, come noto, alle fonti giustiniane, cfr. M. TALAMANCA, voce *Colpa civile (storia)*, in *Enc. dir.*, VII, Milano, 1960, 520 s.

Per la nozione astratta di diligenza, valorizzando il riferimento alla figura “buon padre di famiglia” compiuto dal codice vigente, si esprime la dottrina assolutamente maggioritaria: cfr. G. OSTI, *Deviazioni dottrinali in tema di responsabilità per inadempimento delle obbligazioni*, in *Riv. trim. dir. proc. civ.*, 1954, 609 ss.; R. NICOLÒ, voce *Adempimento*, in *Enc. dir.*, I, Milano, 1958, 558, secondo cui l’art. 1176 c.c. ha costruito un tipo di diligenza astratta (da considerare sotto un profilo obiettivo e generale) e relativa (cioè non uniforme, ma commisurata al variare delle situazioni). In senso analogo, L. MENGONI, *Obbligazioni «di risultato» e obbligazioni di «mezzi»*, cit., 185 ss., spec. 187, 193 e 199, ad avviso del quale occorre espungere dalla valutazione di diligenza le capacità perso-



*paterfamilias*²¹ (cfr. art. 1176, comma 1, c.c.; criterio, poi, talvolta ribadito con riferimento a peculiari rapporti: artt. 382, 703, comma 4, 1001, 1091, 1710, 1768, 1804, 1961, 2148, 2167 c.c.; e, talaltra, plasmato in ragione della natura dell'attività professionale cui il debitore è tenuto: artt. 1176, comma 2, 2104, 2174, 2392, 2407, 2409-*terdecies* c.c.)²²; nel riferimento alla *misura* o al *grado*²³ sta l'essenza del concetto di diligenza così inteso, attraverso il quale non si vuole porre in risalto il dato soggettivo dello sforzo, dell'attenzione, della tensione della volontà del debitore²⁴, ma il *criterio* (astratto) dettato dal legislatore al fine di individuare lo sforzo dovuto. In questa accezione – cd. normativa (o imperativa)²⁵ – la diligenza indica, in so-

nali e le disponibilità individuali dell'obligato, in quanto il grado di impiego di tali capacità e disponibilità è fissato in una misura oggettiva, senza riguardo alle sue attitudini morali e ai suoi apprezzamenti pratici.

Per la nozione concreta di diligenza, cfr. G. CIAN, *Antigiuridicità e colpevolezza*, Padova, 1966, 169 ss., includendo le doti individuali nella definizione della diligenza dovuta dal singolo debitore.

Su posizione intermedia si pone cfr. C.M. BIANCA, voce *Negligenza (dir. priv.)*, in *Noviss. dig. it.*, XI, Torino, 1965, 192, il quale, pur riconoscendo come la legislazione positiva imponga, con il richiamo alla figura del buon padre di famiglia, una misura generale e astratta di valutazione del comportamento del debitore (abbracciando una nozione oggettiva di diligenza), da cui discende l'assoluta irrilevanza dell'inefficienza del soggetto ad adeguare la sua diligenza al modello della figura di buon padre di famiglia, conferisce – all'inverso – rilevanza a quegli impedimenti che colpiscono la sfera personale del soggetto, menomandone l'efficienza fisica o morale (ad es., malattia o morte recente di un congiunto).

²¹ Per l'analisi storica e per la determinazione del valore attuale da attribuire allo *standard* del buon padre di famiglia, cfr. M. GIORGIANNI, voce *Buon padre di famiglia*, in *Noviss. dig. it.*, II, Torino, 1958, 596 ss., ora in *L'inadempimento*, Appendice alla III ed., Milano, 1975, 327 ss. (da cui le successive citazioni).

²² In realtà, l'unitarietà del concetto (e della funzione) della diligenza del *bonus paterfamilias* e della diligenza professionale è stata autorevolmente contestata (e sul punto si tornerà): cfr., L. MENGONI, *Obbligazioni «di risultato» e obbligazioni di «mezzi»*, cit., 198, 201, 204 ss.; aderisce al pensiero mengoniano, di recente, F. PIRAINO, *Diligenza, buona fede, ragionevolezza*, cit., 1139 ss.

²³ Il riferimento al grado di diligenza richiede alcune precisazioni. Pur non essendo possibile in questo breve spazio ripercorrere la storia del concetto di diligenza e l'origine della tripartizione in gradi di essa (per l'origine storica dei gradi della diligenza, risalenti alla tradizione giustiniana attraverso la ricostruzione dei glossatori, cfr. M. TALAMANCA, voce *Colpa civile (storia)*, cit., 520 s.), alla considerazione di diversi gradi di diligenza in astratto ipotizzabili sembrava logico e naturale fare corrispondere, per amore di simmetria concettuale, una tripartizione di graduazioni che simmetricamente veniva estesa al concetto correlativo di colpa: *culpa lata*, *culpa levis* e *culpa levissima*; e ciò a seconda che l'obligato si sia reso responsabile di quella *nimia negligentia*, identificata nel *non intelligere id quod omnes intelligunt* (D. 50, 16, 223 pr.) (*culpa lata*) ovvero non abbia osservato la *diligentia diligentis* identificabile nel *bonus paterfamilias* (*culpa levis*), ovvero ancora quel grado massimo che è da attendersi da persona scrupolosissima quale il *diligentissimus paterfamilias* (*culpa levissima*), la quale nelle fonti giustiniane era riservata alla responsabilità aquiliana (in lege Aquilia et levissima culpa venit, D. 9, 2, 44 pr.) non anche nella responsabilità contrattuale (cfr. ancora, ID., *op. loc. ult. cit.*).

Per la convincente critica delle graduazioni della colpa, cfr. M. GIORGIANNI, *L'inadempimento*, cit., 330 ss., che invita ad abbandonare graduazioni di sorta, per quanto frutto di costruzioni concettuali raffinate ed armoniche che ponevano la diligenza del buon padre di famiglia ed il corrispondente grado di colpa in posizione mediana, interpretando lo standard del buon padre di famiglia alla luce delle istanze della moderna vita di relazione che ne impongono una lettura più esigente ed inducano a superare il riferimento alla "medietà". Più di recente, sempre in senso critico, cfr. altresì A. DI MAJO, *Delle obbligazioni in generale, sub artt. 1173-1176*, in *Comm. Scialoja-Branca*, a cura di F. Galgano, Bologna-Roma, 1988, 419 ss.

²⁴ Con la necessaria precisazione che la diligenza non si presenta mai come semplice atteggiamento dello spirito né designa una mera attitudine interiore, individuando piuttosto una qualificazione soggettiva di un'attività, di un comportamento (in cui quelle qualità soggettive devono estrinsecarsi): cfr. G. OSTI, *Deviazioni dottrinali*, cit., 611 s. R. NICOLÒ, voce *Adempimento*, in *Enc. dir.*, I., Milano, 1958, 558; negli stessi termini, L. MENGONI, *Obbligazioni «di risultato» e obbligazioni di «mezzi» (studio critico)*, I, in *Riv. dir. comm.*, 1954, 187 e 193.

²⁵ Il dibattito dottrinale è ricco e variegato, distinguendosi – con l'approssimazione che contraddistingue ogni schematizzazione – una nozione normativa di diligenza da una nozione psicologica di diligenza (cd. soggettiva). Senza alcuna pretesa di esaustività, aderiscono alla nozione normativa della diligenza: S. RODOTÀ, voce *Diligenza (dir. civ.)*, in *Enc. dir.*, XII, Milano, 1964, 540; G. OSTI, voce *Impossibilità sopravveniente*, in *Noviss. dig. it.*, VIII, Torino, 1968, 294. ss., spec. 297 s. e nt. 5; U. BRECCIA, *Diligenza e buona fede nell'attuazione del rapporto obbligatorio*, Milano, 1968, 14, 52 s.; G. D'AMICO, voce, *Negligenza*, in *Digesto IV, disc. priv., sez. civ.*, XII, Torino, 1995, 24 s. e 33 s.; ID., *La responsabilità ex recepto e la distinzione tra obbligazioni "di mezzi" e "di risultato"*. *Contributo alla teoria della responsabilità contrattuale*, Napoli, 1999, 133 ss.; A. BELFIORE, *La colpa come criterio di responsabilità contrattuale: la nozione*, in *Studium iuris*, 2007, 6, 679 e nt. 21.



stanza, una qualificazione soggettiva dell'agire, il modo di comportarsi ed – in definitiva – il modello (quello del *bonus paterfamilias*) cui *commisurare* il comportamento materialmente tenuto dal debitore.

L'altra accezione della diligenza è quella psicologica²⁶: abbandonate le concezioni introspettive, volte ad indagare l'atteggiamento dello spirito che ha costituito il substrato psicologico dell'azione disapprovata (cioè la ragione psichica dell'agire male)²⁷, la diligenza, in tale accezione, è assorbita interamente nella teoria della colpa²⁸ e viene riferita all'atteggiamento psichico del soggetto in ordine alla prevedibilità e all'evitabilità di un evento lesivo²⁹, coniugandosi nella nozione psicologica sia il momento intellettualistico della possibilità di rappresentazione dell'evento (giudizio di prevedibilità) o di attuale conoscenza delle sue cause (giudizio di conoscibilità) sia il momento volutaristico dello sforzo impiegato per il mancato avveramento dell'evento lesivo (giudizio di evitabilità).

La netta distinzione tra la concezione normativa e quella psicologica di diligenza si coglie soprattutto sul piano della struttura del giudizio di negligenza (cioè, di colpa)³⁰: nella concezione normativa lo *standard* del buon padre di famiglia è inteso alla stregua di una regola di condotta che racchiude in sé il giudizio di valore posto dal legislatore, in relazione al quale l'interprete dovrà semplicemente operare un giudizio di conformità³¹ tra il comportamento materialmente tenuto e la misura di diligenza fissata dal legislatore³². Qui la difficoltà per l'interprete sta nel ricavare la regola di comportamento cui commisurare il contegno del soggetto da

²⁶ C. MAIORCA, voce *Colpa civile*, in *Enc. dir.*, VII, Milano, 1960, 569 ss.; nonché, S. PUGLIATTI, voce *Conoscenza*, *Enc. dir.*, IX, Milano, 1961, 70.

²⁷ Avverso le concezioni introspettive della diligenza si scaglia vigorosamente G. OSTI, *Deviazioni dottrinali*, cit., 611 s.; siffatta concezione introspettiva è chiaramente parsa insostenibile alla letteratura giuridica moderna in ragione della sua eco moralizzatrice.

²⁸ La concezione psicologica della diligenza non si traduce nella formulazione di giudizio di colpa condotto alla stregua di un giudizio di introspezione psicologica del soggetto (cfr., C. MAIORCA, *op. ult. cit.*, 572, 575 e 580): il giudizio di colpa non esprime e non intende indagare, cioè, uno stato soggettivo della psiche, ma un modo di essere specifico del soggetto nei riguardi di un evento e delle sue circostanze; in altri termini, la colpa, intesa quale forma di qualificazione giuridica di un atto, opera la trasposizione dal piano naturale (ove la diligenza si definisce come una realtà psicologica) al piano giuridico (*op. cit.*, 575 ss.).

²⁹ Atteggiandosi, in sostanza, come difettosità psichica; cfr. i rilievi critici in G. D'AMICO, voce *Negligenza*, cit., 25 s., con approfonditi riferimenti alla dottrina penalistica.

³⁰ Tale aspetto è nitidamente colto da C.M. BIANCA, voce *Negligenza (dir. priv.)*, cit., 190: nei termini estremi, infatti, si rischia di risolvere la diligenza ora in un mero sforzo volitivo ora in una valutazione di formale esattezza dell'atto, mentre l'utile distinzione tra un concetto psicologico (o soggettivo) e un concetto normativo (o oggettivo) di diligenza non è fondata sulla soggettività od oggettività dei suoi elementi, ma si coglie piuttosto sul piano dei modi e della misura alla cui stregua condurre la valutazione, il giudizio di diligenza.

In questi diversi atteggiamenti dottrinari è stata talora ravvisata la distinzione della diligenza secondo un significato soggettivo od oggettivo del concetto.

L'utile distinzione tra un concetto soggettivo e un concetto oggettivo della diligenza, pur se connessa, non è per altro fondata sulla soggettività od oggettività dai suoi elementi ma piuttosto, come ora vedremo, sulla misura della loro valutazione.

³¹ Proprio su tale elemento di giudizio si fonda, del resto, la nota critica alla nozione psicologica (intesa quale difettosità psichica dell'agente) formulata da H. KELSEN, *Hauptprobleme der Staatsrechtslehre*, Tubingen, 1923, 127 s., e ripresa dai moderni sostenitori della teoria normativa della diligenza, cfr. G. D'AMICO, voce *Negligenza*, cit., 25 s. La critica kelseniana si incentra sull'essenzialità della posizione del modello astratto di condotta diligente per poter predicare la negligenza della condotta considerata: «Il giudizio che accerta una mancanza di attenzione presuppone la rappresentazione del fatto che una determinata attenzione avrebbe dovuto essere applicata» (H. KELSEN, *op. loc. ult. cit.*).

La recente rilettura della concezione psicologica tende, invece, a criticare la nozione normativa di diligenza in quanto eliderebbe il piano dell'antigiuridicità per assorbito nella colpa, la quale, consistendo nel non aver tenuto quel comportamento che si sarebbe dovuto tenere, si limita a postulare la violazione del dovere di tenere un comportamento conforme al modello, coincidendo allora con la nozione di antigiuridicità. Per tali rilievi, cfr. C. MAIORCA, voce *Colpa civile (teoria gen.)*, cit., 549 ss.

Di recente, F. PIRAINO, *Diligenza, buona fede, ragionevolezza*, cit., 1139,

³² La prospettiva della valutazione della conformità in cui la diligenza (in tale accezione) consiste è ben posta in risalto da S. RODÒ, voce *Diligenza (dir. civ.)*, cit., 542.



un concetto (sì astratto, ma) elastico qual è la diligenza³³: il momento deontologico della valutazione sta, allora, nella relativizzazione del concetto elastico che consente di plasmare e definire lo sforzo dovuto nel tipo di prestazione considerato³⁴. Attraverso il giudizio di conformità, che è mero giudizio di fatto, si trasla nel singolo comportamento la valutazione assiologica fissata dal legislatore e mediata dall'interprete attraverso lo *standard* del buon padre di famiglia³⁵.

Diversamente, nella concezione psicologica, il giudizio di colpa non si attegga alla stregua di una valutazione di conformità, ma ha natura concretamente deontologica avendo come esclusivo riferimento il contegno oggetto della valutazione, impiegando i canoni psicologici della prevedibilità e della evitabilità dell'evento adattati al singolo contesto e alle qualità soggettive dell'autore del contegno disapprovato.

In altri termini, nella concezione normativa il momento deontologico della diligenza si esprime nella valutazione astratta *ex ante* dal legislatore così come relativizzato dall'interprete (criterio astratto, ma relativo)³⁶; nella concezione psicologica il momento deontologico della diligenza non ha un contenuto predeterminato dal legislatore, ma è concretamente individuato dall'interprete muovendo dall'esame del contesto in cui l'agente si trova ad operare e dalle sue qualità soggettive (criterio concreto).

L'applicazione di un criterio di valutazione astratto o concreto conduce a diversità sostanziali che si riscontrano altresì negli altri riferimenti normativi della diligenza all'infuori della materia obbligatoria, in special modo allorché essa divenga il metro di valutazione non dell'adempimento di un'obbligazione, ma dell'assolvimento di un *onere*³⁷.

Si può, al riguardo, considerare la valutazione di diligenza allorché è predicata con riferimento ad un *onere di conoscenza* (cfr. artt. 1341 e 1431 c.c.). In particolare, l'accertamento della riconoscibilità dell'errore (art. 1431 c.c.), da valutare avuto riguardo ad una «persona di normale diligenza» (oltreché «in relazione al

³³ La diligenza è, senza dubbio, un concetto elastico (o indeterminato). Cfr. S. RODOTÀ, voce *Diligenza (dir. civ.)*, cit., 540, il quale lo qualifica indifferentemente come concetto elastico o clausola generale, senza distinguere i due concetti. Su un piano generale, la distinzione dei concetti elastici (o indeterminati) dalle clausole generali è tracciata da K. ENGISCH, *Introduzione al pensiero giuridico*, cit., 170 ss.; cui aderisce A. DI MAJO, *Clausole generali e diritto delle obbligazioni*, in *Riv. crit. dir. priv.*, 1984, p. 539 ss. Sul punto si tornerà *infra*.

Per la qualificazione della diligenza come clausola generale, cfr. altresì G. D'AMICO, voce *Negligenza*, cit., 27; nonché, G. SICCHIERO, *Dell'adempimento*, in *Comm. Schlesinger*, diretto da F.D. Busnelli, *sub* art. 1176 c.c., Milano, 2016, 29 ss.

³⁴ Cfr., ancora, S. RODOTÀ, voce *Diligenza (dir. civ.)*, cit., 544. La questione poi si sposta sui margini dell'opera di relativizzazione consentiti all'interprete.

³⁵ Di recente, G. SICCHIERO, *Dell'adempimento*, cit., 7 ss., avvertendo lucidamente le finzioni applicative di cui è stata protagonista la figura astratta del buon padre di famiglia, icasticamente descritta come «un fantasma che tutti credono di vedere ma che non ha consistenza» (*op. cit.*, 15), propone di condurre l'opera di concretizzazione della clausola generale di diligenza attraverso il parametro della «ragionevolezza» per la determinazione del comportamento dovuto (*op. cit.*, 38 ss.). Tale ruolo della diligenza sarebbe, però, predicabile solo con riferimento alle obbligazioni che hanno ad oggetto «prestazioni non governabili» (rapportabili, seppur non in termini di coincidenza, alle obbligazioni tradizionalmente denominate «di mezzi»), tracciando una demarcazione dalle «prestazioni governabili» (rapportabili, invece, alle obbligazioni «di risultato») (cfr. *op. cit.*, spec. 127 ss.). In particolare, la distinzione tra obbligazioni governabili e non governabili non deve essere operata riferendosi al soggetto debitore (professionista o no), ma alla prestazione vista dal profilo oggettivo, rilevando che in questa molto spesso esistono fasi che sono oggettivamente realizzabili e possono allora costituire oggetto di promessa anche implicita (dunque, sono governabili dal debitore) ed altre che, sfuggendo al controllo di qualsiasi debitore, pretendono solo un suo comportamento (diligentemente) adeguato (si tratterà, allora di prestazioni non governabili). Cfr., sul punto, altresì G. SICCHIERO, *Dalle obbligazioni «di mezzi e di risultato» alle «obbligazioni governabili o non governabili»*, in *Contr. impr.*, 2016, 6, 1391 ss.

³⁶ S. RODOTÀ, voce *Diligenza (dir. civ.)*, cit., 545.

³⁷ Si considerino, ad esempio, l'onere del danneggiato di non aggravare le conseguenze dannose derivanti dall'illecito altrui (art. 1227, comma 2, c.c.), l'onere di conoscenza delle condizioni generali di contratto gravante sull'aderente (art. 1341 c.c.), l'onere di riconoscere l'errore altrui gravante sul destinatario della dichiarazione contrattuale (art. 1431 c.c.), l'onere del possessore di percepire i frutti in vista della restituzione (art. 1148 c.c.). Cfr., sul punto, M. GIORGIANNI, *L'inadempimento*, cit., 336 s.



contenuto, alle circostanze del contratto ovvero alle qualità dei contraenti»), ha dato luogo a raffinate discussioni circa la natura astratta (seppur relativizzata) oppure concreta del criterio da impiegare, giungendo a disquisire se il riferimento alla «persona di normale diligenza» implicasse la tutela dell'affidamento in astratto o in concreto³⁸. Nel primo caso, l'impiego di un criterio astratto di contraente diligente nella valutazione di riconoscibilità conduce ad affermare l'irrelevanza di un errore riconosciuto o bilaterale, dovendo la riconoscibilità essere accertata in relazione ad un modello astratto di contraente «di normale diligenza»³⁹; diversamente, nel secondo caso, predicandosi l'accertamento della riconoscibilità con riferimento al contraente concreto, l'errore riconosciuto e l'errore bilaterale conducono a ritenere in concreto soddisfatto il requisito di riconoscibilità dell'errore⁴⁰ (cfr., invece, per l'espressa equiparazione della conoscenza alla riconoscibilità, l'art. 1394 c.c. in relazione al conflitto di interessi del rappresentante).

Le medesime disquisizioni sulla natura del criterio da impiegare (astratto o concreto) possono replicarsi con riferimento all'art. 1341 c.c., sebbene il tenore letterale della norma abbia in parte diradato i dubbi sulla rilevanza tanto della conoscenza quanto della conoscibilità delle condizioni generali di contratto da parte

³⁸ Per un verso, chi propende per la tutela del c.d. *affidamento in concreto* assume quale punto di osservazione la particolare posizione dello specifico contraente che ha posto in essere il contratto. Così, E. BETTI, *Teoria generale del negozio giuridico*, 440; F. MESSINEO, *Dottrina generale del contratto*, Giuffrè, Milano, 1948, 90; V. PIETROBON, *Errore, volontà e affidamento*, Padova, 1990, 210 e 238; F. SANTORO-PASSARELLI, *Dottrine generali del diritto civile*, IX ed., Napoli, 1966 (rist. 2012), 165; A. TRABUCCHI, voce *Errore (dir. civ.)*, nel *Noviss. dig. it.*, VI, Torino, 1960, ma rist. 1981, 671; M. BESSONE, *Errore comune ed affidamento nella disciplina del contratto*, in *Foro it.*, 1966, I, 1572 ss.; A. GIORDANO, *In tema di rilevanza dell'errore bilaterale nel contratto*, in *Giust. civ.*, 1952, I, 456 ss.

Per altro verso, vi è chi evidenzia come il legislatore, prescrivendo la riconoscibilità, non intenda affatto tutelare l'affidamento che in concreto la dichiarazione dell'errante abbia generato in quel determinato destinatario, bensì intende tutelare l'affidamento che la dichiarazione stessa possa generare in un tipo astratto di contraente di normale diligenza, non legato a situazioni soggettive concrete e specifiche di conoscenza o di errore (tutela del c.d. *affidamento in astratto*). Così, A. DE MARTINI, *In tema di riconoscibilità dell'errore bilaterale nel contratto*, in *Foro it.*, 1952, I, 434; G. MIRABELLI, *Delle obbligazioni. Dei contratti in generale (Artt. 1321-1469)*, in *Commentario Utet*, 1980, 547; G. CRISCUOLI, *Errore bilaterale: comune e reciproco*, in *Riv. dir. civ.*, 1985, I, 621; G. AMORTH, *In tema di errore nelle compra-vendite d'opere d'arte antiche*, in *Foro it.*, I, 1948, 681; P. BARCELLONA, *In tema di errore riconosciuto e di errore bilaterale*, in *Riv. dir. civ.*, 1961, I, 63 ss.

³⁹ Ammettendo, così, la possibilità che l'errore, pur riconosciuto dalla controparte, possa essere considerato non riconoscibile, con esclusione della sua rilevanza invalidante; oppure che un errore bilaterale, cioè un errore in cui sono cadute entrambe le parti, possa essere comunque considerato riconoscibile.

⁴⁰ In quest'ottica, il riconoscimento dell'errore impedirebbe la tutela dell'affidamento relativo ad una dichiarazione di cui si conosce l'erroneità, con la conseguenza che è sufficiente l'essenzialità dell'errore per l'annullabilità del contratto. Quest'ultima conseguenza è affermata con riferimento all'errore bilaterale da alcuni in virtù del rilievo secondo cui la controparte che condivide l'errore non può, secondo buona fede, eccepire di non averlo potuto riconoscere nell'altra parte, non potendo richiedere all'altra parte «una stregua di valutazione diversa da quella che adopra per sé», per il fatto stesso di dividerlo deve ammetterne la plausibilità (così E. BETTI, *Teoria generale del negozio giuridico*, in *Tratt. Vassalli*, XV, 2, Torino, 1950, 440); da altri, sull'assunto che l'errore bilaterale escluda un affidamento (incolpevole) da proteggere, in quanto ciascun contraente dichiara per effetto del proprio errore e non di quello altrui (in tal senso, si esprime F. MESSINEO, *Dottrina generale del contratto*, Milano, 1948, 90). Con riguardo a quest'ultimo assunto, condiviso dalla giurisprudenza (citata, *infra*, cpv.), si è obiettato che un affidamento «nella specie è sicuramente sorto nella controparte, la quale, proprio perché ha condiviso l'errore, non ha potuto nutrire alcun dubbio sulla validità della dichiarazione ricevuta» (così, A. CATAUDELLA, *Sul contenuto del contratto*, Milano, 1966, 290; del pari, riconosce la sussistenza di «un affidamento da difendere», R. SACCO, in R. Sacco e G. De Nova, *Il contratto*, IV ed., Torino, 2016, 521).

La giurisprudenza, con orientamento costante, in caso di errore bilaterale esclude la necessità della valutazione di riconoscibilità, non riscontrando un affidamento incolpevole da proteggere, in quanto ciascun contraente dichiara per effetto del proprio errore e non di quello altrui; pertanto, conferisce all'errore bilaterale rilevanza invalidante purché essenziale a prescindere dal requisito della riconoscibilità. Cfr. Cass., 23.3.2017, n. 7557, in *Nuova giur. civ. comm.*, 2017, 10, 1329, con mia nota di commento; Cass., 15.12.2011, n. 26975, in *Rep. Foro it.*, voce «Contratto in genere», 2011, n. 475; Cass., 12.11.1979, n. 5829, in *Rep. Foro it.*, voce «Contratti in generale», 1979, n. 272; Cass., 29.4.1965, n. 773, in *Foro it.*, 1965, I, 1778, con nota di Bessone; Cass., 9.2.1952, n. 316, in *Foro it.*, 1952, I, 431, con nota di De Martini.



dell'aderente («le ha conosciute o avrebbe dovuto conoscerle usando l'ordinaria diligenza» recita l'art. 1341, comma 1, c.c.). Anche qui la dottrina è divisa sulla natura del criterio da adottare per l'accertamento della conoscibilità delle condizioni generali da parte dell'aderente: secondo l'opinione più diffusa⁴¹, la diligenza dell'aderente è improntata ad un criterio di normalità (dunque, astratto), con riferimento a ciò che è normale attendersi dalla massa degli aderenti in relazione al tipo di operazione economica, senza particolari sforzi o competenze; secondo altra opinione⁴², la valutazione di conoscibilità secondo l'ordinaria diligenza deve essere concreta e contestualizzata.

Ad ogni modo, dall'esame delle figure soggettive di onere che impiegano il parametro della diligenza (artt. 1227, comma 2⁴³, 1341, 1431 c.c.) si ricava un altro interessante dato: in queste ultime il riferimento alla diligenza è qualificato dall'aggettivo «ordinaria» o «normale», colorando il concetto di diligenza di quel contenuto di «medietà» e di «normalità» che, invece, il legislatore, nella materia obbligatoria, ha voluto stigmatizzare mediante il riferimento al buon padre di famiglia (cioè, al buon debitore – cfr. art. 1176, comma 1, c.c. –, non all'uomo medio) ed ancora di più alla diligenza professionale (il buon professionista, art. 1176, comma 2, c.c.)⁴⁴.

⁴¹ C.M. BIANCA, voce *Condizioni generali di contratto, I*, *Diritto civile*, in *Enc. Trecc.*, XI, Roma, 1988, 2, precisa che la misura dell'ordinaria diligenza deve riportarsi ad un criterio di normalità, con riferimento a ciò che è normale attendersi dalla massa degli aderenti in relazione al tipo di operazione economica; l'applicazione di questo criterio esclude che all'aderente possa richiedersi un particolare sforzo o una particolare competenza per conoscere le condizioni generali usate dal predisponente. *Contra*, di recente, G. SICCHIERO, *Il requisito della conoscibilità delle condizioni generali di contratto (art. 1341 c.c.)*, in *Giur. it.*, 2020, 1646, il quale critica il criterio astratto della normale attendibilità, ritenendo possibile «solo una verifica concreta e contestualizzata, che il giudice dovrà svolgere senza appoggiarsi ad affermazioni belle nella forma ma non verificabili».

Ritengono, invece, parimenti che la diligenza richiesta sia quella media od ordinaria, non potendo richiedersi un particolare sforzo o una particolare competenza alla parte assoggettata: M. DOSSETTO, voce *Condizioni generali di contratto*, in *Noviss. Dig. it.*, III, Torino, 1957, 1111; nonché U. MORELLO, voce *Condizioni generali di contratto*, in *Dig. IV, Disc. priv., sez. civ.*, III, 1988, ed. *online*, n. 2.

In ogni caso, si ritiene correttamente che all'onere dell'aderente di accertarsi delle condizioni generali con l'ordinaria diligenza faccia riscontro l'onere del predisponente di rendere tali condizioni normalmente conoscibili da parte dell'aderente, nel senso che il predisponente deve rendere manifesta all'aderente l'esistenza delle condizioni generali e deve metterlo in grado di conoscerne il contenuto (cfr. C.M. BIANCA, *op. loc. ult. cit.*).

⁴² Cfr., ancora, G. SICCHIERO, *Il requisito della conoscibilità delle condizioni generali di contratto (art. 1341 c.c.)*, in *Giur. it.*, 2020, 1646; nonché A. GENOVESE, *Le condizioni generali di contratto*, Padova, 1954, 185, il quale deve affermare che la diligenza dell'aderente deve considerare la sua appartenenza ad una categoria ovvero, instaurando un parallelismo con l'art. 1176 c.c., deve avere riguardo alla posizione assunta dall'aderente nel contratto e alla circostanza che questi eserciti un'attività professionale.

⁴³ Con riferimento alla responsabilità contrattuale, la dottrina tende ad inquadrare l'onere di non aggravare il danno nel più ampio onere di collaborazione gravante sul creditore in forza del principio di buona fede e correttezza (art. 1175), cfr. G. VISINTINI, *Inadempimento e mora del debitore*, in *Comm. Schlesinger-Busnelli*, II ed., Milano, 2006, 65 ss., la quale riporta altresì la tendenza giurisprudenziale all'estensione del contenuto dell'onere sino a richiedere al creditore non solo di non aggravare ma altresì di ridurre il danno.

⁴⁴ Cfr. i penetranti rilievi di M. GIORGIANNI, *L'inadempimento*, cit. 330 s., ribadendo che l'aggettivo «buono» prescinde del tutto dall'idea della «media» o della «normalità», intendendo indicare un valore assoluto che molto probabilmente l'uomo «normale» non riesce a raggiungere.

È indubbio che la definizione consumeristica della diligenza, attraverso l'impiego dell'aggettivo «normale», sembra demolire gli sforzi compiuti dalla dottrina della seconda metà del secolo scorso: sforzi volti ad eliminare quelle ambiguità della figura del buon padre di famiglia quale connessa ad un modello di uomo medio. Il problema è chiaramente collegato alla teoria della graduazione della colpa (cfr. *supra*, in nota) in base alla quale, tra i tre gradi di colpa, la diligenza del buon padre di famiglia e il corrispondente grado di colpa figuravano al centro, così da far assumere alla figura del buon padre di famiglia una posizione mediana. È da tale posizione che doveva emergere la suggestione del riferimento alla nozione di uomo medio (cfr., ancora, ID., *op. loc. ult. cit.*).

Nella medesima direzione, A. DI MAJO, *Delle obbligazioni in generale*, in *Comm. Scialoja-Branca*, sub artt. 1173-1176, Bologna-Roma, 1988, 418, al fine di scongiurare il pericolo della «medietà statistica» del buon padre di famiglia propone il ricorso ai contenuti etico-sociali rappresentati dalla realizzazione della «funzione sociale» (art. 42 Cost.) o dell'«utilità sociale» (art. 41 Cost.), che so-



Pertanto, appare decisamente singolare che, nella definizione della «diligenza professionale», l'art. 18, lett. *h*, cod. cons. si riferisca al «normale grado della specifica competenza ed attenzione che ragionevolmente i consumatori attendono da un professionista ...», contrariamente a quanto avviene nella teoria dell'obbligazione ove la diligenza professionale è l'espressione più penetrante della diligenza, che racchiude anche la perizia del debitore (*imperitia culpa adnumeratur*), non richiesta al debitore comune.

Questa notevole aporia della nozione consumeristica di “diligenza professionale” induce subito a dubitare fortemente dell'equivalenza strutturale e funzionale tra i due concetti di diligenza. Ma se ne ha una concreta dimostrazione allorché se ne provi a tracciare il contenuto.

Si consideri, infatti, che l'art. 20 cod. cons. pone il divieto di pratiche commerciali scorrette, cioè il divieto di pratiche contrarie alla diligenza professionale: ebbene, vietare un comportamento negligente equivale ad imporre un obbligo positivo di diligenza⁴⁵. Tuttavia, postulare un dovere di diligenza significa ricorrere ad una formula ellittica e fuorviante: la diligenza non può essere intesa come oggetto di un autonomo (sia pur accessorio) dovere⁴⁶; se essa rappresenta lo sforzo, la cura, la sollecitudine, l'attenzione, cioè – comunque la si intenda – la misura o il *quomodo* del comportamento dovuto dal debitore nell'adempimento di un dovere, giammai può costituirne l'oggetto.

In realtà, ad un attento esame, il requisito della contrarietà alla diligenza professionale – che consente di qualificare una pratica commerciale come scorretta – sembra voler individuare, nel riferimento alla diligenza professionale, un *tipo* di comportamento (non la sua *misura* né tantomeno modi di *qualificazione soggettiva* di un'azione)⁴⁷, cioè delinea, a ben vedere, una *regola di comportamento*, la cui violazione prescinde da un giudizio di imputazione soggettiva dell'azione in termini di colpa – cioè, di negligenza – del professionista⁴⁸.

no alla base del nostro assetto costituzionale, per arricchire il criterio di diligenza, similmente a quanto predicato per il criterio della buona fede, di quei contenuti deontologici che ne impongono uno *standard* di buon debitore, attento e scrupoloso, impedendo la qualificazione dell'agire diligente possa assestarsi al livello della misura media e normale.

⁴⁵ N. BOBBIO, *Teoria della norma giuridica*, Torino, 1958, 127 ss., 150 ss.; ID., voce *Norma giuridica*, in *Noviss. dig. it.*, XI, Torino, 331 ss., secondo cui *comandi* e *divieti* appartengono entrambi alla categoria degli *imperativi*: il primo è un imperativo positivo posto da una norma precettiva, cioè da una norma che *comanda* un comportamento secondo la seguente struttura logica: «*A* deve *B*» (dove *A* è il soggetto passivo della norma e *B* il comportamento oggetto della modalità deontica); il secondo è un imperativo negativo posto da una norma proibitiva, cioè da una norma che *vieta* un comportamento (*A* deve *non B*; ove “*non B*” indica il comportamento “*B*” che deve essere omissso per osservare il divieto). Il divieto, quale imperativo negativo, è allora il comando di astenersi dal compiere un'azione, cioè il comando di un'omissione: pertanto, vietare un'omissione significa comandare un'azione.

⁴⁶ Cfr. L. MENGONI, *Obbligazioni «di risultato» e obbligazioni «di mezzi» (Studio critico)*, I, in *Riv. dir. comm.*, 1954, 193 s.; S. RODOTÀ, voce *Diligenza (dir. civ.)*, cit., 544, il quale ribadisce che la diligenza, quale criterio di valutazione, non può costituire il contenuto di un'obbligazione autonoma; A. DI MAJO, *Delle obbligazioni in generale, sub artt. 1173-1176*, in *Comm. Scialoja-Branca*, a cura di F. Galgano, Bologna-Roma, 1988, 452 s.; F. PIRAINO, *Diligenza, buona fede, ragionevolezza*, cit., 1133.

⁴⁷ Con nitore di pensiero, A. GENTILI, *Pratiche sleali e tutele legali: dal modello economico alla disciplina giuridica*, in *Riv. dir. priv.*, 2010, 3, 37 ss., spec. 42.

⁴⁸ M. LIBERTINI, *Clausola generale e disposizioni particolari nella disciplina delle pratiche commerciali scorrette*, cit., 89 ss., che pone in evidenza come, anche nel testo della normativa europea, gli altri due termini individuati dall'art. 2, lett. *h*, della direttiva 2005/29/Ce (“pratiche di mercato oneste” e “buona fede nel settore professionale”), surrettiziamente presentati come elementi della definizione di diligenza, hanno invece una portata normativa autonoma: ad avviso dell'A., la «sola interpretazione ragionevole è dunque, per contro, quella per cui le pratiche *disoneste* e quelle *contrarie al principio di buona fede*, sono vietate di per sé, a prescindere da un controllo sulla diligenza del relativo comportamento».

Contra, G. DE CRISTOFARO, *Il divieto di pratiche commerciali sleali*, cit., 121, secondo cui “pratiche di mercato oneste” e “buona fede” costituirebbero solo «parametri da utilizzare per individuare il livello di competenza, cura ed attenzione cui ci si può legittimamente attendere il professionista si attenga».

Ad ogni modo, si consideri che la direttiva (sul punto, non recepita) stabiliva espressamente che i provvedimenti inibitori venissero adottati «anche in assenza di prove in merito alla perdita o al danno effettivamente subito, oppure in merito all'intenzionalità o alla negligenza da parte del professionista» (art. 11, par. 2°, dir. 2005/29/CE).



In questa prospettiva, è stata formulata la dotta e raffinata proposta dottrinale⁴⁹ di definire la diligenza professionale consumeristica (artt. 18, lett. h, e 20, cod. cons.) ricorrendo al concetto mengoniano di perizia come *diligentia in adimplendo* ricavabile dall'art. 1176, comma 2, c.c., da intendere – cioè – non quale criterio di imputazione soggettiva della responsabilità debitoria (dunque, qualificazione soggettiva di un'attività attraverso la fissazione della misura di comportamento), ma come misura del contenuto della prestazione delle obbligazioni di fare relative all'esercizio professionale di un'attività, sul presupposto che le due diverse funzioni assegnate alla diligenza (criterio di determinazione della prestazione ovvero criterio di imputazione della responsabilità) non possano essere ricondotte ad un unico concetto di diligenza. Lasciati in disparte i dubbi che possono avanzarsi sulla validità teorica di tale presupposto⁵⁰, secondo la ricostruzione in esame, il comma 2 dell'art. 1176 c.c. enuncia una nozione del tutto autonoma di diligenza (qualificabile come perizia) contraddistinta dal carattere professionale e non riconducibile alla diligenza del *bonus paterfamilias* di cui al comma 1, neppure come sua *species*. In questo modo, la diligenza professionale, lungi dal costituire un criterio di imputazione della responsabilità, diviene fonte di determinazione del contenuto dell'obbligo del professionista tramite rinvio alle conoscenze ed abilità tecniche (*leges artis*) ed ai progressi tecnologici correnti cui è legittimo pretendere che il debitore si attenga⁵¹. Tuttavia, qualificare la diligenza professionale consumeristica come criterio di determinazione del contenuto della prestazione per ricavarne «l'imposizione di specifiche regole di condotta e di un generale precetto di azione in vista della salvaguardia dell'interesse del consumatore al compimento di processi cognitivi e decisionali consapevoli e all'esercizio della piena libertà negoziale» non pare una conclusione condivisibile.

Se, infatti, il concetto di diligenza lo si impiegasse alla stregua di un criterio elastico da cui l'interprete ricava una regola di azione volta alla salvaguardia dell'interesse altrui, allora la diligenza si atterrebbe come un surrogato dei principi di correttezza (art. 1175 c.c.) e buona fede (artt. 1337 e 1375 c.c.)⁵², senza apportare un significativo contributo di novità al sistema (che ne esce, peraltro, ulteriormente aggrovigliato). Del resto, al fine di intendere la diligenza professionale consumeristica in coerenza con il sistema, sembra che debba farsi leva sulla seconda parte della definizione normativa (tracciata dall'art. 18, lett. h, cod. cons.) che raffronta la diligenza (intesa come l'assenza del «normale grado della specifica competenza ed attenzione che

⁴⁹ F. PIRAINO, *Diligenza, buona fede, ragionevolezza*, cit., 1134 s., 1139 ss. (spec. 1143), 1151 s.

⁵⁰ A ben vedere, posto che la diligenza consiste in un criterio elastico di cui occorre determinare contenuto e funzione, se correttamente si distingue il contenuto costitutivo del criterio dalla funzione che al criterio si assegna, non è possibile assegnare una duplicità di funzioni alla diligenza solo se intesa in senso psicologico, nel qual caso essa varrà esclusivamente come criterio di imputazione della responsabilità. Diversamente, è ben possibile assegnare entrambe le indicate funzioni alla diligenza se intesa in senso normativo (come qualità tipica astratta determinante il contenuto della prestazione dovuta): la diligenza, indicando un modello di condotta cui rapportare il contegno materiale tenuto dal debitore, può fungere tanto da regola di esatto adempimento (*exacta diligentia*) quanto da regola di imputabilità (raffrontando il contegno alla diligenza dovuta per evitare l'impossibilità della prestazione). È la tesi di G. OSTI, *Deviazioni dottrinali*, cit., 606 ss., che distingue la «colpa nell'adempimento» dalla «colpa dell'inadempimento» (*recte, «dell'impossibilità oggettiva che determini l'inadempimento»*).

La duplicità di funzioni dell'unitario concetto di diligenza è altresì predicata da chi muove da diversa ricostruzione del fondamento della responsabilità per inadempimento: cfr., sul punto, C.M. BIANCA, voce *Negligenza (dir. priv.)*, 193, il quale riconosce che il nostro ordinamento assume lo sforzo utile sia per determinare il contenuto del comportamento del debitore, ponendosi in tal modo come concorrente criterio d'individuazione dell'esatta prestazione dovuta, sia per valutare il comportamento tenuto dal debitore in relazione agli eventuali impedimenti incontrati, ponendosi allora come criterio di responsabilità.

⁵¹ L. MENGONI, *Obbligazioni di risultato*, cit., 204 ss.

⁵² Cfr. F. PIRAINO, *Diligenza, buona fede, ragionevolezza*, cit., 1161 s., secondo cui «con la commistione di diligenza e buona fede, la disciplina delle pratiche commerciali ha fatto propria una nozione di diligenza professionale rinnovata rispetto a quella tradizionale di osservanza delle *leges artis* perché contraddistinta non soltanto dalla necessità di attenersi alle conoscenze scientifiche, tecniche e tecnologiche e alle correlate procedure, ma anche dall'imposizione di specifiche regole di condotta e di un generale precetto di azione in vista della salvaguardia dell'interesse del consumatore al compimento di processi cognitivi e decisionali consapevoli e all'esercizio della piena libertà negoziale».



ragionevolmente i consumatori attendono da un professionista nei loro confronti») *rispetto ai principi generali di correttezza e di buona fede* nel settore di attività del professionista» (art. 18, lett. *h*, cod. cons.). La definizione della diligenza consumeristica di cui all'art. 20 cod. cons. sembra, allora, atteggiarsi come una *si-neddoche*: si riferisce alla parte (la misura e il grado di competenza professionale) per indicare il tutto (il comportamento improntato ai principi di correttezza e buona fede).

In questo modo, sembra potersi restituire coerenza al sistema: infatti, nella disciplina dell'obbligazione, la diligenza di cui all'art. 1176 c.c., a prescindere dal suo concreto atteggiarsi a seconda della concezione di responsabilità debitoria prediletta dall'interprete⁵³, costituisce pacificamente un criterio di *imputabilità* (da intendere in senso lato, cioè quale criterio di imputazione di un fatto ad un soggetto)⁵⁴; e così parimenti ove la diligenza sia collegata ad un onere, essa costituisce pur sempre un criterio di imputabilità, ma la questione è più sottile, giacché, per un verso, diviene criterio di imputabilità di un regolamento contrattuale non voluto (dall'aderente o dall'errante)⁵⁵, per altro verso, costituisce criterio di imputabilità di conseguenze giuridiche

⁵³ Proprio perché la diligenza, senza voler considerare le ulteriori funzioni che le sono state assegnate (*exacta diligentia*, fonte di determinazione del contenuto dell'obbligazione, *etc.*), è comunque pacificamente intesa come criterio di imputabilità in funzione dell'ascrizione di una responsabilità personale del debitore inadempiente, sorge il gravoso e tormentato problema dei rapporti tra l'art. 1176 e l'art. 1218 c.c., che tanto ha affaticato la letteratura civilistica: il dilemma fondamentale, come noto, si riassume nello stabilire il termine dell'imputabilità, cioè se il fatto imputabile sia costituito esclusivamente dall'impossibilità assoluta ed oggettiva della prestazione (secondo il tenore letterale dell'art. 1218 c.c.) o se il fatto di cui vagliare l'imputabilità possa essere rappresentato anche dal contegno inadempiente del debitore ove la prestazione sia ancora possibile. Senza alcuna pretesa di esaustività, cfr. G. OSTI, *Deviazioni dottrinali*, cit., 593 ss.; L. MENGONI, *Obbligazioni di risultato*, cit., I, 199 ss., e II, 280 ss.; M. GIORGIANNI, *L'inadempimento*, cit., 191 ss., 229 ss., 270 ss., 289 ss.; C.M. BIANCA, *Dell'inadempimento dell'obbligazione*, in *Comm. Scialoja-Branca*, sub artt. 1218-1229, II ed., Bologna-Roma, 1979, 1 ss.; G. VISINTINI, *Inadempimento e mora del debitore*, in *Comm. Schlesinger-Busnelli*, II ed., Milano, 2006, 94 ss.

⁵⁴ Se, infatti, si eccettua il concetto normativo di imputabilità (in senso stretto) sancito dall'art. 85 c.p. (ripreso dall'art. 2046 c.c.), ove l'imputabilità è riferita ad un soggetto (per indicare il giudizio in ordine all'idoneità delle sue facoltà cognitive ed intellettive), il concetto giuridico di imputabilità (in senso lato) designa, piuttosto, l'attitudine di un *fatto giuridico* ad essere riferito ad (o posto in relazione con) un determinato soggetto in vista del collegamento degli effetti giuridici, cioè un fatto è imputabile in quanto riferibile ad un soggetto, dunque suscettibile di un'imputazione soggettiva (cfr. artt. 129-bis, 309, 562, 673, 744, 994, 1218, 1256, 1289, 1465, 1557, 1588, 1672, 1673, 1686, 1780, 1805, 1806, 1818, 2055 c.c.). Per tale via, ci si avvede che il concetto giuridico di imputazione è in sé neutro, in quanto volto ad istituire un legame tra un soggetto ed un fatto giuridico, cui sono collegati determinati effetti. S. PUGLIATTI, voce *Autoresponsabilità*, in *Enc. dir.*, IV, Milano, 1959, 452, secondo cui l'imputazione viene a risolversi in un duplice giudizio: rispetto al comportamento, si ha un giudizio fenomenologico o storico, consistente nello accertamento del vincolo genetico; rispetto alle conseguenze, si ha un giudizio deontologico (basato su di un elementare principio di coerenza), in virtù del quale si deduce ed afferma la necessità che il soggetto sopporti le conseguenze del fatto (azione od omissione) proprio. Tuttavia, il fulcro – chiarisce l'autorevole dottrina – sta nella imputazione delle conseguenze del fatto all'autore di esso, la quale presuppone l'individuazione di un criterio che ad essa presieda, e l'applicazione specifica di tale criterio. Viene, così, confermata la neutralità del concetto di imputabilità. Cfr., altresì, C. MAIORCA, voce *Colpa civile (teoria gen.)*, cit., 548, 558 s., il quale distingue l'accezione soggettiva del concetto di imputabilità, in quanto relativa alla capacità personale dell'agente, da un'accezione oggettiva, allorché si prescinde dalla capacità di intendere e di volere, e l'imputabilità (qui nel senso di imputazione) viene intesa come il criterio, o presupposto legale (che può essere il più vario), in forza del quale un evento viene «imputato» (nel senso di «riferito») al soggetto della cui responsabilità si tratta (dunque, non necessariamente all'agente).

Con riferimento alla responsabilità debitoria, cfr. M. GIORGIANNI, *L'inadempimento*, cit., 295, il quale correttamente precisa: «La “imputabilità” dell'art. 1218 costituisce, evidentemente, una espressione neutra, la quale indica il collegamento della “impossibilità” alla attività del debitore, ovverosia alla violazione della norma che impone a costui una regola di condotta diretta ad impedire la “impossibilità” stessa. Vi ha, però, accanto a quella prevista dall'art. 1218, un'altra “imputabilità” che indica la violazione della regola di condotta diretta a far raggiungere al creditore il soddisfacimento degli altri interessi protetti dal rapporto obbligatorio. Posto che ambedue gli aspetti della “imputabilità” indicano la violazione di una regola di condotta diretta a soddisfare l'interesse del creditore, non è lecito, a nostro avviso, attribuire ai due aspetti un significato diverso».

⁵⁵ All'aderente è imputato il regolamento contrattuale divisato nelle condizioni generali di contratto (da lui non volute perché non predisposte) nella misura in cui poteva conoscerle usando l'ordinaria diligenza. All'errante è parimenti imputato il regolamento con-



sfavorevoli (per il possessore tenuto alla restituzione dei frutti percepibili ma non percepiti⁵⁶ e per il danneggiato, cui non viene risarcito il danno, pur subito, ma evitabile). Diversamente, nella disciplina delle pratiche commerciali scorrette (art. 20 cod. cons.), lungi dal costituire un mero criterio di imputabilità della pratica, la diligenza professionale costituisce anzitutto un criterio di *liceità* della pratica commerciale, con la conseguenza che la contrarietà alla diligenza professionale ne indica l'*antigiuridicità*.

Tali ragioni convincono che il riferimento alla contrarietà alla diligenza professionale⁵⁷ debba essere inteso primariamente come criterio di antigiuridicità, cioè accertamento della slealtà della pratica.

Pertanto, se si condividono i precedenti rilievi, una pratica commerciale è scorretta se la condotta (commissiva o omissiva) del professionista è *contraria alla correttezza e buona fede*, intesa in senso oggettivo, esigibile nel settore professionale di appartenenza⁵⁸: tale primo requisito dell'illecito consumeristico individua la violazione di una regola di comportamento, il cui contenuto è determinato mediante la predetta *clau-*

trattuale non voluto (perché frutto di un errore, il quale comporta la discrasia tra l'interesse reale dell'errante e l'interesse regolato dal contratto erroneo) se l'errore non era riconoscibile da persona di normale diligenza.

⁵⁶ Dall'art. 1148 comma 1, prima parte, c.c. («Il possessore di buona fede fa suoi i frutti naturali separati fino al giorno della domanda giudiziale e i frutti civili maturati fino allo stesso giorno») si argomenta *a contrario* che il possessore di mala fede non fa suoi i frutti naturali, e che deve restituire i frutti civili maturati. Dall'art. 1148 comma 1, prima parte, c.c. («Il possessore di buona fede «fino alla restituzione della cosa, risponde verso il rivendicante dei frutti percepiti dopo la domanda giudiziale, e di quelli che avrebbe potuto percepire dopo tale data, usando la diligenza del buon padre di famiglia») si evince che il possessore di mala fede risponde, oltre che dei frutti percetti, anche dei frutti che avrebbe potuto percepire usando la diligenza del buon padre di famiglia. La responsabilità del possessore di mala fede, quale si desume dall'art. 1148 c.c. non segue, dunque, i binari dell'art. 2043 c.c.: egli risponde dei frutti indipendentemente dai danni arrecati al proprietario. Cfr. R. SACCO, voce *Possesso*, in *Enc. dir.*, Milano, 1985, 517, il quale, però, si interroga se il fatto di possedere la cosa altrui in mala fede comporti l'obbligo di restituire i frutti, o invece determini l'obbligazione di restituire al soggetto leso la maggior somma fra i frutti percepiti (proprio arricchimento), il danno arrecato (perdita del soggetto leso), e i frutti percipiendi, giungendo alla conclusione secondo cui l'autore della lesione è tenuto a restituire il *quantum* di cui si è arricchito (*amplius*, R. SACCO, *L'arricchimento ottenuto mediante fatto ingiusto*, Torino, 1959, *passim*).

⁵⁷ G. DE CRISTOFARO, *Le pratiche commerciali scorrette nei rapporti fra professionisti e consumatori*, cit., p. 1093, il quale sostiene invece che «la “diligenza professionale” non va [...] sovrapposta né confusa con i “principi generali di correttezza e buona fede”, che costituiscono per contro soltanto i parametri da applicare per individuare il livello di competenza, cura e attenzione che può reputarsi (mediamente) dovuto nel settore di attività del professionista e che ci si può conseguentemente attendere venga rispettato dal professionista medesimo nelle pratiche commerciali che pone in essere nei confronti dei consumatori: proprio (e soltanto) il mancato rispetto di tale livello consente ed impone di qualificare una pratica come contraria alla “diligenza professionale”»; M. LIBERTINI, *op. ult. cit.*, p. 73 ss., il quale riconosce alla clausola generale di buona fede un'autonomia portata precettiva all'interno della disciplina delle pratiche commerciali; F. PIRAINO, *op. ult. cit.*, pp. 1153 ss., spec. 1162 s., secondo il quale la formulazione adottata dal legislatore comunitario è frutto di una scelta consapevole, che arricchisce gli obblighi ai quali il professionista è tenuto nei confronti dei consumatori e quindi, di fatto, ne aumenta il grado di protezione.

⁵⁸ Donde il dubbio se tale nozione di buona fede (intesa come dovere di correttezza) possa corrispondere a quella, più specifica, di “correttezza professionale” (art. 2598 n. 3, c.c.) prevista in tema di concorrenza sleale: come autorevolmente rilevato, infatti, la regola della correttezza, formulata in termini generali nella norma di apertura del libro quarto, fuori dalla materia delle obbligazioni è talora ricondotta alle valutazioni ed alla condotta proprie di un particolare ambiente; il che, ad esempio, avviene nel campo delle attività economiche, ove la liceità della concorrenza è giudicata secondo le regole della “correttezza professionale” (cfr. P. RESCIGNO, voce *Obbligazioni (dir. priv.)*, cit., n. 179 ss.).

Sul punto, cfr. i condivisibili rilievi di M. LIBERTINI, *Clausola generale e disposizioni particolari nella disciplina delle pratiche commerciali scorrette*, cit., 93, secondo cui l'espressione “principio generale di buona fede nel settore di attività del professionista” non può essere interpretata nel senso di un rinvio al modo in cui il principio è autonomamente inteso dagli operatori del settore (con il che lo si accosterebbe notevolmente al concetto di “correttezza professionale” di cui all'art. 2598 n. 3, c.c.), da cui deriverebbero applicazioni non rispettose agli interessi dei consumatori: il “principio generale” deve, allora, avere, in quanto tale, una portata generale e comune a tutti i mercati ed il riferimento al “settore” serve solo a declinare i doveri di custodia, informazione e protezione, plasmandoli su quelle che possono essere le aspettative socialmente adeguate delle diverse categorie di consumatori tipici, nei diversi mercati e settori economici.



*sola generale*⁵⁹. Tale lettura della norma, del resto, su un piano sistematico appare quella meglio rispondente al riconoscimento normativo del «diritto fondamentale» del consumatore «all'esercizio delle pratiche commerciali secondo principi di buona fede, correttezza e lealtà» (art. 2, comma 2, lett. *c-bis*, cod. cons.) e al correlativo dovere generale gravante sul professionista di improntare la propria attività commerciale «al rispetto dei principi di buona fede, di correttezza e di lealtà, valutati anche alla stregua delle esigenze di protezione delle categorie di consumatori» (art. 39 cod. cons.).

4. – Il secondo requisito dell'illecito consumeristico è, invece, costituito dall'*idoneità a falsare* in misura rilevante il comportamento economico dei consumatori; essa è definita (dall'art. 18, lett. *e*, cod. cons.) come la «idoneità ad alterare sensibilmente la capacità del consumatore di prendere una decisione consapevole, inducendolo pertanto ad assumere una decisione di natura commerciale che non avrebbe altrimenti preso», con l'ulteriore, rilevante precisazione che per «decisione di natura commerciale» deve intendersi la «decisione presa da un consumatore relativa a *se* acquistare o meno un prodotto, *in che modo* farlo e a *quali condizioni*» (art. 18, lett. *m*, cod. cons.). Ebbene, l'idoneità della pratica commerciale a «falsare in misura rilevante il comportamento economico dei consumatori» allude alla *potenziale* efficienza *incidente* della pratica sul consenso del consumatore *medio* (cfr. art. 20, cod. cons.): efficienza meramente incidente giacché è sufficiente ad integrare l'alterazione del consenso («falsare il comportamento economico») la circostanza che il consumatore medio avrebbe concluso il contratto di consumo a condizioni diverse, senza doverne stabilirne il valore determinante; efficienza solo potenziale poiché neppure è necessario accertare se la condotta (omissiva o commissiva) del professionista abbia concretamente alterato la formazione del consenso dei consumatori, se-

⁵⁹ L'interesse per la tecnica normativa fondata sulle clausole generali in contrapposizione al metodo casistico, imperniato sulla fattispecie, è sollecitato da S. RODOTÀ, *Ideologie e tecniche della riforma del diritto civile*, in *Riv. dir. comm.*, 1967, 83 ss., spec. 90 s. e 94, il quale ne esaltava il ruolo in prospettiva di riforma del diritto civile.

Fondamentali contributi in ordine alla struttura e alle modalità di impiego delle clausole generali si devono agli studi di L. MENGONI, *Spunti per una teoria delle clausole generali*, in *Riv. crit. dir. priv.*, 1986, 5 ss., al quale si deve l'intuizione secondo cui le clausole generali sono «frammenti di norme», norme incomplete caratterizzata da una fattispecie non autonoma (*op. cit.*, 10 ss.); di A. FALZEA, *Gli standards valutativi e la loro applicazione*, in *Riv. dir. civ.*, 1987, 1 ss., spec. 9 s., ove è posto in rilievo il loro ruolo integrativo delle norme costruite sullo schema della fattispecie («anche gli standards – a differenza dei principi che esprimono valori sommi e assoluti dell'ordinamento giuridico – sono norme giuridiche condizionate. Essi, cioè, pur se formalmente col solo riferimento all'effetto giuridico [...] implicano un riferimento necessario al fatto giuridico», *op. cit.*, 10); nonché, ancora, di S. RODOTÀ, *Il tempo delle clausole generali*, in *Riv. crit. dir. priv.*, 1987, 709 ss., cui si deve la nota formula secondo cui «le clausole generali non sono principi, anzi sono destinate ad operare nell'ambito dei principi» (ivi, 721).

Nella letteratura tedesca, vi è chi ha formulato il tentativo di elaborare una tassonomia delle diverse forme di espressione normativa diverse dalla rigida e puntuale predeterminazione di una fattispecie, K. ENGISCH, *Introduzione al pensiero giuridico*, cit., 170 ss. Tale tassonomia è ripresa, con riferimento al nostro ordinamento, da A. DI MAJO, *Clausole generali e diritto delle obbligazioni*, in *Riv. crit. dir. priv.*, 1984, p. 539 ss.

Tra gli studi più recenti sulle clausole generali, C. LUZZATI, *Clausole generali e principi. Oltre la prospettiva civilistica*, in *Principi e clausole generali nell'evoluzione dell'ordinamento giuridico*, a cura di G. D'Amico, Milano, 2017, 15 ss., spec. 21., il quale, dopo aver fornito una definizione di clausola generale che contempla il solo rinvio esterno a «norme sociali» – da cui, a ben vedere, sia l'ordine pubblico c.d. normativo sia il danno ingiusto (la cui, ampiamente discussa, ascrizione alle clausole generali risale a S. RODOTÀ, *Il problema della responsabilità civile*, Milano 1964, 116 ss.) ne risulterebbero espunti –, ha cura di precisare (*op. cit.*, p. 25) come, in realtà, «oggi è stata ventilata, talvolta addirittura caldeggiata, la possibilità di un rinvio anche a criteri interni all'ordinamento giuridico».

Per la (condivisibile e preferibile) possibilità di includere nel concetto di clausola generale il rinvio a valori interni dell'ordinamento, si è efficacemente espresso M. LIBERTINI, *Clausole generali, norme di principio, norme a contenuto indeterminato. Una proposta di distinzione*, in *Riv. crit. dir. priv.*, 2011, 345 ss., spec. 349 ss. e 354.



condo i tradizionali moduli del nesso di causalità psicologica, richiesta per la rilevanza invalidante dei vizi del consenso (cfr. art. 1427 c.c.); essendo sufficiente solo l'attitudine oggettiva ed astratta della condotta (commissiva o omissiva) del professionista ad incidere sul processo formativo della volontà di un *modello* di consumatore normalmente informato e ragionevolmente attento ed avveduto⁶⁰. Il secondo requisito, a ben

⁶⁰ Il considerando 18 della direttiva CE/2005/29 afferma, come noto, che la «direttiva prende come parametro il consumatore medio che è normalmente informato e ragionevolmente attento ed avveduto, tenendo conto di fattori sociali, culturali e linguistici, secondo l'interpretazione della Corte di giustizia, ma contiene altresì disposizioni volte ad evitare lo sfruttamento dei consumatori che per le loro caratteristiche risultano particolarmente vulnerabili alle pratiche commerciali sleali». La giurisprudenza europea ha sinora ripreso pedissequamente l'interpretazione di consumatore medio così come fornita dal considerando 18, il quale delinea un modello razionale *homo oeconomicus*: cfr., *ex multis*, Corte di Giustizia, Sez. VIII, 7 settembre 2016, C-310/15, *Vincent Deroo – Blanquart c. Sony Europe Limited*.

Tuttavia la teoria della scelta razionale, su cui è stata plasmata la nozione consumatore medio, è, già dalla seconda metà del Novecento, duramente criticata dalla scienza economica moderna, la quale, incorporando nella propria analisi i risultati della psicologia cognitiva, ha stigmatizzato le illimitate capacità cognitive di cui gli individui dovrebbero disporre per rispettare gli assunti della scelta razionale, risultando del tutto irrealistiche ed incapaci di spiegare razionalmente i comportamenti osservabili nella realtà; cfr. gli studi pionieristici di H.A. SIMON, *A Behavioral Model of Rational Choice*, in *The Quarterly Journal of Economics*, 69, 1955, 99 ss. Gli ulteriori studi condotti sui percorsi motivazionali degli agenti economici hanno, inoltre, evidenziato la ricorrenza di «scorciatoie» mentali (*heuristics*), cioè procedimenti mentali che semplificano la valutazione dei fattori rilevanti per le decisioni degli individui, ingenerando una serie di distorsioni suscettibili di comprometterne gli esiti (*biases*) raggiungibili secondo i criteri suggeriti dalla teoria della scelta razionale: v. il fondamentale studio di A. TVERSKY e D. KAHNEMAN, *Judgment under Uncertainty: Heuristics and Biases*, in *Science*, 1974, 185, 1124 ss. Da tale radicale ripensamento del soggetto economico muove la moderna teoria economia che sostiene la necessità di utilizzare teorie della scelta che si fondino su ipotesi più realistiche relative ai comportamenti umani (cd. economia comportamentale): cfr. C.R. SUNSTEIN, C. JOLLS, R.H. THALER, *A Behavioral Approach to Law and Economics*, in *Stan. L. Rev.*, 50, 1998, 1471 ss.

Nella nostra dottrina, si è così registrata un'attenzione crescente verso la psicologia cognitiva come nuovo strumento di indagine giuridica: cfr. G. BELLANTUONO, *Razionalità limitata e regole contrattuali: promesse e problemi della nuova analisi economica del diritto*, in *Liuc Papers*, 94, 2001, 1 ss.; R. CATERINA, *Processi cognitivi e regole giuridiche*, in *Sistemi intelligenti*, 2007, III, 381 ss.; ID., *Psicologia della decisione e tutela del consumatore*, in *Ann. giur. ec.*, 2012, I, 1 ss.; ID., *Architettura delle scelte e tutela del consumatore*, in *Cons. dir. e merc.*, 2012, I, 73 ss.

Nell'ottica di ampio respiro appena tracciata, con precipuo riferimento alla nozione di consumatore medio consegnataci dal legislatore europeo, A. GENTILI, *Pratiche sleali e tutele legali: dal modello economico alla disciplina giuridica*, cit., 46 ss., ha radicalmente posto in discussione la correttezza del postulato neoclassico di consumatore medio quale razionale *homo oeconomicus*, muovendo dagli studi di economia comportamentale che hanno dimostrato che la razionalità economica degli uomini è limitata. E la limitazione della razionalità economica può discendere da svariati fattori: dalla disinformazione, dalle asimmetrie informative, da propensioni psicologiche, come l'avversione al rischio, da suggestioni pubblicitarie, dalla distanza, dal bisogno, da dinamiche irrazionali del mercato ed, appunto, da pratiche sleali, aggressive o ingannevoli. Cfr., inoltre, M. BERTANI, *Pratiche commerciali scorrette e consumatore medio*, Milano, 2016, 18 ss., il quale si diffonde nel puntuale esame delle norme che presuppongono l'esistenza di limitazioni cognitive del consumatore medio, tra cui, oltre alle norme generali in tema di identificazione del gruppo dei consumatori di riferimento (nelle tre varianti dell'*average consumer test*, del *target group test* e del *vulnerable consumer test*) contenute nell'art. 20 cod. cons., anche la pratica ingannevole consistente in una comunicazione che, seppur veritiera, «nella sua presentazione complessiva» (cfr. art. 21, comma 1 cod. cons.) risulti idonea ad indurre in errore il consumatore medio (cd. *framing effect*) nonché la pratica aggressiva consistente nello sfruttamento degli stati emozionali del consumatore derivanti da eventi tragici (cd. *visceral factors*, cfr. art. 25, comma 1, lett. c, cod. cons.).

Per l'approfondimento degli itinerari dell'economia comportamentale al fine di offrire una rilettura dei modelli di razionalità sottesi agli istituti del diritto privato cfr. AA.VV., *Oltre il soggetto razionale. Fallimenti cognitivi e razionalità limitata nel diritto privato*, a cura di G. Rojas Elgueta e N. Vardi, Roma, 2014, *passim*. All'analisi del recesso penitenziale consumeristico nella prospettiva dell'economia comportamentale è dedicata la monografia di E. BACCIARDI, *Il recesso del consumatore nell'orizzonte delle scienze comportamentali*, Torino, 2019, 9 ss.

Di recente, la giurisprudenza amministrativa (Consiglio di Stato, sezione VI, ordinanza 10 ottobre 2022 n. 8650) sembra aver condiviso appieno le critiche dell'autorevole dottrina appena riportato ed ha avanzato un radicale dubbio circa l'esattezza del consolidato assunto ermeneutico fatto proprio dal considerando 18, sollevando la relativa questione pregiudiziale alla Corte di Giustizia: ad avviso dei giudici amministrativi, il concetto di consumatore medio deve essere costruito ricorrendo non soltanto alla nozione classica dell'*homo oeconomicus* ma anche alle acquisizioni delle più recenti teorie (sviluppate nell'ambito dell'economia comporta-



vedere, più che fondarsi su una (seconda) clausola generale⁶¹, indica un puntuale canone valutativo di una condotta, per mezzo del ricorso ad un concetto giuridico elastico⁶², che tuttavia consente la sua sicura determinabilità.

In sintesi, è possibile concludere che la norma generale sulle pratiche commerciali scorrette (art. 20 cod. cons.) individua un *illecito consumeristico* che si compone di due requisiti: oltre alla contrarietà alla diligenza professionale della condotta considerata, la sua potenziale efficienza incidente sul consenso del consumatore.

Tale conclusione ci consente di precisare la natura dell'illecito consumeristico: essendo sufficiente per il suo perfezionamento la mera idoneità della pratica commerciale ad incidere sul processo formativo della volontà (necessariamente ipotetica) di un consumatore modello, può con sicurezza affermarsi che il legislatore abbia voluto delineare un *illecito pericolo*⁶³. L'illiceità della pratica commerciale prescinde, così, dall'accertamento di una lesione del consumatore medio, inesistente *in rerum natura*, venendo in esclusivo rilievo la semplice messa in pericolo degli interessi della classe dei consumatori, compendiate nel riferimento al consumatore medio.

Le due fattispecie particolari (pratiche ingannevoli ed aggressive) ricalcano puntualmente la struttura della norma generale: anch'esse si compongono di due requisiti e si atteggiavano parimenti ad illeciti di pericolo. Nelle pratiche commerciali *ingannevoli*, la condotta contraria alla diligenza professionale (primo requisito della fattispecie) si specifica nella dichiarazione falsa o equivoca (azione ingannevole: art. 21, cod. cons.) o nella reticenza relativa ad un'informazione rilevante (omissione ingannevole: art. 22, cod. cons.)⁶⁴, idonea ad

le) sulla razionalità limitata, che hanno dimostrato come le persone agiscono spesso riducendo le informazioni necessarie con decisioni "irragionevoli" se parametrize a quelle che sarebbero prese da un soggetto ipoteticamente attento ed avveduto acquisizioni che impongono una esigenza protettiva maggiore dei consumatori nel caso – sempre più ricorrente nelle moderne dinamiche di mercato – di pericolo di condizionamenti cognitivi. Il consumatore medio non sarebbe allora un consumatore normalmente informato e ragionevole, ma un consumatore a razionalità limitata.

⁶¹ In tal senso sembrano esprimersi autorevoli opinioni: così, M. LIBERTINI, *Clausola generale e disposizioni particolari nella disciplina delle pratiche commerciali scorrette*, cit., 73 ss., spec. nota 1.; nonché A. GENTILI, *Pratiche sleali e tutele legali: dal modello economico alla disciplina giuridica*, cit., 41, il quale però sottolinea il legame a «standard elastici, come la diligenza, o a dati ipotetici, come la capacità di decidere diversamente».

⁶² Per la distinzione dei concetti giuridici elastici dalle clausole generali, cfr. K. ENGISCH, *Introduzione al pensiero giuridico*, cit., 170 ss. Nella nostra civilistica, riprende la tassonomia di K. Engisch, A. DI MAJO, *Clausole generali e diritto delle obbligazioni*, in *Riv. crit. dir. priv.*, 1984, p. 539 ss.

⁶³ In questi termini, correttamente, la giurisprudenza amministrativa: *ex multis*, Cons. Stato, 8 febbraio 2021, n. 1152, traendone la conseguenza che «è del tutto irrilevante sia l'eventuale esiguità delle segnalazioni sia la natura occasionale o episodica della condotta» rilevando anche «la mera potenzialità lesiva del comportamento posto in essere dal professionista».

⁶⁴ Ai sensi dell'art. 22, comma 1, cod. cons. si considera «ingannevole una pratica commerciale che nella fattispecie concreta, tenuto conto di tutte le caratteristiche e circostanze del caso, nonché dei limiti del mezzo di comunicazione impiegato, omette informazioni rilevanti di cui il consumatore medio ha bisogno in tale contesto per prendere una decisione consapevole di natura commerciale e induce o è idonea ad indurre in tal modo il consumatore medio ad assumere una decisione di natura commerciale che non avrebbe altrimenti preso». Inoltre, il comma 2 della norma citata, precisa che, comunque, si considera «un'omissione ingannevole quando un professionista occulta o presenta in modo oscuro, incomprensibile, ambiguo o intempestivo le informazioni rilevanti di cui al comma 1, tenendo conto degli aspetti di cui al detto comma, o non indica l'intento commerciale della pratica stessa qualora questi non risultino già evidente dal contesto nonché quando, nell'uno o nell'altro caso, ciò induce o è idoneo a indurre il consumatore medio ad assumere una decisione di natura commerciale che non avrebbe altrimenti preso».

A ben vedere, però, le fattispecie indicate dall'art. 22, comma 2, prima parte, cod. cons., nella misura in cui si riferiscono alla condotta di occultare o di presentare informazioni in modo oscuro, ambiguo, *etc.*, non si riferiscono ad un'omissione, ma ad una condotta commissiva, giacché «anche il nascondere come una attività diretta al celare [...], come ammoniva Cicerone, è diverso dal tacere»: così, limpidamente, A. TRABUCCHI, voce *Dolo*, in *Noviss. dig. it.*, VI, Torino, 1960 (rist., 1981), 153. Per il medesimo rilievo, con specifico riguardo alle pratiche commerciali ingannevoli, cfr. R. CALVO, *Le pratiche commerciali "ingannevoli"*, in *Le "pratiche*



indurre in errore il consumatore medio⁶⁵, fermo l'accertamento della loro potenziale efficienza incidente sul consenso del consumatore medio (secondo segmento della fattispecie). Nelle pratiche commerciali aggressive (art. 24 cod. cons.), in relazione alle quali, la condotta contraria alla diligenza professionale (primo requisito della fattispecie) consiste nella molestia o nella coercizione – fisica o morale – volte ad esercitare una pressione psicologica sul consumatore medio, tale da indurlo a prestare un consenso che avrebbe dato a condizioni diverse (secondo requisito della fattispecie).

La complessa trama normativa si chiude con due norme esemplificative (cd. “liste nere”) di ciascuna delle due fattispecie particolari, volte ad indicare le pratiche «in ogni caso» ingannevoli o aggressive (artt. 23 e 26 cod. cons.): la peculiarità delle singole ipotesi contemplate nelle norme esemplificative sta nella presunzione di decettività o aggressività delle stesse, in relazione alle quali non occorre accertare i due requisiti della fattispecie: né la valutazione di contrarietà alla diligenza professionale della condotta considerata (formulato *ex ante* dal legislatore) né l'accertamento della potenziale efficienza della pratica sleale ad incidere sul consenso del consumatore. Formalmente formulate come presunzioni assolute (*juris et de jure*) di ingannevolezza (art. 23 cod. cons.) e di aggressività (art. 26 cod. cons.), le due “liste nere” sembrano, piuttosto, atteggiarsi alla stregua di norme interpretative materiali.

5. – Spostando l'attenzione dall'illecito consumeristico alle sanzioni (artt. 27 ss. cod. cons.), ci si avvede agevolmente come il legislatore italiano, in sede di recepimento della direttiva 2005/29/CE, pur avendo assoluta libertà nel plasmare le sanzioni e i modi della tutela avverso le pratiche commerciali scorrette⁶⁶, abbia affidato l'osservanza del divieto di pratiche commerciali scorrette (art. 20 cod. cons.) principalmente alla sanzione amministrativa pecuniaria irrogata dall'Autorità garante della concorrenza e del mercato (art. 27, comma 9, cod. cons.), compendiata però dall'attribuzione, in capo alla medesima autorità amministrativa, della potestà inibitoria (art. 27 commi 2 e 8, cod. cons.) e di altri poteri istruttori e cautelari (art. 27, comma 3, 3-*bis*, 4 e 5, cos. cons.).

Il legislatore ha, in sostanza, configurato l'illecito consumeristico *de quo* come un illecito amministrativo di pericolo, che prescinde da una lesione attuale ai consumatori, anche collettivamente considerati, e che è

commerciali sleali” tra imprese e consumatori, La direttiva 2005/29/Ce e il diritto italiano, (a cura di) G. De Cristofaro, Torino, 2007, 201.

⁶⁵ Si tratta, dunque, a ben vedere, in entrambi i casi (cioè sia con riferimento alle azioni ingannevoli sia alle omissioni ingannevoli) di comportamenti astrattamente idonei ad indurre in errore, il che accosta tali ipotesi al dolo negoziale (artt. 1439 e 1440 c.c.), sebbene presentino maggiori assonanze con le dichiarazioni inesatte e le reticenze nel contratto di assicurazione (artt. 1892 e 1893 c.c.), dalle quali si distinguono per il profilo dell'imputazione soggettiva, non essendo necessario accertare – con riferimento alle pratiche commerciali scorrette – né il dolo né la colpa grave (cfr. *supra*, nel testo).

Inoltre, l'accostamento al dolo impone di distinguere le azioni ingannevoli (art. 21 cod. cons.) dal cd. *dolus bonus*, il quale, come noto, consiste nel comportamento (lecito) di chi esalta i pregi della propria prestazione o ne attenua i difetti. Come noto, il dolo (*dolus malus*) consiste in raggiri, cioè in comportamenti *intenzionalmente* volti a trarre in inganno il *deceptus*; il *dolus bonus* consiste in comportamenti che non superano la soglia di rilevanza patologica, perché incapaci di essere qualificati come raggiri: per alcuni autori ciò deriverebbe dall'assenza di *animus decipiendi*, altri autori invece argomentano dall'inidoneità del comportamento a trarre in inganno una persona di normale diligenza.

In tal caso, anche la pratica commerciale consistente in “dichiarazioni esagerate o in dichiarazioni che non sono destinate ad essere prese alla lettera” non potrà essere qualificata come scorretta (art. 20, comma 3, ult. periodo, cod. cons.) proprio perché il comportamento *non* è astrattamente idoneo ad indurre in errore una persona di normale diligenza (in tal caso, da rapportare al consumatore medio).

⁶⁶ La direttiva, come noto, demandava agli Stati membri il compito di determinare le «sanzioni da irrogare», purché «effettive, proporzionate e dissuasive» (art. 13, dir. 2005/29/CE).



sanzionato in una logica essenzialmente afflittiva, secondo le finalità e i moduli tipici del diritto sanzionatorio amministrativo⁶⁷. Il che giustifica la diffusa constatazione secondo cui l'interesse tutelato dal divieto di pratiche commerciali scorrette non sia poi tanto quello del consumatore (neppure in forma seriale o collettiva)⁶⁸, ma l'interesse pubblico al corretto funzionamento del mercato concorrenziale (cfr., testualmente, l'art. 1, Dir. 2005/29/CE)⁶⁹.

L'azione amministrativa a tutela dell'interesse pubblico alla regolazione del mercato comporta conseguenze giuridiche che, variamente, tendono a eliminare lo stato di fatto che (non tanto offende, quanto più semplicemente) pone in pericolo l'interesse stesso. Essenziale, a tal fine, è l'anzidetta previsione di misure inibitorie, con cui vietare la diffusione ovvero ordinare la cessazione della pratica scorretta al fine di prevenire la lesione o la sua continuazione. La comminatoria di una sanzione amministrativa pecuniaria opera, allora, in funzione prevalentemente dissuasiva e deterrente, oltretutto nei casi di manifesta scorrettezza e di maggior gravità, in particolare là dove non sia stato possibile porre fine all'illecito consumeristico, facendo cessare la diffusione della pratica o modificandola in modo da eliminare i profili di illegittimità; in tali ipotesi, a fronte della cessazione dell'illecito e della rimozione delle sue conseguenze pregiudizievoli, l'autorità può definire il procedimento senza procedere all'accertamento dell'infrazione (art. 27, comma 7, cod. cons.). Inoltre, nella quantificazione della sanzione, l'autorità amministrativa tiene conto dei comportamenti *medio*

⁶⁷ Cfr. A. TRAVI, voce *Sanzioni amministrative*, in *Enc. dir.*, XXXVI, Milano, 1989, 392, il quale osserva che lo spazio applicativo in cui può appieno esplicarsi la funzione deterrente del diritto sanzionatorio amministrativo andrà ricavato là dove non siano riscontrabili minacce intollerabili dei beni giuridici costituzionalmente protetti (come nell'illecito penale) né eventi dannosi per i beni individuali o collettivi (come nell'illecito civile), bensì comportamenti, più spesso, pericolosi, talvolta anche dannosi, per gli interessi generali non meritevoli di tutela penale oppure per gli interessi specifici della pubblica amministrazione.

⁶⁸ Pur autorevolmente sostenuta, muovendo dal precedente riferimento contenuto all'art. 140 cod. cons., cfr. C. GRANELLI, *Le "pratiche commerciali scorrette" tra imprese e consumatori*, cit., 777, nonché N. ZORZI GALGANO, *Sulla invalidità del contratto a valle di una pratica commerciale scorretta*, cit., 924, la quale già ammetteva una tutela risarcitoria collettiva dei consumatori. Al riguardo, deve osservarsi che la tutela dell'interesse collettivo dei consumatori, più che sancita dal legislatore, è stata apprezzabilmente affermata e costruita in via esegetica dalla dottrina, pur in assenza di meccanismi rimediali effettivi. Tale lavoro ricostruttivo ha, indubbiamente, giovato, creando il terreno fertile che ha preparato l'introduzione delle norme sulla tutela individuale e collettiva dei consumatori (su cui, *infra*).

⁶⁹ In dottrina, si avverte che l'approccio comunitario privilegia la dimensione collettiva dello scambio ed il legislatore europeo essenzialmente regola il mercato: cfr. A. GENTILI, *Pratiche sleali e tutele legali: dal modello economico alla disciplina giuridica*, in *Riv. dir. priv.*, 2010, 37 ss., per il quale la disciplina delle pratiche scorrette è l'ennesima espressione dell'interesse alla regolazione del mercato manifestato dal legislatore europeo, preoccupato della sua efficienza e di correggerne i fallimenti; confermando un modello europeo di disciplina collettiva degli scambi in contrapposizione alla regolazione della dimensione individuale dello scambio privilegiata dai codici nazionali (impennati sul contratto). Tuttavia, l'A. cerca di trarre dalla disciplina delle pratiche commerciali scorrette ulteriori indicazioni per l'interprete, al fine di costruire un sistema di tutele del rapporto individuale di consumo nell'ottica di una moralizzazione non solo del mercato, ma dei rapporti (*op. cit.*, 60 ss., su cui *infra*). Esattamente, invece, C. CAMARDI, *Pratiche commerciali scorrette e invalidità*, in *Obbl. contr.*, 2010, 411, osserva che la disciplina delle pratiche commerciali scorrette non si configura affatto quale modello di tutela individualistica dei consumatori, secondo i canoni ordinari del diritto privato, quanto piuttosto come modello di organizzazione dell'attività comunicativa delle imprese: diversamente dal codice civile, che opera dal punto di vista della concreta distorsione della volontà negoziale, stabilendone i limiti di rilevanza a tutela della continuità dei traffici, il codice del consumo opera dal punto di vista della mera astratta idoneità di una pratica ad indurre i consumatori a prendere una decisione che altrimenti non avrebbero preso, assumendo ad oggetto di tutela giuridica la trasparenza del mercato attraverso la regolazione delle condotte delle imprese (*op. cit.*, 417).

Tali affermazioni sono puntualmente riprese dalla giurisprudenza amministrativa, la quale parimenti individua l'oggetto della tutela della disciplina delle pratiche commerciali scorrette nell'interesse pubblico al corretto funzionamento del mercato. Cfr., *ex multis*, Consiglio di Stato, 12 marzo 2020, n. 1751, che ribadisce: «l'illecito di scorrettezza è un illecito di pericolo, che non richiede per la sua configurazione l'attualità di una lesione agli interessi dei consumatori, quanto, piuttosto, che una pratica sia idonea a produrla. Il bene giuridico tutelato, infatti, è soltanto indirettamente la sfera patrimoniale del consumatore: in via immediata, attraverso la libertà di scelta si vuole salvaguardare il corretto funzionamento del mercato concorrenziale».



tempore posti in essere dall'impresa per correggere la pratica commerciale scorretta (cfr. art. 27, comma 2-ter, lett. b, cod. cons.).

L'interesse pubblico alla regolazione del mercato, cui la disciplina delle pratiche scorrette è preordinata, fa emergere la prospettiva dell'*attività*⁷⁰: non un singolo comportamento dell'impresa, che sia contrario alla diligenza professionale e sia idoneo a falsare il comportamento del consumatore medio, è sufficiente a porre in pericolo l'interesse pubblico al corretto funzionamento del mercato, ma soltanto una serie coordinata di condotte di sfruttamento della propria posizione commerciale (che, ai fini della disciplina delle pratiche scorrette, non necessariamente deve tradursi in una posizione dominante nel mercato) sono idonee a mettere in pericolo il suddetto interesse pubblico e giustificano l'intervento dell'autorità amministrativa⁷¹. L'emersione dell'interesse pubblico cui è preordinata l'azione sanzionatoria amministrativa scaturisce, quindi, dal pericolo di lesione degli interessi privati dei consumatori, di cui l'interesse pubblico appare, in certa guisa, come la sintesi, compendiata nella nozione di consumatore medio⁷²: nella misura in cui è posta in pericolo la scelta consapevole e libera dei consumatori collettivamente considerati (o, se si vuole, del consumatore medio), viene in rilievo l'interesse pubblico alla regolazione del mercato, al fine di preservarne la concorrenzialità⁷³.

La tecnica sanzionatoria prescelta dal legislatore ed il fondamento pubblicistico che la illumina hanno inciso, in sostanza, sulla stessa configurazione sostanziale dell'illecito consumeristico, il quale – a dispetto del letterale riferimento all'atto (la pratica commerciale scorretta) piuttosto che all'attività – non poteva eviden-

⁷⁰ La dottrina ha segnalato che il rilievo dell'attività rappresenta l'elemento di novità apportato dalla disciplina delle pratiche commerciali scorrette nel diritto dei consumatori, tradizionalmente incentrato sull'atto di consumo. Cfr. L. ROSSI CARLEO, *Consumatore, consumatore medio, investitore e cliente: frazionamento e sintesi nella disciplina delle pratiche commerciali scorrette*, in *Eur. dir. priv.*, 2010, 685 ss., spec. 699 e 703, la quale rileva come, a seguito della disciplina sulle pratiche commerciali scorrette, si registri un passaggio determinante: «l'attenzione, incentrata in precedenza essenzialmente sull'atto, viene a focalizzarsi sull'attività, determinando, in tal modo un significativo ampliamento della nozione di "consumatore", ormai svincolato dalla posizione di contraente». Nello stesso senso, N. ZORZI GALGANO, *Sulla invalidità del contratto a valle di una pratica commerciale scorretta*, in *Contr. impr.*, 2011, 922, la quale, nell'interpretazione dell'art. 19, comma 2, lettera a, cod. cons. (secondo cui la disciplina delle pratiche commerciali scorrette non pregiudica l'applicazione delle disposizioni in materia contrattuale, in particolare in particolare delle norme sulla formazione, validità od efficacia del contratto), muove esattamente dal presupposto che la disciplina sulle pratiche commerciali scorrette si aggiunge a quella del contratto, ognuna avendo un proprio ambito d'applicazione, l'una concernendo pratiche e dunque comportamenti, attività, e l'altra concernendo singoli atti, al fine poi di esaminare le possibili ripercussioni dell'una sull'altra. Ed ancora, seppur accentuando l'impermeabilità tra le due discipline, G. GRISI, *Rapporto di consumo e pratiche commerciali*, in *Eur. dir. priv.*, 2013, 6 ss., per il quale la disciplina delle pratiche commerciali scorrette è disciplina dell'attività, non dell'atto.

Del resto, pur spostando l'attenzione dalla attività del professionista al consumatore, la relativa nozione, pur ribadita nella disciplina delle pratiche commerciali scorrette (art. 18 lett. a, cod. cons.) ricalcando pedissequamente la nozione generale (art. 3, lett. a, cod. cons.) ed ancora incentrata sul riferimento all'azione («la persona fisica che agisce»), ne esce diversa giacché questo agire si riduce ad una mera potenzialità, come conferma «l'ipotesi in cui la vicenda instaurata tra consumatore e professionista si ferma alla fase addirittura precedente alle trattative»: così, E. BARGELLI, *L'ambito di applicazione della direttiva 2005/29/CE*, in *Le "pratiche commerciali sleali" tra imprese e consumatori. La direttiva 2005/29/CE e il diritto italiano*, a cura di G. De Cristofaro, Torino, 2007, 98.

⁷¹ Non pare, dunque, che questo sfruttamento debba necessariamente declinarsi in un approfittamento della razionalità limitata del consumatore (secondo la definizione di scorrettezza proposta da A. GENTILI, *Pratiche sleali e tutele legali: dal modello economico alla disciplina giuridica*, cit., 54), potendo bensì consistere anche nel semplice pericolo di approfittamento.

⁷² Sulle discordanti interpretazioni di tale nozione, cfr. *supra* § 4, testo e note.

⁷³ Non può chiaramente celarsi l'influenza del pensiero di T. ASCARELLI, *Teoria della concorrenza e interesse del consumatore*, in *Riv. trim. dir. proc. civ.*, 1954, 874, il quale, muovendo dall'analisi dell'evoluzione storica del diritto commerciale, finemente osserva come sia la stessa affermazione della libertà di iniziativa economica a porre il problema della disciplina della concorrenza, che ne costituisce la diretta conseguenza: la competizione tra imprenditori germina dalla libertà di accesso al mercato. Finalità della concorrenza diviene, allora, quella di «assicurare il trionfo del (economicamente) più degno»: in quest'ottica, dunque, la competizione tra imprenditori costituisce il criterio per la scelta del più degno affidata al giudizio dei consumatori, come strumento per promuovere il progresso economico (ID., *op. cit.*, 928).



temente riferirsi ad un singolo comportamento dell'impresa adottato nei confronti di un singolo consumatore.

Questo scenario, però, muta radicalmente ove il termine soggettivo della pratica commerciale scorretta non è più soltanto il consumatore *medio*, ma il consumatore *leso* dalla pratica, al quale devono, oggi, essere garantiti rimedi proporzionati ed effettivi avverso la stessa, secondo quanto dispone la recente novella (art. 27, comma 15-*bis*, cod. cons.). Dalla prospettiva dell'attività emerge, allora, la rilevanza del singolo atto e, conseguentemente, del suo destinatario, il consumatore leso.

Ecco come la pratica commerciale scorretta, da illecito amministrativo di pericolo fondato su una lesione potenziale, diviene oggi, per espresso (seppur tardivo)⁷⁴ riconoscimento normativo, un illecito civile di evento, per il perfezionamento del quale è necessario che il comportamento scorretto, cioè posto in violazione del divieto consumeristico (art. 20 cod. cons.), produca altresì una lesione effettiva nella sfera giuridica del singolo consumatore destinatario della pratica scorretta; per tale illecito di evento, sembra allora maggiormente appropriata la denominazione di pratica commerciale lesiva, giacché indica un illecito consumeristico avente diversa natura e consistenza giuridica. Avverso la pratica commerciale lesiva, il legislatore riconosce infatti al consumatore leso – e solo al consumatore, non anche alla microimpresa⁷⁵ – rimedi individuali proporzionati ed effettivi esperibili davanti al giudice ordinario⁷⁶, «compresi il risarcimento del danno subito e, ove applicabile, la riduzione del prezzo o la risoluzione del contratto, tenuto conto, se del caso, della gravità e della natura della pratica commerciale sleale, del danno subito e di altre circostanze pertinenti» e fatti, comunque, salvi «ulteriori rimedi a disposizione dei consumatori» (art. 27, comma 15-*bis*, cod. cons.).

Spetta ora all'interprete individuare i rimedi proporzionati ed effettivi avverso la pratica commerciale lesiva, della quale – in sostanza – il legislatore ha rinunciato a definire il puntuale trattamento giuridico, limitandosi a formulare alcuni scarni riferimenti che paiono soltanto indicativi per l'interprete, nella misura in cui sono individuati secondo un rapporto di continenza (va «compreso» tra i rimedi proporzionati ed effettivi il risarcimento del danno) oppure sono subordinati al vaglio dello stesso interprete (giacché testualmente preceduti dalla locuzione «ove applicabile»).

Ebbene, nella valutazione di effettività e proporzionalità del rimedio, pare essenziale muovere da una coordinata sistemica di fondo: se il protagonista dell'accertamento sanzionatorio (cd. *public enforcement*) avverso la pratica commerciale scorretta è l'autore della pratica, dunque il professionista, il protagonista della tutela civile (cd. *private enforcement*) avverso la pratica commerciale lesiva è la vittima della pratica, ovvero il consumatore, quale soggetto leso dalla pratica. In questo senso, la valutazione di effettività del rimedio appare centrale e non può che muovere dalla lesione subita dal consumatore e dalle sue esigenze di tutela; mentre il giudizio di proporzionalità del rimedio imporrà di tener conto anche dall'entità e della “sopportabilità” delle conseguenze giuridiche patite dal professionista per effetto del rimedio.

Un'ultima preliminare notazione. Si è visto come la novella intenda investire l'interprete dell'indivi-

⁷⁴ La dottrina, sin dall'apparizione della disciplina delle pratiche commerciali scorrette ha cercato di superare l'apparente incommunicabilità tra quest'ultima e gli istituti civilistici tradizionali: l'esame delle varieghe opinioni espresse sarà condotto nel prosieguo (§§ 7 e ss.).

⁷⁵ Per espressa disposizione di legge, alla microimpresa è esteso soltanto «il titolo» relativo «alle pratiche commerciali scorrette» poste in essere da professionisti; e, come detto, la pratica commerciale lesiva è fattispecie diversa dalla pratica commerciale scorretta.

Con riguardo all'applicazione della disciplina delle pratiche scorrette alle microimprese, cfr. G. DE CRISTOFARO, *Pratiche commerciali scorrette e «microimprese»*, in *Nuove leggi civ. comm.*, 2014, 3 ss., nonché, E. LABELLA, *Pratiche commerciali scorrette e autonomia privata*, Torino, 2018, 60 s.

⁷⁶ Si consideri che l'attribuzione della potestà sanzionatoria all'Autorità garante della concorrenza e del mercato comporta, invece, la giurisdizione esclusiva del giudice amministrativo (art. 133, comma 1, lett. *l*, cod. proc. amm.) per le controversie aventi ad oggetto i relativi provvedimenti, anche sanzionatori (giurisdizione ribadita nello stesso art. 27, comma 14, cod. cons.).



duazione del rimedio e, dunque, in definitiva, del trattamento giuridico della pratica commerciale lesiva, facendo elasticamente ricorso ai principi di effettività e proporzionalità; all'inverso, sembrerebbe però che la clausola di salvezza finale abbia una portata precettiva puntuale: sono fatti salvi i rimedi individuali, a disposizione del consumatore, già esistenti nell'ordinamento giuridico. E sul valore da attribuire a tale clausola di salvezza occorre, dunque, soffermarsi.

6. – Si è detto che, per effetto della novella al codice del consumo (art. 27, comma 15-*bis*, cod. cons.), è stato configurato un nuovo illecito consumeristico di evento derivante dalla violazione del divieto di pratiche commerciali scorrette, che si aggiunge al precedente illecito amministrativo di pericolo.

Deve, però, darsi conto di una diversa, possibile opzione ermeneutica, che tuttavia – lo si anticipa – non pare accettabile.

Si tratta, in sostanza, di conciliare i due precetti normativi di cui si compone l'art. 27, comma 15-*bis*, cod. cons.: il primo precetto, contenuto nella prima parte della disposizione, sembra chiaramente delineare un nuovo illecito consumeristico, la pratica commerciale lesiva, che è oggetto di un proprio trattamento giuridico da determinare mediante il ricorso ai principi di proporzionalità ed effettività; il secondo precetto, contenuto nell'ultima parte della disposizione, consiste in una clausola di salvezza che lascia impregiudicati gli ulteriori rimedi già a disposizione del consumatore.

Ed allora, muovendo dalla clausola di salvezza che legittima il ricorso ai rimedi individuali (già esistenti nell'ordinamento) a disposizione del consumatore, potrebbe ritenersi che l'intero comma 15-*bis* dell'art. 27, cit., abbia una portata precettiva esclusivamente processuale, volta a puntualizzare, oltre alla devoluzione della controversia alla giurisdizione ordinaria, l'interesse ad agire (art. 100 c.p.c.) – dunque, una condizione dell'azione – del consumatore avverso una pratica commerciale scorretta, che come illecito di pericolo, per un verso, potrebbe ben prescindere da ogni concreta lesione e, per altro verso, potrebbe ledere solo alcuni consumatori e non altri.

Tuttavia, siffatta lettura della norma sarebbe semplicemente riproduttiva del principio generale consacrato nell'art. 100 c.p.c., giacché non sembra potersi porre seriamente alcun problema di interesse ad agire nella configurazione dei rimedi civilistici individuali del consumatore avverso una pratica commerciale scorretta e lesiva, diversamente da quanto già avviene per l'esperienza delle comuni azioni di accertamento, costitutive o di condanna. Se l'interesse ad agire, secondo l'opinione tradizionale⁷⁷, allude al bisogno di tutela giuri-

⁷⁷ L'interesse ad agire è, dall'opinione dominante, costruito come interesse puramente processuale: così, già, G. CHIOVENDA, *Istituzioni di diritto processuale civile*, I, Napoli, 1962, 167. La natura processuale è confermata da P. CALAMANDREI, *Istituzioni di diritto processuale civile secondo il nuovo codice*, I, Padova, 1943, in *Opere giuridiche*, IV, Napoli, 1970, 134 ss., secondo il quale «l'interesse processuale ad agire e a contraddire sorge appunto quando si verifica in concreto quella circostanza la quale fa ritenere che la soddisfazione dell'interesse sostanziale tutelato dal diritto non possa essere più conseguita senza ricorrere all'autorità giudiziaria», per cui «l'interesse processuale non nasce in uno stesso punto col diritto soggettivo, ma nasce dopo, al momento in cui il diritto soggettivo comincia a trovarsi in uno stato di insoddisfazione» (corsivi dell'A.). Similmente, M.T. ZANZUCCHI, *Diritto processuale civile*, I, a cura di C. Vocino, 1964, 128, il quale precisa che tale interesse processuale nasce in generale «da uno stato di fatto contrario al diritto, che non può essere rimosso senza l'intervento degli organi giurisdizionali» e «si sostanzia nel danno, che alla parte verrebbe ove questi non interponessero la loro attività». L'interesse ad agire è stato, dunque, precisato come «interesse processuale, secondario e strumentale rispetto all'interesse sostanziale primario» e che ha per oggetto non il bene cui mira il l'interesse sostanziale, ma «il provvedimento che si domanda al magistrato, come mezzo per ottenere il soddisfacimento dell'interesse primario, rimasto leso dal comportamento della controparte, o più genericamente dalla situazione di fatto oggettivamente esistente», cfr. E.T. LIEBMAN, *Manuale di diritto processuale civile*, Milano, 1980, 121 ss., spec. 136.

Secondo A. ATTARDI, *L'interesse ad agire*, Padova, 1955, 158 ss., inteso l'interesse ad agire come uno stato di lesione del diritto



sdizionale conseguente ad una lesione del diritto (o, più ampiamente, della situazione giuridica protetta) affermata dall'attore⁷⁸, il punto non è stabilire se un consumatore possa agire in giudizio senza lesione, ma quale sia il diritto o la situazione giuridica sostanziale oggetto della lesione arrecata da una pratica commerciale scorretta. Si tratta, in sostanza, di individuare quale sia l'oggetto della tutela, al fine poi di rintracciare nell'ordinamento i modi della sua tutela; e a tal fine, non pare sufficiente limitarsi a quelli già a disposizione del consumatore, che sono sì fatti salvi dal legislatore, ma in quanto discendono dalla diversa qualificazione del fatto lesivo, a prescindere cioè dalla sua scorrettezza consumeristica. Il senso della novella sta nella previsione di un trattamento giuridico proprio della pratica commerciale lesiva, demandando all'interprete i modi della tutela proporzionati ed effettivi avverso la lesione arrecata da una pratica commerciale scorretta.

Per tali ragioni, la lettura meramente processuale dell'intero comma in esame si ritiene una lettura riduzionista, in quanto sostanzialmente volta a disconoscere l'emersione di un illecito consumeristico diverso da quello originariamente ricavabile dall'art. 20 cod. cons. e che oggi assume, altresì, i connotati di un illecito civile di evento.

La lettura riduzionista deve, invece, essere limitata alla clausola di salvezza finale del predetto comma, nella misura in cui fa salvi gli ulteriori rimedi già a disposizione: la salvezza deve ritenersi espressione del principio di relatività delle qualificazioni giuridiche ed allude alla possibilità di esperire un rimedio avverso il fatto lesivo, a prescindere dalla sua qualificazione in termini di pratica commerciale scorretta (perché, ad es., integrante un inadempimento contrattuale).

7. – La clausola di salvezza dei rimedi già a disposizione del consumatore contenuta nell'inciso finale dell'art. 27, comma 15-*bis*, cod. cons. consente di ricondurre ad unità sistematica i rapporti tra la disciplina consumeristica delle pratiche commerciali scorrette e la disciplina del contratto in generale, come regolati dall'art. 19, comma 2, lett. a), cod. cons., secondo cui la disciplina consumeristica «non pregiudica

dedotto in giudizio, esso presenterebbe una propria autonomia esclusivamente quanto alle azioni di mero accertamento ed alle azioni cautelari. Nelle azioni di mero accertamento l'interesse ad agire si concreterebbe in una oggettiva incertezza circa l'esistenza (o inesistenza) del diritto fatto valere scaturente da una contestazione (o da un vanto) altrui oppure da una situazione di c.d. apparenza giuridica; nelle azioni cautelari, invece, tale figura coinciderebbe con il c.d. *periculum in mora*.

La dicotomia tra interesse processuale e sostanziale è, invece, radicalmente criticata da S. SATTA, *Interesse ad agire e legittimazione*, in *Foro it.*, 1954, IV, 169 ss., per il quale l'interesse processuale non esiste, in quanto ciò che si deduce nel processo è unicamente l'interesse sostanziale oggetto della tutela. Più di recente, B. SASSANI, *Note sul concetto di interesse ad agire*, Rimini, 1983, *passim*, nonché ID., voce *Interesse ad agire*, I) *Diritto Processuale civile*, in *Enc. giur. Trecc.*, 2 s., non tanto alla concezione processuale di interesse ad agire, quanto alla concettualizzazione dell'interesse ad agire in un'entità processuale secondaria e strumentale. L'A. esattamente osserva che l'opinione dominante, nella ricognizione del concetto di interesse ad agire, muove dai seguenti passaggi logici: 1) interesse sostanziale tutelato dall'ordinamento; 2) lesione di questo interesse; 3) conseguente interesse processuale al provvedimento giudiziale remotivo della lesione e satisfattivo, quindi, dell'interesse primario sostanziale. Ad avviso dell'A., l'interesse ad agire andrebbe valutato sul piano sostanziale, senza confonderlo con la situazione sostanziale dedotta quale oggetto del processo, né ipostatizzandolo come nuova entità processuale (un interesse alla tutela distinto dall'interesse tutelato), piuttosto limitandosi ad intenderlo nella dialettica giuridica tra l'astratta idoneità dell'interesse sostanziale alla soddisfazione del suo titolare e la concreta idoneità della tutela processuale prescelta alla quella soddisfazione. In sostanza, sembra potersi affermare che in quest'ottica il concetto di interesse ad agire è ridotto ad un giudizio teleologico di natura sostanziale, con finalità esclusivamente processuali, senza cioè mai assurgere ad oggetto dell'accertamento giurisdizionale.

⁷⁸ Cfr., di recente, ancora A. ATTARDI, voce *Interesse ad agire*, in *Digesto IV*, Disc. priv., sez. civ., X, Torino, 1993, 520, il quale torna a ribadire che è lo stato di lesione del diritto il fatto dal quale sorge l'interesse ad agire che è oggetto di un esame, da parte del giudice, e che è distinto sia da quello che verte sull'esistenza (o inesistenza) del diritto stesso sia dalla valutazione che sempre il giudice compie circa la sussistenza dei presupposti della legittimazione ad agire.



l'applicazione delle disposizioni normative in materia contrattuale, in particolare delle norme sulla formazione, validità od efficacia del contratto»⁷⁹.

I rapporti tra i due plessi normativi sono stati oggetto di due diverse letture: l'una, più rigorosa, di reciproca autonomia⁸⁰; l'altra, evolutiva, di compenetrazione ed interferenza della disciplina consumeristica di origine europea nell'interpretazione delle disposizioni codicistiche⁸¹.

Non pare, però, opportuno radicalizzare le due prospettive, in quanto entrambe muovono da un dato condiviso: la portata da attribuire al divieto di pratiche commerciali scorrette (art. 20, cod. cons.).

Il divieto, quale una norma proibitiva, cioè quale imperativo negativo⁸², là dove abbia una incidenza diretta sul contratto o su un suo profilo⁸³, rientra potenzialmente nel campo applicativo della nullità virtuale del contratto contrario a norme imperative (art. 1418, comma 1, c.c.). Tuttavia, la dottrina, salve alcune spo-

⁷⁹ All'interpretazione della norma ha dedicato attente riflessioni N. ZORZI GALGANO, *Sulla invalidità del contratto a valle di una pratica commerciale scorretta*, in *Contr. impr.*, 2011, 921 ss., con ampie citazioni di dottrina e giurisprudenza. Come noto, l'interpretazione della norma ha dato luogo ad una copiosa letteratura, che tuttavia non pare utile ripercorrere in questo spazio, preferendo limitare nel prosieguo le citazioni alle posizioni più significative.

⁸⁰ Per l'interpretazione più rigorosa, S. DELLE MONACHE, *Pratiche commerciali scorrette, obblighi di informazione, dolo contrattuale*, cit., 107 s., 124 ss., il quale non esclude in radice possibili interpretazioni evolutive del sistema normativo tradizionale dei vizi del consenso, ma non da condurre alla luce della (aggiungerei, confusa) disciplina delle pratiche commerciali scorrette, quanto piuttosto nell'ambito di un ponderato e meditato processo di avvicinamento ed unificazione del diritto privato europeo, di cui all'epoca l'A. scorgeva le tracce nel *Draft Common Frame of Reference*. Nella prospettiva dell'autonomia dei due plessi normativi sembra porsi altresì C. CAMARDI, *Pratiche commerciali scorrette e invalidità*, cit., 411 e 417.

⁸¹ A. GENTILI, *Pratiche sleali e tutele legali: dal modello economico alla disciplina giuridica*, cit., 58 ss., spec. 61; si pongono in tale prospettiva, C. GRANELLI, *Le "pratiche commerciali scorrette" fra imprese e consumatori*, cit., 783, per il quale le due discipline non costituiscono «monadi reciprocamente impermeabili», dovendo il giurista interrogarsi se ed in che misura la disciplina di origine europea possa riflettersi sull'interpretazione del diritto comune del contratto; nonché M. MAUGERI, *Violazione della disciplina delle pratiche commerciali scorrette e rimedi contrattuali*, in *Nuova giur. civ. comm.*, 2008, 479 ss., la quale, ritenendo che il legislatore del recepimento abbia optato per la scelta di un tacito rinvio al sistema (*op. cit.*, 481 s.), propone di ampliare la rilevanza patologica dei mezzi dell'attività ingannatoria integranti dolo negoziale, includendovi il mero mendacio e persino la reticenza (*op. cit.*, 485 ss.).

⁸² Cfr. *supra* nota 45.

⁸³ In questo breve spazio, non è possibile dar conto delle svariate proposte formulate in merito all'incidenza della norma imperativa sul contratto: la migliore dottrina distingue il contratto *illecito* dal contratto *contrario a norme imperative* (anche detto, contratto *illegale*), plasmando il regime giuridico della nullità del contratto illecito sugli artt. 1417, 1972 e 2126 c.c. (controversa ne è, inoltre, la convertibilità *ex art.* 1424 c.c.). In particolare, per contratto illecito deve intendersi quel contratto la cui causa (art. 1343 c.c.), il cui motivo comune esclusivamente determinante (art. 1345 c.c.), il cui oggetto (art. 1346 cod. civ.) o la cui condizione (art. 1354, comma 1, c.c.) sono contrari a norme imperative, all'ordine pubblico o al buon costume. Il contratto illecito incondizionatamente nullo, nel senso che la nullità ne rappresenta la conseguenza diretta ed immediata (art. 1418, comma 2, e 1354, comma 1, c.c.), diversamente dal contratto meramente *contrario a norme imperative* o *illegale* (art. 1418, comma 1, c.c.), la cui nullità è invece subordinata al previo accertamento dell'assenza di disposizioni normative che dispongano diversamente.

la distinzione concettuale, nei termini in cui la impieghiamo oggi, del contratto *illegale* dal contratto *illecito* compare consapevolmente in E. BETTI, *Teoria generale del negozio giuridico*, cit., 50 s., 101 ss. e 114 ss., il quale discerne il negozio giuridico di irrillevante, illegale ed illecito, nell'ambito di una prospettiva di ampio respiro che tripartisce le possibili risposte dell'ordine giuridico di fronte all'atto di autonomia privata e, più in generale, a qualsiasi comportamento della vita sociale: l'ordine giuridico può, cioè, assumere un atteggiamento di indifferenza, di protezione e di riprovazione. Nell'ambito della seconda ipotesi, il diritto può subordinare dell'atto di autonomia privata all'osservanza di certi limiti e all'adempimento di determinati oneri, la cui inosservanza dà luogo alla figura del negozio illegale, soggetto alla sanzione dell'invalidità.

Più di recente, la distinzione tra contratto illecito e contratto illegale è riproposta e precisata da G. DE NOVA, *Il contratto contrario a norme imperative*, in *Riv. crit. dir. priv.*, 1985, 435 ss., spec. 438 s., ed in quest'ultimo senso tale distinzione è stata impiegata nel dibattito dottrinario successivo: cfr. U. BRECCIA, *Causa*, in G. Alpa, U. Breccia e A. Liserre, *Il contratto in generale*, t. III, in *Tratt. dir. priv.* diretto da M. Bessone, vol. XIII, t. 3, Torino, 1999, 116 ss., spec. 134; D. MAFFEIS, *Contratti illeciti o immorali e restituzioni*, Milano, 1999, 77 ss.; G. PERLINGIERI, *Negozio illecito e negozio illegale. Una incerta distinzione sul piano degli effetti*, Napoli, 2003, 10 ss.; A. FEDERICO, *Illiceità contrattuale ed ordine pubblico economico*, Torino, 2004, 44 ss.



radiche proposte anteriori al recepimento della direttiva⁸⁴, ha costantemente escluso la nullità del contratto concluso “a valle” di una pratica commerciale scorretta⁸⁵. Una volta chiarite le ragioni per le quali la normativa consumeristica sulle pratiche commerciali scorrette debba intendersi principalmente come una disciplina dell’attività, e non dell’atto di consumo, occorre poi coerentemente trarne le conseguenze sistematiche senza impiegare con leggerezza categorie proprie della disciplina del contratto, che si atagliano, propriamente, alla dimensione dell’atto⁸⁶.

Il divieto di pratiche commerciali scorrette, infatti, fulmina tendenzialmente non il contratto di consumo, ma comportamenti *anteriori* o *coevi* alla stipula del contratto, cioè comportamenti ingannevoli, coercitivi o comunque sleali idonei a viziare potenzialmente il consenso del consumatore. In questi casi, la pratica commerciale, oltre ad essere *scorretta*, cioè potenzialmente incidente sul consenso del consumatore *medio*, può essere altresì *lesiva*, nella misura in cui ha *effettivamente* viziato, in misura determinante o incidente, il consenso del singolo consumatore; la lesione qui consiste nell’alterazione con mezzi illeciti della libertà e consapevolezza del consenso del consumatore, menomando quest’ultimo nell’esercizio dell’autonomia privata e ricadendo nel campo elettivo dei vizi del consenso dipendenti da un atto illecito, cioè del dolo e della violenza morale. Ci si avvede, allora, che non vi è spazio per affermare alcuna nullità virtuale del contratto “a valle” e che, piuttosto, il problema consiste nell’individuare i modi della tutela del consenso viziato del consumatore a fronte dell’illecito consumeristico del professionista (e sul punto ci si soffermerà *infra, sub* §§ 8, 9 e 10).

I comportamenti colpiti dal divieto di pratiche scorrette possono essere altresì *successivi* alla conclusione del contratto, incidendo su altre “decisioni di natura commerciale” (ad es., il recesso determinativo da un contratto di durata). In tal caso, però, il comportamento scorretto realizzato durante l’esecuzione del contratto, se ha provocato un danno al consumatore, potrà essere fonte di responsabilità contrattuale per il professionista⁸⁷. In quest’ottica vanno, in particolare, considerate le pratiche scorrette, ingannevoli o aggressive, volte ad impedire la liberazione del consumatore dal vincolo contrattuale, cioè volte ad ostacolare l’esercizio del recesso determinativo, caratteristico dei contratti di consumo di durata⁸⁸. L’interesse leso è quello del

⁸⁴ A. GENTILI, *Codice del consumo ed esprit de géométrie*, in *Contr.*, 2006, 171; L. DI NELLA, *Prime considerazioni sulla disciplina delle pratiche commerciali aggressive*, in *Contr. e impr. Eur.*, 2007, 62, il quale però collegava la nullità di protezione alle sole pratiche aggressive.

⁸⁵ C. GRANELLI, *Le “pratiche commerciali scorrette” fra imprese e consumatori*, cit., 779; M. NUZZO, *Pratiche commerciali sleali ed effetti sul contratto: nullità di protezione o annullabilità per vizi del consenso?*, in *Le pratiche commerciali sleali. Direttiva comunitaria ed ordinamento italiano*, a cura di Minervini-Rossi Carleo, Milano, 2007, 236 ss.; M. MAUGERI, *Violazione della disciplina delle pratiche commerciali scorrette e rimedi contrattuali*, cit., 484; G. D’AMICO, voce *Formazione del contratto*, in *Enc. dir., Annali II*, 2, Milano, 2008, 590 ss.; A. GENTILI, *Pratiche sleali e tutele legali: dal modello economico alla disciplina giuridica*, cit., 58 ss., spec. 62 s., mutando, dunque, avviso rispetto all’opinione precedentemente espressa, in attesa del recepimento della direttiva; S. DELLE MONACHE, *Pratiche commerciali scorrette, obblighi di informazione, dolo contrattuale*, cit., 108 ss.; C. CAMARDI, *Pratiche commerciali scorrette e invalidità*, cit., 413.

⁸⁶ Il rilievo è di G. GRISI, *Rapporto di consumo e pratiche commerciali*, cit., 12.

⁸⁷ Negli stessi termini, M. MAUGERI, *Pratiche commerciali scorrette e annullabilità*, in *Nuova giur. civ. comm.*, 2017, 1519, con riferimento all’ipotesi in cui la pratica consista nell’«imporre al consumatore che intenda presentare una richiesta di risarcimento del danno in virtù di una polizza di assicurazione di esibire documenti che non possono ragionevolmente essere considerati pertinenti per stabilire la fondatezza della richiesta, o omettere sistematicamente di rispondere alla relativa corrispondenza, al fine di dissuadere un consumatore dall’esercizio dei suoi diritti contrattuali» (fattispecie disciplinata nella cd. lista nera di pratiche aggressive dall’art. 26, lett. d, cod. cons.), condivisibilmente ritiene che in questo caso non sembri appropriato invocare la violenza, essendo probabilmente invocabile l’art. 1375 cod. civ. (in materia di buona fede nell’esecuzione del contratto) o, addirittura la disciplina in materia di inadempienza, ma sicuramente non la violenza.

⁸⁸ A titolo esemplificativo, si consideri il gestore elettrico che comunica con modalità opache o equivoche le modificazioni tarif-



consumatore a liberarsi da un rapporto contrattuale che è divenuto sconveniente; pertanto, nel caso in cui la lesione di tale interesse discenda da una pratica scorretta del professionista che falsa la decisione del consumatore in merito all'esercizio del recesso determinativo, il professionista sarà tenuto a risarcire il danno per violazione del dovere di comportarsi secondo buona fede nell'esecuzione del contratto secondo i consueti canoni della responsabilità contrattuale (artt. 1218 ss. c.c.).

Ebbene, tanto in caso di comportamenti anteriori o coevi al contratto quanto in caso di comportamenti successivi, il divieto di pratiche scorrette non colpisce il contratto in sé, ma i comportamenti che lo hanno occasionato oppure altri comportamenti endoesecutivi. Ed in tali casi non sembra esservi spazio per comminare alcuna nullità virtuale del contratto⁸⁹, poiché quest'ultimo non pare collidere con il divieto in esame.

Tale conclusione è, però, predicabile solo in linea generale, non in via principio, giacché ogni divieto, quale norma imperativa, a prescindere dalla sede normativa in cui è formulato, possiede l'attitudine a rilevare secondo la patologia del contratto in generale (art. 1418 c.c.) in virtù del principio di unità dell'ordinamento giuridico⁹⁰. Che la conclusione "generale" circa l'esclusione della nullità per contrasto con il divieto di pratiche commerciali scorrette non possa costituire una conclusione "di principio", si ricava dalla successiva introduzione, ad opera del legislatore, di nuove pratiche commerciali qualificate come scorrette (dunque, vieta-

farie del servizio in esercizio dello *ius variandi* contrattualmente pattuito, al fine di applicare corrispettivi maggiorati senza che l'utente medio riesca ad accorgersene. Il caso è attualmente all'attenzione dell'Antitrust, con riferimento alle modifiche unilaterali del contratto comunicate da un gestore elettrico via mail ai clienti con la dicitura "abbiamo qualcosa di importante da comunicarti", ma senza chiarire né nell'oggetto né nel testo della comunicazione che si trattava di una modificazione tariffaria unilaterale e limitandosi ad indicare la nuova tariffa applicata in un allegato della mail.

⁸⁹ Si era, poi, soliti formulare alcuni esempi di pratiche scorrette da cui poteva sì discendere la nullità del contratto, ma in virtù di altre disposizioni: e, così, si è correttamente detto (cfr., in part., C. GRANELLI, *Le "pratiche commerciali scorrette" fra imprese e consumatori*, cit., 780 s., nonché M. MAUGERI, *Violazione della disciplina delle pratiche commerciali scorrette e rimedi contrattuali*, cit., 482 s.) che la violazione dell'art. 22, comma 4, lett. b, cod. cons. (mancata comunicazione dell'identità del professionista) può dar luogo a nullità nei casi disciplinati dall'art. 52, comma 3, cod. cons.; che la violazione dell'art. 22, comma 4, lett. e (mancata comunicazione del diritto di recesso laddove questo sussista) potrà dar luogo a nullità qualora sussistano gli estremi di cui all'art. 67 *septies-decies*, comma 4, cod. cons. o all'art. 30, comma 7, t.u. finanziari; che, in caso di pratica scorretta prevista dall'art. 23, lett. i, cod. cons. (affermare, contrariamente al vero, o generare comunque l'impressione che la vendita del prodotto è lecita), il contratto sarà certamente nullo, ma ex art. 1418, comma 2, cod. civ.

Inoltre, sempre ad avviso di EAD., *op. loc. ult. cit.*, anche la violazione degli obblighi di informazione di cui all'art. 22, comma 4, lett. a e c, cod. cons. (mancata specificazione delle caratteristiche del prodotto e mancata indicazione o indicazione poco chiara del prezzo o delle modalità di calcolo dello stesso) può comportare sia la nullità per indeterminatezza dell'oggetto del contratto, qualora sia impossibile determinare anche *per relationem* quest'ultimo (23), sia la reazione che segue in caso di violazione del combinato disposto degli artt. 34, comma 2o, e 36 dello stesso codice, qualora ancorché non impossibile in via oggettiva la determinazione sia difficile per il consumatore. Tuttavia, quest'ultimo assunto non sembra potersi condividere. In senso contrario si è efficacemente espresso S. DELLE MONACHE, *Pratiche commerciali scorrette, obblighi di informazione, dolo contrattuale*, cit., 129, il quale esattamente esclude che possa dichiararsi la nullità del contratto "a valle" per indeterminatezza dell'oggetto nell'ipotesi in cui il professionista abbia mancato di fornire al consumatore le informazioni di cui all'art. 22, c. 4, lett. a e c, cod. cons. Con riferimento a quelle previste dalla lett. a, che attengono alle «caratteristiche principali del prodotto», l'omissione potrà rilevare, alternativamente, sul piano dell'errore o dell'inadempimento, a seconda che il consumatore si sia falsamente rappresentato le qualità di ciò che acquista ovvero il professionista assuma un impegno, secondo il significato obiettivo del contratto, relativo a un bene (o servizio) dotato di pregi maggiori o diversi rispetto al bene (o servizio) concretamente offerto alla clientela. Quanto poi alle informazioni relative al prezzo del prodotto o alle modalità per calcolarlo (lett. c), è agevole osservare che, pur in assenza di qualsiasi accordo sul corrispettivo dovuto al professionista, il contratto ben difficilmente potrebbe giudicarsi nullo, atteso il funzionamento dei noti criteri determinativi legali, a carattere suppletivo, dettati in sede di regolamentazione normativa dei singoli tipi contrattuali (artt. 1474 e 1657 c.c.).

⁹⁰ Il principio dell'unitarietà dell'ordinamento giuridico, che mal tollera una completa irrilevanza della disciplina sulle pratiche commerciali sleali rispetto alla diversa normativa sul contratto (ed in particolare sull'invalidità del contratto), è puntualmente invocato da N. ZORZI GALGANO, *Sulla invalidità del contratto a valle di una pratica commerciale scorretta*, cit., 925, la quale, a sua volta, richiama il pensiero di P. PERLINGIERI, *Nuovi profili del contratto*, in *Riv. crit. dir. priv.*, 2001, 227.



te), che possono bensì entrare nell'orbita della nullità virtuale per contrarietà a norme imperative: ad es., è stata così vietata, in caso di stipula di un contratto di mutuo con una banca, un istituto di credito o un intermediario finanziario, l'imposizione al cliente dell'abbinamento di una polizza assicurativa erogata dallo stesso mutuante ovvero dell'apertura di un contratto di conto corrente presso il medesimo mutuante (art. 21, comma 3-*bis*, cod. cons.)⁹¹; è stata, inoltre, vietata l'applicazione di un sovrapprezzo per il completamento di una transazione elettronica con un fornitore di beni o servizi (art. 21, comma 4-*bis*, cod. cons.)⁹².

Lasciata in disparte la deprecabile scelta di inserire i due nuovi commi – che disciplinano due ipotesi coercitive del consenso del consumatore – nell'art. 21, cod. cons., dedicato alle pratiche ingannevoli, piuttosto che collocarle propriamente nell'ambito delle pratiche aggressive (art. 24, cod. cons.), di cui condividono le note della coercizione (si noti, del resto, che il legislatore non le qualifica testualmente “ingannevoli”, ma semplicemente “scorrette”), deve osservarsi che, nel primo caso, stante l'espresso divieto derivante dalla qualificazione in termini di scorrettezza (art. 21, comma 3-*bis*, cod. cons.), può ben concludersi per la nullità del contratto accessorio al contratto di mutuo, cioè per la nullità del contratto di assicurazione o del contratto di conto corrente bancario perché in tal caso non si vieta semplicemente la condotta coercitiva che ha determinato il consenso del consumatore, ma direttamente il contratto accessorio che ne è derivato. Parimenti, nel secondo caso (art. 21, comma 4-*bis*, cod. cons.), sembra potersi concludere per la nullità parziale della clausola che imponga il sovrapprezzo per il completamento di una transazione elettronica⁹³, giacché è il sovrapprezzo ad essere vietato (non la condotta coercitiva che, in ipotesi, lo ha imposto), con il conseguente problema di stabilire, in questo caso, se il regime giuridico della nullità parziale debba ricavarsi dall'art. 36 cod. cons. o dall'art. 1419 c.c.

In quest'ottica, allora, può ben comprendersi la portata precettiva della clausola di salvezza dei rimedi già esistenti a disposizione del consumatore (art. 27, comma 15-*bis*, ult. parte, cod. cons.): nel dubbio, deve optarsi per i rimedi specificamente previsti per il consumatore; dunque, deve preferirsi il regime normativo della nullità di protezione ricavabile dall'art. 36 cod. cons.

Dalle precedenti considerazioni, vuole ricavarsi una coordinata interpretativa di fondo: in origine, era probabilmente difficile negare che i due plessi normativi fossero ispirati dalla logica dell'autonomia reciproca; tuttavia, alla luce dell'ampliamento del novero di pratiche scorrette tipizzate, non sembra oggi potersi ignorare la portata civilistica del divieto di pratiche commerciali, il quale va trattato alla stregua di ogni altra norma imperativa dell'ordinamento per la quale il legislatore non dispone alcun rimedio specifico. Occorrerà

⁹¹ Comma aggiunto dall'art. 36-*bis*, comma 1, D.L. 6 dicembre 2011, n. 201, convertito, con modificazioni, dalla L. 22 dicembre 2011, n. 214 e, successivamente, così modificato dall'art. 28, comma 3, D.L. 24 gennaio 2012, n. 1, convertito, con modificazioni, dalla L. 24 marzo 2012, n. 27.

⁹² Comma aggiunto dall'art. 15, comma 5-*quater*, D.L. 18 ottobre 2012, n. 179, convertito, con modificazioni, dalla L. 17 dicembre 2012, n. 221.

Peraltro, la norma deve essere coordinata con la successiva modifica dell'art. 62 cod. cons. (ad opera del D. Lgs. 21 febbraio 2014, n. 21), che, conformemente all'art. 3, comma 4, D. Lgs. 27 gennaio 2010, n. 11, vieta ai professionisti di imporre ai consumatori, in relazione all'uso di determinati strumenti di pagamento, «spese» per l'uso di detti strumenti, «ovvero nei casi espressamente stabiliti, tariffe che superino quelle sostenute dal professionista». Il testuale riferimento al «sovrapprezzo» contenuto nell'art. 21, comma 4-*bis*, cod. cons. sembra, tuttavia, più ampio, dovendosi intendere nel senso che il professionista, cui è comunque precluso il rimborso delle predette «spese», le imponga a titolo di «sovrapprezzo», cioè di corrispettivo maggiorato o comunque di compenso per l'utilizzo o la messa a disposizione del mezzo di pagamento elettronico (sovrapprezzo che, di regola, sarebbe ammissibile se espressamente concordato con il consumatore, cfr. art. 65 cod. cons.).

⁹³ Nullità parziale, peraltro, che non sarebbe agevole ricavare dall'art. 33 cod. cons., cioè dalla contrarietà a buona fede della clausola, la quale – nella misura in cui prevede un corrispettivo (ulteriore, perciò definito “sovrapprezzo”) per un servizio di pagamento – comporterebbe un sindacato sull'equilibrio economico del contratto (art. 34, comma 2, cod. cons.).



allora accertare, con il dovuto rigore, se il contratto si ponga effettivamente “a valle” del comportamento vietato ed, in tal caso, certamente escludere la nullità; ma se è il contratto in sé a collidere con il divieto, essendo in altri termini la sua stipula, o meglio la sua rilevanza giuridica, ad integrare la pratica commerciale scorretta vietata, allora – in mancanza di altra norma che disponga diversamente – non potrà che concludersi per la sua nullità virtuale ai sensi dell’art. 1418, comma 1, c.c., secondo le chiare indicazioni precettive oggi fornite non soltanto dall’art. 19, comma 2, lett. *a*, cod. cons., ma anche dall’art. 27, comma 15-*bis*, sec. parte, cod. cons.

All’inverso, sembrano oggi doversi sottoporre ad accurata rimeditazione i tentativi dottrinali di lettura evolutiva della patologia genetica del contratto compiuta sulla scorta delle indicazioni ermeneutiche ricavate dalla disciplina delle pratiche commerciali scorrette, in particolare fondate sull’assimilazione di queste ultime con i vizi del consenso, in virtù della predicata omogeneità tra dolo e pratiche ingannevoli e, parimenti, di quella intercorrente tra violenza morale e pratiche aggressive. A tali profili ora si dedicherà l’attenzione, al fine di valorizzare l’art. 27, comma 15-*bis*, cod. cons., nella parte in cui invita l’interprete a rinvenire il rimedio effettivo e proporzionato per il consumatore leso da una pratica commerciale scorretta.

8. – Le letture evolutive possono essere accomunate da un elemento caratterizzante: seppur con diversa estensione e pluralità di accenti, esse ritengono di poter ricavare dal divieto di pratiche commerciali scorrette un chiaro indice ermeneutico per l’ampliamento della rilevanza patologica dei mezzi dell’attività ingannatoria e coercitiva allo scopo di allargare le maglie del dolo e della violenza morale e, conseguentemente, di affermare l’annullabilità del contratto “a valle” di una pratica commerciale scorretta che abbia non tanto carpito o estorto (cfr. art. 1427 c.c.), quanto – più genericamente – determinato il consenso del concreto consumatore, il quale non avrebbe stipulato il contratto di consumo in assenza della pratica scorretta⁹⁴.

Quest’ampliamento della rilevanza patologica dei mezzi dell’attività ingannatoria e coercitiva è stato con vigore sostenuto da autorevole dottrina⁹⁵, con penetrante analisi che muove dal fondamento liberista della patologia genetica del contratto. La soluzione, tuttavia, non convince: ampliando la rilevanza invalidante a qualsiasi mezzo dell’attività ingannatoria o coercitiva, si finisce col postulare un’annullabilità per contrarietà ad una norma imperativa, cioè il divieto di pratiche commerciali scorrette (art. 20 cod. cons.), ingannevoli o aggressive. Le resistenze all’ammissibilità di una annullabilità per contrarietà ad una norma imperativa nel nostro sistema non discendono dalla struttura del rimedio (giacché è lo stesso legislatore a concepire delle annullabilità per violazione di una norma imperativa, cfr. artt. 23, 377, 396, 412, 1137, 1471 nn. 3 e 4, 2098, 2377), ma da una precisa scelta normativa (art. 1418, comma 1, c.c.)⁹⁶, che – peraltro – fa salve le diverse

⁹⁴ In tale ordine di idee, seppur con le avvertite diversità di accenti che conducono a richiedere presupposti differenti per l’annullabilità del contratto “a valle” di pratica commerciale scorretta, si pongono: C. GRANELLI, *Le “pratiche commerciali scorrette” fra imprese e consumatori*, cit., 780 s., nonché M. MAUGERI, *Violazione della disciplina delle pratiche commerciali scorrette e rimedi contrattuali*, cit., 482 s.; M. NUZZO, *Pratiche commerciali sleali ed effetti sul contratto: nullità di protezione o annullabilità per vizi del consenso*, cit., 238; A. GENTILI, *Pratiche sleali e tutele legali: dal modello economico alla disciplina giuridica*, 61 ss.; N. ZORZI GALGANO, *Sulla invalidità del contratto a valle di una pratica commerciale scorretta*, cit., 952 ss.

⁹⁵ A. GENTILI, *Pratiche sleali e tutele legali: dal modello economico alla disciplina giuridica*, 61 ss., spec. 63., secondo il quale se la pratica commerciale ha effettivamente fuorviato nel caso singolo la scelta compiuta dal consumatore, occorre assumere che «qualsiasi pratica ingannevole è dolo e qualsiasi pratica aggressiva è violenza, indipendentemente dal mezzo usato».

⁹⁶ È opinione diffusa, infatti, che il sistema delle cause di annullabilità rappresenti «un sistema tendenzialmente tipico e tassativo», così V. ROPPO, *Il contratto*, in *Tratt. Iudica-Zatti*, II ed., Milano, 2011, 713; parimenti, più di recente, E. DEL PRATO, *Le annullabilità*, in *Tratt. Roppo*, IV, *Rimedi-1*, a cura di A. Gentili, II ed., Giuffrè, 2023, 185, diversamente dalla nullità, che – all’inverso –



disposizione di legge (su cui, *infra*). Non può negarsi che qualsiasi violenza o inganno decisivi, comunque perpetrati, compromettono l'utilità della scelta per la vittima della violenza o dell'inganno; tuttavia, non può accogliersi il corollario secondo cui la negazione dell'ampliamento della rilevanza patologica di ulteriori mezzi ingannatori o coercitivi⁹⁷ costituisca una ingiustificata limitazione della teoria liberista (che, secondo la tesi criticata, ispirerebbe la disciplina dei vizi del consenso), il cui logico sviluppo dovrebbe invece affermare il principio che «una scelta razionale, e solo una scelta razionale, cioè libera e consapevole, arreca utilità individuale e generale, ed è giusta. Quindi valida; e altrimenti invalida»⁹⁸. Senza necessità di scendere nell'esame del fondamento economico della teoria dei vizi del consenso, l'assunto non pare ben orientato. Nel contratto, le parti sono (almeno) due e alla scelta irrazionale o coartata di una parte corrisponde di solito la scelta razionale e libera dell'altra. Allora, non sempre la scelta irrazionale di uno dei contraenti può comportare il sacrificio della scelta razionale dell'altro: a giustificare le limitazioni all'ampliamento della rilevanza patologica dell'attività ingannatoria e coercitiva sono, per un verso, i principi di affidamento e di conservazione del contratto e, per altro verso, l'esigenza di certezza del traffico giuridico.

Ecco, allora, la ragione per la quale la dottrina tradizionale inquadra i vizi del consenso come ipotesi tipiche di eccezionale rilevanza del motivo⁹⁹. Del resto, ove si desse peso alla sola razionalità e libertà della scelta della vittima, la teoria dei vizi del consenso andrebbe costruita esclusivamente sul timore e sull'errore determinanti del consenso¹⁰⁰, senza dar peso ai fatti (per l'appunto: i mezzi dell'attività ingannatoria e coercitiva

costituisce uno schema elastico, e cioè indipendente dalla testuale previsione della nullità allorché il vizio consiste nella contrarietà del contratto a norme imperative (cfr. l'art. 1418): per questa ragione, l'annullabilità assume carattere residuale e resta assorbita ogni qual volta venga in rilievo il contrasto del programma contrattuale con una norma imperativa.

⁹⁷ A. GENTILI, *Pratiche sleali e tutele legali: dal modello economico alla disciplina giuridica*, 61 ss., secondo cui il mendacio, la reticenza indebita, ai fini dell'inquinamento dell'autenticità della scelta, equivalgono al raggiro. Le molestie, le pressioni psicologiche invadenti, alla minaccia di un male ingiusto e notevole. Alla luce della teoria liberista è il che, non il come, l'altrui scelta è viziosa, che è rilevante. Richiedere, perciò, in aggiunta, che la violenza faccia temere mali ingiusti e notevoli, che l'inganno operi attraverso raggiro ed artifici, alla luce della teoria non è logico sviluppo, ma ingiustificata limitazione della tesi che ispira i c.d. "vizi" della volontà. Tuttavia, per un verso, nella violenza morale, il fondamento del "dogma" dell'ingiustizia è chiarito dalla dottrina tradizionale: nel conflitto di interessi in cui si muove la vita dei traffici, non si può garantire un'autodeterminazione degli individui, libera, sia dal peso enorme delle circostanze di fatto, sia dalla pressione delle forze economiche abilmente messe in gioco o sfruttate da un interessato; chi ha la possibilità di giovare di una situazione conforme al diritto non compie ingiustizia, e non pone in essere una violenza (cfr. A. TRABUCCHI, voce *Violenza*, cit., 947). Per altro verso, nel dolo, la necessità dei raggiro si giustifica con l'ampliamento della rilevanza patologica dell'errore sui motivi, giacché ove l'errore fosse essenziale (art. 1429 c.c.) e pur sempre riconoscibile (art. 1431 c.c.), di certo non occorrerebbero i raggiro per l'annullabilità del contratto.

⁹⁸ A. GENTILI, *Pratiche sleali e tutele legali: dal modello economico alla disciplina giuridica*, 61 ss.

⁹⁹ E. BETTI, *Teoria generale del negozio giuridico*, 436 s., 457 e 462, per il quale i vizi del volere sono tali nella misura in cui operano sulla volontà col porre un motivo atto a farla deviare dal cammino normale che altrimenti avrebbe percorso; A. TRABUCCHI, *Il dolo nella teoria dei vizi del volere*, Padova, 1937, 84 ss., 90 ss.; ID., voce *Violenza*, cit., 943.; F. SANTORO-PASSARELLI, *Dottrine generali del diritto civile*, IX ed., Napoli, 1966 (rist. 2012), 160, con specifico riferimento all'errore-vizio, quale falsa rappresentazione della realtà, che si pone quale motivo della volontà negoziale; nonché, sotto altro profilo, V. PIETROBON, *Errore, volontà e affidamento*, cit., 99 s., che individua una stretta correlazione tra il principio di irrilevanza dei motivi e la restrizione ai soli raggiro quali mezzi ingannatori idonei alla configurabilità del dolo.

A ciò si aggiunga la tipicità e tassatività delle cause di annullabilità, pacificamente affermata dalla prevalente dottrina: cfr., ancora, V. ROPPO, *op. loc. ult. cit.*, E. DEL PRATO, *op. loc. ult. cit.*, nonché U. MAJELLO, *La patologia discreta del contratto annullabile*, in *Riv. dir. civ.*, 2003, 348, il quale, nel tracciare la differenza tra la nullità con legittimazione relativa e l'annullabilità, afferma che la prima è una reazione contro la violazione dei limiti all'autonomia privata, mentre la seconda «non tutela l'osservanza delle norme che limitano l'autonomia privata, ma tutela al contrario la libertà decisionale di quei contraenti che si trovino in situazioni tipiche tali da non poterla esercitare in piena responsabilità».

¹⁰⁰ Secondo l'insegnamento ricavabile dalla tendenza speculativa dei trattatisti a ricondurre la materia dei vizi del volere alle due cause (perturbative) determinanti della volontà rappresentate dall'errore e dal timore: cfr., tra questi, E. BETTI, *Teoria generale del negozio giuridico*, cit., 436 s., che perentoriamente afferma: «Anormalità che lasciano bensì sussistere la determinazione causale, ma



tipicamente considerati) che li hanno generati; ma tale costruzione non è stata accolta dal nostro sistema giuridico (cfr. artt. 1429 n. 4, 1437 e 1439 c.c.)¹⁰¹ e non pare possa essere messa in discussione dalla disciplina delle pratiche commerciali scorrette, in relazione alla quale si pongono altre esigenze di tutela del consumatore e di speditezza dei traffici commerciali. Il che, sotto altro profilo, induce altresì a ritenere l'annullabilità un rimedio poco effettivo per il consumatore, che – secondo la diffusa prassi negoziale dei contratti di consumo – difficilmente potrà avvalersi dell'eccezione di annullabilità, quanto meno nei contratti ad esecuzione istantanea, e dovrà affidarsi principalmente all'esperimento giudiziale dell'azione di annullamento.

9. – Occorre, allora, completare la ricerca del rimedio proporzionato ed effettivo (art. 27, comma 15-bis, prima parte, cod. cons.) avverso una pratica commerciale lesiva *causam dans*, in relazione alla quale, cioè, risulti che il consumatore non avrebbe prestato il consenso senza la pratica ingannevole o aggressiva. In tal caso, il rimedio caducatorio pare essere l'unico proporzionato, cioè adeguato allo scopo, ed effettivo, nella misura in cui consente di rimuovere la lesione arrecata al consumatore. Nella pluralità di rimedi caducatori presenti nel nostro ordinamento, deve essere preferito quello che appare maggiormente rispondente a garantire un'adesione libera e consapevole del consumatore all'accordo e questo pare essere meglio rappresentato dal diritto di recesso. Non si allude, però, al recesso penitenziale previsto dall'art. 52 cod. cons., soggetto ad un breve termine di decadenza di quattordici giorni, ma al recesso impugnatorio previsto dall'art. 53, comma 1, cod. cons. previsto per il caso di violazione dell'obbligo informativo sul diritto di recesso, in relazione al quale il periodo per l'esercizio del diritto di recesso è esteso di dodici mesi.

Risulta ormai una constatazione ampiamente diffusa che il recesso è impiegato dal legislatore per designare numerose fattispecie diverse tra loro, con grave disomogeneità del linguaggio legislativo¹⁰², e che,

la vizio in taluno de' suoi elementi, perturbandone il processo formativo, sono l'errore (spontaneo o provocato da dolo) e il timore (in quanto dipenda da violenza). Possiamo chiamar questi vizi della determinazione causale, ossia della motivazione del volere». Nella ricostruzione offerta dall'illustre A., dolo e violenza altro non sono che atti illeciti da cui dipendono i vizi della determinazione causale, cioè l'errore e il *metus* (op. cit., 457).

Cfr., invece, per l'autonomia concettuale del dolo dall'errore e dalla violenza, cfr. A. TRABUCCHI, *Il dolo nella teoria dei vizi del volere*, cit., 178 ss.

¹⁰¹ Di recente, M. DE POLI, *Servono ancora i «raggiri» per annullare il contratto per dolo? Note critiche sul concetto di reticenza invalidante*, in *Riv. dir. civ.*, 2004, 927 s., nonché ID., *I mezzi dell'attività ingannatoria e la reticenza da: Trabucchi alla stagione della «trasparenza contrattuale»*, in *Riv. dir. civ.*, 2011, 650 ss., 677 ss., 686 ss., indagando in chiave attuale i possibili mezzi dell'attività ingannatoria, ribadisce l'utilità teorica e pratica della dottrina della *machinatio*, la quale ha l'indubbio vantaggio di presentarsi come fattispecie tipica «ricca», che cioè consente di selezionare, tra i vari comportamenti causalmente idonei a produrre una falsa rappresentazione, quelli dotati di maggior complessità, articolazione e, in ultima analisi, di gravità, sì da consentire al giudice di dedurre, tramite gli stessi e la loro particolare conformazione, sia la connotazione psicologica dell'agente (ed allora la *machinatio* funge da prova dell'*animus*, della *voluntas fallendi*) sia la capacità ingannatoria dei mezzi utilizzati (in questo caso, invece, la *machinatio* è prova dell'obiettiva decettività del comportamento). Una fattispecie «ricca» agevola la prova giudiziale di elementi che sono difficilmente accertabili con la prova storica e facilmente apprezzabili con quella critica. La tipicità della *machinatio* e la necessità di distinguere concettualmente il dolo dall'errore inducono, inoltre, l'A. a riconoscere rilevanza invalidante alla semplice menzogna (ID., *I mezzi dell'attività*, cit., 651, nota 4, 689 ss., 694) e, all'inverso, a disconoscere rilevanza invalidante, quale dolo omissivo, al silenzio (reticenza) della parte che riconosce l'errore spontaneo altrui, non potendo essere equiparata la speculazione (e, conseguente, conservazione) dell'errore spontaneo all'induzione in errore provocata dal dolo: nella reticenza mancherebbe l'efficienza causale qualificata imposta dalla norma (op. ult. cit., 688 s.), giacché non vi è alcuna norma nella disciplina del dolo negoziale che predichi l'equivalenza causale positiva (dei raggiri) a quella negativa (op. ult. cit., 653; nonché, ID., *Servono ancora i raggiri*, cit., 928); e così la conservazione dell'errore altrui (intesa come volontaria non rimozione) non può assurgere a mezzo ingannatorio.

¹⁰² Cfr. G.F. MANCINI, *Il recesso unilaterale e i rapporti di lavoro*, I, Milano, 1962, 242 ss.; ID., *Prime osservazioni sul recesso straordinario*, in *Riv. trim. dir. proc. civ.*, 1969, 86; W. D'AVANZO, voce *Recesso*, in *Noviss. dig. it.*, XIV, Torino, 1967, 1027; A.



dunque, non esista nel nostro ordinamento un concetto unitario di recesso, a meno che non voglia fondarsi sull'anodino dato strutturale della natura potestativa della dichiarazione di volontà, imponendo così all'interprete di coglierne piuttosto l'individualità sul piano della funzione¹⁰³. Da questo punto di vista, poi, le difficoltà ricostruttive sono acute anche dall'incostanza del linguaggio legislativo, che impiega termini differenti (la disdetta del locatore, la revoca del mandante, la rinuncia del mandatario, il riscatto del debitore della rendita perpetua) per indicare atti funzionalmente assimilabili ad altri denominati come recesso¹⁰⁴.

Alla contrapposizione, diffusa in tempi più risalenti¹⁰⁵, tra recesso ordinario, operante nei rapporti di durata privi di termine finale in funzione integrativa del regolamento contrattuale, e straordinario, che all'inverso lo altera e lo travolge, viene di recente preferita la tripartizione in recesso determinativo, recesso impugnatorio e recesso penitenziale¹⁰⁶. Il recesso determinativo costituisce uno strumento di integrazione nei contratti di durata privi del termine finale, nel senso che il contraente, comunicando il recesso, stabilisce il termine prima non concordato. Il recesso impugnatorio (o di autotutela) comprende ipotesi variegata e consiste in uno strumento di reazione avverso vizi originari o sopravvenuti in funzione dell'eliminazione del vincolo contrattuale, seppur con diversa incidenza, che, talvolta, travolge lo stesso contratto (unica ipotesi cui andrebbe riconosciuta natura impugnatoria) e, talaltra, si limita ad interrompere la prosecuzione del rapporto contrattuale (promiscuamente si considerino: l'esclusione dell'associato, art. 24, comma 3, c.c.; il recesso nella disciplina della caparra confirmatoria, art. 1385 c.c.; nell'impossibilità sopravvenuta parziale, art. 1464 c.c.; nella vendita a corpo e a misura, artt. 1537, comma 2, e 1538, comma 2, c.c.; nell'assicurazione, per le reticenze e dichiarazioni inesatte dovute a colpa lieve dell'assicurato, art. 1893 c.c.; nel rapporto di lavoro subordinato, artt. 2118 e 2119 c.c.; nell'opera professionale, art. 2237, comma 2, c.c.; nonché l'esclusione del socio, art. 2286, c.c.). Il recesso penitenziale, invece, si atteggia come *ius se poenitendi*, attribuendo alla parte contrattuale il diritto di sciogliere unilateralmente il contratto, perché non più interessato alla sua instaurazione o continuazione (nell'appalto, art. 1671 c.c.; nel mandato oneroso, art. 1725; nella rendita perpetua, art. 1865 c.c.; nell'assicurazione contro i danni, art. 1899 c.c.; nel lavoro autonomo, art. 2227 c.c.; nell'opera professionale, art. 2237, comma 1, c.c.).

In questo quadro composito, deve essere esaminata la progressiva emersione del recesso consumeristico nella legislazione di origine europea: nei contratti conclusi a distanza o negoziati fuori dai locali commerciali (artt. 52 e 53 cod. cons.), nei contratti di multiproprietà (art. 73 cod. cons.) e di pacchetti turistici (art. 36, lett. d, nonché artt. 40 e 41, D. Lgs. 23 maggio 2011, 79), nella commercializzazione a distanza dei servizi finanziari (art. 67-*duodecies* cod. cons.), nei contratti di credito ai consumatori (art. 125-*ter* t.u.b.)¹⁰⁷. Le sin-

LUMINOSO, *Il mutuo dissenso*, Milano, 1980, 160 ss.; G. GABRIELLI, *Vincolo contrattuale e recesso unilaterale*, Milano, 1985, 1 ss., il quale, più nettamente, discorre di povertà, o talvolta autentica imprecisione, del linguaggio legislativo.

¹⁰³A. DI MAJO GIAQUINTO, *Recesso unilaterale e principio di esecuzione*, in *Riv. dir. comm.*, 1963, II, 124 s. G. GABRIELLI, *Vincolo contrattuale e recesso unilaterale*, cit., 3.

¹⁰⁴Cfr., ancora, ID., *op. ult. cit.*, 4 ss.

¹⁰⁵Per la bipartizione tra recesso ordinario e straordinario, adottata nella sistematica tedesca (ove si distingue fra *ordentliche* e *ausserordentliche Kuen-digung*), v. G.F. MANCINI, *Il recesso unilaterale e i rapporti di lavoro*, I, cit., 205 ss. e 242 ss., anche per una revisione dei termini in cui la contrapposizione era correntemente prospettata.

¹⁰⁶G. GABRIELLI, *Vincolo contrattuale e recesso unilaterale*, cit., 13 ss., 37 ss., 65 ss.; G. GABRIELLI e F. PADOVINI, voce *Recesso (dir. priv.)*, in *Enc. dir.*, XXXIX, Milano, 1988, 27 ss.; P. SIRENA, *Effetti e vincolo*, in *Trattato del contratto*, diretto da V. Roppo, III, *Effetti*, a cura di M. Costanza, II ed., Milano, 2023, 25 ss.; V. ROPPO, *Il contratto*, cit., 518 ss., parimenti tripartisce i recessi legali in recessi di liberazione, recessi in autotutela e recessi di pentimento; nonché E. BACCIARDI, *Il recesso del consumatore nell'orizzonte delle scienze comportamentali*, Torino, 2019, 100 ss.

¹⁰⁷A queste ipotesi è assimilabile il recesso attribuito (non specificamente al consumatore, ma) all'assicurato nel contratto di assicurazione sulla vita (art. 177, comma 1, cod. ass. priv.).



gole figure mostrano significative differenze di trattamento giuridico e non presentano un'omogeneità funzionale; come tali, dunque, sono insuscettibili di essere ricondotte ad unità¹⁰⁸. Si consideri che in alcuni casi è sospesa l'efficacia dei contratti cui il recesso afferisce (cfr. art. 67-*duodecies*, comma 4, cod. cons., per i contratti a distanza relativi ai servizi finanziari)¹⁰⁹, in altri è previsto il divieto di ricevere acconti fino al scadenza del termine per recedere (cfr. art. 75 cod. cons., per i contratti di multiproprietà), in altri ancora il recesso può anche operare nei confronti di una proposta contrattuale alla stregua di una revoca (art. 55 cod. cons.; ma, diversamente, l'art. 74, comma 3, cod. cons.)¹¹⁰; talvolta all'esercizio del recesso è collegata la risoluzione di diritto dei contratti collegati (cfr. l'art. 58 cod. cons. per i contratti a distanza e per i contratti negoziati fuori dai locali commerciali; l'art. 77 cod. cons. per i contratti di multiproprietà; l'art. 125-*ter*,

¹⁰⁸ M.P. PIGNALOSA, *Contratti a distanza e recesso del consumatore*, Milano, 2016, 103.

¹⁰⁹ La sospensione dell'efficacia contrattuale nel periodo di recesso è carattere distintivo della disciplina della prima fattispecie di recesso di origine europea comparsa nel nostro ordinamento giuridico: si allude al recesso dai contratti aventi ad oggetto valori mobiliari stipulati mediante vendite a domicilio previsto dall'art. 18-*ter* della Legge 7 giugno 1974, n. 216, introdotto dall'art. 12 della legge 23 marzo 1983, n. 77 («Istituzione e disciplina dei fondi comuni di investimento mobiliare»), poi abrogato dall'art. 214, comma 1, lett. x, D.lgs. 24 febbraio 1998, n. 58, recante il Testo unico delle disposizioni in materia di intermediazione finanziaria, il quale ha previsto il recesso che l'art. 30, 6° comma del d.lgs. 58/1998, testé richiamato, ha replicato la scelta di sospendere l'efficacia dei contratti, questa volta di collocamento di strumenti finanziari e di gestione di portafogli individuali conclusi fuori sede, durante il periodo di recesso, prolungato a sette giorni e decorrente dalla data di sottoscrizione da parte dell'investitore.

V. ROPPO, *Offerta al pubblico di valori mobiliari e tecniche civilistiche di protezione dei risparmiatori-investitori*, in *Giur. it.*, 1983, IV, 208 s, secondo cui «l'esercizio del recesso non determina, propriamente, lo scioglimento degli effetti contrattuali, ma piuttosto ne impedisce la produzione», in quanto gli effetti del contratto non si producono al momento della sua conclusione, giacché per legge la sua efficacia è sospesa; ne risulterebbe, dunque, «un meccanismo di condizionamento sospensivo», tale da dedurre il mancato esercizio del recesso in una condizione negativa sospensiva meramente potestativa, che si sottrarrebbe alla nullità *ex art.* 1355 c.c., in quanto la mera potestatività è normativamente prevista ed afferisce non ad una condizione volontaria, ma ad una *condicio iuris*. Si noti che la sospensione *ex lege* degli effetti contrattuali impedisce di costruire il recesso legale come condizione risolutiva meramente potestativa, che, secondo l'opinione prevalente, si sottrae all'art. 1355 c.c. (cfr., per tutti, A. FALZEA, voce *Condizione*, in *Enc. giur. Treccani*, VII, Roma, 1988, 8; *contra*, tuttavia, P. RESCIGNO, voce *Condizione*, in *Enc. dir.*, VIII, Milano, 1961, 796).

Diversa è, invece, la ricostruzione proposta da G. GABRIELLI, *Vincolo contrattuale e recesso unilaterale*, cit., 72, per il quale l'accordo raggiunto, «benché di fatto e secondo le regole generali già definitivo, è imperativamente degradato al livello di una semplice opzione a favore dell'acquirente»; ad avviso dell'A., la disciplina in esame non avrebbe previsto un vero recesso, ma una dichiarazione che impedisce il definitivo perfezionamento del contratto, secondo un meccanismo non ignoto allo strumentario legale codicistico e rappresentato dalla riserva di gradimento nella vendita allorché la cosa sia nella disponibilità del compratore (art. 1520, comma 3, c.c.). La raffinata tesi della degradazione dell'accordo ad opzione è criticata da D. VALENTINO, *Recesso e vendite aggressive*, Napoli, 1996, 181 ss., in forza del rilievo per cui la qualificazione in termini di opzione impone di ricondurre il suo esercizio all'inerzia del compratore, attribuendo al silenzio un valore dichiarativo che non gli appartiene e costruendo un di consenso presunto espressivo di una mera *fiction iuris*.

¹¹⁰ Già con riferimento alla disciplina dettata dal D. Lgs. n. 50/1992, D. VALENTINO, *Recesso e vendite aggressive*, cit., 204 ss., ha già chiarito che il diritto di recesso, normativamente riconosciuto anche prima della conclusione del contratto con riguardo alla proposta, non può che concretarsi, qualora il consumatore assuma la veste di proponente, in un potere di revoca della proposta, assoggettato, peraltro, ad una disciplina parzialmente diversa da quella dettata dall'art. 1328 c.c., perché può essere esercitato anche dopo che il contratto si è concluso per essere l'accettazione pervenuta all'indirizzo del proponente, purché la revoca della proposta sia stata inviata entro il periodo di riflessione legale. Il decorso del termine preclude al consumatore la possibilità di revocare la proposta anche se l'accordo non si è ancora perfezionato, ma la regola dovrebbe valere solo per le proposte irrevocabili, alla luce della considerazione che il farne applicazione anche a quelle revocabili comporterebbe, per il «consumatore» proponente, un trattamento deteriore rispetto a quello del normale consumatore, che può revocare la proposta sino a quando il contratto non sia stato concluso (art. 1328 c.c.).

Nello stesso senso, più di recente, a seguito della recente novella del 2014 al codice del consumo, M.P. PIGNALOSA, *Contratti a distanza e recesso del consumatore*, cit., 139 s., osserva opportunamente che il legislatore, nel riferire il recesso alla proposta (art. 55, lett. b, cod. cons.), non si limiti più a richiamare una generica offerta contrattuale (come nel previgente art. 45, comma 2, cod. cons., riferendosi a «proposte contrattuali sia vincolanti che non vincolanti»), ma un'offerta dalla quale discendono «obblighi di concludere il contratto», ovvero sia alla sola proposta irrevocabile.



comma 4, t.u.b., per i contratti di credito ai consumatori). Diverse sono, poi, le conseguenze dell'inadempimento dell'obbligo informativo precontrattuale sulla spettanza del diritto di recesso: dalla nullità testuale e relativa del contratto a distanza avente ad oggetto servizi finanziari (art. 67-*septiesdecies*, comma 4 e 5, cod. cons.) alla configurazione di un recesso con termine di esercizio significativamente maggiore, che vede la dilatazione di un anno con riferimento ai contratti a distanza o negoziati fuori dai locali commerciali (art. 53 cod. cons.; per le altre conseguenze, *infra*) e ai contratti di multiproprietà (art. 73, comma 3, lett. a, cod. cons.), ma che, con riferimento a questi ultimi, si riduce a tre mesi in caso di inadempimento di altri obblighi informativi (art. 73, comma 3, lett. b, cod. cons.).

Si ripropone, dunque, anche nella legislazione di provenienza europea quella eterogeneità di funzioni e di discipline collegate al recesso, che contraddistingue le figure di recesso tradizionalmente contemplate dal codice civile¹¹¹.

Con precipuo riferimento al recesso di pentimento relativo ai contratti conclusi a distanza ed ai contratti negoziati fuori dai locali commerciali (oggi v. art. 52 cod. cons.; ma, nella disciplina anteriore alle modifiche al codice del consumo apportate dal D. Lgs. 21 marzo 2014, n. 21, v. l'art. 65 cod. cons.), pur nella varietà delle singole opinioni, è possibile raggruppare, da un lato, coloro che concepiscono il recesso nell'ottica del perfezionamento del consenso contrattuale del consumatore, mancante sino allo spirare del periodo di riflessione (degradando il contratto di consumo concluso a mera parte di una fattispecie più ampia, in via di formazione)¹¹², dall'altro lato, chi attribuisce al recesso natura risolutiva del contratto già perfezionato¹¹³.

¹¹¹ In tal senso, M.P. PIGNALOSA, *Contratti a distanza e recesso del consumatore*, cit., 104.

¹¹² V. SCALISI, *Nullità e inefficacia nel sistema europeo dei contratti*, in *Eur. dir. priv.*, 2001, 3, 495, ritiene il recesso un coelemento essenziale del consenso ed una fonte di qualificazione accertativa dello stesso, dal cui esercizio non deriverebbe la efficacia (per avverata *condicio*), ma la costitutiva completezza strutturale della fattispecie. R. DI RAIMO, *Autonomia privata e dinamiche del consenso*, Napoli, 2003, 80 ss., lega informazione e consenso sul piano strutturale e funzionale, ritenendo che gli effetti del contratto di consumo a distanza o negoziata fuori dai locali commerciali si producano «in ragione della concorrenza di tre fatti: lo scambio di dichiarazioni, l'atto informativo (che, quindi, si trova ora collocato nell'area dell'effetto) e il mancato esercizio del recesso»; in quest'ottica lo scambio delle dichiarazioni contrattuali è ritenuto insufficiente, dovendo ritenersi normativamente presunta l'assenza di un consenso effettivo al momento della dichiarazione in virtù della previsione di un obbligo legale di informazione e dell'attribuzione del diritto di recesso al consumatore: «se perciò la consapevolezza del consumatore è affidata all'informazione, il contratto, concluso prima, sarebbe concluso senza consenso». In quest'ultimo ordine di idee si pone, altresì, C. PILIA, *Accordo debole e diritto di recesso*, Milano, 2008, 452 ss., il quale ritiene che gli obblighi di informazione e i vincoli di trasparenza sarebbero funzionali all'espressione ponderata e libera della volontà contrattuale del contraente più debole, delineando i termini di una singolare e innovativa sequenza procedimentale.

Una notevole variante alle sequenze procedimentali di formazione del contratto di consumo è rappresentata dalla tesi dell'opzione di acquisto, cui l'accordo è imperativamente degradato, sostenuta però con riferimento al recesso dalla vendita a domicilio di valori mobiliari (previsto dall'art. 18-*ter* della Legge 7 giugno 1974, n. 216) da G. GABRIELLI, *Vincolo contrattuale e recesso unilaterale*, cit., 72, e ripresa da M. GORGONI, *Sui contratti negoziati fuori dai locali commerciali alla luce del d. lg. n. 50/1992*, in *Contr. e impr.*, 1993, 152 ss., nonché da P. MANES, *Il diritto di pentimento nei contratti dei consumatori dalla legislazione francese alla normativa italiana di attuazione della direttiva 85/577*, in *Contr. impr. Eur.*, 1996, 969; N. PARODI, *L'uscita programmata dal contratto*, Milano, 2005, 70 ss.

Muovendosi su un piano di maggior pragmatismo, R. SACCO, *Il contratto*, cit., 481 s., preferisce qualificare il recesso di pentimento come una revoca, che toglie di mezzo (gli effetti di) una dichiarazione che non è ancora un contratto, non ravvisando ostacoli ad ammettere una revoca anche a contratto concluso; l'incontro di volontà fra proposta e accettazione, se è presente una sorpresa (su cui *infra*, nel testo e in nota), non è un vero contratto, perché il contratto in questo caso si completa quando siano presenti una proposta, un'accettazione, e un'assenza di revoca.

¹¹³ E. BARGELLI, *Il sinallagma rovesciato*, Milano, 2010, 112 ss., muovendo dall'analisi del testo del previgente art. 66 cod. cons. reputa che il recesso comporti «lo scioglimento di un vincolo contrattuale già formato e la reversione degli effetti reali eventualmente prodotti».

Nello stesso senso, A.M. BENEDETTI, voce *Recesso del consumatore*, in *Enc. dir., Annali*, IV, Milano, 2011, 958 e 966, il quale ascrive il recesso penitenziale consumeristico ad un vero e proprio diritto di recesso, del quale ripeterebbe la caratteristica ontologi-



Secondo un'opinione diffusa in dottrina in tempi meno recenti, si era soliti affermare sbrigativamente che il recesso penitenziale non offra un rimedio al consumatore avverso una disfunzione nell'attuazione dello scambio, ma rispetto a fattori – presuntivi e standardizzati – di alterazione della volontà negoziale¹¹⁴. Per quanto non possa negarsi che il recesso penitenziale intenda assicurare la consapevole e libera formazione del consenso del consumatore, oggi pare doversi fermamente escludere la natura rimediabile del recesso di pentimento, per la semplice ragione che il rimedio, quale reazione dell'ordinamento all'inosservanza di una norma mediante l'apprestamento di una tutela all'interesse leso dall'inosservanza, postula necessariamente la violazione di una norma, cioè una difformità del fatto *compiuto* dal fatto *regolato*, ed il bisogno di tutela che da essa scaturisce: circostanza che – a ben vedere – nel recesso di pentimento non è in alcun modo riscontra-

ca fondamentale, la potestatività, la quale assicura al recedente l'uscita dal rapporto mediante la semplice manifestazione della volontà (tuttavia, in questo modo sembra attribuirsi troppo peso al dato strutturale). L'assunto è, più di recente, condiviso da M.P. PIGNALOSA, *Contratti a distanza e recesso del consumatore*, cit., 150 s. e 159, la quale, tuttavia, fermo l'avvenuto perfezionamento del contratto di consumo, opportunamente distingue tra i contratti di vendita (art. 52, comma 2, lett. b, cod. cons. nonché artt. 52, comma 3, e 57, comma 2, primo periodo, cod. cons.), da un lato, e i contratti aventi ad oggetto la prestazione di servizi e di fornitura prestazione dei servizi ovvero la fornitura di acqua, gas o elettricità, quando non sono messi in vendita in un volume limitato o in quantità determinata, di teleriscaldamento o di contenuto digitale non fornito su supporto materiale (art. 52, comma 2, lett. a e c, cod. cons. nonché artt. 50, comma 3, 51, comma 8, e 57, commi 3 e 4, cod. cons.), dall'altro: con riferimento ai primi, discorre di rilevanza asimmetrica tra adempimento e inadempimento, facendo leva sull'art. 52, comma 3, cod. cons., che attribuisce alle parti il potere («possono») e non l'obbligo di eseguire il contratto durante il periodo di ripensamento consumeristico, con la conseguenza che nella pendenza del termine per recedere solo l'adempimento sarebbe giuridicamente rilevante (non l'inadempimento), nella misura in cui il debitore può adempiere, ma il creditore non può esigere (EAD., *op. ult. cit.*, 152 s., che richiama il concetto di rilevanza asimmetrica elaborato da M. ORLANDI, *Pactum de non petendo e inesigibilità*, Milano, 2000); con riferimento ai secondi, pur reputando pienamente perfezionato il contratto di consumo con l'accordo, lo ritiene temporaneamente inefficace nel periodo di ripensamento, salvo la possibilità del consumatore di attribuire immediata efficacia al contratto con la richiesta di dare inizio all'esecuzione (cfr. artt. 50, comma 3, 51, comma 8, e 57, comma 3, cod. cons.), collegando però gli effetti contrattuali ad una fattispecie complessa formata dal contratto concluso e dalla richiesta del consumatore di dare inizio all'esecuzione (EAD., *op. ult. cit.*, 154 ss.). In definitiva, ad avviso dell'A., durante la pendenza del termine, per i contratti di vendita vi sarebbe una sospensione temporanea dell'esigibilità; per i contratti di servizi e fornitura sopra indicati vi sarebbe, invece, una sospensione temporanea degli effetti contrattuali, salva la richiesta di esecuzione del consumatore; in entrambi i casi, il recesso incide su un contratto perfezionato, sciogliendo i suoi effetti *ex nunc* sia con riferimento ai contratti di servizi (EAD., *op. ult. cit.*, 161) sia con riferimento ai contratti di vendita, nel quale caso, a fronte dell'estinzione delle obbligazioni contrattuali, sorgerebbero tra le parti contrattuali obbligazioni non autenticamente restitutorie, ma di segno invertito sul modello del sistema giuridico tedesco (EAD., *op. ult. cit.*, 166 ss., spec. 180). Al sistema tedesco e al confronto con il tradizionale sistema codicistico italiano delle restituzioni ha dedicato attenzione E. BARGELLI, *Il sinallagma rovesciato*, cit., 333 ss.

P. SIRENA, *Effetti e vincolo*, in *Trattato del contratto*, diretto da V. Roppo, III, *Effetti*, a cura di M. Costanza, II ed., Milano, 2023, 129, riconduce, con linearità, il recesso di pentimento del consumatore alla vendita con riserva di (non) gradimento allorché la cosa si trovi presso l'acquirente, come disciplinata dall'art. 1520, comma 3, c.c., richiamando, sul punto, il pensiero di C.M. BIANCA, *La vendita e la permuta*, I, in *Tratt. Vassalli*, II ed., Torino, 1993, 356 ss., che qualifica la dichiarazione di non gradimento del compratore come recesso dal contratto già perfezionato.

In termini molto simili, già si esprimeva G. ALPA, *Jus poenitendi e acquisto di valori mobiliari*, in *Riv. soc.*, 1987, 1503, che ravvisava nel recesso dai contratti aventi ad oggetto valori mobiliari stipulati mediante vendite a domicilio previsto dall'art. 18-ter della Legge 7 giugno 1974, n. 216 il medesimo fondamento della prassi negoziale che si esprime con la possibilità di recesso qualora al merce “non soddisfatti” l'acquirente (clausola “soddisfatti o rimborsati”): l'affare si considera concluso e produttivo di effetti, salvo il recesso del compratore.

¹¹⁴ Cfr. A. DI MAJO, *Il linguaggio dei rimedi*, in *Eur. dir. priv.*, 2005, II, 357; nonché M.C. CHERUBINI, *Tutela del «contraente debole» nella formazione del consenso*, cit., 15 ss., cui aderisce E. BARGELLI, *Il sinallagma rovesciato*, cit., 111 s. e 314. In quest'ottica, di recente, si pone altresì E. BACCIARDI, *Il recesso del consumatore nell'orizzonte delle scienze comportamentali*, cit., 34 ss., che rintraccia il fondamento del diritto di recesso nell'orizzonte delle scienze comportamentali, ove emerge la necessità di correggere le anomalie motivazionali contingenti alle scelte di consumo dettate dalla razionalità limitata del consumatore e, tuttavia, non integranti una disfunzione dell'accordo suscumbibile nelle categorie civilistiche tradizionali: il recesso viene, così, a costituire «un rimedio agli acquisti irrazionali e/o impulsivi» (*op. cit.*, 40).



bile¹¹⁵, atteso che il consumatore ha la facoltà di pentirsi, senza che rilevino eventuali inosservanze del professionista a fondare quella facoltà di ripensamento.

La questione si pone in termini differenti allorché il recesso consumeristico non è di mero pentimento, ma è concepito quale mezzo di impugnazione del contratto in funzione di un'inosservanza del professionista: in particolare, questa pare essere la funzione da assegnare oggi al recesso previsto dall'art. 53, comma 1, cod. cons., attribuito al consumatore a fronte dell'inadempimento dell'obbligo informativo precontrattuale relativo all'esistenza e alle modalità di esercizio del recesso¹¹⁶. Il recesso in esame, allora, non sembra partecipare

¹¹⁵ In questi termini, già, muovendo da riflessioni di carattere sistematico sul concetto di rimedio, S. MAZZAMUTO, *La nozione di rimedio nel diritto continentale*, in *Eur. Dir. priv.*, 2007, 3, 594 s., il quale, dopo aver osservato che la funzione del rimedio sia quella di ristabilire un ordine giuridico violato o irrealizzato per la frapposizione di un elemento anche esterno, correttamente precisa che non può riscontrarsi alcun rimedio là dove l'atto di esercizio del diritto, potere o facoltà non soddisfa un bisogno di tutela insorto a seguito della violazione o inattuazione di un interesse primario, ma si limita a soddisfare un interesse protetto in assenza di conflitto specifico (formulando gli esempi del recesso di pentimento, della revoca della proposta e della richiesta del prospetto informativo). In termini simili, P. SIRENA – Y. ADAR, *La prospettiva dei rimedi nel diritto privato europeo*, in *Riv. dir. civ.*, 2012, II, 366, i quali, nel propugnare un'accezione molto rigorosa di rimedio fondata non solo sulla lesione di un interesse giuridicamente protetto, ma anche sull'imputabilità della lesione al soggetto responsabile, escludono il recesso penitenziale dalla categoria dei rimedi poiché «non solo non è funzionalmente giustificato, ma non è neppure strutturalmente ricollegato alla lesione di un interesse del consumatore che sia imputabile al professionista contraente».

Escludeva, parimenti, la natura rimediaria del recesso penitenziale, G. GRISI, *Lo ius poenitendi tra tutela del consumatore e razionalità del mercato*, in *Riv. crit. dir. priv.*, 582, a parere del quale l'esercizio del recesso «lascia insoddisfatto l'interesse che il consumatore, mediante la conclusione del contratto "sgradito", intendeva soddisfare»; nonché, più di recente, in termini analoghi, M.P. PIGNALOSA, *Contratti a distanza e recesso del consumatore*, cit., 184 ss., muovendo però dal significato ontologico di rimedio come strumento di cura del contratto, cioè di rimedio come mezzo offerto mezzo offerto dall'ordinamento per consentire alle parti di realizzare l'interesse che intendevano perseguire con il contratto: anche ad avviso di quest'ultima A., il recesso penitenziale si porrebbe in una logica diametralmente opposta, in quanto il suo esercizio lascerebbe insoddisfatto proprio l'interesse che il consumatore intendeva soddisfare. Tuttavia, della correttezza di questo assunto è lecito dubitare: il recesso penitenziale, a rigore, mira propriamente alla – massima – soddisfazione dell'interesse che il consumatore intendeva soddisfare, al punto da consentirgli di caducare un contratto per lui sconveniente (cioè inadeguato al suo interesse) anche in assenza di patologia. Questa pare essere la nota caratteristica del pentimento, tale da consentire di negare allo stesso natura rimediaria. Nell'ottica opposta, A. DI MAJO, *op. loc. ult. cit.*, sostiene infatti la natura rimediaria del recesso di pentimento proprio facendo leva sull'insoddisfazione dell'interesse (data dalla «conclusione del contratto, non rappresentativa del reale interesse dell'un contraente»), cui il pentimento rimediarebbe: a ben vedere, tuttavia, il pentimento non «rimedia» ad un'insoddisfazione di un interesse, ma «soddisfa» direttamente un interesse del consumatore, anche se l'interesse è sopravvenuto rispetto alla conclusione del contratto di consumo nel periodo di riflessione; ed è chiaro che l'interesse sopravvenuto, non esistendo al momento della stipula, non può in alcun modo dirsi «insoddisfatto» dal contratto. Ciò che, in altri termini, vuole qui ribadirsi è che il pentimento è concepito nella logica della soddisfazione di un interesse e non nella logica del rimedio ad una lesione di un interesse (che implica una violazione dell'ordine giuridico).

Giunge parimenti ad escludere la qualificazione in termini di rimedio del recesso penitenziale, muovendosi però sul piano strutturale della fattispecie, V. SCALISI, *Lineamenti di una teoria assiologica dei rimedi giuridici*, in *Riv. dir. civ.*, 2018, 1052, coerentemente alla concezione perfezionativa del recesso adottata dall'A, per il quale non può «parlarsi di vero e proprio rimedio, allorché il dispositivo tecnico messo in campo dall'ordine giuridico è inteso soltanto alla riorganizzazione in senso più efficiente e razionale della composizione strutturale della fattispecie».

¹¹⁶ Il rapporto tra obblighi informativi e diritto di recesso è, da sempre, tema di grande dibattito: in particolare, l'obbligo di comunicazione concernente la spettanza del recesso penitenziale è sempre stato considerato unicamente in funzione dell'effettivo esercizio del diritto di pentimento, in chiave di vera e propria interdipendenza funzionale dell'obbligo di comunicazione con il diritto di recesso. Tale premessa, nel noto caso *Heininger* (Corte Giust. UE, 13.12.2001, causa C-481/99, in *Corr. giur.*, 2002, 869, con nota di Conti), ha infatti condotto la Corte di Giustizia ha statuire il principio per il quale, nei contratti negoziati fuori dai locali commerciali, in caso di omessa informazione sul diritto di recesso, lo *spatium deliberandi* a favore del consumatore doveva intendersi *sine die*. La lettura dell'art 5 della Dir. n. 85/577/CEE sembrava, infatti, consentire l'elaborazione del principio secondo il quale il decorso del periodo di riflessione non può essere separato dall'adempimento dell'obbligo informativo, pena «l'impossibilità» (cfr. la motivazione della pronuncia citata, p. 45) per il consumatore di avvalersi del rimedio. Il ragionamento della sentenza *Heininger*, pur relativo alla sola disciplina dei contratti negoziati al di fuori dei locali commerciali, influenza le successive scelte del legislatore comunitario ed apre la stagione del c.d. recesso *sine die*.



della medesima natura del recesso di pentimento di cui all'art. 52, cod. cons., dovendogli in tal caso attribuire senz'altro natura rimediabile¹¹⁷. Occorre, allora, chiarire che all'illecito precontrattuale non consegue semplicemente la dilatazione (di un anno) del termine di ripensamento per recedere¹¹⁸; si tratta, invero, di un diritto di recesso che si fonda sull'illecito altrui cui l'ordinamento riserva un peculiare trattamento giuridico proprio in ragione della lesione provocata al consumatore dall'omessa informazione doverosa. Infatti, lo statuto normativo del recesso impugnatorio consumeristico dei contratti a distanza o negoziati fuori dai locali commerciali è dato non solo dall'art. 53, comma 1, ma anche dall'art. 57, comma 2, secondo periodo, e comma 4, lett. a), cod. cons., che – diversamente dal recesso di pentimento – escludono, ai fini restitutori, ogni responsabilità del consumatore per il perimento o il deterioramento del bene nonché ogni obbligazione per il servizio reso durante il periodo di recesso, in deroga non solo e non tanto dell'art. 57, comma 1, primo periodo, cod. cons. (il quale ammette la responsabilità nei soli limiti in cui l'utilizzo non è stato funzionale all'esperienza della prova e della verifica del funzionamento del bene)¹¹⁹ e dell'art. 57, comma 3, cod.

La disciplina della negoziazione a distanza dei servizi finanziari (dir. n. 2002/65/CE) e quella novellata del credito al consumo (dir. n. 2008/48/CE) attribuiscono, invero, al consumatore uno *spatium deliberandi sine die* ogni volta che venga omessa l'informazione sullo *ius poenitendi* (cfr. art. 6 dir. n. 2002/65/CE ed art. 14 dir. n. 2008/48/CE).

L'inversione di tendenza si registra a partire dall'altrettanto noto caso *Hamilton* (Corte Giust. UE, 10.4.2008 causa C-412/06), pur riconoscendo l'interdipendenza funzionale tra obbligo informativo e recesso, nega la sussistenza di diritto di recesso esercitabile *sine die* in caso di reticenza del professionista nell'ipotesi in cui il contratto di consumo sia stato integralmente eseguito (cfr. la motivazione della sentenza da ultimo cit., p. 45 s., ove precisa, peraltro, che il caso *Heininger* riguardava un contratto di mutuo che non era stato completamente eseguito).

La dir. n. 2011/83/UE si pone in rapporto di continuità con l'ultima pronuncia della Corte di Giustizia: nei contratti conclusi a distanza e fuori dai locali commerciali, la decorrenza dell'iniziale periodo di riflessione di quattordici giorni è formalmente svincolata dalla comunicazione delle informazioni concernenti il diritto di pentimento; il *dies a quo* è, infatti, espressamente collegato alla conclusione del contratto o alla consegna della merce (art. 9, dir. n. 2011/83/UE). L'art. 10 della stessa direttiva, nel precisare, infine, che nel caso di reticenza del professionista, al "periodo di recesso iniziale" se ne aggiunge un altro (supplementare) di dodici mesi, sancisce testualmente la decadenza dal diritto di recesso a prescindere dall'adempimento degli obblighi informativi, che rileva limitatamente nel caso in cui siano adempiuti entro l'anno.

Il rapporto tra obblighi informativi e diritto di recesso è puntualmente indagato da F. RENDE, *Il recesso comunitario dopo l'ultima pronuncia della Corte di Giustizia*, in *Riv. dir. civ.*, 2009, 525 ss.; nonché ID., *Il ruolo dell'informazione sul recesso dopo la sentenza Walbusch Walter Busch*, in *Nuova giur. civ. comm.*, 2019, 679 s.

¹¹⁷ In tal senso sembra esprimersi F.P. PATTI, *Il recesso del consumatore: l'evoluzione della normativa*, in *Eur. Dir. priv.*, 2012, IV, 1007 ss., spec. nota 14, ove precisa: «con riguardo allo *ius poenitendi* i connotati del rimedio inteso nel significato più ristretto (o in senso "tecnico") sembrano [...] ricorrere allorché il professionista abbia violato lo specifico obbligo di informazione sul relativo diritto e ne sia conseguito un prolungamento del termine per esercitare il recesso [...]. In questo caso, risulta leso l'interesse del consumatore ad essere informato correttamente a causa di un comportamento imputabile al professionista».

E. BACCIARDI, *Il recesso del consumatore nell'orizzonte delle scienze comportamentali*, cit., 32, pur distinguendo tra «recesso informato» e «recesso disinformato», attribuisce ad entrambi natura rimediabile al solo fine «di preservare l'unità concettuale del rimedio» (la quale, però, dovrebbe essere un *posterius*, non un *prius*).

¹¹⁸ Su questa posizione sembrerebbe implicitamente porsi A. CATAUDELLA, *I contratti. Parte generale*, VI ed., Padova, 2023, 80 s. e nota 85, il quale, peraltro, precisa che all'illecito precontrattuale non consegue un obbligo di risarcimento del danno a titolo di responsabilità precontrattuale, essendo contemplato, quale unico effetto dello stesso, il prolungamento del termine per l'esercizio del recesso.

¹¹⁹ Prima della novella al codice del consumo apportata dal D. Lgs. n. 21/2014, il previgente art. 67 cod. cons., (sulla scia dell'art. 7 D. Lgs. n. 50/1992) poneva la sostanziale integrità del bene da restituire come condizione essenziale per l'esercizio del recesso, precisando che, a tal fine, era sufficiente il normale stato di conservazione derivante da un uso e una custodia mediamente diligente: pertanto, i soli deterioramenti che non intaccavano il normale stato di conservazione – purché frutto di un uso diligente – ricadevano sul professionista ed il consumatore, di conseguenza, poteva esercitare il recesso senza essere tenuto a indennizzare il professionista per la perdita di valore del bene; per quanto riguarda le ulteriori vicende negative intervenute nel lasso di tempo precedente all'esercizio del recesso (sia il perimento del bene sia il deterioramento che ne intaccava la soglia della «sostanziale integrità» e del «normale stato di conservazione»), sorgeva l'interrogativo, nel silenzio del codice del consumo, se la preclusione del diritto di reces-



cons. (il quale, invece, riconosce al professionista il diritto al corrispettivo per il servizio reso in costanza del periodo di ripensamento), ma soprattutto dell'art. 2037, comma 3, c.c. e dell'art. 2041 c.c.¹²⁰, secondo i quali l'*accipiens* sarebbe comunque tenuto a indennizzare la controparte nei limiti del proprio arricchimento.

Il recesso impugnatorio attribuito, dunque, al consumatore per effetto dell'illecito precontrattuale del professionista consente al consumatore di rimuovere retroattivamente il contratto di consumo¹²¹, facendo sorgere a carico delle parti i relativi obblighi restitutori: la restituzione del prezzo a carico del professionista e la sola restituzione del bene nello stato in cui si trova (anche deteriorato) a carico del consumatore (art. 57, comma 2, secondo periodo, cod. cons.). Se, tuttavia, il bene è perito (o è consumato) oppure il contratto ha ad oggetto un servizio o la fornitura dei beni consumabili indicati dagli artt. 50, comma 3, e 51, comma 8, cod. cons., il consumatore non è obbligato a restituire alcunché (cfr. art. 57, comma 4, lett. a, cod. cons.), restando a carico del solo professionista l'obbligo restitutorio relativo al prezzo ricevuto.

Parte della dottrina aveva già individuato nel diritto di recesso – ma inteso come *ius se poenitendi* – il mezzo più idoneo a reprimere le pratiche commerciali ingannevoli o aggressive perpetrate a distanza ovvero durante le trattative condotte fuori dei locali commerciali¹²², postulando un «nesso di complementarità» fra la disciplina delle pratiche scorrette e quella dei contratti a distanza e negoziati fuori dei locali commerciali in ragione dell'omogeneità del «tipo di abuso» perpetrato dall'autore di una pratica commerciale scorretta e da chi pone in essere una tecnica di negoziazione «aggressiva»¹²³ per la concreta idoneità a catturare

so presupponesse il carattere imputabile dell'evento negativo (perimento o grave deterioramento del bene) al consumatore. Per riferimenti sul dibattito, cfr. E. BARGELLI, *Il sinallagma rovesciato*, cit., 116 ss. Prima della novella, il codice del consumo non faceva alcun cenno, tuttavia, all'eventualità che il consumatore avesse o meno ricevuto un'informazione adeguata sul diritto di recesso; tuttavia, un'attenta dottrina già era pervenuta a riconoscere la spettanza del diritto di recesso al consumatore cui non fosse stata fornita un'adeguata informativa sul diritto di recesso, a prescindere alla sostanziale integrità del bene da restituire. Così, EAD., *op. ult. cit.*, 262 s. e 316 s.

¹²⁰ In tal senso, lucidamente, G. DI LORENZO, *La restituzione impossibile. Contributo allo studio dell'obbligazione conseguente alla risoluzione per inadempimento*, Milano, 2022, 132.

¹²¹ A fronte del riconoscimento del carattere impugnatorio del recesso, non può ipotizzarsi alcuna qualificazione dello stesso in termini di elemento perfezionativo di una fattispecie ancora imperfetta, concezione diffusa in dottrina con riferimento al recesso penitenziale (cfr. *amplius, supra*, in nota). Per opinione unanime, infatti, l'art. 53 cod. cons. segna il «definitivo abbandono» del recesso penitenziale *sine die*, riconosciuto in un primo tempo dalla pronuncia *Heininger* e successivamente negato dalla sentenza *Hamilton*. Cfr., *ex multis*, F. RENDE, *Il ruolo dell'informazione sul recesso dopo la sentenza Walbusch Walter Busch*, cit., 680; E. BACCIARDI, *Il recesso del consumatore nell'orizzonte delle scienze comportamentali*, cit., 28 e 160 ss.

¹²² A. FACHECHI, *Pratiche commerciali scorrette e rimedi negoziali*, Napoli, 2012, 97, osservando esattamente che «quando la scorrettezza di una delle parti influenza in maniera determinante la volontà dell'altra, tanto da indurla a un bisogno di acquisto altrimenti mai avvertito, rimuovere il pregiudizio vuol dire sciogliere il vincolo».

¹²³ L'accurata analisi delle tecniche di negoziazione «aggressive» è condotta da D. VALENTINO, *Vendite aggressive e recesso del consumatore*, cit., 12 ss. la quale esamina puntualmente le tesi dottrinali sostenute dai giuristi francesi in merito alla natura del recesso consumeristico, dalla tesi della formazione progressiva del contratto alla tesi dello scioglimento di un contratto già concluso, ripercorrendo l'evoluzione normativa francese in rapporto alle tecniche di *marketing* adottate gradualmente dalle imprese e ponendo in luce come l'esercizio del diritto di recesso venga modellato ed adattato in relazione alle emergenti esigenze tecniche di sviluppo dei contratti di consumo, imprescindibilmente legate alla contestualità o meno della consegna del bene con il pagamento del prezzo o addirittura all'anticipazione di quest'ultimo rispetto alla prima. In origine, infatti, la L. n. 22 dicembre 1972, n. 72-1137 relative alle vendite a domicilio (note altresì come vendite porta a porta), all'art. 3 attribuiva un *délai de réflexion* di sette giorni mediante il riconoscimento al consumatore di un *droit de renonciation*, decorrente dalla data di sottoscrizione del contratto (da redigere per iscritto a pena di nullità) apposta di suo pugno; il periodo di riflessione non sospende gli effetti contrattuali, ma è accompagnato da un divieto per il venditore di ricevere il pagamento del prezzo (*op. cit.*, 26 s. e 34). E nel vigore di questa normativa, la tesi della formazione progressiva del contratto era particolarmente diffusa (*op. cit.*, 29 ss.), traendo linfa anche dalla attribuzione del diritto di recesso pur nelle ipotesi di mera sottoscrizione di un ordine di acquisto, ma con il problema di giustificare il titolo della consegna anticipata del bene. In un secondo tempo, mutando il quadro economico e sociale, il legislatore francese riforma la pregressa disciplina l. 23 giugno 1989, n. 89-421, regolando altresì le vendite concluse mediante l'uso del telefono: viene, in particolare, eliminato il divieto di paga-



l'attenzione del cliente e indurlo a prestare il proprio consenso in tempi ristretti¹²⁴, facendo leva sul cd. effetto sorpresa¹²⁵ che annienta ogni possibilità di seria ponderazione. Rimaneva, però, aperto il problema del trattamento giuridico delle pratiche commerciali scorrette in relazione alle quali non si verificava la «sovrapposizione» con la disciplina dei contratti a distanza o negoziati fuori dai locali commerciali, cioè quando la pratica scorretta era attuata all'interno di un locale commerciale, giungendo alla conclusione della non estensibilità del diritto di pentimento.

Il ricorso a quest'ultimo pare, tuttavia, l'elemento che vizia l'intuizione della citata dottrina: non pare, infatti, possibile estendere la facoltà di pentimento consumeristica ad ipotesi non contemplate dal legislatore¹²⁶, nella misura in cui il recesso penitenziale deve pur sempre essere coordinato, a seconda della costruzione preferita dall'interprete, con la regola generale della vincolatività del contratto, cui è attribuita forza di legge (art. 1372 c.c.), per chi ritenga che il recesso incida sul contratto di consumo già perfezionato; oppure, per chi ritenga che l'omesso esercizio del recesso penitenziale costituisca il coelemento perfezionativo di una fattispecie ancora imperfetta, esso deve essere pur sempre coordinato con la regola generale sancita nell'art. 1355 c.c.¹²⁷, che reputa nulla l'assunzione di un'obbligazione subordinata alla scelta meramente potestativa

mento del prezzo, attribuendo al consumatore un diritto di recesso entro sette giorni, decorrenti dalla consegna oppure dalla sottoscrizione se non contestuale alla consegna (*op. cit.*, 51 s.). Ancora, la l. 6 gennaio 1988 che disciplina le vendite a distanza, da intendere come quelle in cui manca un contatto personale ed in cui l'offerente raggiunge il consumatore con una tecnica generalizzata ed indifferenziata, come nelle vendite televisive, prevede un *droit de repentir* esercitabile in sette giorni a partire dalla consegna (*op. cit.*, 54), in relazione a vendite che, a seguito dell'invito ad offrire formulata a distanza, si perfezionavano con l. In questo nuovo scenario normativo, ben difficilmente era possibile continuare a proporre la tesi della formazione progressiva del contratto, a meno di non ipotizzare l'esecuzione delle due prestazioni a titolo diverso, dovendo piuttosto riconoscere che in un contratto, già concluso ed eseguito, ben si possa configurare il potere di una sola delle parti di porre nel nulla la negoziazione (*op. cit.*, 57).

¹²⁴ A. FACHECHI, *Pratiche commerciali scorrette e (apparente) gap normativo: il "sistema" dei rimedi negoziali*, in *Studium iuris*, 2015, 185.

¹²⁵ U. BRECCIA, *La contrattazione su valori mobiliari e il controllo della contrattazione «sorprendente»*, in AA.VV., *La vendita "porta a porta" di valori mobiliari*, a cura di M. Bessone e F.D. Busnelli, Milano, 1992, 17 ss.; R. SACCO, *Il contratto*, cit., 477 ss., il quale nitidamente osserva che il consenso può dirsi libero solo quando è filtrato attraverso il vaglio critico cui provvedono certe difese psicologiche, pronte ad entrare in funzione se il soggetto sa di dover prendere decisioni impegnative e delicate; le difese non sono in funzione quando una sollecitazione improvvisa e pressante menoma le difese del possibile contraente: in tal caso il consenso è viziato dalla sorpresa. La sorpresa è una figura nota al legislatore italiano del 1942, che ne parla in tema di imputazione del pagamento (art. 1195 c.c.). Ivi la sorpresa, operata dal creditore che rilascia la quietanza, vizia l'accettazione del debitore che ha pagato (sebbene qui l'accettazione non abbia il significato che troviamo nell'art. 1326 c.c.).

¹²⁶ Nel sistema di tutele precedente all'introduzione dell'art. 27, comma 15-bis, cod. cons., M. MAUGERI, *Violazione della disciplina delle pratiche commerciali scorrette e rimedi contrattuali*, cit., 484, nutrivà forti perplessità in merito alla possibilità di estendere in via analogica, alle fattispecie di cui agli artt. 18 ss. cod. cons., il recesso penitenziale, perché regolato da discipline frammentarie e i termini in esse contenuti diversi l'uno dall'altro.

Anche M.P. PIGNALOSA, *Contratti a distanza e recesso del consumatore*, cit., 184 ss., all'esito del puntuale esame del recesso penitenziale come modellato dal D. Lgs. n. 21/2014, ritiene che esso non costituisca un istituto di carattere generale, come si desume dal numeroso elenco di esclusioni che ne limitano fortemente l'ambito di applicazione, tale da renderlo insuscettibile di essere esteso oltre il contesto soggettivo ed oggettivo delineato dal legislatore.

¹²⁷ Con riferimento al recesso penitenziale, nella concezione considerata nel testo, che gli attribuisce valore perfezionativo di una fattispecie complessa, non vengono in rilievo i noti dubbi sull'estensibilità dell'art. 1355 c.c. alla condizione risolutiva meramente potestativa, intendendosi – in sostanza – l'omesso esercizio del recesso come coelemento di efficacia.

Ad ogni modo, pare opportuno segnalare che l'opinione maggiormente diffusa in dottrina ritiene valida l'alienazione di un diritto e l'assunzione di un obbligo sotto condizione risolutiva meramente potestativa: cfr., A. FALZEA, voce *Condizione*, in *Enc. giur. Trecani*, VII, Roma, 1988, 8; S. MAIORCA, voce *Condizione*, in *Dig. disc. priv., sez. civ.*, Torino, 1988, ed. online, n. 20; M. COSTANZA, *Della condizione nel contratto*, sub artt. 1353-1361, in *Comm. Scialoja-Branca*, a cura di F. Galgano, Bologna-Roma, 1997, 71 ss.

In senso contrario, si sono espressi: F. SANTORO-PASSARELLI, *Dottrine generali del diritto civile*, cit., 199; D. BARBERO, *Condizione*, in *Noviss. dig. it.*, III, Torino, 1959, 1103; P. RESCIGNO, voce *Condizione (dir. vig.)*, in *Enc. dir.*, VIII, Milano, 1961, 796, il quale propende per la nullità parziale della condizione risolutiva meramente potestativa (*viziatum sed non viziata*), con la conseguenza



dell'obbligato¹²⁸. Dunque, a prescindere dalla qualificazione che si voglia operare, è difficile negare che il recesso penitenziale consumeristico abbia connotati eccezionali.

Ecco, però, che, qualora si assegni al recesso natura rimediale, nella misura in cui è concepito – in virtù di una precisa scelta normativa – come mezzo di impugnazione del contratto di consumo che consegue ad un illecito precontrattuale (art. 53, comma 1, cod. cons.), è possibile valutarne la proporzionalità ed effettività che consentono di ascriverlo ai “rimedi” indicati dal legislatore per reagire ad una pratica commerciale lesiva (art. 27, comma 15-*bis*, prima parte, cod. cons.). Indubbiamente la natura rimediale, di reazione ad un illecito, ne esclude il carattere eccezionale¹²⁹, che ad ogni modo non sarebbe di per sé ostativo, non facendosi questione di interpretazione analogica, ma di concretizzazione del precetto normativo fissato dall'art. 27, comma 15-*bis*, prima parte, cod. cons., nella misura in cui impone all'interprete di individuare il «rimedio proporzionato ed effettivo», ponendogli così l'unico limite della natura rimediale dell'istituto prescelto.

Venendo allora a valutarne dapprima l'effettività, deve essere considerato che il recesso impugnatorio *ex* art. 53, comma 1, cod. cons. è attribuito al consumatore quale mezzo per rimuovere un contratto che non è

che l'alienazione di un diritto o l'assunzione dell'obbligazione sotto condizione risolutiva meramente potestativa producono, immediatamente, effetti definitivi.

A conclusione opposta giunge chi, muovendo da un piano preminentemente qualificatorio, argomenta la validità della clausola che subordina la risoluzione del contratto alla mera volontà dell'alienante o dell'obbligato negandogli natura di condizione e attribuendogli la natura di recesso: cfr. S. SANGIORGI, *Rapporti di durata e recesso ad nutum*, cit., 136 ss., spec. 143; cui *adde*, C.M. BIANCA, *Diritto civile*, 3, *Il contratto*, cit., 501, ritenendo – coerentemente – ammissibile la clausola nei limiti in cui è possibile accordare alla parte un diritto di recesso.

¹²⁸ La potestatività dell'assunzione del vincolo obbligatorio è oggi acuita dal novellato art. 52, comma 3, cod. cons., che, con regola generale, attribuisce alle parti il solo potere («possono») e non l'obbligo di eseguire il contratto durante il periodo di ripensamento consumeristico, con la conseguenza che nella pendenza del termine per pentirsi solo l'adempimento sarebbe giuridicamente rilevante (non l'inadempimento), nella misura in cui il debitore può adempiere, ma il creditore non può esigere: il che, come visto, ha indotto M.P. PIGNALOSA, *Contratti a distanza e recesso del consumatore*, cit., 152 ss. a discorrere di “rilevanza asimmetrica”.

¹²⁹ L'autorevole contraria opinione manifestata con riferimento alle ipotesi codicistiche di recesso impugnatorio (ad es.: artt. 1385, 1464, 1539, 1893 c.c.) da G. GABRIELLI, *Vincolo contrattuale e recesso unilaterale*, cit., 56 ss., che ne affermava l'eccezionalità (negando, dunque, l'applicazione analogica delle singole norme che lo contemplano), si giustificava con il rilievo che l'attribuzione del recesso impugnatorio, pur se connessa ad una patologia rilevante anche secondo la disciplina generale dei contratti, comporta in ogni modo una deroga a tale disciplina, quanto meno sul piano procedimentale, giacché consente di conseguire la rimozione del vincolo per una via più spedita e, per ciò stesso, con minori garanzie per l'altra parte, che la subisce; ed ancora più netta, poi, gli appariva la deroga, se il recesso permette addirittura di reagire, in via più spedita, di fronte a circostanze che, secondo la disciplina comune dei contratti, non legittimerebbero ad avvalersi nemmeno dei più defatiganti mezzi di reazione.

L'opinione dell'illustre A. deve, infatti, essere apprezzata e ribadita ove si abbia esclusivo riguardo al diritto comune del contratto; ma, nel diritto dei consumatori, quale plesso normativo di settore che ambisce a regolare in via generale il rapporto di consumo, non può predicarsi l'eccezionalità di una norma o un istituto normativo di settore raffrontando questi ultimi con norme ed istituti del diritto comune: sarebbe fallace il termine (la norma del diritto comune) su cui fondare il giudizio di eccezionalità.

Sul problema dei rapporti tra diritto dei consumatori e diritto comune, C. CASTRONOVO, *Diritto privato generale e diritti secondi. La ripresa di un tema*, in *Europa e dir. priv.*, 2006, p. 397 ss. (si v. dello stesso A., *Diritto privato generale e diritti secondi. Responsabilità civile e impresa bancaria*, in *Jus*, 1981, p. 158 ss.); N. LIPARI, *Parte generale del contratto e norme di settore nel quadro del procedimento interpretativo* (anche in *Riv. trim. dir. proc. civ.*, 2008, 4 ss.); G. VETTORI, *Il diritto dei contratti fra Costituzione, codice civile e codici di settore*, in *Riv. trim. dir. proc. civ.*, 2008, 751 ss.; A. ZOPPINI, *Sul rapporto di specialità tra norme appartenenti ai “codici di settore” (lo ius variandi nei codici del consumo e delle comunicazioni elettroniche)*, in *Riv. dir. civ.*, 2016, 136 ss.

Con specifico riferimento ai rapporti tra contratti del consumatore e al contratto in generale, V. ROPPO, *Contratto di diritto comune, contratto del consumatore, contratto con asimmetria di potere contrattuale: genesi e sviluppi di un nuovo paradigma*, in *Riv. dir. priv.*, 2001, 769 ss.; ID., *Prospettive del diritto contrattuale europeo. Dal contratto del consumatore al contratto asimmetrico?*, in *Corr. giur.*, 2009, 267 ss.; P. SIRENA, *La dialettica parte generale – parte speciale nei contratti stipulati con i consumatori*, in E. Navaretta (a cura di), *Il diritto europeo dei contratti fra parte generale e norme di settore*, cit., 493 ss.; G. ALPA, *I contratti dei consumatori e la disciplina generale dei contratti e del rapporto obbligatorio*, in *Riv. dir. civ.*, 2006, spec. p. 354, il quale rileva che le disposizioni consumeristiche debbano sempre interpretarsi restrittivamente e non siano suscettibili di un'applicazione analogica interna al loro perimetro sottosistemico.



stato il frutto di una scelta libera e consapevole a causa dell'omessa informazione sul diritto di pentirsi, ricorrendo, allora, il medesimo *oggetto* di tutela riscontrabile nelle pratiche commerciali scorrette, le quali sono giustappunto vietate allo scopo di proteggere il consumatore da scelte negoziali che non avrebbe assunto, in particolare perché frutto di un inganno che ne ha alterato la consapevolezza (pratiche ingannevoli) o di una coercizione che ne ha limitato la libertà (pratiche aggressive).

L'identità dell'oggetto della tutela consente, dunque, di giudicare *effettivo* il rimedio rappresentato dal recesso impugnatorio *ex art. 53, comma 1, cod. cons.*, avverso una pratica commerciale scorretta che abbia viziato in maniera determinante il consenso del consumatore, inducendolo a stipulare un contratto che non avrebbe concluso. Ciò in quanto il rimedio caducatorio è, senza dubbio, quello maggiormente effettivo avverso un contratto non voluto.

Il recesso impugnatorio appare altresì *proporzionato*, nella misura in cui appresta un'efficace reazione avverso i soli comportamenti del professionista di gravità tale da viziare in maniera determinante il consenso del consumatore, senza però assumere carattere afflittivo per il professionista, che – a fronte del recesso *ex art. 53 cod. cons.* – conserva il diritto alla ripetizione della prestazione eseguita là dove quest'ultima fosse ripetibile (cioè nei limiti fissati dall'*art. 57, comma 2, secondo periodo, cod. cons.*). La prestazione eseguita dal professionista resterà, invece, irripetibile ove il bene sia perito oppure nel caso in cui il contratto abbia ad oggetto un servizio o la fornitura dei beni consumabili indicati dagli *artt. 50, comma 3, e 51, comma 8, cod. cons.* (cfr. *art. 57, comma 4, lett. a, cod. cons.*).

La proporzionalità del rimedio caducatorio appena individuato si apprezza altresì nel confronto con il rimedio risarcitorio, che si rivelerebbe contraddittorio ed afflittivo per il professionista: contraddittorio perché il consumatore si troverebbe a chiedere a titolo di danno quanto forma oggetto di un'obbligazione pecuniaria che – non venendone rimossa la fonte – resterebbe validamente assunta; afflittivo per il professionista, in quanto quest'ultimo, a fronte dell'adempimento delle proprie obbligazioni contrattuali, sarebbe tenuto a risarcire un importo quanto meno pari al corrispettivo ricevuto, negando però al professionista la ripetizione della prestazione eseguita là dove quest'ultima fosse ripetibile (seppure nei limiti fissati dall'*art. 57, comma 2, secondo periodo, cod. cons.*).

Il recesso impugnatorio *ex art. 53, comma 1, cod. cons.* pare, infine, il rimedio appropriato per trattare altresì le ipotesi in cui la pratica scorretta del professionista, senza viziare il consenso del consumatore in occasione della conclusione del contratto di consumo, abbia successivamente ostacolato l'esercizio del recesso penitenziale riconosciuto al consumatore (per la diversa soluzione affermata con riferimento al recesso determinativo da un rapporto di durata, cfr. *supra*, § 7).

10. – Il rimedio risarcitorio sembra, all'inverso, quello maggiormente appropriato in caso di pratica commerciale scorretta che abbia un'efficienza meramente incidente sul consenso del consumatore, il quale avrebbe comunque concluso il contratto di consumo, ma a condizioni diverse.

La distinzione tra carattere determinante ed incidente della pratica commerciale sul consenso del consumatore riposerà prevalentemente sulla seguente distinzione: è determinante quando induce la vittima a procurarsi un bene o un servizio di cui non ha bisogno; è incidente se induce la vittima a promettere, in vista della controprestazione, più di quanto gli convenisse. Dunque, la prima incide sull'oggetto della stipulazione, la seconda sulla misura della prestazione promessa¹³⁰. Tuttavia, ben potrebbero darsi altre ipotesi in cui il carat-

¹³⁰ Lo notava, del resto, già con riferimento ai tradizionali vizi del consenso, R. SACCO, *Il contratto*, cit., 560 e 616, ad avviso del



tere incidente del vizio non si apprezzi soltanto con riguardo alla misura del corrispettivo, ma alle ulteriori condizioni contrattuali reclamizzate dal professionista e non confluite nel regolamento contrattuale.

Ad ogni modo, quale che sia la natura del vizio incidente, la valutazione di effettività e proporzionalità del rimedio induce certamente ad escludere il rimedio caducatorio, il quale priverebbe il consumatore dell'accesso al bene o al servizio che si era procurato con il contratto in corrispondenza del suo effettivo bisogno.

Sotto la lente dell'effettività, la tutela di cui abbisogna il consumatore è, allora, quella che gli consenta di "riappropriarsi" del sovrapprezzo pagato al professionista o delle condizioni contrattuali cui egli aveva interesse, ma non confluite nel regolamento contrattuale. E tale risultato può raggiungersi, per un verso, attraverso la manutenzione del contratto, per altro verso, attraverso il riconoscimento del sovrapprezzo a titolo risarcitorio¹³¹. Pertanto, con riferimento ad un vizio incidente, il rimedio risarcitorio concorre astrattamente con il rimedio manutentivo, che può variamente essere rappresentato dalla correzione giudiziale dell'assetto di interessi (però, di incerta base normativa) o, secondo quanto prospettato in dottrina¹³², dalla conformazione cogente del contenuto contrattuale in maniera corrispondente alle informazioni pubblicizzate o alle dichiarazioni precontrattuali (imponendo al professionista l'esecuzione del contratto con le modalità falsamente promesse dal professionista).

Se la correzione giudiziale del contratto è tema risalente, affiorato con la raffinata attribuzione di valore conformativo alla clausola generale di buona fede (art. 1375 c.c.)¹³³, ma privo di solida base normativa (salve alcune ipotesi testuali: ad es., art. 1384 c.c.; art. 57, comma 3, ult. parte, cod. cons.), appare maggiormente interessante analizzare la possibile portata conformativa delle dichiarazioni precontrattuali del professionista.

Sebbene non possa attribuirsi a quest'ultima ipotesi portata generale ed esclusiva¹³⁴, la conformazione del contratto stipulato sotto l'influenza di una pratica scorretta alle clausole prospettate e divulgate durante la fase precontrattuale in luogo di quelle più sfavorevoli inserite nell'autoregolamento è normativamente sancita dall'art. 49, comma 5, cod. cons. per i contratti conclusi a distanza o negoziati fuori dai locali commerciali, nonché dall'art. 72, comma 4, cod. cons. per i contratti di multiproprietà e dall'art. 35, comma 1, cod. tur. per i contratti di pacchetto turistico.

All'infuori dei casi in cui è espressamente prevista, sorge allora l'interrogativo se sia possibile predicare la conformazione cogente del contenuto contrattuale con le dichiarazioni precontrattuali del professionista allorché queste ultime siano oggetto di specifici obblighi informativi precontrattuali del professionista (si pensi, ad es., agli artt. 185 ss. cod. ass. priv, con riferimento contratto di assicurazione)¹³⁵. La conformazione cogente

quale questa è la ragione per cui il dolo determinante conduce all'annullamento e il dolo incidentale conduce ad un risarcimento che ha tutti i caratteri della rettifica.

¹³¹ Come del resto avviene da tempo con riferimento al dolo incidente (art. 1440 c.c.), ove si ritiene risarcibile il cd. interesse positivo differenziale. In giurisprudenza, di recente, cfr. Cass. civ., sez. III, 29 febbraio 2024, n. 5380.

¹³² F. RENDE, *Nuove tecniche di condizionamento delle scelte di consumo e rimedi conformativi al regolamento contrattuale*, in *Contratti*, 2012, 745 s., accoglie l'ipotesi di una conformazione del contratto stipulato sotto l'influenza di una pratica scorretta alle clausole prospettate e divulgate in luogo di quelle più sfavorevoli, e ciò sulla base di un più generale «principio di vincolatività dell'informazione prenegoziale» già adottato dall'art. 69, all. I, della *Proposal for a Regulation on a Common European Sales Law*.

¹³³ Sul punto la letteratura giuridica è ormai sterminata e sarebbe vano qualsiasi tentativo di darne esaurientemente conto in questo breve spazio. Si limita il richiamo a quella che pare l'opera fondamentale sul tema, avendo posto le basi del suo successivo sviluppo: S. RODOTÀ, *Le fonti di integrazione del contratto*, Milano, 1969 (rist. integr., 2004), *passim* e spec. 175 ss.

¹³⁴ E di ciò si mostra consapevole lo stesso F. RENDE, *Nuove tecniche di condizionamento delle scelte di consumo e rimedi conformativi al regolamento contrattuale*, cit. 744.

¹³⁵ Cfr. E. DEL PRATO, *Assicurazione della responsabilità professionale e tutela del professionista contro clausole vessatorie e pratiche commerciali scorrette*, in *Annali SISDiC*, 2017, 1, 34, il quale reputa che la non corrispondenza del contenuto contrattuale alla



può essere utile con riguardo a quei contratti in relazione ai quali il consumatore non ha interesse a “riappropriarsi” del sovrapprezzo pagato, ma delle specifiche condizioni contrattuali reclamizzate che incidono sull’esercizio dei diritti contrattuali del consumatore e che costituiscono l’oggetto di precisi doveri informativi precontrattuali a carico del professionista¹³⁶. In tal caso, la conformazione cogente del contratto alle dichiarazioni precontrattuali del professionista, ove sussista uno specifico obbligo informativo, sembra costituire il rimedio maggiormente effettivo, perché il consumatore beneficia delle condizioni contrattuali reclamizzate che hanno contribuito alla formazione del suo consenso, nonché proporzionato, in quanto il professionista sopporta le conseguenze delle sue dichiarazioni e millanterie (*cuius commoda eius et incommoda*).

All’inverso, ove il consumatore abbia interesse a “riappropriarsi” del sovrapprezzo pagato, in difetto di tutele normative specifiche (cfr. l’art. 125-*bis*, comma 6, T.U.B., il quale sancisce la nullità parziale della clausola del contratto di credito al consumo che prevede costi aggiuntivi non pubblicizzati a carico del consumatore), il rimedio risarcitorio pare l’unico effettivo e proporzionato.

Il rimedio risarcitorio, infatti, è, per un verso, conservativo del contratto, potendo produrre, in concreto, lo stesso risultato di una conformazione cogente degli effetti del contratto¹³⁷, realizzando così l’interesse leso del consumatore senza privarlo del bene o del servizio desiderato; per altro verso, è proporzionato nella misura in cui consente al professionista di ricevere la giusta remunerazione per il bene venduto o per il servizio reso, depurata dal sovrapprezzo frutto della pratica commerciale scorretta.

In sostanza, per il vizio incidente derivante da una pratica commerciale scorretta si tratta di mutuare il regime di responsabilità tradizionalmente affermato con riferimento al dolo incidente (art. 1440 c.c.)¹³⁸, la cui risarcibilità è ammessa nei limiti dell’interesse positivo differenziale, che è dato, giustappunto, dal sovrapprezzo pagato dal consumatore rispetto al prezzo di mercato del bene o del servizio.

nota informativa (art. 185 cod. ass. priv.) fornita all’assicurato deve essere presidiata da una tutela in forma specifica: il contratto non è solo quello che risulta dal documento sottoscritto, ma, in virtù degli obblighi legali per l’assicuratore, comprende, in caso di difformità, le prestazioni pubblicizzate e quelle prospettate all’aderente. Questa è una espressione pregnante dell’esigenza di conferire al contratto la portata favorevole all’aderente: in questo senso il contratto viene a comprendere l’integrale dinamica della contrattazione.

¹³⁶ Singolare è la previsione dell’art. 117, comma 6, T.U.B. che sancisce la nullità delle clausole che prevedono tassi, prezzi e condizioni più sfavorevoli rispetto a quelli pubblicizzati, senza sancire espressamente l’eterointegrazione cogente delle condizioni pubblicizzate.

¹³⁷ Cfr., già R. SACCO, *op. loc. ult. cit.*; nonché E. DEL PRATO, *op. loc. ult. cit.*, 34.

¹³⁸ Si diffonde sulla natura precontrattuale e sulla disciplina della responsabilità del professionista M. LAMICELA, *Pratiche commerciali scorrette e rimedi. Nuove strategie di private enforcement tra restituzioni e risarcimento*, Torino, 2024, 267 ss., la quale ritiene di non seguire l’approccio dicotomico alla natura della responsabilità precontrattuale e di ricercare le soluzioni disciplinari del regime applicabile (prescrizione, danni risarcibili, onere della prova, etc.) ricorrendo allo strumento interpretativo dell’analogia (*op. cit.*, 280).



CASS., ORD. 15 MARZO 2024, N. 6983

L'onere della prova del correntista che agisce per la ripetizione di somme indebitamente corrisposte all'istituto di credito può essere assolto anche attraverso la integrazione di una consulenza tecnico contabile che sulla base della elaborazione dei dati estraibili dalla documentazione presente in atti, in mancanza di diversi indici normativi, sia in grado di rideterminare il saldo del conto per il quale si agisce in giudizio.

CASS., SENT. 30 LUGLIO 2024, N. 21344

In tema di contratti bancari, l'art. 120, comma 2, t.u.b., come sostituito dall'art. 1, comma 628, L. n. 147 del 2013, fa divieto di applicazione dell'anatocismo a far data dal 1 dicembre 2014 e tale prescrizione è da ritenersi operante indipendentemente dall'adozione, da parte del CICR, della delibera, prevista da tale norma, circa le modalità e i criteri per la produzione di interessi nelle operazioni poste in essere nell'esercizio dell'attività bancaria”.

SILVIA DE MARCO

Ricercatrice di Diritto privato – Università Telematica Giustino Fortunato

LE VICENDE DELL'ANATOCISMO BANCARIO FRA DIRITTO E PROCESSO

SOMMARIO: 1. L'anatocismo bancario fra diritto e processo: Cassazione 30 luglio 2024, n. 21344 e Cass., Ord., 15 marzo 2024, n. 6983. – 2. La svolta innovativa della giurisprudenza nel marzo 1999 e la normativa speciale del c.d. anatocismo bancario. La questione problematica della disciplina dei rapporti pregressi. – 3. La nullità delle clausole di capitalizzazione trimestrale nei rapporti pregressi come nullità virtuale di protezione. – 4. La nullità testuale di protezione e l'art. 120, comma 2, T.U.B., come modificato dalla legge di stabilità del 2014 e dalla normativa ad essa successiva. Brevi riflessioni sulla sentenza considerata. – 5. La ripetizione di “pagamenti” indebiti a titolo di interessi anatocistici. – 6. Onere della prova del correntista in ripetizione. Considerazioni conclusive in margine alla Ordinanza esaminata.

1. – Lo studio complessivo dell'anatocismo bancario induce a prendere in considerazione, fra le altre, due recentissime decisioni della Corte Suprema. Esse si caratterizzano, fra l'altro, per due differenti prospettive. Nell'una prevalgono temi processuali, laddove la problematica sostanziale in tema di anatocismo costituisce lo sfondo. Questa, invece, è materia esaminata *funditus* dalla più recente decisione, n. 21344, del 30 luglio



scorso. Nel quadro evolutivo di una giurisprudenza che si è andata man mano consolidando e affinando sugli oneri di allegazione e di prova dell'istituto bancario e del correntista nel contenzioso bancario, l'Ordinanza n. 6983 del 2024, con specifico riferimento al contenuto dell'onere della prova del correntista che agisce per la ripetizione di somme a vario titolo indebitamente corrisposte alla banca, aderisce all'orientamento interpretativo per cui la prova del pagamento suscettibile di ripetizione può essere offerta non solo dagli estratti conto che il correntista in ripetizione ha l'onere di esibire, ma può altresì desumersi *aliunde*, vale a dire attraverso le risultanze di altri mezzi di prova in grado di fornire indicazioni certe e complete, ed anche ricorrendo all'ausilio di una consulenza d'ufficio. Essa, in effetti, si colloca, altresì, nel solco di una giurisprudenza ormai consolidata sulla illegittimità della capitalizzazione trimestrale degli interessi passivi in conto corrente, c.d. anatocismo bancario¹ nei rapporti instaurati prima della entrata in vigore della disciplina dettata dal d.lgs. n. 342 del 1999² e dalla delibera attuativa del Cicer del 9 febbraio del 2000³, e inoltre nel tracciato di una giurisprudenza altrettanto consolidata sulla illegittima applicazione delle commissioni di massimo scoperto perché non pattuite, per mancanza di causa o indeterminazione dell'oggetto, in un periodo antecedente alla adozione di alcuni interventi normativi che ne hanno progressivamente circoscritto l'ambito di liceità, fissandone condizioni e limiti e modificandone correlativamente la denominazione⁴. L'Ordinanza in que-

¹ Sull'assimilazione dei concetti di *anatocismo* e *capitalizzazione*, v. C. COLOMBO, *L'anatocismo*, Milano, 200, in part. 2 ss., il quale sottolinea che la predetta assimilazione, sostenuta da gran parte della dottrina ed entrata universalmente a far parte del linguaggio dei pratici, è stata fatta oggetto di persuasive critiche, evidenziandosi che, in realtà, l'anatocismo di cui all'art. 1283 c.c. riguarda la produzione di interessi sugli interessi, mentre la capitalizzazione delinea il fenomeno della trasformazione degli interessi in sorte capitale, così da risultarne modificata la loro intima essenza economica e giuridica; tuttavia, laddove la capitalizzazione determini, altresì, un effetto anatocistico, ad essa si applicano gli stessi limiti che l'ordinamento pone all'anatocismo. Sull'uso del termine *anatocismo bancario* v.: P. FERRO-LUZZI, *Una nuova fattispecie giurisprudenziale: "l'anatocismo bancario", postulati e conseguenze*, in *Giur. comm.*, 2001, 5 ss., il quale evidenzia, con alcune considerazioni critiche, che questa espressione trova la sua origine nel lessico giurisprudenziale; G. PORCELLI, v. *Interessi anatocistici*, in *Digesto disc. priv., sez. civ.*, XIX, tomo II, Torino, 2007, 727, in part. 732. In ogni caso, si vuole, qui, sottolineare che con la differente terminologia ci si vuole riferire al medesimo fenomeno reale.

² Che ne ha prefigurato una disciplina speciale, aggiungendo all'art. 120 TUB "Decorrenza delle valute e modalità di calcolo degli interessi", un comma 2 che così disponeva: "Il Cicer stabilisce modalità e criteri per la produzione di interessi sugli interessi maturati nelle operazioni poste in essere nell'esercizio dell'attività bancaria, prevedendo in ogni caso che nelle operazioni in conto corrente sia assicurata nei confronti della clientela la stessa periodicità nel conteggio degli interessi sia debitori sia creditori". Sulla possibilità di individuare in questa disposizione il fondamento normativo di una particolare ipotesi di anatocismo, il c.d. anatocismo bancario, v. G. CAPALDO, *I contratti e le operazioni bancarie nel sistema bancario e finanziario*, in *L'anatocismo nei contratti e nelle operazioni bancarie*, a cura della stessa Autrice, Padova, 2010, 1 ss. F. MAIMERI, *sub art. 1283 c.c.*, *Commentario Codice Civile* diretto da E. Gabrielli, Delle obbligazioni, III, a cura di V. Cuffaro, Torino, 2013, 39 ss.; A. NIGRO, *L'anatocismo nei rapporti bancari: una storia infinita?*, in *Dir. banc. merc. fin.*, 2001, 273; M. PORZIO, *Commento Articolo 120 Decorrenza delle valute e modalità di calcolo degli interessi*, in *Testo Unico Bancario, Commentario* a cura di M. PORZIO F. Belli, G. LOSAPPIO M. RISPOLI FARINA V. SANTORO, Milano, 2010, 1009; C. SALVETTI, *I contratti bancari in generale*, in *Trattato di diritto commerciale* diretto da G. Cottino, vol. VI, *La banca, l'impresa e i contratti*, Padova, 2001, 404. La norma del co. 2 dell'art. 120 TUB è stata più volte modificata, approdando al testo attualmente vigente che è stato introdotto dall'art. 17- bis del d.l. 14 febbraio 2016, n. 18, inserito in sede di conversione dalla l. 8 aprile 2016, n. 49, per cui v. nota 28. In generale, sul tema ampio degli interessi nelle obbligazioni pecuniarie, la letteratura è vastissima, per cui *ex multis*, v. C.M. BIANCA, *Diritto civile, 4, Obbligazione*, 1990, p. 174 ss.; B. INZITARI, *Interessi. Legali, corrispettivi, moratori, usurari, anatocistici*, Torino, 2017, *passim*; E. QUADRI, *Le obbligazioni pecuniarie, Trattato dir. priv. diretto da P. Rescigno*, IX, Torino, 1984, p. 433 ss.; M. TRIMARCHI, *Svalutazione monetaria e ritardo nell'adempimento delle obbligazioni pecuniarie*, Milano, 1983, *passim*.

³ Tali rapporti possono essere identificati come "rapporti progressi", per riferirsi, come si evince dal testo, a quelli sorti anteriormente al primo intervento del legislatore speciale regolativo della materia.

⁴ Le commissioni di massimo scoperto sono state per la prima volta specificamente disciplinate dall'art. 2 bis "Ulteriori disposizioni concernenti contratti bancari", del d.l. 29 novembre 2008, n. 185, introdotto in sede di conversione dalla l. 28 gennaio 2009, n. 2, il cui testo, al comma 1 è stato successivamente integrato dalla previsione dell'art. 2, co.2, d.l. 1 luglio 2009, conv. in l. 102/2009. Il richiamato art. 2 bis, per il periodo della sua vigenza, ha reso legittime, pur nel rispetto di determinate condizioni, sia la commissione di massimo scoperto sia la commissione sull'accordato, distinguendole a livello legislativo (F. MAIMERI, *La commissione di*



stione particolarmente rileva, peraltro, non solo per i principi di diritto in essa enunciati in merito all'assolvimento dell'onere probatorio del correntista, attore in ripetizione, confermando l'indirizzo che rappresenta la fase più evoluta dell'orientamento interpretativo sul tema, ma anche per le questioni di carattere sostanziale che necessariamente investe. Queste ultime, infatti, a fronte di posizioni ormai consolidate, continuano ad essere al centro di un importante e vivace dibattito, probabilmente, non a caso, incentrato in prevalenza su profili di carattere processuale. Così, per quanta riguarda la gestione dei c.d. rapporti pregressi – nel senso noto per la materia, ma che meglio si chiarirà a breve –, la partita tra banca e cliente ha continuato a giocarsi proprio su questo piano, dove si rileva l'avvicinarsi di indirizzi giurisprudenziali riguardanti, in particolare, l'onere delle allegazioni, l'onere della prova, la consulenza tecnico contabile. Si tratta di uno scenario interpretativo complesso, segnato da pronunce della giurisprudenza di merito non sempre conformi a quelle della giurisprudenza di legittimità, da indirizzi divergenti di quest'ultima, e da alcuni interventi del Supremo Collegio, nella sua espressione nomofilattica, ove emerge la sensazione che si è inteso trasferire sul terreno processuale, anche attraverso la ricognizione di istituti classici del sistema processualcivile, la questione sostanziale della salvaguardia dell'equilibrio normativo ed economico del rapporto tra banca e cliente, con soluzioni che talvolta, anche allargando le maglie del diritto scritto, appaiono chiaramente tese nella direzione esclusiva della protezione del correntista, quale parte debole del rapporto contrattuale, e in altri casi risultano effettivamente dettate da una “neutrale” applicazione delle regole del processo, sebbene nell'ambito di una condivisibile e costante evoluzione interpretativa delle stesse, realizzando di fatto un equilibrato compromesso di tutti gli interessi in gioco. L'Ordinanza considerata si colloca tra queste ultime. Tuttavia, se è vero che una data applicazione delle disposizioni di rito diventa strumento per la realizzazione dell'obiettivo, così tenacemente perseguito dalla giurisprudenza, sin dalla *primavera del '99*, quello, cioè, della tutela “a tutti i costi” del cliente bancario, ovvero di quello, presumibilmente più recente nell'applicazione giurisprudenziale della materia, di garanzia della funzionalità del mercato, si comprende come gli orientamenti interpretativi che si sono nel tempo formati su questioni di carattere processuale non costituiscono in via esclusiva la cornice in cui si stagliano quelle di natura sostanziale, ma acquistano un rilievo vieppiù pregnante, almeno, ma non solo, per quanto riguarda la gestione del c.d. pregresso, a cui la Ordinanza in questione fa riferimento. Essi, in definitiva, possono risultare espressivi di tendenze che si pongono in

massimo scoperto fra prassi e legge, Bari, 2010, 112; in senso critico v. R. MARCELLI, *Il mercato del credito e della finanza: più ombre che luci*, in www.ilcaso.it, 23 settembre 2009, 9-10). Precedentemente non esisteva una apposita regolamentazione normativa, sicché sulla base di una sorta di “inquinamento” tra funzione della commissione e sua applicazione (F. MAIMERI, *La commissione di massimo scoperto*, cit., 35 ss. V. anche Cass. 18 gennaio 2006, n. 860, che offre una definizione di c.m.s. come remunerazione accordata alla banca per la messa a disposizione di fondi a favore del correntista indipendentemente dall'effettivo prelevamento della somma), una parte della giurisprudenza di merito ne affermava la nullità per mancanza di causa (*ex multis* Trib. Milano, 4 luglio 2002, *One Legale*). Secondo un altro orientamento giurisprudenziale, invece, le c.m.s. dovevano considerarsi legittime purché oggetto di specifica pattuizione e di preventiva definizione dei criteri di determinazione e delle modalità di calcolo, diversamente dovendosi concludere per la nullità delle correlative clausole in ragione della indeterminatezza dell'oggetto: Trib. Lecce, 5 dicembre 2007, in Corti pugliesi, 2009, 205; nella giurisprudenza di legittimità, v. Cass. Ord., 29 febbraio 2024, n. 5359 in *One Legale*. Per la illegittimità della c.m.s. in assenza di una specifica pattuizione, pure se applicata anteriormente alla l. 154/1992, v. Trib. Lecce 6 marzo 2006, n. 422 in *One Legale*. In ogni caso, il citato art. 2 *bis*, l. n. 2/2009, è stato, poi, abrogato dall'art. 27, co.4, d.l. 24 gennaio 2012, n. 1, conv. con mod. in l. 24 marzo 2012, n. 27, e la materia degli oneri relativi alla “remunerazione degli affidamenti e degli sconfinamenti”, è ora disciplinata dall'art. 117 *bis* TUB e dal suo decreto ministeriale di attuazione n. 644, del 30 giugno 2012, ove si fa riferimento in via esclusiva ad una commissione omnicomprensiva e ad una commissione di istruttoria veloce, applicabili in via alternativa nell'ambito, e in base alle condizioni e ai limiti descritti dalla predetta normativa. Per la rilevanza delle c.m.s. ai fini della verifica del superamento del tasso soglia relativamente ai rapporti sorti prima dell'entrata in vigore dell'art. 2 *bis* d.l. 185/2008, v. Cass., sez. un., 20 giugno 2018, n. 16303, in *Giur. civ. comm.* 2019, 64 ss., con nota di N. RIZZO, *Le Sezioni Unite consacrano la simmetria come principio della legge anti-usura, ma si perdono all'ultimo miglio*.



linea di continuità ovvero di rottura rispetto a quella emergente alla fine del secolo scorso che, si ritiene, abbia indirettamente influenzato anche la peculiare evoluzione normativa che ha interessato la materia. A taluni profili sostanziali di quest'ultima sono, in vero, dedicate le ampie considerazioni contenute nella menzionata sentenza n. 21344 del 30 luglio 2024⁵. Questa, in particolare, interviene sulla *vexata quaestio* della introduzione e operatività del divieto di anatocismo ad opera dell'art. 120, co. 2, TUB, così come modificato dall'art. 1, comma 629, legge di stabilità del 2014; una pronuncia, pertanto, che, recependo l'indirizzo reputato prevalente, sembra voler dare una soluzione definitiva ai dubbi interpretativi sollevati dalla menzionata disposizione. Essa, infatti, fa riferimento ad un regime normativo diverso da quello sotto il quale cadono i rapporti bancari considerati nella Ordinanza precedentemente riferita, ferma restando l'operatività delle medesime regole di carattere sostanziale per quanto riguarda il rimedio della ripetizione dell'indebitato di somme illegittimamente corrisposte a titolo di interessi anatocistici e di quelle di carattere processuale. Anche tenendo conto delle conclusioni cui pervengono i giudici di merito, poi cassate dalla Corte Suprema, tale precedente risulta esemplare della intera vicenda giurisprudenziale dell'anatocismo bancario, perché, come questa, e al pari della vicenda normativa, risulta oscillare tra ragioni di tutela del cliente bancario ed esigenze di salvaguardia della funzionalità del mercato, e più in generale, tra principio di buona fede e principio di ragionevolezza⁶. In generale, sin da subito è possibile affermare come sia senz'altro da condividere lo sforzo compiuto dalla nostra giurisprudenza di offrire tutela al contraente debole, tenuto conto che i rapporti tra banca e cliente, sono senz'altro e sostanzialmente rapporti asimmetrici. Si rileva, piuttosto, criticamente, che la giurisprudenza in questo caso vi abbia provveduto percorrendo una strada che non le ha consentito sempre di prendere in considerazione gli interessi del contraente forte, sebbene in una prospettiva necessaria di riequilibrio delle posizioni delle parti, tenendo, peraltro, conto che, come è stato affermato⁷, non è possibile sovrapporre la figura del cliente bancario a quella del consumatore anche in considerazione della specifica natura dell'attività bancaria e dei conseguenziali e distintivi profili disciplinari di tutela del contraente debole.

2. – Dal punto di vista sostanziale, il quadro normativo in cui si svolge la vicenda che ha dato luogo all'Ordinanza considerata è, innanzitutto, rappresentato dalla norma dell'art. 1283 c.c.; alla sua disciplina e, in specie, al suo *incipit* "salvo usi contrari", la giurisprudenza ha fatto riferimento per ammettere, prima, e per negare, poi, la legittimità della capitalizzazione trimestrale degli interessi passivi in conto corrente⁸. In

⁵ Cass. 30 luglio 2024, n. 21344, in *DeJure*.

⁶ Sulla ragionevolezza in tema di interpretazione del contratto, cfr. R. CAPRIOLI, *Il paradigma della "persona ragionevole" nella interpretazione del regolamento contrattuale*, in *Rass dir. civ.*, 2020, p. 456 ss., in part. p. 478 ss. ove l'Autore afferma che la ragionevolezza costituisce "un concetto da definire, così come da definire sono le modalità del suo impiego"; da qui la propensione, conformemente al formante dottrinale e normativo europeo, per l'impiego del sintagma "persona ragionevole" (ID., *op. cit.*, p. 489). Nel senso della impossibilità di ricondurre la ragionevolezza entro rigidi paradigmi definitivi, v., anche, N. LIPARI, *Diritto civile e ragione*, Milano, 2019, p. 60 ss. Sul tema generale della ragionevolezza nel diritto civile, v., S. PATTI, *La ragionevolezza nel diritto civile*, Napoli, 2012, e G. PERLINGIERI, *Profili applicativi della ragionevolezza nel diritto civile*, Napoli, 2015. Sulla buona fede e la ragionevolezza, cfr. anche F. PIRAINO, *Buona fede, ragionevolezza e "efficacia immediata" dei principi*, Napoli, 2017. Sulla ragionevolezza della legge, v. L. PALADIN, *Ragionevolezza (principio di)*, in *Enc. dir., Agg.*, vol. 1, 1997, p. 899 ss.

⁷ G. LEMME, *Attualità della nozione di "cliente della banca"*, in *Rivista dir. bancario*, 2021-2022, 267 ss. Allo scritto si rinvia, pure, per i numerosi e importanti richiami alla letteratura sul tema del "cliente bancario".

⁸ Benché occorre dar conto, sia pur con meri richiami, di indirizzi giurisprudenziali e di importanti orientamenti dottrinali che, anche attraverso differenti percorsi argomentativi e differenziate soluzioni, hanno indicato un diverso quadro normativo di riferimento. Si tratta di posizioni, certamente non riducibili ad una mera sorta di contrapposizione all'orientamento della giurisprudenza prevalente, in quanto piuttosto fondate su attente riflessioni relative alla configurazione, alla funzione e allo schema di funzionamento del



particolare, la giurisprudenza anteriore alla svolta innovativa realizzatasi alla fine del secolo scorso, era pervenuta ad una operazione interpretativa dell'art. 1283 del codice civile, in base a cui si era ritenuto pacificamente di considerare ammissibili le clausole di capitalizzazione trimestrale degli interessi a favore delle banche, perché considerate conformi ad un *uso normativo*, ritenuto anteriore all'emanazione del codice civile del '42⁹; e ciò anche quando i contenuti dei testi contrattuali evidenziavano, già a prima vista, una significativa sperequazione fra le posizioni dei contraenti, non sempre giustificate da esigenze di tutela del mercato e di salvaguardia del credito. Il medesimo testo normativo, però, consentiva alla giurisprudenza del *nuovo corso* di pervenire a soluzioni opposte a quelle fissate nelle decisioni anteriori. Si vuole chiaramente fare riferimento al ben noto (nella materia) *revirement* della Cassazione della *primavera del '99*, con cui la Suprema Corte, mutando, secondo la tecnica dell'*overruling*, il proprio consolidato indirizzo, dichiarava nulle le clausole di capitalizzazione trimestrale degli interessi passivi (per il cliente) inserite nei contratti bancari, negando l'esistenza di un uso normativo che le legittimasse, *rectius* negando che un uso di tale specie fosse mai esistito. Se ne affermava in tal modo la derivazione dalle Norme bancarie uniformi diramate dall'ABI nel 1952, in quanto comprese, sotto veste di condizioni generali di contratto, nei moduli predisposti dagli istituti di credito, in conformità con le direttive delle associazioni di categoria, insuscettibili di negoziazione individuale, la cui sottoscrizione costituiva il presupposto indefettibile per accedere ai servizi bancari. "Atteggiamento ben lontano da quella spontanea adesione ad un precetto giuridico in cui, sostanzialmente, consiste l'*opinio iuris ac necessitatis*, se non altro per la evidente disparità di trattamento che la clausola stessa introduce tra interessi dovuti dalla banca e interessi dovuti dal cliente"¹⁰. L'*iter* logico-argomentativo seguito dalla giurispru-

conto corrente bancario e del suo rapporto con le operazioni in conto, oltre che sulla specificità di tecniche contabili e funzionali spesso del tutto estranee agli schemi degli istituti tradizionali del diritto delle obbligazioni e dei contratti. In giurisprudenza, v. Trib. Roma, 14 aprile 1999, in *Contratti*, 1999, 653 ss., con nota di R. ZORZOLI, *Capitalizzazione trimestrale e periodica chiusura del conto*; Trib. Roma 26 maggio 1999, in *Fallimento*, 1999, 1230 ss., con nota di L. PANZANI, *Anatocismo tra giurisprudenza e nuova legislazione*; Trib. Bari 28 febbraio 2002, con nota di A. SPANGARO, *Anatocismo bancario: i giudici di merito contrastano la Cassazione*, in *Nuova giur. civ. comm.*, 2001, 621. In dottrina, per una prospettiva diversa che si colloca fuori della sfera di operatività dell'art. 1283 c.c., v. : G. CABRAS, *Conto corrente bancario tra diritto e pregiudizio*, in *Vita notarile*, 1999, 509; C. COLOMBO, *Interessi anatocistici ed operazioni bancarie regolate in conto corrente: cosa va e cosa non va in archivio dopo l'intervento delle Sezioni Unite*, in *Riv. dir. comm.*, 2005, 163 ss.; P. FERRO-LUZZI, *Lezioni di diritto bancario*, cit., 151 ss.; ID., *Dell'anatocismo, del conto corrente bancario e di tante cose poco commendevoli*, in *Riv. dir. privato*, 2000, 201 ss.; F. MAIMERI, *Le principali questioni dibattute nei contenziosi in materia di anatocismo bancario*, in *Banche e banchieri*, 2014, 376 ss.; U. MORERA, *Sulla non configurabilità della fattispecie "anatocismo" nel conto corrente bancario*, in *Riv. dir. civ.*, 2005, 1 ss.; G. PORCELLI, *La disciplina degli interessi bancari tra autonomia ed eteronomia*, Napoli, 2003, 162 ss.; M. SEMERARO, *Pagamenti e forme di circolazione della moneta*, Napoli, 2008, 130 ss.; *Ead.*, *Anatocismo bancario, divieto di anatocismo e relativo ambito di operatività*, in *Riv. diritto bancario*, 2017, 175 ss.

⁹ V. *ex multis*, Cass. 12 aprile 1980, n. 2335, in *Giur. it.*, 1980, I, 1., 237 ss., con nota di P. D'AMICO, *Osservazioni in tema di usi e loro estensione soggettiva: materia bancaria, società finanziaria ed anatocismo*; Cass., 15 dicembre 1981, n. 6631, in *Riv. dir. comm.*, 1982, 89 ss., con nota adesiva di A. MARINI, *Anatocismo e usi bancari*; Cass. 30 maggio 1989, n. 2644, in *Giust. civ.*, 1989, I, 2034 ss., con nota critica di M. COSTANZA, *Norme bancarie uniformi e derogabilità degli artt. 1283 e 1284 Codice civile*.

¹⁰ Cass. 16 marzo 1999, n. 2374, in *Contratti*, 1999, 437, con nota di G. De Nova, *Capitalizzazione trimestrale: verso un revirement della Cassazione?*; in *Riv. dir. civ.*, 1999, 179 ss.; 167 ss., con nota di P. FERRO-LUZZI, *Prime considerazioni a margine della sentenza della corte di cassazione del 16 marzo 1999, n. 2374, in tema di anatocismo, usi e conto corrente bancario*, in *Riv. dir. comm.*, 1999, 175 ss. Prima di ricevere il crisma delle Sezioni unite (21095/2004), il nuovo indirizzo giurisprudenziale, introdotto dal precedente appena citato, fu seguito da una serie di pronunce conformi della giurisprudenza di legittimità e di merito, per cui v. Cass. 30 marzo 1999, n. 3096, in *Foro it.*, 1999, I, c. 1153 con nota di A. PALMIERI e R. PARDOLESI; Cass. 11 novembre 1999, n. 12507, in *Foro it.*, 2000, I, c. 453, con nota di A. PALMIERI, *L'anatocismo, le banche e il tramonto degli usi: prospettive overruling del legislatore*, e con nota di A. NIGRO, *L'anatocismo nei rapporti bancari tra passato e futuro*, c. 460. Per la giurisprudenza di merito, cfr. Trib. Milano 4 luglio 2002, in *Banca, borsa tit. cred.*, 2003, 452 ss., con nota di B. INZITARI, *Diversa funzione della chiusura nel conto ordinario e in quello bancario. Anatocismo e commissione di massimo scoperto. Il revirement giurisprudenziale ricevette anche il conforto di vari contributi dottrinali*, per cui, v. V. FARINA, *Recenti orientamenti in tema di anatocismo*, in *Rass. dir. civ.*, 1991, 781 ss.



denza appena richiamata ha ricevuto anche il suggello delle Sezioni Unite¹¹ che nel 2004, chiamate a pronunciarsi su una questione di massima di particolare importanza, lo arricchiscono di alcune considerazioni volte sostanzialmente a contraddire la peculiarità dei motivi del ricorso della banca ricorrente, pure condivisi da un diffuso orientamento della giurisprudenza di merito e dottrinale¹². Così, esse innanzitutto ridimensionano il ruolo della evoluzione normativa prodottasi negli anni '90¹³ che recepiva istanze, ormai conclamate, di tutela della parte debole del rapporto contrattuale, e che nella vicenda *de qua*, avrebbe avuto solo la funzione di determinare la *ribellione del cliente*, accolta e consacrata dal *revirement* giurisprudenziale; ma ciò che più rileva ai fini che qui occupa, è che esse, partendo dalla attribuzione di un significato meramente svalutativo della giurisprudenza anteriore a quella del *nuovo corso* (*solo dieci tralaticie sentenze nell'arco di un ventennio*), escludono che la stessa, nella funzione soltanto ricognitiva e giammai creativa della regola giuridica, potesse essere stata mezzo di fondazione del predicato uso normativo, e ciò sulla base della apodittica affermazione per cui “in presenza di una ricognizione pure reiterata nel tempo, che si dimostri poi però erronea nel presupporre l'esistenza di una regola in realtà insussistente, la ricognizione correttiva [deve] avere una portata *naturaliter* retroattiva, conseguendone altrimenti la consolidazione *medio tempore* di una regola che troverebbe la sua fonte esclusiva nelle sentenze che erroneamente presupponendola, l'avrebbero con ciò stesso creata”¹⁴. Ora, a parte i rilievi critici che potevano essere mossi al nuovo indirizzo in merito alla mancanza di usi mercantili di capitalizzazione degli interessi passivi per il cliente, preesistenti alla disciplina codicistica vigente¹⁵, alla esclusione del carattere normativo degli stessi, anche all'epoca in cui sono sorti e in cui si sono consolidati, in ragione della loro dimensione sperequativa¹⁶, alla mancata considerazione della loro peculiare flessibilità¹⁷, nonché alla negazione della incidenza indiretta della giurisprudenza nella formazione della regola consuetudinaria¹⁸, sicuramente di particolare rilevanza sono quelli che si appuntano sulla

¹¹ Cass., sez. un., 4 novembre 2004, n. 21095, in *Foro it.*, 2004, I, 2394 ss., con nota di A. PALMIERI e R. PARDOLESI, *L'anatocismo bancario e la bilancia dei Balek*, c. 3298; di G. COLANGELO, *Interessi bancari e meccanismi moltiplicativi delle remunerazioni*, c. 3301 ss. e di F. FERRO-LUZZI, *Canone inverso. Le Sezioni unite sull'anatocismo bancario: una sconfitta per i consumatori?*, c. 3304 ss. La sentenza, pluriannotata, è stata pure pubblicata: in *Banca borsa tit. cred.*, 2005, II, 115, con note di G. MINERVINI e P. DALMARTELLO, *Stralcio della Memoria Conclusionale prodotta nell'interesse della Banca ricorrente*, N. SALANITRO, *Le Sezioni unite e l'anatocismo bancario*, 128 ss., A.A. DOLMETTA, *Il divieto di anatocismo per le banche dalla gestione del pregresso ai rapporti attuali. Per un uso laico della certezza del diritto*, 129 ss., e M. MAFFEIS, *Banche, clienti, anatocismo e prescrizione*, 141 ss.; in *Diritto banca merc. fin.*, 2004, 645 ss., con nota di A. NIGRO, *Anatocismo nei rapporti bancari e Sezioni unite: la fine della «storia infinita»?*

¹² Per cui v., ad esempio, Trib. Firenze 8 gennaio 2001, in *Nuova Giur. civ. comm.*, 2001, 617, con nota di A. SPANGARO, *Anatocismo bancario: i giudici di merito contrastano la Cassazione*.

¹³ Risale a quegli anni la l. 17 febbraio 1992, n. 154, sulla trasparenza bancaria (poi trasfusa nel Testo unico bancario, d.lgs. 385/1993), con l'obiettivo di riequilibrare le posizioni delle parti del rapporto contrattuale attraverso una informazione completa e veritiera. A BARENGHI, *La trasparenza bancaria venticinque anni dopo*, Napoli, 2018.

¹⁴ Cass., sez. un., 21095/2004, cit.

¹⁵ Per cui v. le considerazioni pregnanti di G. MINERVINI, *Note in tema di estinzione degli usi (a proposito dei cc.dd. usi bancari anatocistici)*, in *Diritto banca merc. in.*, 2002, 177 ss.; N. SALANITRO, *Gli interessi bancari anatocistici*, in *Banca borsa tit.cred.*, Supplemento al n. 4, 2004, 4 ss. G. GABRIELLI, *Capitalizzazione trimestrale di interessi attivi ed usi creditizi*, in *Riv. dir. civ.*, 1999, 450 ss. anche per una diversa prospettazione in base alla quale il costante e prolungato inserimento della clausola di capitalizzazione trimestrale nei formulari delle diverse operazioni bancarie regolate in conto corrente ha finito per convertire in uso quella che è nata come condizioni generale di contratto.

¹⁶ L. BOLAFFIO, *Leggi ed usi commerciali. Atti di commercio, Dei commercianti, Dei libri di commercio*, in *Il codice di commercio commentato*, VI ed., vol. I, Torino, 1935, 51 ss.; Sugli usi commerciali, in senso parzialmente diverso, v. C. VIVANTE, *Trattato di diritto commerciale*, vol. I, V ed., Milano, 1922, 49.

¹⁷ J. P. CARBONNIER, *Flessibile diritto*, Milano, 1997, *passim*.

¹⁸ N. BOBBIO, *La consuetudine come fatto normativo*, Padova, 1942; ID., voce *Consuetudine (Teoria generale)*, in *Enc. dir.*, IX, Milano, 1961, 426 ss., per cui «la credenza, nel che consiste l'opinione, si forma nel momento in cui l'utente ritiene probabile o addirittura



“portata retroattiva” che questo indirizzo ha inteso attribuirsi, minando chiaramente esigenze di certezza del diritto¹⁹. Risulta chiaro che questo orientamento giurisprudenziale, come quelli che successivamente si formeranno su questioni diverse, ma strettamente collegate a quelle che lo hanno originato (innanzitutto, la questione attinente alla decorrenza del termine prescrizione dell’azione di ripetizione di somme indebitamente corrisposte a titolo di interessi anatocistici ovvero di oneri accessori illegittimi), debba essere letto nella prospettiva, condivisibile, della tutela del cliente bancario, risultando contraddistinto da una considerazione degli interessi in gioco e da una interpretazione costituzionalmente orientata della normativa codicistica²⁰; non risulta, però, altrettanto condivisibile nel suo risultato finale relativo alla evidenziata portata retroattiva dello stesso che, sacrificando esigenze di certezza del diritto, ha condotto alla instaurazione di un enorme contenzioso bancario e, in ogni caso, a risultati non pienamente appaganti in ragione dell’obiettivo perseguito. In verità, il *revirement* giurisprudenziale del ’99, nel suo risultato finale consacrato dalle Sezioni Unite del 2004 e successivamente del 2010²¹, appare il frutto, piuttosto che della rigorosa applicazione di principi dell’ordinamento giuridico, di un evidente *restyling* di politica del diritto. Come è evidente, si è tenacemente perseguito l’obiettivo di salvaguardare ad ogni costo l’interesse del cliente bancario, anche ribaltando, senza alcun limite a suo favore, il regime del rapporto contrattuale, escludendosi la possibilità di qualsiasi intervento riequilibratore come quello – ad esempio – di sostituire la capitalizzazione trimestrale con quella annuale²², a fronte di un regime contrattuale che prevedeva siffatta capitalizzazione a favore del cliente²³. In sostanza, in un mutato contesto etico, sociale, normativo, il cambiamento di rotta della giurisprudenza relativamente alle clausole di capitalizzazione trimestrale degli interessi sul saldo passivo del correntista non poteva che essere accolto con favore, tuttavia occorreva individuare una soluzione interpretativa che realizzasse un puntuale bilanciamento dei contrapposti interessi, così da risultare idonea a garantire la funzionalità del mercato, anche mediante l’obiettivo primario di tutela del contraente debole. In questa direzione si pose l’intervento normativo del ’99 (d.gs. n. 342 del 1999), nella parte in cui (art. 25, co.2), prefigurò la introduzione nel nostro ordinamento, anche per il tramite della normativa secondaria di attuazione (delibera del Cicer), di una speciale disciplina della produzione degli interessi sugli interessi nelle operazioni in conto corrente, ancorata al criterio inderogabile della paritetica periodicità degli interessi passivi e attivi ed al rispetto di alcune fondamentali regole di trasparenza. Questa novità normativa non rimase esente da manifestazioni

tura certo che se egli violasse la regola, il suo atto sarebbe considerato illecito dall’organo giudiziario incaricato di mettere in moto l’apparato di coazione, nel senso, dunque, che dal punto di vista dell’utente, è giuridica quella consuetudine che egli ha fondata ragione di credere che il giudice applicherà», fermo restando che, si sottolinea, il pensiero dell’illustre filosofo torinese si caratterizza per il ruolo decisivo da lui riconosciuto all’ “elemento esterno” della consuetudine.

¹⁹ In senso critico, v. N. SALANITRO, *Interessi bancari anatocistici*, cit., 4 ss., nonché, A. PALMIERI e R. PARDOLESI, *L’anatocismo bancario e la bilancia dei Balek*, cit., 2398 ss. Il tema generale del carattere retroattivo dei mutamenti giurisprudenziali, ampiamente esplorato nei sistemi di *common law*, costituisce oggetto di studio e di attenzione anche da parte della nostra dottrina, per cui v. U. MATTEI, *Precedente giudiziario e stare decisis*, in *Digesto disc. priv., sez. civ.*, XIV, Torino, 1996, 148 ss. 150 ss.; ciò, pure, in ragione di una data evoluzione del nostro sistema ordinamentale che, peraltro, contribuisce a spiegare la vastità e l’importanza della letteratura sul valore del precedente giudiziale, e più ampiamente, sul ruolo della giurisprudenza nella formazione del diritto. Per il riconoscimento del carattere creativo dell’attività interpretativa si rinvia a P. GROSSI, *Prima lezione di diritto*, Roma – Bari, 2003, 44 e 103 ss.

²⁰ P. PERLINGIERI, *Il diritto civile nella legalità costituzionale secondo il sistema italo-comunitario delle fonti*, III ed., Napoli, 2006, 403 ss.

²¹ Cass., sez. un., . dicembre 2010, n. 24418, in *Foro it.*, 428, con nota di A. PALMIERI

²² Per cui v., *ex multis*, Trib. Roma, 12 gennaio 2007, in *Foro it.*, 2007, I, 1947; Cass. 29 settembre 2015, n. 19341, in *Giur. it.*, 2016, 1875 ss., con nota di E. SCARANTINO, *L’anatocismo bancario e le conseguenze della nullità delle clausole del contratto*.

²³ F. MAIMERI, *La capitalizzazione degli interessi fra legge di stabilità e decreto di competitività*, in *Riv. diritto bancario*, 2014, 23 ss.



di dissenso²⁴; tuttavia, essa fu in generale condivisa²⁵ e pure letta, secondo una interpretazione che si ritiene convincente, in base all'intento legislativo di affidare alla paritetica periodicità del calcolo degli interessi passivi ed attivi la funzione di ristabilire l'equilibrio delle posizioni contrattuali sotto il profilo della sua alterazione per una clausola negoziale che prevedeva una diversa capitalizzazione periodica degli interessi per la banca e per il cliente²⁶. In sostanza, si è trattato di una soluzione normativa che costituiva senz'altro una risposta del legislatore al più volte richiamato cambiamento giurisprudenziale della *primavera del '99*, anche per una esigenza sopravvenuta di riallineamento alla disciplina della materia vigente negli altri ordinamenti degli Stati comunitari²⁷, a garanzia della libertà di stabilimento e del sistema economico e creditizio interno, sia pure nel rispetto del limite della tutela dell'interesse generale. Sicché proprio rispetto a quest'ultimo, la novella normativa è sembrata rispecchiarne in modo adeguato la evoluzione che si registrava in quegli anni, a livello legislativo e giurisprudenziale, nei rapporti economici, e pure in quelli bancari. Anche qui, infatti l'accennato interesse, un tempo ritenuto coincidente con quello dell'impresa, e più precisamente con quello dell'impresa bancaria, successivamente è stato individuato nel concreto funzionamento del mercato per la cui salvaguardia sarebbe stata necessaria non soltanto la tutela dell'impresa, e, più in generale del professionista, ma altresì quella di altri soggetti del mercato, i consumatori, ad esempio, ciò anche in considerazione della loro indubbia condizione di debolezza economica. Perciò da una identificazione dell'interesse dell'impresa con l'interesse generale, si è passati ad una identificazione dell'interesse generale con quello al corretto funzionamento del mercato. Il nuovo assetto dei rapporti economici richiede la salvaguardia della tutela degli interessi del contraente debole come migliore soluzione per garantire il funzionamento del mercato. Si ritiene, in questo modo, che l'atteggiamento della giurisprudenza della primavera del '99 e la lettura della disciplina che ne è risultata non erano tese a sanzionare comportamenti abusivi e, pertanto, illeciti delle banche, sulla base di un giudizio soggettivo di riprovevolezza²⁸, avendo esse piuttosto intercettato e avallato l'orientamento interpretativo e legislativo di recente affermatosi sul nuovo assetto dei rapporti economici. Tuttavia si considera criticamente come il nuovo indirizzo giurisprudenziale, anche con il suggello ricevuto dalle Sezioni Unite del 2004, abbia, nel suo approdo finale, del tutto trascurato le esigenze e gli interessi del ceto creditizio (esigenze di stabilità del sistema bancario, interesse alla tutela del credito, interesse alla tutela del risparmio), per realizzare un equilibrato compromesso di tutti gli interessi in gioco, in definitiva strumentale alla funzionalità del mercato ed alla effettiva tutela del cliente bancario²⁹. In ogni caso, come è noto, la

²⁴ Cfr., in questo senso, la critica mossa da A. RICCIO (*Anatocismo: svolta clamorosa della Corte costituzionale*, in *Contratto e impr.*, 2007, 1395 ss.), alla sentenza del 12 ottobre 2007, n. 341 (*in Foro it.*, 2008, I, 2100), con cui la Consulta ha dichiarato infondata la questione di legittimità costituzionale del comma 2 dell'art. 120 TUB, sollevata dal tribunale vicentino.

²⁵ Per cui cfr. A.V. PETRAGLIA, *Le modifiche al Testo Unico bancario e l'anatocismo: qualche considerazione a "caldo"*, in *Corr. giur.*, 1999, 1323.

²⁶ M. SEMERARO, *Equilibrio del contratto e del rapporto nel c.d. anatocismo bancario*, in *Rass. dir. civ.*, 2011, 977 ss. V. anche le considerazioni di A. PALMIERI, *L'anatocismo, le banche e il tramonto degli usi; un prospective overruling del legislatore?*, in *Foro it.*, 2000, I, 457.

²⁷ Ove la disciplina prevista in materia di anatocismo per il sistema bancario o, più in generale, per le attività di natura commerciale, era diversa da quella prevista nei rapporti di diritto civile. V., a questo proposito, per i richiami all'ordinamento francese, G. CABRAS, *Anatocismo e conto corrente bancario*, cit., 297, e per quelli all'ordinamento tedesco, A. PALMIERI, *op. loc. ult. cit.* La necessità di un riallineamento agli ordinamenti comunitari risalta anche nella pronuncia della Corte costituzionale n. 341/2007, cit., fondando le ragioni della conclusione per cui la novella normativa rappresentava un coerente sviluppo delle scelte espresse dal legislatore delegato.

²⁸ Per una posizione diversa, cfr., invece, F. DELL'ANNA MISURALE e G. DELL'ANNA MISURALE, *La Cassazione boccia l'applicazione del saldo zero nell'azione di accertamento negativo promossa dal correntista*, in *Riv. dir. bancario*, 2015, 1 ss.

²⁹ Si ribadisce, quanto già affermato nel testo per cui è senz'altro lodevole lo sforzo giurisprudenziale teso a fornire tutela al contraente debole nel rapporto, fisiologicamente asimmetrico, con l'istituto di credito; tuttavia, si critica l'atteggiamento frequentemente



delibera del Ccir del 9 febbraio 2000, emanata in attuazione dell'art. 120, co. 2, TUB, stabili, con specifico riguardo al conto corrente, che nell'Ordinanza esaminata viene specificamente in considerazione, che "1. Nel conto corrente l'accredito e l'addebito degli interessi avviene sulla base dei tassi e con le periodicità contrattualmente stabiliti. Il saldo periodico produce interessi secondo le medesime modalità. 2. Nell'ambito di ogni singolo conto corrente deve essere stabilita la stessa periodicità nel conteggio degli interessi creditori e debitori. 3. Il saldo risultante a seguito della chiusura definitiva del conto corrente può, se contrattualmente stabilito, produrre interessi. Su questi interessi non è consentita la capitalizzazione periodica". Essa, inoltre, conteneva delle "disposizioni transitorie" (art. 7) con le quali statuiva l'obbligo delle banche di adeguare i contratti (anche di conto corrente) stipulati anteriormente alla sua entrata in vigore alle condizioni in essa stabilite entro il 30 giugno 2000, con effetti a decorrere dal 1° luglio, ed altresì la necessità di una approvazione scritta del cliente, quando l'adeguamento avesse comportato un peggioramento di quelle precedentemente adottate, ritenendosi, diversamente, sufficienti, la comunicazione scritta alla clientela entro il termine finale del 21.12.2000 e la pubblicazione sulla Gazzetta ufficiale della Repubblica italiana. Una disciplina questa destinata ad operare *pro futuro*, non senza contrasti e perplessità, soprattutto avendo riguardo alla disciplina transitoria che è stata ritenuta di non immediata lettura, dando luogo a dubbi interpretativi poi sostanzialmente superati da un orientamento largamente condiviso³⁰. Senonché a parte la successiva evoluzione normativa della materia³¹, residuava il problema della disciplina dei "rapporti progressi", cioè di quei rapporti sorti prima della entrata in vigore della delibera del Ccir del 9 febbraio 2000, sui quali si sono ripercossi gli effetti del *revirement* giurisprudenziale e, quindi, della declaratoria di nullità della clausola negoziale anatocistica, ovvero della illegittima applicazione della capitalizzazione trimestrale degli interessi passivi per il cliente in questi rapporti individuabile. D'altro canto, la portata economica di tali effetti si poteva chiaramente desumere in ragione della configurazione del contratto di conto corrente – epicentro del dibattito giurisprudenziale e dottrinale -, quale contratto di durata e della ripetuta portata *retroattiva* del nuovo diritto vivente³². Alla accennata questione problematica anche il legislatore del '99 aveva tentato di offrire una soluzione con la norma del comma 3, del già citato art. 25 d.lgs. 342/99, stabilendo la validità e l'efficacia delle clausole di capitalizzazione trimestrale degli interessi passivi inserite nei contratti stipulati anteriormente alla entrata in vigore della delibera Ccir che aveva previsto le nuove condizioni del c.d. anatocismo bancario. In particolare, la norma stabiliva che "Le clausole relative alla produzione di interessi sugli interessi maturati, contenute nei contratti stipulati anteriormente alla data di entrata in vigore della delibera di cui al comma 2, sono valide e efficaci fino a tale data e, dopo di essa, debbono essere adeguate al disposto della menzionata delibera, che stabilirà altresì le modalità e i tempi dell'adeguamento. In difetto di adeguamento, le clausole divengono inefficaci e l'inefficacia può esser fatta valere solo dal cliente". La Consulta, però, ne dichiarò la illegittimità

da essa assunto nella vicenda che qui interessa con cui trascura del tutto di considerare gli interessi della parte forte, sebbene in modo strumentale per conseguire l'obiettivo del riequilibrio necessario del rapporto fra istituto creditizio e cliente bancario, parte debole dello stesso. Sui rapporti contrattuali asimmetrici, v., in generale, A. ZOPPINI, *Il contratto asimmetrico tra parte generale, contratti di impresa e disciplina della concorrenza*, in *Riv. dir. civ.*, 2008, 515 ss. Sul carattere "accentuato" della "asimmetria dimensionale, economica e informativa", tra banca e cliente bancario, v., invece, G. LEMME, *Attualità della nozione di "cliente della banca"*, cit., p. 267 ss.

³⁰Secondo il quale, in tema di contratto di conto corrente, la sostituzione della reciproca capitalizzazione trimestrale degli interessi attivi e passivi all'assenza di capitalizzazione per effetto della declaratoria di nullità della clausola contrattuale anatocistica determina un peggioramento delle condizioni in precedenza applicate al conto corrente, sicché è indispensabile un nuovo accordo espresso fra banca e cliente. Così, Cass. 19 maggio 2020, n. 9140, in *Foro it.*, 2020, n. 3906; e più di recente, Cass., Ord., 2 aprile 2024, n. 8639.

³¹ Per cui v. *infra* par. 4.

³² L. MENGONI, voce *Diritto vivente*, in *Dig. disc. priv., Dir. civ.*, VI, Torino, 1990, 445 ss.



costituzionale, con sentenza n. 425 del 17 ottobre 2000, per eccesso di delega, pervenendo alla sanzione espulsiva della norma dal sistema giuridico con la ben precisa formula “indipendentemente da ogni considerazione sulla ragionevolezza intrinseca della norma denunciata”³³. Essa, in particolare, qualificò la citata previsione quale “norma di sanatoria”, escludendo espressamente il suo carattere interpretativo «perché la disposizione, così come strutturata, non si riferisce e non si salda a norme precedenti intervenendo sul significato normativo di queste, dunque, lasciandone intatto il dato testuale ed imponendo una delle possibili opzioni ermeneutiche già ricomprese nell’ambito semantico della legge interpretata. Al contrario, con efficacia innovativa (e in parte anche) retroattiva, essa rende valide ed efficaci, sino alla data di entrata in vigore della deliberazione del Cizr, tutte indistintamente le clausole anatocistiche previste nei contratti bancari già prima della legge delegata, o comunque, stipulate anteriormente all’entrata in vigore della suddetta deliberazione»³⁴. Ragionando diversamente, invece, si sarebbe potuti giungere a configurare la disposizione espulsa come una “norma transitoria”, che in una prospettiva di adeguamento comunitario e di continuità tra il nuovo e il vecchio regime, stabiliva la validità ed efficacia delle clausole di capitalizzazione inserite nei contratti stipulati anteriormente alla entrata in vigore della delibera Cizr. Nella codificazione precedente l’anatocismo era consentito nei rapporti di impresa e non per quelli privati; se nella materia in parola il raccordo tra quel sistema ordinamentale (caratterizzato dalla distinzione tra obbligazioni civili e commerciali) e quello del 1942 (con l’unificazione delle due tipologie), è stato assicurato dall’*incipit* dell’art. 1283 c.c., il coordinamento tra la disciplina codicistica vigente e quella speciale di cui al d.lgs. n. 342 del 1999, poteva essere offerto dalla disposizione censurata dalla Corte costituzionale. Quest’ultima, concepita, appunto, come “norma di transitoria”, avrebbe potuto svolgere la medesima funzione di garanzia del sistema precedentemente svolta dall’art. 1283 c.c., e particolarmente dal suo *incipit*. Essa avrebbe operato come norma intertemporale che senza ostacolare l’evoluzione interpretativa della disciplina dell’anatocismo nei rapporti bancari tracciata dalla giurisprudenza e di fatto recepita dal legislatore nel comma 2 dello stesso articolo 25 d.lgs. 342/99, si applicava ai rapporti pendenti senza sacrificare esigenze di certezza del diritto e di tutela dell’affidamento che invece, erano state pregiudicate dal *revirement* del ’99, ed in particolare dalla efficacia retroattiva che esso aveva inteso attribuirsi negando l’esistenza di un pregresso uso normativo di capitalizzazione trimestrale dell’interesse passivo bancario emergente, invece, anche (ma non solo) da un precedente diritto vivente, e ciò indipendentemente dalla problematica che sorge tutte le volte in cui si verifica un mutamento di giurisprudenza consolidata. D’altro canto, la disposizione contenuta nel 3° comma dell’art. 25 del d.lgs. 342/99, probabilmente avrebbe potuto anche essere fatta salva affermandone il carattere interpretativo che, invece, è stato espressamente escluso dalla Corte costituzionale con rilievi, invero, non del tutto condivisibili³⁵.

Se, infatti, si fosse considerato che la natura di interpretazione autentica di una disposizione non può certamente dedursi in via esclusiva dal suo tenore letterale, ma deve piuttosto argomentarsi dal modo in cui sostanzialmente la nuova disposizione si colloca accanto alla precedente di cui fissa il contenuto normativo, tale ruolo non può escludersi che possa avere avuto la disposizione in questione con la quale il legislatore avrebbe inteso salvaguardare l’unitarietà del sistema, pur non escludendone la auspicata innovazione come corrispondente ad una più equa regolamentazione del rapporto fra impresa bancaria e clienti. Risulta evidente, allora, come l’intervento correttivo della Corte costituzionale del 2000, abbia lasciato aperto lo spazio del

³³ Corte cost. 17 ottobre 2000, n. 425, in *Foro it.*, 2000, I, 3045.

³⁴ Corte cost. 425/2000, cit.

³⁵ In dottrina, si è espresso in senso favorevole al riconoscimento del carattere interpretativo della norma espulsa: A. NIGRO, *L’anatocismo nei rapporti bancari tra presente futuro*, in *Foro it.*, 2000, I, 460 ss. *Contra*: A. Carozzi, *Dopo la pronuncia della consulta si riapre il dibattito sull’anatocismo bancario*, in *Dir. banca merc. fin.*, 2001, 214.



trattamento giuridico delle clausole anatocistiche per i rapporti instaurati prima dell'entrata in vigore del d.lgs. 342/1999 e della sua delibera di attuazione. In sostanza, a seguito della dichiarazione di illegittimità costituzionale dell'art. 25, co.3, d.lgs. 342/1999, è residuo, sul piano intertemporale il problema della disciplina transitoria dei rapporti pendenti.

3. – Ne è derivato, pertanto, che la gestione dei c.d. rapporti pregressi è stata collocata sotto l'egida della norma imperativa dell'art. 1283 c.c., per cui, fermo restando la inutilizzabilità dell'*incipit* della norma richiamata, quale effetto dei nuovi approdi interpretativi, le clausole negoziali anatocistiche contenute nei contratti bancari anteriormente alla entrata in vigore dell'art. 25, co. 2, d.lgs. 342/1999 e della delibera Cicr di attuazione, essendo basate su di un uso negoziale anziché normativo, dovevano considerarsi nulle, in quanto in contrasto con il disposto della norma richiamata, e altresì dovevano considerarsi illegittimi gli addebiti effettuati a tale titolo nei rapporti di conto corrente. Al di là degli indirizzi interpretativi che, almeno secondo una data prospettiva, hanno tentato di “ridefinire” la rotta dei nuovi orientamenti giurisprudenziali nella direzione della garanzia della parità delle posizioni contrattuali, utilizzando criteri sostanzialmente equitativi³⁶ e, al di là delle posizioni dottrinali che sin dall'implementazione del movimento riformatore del '99 hanno autorevolmente criticato la strada battuta dalla giurisprudenza che aveva ricondotto la previsione negoziale della chiusura trimestrale del saldo passivo in conto corrente ad un fenomeno anatocistico, e quindi all'ambito applicativo dell'art. 1283 c.c., dovendosi, invece, diversamente spiegare in ragione del particolare meccanismo di funzionamento dei conti correnti bancari, non riconducibile agli schemi tradizionali, la giurisprudenza di merito e quella di legittimità si sono sostanzialmente conformate ai risultati emersi dal *revirement* giurisprudenziale del '99³⁷.

Diverse le questioni applicative che ne sono ulteriormente scaturite. Intanto, quella concernente il carattere assoluto o relativo di questa nullità e la sua rilevabilità d'ufficio. Nel caso di specie, non si trattava di invocare la nullità protettiva di cui all'art. 127, co. 2, TUB, che in virtù della modifica normativa apportata dal d. lgs. 141/2010 (art. 4, co. 3), può essere rilevata d'ufficio dal giudice. Il testo novellato della previsione richiamata, dispone, infatti, che “Le nullità previste dal presente titolo operano soltanto a vantaggio del cliente e possono essere rilevate d'ufficio dal giudice”³⁸. Con riguardo alla illegittimità della capitalizzazione trimestrale nei “rapporti pregressi”, siamo fuori dell'ambito di operatività della norma richiamata perché qui, non si lamenta la violazione di una delle disposizioni contemplate dal Titolo VI “Trasparenza delle condizioni contrattuali e dei rapporti con i clienti”, e tanto meno la doglianza si fonda sulla lesione dell'art. 120 TUB che nel predetto Titolo è racchiusa; si denuncia, piuttosto, il contrasto con una norma imperativa contenuta nella disciplina codicistica, quella appunto dell'art. 1283 c.c. Particolarmente rilevante, a questo proposito, è, innanzitutto, il principio enunciato nel precedente delle Sezioni Unite del 2004, per cui la nullità può essere rilevata d'ufficio dal giudice in ogni stato e grado del processo “indipendentemente dall'attività assertiva delle parti interessate”³⁹, dando luogo ad un orientamento giurisprudenziale per cui “la nullità della clausola

³⁶ Per cui v. note 19 e 51.

³⁷ Per cui v. da ultimo, Cass. 15 febbraio 2024, n. 4214 e nella giurisprudenza di merito, Trib. Napoli 4 marzo 2024, n. 2509, entrambe in *One Legale*.

³⁸ Il testo precedente alla citata modifica, così statuiva “Le nullità previste dal presente titolo possono essere fatte valere solo dal cliente”.

³⁹ Cass., sez. un., 21095/2014, cit..



anatocistica di capitalizzazione trimestrale degli interessi sui saldi passivi, inserita nel contratto di conto corrente bancario da cui deriva il credito azionato in giudizio è rilevabile d'ufficio dal giudice, rimanendo irrilevante, a tal fine l'assenza di una deduzione (o di una tempestiva deduzione) ad opera dell'interessato, la quale rappresenta una mera difesa, inidonea a condizionare, in senso positivo o negativo, l'esercizio del potere di rilievo officioso del giudice⁴⁰. Si tratta, in effetti, di un orientamento in linea con la successiva evoluzione interpretativa della materia per cui la nullità può essere rilevata d'ufficio dal giudice purché risulti agli atti⁴¹ e non implichi, per il suo accertamento, un'indagine di fatto dello stesso⁴². Sicché, poi, è stata riconosciuta la rilevabilità d'ufficio della nullità anche se si tratti di una causa di nullità diversa da quella originariamente dedotta dalla parte e, altresì, prescindendo dal motivo della impugnativa negoziale⁴³, e pure se si tratti di nullità parziale quand'anche vengano in considerazione nullità specifiche o di protezione⁴⁴. In tal modo, allora, la rilevabilità officiosa della nullità delle clausole di capitalizzazione trimestrale degli interessi passivi non contrasta con la eventuale prospettazione della stessa come “nullità di protezione”⁴⁵, soprattutto alla luce degli approdi giurisprudenziali che hanno affermato la compatibilità della rilevabilità officiosa della nullità con la c.d. legittimazione relativa che costituisce un dato caratterizzante delle “nuove nullità”; piuttosto tale prerogativa risulta, nella sua operatività, solo condizionata dalla tutela dell'interesse della parte debole protetta dalla norma imperativa violata⁴⁶. A questo proposito, è noto come la giurisprudenza, modificando il proprio precedente indirizzo⁴⁷, abbia chiaramente affermato che “la rilevabilità officiosa delle nullità negoziali deve estendersi anche a quelle cosiddette di protezione, da configurarsi alla stregua delle indicazioni provenienti dalla Corte di giustizia come una “*species*” del più ampio “*genus*” rappresentato dalle prime, tutelando le stesse, interessi e valori fondamentali – quali il corretto funzionamento del mercato (art. 41 Cost.) e

⁴⁰ Cass. 8 maggio 2008, n. 11466 in *Guida al diritto*, 2008, 31, 75. Parzialmente difforme, Cass. 1 marzo 2007, n. 4853, in *Foro it.*, 2008, 1258. Sulla rilevabilità d'ufficio della nullità delle clausole anatocistiche, v. Cass. 5 ottobre 2017, n. 23278; Cass. 17 agosto 2016, n. 17150, in *Foro it.*, Rep. 2016, voce *Contratti bancari*, nn. 58 e 63; Cass. 22 marzo 2011, in *Foro it.*, Rep. 2011, voce *Interessi*, n. 6. Sulla rilevabilità d'ufficio, v., in generale, S. MONTICELLI, *Contratto nullo e fattispecie*, Padova, 1995; ID., *Fondamento e funzione della rilevabilità d'ufficio della nullità negoziale*, in *Riv. dir.civ.*, 1990, 669 ss.

⁴¹ C. CONSOLO, *Poteri processuali e contratto invalido*, in *Studi in memoria di Giovanni Gabrielli* a cura di L. Pellegrini, I, Napoli, 2018, p. 617.

⁴² Cass. 24 aprile 1981, n. 2413; Cass. 18.1.1983, n. 460.

⁴³ Il riferimento è, innanzitutto, a Cass., sez. un., 12 dicembre 2014, n. 26242, in *Foro it.* 2015, I, 862, con note di: M. ADORNO, *Sulla rilevabilità d'ufficio della nullità contrattuale: il nuovo intervento delle sezioni unite*, c. 909; F. DI CIOMMO, *La rilevabilità d'ufficio ex art. 1421 c.c. secondo le sezioni unite: la nullità presa (quasi) sul serio*, c. 922; A. PALMIERI e R. PARDOLESI, *Nullità negoziale e rilevazione officiosa a tutto campo (o quasi)*, c. 916; A. PROTO PISANI, *Rilevabilità d'ufficio della nullità contrattuale: una decisione storica delle sezioni unite*, c. 944.; S. MENCHINI, *Le sezioni unite fanno chiarezza sull'oggetto dei giudizi di impugnativa negoziale: esso è rappresentato dal rapporto giuridico scaturito dal contratto*, c. 931; S. PAGLIANTINI, *Nullità di protezione e facoltà di non avvalersi della dichiarabilità: quid iuris?*, c. 928. V., anche, U. MALVAGNA, *Le Sezioni Unite e la nullità di protezione ex art. 127 TUB*, in *Riv. dir. bancario*, 2015, 1 ss. In materia, è, altresì, importante il rinvio a Cass., sez. un., 16 gennaio 2018, n. 898, per cui v. S. PAGLIANTINI, *La nullità di protezione come nullità selettiva*, in *Foro it.*, I, 2018, c. 980 ss., che ipotizza un regime delle restituzioni “asimmetrico”, nonché a Cass., sez. un., 4 novembre 2019, n. 28314, in *Foro it.*, 2020, I, 934 per cui v., *ex multis*, C. SCOGNAMIGLIO, *Le Sezioni Unite e le nullità selettive: un nuovo spazio di operatività per la clausola generale di buona fede*, in *Corriere giuridico*, 2020, 1 ss., in particolare, a proposito dell'utilizzo “trasversale della clausola generale di buona fede”, prospettato dalla giurisprudenza, con “funzione di riequilibrio del rapporto [...] a polarità invertita” (ID., *op.loc.cit.*).

⁴⁴ Cass. del 26 giugno 2015, n. 13287, in *Giust. Civ.*, 2015, 2319 con nota adesiva di MARTINA COCCO.

⁴⁵ In generale sulla nullità di protezione, v. G. PASSAGNOLI, *Nullità speciali*, Milano, 1995; V. ROPPO, *Il contratto del duemila*, Milano, 2002, 29 ss., che parla C.M. BIANCA *Diritto civile*, 3, *Contratto*, Milano, 2019, 339 ss.; G. PERLINGIERI, *La convalida delle nullità di protezione e la sanatoria dei negozi giuridici*, Napoli, 2010.

⁴⁶ M. MANTOVANI, *Le nullità e il contratto nullo*, in *Trattato del contratto* diretto da V. Roppo, Milano, 2006, 86 ss.

⁴⁷ Cass., sez. un., 4 settembre 2012, n. 14828, in *Contratti*, 2012, 869 ss., con nota critica di S. PAGLIANTINI, *La rilevabilità officiosa della nullità secondo il canone delle SS.UU: “Eppur si muove?”*



l'uguaglianza almeno formale tra contraenti forti e deboli (art. 3 Cost.) – che trascendono quelli del singolo”⁴⁸. In definitiva a tale conclusione la Suprema Corte perviene sul presupposto della rilevata “unità funzionale” della nullità, sicché, poi, per tal via, il rilievo d’ufficio da parte del giudice costituisce una irrinunciabile garanzia di effettiva tutela dei valori fondamentali della organizzazione sociale e, concordemente con quanto affermato da un importante dottrina, il *proprium* delle nullità speciali, comprese quelle di protezione c.d. virtuale⁴⁹. Ed allora, con riguardo alla nullità delle clausole anatocistiche di capitalizzazione trimestrale, per quanto riguarda i rapporti pregressi, si può ipotizzare che essa possa qualificarsi come nullità di protezione, tuttavia trattandosi di una nullità di protezione *ante litteram* poiché essa deriverebbe dalla contrarietà delle clausole medesime ad una norma imperativa, l’art. 1283 c.c., contenuta nel testo originario del codice civile, non invece in una legge speciale o in un codice di settore, quale appunto, ad esempio, il codice del consumo oppure del testo unico bancario. Peraltro, il particolare regime della nullità delle clausole in questione, trova la sua fonte non in una normativa particolare contenuta in una legge speciale, ma in una costruzione giurisprudenziale realizzata in base ad una interpretazione assiologica della disciplina positiva in considerazione degli interessi che la giurisprudenza del *nuovo corso* ha inteso salvaguardare⁵⁰. E peraltro, si comprende come la rilevata esigenza di tutela del cliente bancario induce a considerare la nullità in questione come nullità parziale, relativa, e, appunto, rilevabile d’ufficio, come proclamato dalle sezioni unite del 2004, pur muovendosi in un quadro normativo che è, appunto, quello codicistico. Per tal via, l’utilizzazione delle norme generali può consentire di pervenire a risultati non dissimili da quelli introdotti dalle più recenti normative speciali⁵¹. In questo ambito – quello, appunto, della nullità delle clausole anatocistiche -, si collocano gli indirizzi interpretativi, già accennati, sulla sostituzione autoritativa delle clausole nulle con la capitalizzazione semestrale o annuale⁵², o la prospettazione della nullità in questione come nullità sopravvenuta⁵³.

4. – Diverso risulta, invece, il quadro normativo di riferimento laddove venga in considerazione la nullità delle clausole anatocistiche nei rapporti bancari a seguito della reintroduzione del divieto anatocistico ad

⁴⁸ Cass., sez. un., 26242/2014, cit.

⁴⁹ S. PAGLIANTINI, *La rilevabilità officiosa della nullità*, cit., 869 ss.

⁵⁰ P. PERLINGIERI, *op. ult. loc. cit.*

⁵¹ D’altro canto, la prospettazione rappresentata non è in contrasto con il potere riconosciuto al garante di sollevare l’eccezione di nullità della clausola anatocistica non sorretta da un uso normativo, bensì da un uso negoziale. Trattandosi del fideiussore ciò trova fondamento nel dato testuale offerto dalla disciplina normativa (art. 1945 c.c.), mentre con riferimento al contratto autonomo di garanzia, sulla scia di un indirizzo consolidato per cui qui il garante è legittimato a proporre le eccezioni fondate sulla nullità del contratto base per violazione di norme imperative, la giurisprudenza afferma che “nei confronti della banca, l’eccezione di nullità della clausola anatocistica allorquando essa non si fondi su di un uso normativo, può essere sollevata anche dal garante, atteso che la soluzione contraria consentirebbe al creditore di ottenere, per il tramite del primo, un risultato che l’ordinamento vieta” (Cass. Ordinanza n. 371 del 10 gennaio 2018, n. 371, 235 ss. in *Banca borsa tit. cred.*, con nota di F. ATTANASIO, *Sulla legittimazione del garante a proporre l’azione di nullità della clausola anatocistica: perdita dell’autonomia della garanzia?*).

⁵² Trib. Roma 12 gennaio 2007, in *Foro it.*, 2007, I, 1947. Tale soluzione interpretativa, sia pure diversamente argomentata, sembra essere sostanzialmente fondata sulla ricerca di un criterio equitativo, pur senza specifici riferimenti testuali. Sulla esclusione della applicazione della capitalizzazione annuale per effetto dell’applicazione analogica della disciplina del cono corrente ordinario, v. Cass 29 settembre 2015, n. 19341, cit.

⁵³ Con cui si sarebbe potuta valutare la sorte dei rapporti pregressi. Sul tema generale v. R. SCOGNAMIGLIO, *Contributo alla teoria del negozio giuridico*, rist. II ed., Napoli, 2008, 349 ss. e C. DONISI, *In tema di nullità sopravvenuta del negozio giuridico*, in *Riv. trim. dir. proc. civ.*, 1967, 755 ss. Invece, nella prospettiva inversa della “validità sopravvenuta” delle clausole anatocistiche, v. P. FERROLUZZI, *Prologomeni in tema di “validità sopravvenuta” (considerazioni in tema di modifiche al testo unico bancario in tema di anatocismo)*, in *Riv. dir. comm.*, 1999, 879 ss.



opera, questa volta, della norma speciale dell'art. 120, co.2, TUB, come modificata dalla legge di stabilità del 2014⁵⁴ e dalla normativa successiva, pur rimanendo inalterato il relativo regime giuridico⁵⁵. Invero, la evoluzione della norma richiamata è caratterizzata da una storia peculiare. In particolare, secondo l'orientamento dottrinale e giurisprudenziale prevalente, la prima modifica della richiamata previsione normativa, realizzata ad opera dell'art. 1, co. 629, della l. 27.12.2013, n. 147 (c.d. legge di stabilità 2014)⁵⁶, ha reintrodotto nel nostro ordinamento, con immediata efficacia precettiva, il divieto dell'anatocismo bancario⁵⁷. Non sono, però, mancate importanti voci contrarie⁵⁸, non tanto, o non solo, per la scarsa chiarezza ovvero per l'ambiguità del testo letterale che ha indotto vari Autori a recuperarne il "senso"⁵⁹, innanzitutto, attraverso un processo interpretativo teleologico, quanto per la mancata adozione della prevista Delibera attuativa del Cicer, derivandone, sulla base di una ricostruzione dei rapporti tra le fonti del diritto, un divieto di anatocismo ad efficacia differita. Prima di approdare al testo attualmente vigente, il legislatore era intervenuto nuovamente con il d.l. n. 91 del 2014 (art. 31), apportando al testo una ulteriore modifica, poi, espulsa in sede di conversione, la quale prevedeva la "produzione di interessi sugli interessi" maturati nelle operazioni ivi contemplate, con periodicità non inferiore ad un anno, affidandone al Cicer la definizione delle modalità e dei criteri di calcolo. La disciplina attualmente vigente di cui al comma 2 dell'art. 120 TUB, così come da ultimo novellato dall'art. 17 *bis* del d.l. 14 febbraio 2016, n. 18, inserito in sede di conversione con modifiche attraverso la l. 8 aprile 2016 n. 49 – e alle disposizioni attuative del d. m. del 3 agosto 2016, n. 343, detta regole, il cui tenore ha suscitato un dibattito interpretativo. Infatti, oltre a stabilire, per i rapporti di conto corrente e di conto pagamento, la paritetica periodicità degli interessi sia debitori, sia creditori, comunque non inferiore all'anno, e il termine del 31 dicembre, o quello della chiusura del rapporto, per il loro conteggio, introduce, innanzitutto, una eccezione al divieto della produzione degli interessi sugli interessi, con riferimento agli interessi moratori, altresì ammettendo che, nelle aperture di credito regolate in conto corrente e in conto pagamento, per gli sconfinamenti anche in assenza di fido ovvero oltre il limite del fido, gli interessi debitori, conteggiati al 31 dicembre e divenuti esigibili al 1° marzo dell'anno successivo o, in ogni caso, alla chiusura definitiva del rapporto, possono trasformarsi, previa autorizzazione del cliente, in sorte capitale. Sicché, vi è chi ha parlato

⁵⁴ Fermo restando, ovviamente, l'accoglimento dell'indirizzo conclamato dalla sentenza considerata del 30 luglio 2024, n. 21344, da cui, però, per le ragioni tra poco esposte nel testo si ritiene di dissentire.

⁵⁵ In effetti, qui verrebbe in considerazione una nullità testuale perché la clausola anatocistica sarebbe in contrasto con una precisa norma del testo unico bancario (art. 120, co.2, T.U.B.); essa si attergerebbe, inoltre, come una nullità di protezione specificamente contemplata dall'art. 127, co. 1, n. 2, T.U.B. In definitiva, però, la differenza rispetto alla nullità virtuale di protezione prospettata nel testo con riguardo alla norma codicistica dell'art. 1283 c.c. risulta solo apparente, in quanto le fattispecie sono sottoposte al medesimo regime giuridico.

⁵⁶ In particolare, il testo dell'art. 120, co. 2, T.U.B., così come modificato dalla legge di stabilità del 2014, a cui si fa riferimento nel testo, così disponeva "Il Cicer stabilisce modalità e criteri per la produzione degli interessi nelle operazioni poste in essere nell'esercizio dell'attività bancaria, prevedendo in ogni caso che: a) nelle operazioni in conto corrente sia assicurata, nei confronti della clientela, la stessa periodicità nel conteggio degli interessi, sia debitori sia creditori; b) gli interessi periodicamente capitalizzati non possono produrre interessi ulteriori che, nelle successive operazioni di capitalizzazione, sono calcolati esclusivamente sulla sorte capitale. La legge di stabilità è entrata in vigore il 1° gennaio 2014. La delibera non è mai stata adottata".

⁵⁷ G. COLANGELO, *Anatocismo: il lungo addio*, in *Il Foro it.*, 2016, I, 1101; AA. DOLMETTA, *Sopravvenuta abrogazione del potere bancario di anatocismo*, in *Banca borsa tit. cred.*, 2015, p. 277 ss.; V. FARINA, *Le recenti modifiche dell'art. 120 TUB e la loro incidenza sulla delibera Cicer 9 febbraio 2000*, in www.diritto bancario.it. In giurisprudenza v., *ex multis*, Trib. Milano, 25 marzo 2015, in www.ilcaso.it.

⁵⁸ F. MAIMERI, *Le principali questioni dibattute nei contenziosi in materia bancaria*, cit., 376 ss. In giurisprudenza, cfr., *ex multis*, Trib. Cosenza 27 maggio 2015, in www.expertecreditoris.it.

⁵⁹ V., a questo proposito, A. GENTILI, *Senso e consenso. Storia, teoria e tecnica dell'interpretazione dei contratti. I. Storia e teoria*, Torino, 256



di “resurrezione dell’anatocismo bancario”⁶⁰. La sentenza del 30 luglio 2024, n. 21344, interviene proprio sulla questione innanzi richiamata del testo dell’art. 120, co. 2, T.U.B., così come novellato dalla legge di stabilità del 2014, intendendo porre fine al dibattito sorto sull’applicabilità del divieto anatocistico ai rapporti bancari nel periodo successivo all’adozione del provvedimento normativo del 2014 che con una formula “ambigua” e “oscura”⁶¹ sembra contemplarlo. Gli accennati dubbi interpretativi si sono posti sia per la richiamata ambiguità della formula legislativa, sia per l’assenza della delibera attuativa del Cicer che, nell’ambito della contemplata delegificazione della disciplina dell’attività bancaria ad opera del TUB, avrebbe dovuto completare, almeno secondo il parere di alcuni⁶², il dettato normativo. Pertanto, ulteriori perplessità sono sorte sulla efficacia immediata o differita di un divieto di cui, comunque, restava alquanto ambigua la formulazione. La sentenza, pronunciata nei confronti di un gruppo di banche sulla base di un’azione di classe promossa da un’associazione di consumatori a tutela degli interessi collettivi di questi ultimi, recepisce l’orientamento e le argomentazioni ivi svolte, poste a sostegno della tesi per cui l’art. 120, co.2, TUB, come modificato dall’art. 1, co. 629, della l. 143/2013 (legge di stabilità 2014), costituisce norma immediatamente precettiva recante un divieto assoluto di anatocismo, nel contempo abrogando il vecchio testo della medesima norma e facendo cadere le disposizioni della delibera Cicer del 2000 che sul presupposto di questa erano state adottate. Si è giunti, per tal via, alla conclusione per cui a partire dall’1 gennaio 2014 (data di entrata in vigore della legge di stabilità del 2014), l’anatocismo nelle operazioni bancarie è vietato e devono considerarsi illegittimamente addebitati gli interessi capitalizzati nei rapporti di conto corrente relativi al periodo di vigenza della normativa in questione. La sentenza assume particolare interesse perché, nel ripercorrere con apprezzabile rigore logico il dibattito interpretativo che la riferita disposizione normativa ha sollevato, si inserisce nel solco di un processo da tempo imboccato dalla giurisprudenza e teso ad una tutela “a tutti i costi” del cliente bancario, specie se si tratta di consumatori. Si ribadisce, ancora una volta quanto sia assolutamente condivisibile l’obiettivo di rafforzare la tutela del contraente debole in un rapporto come questo, “sostanzialmente” asimmetrico, ma ancora una volta si critica la strada percorsa dalla giurisprudenza che in ragione

⁶⁰ V. FARINA, *La (ennesima) resurrezione dell’anatocismo bancario*, in *Contratti*, 2016, 705 ss. Sulla novella normativa, cfr., anche, U. MORERA, *Anatocismo bancario: questioni aperte sul nuovo art. 120, comma 2, T.U.B.*, in *Banca borsa tit. cred.*, 2016, p. 122 ss. Per una “prospettiva” diversa, v. M. SEMERARO, *Anatocismo bancario*, cit., 175 ss. In giurisprudenza v. Trib. Padova 23 novembre 2023, n. 2341, in *One Legale*, che ha affermato la validità della clausola anatocistica pattuita per il periodo successivo alla entrata in vigore del nuovo testo normativo. In particolare il testo vigente dell’art. 120, co. 2, TUB così dispone: Il Cicer stabilisce modalità e criteri per la produzione di interessi nelle operazioni poste in essere nell’esercizio dell’attività bancaria, prevedendo in ogni caso che: A) nei rapporti di conto corrente o di conto pagamento sia assicurata, nei confronti della clientela, la stessa periodicità nel conteggio degli interessi sia debitori sia creditori, comunque non inferiore ad un anno : gli interessi sono conteggiati il 31 dicembre di ciascun anno e in ogni caso, al termine del rapporto per cui sono dovuti; b) gli interessi debitori maturati, ivi compresi quelli relativi a finanziamenti a valere su carte di credito, non possono produrre interessi ulteriori, salvo quelli di mora, e sono calcolati esclusivamente sulla sorte capitale; per le aperture di credito regolate in conto corrente e in conto pagamento, per gli sconfinamenti anche in assenza di affidamento ovvero oltre il limite del fido: 1) gli interessi debitori sono conteggiati al 31 dicembre e divengono esigibili il 1° marzo dell’anno successivo a quello in cui sono maturati; nel caso di chiusura definitiva del rapporto, gli interessi sono immediatamente esigibili, 2) il cliente può autorizzare, anche preventivamente l’addebito degli interessi sul conto al momento in cui questi divengono esigibili; in questo caso la somma addebitata è considerata sorte capitale; l’autorizzazione è revocabile in ogni momento, purché prima che l’addebito abbia avuto luogo. La delibera Cicer è stata attuata con decreto (3 agosto 2016, n. 343) del Ministro dell’economia e delle finanze in qualità di Presidente del Cicer.

⁶¹ F. MAIMERI, *op. loc. cit.*

⁶² V., in questo senso il Consiglio nazionale del notariato, Quesito civilistico n. 80-2014/C, per cui il legislatore utilizzando uno dei modelli di delegificazione previsti dall’art. 17 della l. 23 agosto 1998, n. 400, avrebbe affidato al Cicer – come si evince dalla norma, il compito di dettare regole che completano il precetto legislativo contenuto nella legge delega. Si sarebbe in presenza, in altri termini, di una legislazione integrata”.



di tal obiettivo trascura del tutto di considerare gli interessi del contraente forte, con conseguenze che finiscono per riverberarsi direttamente anche sul soggetto da tutelare. In particolare, sotto tale profilo, rilevano, innanzitutto le considerazioni svolte dalla Suprema Corte, quando, per superare la evidente e riconosciuta ambiguità del testo legislativo, fa appello, tra l'altro, ad una interpretazione letterale e teleologica, altresì rafforzata da una interpretazione storico-sistematica del testo normativo che consentirebbe di affermare l'uso di una "dizione impropria" del termine "capitalizzati" in luogo di quello, invero, appropriato e consono di interessi "contabilizzati". Pertanto, la norma considerata costituirebbe solo "un'anticipazione formulata lessicalmente in modo sicuramente poco felice del precetto assai più puntuale, della successiva versione dell'art. 120, comma 2: quella introdotta dalla L. n. 49 del 2016, di conversione del D.L. n. 18 dello stesso anno, per cui gli interessi debitori maturati "non possono produrre interessi ulteriori" e vanno "calcolati esclusivamente sulla sorte capitale". E a supporto della riferita conclusione, la sentenza rinvia anche alla proposta di delibera predisposta dalla Banca d'Italia da cui si desume una interpretazione della norma richiamata introduttiva del divieto anatocistico. In realtà, però, così operando la Suprema Corte, innanzitutto, del tutto ridimensiona, ai fini della coerenza e chiarezza degli obiettivi legislativi, e quindi della interpretazione dell'oscuro testo della norma di cui si discute, l'intervento legislativo realizzato con il d.l. n. 91/2014, con cui, nello stesso anno, per la durata di due mesi, fu modificata nuovamente la norma considerata, prescrivendo che il "Cicr stabilisse modalità e criteri per la produzione, con periodicità non inferiore a un anno, di interessi sugli interessi"; e ciò anche se, come è noto, la disposizione qui menzionata, in sede di conversione del ripetuto decreto, fu soppressa, con la reviviscenza della norma abrogata⁶³. D'altro canto, il rinvio alla proposta della Banca d'Italia se effettivamente può rilevare ai fini del superamento della ambiguità della formula letterale della disposizione normativa nel senso di ritenere che con la stessa il legislatore avesse inteso reintrodurre il divieto di anatocismo bancario, sotto il diverso profilo, pure in discussione, della immediata operatività del ripetuto divieto, a prescindere cioè dalla delibera del Cicr, si ritiene che la summenzionata proposta deponga in senso diametralmente opposto. Essa evidenzia, infatti, come la "disciplina di dettaglio" – secondo le parole utilizzate dalla Suprema Corte – che la delibera Cicr avrebbe dovuto contenere, in realtà attiene a profili di grande rilevanza, che necessitano di un trattamento uniforme per tutti gli istituti di credito, per ragioni di certezza e di parità di trattamento, oltre che per scongiurare il rischio di alimentare altro contenzioso. La proposta di delibera della Banca d'Italia, infatti, con l'obiettivo di definire modalità e criteri per la produzione di interessi nelle operazioni poste in essere nell'esercizio dell'attività bancaria adotta soluzioni, poi in gran parte recepite nel testo normativo del 2016 e nella relativa delibera attuativa, che certamente non potevano essere prefigurate a prescindere da una espressa previsione e che, da un canto, specificando il divieto anatocistico, rafforzano in linea di massima la tutela del cliente bancario, dall'altro tengono, altresì, conto delle difficoltà operative cui va incontro l'attività degli istituti di credito conseguentemente alla modifica normativa, indicando una tecnica uniforme di soluzione⁶⁴. A questo proposito, infatti, nell'ambito delle argomentazioni svolte dalla sentenza in considerazione, solo in parte condivise, a sostegno della tesi della immediata operatività del divieto anatocistico, particolarmente colpisce la disinvoltura con cui la stessa, pure conformemente all'orientamento a cui aderisce, liquida la questione profilata dagli istituti di credito in merito ad una presunta irragionevolezza della legge, affermando che ai fini della efficacia immediata della norma primaria, a nulla

⁶³ N. MANCINI, *L'anatocismo bancario alla luce dei mutamenti normativi dell'estate 2014. (art. 120, comma 2, come modificato dalla l. 27 dicembre 2013, n. 147)*, in *Nuove leggi civ. comm.*, 2015, p. 328 ss.

⁶⁴ In particolare, la proposta si appunta specificamente sulla individuazione del momento nel quale gli interessi conteggiati diventano esigibili e, conseguentemente, sulle modalità del loro pagamento.



rileva l'assenza di una disciplina transitoria, e che essa neppure necessita dell'atto regolamentare di attuazione perché questo avrebbe potuto contemplare solo una disciplina di mero "dettaglio", che nelle more della sua adozione da parte del Cibr, avrebbe pure potuto essere rimessa agli "accorgimenti che il singolo istituto di credito era libero di adottare per raggiungere il risultato"; fermo restando, poi, che gli stessi interessi, eventualmente già capitalizzati, a seguito dell'intervento del Cibr, avrebbero potuto semplicemente essere "stornati"⁶⁵. In effetti, la richiamata sentenza dopo aver sgomberato il campo, attraverso una soluzione positiva, dalla questione relativa alla introduzione del divieto anatocistico, affronta la questione della efficacia immediata o differita dello stesso, attraverso l'esame del rapporto tra la normativa primaria e quella regolamentare che, invero, ha costituito la premessa di tutto il suo *iter* argomentativo, partendo dalla considerazione per cui tale rapporto era stato posto "nell'ombra" dalla decisione contraria della Corte di appello, tuttavia approdando a conclusioni che non si ritiene di condividere. Così, innanzitutto, la sentenza afferma che la prescrizione proibitiva dell'anatocismo, ripristinando per i contratti bancari il divieto codicistico posto dalla norma generale dell'art. 1283 c.c., non aveva bisogno ai fini della sua applicazione del completamento della delibera attuativa a cui la stessa faceva riferimento, per lo scarso impatto che avrebbe avuto sui rapporti bancari in ragione evidentemente della limitata discrezionalità di cui disponevano gli istituti di credito, che certamente non avrebbero potuto incidere sul divieto posto dalla normativa primaria. E ciò diversamente da quanto è invece accaduto con la prima modifica dell'art. 120 TUB ad opera del d.lgs. 342/1999 e della relativa delibera attuativa. Si afferma, così, la necessità di "rimarcare la profonda differenza esistente tra una norma intrinsecamente proibitiva della pratica anatocistica e una norma che demandi all'autorità regolamentare di settore il compito di stabilire le condizioni in presenza delle quali quella stessa pratica è autorizzata". A questo proposito, si è già rilevato, come, invece, si ritengano assolutamente condivisibili le argomentazioni sostenute dall'orientamento avverso per cui la norma, in mancanza della delibera attuativa, difettasse di completezza, con riferimento alla disciplina di taluni profili che, tra l'altro, se demandati alla libertà del singolo istituto creditizio avrebbe dato luogo, come sostiene anche la Corte di appello, a "soluzioni foriere di disparità di trattamento con presumibile proliferare di contenzioso". D'altro canto, le conclusioni cui la Suprema Corte giunge non appaiono del tutto condivisibili neanche nella parte in cui reputano inconferente il richiamo alla norma dell'art. 161, co.5, T.U.B., per cui "le disposizioni emanate dalle autorità creditizie ai sensi di norme abrogate o sostituite continuano a essere applicate fino alla data di entrata in vigore dei provvedimenti emanati ai sensi del testo unico". La norma, infatti, secondo la Suprema Corte, sarebbe priva di forza espansiva, perché si limiterebbe a disciplinare "gli effetti che conservavano, all'indomani dell'entrata in vigore del testo unico, le norme regolamentari in precedenza emanate, così da evitare che si creassero aree che, per effetto della abrogazione delle norme primarie, restassero prive di normativa secondaria fino all'intervento di una nuova disciplina attuativa del predetto testo unico". D'altro canto, tale tesi troverebbe conferma nelle fattispecie in cui il legislatore per poter estendere la disciplina appena richiamata a situazioni diverse da quelle in funzione delle quali era stata concepita, ha operato ad essa un espresso richiamo⁶⁶. In vero, pur non trascurando il dato offerto dalla collocazione sistematica della norma in questione che indurreb-

⁶⁵ Valgano, qui, ancora una volta le considerazioni svolte da F. MAIMERI, *op. cit.*, p. 404 ss., per cui il "il fai da te applicativo" non può essere consentito "per ragioni che acquistano valenza strutturale dell'ordinamento bancario e giustificano una volta di più il meccanismo delle disposizioni di vigilanza sancito dall'art. 161, co. 5, t.u.b.: la generalità del tema dell'anatocismo, che interessa la assoluta maggioranza delle operazioni bancarie di raccolta e di impiego, investe importanti settori in cui l'uniformità nell'approccio operativo è assolutamente indispensabile".

⁶⁶ Per cui v. art. 2, co.2, d.lgs. 72/2015, attuativo della dir. 2013/36/UE, richiamato anche dalla Corte di appello a supporto della tesi sostenuta e non accolta nella sentenza considerata della Suprema Corte.



be, pertanto, a limitarne la portata applicativa, è pure vero, però che la sua forza espansiva dovrebbe piuttosto essere sostenuta sulla base della comune esigenza di assicurare un ordinato transito tra disposizioni normative, in definitiva a tutela degli interessi sia delle banche, sia dei clienti⁶⁷.

Si ritiene, diversamente dalle conclusioni cui è pervenuta la Cassazione con la sentenza considerata che la norma dell'art. 120, co. 2, TUB, così come modificata dalla legge di stabilità del 2014, nonostante la indiscutibile ambiguità della formula letterale, contenga, sulla base di una interpretazione teleologica e sistematica, un divieto anatocistico. Essa, tuttavia, non può essere considerata come una norma immediatamente precettiva, quanto, piuttosto, come una norma programmatica che ha trovato realizzazione e completezza nel successivo testo normativo del 2016 e nella sua correlativa delibera attuativa. Una soluzione, questa, che viene a delineare un quadro normativo di riferimento, probabilmente stabile, che, tuttavia, costituisce un punto di arrivo che muove dalle alterne vicende della interpretazione dell'art. 1283 c.c. e prosegue con la evoluzione della normativa speciale in materia bancaria.

5. – In ogni caso, si è generalmente affermato⁶⁸, salvo qualche voce contraria⁶⁹, con argomentazioni destinate a operare, ovviamente, sia per i rapporti pregressi dove la questione è specificamente sorta, sia per quelli ricadenti sotto il disposto dell'art. 120, co. 2, TUB, come modificato dalla normativa successiva, che il rimedio azionabile per la restituzione di somme corrisposte dal correntista a titolo di interessi anatocistici, così come a titolo di oneri accessori illegittimi, anche di commissioni di massimo scoperto non dovute, dovesse individuarsi nella disposizione di cui all'art. 2033 c.c. "Indebito oggettivo", che legittima colui che ha effettuato un pagamento non dovuto alla ripetizione di ciò che ha pagato, in tal modo "racchiudendo tutte le ipotesi di mancanza di titolo, ossia di mancanza del rapporto o del negozio in esecuzione del quale la prestazione è fatta"⁷⁰. Si è quindi, innanzitutto, ritenuto che nel caso previsto dall'Ordinanza qui esaminata si po-

⁶⁷ Per cui v. a questo proposito, Trib. Bologna, 9 dicembre 2015, in www.ilcaso.it; Trib. Bologna, 25 marzo 2016, in www.expartecreditoris.it esclude il carattere singolare della disposizione richiamata, MONTEDORO, *Commento all'art. 161 t.u.b.*, in *Commentario al testo unico delle leggi in materia bancaria e creditizia*, a cura di Capriglione, Padova, 1994, p. 795, per cui la norma deve considerarsi parte di un sistema nella quale "una nuova disposizione, in quanto norma sulla produzione, non può avere di per sé effetto caducante sugli atti adottati nel vigore della legge preesistente, con la conseguenza che la nuova formulazione dell'art. 120, co. 2, t.u.b. – al pari di quella previgente – in quanto contenente precetti da specificare in sede di normazione secondaria, non è immediatamente applicabile". D'altro canto, la esigenza della regolamentazione della successione nel tempo di discipline normative realizzate attraverso la tecnica della delegificazione, avvertita anche dalla disciplina generale del d.lgs. n. 400 del 1988, in materia di Disciplina dell'attività di Governo e ordinamento della Presidenza del consiglio dei Ministri che all'art. 17, comma 2, dispone che "Con decreto del Presidente della Repubblica, previa deliberazione del Consiglio dei ministri, sentito il Consiglio di Stato (*e previo parere delle Commissioni parlamentari competenti in materia, che si pronunciano entro trenta giorni dalla richiesta*), sono emanati i regolamenti per la disciplina delle materie, non coperte da riserva assoluta di legge prevista dalla Costituzione, per le quali le leggi della Repubblica, autorizzando l'esercizio della potestà regolamentare del Governo, determinano le norme generali regolatrici della materia e dispongono l'abrogazione delle norme vigenti, con effetto dall'entrata in vigore delle norme regolamentari.

⁶⁸ V. FARINA, *Gli interessi "uso piazza", L'anatocismo e la commissione di massimo scoperto*, in *Squilibrio e usura nei contratti*, cit., 419 ss.; D. MAFFEIS, *Anatocismo bancario e ripetizione degli interessi*, in *Contratti*, 2001, 406 ss.

⁶⁹ V. FARINA, *Gli interessi "uso piazza", L'anatocismo e la commissione di massimo scoperto*, in *Squilibrio e usura nei contratti*, cit., 419 ss.; D. MAFFEIS, *Anatocismo bancario e ripetizione degli interessi*, in *Contratti*, 2001, 406 ss.

⁷⁰ Tra cui vi è chi ha fatto riferimento all'azione generale di arricchimento, in virtù del suo carattere residuale: P. PISANI, *Anatocismo bancario e ingiustificato arricchimento*, in *Squilibrio e usura nei contratti* a cura di G. Vettori, Padova, 2002, 525 ss. Sul profilo della "sussidiarietà" del rimedio, v. Cass. sez. un., 5 dicembre 2023, n. 33954, in *Foro it.* 2024, c. 121 ss., con note di G. FABRIZI, S. DI PAOLA E R. PARDOLESI, S. PAGLIANTINI, A. ALBANESE, F. MACARIO.

⁷⁰ C.M. BIANCA, *Diritto civile*, 5, *Responsabilità*, Milano, 2012, 802. In senso conforme Cass. 15 aprile 2010, n. 9052, in *Foro it.*, Rep. 2010, voce *Indebito*, nn. 4 e 7.



tesse ravvisare un indebito oggettivo, ossia un pagamento *sine causa* identificabile con il pagamento di interessi anatocistici contemplati da un titolo nullo, ovvero illegittimamente addebitati in conto corrente; e tanto pure facendo riferimento alla considerazione di carattere generale basata sul richiamo espresso effettuato dalla norma dell'art. 1422 c.c. che, in tema di imprescrittibilità dell'azione di nullità, fa salvi gli effetti della prescrizione di dieci anni applicabile all'azione di ripetizione. D'altro canto, a mò di premessa di quanto si dirà nel proseguito, si evidenzia come nella sistematica del codice civile il presupposto applicativo dell'azione di ripetizione avrebbe dovuto ricomprendere solo quei comportamenti solutori riconducibili ad una prestazione di dare, laddove, invece, una interpretazione più evoluta del testo normativo ha fatto richiamo ad una "forza espansiva dell'indebito oggettivo"⁷¹ comprendente anche le prestazioni di fare, ed altri ne hanno esteso l'ambito di operatività in modo da ricomprendere, specificamente, le diverse fattispecie attraverso cui si è compiuto il processo di smaterializzazione della moneta, nell'ambito del quale è pure possibile annoverare le annotazioni in conto corrente. D'altro canto, più in generale, si è sostenuta l'autonomia dell'azione di ripetizione rispetto a quella di nullità; quest'ultima è imprescrittibile e può essere esercitata in qualsiasi momento da chiunque vi abbia interesse; l'azione di ripetizione, invece, è sottoposta alla prescrizione decennale e sorge ed è esercitabile, prima e indipendentemente dalla declaratoria di nullità, e prima e indipendentemente dalla stessa proposizione dell'azione di nullità, trovando il suo unico presupposto, anche ai fini della decorrenza del termine prescrizione, nell'esistenza di un indebito pagamento⁷². Con specifico riguardo all'azione, promossa dal correntista, di ripetizione di somme corrisposte a titolo di interessi anatocistici ovvero di altri oneri accessori illegittimi, un'altra fondamentale tappa per la edificazione, in via interpretativa, della disciplina transitoria dei "rapporti progressi", è rappresentata dal noto (nella materia) precedente delle Sezioni unite del 2010⁷³ le quali, ancora una volta chiamate a pronunciarsi su una questione di massima di particolare importanza, sul presupposto dei risultati cui era pervenuta la giurisprudenza del '99 e del 2004, e ponendosi in linea di continuità con essa, pure sotto il profilo dell'obiettivo perseguito di tutela comunque, e in ogni caso, del cliente bancario, dettano i principi che verranno a fondare l'orientamento consolidato sul *dies a quo* di decorrenza del termine prescrizione del predetto rimedio giudiziale. Si comprende l'importanza del tema nell'ambito della questione problematica della disciplina dei rapporti progressi ove si trattava anche di delimitare dal punto di vista temporale, per il passato, l'estensione degli effetti scaturenti dagli arresti giurisprudenziali in tema di illegittimità degli interessi anatocistici, essendosi essenzialmente individuato proprio nell'istituto della prescrizione, lo strumento giuridico per giungere a tale definizione. Non a caso, al fine di delimitare il "danno restitutorio", la difesa degli istituti di credito si è, sin da subito, fondamentalmente basata sulla eccezione di prescrizione. Anche questa volta, tuttavia, risulta chiaramente come il Supremo Collegio abbia perseguito l'obiettivo della tutela del cliente bancario, a prescindere da quello della effettiva parificazione delle posizioni contrattuali⁷⁴; laddove sotto il profilo della ricostruzione giuridica,

⁷¹ E. MOSCATI, *Del pagamento dell'indebito*, in *Commentario del codice civile Scialoja-Branca*, Bologna-Roma, 1981, 118.

⁷² Sicchè "la restituzione della prestazione eseguita in virtù di un contratto nullo non è mero riflesso della pronuncia di nullità, ma trova autonomo fondamento nella circostanza che una prestazione non dovuta sia stata (materialmente) eseguita" (M. MANTOVANI, *op. cit.*, 95 ss.). In questo senso, v. Cass. 13 aprile 2005, n. 7651, in *Foro it.*, Rep. 2005, voce *Indebito*, n. 4.

⁷³ Cass. sez. un., 2 dicembre 2010, n. 24418, in *Foro it.* 2011, I, 428, con nota di A. PALMIERI, ed altresì, *ex multis*, in *Riv. dir. comm.*, 2011, 418 ss., con nota di P. FERRO-LUZZI, *In cauda venenum (Nota a Cassazione Sezioni Unite, 2 dicembre 2010, n. 24418, in Riv. dir. comm.*, 2011, 418 ss.; in *Nuova giur. civ. comm.*, 2011, 291 ss., con nota di P. BONTEMPI, «L'anatocismo bancario torna di attualità»; in *Danno e Resp.*, 2011, 493 ss., con nota di G. COLANGELO, *Siamo tutti falliti? Limiti di una decisione zoppicante e, ancora, ivi*, nota di M. FLICK, *Dies a quo del termine di prescrizione e anatocismo: un nuovo vestito per un vecchio problema*. 612 ss.

⁷⁴ U. SALANITRO, *L'inizio della decorrenza della prescrizione dell'azione di ripetizione degli interessi anatocistici nel conto corrente bancario, orientamenti giurisprudenziali e soluzioni legislative*, in *Banca borsa tit. cred.*, 2011, 400 ss.



modificando l'indirizzo sino ad allora largamente condiviso e utilizzando soluzioni interpretative sorte in altra sede e per fini diversi, perviene a risultati interpretativi che hanno suscitato non poche perplessità e critiche. Infatti, il precedente del 2010 si innesta in uno scenario in cui era possibile rinvenire un indirizzo minoritario che faceva decorrere il termine prescrizione dal momento delle annotazioni in conto di ogni singola posta di interessi illegittimamente addebitati a cui, quindi, veniva attribuita, conformemente all'orientamento di una parte autorevole della dottrina, natura di pagamento⁷⁵, e un orientamento ampiamente condiviso⁷⁶ che, invece, faceva riferimento al momento della chiusura del conto sul presupposto per cui l'apertura di credito in conto corrente si configura come un contratto unitario che dà luogo ad un unico rapporto giuridico, anche se articolato in una pluralità di atti esecutivi, sicché è solo con la chiusura dello stesso che si stabiliscono definitivamente i crediti e i debiti delle parti tra loro. In effetti, le Sezioni Unite del 2010, confermano l'orientamento unitario della giurisprudenza di legittimità e prevalente in quella di merito, tuttavia individuandone criticamente dei limiti che fanno comprendere immediatamente il carattere fortemente innovativo del precedente, sia per le considerazioni svolte che per le conseguenze giuridiche e pratiche che da essa derivano, tanto da potervi configurare un nuovo *revirement* giurisprudenziale⁷⁷. Le Sezioni Unite, in linea di continuità con l'indirizzo di cui condividono gli approdi finali – sia pure con dei “limiti” –, allargano lo sguardo del quadro normativo di riferimento oltre la norma dell'art. 1283 c.c., intorno alla quale si era sviluppata essenzialmente l'attività interpretativa per la valutazione di liceità del regolamento negoziale o di una parte di esso, per estenderlo alla disciplina del contratto di apertura di credito in conto corrente, ed in particolare alle norme degli artt. 1842 e 1843 c.c., indagando lo schema di funzionamento di tale contratto e il suo rapporto con il conto corrente⁷⁸. E, così, in senso critico rispetto all'indirizzo fino ad allora maggioritario osservano che la unitarietà del rapporto giuridico scaturente dal contratto di conto corrente, sia pure articolato in una pluralità di atti esecutivi, non vale da sé ad escludere che il termine di prescrizione dell'azione di ripetizione possa decorrere in costanza di rapporto, qualora durante la sua esecuzione siano ravvisabili pagamenti, ancorché privi di causa. Proseguendo, poi, nell'*iter* argomentativo, esse prendono posizione sulla nozione di pagamento corrispondente, nella rappresentazione che ne offrono, alla esecuzione di una prestazione da parte di un soggetto con conseguente spostamento patrimoniale a favore di un altro e, sulla base di questa premessa, escludono che le annotazioni in conto si risolvano in un pagamento, in quanto pur comportando un incremento del debito del correntista, o una riduzione del credito di cui egli ancora dispone, ad esse non corrisponde un'attività solutoria del correntista in favore della banca. Alle annotazioni, evidentemente, viene attribuito un rilievo meramente contabile, per cui finché il conto rimane aperto, ottenuta la declaratoria di nullità del titolo, il correntista può solo ottenere la rettifica delle risultanze contabili che serviranno ad ampliare la sua provvista⁷⁹. Per tal via, verosimilmente negando al conto corrente bancario valore giuridico au-

⁷⁵ *Ex multis*, Trib. Genova 4 maggio 2008, in *Guida al diritto*, 2008

⁷⁶ Cass. 9 aprile 1984, n. 2262, in *Foro it.*, 1984, voce Contratti bancari n. 23; Cass. 14 maggio 2005, n. 10127 in *Riv. dir. comm.*, 2005, 163 ss., con nota di C. COLOMBO, *Interessi anatocistici ed operazioni bancarie regolate in conto corrente: cosa va e cosa non va in archivio dopo l'intervento delle Sezioni Unite.*; per la giurisprudenza di merito, v. App. Lecce 22 ottobre 2001, in *Foro it.*, 2002, I, 555.

⁷⁷ Per cui v. U. SALANITRO, *L'inizio della decorrenza della prescrizione dell'azione di ripetizione degli interessi anatocistici*, cit., 2011, 400 ss., ed, altresì, G. TARZIA, *Questioni in tema di interessi, commissioni di massimo scoperto e prescrizione per la ripetizione di illegittimi addebiti nei conti correnti bancari*, in *Corriere giuridico*, 2010, 391, ss.,

⁷⁸ Per una ricostruzione dei rapporti fra apertura di credito e conto corrente bancario, v. anche G. MOLLE, *I contratti bancari*, in *Trattato Cicu-Messineo*, Milano, 1981

⁷⁹ Per cui v. S. SCOTTI-CAMUZZI, *La restituzione ai clienti degli interessi anatocistici che la banca ha addebitato in passato sul loro c/c (effetti della sentenza Cass. se. Un., 4 novembre 2004, n. 21095)*, in *Banca borsa tit. cred.*, 2005, 253 ss. In giurisprudenza,



tonomo rispetto all'apertura di credito, esse utilizzano la distinzione elaborata ad altri fini dalla giurisprudenza di legittimità in tema di revocatoria fallimentare delle rimesse in conto corrente, tra atti solutori ed atti ripristinatori della provvista⁸⁰. Ed infatti, premesso che con l'apertura di credito il correntista ha la facoltà di utilizzare anche in più riprese la somma di denaro messa a disposizione dalla banca e che con eventuali versamenti lo stesso ha anche la facoltà di ampliare o ripristinare la provvista utilizzata in tutto o in parte, per poi, eventualmente riutilizzarla, finché dura il rapporto, con ulteriori prelevamenti, entro il limite dell'affidamento concesso, i versamenti non possono considerarsi atti solutori perché non hanno lo scopo e l'effetto di uno spostamento patrimoniale in favore della banca, né l'effetto di soddisfare il creditore; piuttosto essi hanno lo scopo e l'effetto di ampliare o ripristinare la provvista utilizzabile dal cliente e cioè di ampliare o ripristinare la facoltà di indebitamento del correntista. Sicché, anche ai fini della ripetizione dell'indebito, «di pagamento, potrà parlarsi, soltanto dopo che, conclusosi il rapporto di apertura di credito in conto corrente, la banca abbia esatto dal correntista la restituzione del saldo finale nel computo del quale risultino compresi interessi non dovuti e, perciò, da restituire se corrisposti dal cliente all'atto della chiusura del conto»⁸¹. Diversamente accade, invece, quando si tratti di versamenti eseguiti su un conto scoperto cui non accede alcuna apertura di credito ovvero di versamenti destinati a coprire un passivo eccedente i limiti dell'accreditamento; in tal caso i versamenti hanno lo scopo e l'effetto di realizzare uno spostamento patrimoniale a favore della banca e, quindi, se privi di causa, sono senz'altro ripetibili sin dalla loro esecuzione. Tali conclusioni, in realtà, sono avvalorate anche dalla considerazione, sviluppata nella diversa sede della revocatoria fallimentare, ma che le sezioni unite sembrano avere adottato unitariamente alle conclusioni ivi formulate, per cui durante il corso del rapporto non è possibile ravvisare un credito esigibile della banca nei confronti del cliente, essendo quest'ultima tenuta, in base all'art. 1843 c.c., a mantenere la disponibilità della provvista fino alla chiusura del conto, con diritto del correntista ad utilizzarla e ripristinarla ulteriormente, a meno che non si verifichi una "condizione di esigibilità anticipata", come nell'ipotesi di conto scoperto o in eccedenza, in cui conseguentemente il versamento eseguito dal correntista si configura come comportamento solutorio. In ogni caso, la pronuncia del 2010 ha costituito oggetto di numerose critiche sia per il percorso argomentativo seguito⁸², sia per le conclusioni a cui è approdata, laddove è stato spesso richiamato, sia pure nell'ambito di costruzioni interpretative diversamente argomentate, l'indirizzo dottrinale che sottolinea come il conto corrente bancario sia uno strumento negoziale in virtù del quale le parti, banca e correntista, si impegnano a regolare, cioè adempiere, i reciproci rapporti tramite annotazioni, anziché "dazioni" di moneta legale; ed allora poichè le annotazioni determinano l'effetto immediato di produrre una variazione del saldo disponibile e, cioè, della quantità di moneta di cui il debitore può disporre, esse provocano uno spostamento patrimoniale fra banca e cliente, potendo assumere valore di pagamento e determinare la estinzione del rapporto obbligatorio che ha dato causa all'annotazione⁸³. A tale indirizzo, a cui si ritiene di aderire, si è anche fatto riferimento per sostenere la scelta legislativa adottata con la l. n. 10/2011 (art. 2, co. 61), con cui fu fatto il tentativo di arretrare la decorrenza della prescrizione al momento dell'annotazione sul conto mediante

v. Cass. 5 settembre 2018, n. 21646, in *Foro it.*, Rep. 2018, voce *Contratti bancari*, n. 34, a proposito dell'interesse del correntista all'accertamento giudiziale, prima della chiusura del conto, della nullità delle clausole anatocistiche e dell'entità del saldo parziale, depurato dalle appostazioni legittime.

⁸⁰ Cass. 6 novembre 2007, n. 23107, in *Foro it.*, Rep. 2007, voce *Fallimento* n. 557.

⁸¹ Cass., sez. un., 24418/2010, cit.

⁸² V. S. SCOTTI-CAMUZZI, *La restituzione ai clienti degli interessi anatocistici*, cit., 253 ss.

⁸³ Sebbene accogliendo questo indirizzo un fenomeno anatocistico ricorre nelle sole ipotesi delle annotazioni fuori fido o senza fido per cui si rinvia alla Dottrina richiamata *supra* nota 5.



una norma di interpretazione autentica come tale retroattiva, di cui fu dichiarata la illegittimità costituzionale⁸⁴. In effetti, i dubbi e gli interrogativi sollevati dalla pronuncia delle sezioni Unite avrebbero potuto giustificare un intervento legislativo diretto ad assicurare tra banca e cliente garanzie di certezza degli spostamenti patrimoniali, ma il legislatore, in sede di interpretazione autentica, ha riproposto, in tema di rapporti bancari, una rilettura dell'art. 2935 c.c., in modo che è subito apparso chiaro, per effetto della retroattività della norma interpretativa in contrasto con i giudicati già formati sul punto, un evidente vizio di incostituzionalità, tanto più perché rafforzato da una inspiegabile norma transitoria di irripetibilità dei pagamenti già eseguiti che, comunque intesi, come quelli operati dalla banca a seguito della domanda vittoriosa del cliente, oppure da quest'ultimo prima della chiusura del conto, in ogni caso confermavano lo sconfinamento del potere legislativo, per cui si aggiungeva l'ulteriore vizio di incostituzionalità per disparità di trattamento tra situazioni identiche, solo occasionalmente differenziate dall'antiorità del pagamento⁸⁵. A seguito della pronuncia di illegittimità costituzionale si è formato indirizzo consolidato⁸⁶, delineato dai principi di diritto formulati dalle Sezioni Unite del 2010, destinati ad operare, come si è poc'anzi osservato, nei giudizi di ripetizione di somme indebitamente corrisposte a titolo di interessi anatocistici, sia relativamente ai rapporti pregressi che a quelli *pro futuro*, che hanno dato luogo a una serie di incertezze applicative, soprattutto sul piano della definizione degli oneri di allegazione e di prova del correntista e della banca, e ancora della modalità di formulazione dell'eccezione di prescrizione⁸⁷, delle modalità di calcolo del saldo per la verifica dei pagamenti indebiti⁸⁸, che si sono tradotte poi in indirizzi contrastanti, e hanno anche originato nuovi interventi del Supremo Collegio nella sua funzione nomofilattica. In tale ambito precisamente si colloca l'Ordinanza esaminata.

⁸⁴ Corte cost., 5 aprile 2012, n. 78, in *Foro it.* 2012, I, 2599, con nota di A. PALMIERI, *Incostituzionalità dell'interpretazione autentica in materia di decorrenza della prescrizione nei rapporti bancari regolati in conto corrente*, e, altresì, in *Banca borsa tit. cred.*, 2012, con note di A.A. DOLMETTA, *Dopo la sentenza della Corte costituzionale n. 78/2012 (retroattività di leggi bancarie, prescrizione della ripetizione per titolo invalido di versamenti in c/c e diritto vivente dell'anatocismo)*, 431ss., di U. SALANITRO, *Retroattività e affidamento: la ragionevolezza del comma 61(art. 2 d.l. n. 225/2010, conv. L. n. 10/2011)*, 443 ss. La norma, battezzata come norma "salva banche (A.TANZA, *Anatocismo: la Consulta bocchia la norma "salva banche 3"* in www.altalex.it), in particolare disponeva *In ordine alle operazioni bancarie regolate in conto corrente l'art. 2935 c.c. si interpreta nel senso che la prescrizione relativa ai diritti nascenti dall'annotazione in conto inizia a decorrere dal giorno dell'annotazione stessa. In ogni caso non si fa luogo alla restituzione di importi già versati alla data di entrata in vigore della legge di conversione del presente decreto.*

⁸⁵ Diversamente, invece, sarebbe stato se il legislatore fosse intervenuto con una norma di interpretazione autentica del combinato disposto degli artt. 1842 e 1843 c.c., con riferimento al significato giuridico dei vari "prelevamenti" e "versamenti", risolvendo il problema – molto dibattuto in dottrina e in giurisprudenza, per le differenti applicazioni in sede fallimentare e di funzionalità del conto corrente affidato – del rapporto tra l'obbligo della banca di "tenere a disposizione" del correntista "una somma di danaro" ed il diritto dello stesso di "utilizzare più volte il credito verso la banca" per la concessa disponibilità, ripristinabile con i successivi versamenti. le conseguenze applicative sarebbero state, allora, naturali, e così pure in tema di decorrenza della prescrizione per la ripetizione di somme non dovute nel caso di addebiti illegittimi da parte della banca.

⁸⁶ Per cui v., da ultimo, Cass. 15 febbraio 2024, n. 4214, in *One Legale*; Cass. Ord. 13 aprile 2023, n. 9806 in *One legale*.

⁸⁷ Per cui v. Cass., sez. un., 13 giugno 2019, n. 15895, in *Giur. it.*, con nota di E. MINERVINI, *Versamenti in conto corrente e prescrizione dell'azione di ripetizione dell'indebitato*, 1830 ss.

⁸⁸ Il riferimento è alla questione relativa all'utilizzo del saldo contabile ovvero del saldo rettificato ai fini della individuazione della natura solutoria o ripristinatoria delle rimesse. Sul saldo banca, cioè quello risultante dagli estratti conto, v. V. TAVORMINA, *Sull'applicazione delle Sezioni Unite n. 24418/2010, dopo la sentenza della Corte costituzionale n. 78/2012; dinamiche processuali*, in *Banca borsa tit. cred.*, 2012, 464 ss.; sul saldo rettificato, quello ricalcolato dal consulente tecnico d'ufficio, previa eliminazione delle poste illegittimamente addebitate, v. R. MARCELLI, *Prescrizione e anatocismo negli affidamenti bancari. I principi stabiliti dalla sentenza della Cassazione S.U. 2 dicembre 2010, n. 24418: quelli enunciati e quelli impliciti*, in www.ilcaso.it, 2011. In giurisprudenza, v., da ultimo, Cass.Ord., 24 gennaio 2024, in *Diritto del risparmio*, 2024.



6. – Come si è avuto modo già di rilevare, il rapporto bancario sul quale si innesta la vicenda processuale che ha dato origine all’Ordinanza annotata si inquadra nell’ambito dei c.d. rapporti pregressi. In effetti, sul presupposto di una allegata e non contestata illegittima applicazione trimestrale di interessi anatocistici, l’Ordinanza enuncia alcuni fondamentali principi di diritto sugli oneri del correntista che esperisce in via autonoma azione per la restituzione di somme a vario titolo indebitamente corrisposte alla banca, distinguendo chiaramente fra allegazione e prova, ovvero tra onere di allegazione e onere della prova. E a tanto perviene confermando *ex professo* indirizzi consolidati sulla nullità di clausole anatocistiche di capitalizzazione trimestrale di interessi passivi e di commissioni di massimo scoperto, sul rimedio della ripetizione dell’indebitato, azionabile per la restituzione di somme non dovute all’istituto di credito, sulla decorrenza del corrispondente termine prescrizione, e pertanto sulle delicate questioni della natura delle annotazioni e della individuazione dei pagamenti *sine titulo*. Ai fini della valutazione dei motivi del ricorso, la Corte Suprema condivide i principi di diritto presso di essa formati sugli oneri di allegazione e di prova del correntista in ripetizione, aggiungendo un ulteriore tassello all’orientamento che, tenendo conto delle difficoltà legate alla prova documentale che caratterizza tali giudizi, ma anche delle difficoltà applicative scaturite dall’osservanza di principi consolidati risalenti al precedente del 2010, progressivamente perviene a soluzioni diverse da quelle precedentemente adottate, con un trattamento giuridico sostanzialmente simmetrico per il cliente bancario e per l’istituto di credito. Sulla base di una chiara identificazione dei fatti costitutivi dell’azione di ripetizione, “essenzialmente” corrispondenti alla “effettuazione del pagamento” e alla “assenza di un titolo giustificativo della prestazione eseguita”, e di una evidenziata distinzione fra onere di allegazione e onere della prova, logicamente e giuridicamente distinti, benché in punto di fatto tra loro connessi, l’Ordinanza, innanzitutto, statuisce che è onere dell’attore in ripetizione, sia allegare i fatti indicati, sia fornirne la prova. Quanto all’onere di allegazione, la Corte sottolinea l’importanza del suo assolvimento con riguardo ai “fatti rilevanti ai fini della decisione”, valendo, infatti a delimitare il *thema decidendum* della controversia, benché i medesimi fatti, ai fini della fondatezza della domanda, devono essere provati dalla parte su cui incombe il relativo onere. In ogni caso, così delimitando l’onere di allegazione del correntista, la Suprema Corte implicitamente aderisce all’orientamento consolidato in base al quale l’assolvimento di siffatto onere non implica anche la indicazione specifica dei versamenti effettuati e della loro natura⁸⁹. Questo indirizzo⁹⁰, è stato generalmente accolto in ragione delle intuibili difficoltà che avrebbe diversamente incontrato il correntista nell’instaurare un giudizio per la ripetizione di somme indebitamente corrisposte alla banca, oltre che per gli oneri economici che eventualmente avrebbe dovuto sostenere per avvalersi, ai fini della predetta identificazione, di una perizia di parte, con effetto evidentemente dissuasivo dell’iniziativa giudiziale. Tale approdo interpretativo è stato, peraltro, recentemente richiamato in un arresto del Supremo Collegio volto a definire la questione, sino ad allora molto controversa, della formulazione dell’eccezione di prescrizione opposta dalla banca contro la domanda del correntista che agisce per la condanna della stessa al pagamento del “credito restitutorio”⁹¹; precedente, questo, che qui rileva menzionare non tanto e non solo perché la predetta eccezione viene in considerazione anche nella vicenda processuale a cui l’Ordinanza si riferisce⁹², quanto per le conclusioni cui la

⁸⁹ *Ex multis* Cass. 30 novembre 2017, n. 28819, in *Foro it.*, Rep. Voce *Contratti bancari*, n. 50.

⁹⁰ Che, in realtà, trova la sua radice nella giurisprudenza formatasi in tema di revocatoria fallimentare, *ante* L. n. 80/2005, ferma nel ritenere che non sia affetta da nullità per indeterminazione dell’oggetto o della causa petendi la citazione contenente la domanda di revocatoria fallimentare di pagamenti costituiti da rimesse di conto corrente bancario, seppur in mancanza d’indicazione dei singoli versamenti solutori (Cass. sez. un. n. 8077 del 2012).

⁹¹ Cass. 15895/2019, *cit.*, che, anche nel rispetto di un principio di simmetria, afferma, infatti, che la banca convenuta in giudizio dal correntista per la ripetizione di somme alla stessa indebitamente corrisposte, svolgendo la sua difesa con la eccezione di prescri-



Corte Suprema è pervenuta, fondandosi sulla considerazione della “simmetria” richiesta alle parti “ai fini della validità della domanda di ripetizione e della ammissibilità dell’eccezione di prescrizione”⁹³. In sostanza, questo richiamo appare qui utile, in quanto espressivo di una tendenza interpretativa diversa rispetto a quella di alcuni indirizzi giurisprudenziali che, pur vertendo sulla applicazione di alcune regole di rito, si configurano come coerente sviluppo di orientamenti che hanno caratterizzato la evoluzione interpretativa della materia del c.d. anatocismo bancario. E, d’altro canto, tale tendenza trova conferma anche nell’orientamento in cui si inserisce l’Ordinanza esaminata concernente specificamente il contenuto dell’onere della prova del correntista in ripetizione. Quest’ultima, innanzitutto, dopo aver richiamato l’indirizzo giurisprudenziale consolidato, in virtù del quale, secondo le regole ordinarie, quelle cioè dettate dall’art. 2697 cc., l’attore in ripetizione “è tenuto a dimostrare i fatti costitutivi dell’azione esperita, dovendo, quindi, provare sia l’avvenuto pagamento e sia la mancanza di causa che lo giustifichi, ovvero il successivo venir meno di questa”⁹⁴, specifica che nei rapporti di conto corrente, ciò si traduce nell’onere del correntista di provare “di aver effettuato versamenti in conto, che tali versamenti siano veri e propri pagamenti e che questi ultimi non siano dovuti (in tutto o in parte)”⁹⁵. Così, quanto ai fatti costitutivi oggetto di prova, e precipuamente a proposito della individuazione dei versamenti in conto corrente, corrispondenti a veri e propri pagamenti, suscettibili di restituzione purché ne risulti altresì provata l’assenza di titolo giustificativo, risulta chiara, l’adesione dell’Ordinanza ai principi enunciati dalla pronuncia delle Sezioni unite del 2010, e assolutamente consolidati, allorché afferma che “l’addebito in conto di determinate somme non equivale necessariamente al pagamento delle stesse, il quale deriva dal compimento di rimesse solutorie da parte del correntista in costanza di rapporto o in chiusura dello stesso”⁹⁶. D’altro canto, sempre nell’ambito dell’*iter* argomentativo da essa seguito enuncia un principio di diritto in merito alla prova specifica del natura indebita del pagamento, per cui “la prova (o la non contestazione) dell’applicazione di commissioni di massimo scoperto in conto costituisce la prova della natura indebita delle corrispondenti poste annotate a debito nel conto, ma essa non esonera dalla prova del versamento in conto da parte del correntista di somme che costituiscono veri e propri pagamenti a tale titolo e, come tali, suscettibili di ripetizione”. L’aspetto particolarmente significativo, si ribadisce, è quello concernente l’assolvimento dell’onere probatorio del correntista sugli avvenuti pagamenti e sulla mancanza rispetto ad essi di una valida *causa debendi*; questi, infatti, in base ad un principio consolida-

zione ha l’onere di allegare l’inerzia (elemento costitutivo della prescrizione estintiva), manifestando le volontà di volersene avvalere, e genericamente tutte le rimesse affluite sul conto in data anteriore al decennio decorrente a ritroso dalla data di notificazione della domanda giudiziale, non dovendo, invece, specificamente indicare le singole rimesse aventi natura solutoria. E tanto vale maggiormente allor quando ci si trovi in presenza di un conto non affidato, perché tale evenienza determina come conseguenza che le rimesse affluite sul conto in passivo non possano avere natura ripristinatoria (E.MINERVINI, *Versamenti in conto corrente*, cit., 1839).

⁹² Costituendo, come di regola si verifica, il principale strumento di difesa delle ragioni dell’istituto di credito.

⁹³ Per cui “il correntista [...] potrà limitarsi ad indicare l’esistenza di versamenti indebiti e chiederne la restituzione in riferimento ad un dato conto e ad un tempo determinato, e la Banca, dal canto suo, potrà limitarsi ad allegare l’inerzia dell’attore in ripetizione, e dichiarare di volerne profittare” (Cass. 15895/2022).

⁹⁴ *Ex plurimis*, Cass. 27.11.2018, n. 30713, in *Foro it.*, Rep. 2018, voce *Contratto in generale*, n. 34; voce *Indebito*, n. 1,

⁹⁵ Si rileva, infatti, che “ovviamente se l’indebito non concerne tutto l’importo pagato, ma solo una parte di esso, chi allega di avere effettuato un pagamento dovuto solo in parte, e propone nei confronti dell’accipiens l’azione di ripetizione dell’indebito oggettivo per la somma pagata in eccedenza, ha l’onere di provare l’inesistenza di una causa giustificativa del pagamento per la parte che si assume non dovuta”. Cass. 23.08.2000, n. 11029, *Foro it.*, Rep. 2000, voce *Indebito*, n. 6; Cass. 13.11. 2003, n. 17146 in *Foro it.*, Rep. 2003, voce *Obbligazioni in genere*, 63; Cass. 17.03.2006, n. n 5896, in *Foro it.* Rep. 2006, voce *Indebito*, n. 3.

⁹⁶ Risulta, pertanto, evidente, si ribadisce, il richiamo alla distinzione tra rimesse ripristinatorie e solutorie delle SS.UU. 2010 e ai criteri da queste indicati per identificare i versamenti in conto corrente corrispondenti a veri e propri pagamenti, con consequenziale esclusione dal novero di questi ultimi delle annotazioni in conto, salvo che nelle ipotesi patologiche indicate dalla giurisprudenza richiamata.



to in giurisprudenza, deve farsi carico della produzione dell'intera serie degli estratti conto⁹⁷. D'altro canto, a parti invertite, il principio testè citato, relativamente ai rapporti bancari nei quali sia stata esclusa la validità, per mancanza di requisiti di legge, della pattuizione di interessi anatocistici, di interessi ultralegali, o di commissioni e spese non dovute, opera anche quando sia la banca ad agire giudizialmente per l'accertamento del suo credito nei confronti del cliente e per la condanna dello stesso al pagamento di somme di cui l'istituto di credito assume essere creditore. A tali risultati la giurisprudenza evidentemente è pervenuta sul presupposto generalmente riconosciuto per cui "l'estratto conto, quale atto riassuntivo delle movimentazioni del conto corrente, può senza dubbio offrire la prova del saldo del conto stesso, in combinazione con le eventuali controdeduzioni di controparte e le ulteriori risultanze processuali" (Ordinanza che si esamina), e della considerazione secondo la quale la produzione di tutta la serie degli estratti conto, attraverso la ricostruzione dell'intero andamento del rapporto, consente di stabilire con certezza le poste passive o attive facenti rispettivamente capo al cliente o all'istituto di credito. Un particolare problema, si è posto, però, per la definizione delle conseguenze scaturenti dall'adempimento parziale dell'onere probatorio e, pertanto, degli effetti derivanti dalla produzione giudiziale di una documentazione incompleta, sul piano della fondatezza della domanda attrice e, quindi, del suo accoglimento. La questione problematica si è posta pressochè negli stessi termini sia nei giudizi promossi dal cliente bancario che agisce per la restituzione di somme non dovute, sia in quelli instaurati dall'istituto di credito che agisce per l'accertamento del saldo attivo nei confronti del cliente bancario e per la condanna di quest'ultimo al pagamento del credito giudizialmente accertato. Anche in questo caso la giurisprudenza di legittimità è approdata a risultati in gran parte simmetrici per il cliente bancario e per l'istituto di credito, ovvero a soluzioni consolidate che presentano notevoli elementi di identità, pur con alcune differenze che, però, non corrispondono al tentativo di calare nel processo esigenze di tutela sostanziale della parte debole del rapporto contrattuale, e neanche costituiscono applicazione di "criteri presuntivi e approssimativi"⁹⁸, quanto piuttosto applicazione puntuale di principi e regole di diritto. Nell'ambito di questo importante processo interpretativo non mancano, tuttavia, indirizzi che si muovono in una direzione diversa⁹⁹. Avendo specifico riguardo all'onere della prova del correntista, si rinviene un orientamento interpretativo minoritario, in specie seguito da una parte della giurisprudenza di merito, in base al quale non può essere accolta la domanda del correntista in ripetizione che non riesce a fornire la prova dei fatti principali, costitutivi della sua pretesa, mediante la esibizione di tutti gli estratti conto attestanti le singole rimesse suscettibili di ripetizione, essendo egli onerato della ricostruzione dell'intero andamento del rapporto¹⁰⁰. In questo orientamento si colloca anche la pronuncia della Corte di appello oggetto di impugnazione¹⁰¹. Di contro si è, invece, affermato un diverso orientamento, ampiamente condiviso, e fondato sul pre-

⁹⁷ Cass. 17 aprile 2020, n. 7895, in *Foro it.*, Rep. 2020, voce *Contratti bancari*, n. 31. V. F. VISMARA, *Controversie in tema di rapporti bancari e onere della prova alla luce della recente giurisprudenza*, in *Contratti*, 2022, 228 ss.

⁹⁸ Cass., del 2 maggio 2019, 11543, in *Foro it.*, 2019, c. 3231, con nota di P. LAGHEZZA, *La prova (parziale) degli estratti conto*.

⁹⁹ Si vuole fare riferimento, in particolare, a indirizzi giurisprudenziali che appaiono essere, invece, in linea di continuità con la più volte citata giurisprudenza della *primavera del '99* e con i suoi ulteriori sviluppi. Essi, attraverso l'applicazione del criterio della vicinanza della prova (Cass. sez. un., 30 ottobre 2001, n. 13533, in *Foro it.*, 2002, c. 769 con nota di P. LAGHEZZA) e una conseguente attenuazione delle regole del riparto dell'onere probatorio, costituiscono, come è stato affermato, "il tentativo di inclinare il piano sostanziale per riversare su quello del processo regole di protezione che solo sul primo possono avere giustificazione" (F. DELL'ANNA MISURALE E G. DELL'ANNA MISURALE, *op. ult. cit.*, 5.). Diversa è la posizione di chi ritiene che dare applicazione al criterio della vicinanza della prova con riguardo ai contratti di impresa, significa attribuire rilevanza processuale alla posizione di strutturale differenza tra le parti che il binomio concettuale produttore-cliente contiene (AA. DOLMETTA e U. MALVAGNA, *Vicinanza della prova in materia di contenzioso bancario. Spunti (I. Il saldo zero)*, in *Riv. dir. banc., dirittobancario.it*, 2014 p. 10.)

¹⁰⁰ Cass. Ord., 28 novembre 2018, n. 30822, in *Foro it.*, 2018, Rep. voce *Contratti bancari*, n. 32.

¹⁰¹ Infatti, secondo la ricostruzione effettuata dall'ordinanza annotata, "Nel caso di specie, la Corte di appello, dopo aver afferma-



supposto per cui la definizione delle conseguenze discendenti da una produzione incompleta non può essere regolata “da principi rigidi e massimalistici” e che, nella prospettiva consegnata dall’art. 2697 c.c., sarebbe “improprio”, oltre che privo di una “ragione in senso logico e giuridico”, collegare sistematicamente alla mancata documentazione di una parte delle movimentazioni del conto il cui saldo sia a credito del correntista e quindi a debito della banca¹⁰², il rigetto della pretesa azionata. Si è, così, giunti ad affermare che “nei rapporti bancari di conto corrente, una volta che sia stata esclusa la validità della pattuizione di interessi anatocistici o ultralegali a carico del correntista e si riscontri la mancanza di una parte degli estratti conto, il primo dei quali rechi un saldo a debito del cliente che ha promosso domanda giudiziale per la restituzione di somme non dovute, “l’accertamento del dare e avere può attuarsi con l’utilizzo di prove che forniscano indicazioni certe e complete atte a dar ragione del saldo maturato all’inizio del periodo per cui siano stati prodotti gli estratti conto; ci si può inoltre avvalere di quegli elementi che consentano di affermare che il debito nell’intervallo non documentato sia inesistente o inferiore al saldo passivo iniziale del primo degli estratti conto prodotti o che permettano addirittura di affermare che in quell’arco di tempo sia maturato un credito per il cliente stesso; diversamente si devono elaborare i conteggi partendo da tale saldo debitore”¹⁰³. Pertanto, in una vicenda processuale, promossa dal correntista, attore in ripetizione, in cui la documentazione prodotta in giudizio è incompleta, in quanto mancante della parte degli estratti conto che avrebbero dovuti documentare la prima frazione del rapporto, in mancanza di diverse evidenze, il conteggio dare – avere deve essere effettuato partendo dal primo saldo a debito del cliente di cui si abbia evidenza. La giurisprudenza utilizza un criterio che alla luce delle regole ordinarie dell’art. 2697 c.c. e di quelle del processo (artt. 115 e 116 c.p.c.), e considerato il dovere del correntista (attore in ripetizione), di dissolvere l’incertezza relativa al progresso andamento del rapporto, in mancanza di diversi riscontri, applica il dato più sfavorevole all’attore¹⁰⁴.

to che il correntista che agisce in ripetizione di indebiti pagamenti ha lo specifico onere di produrre tutti gli estratti conto periodici dalla data di avvio del rapporto fino alla sua chiusura, essendo altrimenti impossibile stabilire con esattezza le somme da ultimo rilevate alla chiusura del conto, e dunque verificare l’esistenza e l’entità di somme dovute in restituzione, ha rilevato che nella specie non vi era la prova del pagamento oggetto della richiesta di restituzione, perché mancava l’ultimo estratto conto, dal quale poteva dedursi l’esistenza di un credito o di un debito del correntista al momento della chiusura del conto, e non era attestato da nessuna parte nemmeno se si trattava di saldo positivo o di saldo negativo, senza che tale carenza fosse colmabile in alcun modo, neppure considerando la situazione contabile risultante dal penultimo estratto conto, perché non poteva escludersi che nei due mesi successivi al 31/12/2000, che precedevano la chiusura del conto, avvenuta il 05/03/2001 fossero intervenuti movimenti incidenti sulla determinazione del credito in restituzione”.

¹⁰² O viceversa. Lo stesso ragionamento è stato esteso alle ipotesi in cui il problema della produzione giudiziale di documentazione incompleta riguardi giudizi nei quali la banca assuma la posizione di attrice (v. anche nota successiva). Con riferimento all’onere del correntista, oltre a Cass. 11543/2019, v. Cass., 13 settembre 2021, n. 24641, in *Foro it.*, Rep. 2021, voce *Contratti bancari*, n. 69.

¹⁰³ Per cui, quando il giudizio sia stato promosso dalla banca, l’accertamento del dare e avere può del pare attuarsi con l’utilizzo di prove che forniscano indicazioni certe e complete che diano giustificazione del saldo maturato all’inizio del periodo per cui sono stati prodotti gli estratti conto; è possibile poi prendere in considerazione quegli ulteriori elementi che, pur non fornendo indicazioni atte a ricostruire l’evoluzione del rapporto, consentono quantomeno di escludere che il correntista, nel periodo per cui gli estratti conto sono mancanti, abbia maturato un indeterminato credito, piuttosto che un debito nei confronti della banca: sicché in quest’ultima ipotesi è possibile assumere, come dato di partenza per la rielaborazione delle successive operazioni documentate, il saldo zero; in mancanza di elementi nei due sensi indicati la domanda andrà respinta per il mancato assolvimento dell’onere probatorio incombente sulla banca che ha intrapreso il giudizio”. Il diverso criterio applicato nei giudizi in cui la banca è attrice “si spiega facilmente perché essa deve fornire una base certa per la rielaborazione del conto e tale base non è offerta se la medesima non riesca ad eliminare l’incertezza quanto al fatto che al momento iniziale del periodo rendicontato il correntista possa essere creditore di un importo di indeterminato ammontare. Diversi ancora sono i criteri applicati nei giudizi in cui banca e correntista propongono domande contrapposte (Cosi, Cass. 11543/2019, cit.).

¹⁰⁴ Di diverso avviso è, invece, quella parte della giurisprudenza di merito (*ex multis*, Trib. Casoria 23 settembre 2011, n. 416, inedita) che, facendo riferimento al criterio della vicinanza della prova, statuisce che in caso di mancata produzione in giudizio degli estratti conto iniziali, il ricalcolo del *quantum* dovuto dal cliente, nei giudizi di accertamento negativo del debito nei confronti della



In effetti, allora, l'orientamento a cui aderisce l'Ordinanza, che ha riguardo, tuttavia, ad una vicenda in cui risultano mancanti un estratto conto intermedio e uno finale, si colloca proprio nell'ambito dell'indirizzo appena citato, per cui è illogico e non ragionevole, in punto di diritto, far discendere automaticamente dalla incompletezza della documentazione, il rigetto della domanda attrice, (in generale, sia che si tratti del correntista, sia che si tratti della banca), rappresentando di tale indirizzo la fase più evoluta. Si è, infatti, affermato che gli estratti conto non costituiscono prova legale delle movimentazioni in conto corrente, le quali sono suscettibili di prova libera, cioè dimostrabili mediante argomenti di prova o elementi indiretti che compete al giudice di merito¹⁰⁵ valutare nell'ambito del suo prudente apprezzamento; che, d'altro canto, quando la prova dei movimenti del conto, di cui il correntista sia onerato, non è completa, il giudice può integrare quella offerta dal correntista medesimo, eventualmente con mezzi di cognizione disposti d'ufficio, come la consulenza tecnica d'ufficio – la quale, in tali giudizi, considerate le specifiche cognizioni tecniche che la materia richiede, assume le vesti dell'accertamento tecnico contabile¹⁰⁶ –, anch'essa affidata al prudente apprezzamento del giudice¹⁰⁷. Si è così giunti al principio di diritto, contenuto nella Ordinanza esaminata, ed altresì operante anche nei giudizi in cui l'istituto di credito è attore, per cui a fronte di una produzione non integrale degli estratti conto, la prova dei movimenti del conto può desumersi anche *aliunde*¹⁰⁸, avvalendosi eventualmente dell'opera di un consulente d'ufficio che “ridetermini il saldo in base a quanto emergente dai documenti prodotti in giudizio, i quali, comunque, devono fornire indicazioni certe e complete¹⁰⁹. Si tratta del punto di approdo di una evoluzione giurisprudenziale che, in modo assolutamente condivisibile, facendo applicazione delle regole di rito, preserva l'equilibrio processuale delle parti, senza che ciò si possa tradurre nella negazione della asimmetria di forza contrattuale che caratterizza i loro rapporti sul piano sostanziale. E tanto secondo una tendenza opposta a quella che pure emerge da alcuni indirizzi interpretativi, la cui analisi l'Ordinanza ha sollecitato, ove, invece, risulta chiaro l'intento dell'interprete di voler garantire la tutela del cliente bancario, riconoscendo alla disciplina sostanziale la capacità di riverberare i suoi effetti su quella processuale¹¹⁰. Tendenze che rispecchiano istanze diverse, in definitiva riconducibili ai principi di buona fede e

banca, in cui vi è la necessità di espungere dal saldo finale gli interessi non dovuti, debba essere effettuato avendo come base di partenza il c.d. saldo zero. Questo orientamento ha ricevuto l'avallo di una parte della dottrina che ha valutato “ragionevole” tale approccio M. (M. SEMERARO, *Anatocismo bancario*, cit., 175 ss.), argomentando dall'obbligo della banca di tenuta delle scritture contabili ex art. 2220 c.c. ed altresì dall'obbligo ex art. 119 c.c. TUB, di fornire al cliente, su sua richiesta, la documentazione inerente alle singole operazioni poste in essere negli ultimi dieci anni. In questo senso, v., anche AA. DOLMETTA E U. MALVAGNA, *Vicinanza della prova in materia di contenzioso bancario*, cit. Diverso è l'indirizzo che si è formato nella giurisprudenza di legittimità, per cui v. Cass. 9210/2015, cit., con nota adesiva di F. DELL'ANNA MISURALE E G. DELL'ANNA MISURALE, *La Cassazione boccia l'applicazione del saldo zero*, cit. V., anche, Cass. 30 novembre 2017, n. 28819, cit. Inoltre, per i giudizi in cui l'istituto di credito e il cliente propongono domande contrapposte v. Cass. 11543/2019, cit. e Cass. 15 maggio 2023, n. 13139, in *One Legale*. Al criterio della vicinanza della prova si fa riferimento anche con riguardo alla questione dibattuta relativa alla possibilità e ai limiti di esercizio in via giudiziale del diritto attribuito al correntista dalla norma dell'art. 119, co. 4, TUB, per cui v. *infra* nota 95.

¹⁰⁵ Cass. 29190/2020.

¹⁰⁶ Per cui v. l'importante arresto di Cass., sez. un., 13.9.2022, n. 6500, in *Foro it.*, Rep. 2022, voce *Consulente*, nn. 15, 16, 17, 30, 31.

¹⁰⁷ La consulenza tecnica d'ufficio, infatti, non essendo qualificabile come mezzo di prova in senso proprio, è sottratta alla disponibilità delle parti e affidata al prudente apprezzamento del giudice.

¹⁰⁸ Cass. Ord., 21.12.2020, n. 29190, in *Foro it.*, Rep. 2020, voce *Contratti bancari*, n. 30.

¹⁰⁹ Cass. 20621/2020, cit.

¹¹⁰ E ciò al di fuori di qualsiasi previsione legislativa. Così, Cass. 13 settembre 2021, n. 24641, in *Foro it.*, Rep. 2021, voce *Contratti bancari*, n. 69, per cui il diritto riconosciuto al cliente e agli altri soggetti indicati dall'art. 190, co. 4, TUB, ad ottenere a proprie spese copia della documentazione inerente a singole operazioni poste in essere negli ultimi dieci anni, ivi compresi gli estratti conto, può essere esercitato in sede giudiziale attraverso l'istanza di cui all'art. 210 c.p.c., in concorso dei presupposti previsti da tale disposizione, a condizione che detta documentazione sia stata precedentemente richiesta alla banca che, senza giustificazione, non vi abbia



JUS CIVILE

di ragionevolezza. In vero, si ritiene che taluni approdi giurisprudenziali, innanzitutto quelli della fine del secolo scorso e, da ultimo, quello della sentenza considerata, siano supportati da impliciti richiami al principio della buona fede, mentre altre tendenze interpretative sembrano individuare il loro riferimento nella tutela del mercato e, altresì, dal punto di vista teorico, nel principio di ragionevolezza, anche inteso come criterio ermeneutico che consente di pervenire, sulla base di una valutazione delle specificità del caso concreto, a esiti interpretativi frutto del bilanciamento degli interessi in gioco e altresì conformi ai valori dell'ordinamento¹¹¹.

provveduto. In senso contrario, v. *ex multis*, Cass. Ord., 30.10.2020, n. 24181, *Foro it.*, Rep. 2020, voce *Contratti bancari*, n. 18. Con riferimento all'ambito di operatività della richiamata previsione normativa, v. E. MINERVINI, *Sull'ambito di applicazione dell'art. 119, 4° comma T.U.B.*, in *Giur it.*, 2021, 1326 ss.

¹¹¹ Per cui cfr. gli AA. citati *supra* nota 6.



TRIB. L'AQUILA, ORD. 15 GENNAIO 2024, N. 233

In presenza dei presupposti richiesti dalla legge per l'applicazione dell'art. 363bis c.p.c., va disposto il rinvio pregiudiziale degli atti alla Suprema Corte di cassazione per la risoluzione della questione di diritto attinente all'ammissibilità della rinuncia abdicativa al diritto di proprietà su beni immobili, nonché all'eventuale indicazione del perimetro del sindacato giudiziale sull'atto.

TOMMASO DE MARI CASARETO DAL VERME

Assegnista di ricerca in Diritto privato – Università degli Studi di Trento

AMMISSIBILITÀ DELLA RINUNCIA ABDICATIVA AL DIRITTO DI PROPRIETÀ IMMOBILIARE E SUO PERIMETRO DI SINDACABILITÀ GIUDIZIALE: LA PAROLA AI GIUDICI DI LEGITTIMITÀ

SOMMARIO: 1. Il caso e le questioni sottoposte alla Corte. – 2. I termini del dibattito. – 3. La generale ammissibilità della rinuncia abdicativa. – 4. Il perimetro di sindacabilità giudiziale. – 5 Considerazioni conclusive.

1. – L'ordinanza annotata origina dalla domanda avanzata dal Ministero dell'Economia e delle Finanze (MEF) e dall'Agenzia del Demanio che agivano in giudizio al fine di ottenere la declaratoria di nullità, invalidità e, in ogni, caso inefficacia nei confronti dello Stato dell'atto unilaterale con cui due soggetti avevano rinunciato alla proprietà di alcuni terreni inservibili e privi di reale valore economico in quanto tutti sottoposti a vincolo di pericolosità elevata del PAI (Piano di Assetto Idrogeologico). A sostegno della propria domanda gli attori adducono l'inesistenza nel nostro ordinamento giuridico di una generica facoltà di rinuncia abdicativa al diritto di proprietà immobiliare, nonché la nullità dell'atto di rinuncia per la non meritevolezza e/o illiceità della causa in concreto, ex artt. 1322 e 1343 c.c., ovvero per illiceità del motivo (ai sensi dell'art. 1345 c.c.), ovvero ancora per essere l'operazione realizzata in frode alla legge (art. 1344 c.c.) o in violazione del divieto di abuso del diritto (art. 833 c.c.).

Il Tribunale di L'Aquila¹, ricorrendo al nuovo istituto del rinvio pregiudiziale introdotto dall'art. 363-bis c.p.c.², ha sospeso il giudizio di merito e rimesso alla Corte di cassazione la questione di diritto attinente sia

¹ Trib. L'Aquila 15 gennaio 2024, n. 233. All'ordinanza in commento ha fatto seguito un altro rinvio pregiudiziale disposto dal Trib. Venezia 22 aprile 2024, n. 4569, che ha rimesso alla Corte la questione circa l'ammissibilità della rinuncia abdicativa al diritto di proprietà immobiliare.

² La disposizione è stata introdotta dal D.lgs. 10 ottobre 2022, n. 149. Ai sensi del primo comma dell'art. 363-bis c.p.c., «il giudice di merito può disporre con ordinanza, sentite le parti costituite, il rinvio pregiudiziale degli atti alla Corte di cassazione per la risoluzione di una questione esclusivamente di diritto, quando concorrono le seguenti condizioni: 1) la questione è necessaria alla defini-



alla generale ammissibilità della rinuncia abdicativa al diritto di proprietà immobiliare, sia all'eventuale indicazione del perimetro del sindacato giudiziale sull'atto unilaterale di rinuncia. La questione ha da tempo ricevuto particolare attenzione nel dibattito giuridico³, ma di recente ha conosciuto rinnovata considerazione dalla giurisprudenza e dalla dottrina in ragione dell'accresciuta frequenza statistica delle vicende rinunciative rispetto a quei beni immobili che producono vantaggi talmente limitati da divenire economicamente sconvenienti per il proprietario e da non trovare domanda di mercato neppure a titolo gratuito⁴. Tuttavia, la questione di diritto in esame non risulta finora essere stata specificamente affrontata dalla giurisprudenza di legittimità, come anche osservato dalla Prima Presidente della Corte di cassazione nel decreto con cui ha dichiarato ammissibile il rinvio pregiudiziale in esame⁵. Tale circostanza rende quantomeno opportuna l'ordinanza di rimessione alla Suprema Corte perché essa possa esercitare la propria funzione nomofilattica.

2. – La questione dell'ammissibilità della rinuncia abdicativa alla proprietà sconta ancora una sostanziale assenza di univocità di visioni. Nella dottrina si registra un tendenziale clima favorevole a riconoscere l'ammissibilità del negozio unilaterale di rinuncia abdicativa⁶, spesso valorizzando la presenza nel Codice civile di indici normativi che espressamente contemplano ipotesi di rinuncia liberatoria o traslativa⁷, in base alle quali il titolare, per liberarsi dalle obbligazioni precedentemente assunte, ha la facoltà di rinunciare al

zione anche parziale del giudizio e non è stata ancora risolta dalla Corte di cassazione; 2) la questione presenta gravi difficoltà interpretative; 3) la questione è suscettibile di porsi in numerosi giudizi».

³ È stato osservato che già nel diritto romano, intorno al III secolo d.C., si affacciava sulla scena il problema della dismissione del bene, dato che nei frammenti del Digesto riconducibili a Paolo e Ulpiano si tratta della *derelictio* anche degli immobili, e dall'età classica in poi i romani sono stati per lo più favorevoli alla derelizione degli immobili. L'opinione prevalente, sopravvissuta durante il diritto intermedio sino all'età delle codificazioni, era che fosse possibile "disfarsi" di un bene attraverso la volontà con il contestuale abbandono del possesso. Infatti, il Codice Napoleone non regolava espressamente l'istituto, ma la dottrina lo ammetteva secondo tradizione richiamando gli articoli 539, 656 e 699. Nemmeno il Codice civile italiano del 1865 regolava espressamente l'abbandono, pur richiamandolo indirettamente in varie norme, e ciò probabilmente si spiegava con la scarsa frequenza con cui il fenomeno si verificava. Tale assetto indusse la dottrina del tempo a dedurre che la facoltà di abbandonare il bene fosse insita nello stesso diritto di proprietà. Per un approfondimento delle tematiche, cfr. C. BONA, *L'abbandono mero degli immobili*, Editoriale Scientifica, 2017, 20 ss.; V. BRIZZOLARI, *La rinuncia alla proprietà immobiliare*, in *Riv. dir. civ.*, 2017, 1, 192; M. COMPORTELLI, *Abbandono*, in *Enc. giur. Treccani*, 1988, 2 ss.; G. BRANCA, *Abbandono (derelictio)*, in *Enc. dir.*, vol. I, Giuffrè, 1958, 1 ss.; G. DONATUTTI, *Derelizione*, in *Enc. it. scienze, lettere ed arti*, App. I, Roma, Istituto dell'enciclopedia italiana, 1949, 510; P. BONFANTE, *Istituzioni di diritto romano*, Vallardi, 1925, 284 ss.; B. BRUGI, *Istituzioni di diritto civile*, Società Editrice Libreria, 1923, 397; F. ATZERI VACCA, *Delle rinunce secondo il Codice civile italiano*, Unione tipografico-editrice torinese, 1910, 105.

⁴ C. SALVI, *Proprietà e possesso*, in S. MAZZAMUTO (diretto da), *Trattato del diritto privato*, III, Giappichelli, 2021, 136.

⁵ Decreto della Prima Presidente della Corte di cassazione del 28 febbraio 2024, consultabile al sito: https://www.cortedicassazione.it/resources/cms/documents/Provvp_PP_rinvio_preg_RG_2098_2024_Trib_LAquila.pdf.

⁶ Quello della negoziabilità della rinuncia rappresenta uno dei primi interrogativi che hanno interessato il dibattito sul tema. La maggior parte della dottrina si esprime in favore della natura negoziale della rinuncia, sulla scorta dell'importanza del ruolo della volontà nel compimento dell'atto dimissivo. Per una ricostruzione storica, cfr. G. BRANCA, voce *Abbandono*, cit., 1 ss. Sulla rinuncia come negozio giuridico, cfr. F. MACIOCE, *Rinuncia (diritto privato)*, in *Enc. dir.*, vol. XL, Giuffrè, 1989, 926 ss.; L. CARIOTA FERRARA, *Il negozio giuridico nel diritto privato italiano*, Morano, 1962, 144; S. PUGLIATTI, *I fatti giuridici*, Giuffrè, 1945, 40. In senso critico alla natura negoziale, invece, L. BOZZI, *La negoziabilità degli atti di rinuncia*, Giuffrè, 2008, 48 ss., che qualifica la rinuncia alla stregua di un atto giuridico in senso stretto. In simili termini si veda anche, nella giurisprudenza, Trib. Perugia 30 aprile 2021, n. 704, dove si legge che la rinuncia si avvicina "ad un atto giuridico puro piuttosto che ad un negozio". Sul punto anche E. DAMIANI, *La rinuncia alla proprietà immobiliare è abuso del diritto?*, in *Jus Civile*, 2022, 1, 6.

⁷ In senso favorevole alla possibilità di trarre dalla presenza di ipotesi di abbandono liberatorio anche la configurabilità della rinuncia meramente abdicativa, cfr. M. BELLINIA, *La rinuncia alla proprietà ed ai diritti reali di godimento*, Consiglio Nazionale del Notariato, studio 216-2014/C, 2014, §3.



proprio diritto reale ovvero alla propria quota di comproprietà, che si trasferisce a soggetti terzi in virtù del principio di elasticità del diritto di proprietà ovvero per espressa previsione di legge. Tra queste fattispecie si evocano generalmente l'art. 882 c.c., in tema di rinuncia del comproprietario del muro al suo diritto al fine di esimersi dall'obbligo di contribuire alle spese di ricostruzione e riparazione, l'art. 550 c.c., in tema di cautela sociniana, l'art. 1104 c.c., che consente a ciascun partecipante alla comunione di rinunciare al proprio diritto di comproprietà al fine di sottrarsi alle spese necessarie per la conservazione e il godimento della cosa comune, l'art. 1070 c.c., che consente al proprietario del fondo servente di liberarsi delle spese necessarie per l'uso o per la conservazione della servitù, rinunciando alla proprietà del fondo stesso a favore del proprietario del fondo dominante⁸. Argomenti a favore di una generale ammissibilità della rinuncia sono stati ricavati anche dalla formulazione dei nn. 5 degli art. 1350 e 2643 c.c., i quali – tra gli atti che, rispettivamente, debbono farsi per iscritto e quelli per cui è obbligatoria la trascrizione – menzionano gli atti di rinuncia ai diritti indicati nei numeri precedenti degli articoli appena citati, tra i quali figura anche la proprietà di beni immobili⁹.

Le voci contrarie, invece, invocano principalmente l'illegittimità dell'atto di rinuncia sulla scorta della sua contrarietà a norme imperative o principi inderogabili dell'ordinamento. Tra questi emerge l'argomento per cui la rinuncia abdicativa sarebbe in contrasto con la stessa funzione sociale della proprietà enunciata dall'art. 42 Cost.¹⁰, nonché con i doveri di solidarietà economica di cui all'art. 2 Cost.¹¹, poiché essa concretizzerebbe un mero vantaggio egoistico del proprietario in danno della collettività¹². Infatti, l'atto di rinuncia produce, quale effetto diretto del negozio, la mera dismissione del diritto di proprietà, e quale effetto indiretto o riflesso¹³ il trasferimento automatico della proprietà allo Stato ai sensi dell'art. 827 c.c., per cui i beni immobili che non sono in proprietà di alcuno spettano al patrimonio dello Stato¹⁴. Pertanto, in virtù di tale trasferimento il privato scarica unilateralmente tutti i pesi e i costi associati all'immobile sulla collettività, senza possibilità per lo Stato di sottrarsi a tale effetto in ragione della natura non ricettizia dell'atto di rinuncia che, per produrre effetti, non necessita né di conoscenza né di accettazione da parte dell'ente pubblico¹⁵.

⁸ Per una ricostruzione cfr., *ex multis*, E. DAMIANI, *La rinuncia*, cit., 5 ss.; C. SALVI, *Proprietà e possesso*, cit., 135; M.F. GIORGIANNI, *Sull'ammissibilità della rinuncia alla proprietà*, in *Riv. notar.*, 2019, 3, 587; C. BONA, *L'abbandono*, cit., 37 ss.

⁹ In questo senso, V. BRIZZOLARI, *Note a margine di un caso emblematico di rinuncia alla proprietà immobiliare*, in *Nuova giur. civ. comm.*, 2021, 3, 636; ID., *La rinuncia*, cit., 190, che osserva come il fondamento della rinuncia abdicativa si rinvenga negli artt. 1350 e 2643 c.c., i quali seppure non affermando direttamente la rinunciabilità del diritto di proprietà sugli immobili, ne regolamentano pur sempre la forma, assorbendo così il problema della sua ammissibilità.

¹⁰ In questo senso, Trib. Genova 5 febbraio 2019; T.A.R. Piemonte 28 marzo 2018, n. 368, in *Riv. giur. edil.*, 2018, 3, I, 715; T.A.R. Puglia 17 settembre 2008, n. 2131; T.A.R. Puglia 17 settembre 2009, n. 2081.

¹¹ C. SALVI, *Proprietà e possesso*, cit., 138.

¹² E. DAMIANI, *La rinuncia*, cit., 11 ss.; N. SCARANO, *La rinuncia abdicativa al diritto di proprietà (esclusiva) sui beni immobili: osservazioni sui più recenti orientamenti e prospettive comparate*, in *Contr. impr.*, 2021, 3, 982.

¹³ Il trasferimento della proprietà dell'immobile all'ente pubblico sarebbe un effetto meramente indiretto dell'atto di rinuncia. In questo senso, G.V. COLONNA, *A proposito della causa della rinuncia abdicativa alla proprietà*, in *Notariato*, 2020, 4, 380, che osserva come nella rinuncia alla proprietà la dismissione del diritto rientra tra quelli che tradizionalmente si usa classificare come "effetti diretti" del negozio, mentre il trasferimento della proprietà all'ente pubblico avviene come "effetto indiretto" o "riflesso". Si veda anche T. PASQUINO, *La rinuncia alla proprietà immobiliare, con particolare riferimento alla quota in multiproprietà*, in *Nuovo dir. civ.*, 2019, 2, 27.

¹⁴ Sul fatto che la rinuncia abdicativa produca, quale unico effetto diretto del negozio, la mera dismissione del diritto la dottrina è per lo più concorde. Si vedano, *ex multis*, L. BOZZI, *La negoziabilità*, cit., 49 ss.; G.V. COLONNA, *A proposito della causa*, cit., 378; F. MACIOCE, *Rinuncia*, cit., 931; L. BIGLIAZZI GERI, *Oneri reali e obbligazioni propter rem*, Giuffrè, 1984, 137.

¹⁵ La dottrina propende per il carattere non ricettizio dell'atto di rinuncia, in quanto non richiede la conoscenza né l'accettazione da parte di altri soggetti per produrre effetti. Per tutti, cfr. C. BONA, *L'abbandono*, cit., 43, 74 ss.; L. CARIOTA FERRARA, *Il negozio*, cit., 136. Di recente nella giurisprudenza, di veda T.A.R. Lombardia 18 dicembre 2020, n. 2553, in *Nuova giur. civ. comm.*, 2021, 3, 631, con nota di BRIZZOLARI, laddove si afferma che «l'orientamento più aderente al sistema, e perciò più convincente e preferibile, è



L'opzione abdicativa è stata anche ricondotta alla fattispecie dell'abuso del diritto o del negozio in frode alla legge¹⁶, in quanto sarebbe unicamente preordinata a sottrarsi agli oneri, ai costi e alle responsabilità derivanti dalla titolarità del bene¹⁷. Secondo alcuni, poi, il trasferimento della proprietà allo Stato non potrebbe che integrare un acquisto della proprietà a titolo originario¹⁸, in potenziale violazione della regola della tipicità e tassatività dei modi di acquisto della proprietà di cui all'art. 922 c.c.¹⁹.

A livello giurisprudenziale si registrano oscillazioni tra la giurisprudenza ordinaria e quella amministrativa, che di solito affronta la questione nell'ambito della c.d. occupazione acquisitiva da parte della p.a. I giudici dell'amministrazione hanno alternato pronunce che negano cittadinanza alla rinuncia abdicativa²⁰ – poiché essa non può essere desunta dalle norme codicistiche che menzionano ipotesi tipiche di rinuncia liberatoria o traslativa²¹ – ad altre che ammettono una “applicazione generale” dell'istituto²². La giurisprudenza ordinaria, seppure decisamente più esigua, appare maggiormente coesa nell'ammettere la rinuncia abdicativa quale espressione del potere di disposizione del proprietario²³.

quello – prevalente nella dottrina civilistica – che, argomentando da una serie di indici normativi – tratti, in particolare, dagli artt. 827, 1118, comma 2, 1350 n. 5 e 2643 n. 5 c.c. –, propende per l'ammissibilità in generale dell'istituto, arrivando a concludere che si tratta di un negozio giuridico unilaterale, non recettizio, con il quale un soggetto, il rinunciante, nell'esercizio di una facoltà, dismette, abdica, perde una situazione giuridica di cui è titolare, *rectius* esclude un diritto dal suo patrimonio, senza che ciò comporti trasferimento del diritto in capo ad altro soggetto, né automatica estinzione dello stesso».

¹⁶ F. PIAIA, *Rinuncia abdicativa al diritto di proprietà immobiliare nella dinamica della comparazione degli interessi: una lettura alternativa*, in *Riv. crit. dir. priv.*, 2022, 329 ss.

¹⁷ Tra questi si ricordano, esemplificativamente, gli adempimenti fiscali diretti e indiretti, la manutenzione ordinaria e straordinaria al fine di non arrecare danni alla collettività, gli obblighi di cui al Codice dell'Ambiente concernenti lo smaltimento di rifiuti e la bonifica di terreni inquinati, così come la responsabilità di natura privatistica connessa agli eventuali danni cagionati dalla rovina dell'immobile ex art. 2053 c.c. e, in generale, 2043 c.c. Si veda, per tutti, R. FRANCO, *La rinuncia alla proprietà (immobiliare): ripensamenti sistematici di (antiche e recenti) certezze. Spunti per una comparazione giuridica*, Edizioni Scientifiche Italiane, 2019, 84 ss.

¹⁸ Nel senso che l'art. 827 c.c. fonderebbe un acquisto della proprietà a titolo originario, cfr. C. BONA, *L'abbandono*, cit., 73 s.; A. QUARTA, *Non-proprietà. Teoria e prassi dell'accesso ai beni*, Edizioni Scientifiche Italiane, 2016, 261; R. MATERI, M. MOLINARI, *Atto di abbandono della proprietà tra volontà privata e interesse pubblico*, in *Notar.*, 2016, 6, 567; G.V. COLONNA, *A proposito della causa*, cit., 381; V. BRIZZOLARI, *La rinuncia*, cit., 201; C.M. BIANCA, *Diritto civile, La proprietà*, VI, Giuffrè, 2017, p. 285. Nella giurisprudenza, Cass. 11 marzo 1995, n. 2862, in *Notar.*, 1998, 18 ss., con nota di ORLANDONI.

¹⁹ In questo senso, G. ORLANDO, *Rinuncia opportunistica alla proprietà immobiliare e abbandono immobiliare*, in *Dir. econ.*, 2021, 1, 236 s. Nella giurisprudenza di legittimità, si veda Cass. SS. UU. 16 febbraio 2018, n. 3873, in *Foro it.*, 2018, 4, I, 1200 ss., con nota di BONA: «sia la Costituzione (art. 42, secondo comma, a tenore del quale spetta alla legge determinare i modi di acquisto della proprietà) che il codice civile (art. 922, che, nell'elencare i vari modi di acquisto della proprietà, conclude con la formula “e negli altri modi stabiliti dalla legge”) configurano una vera e propria “riserva di legge” in ordine ai modi di acquisto della proprietà, in forza della quale la proprietà può acquistarsi solo nei modi “legali”, solo nei modi che il legislatore ha inteso prevedere (non solo – ovviamente – in seno al codice civile, ma anche in altri campi del diritto: si pensi ai vari casi di appropriazione coattiva previsti dal diritto pubblico o dal diritto processuale in materia esecutiva), non potendosi ammettere modi di acquisto della proprietà (o di altri diritti reali) diversi da quelli che il legislatore abbia previsto e disciplinato».

²⁰ In questi termini, T.A.R. Toscana 31 agosto 2020, n. 1022, in *Redaz. Giuffrè Amm.*, 2020.

²¹ Sul punto e per una ricostruzione della giurisprudenza amministrativa contraria all'ammissibilità della rinuncia, cfr. T.A.R. Lazio 6 febbraio 2019, n. 87, in *Foro amm.*, 2019, 2, 303 ss.: «si rileva che la possibilità di esercitare la rinuncia abdicativa alla proprietà immobiliare non può essere desunta in via interpretativa da norme che ne disciplinano casi specifici, dalle quali semmai si dovrebbe ricavare che il legislatore ha voluto ammettere solo ipotesi tipiche; né essa si può evincere, in maniera chiara, dagli artt. 1350, comma 1, n. 5 e 2643, comma 1, n. 5, cod. civ. che disciplinano la forma della rinuncia traslativa e bilaterale al diritto di proprietà, e non abdicativa unilaterale. Neppure l'art. 827 cod. civ. contiene alcun riferimento alla rinuncia abdicativa a diritti immobiliari e segnatamente alla rinuncia al diritto di proprietà o agli atti e fatti giuridici che possono aver dato luogo alla esistenza di beni immobili privi di proprietario». In senso conforme, T.A.R. Piemonte 28 marzo 2018 n. 368, cit.; T.A.R. Calabria 12 maggio 2017 n. 438; T.A.R. Puglia 16 settembre 2014 n. 1111; T.A.R. Campania 1° settembre 2009, n. 4865.

²² Si veda di recente Cons. Stato 20 marzo 2024, n. 2714.

²³ Cfr. Trib. Rovereto 24 maggio 2023, in *Foro it.*, Rep. 2023, voce “Comunione e condominio”; Trib. Pavia 3 novembre 2022 n.



La giurisprudenza di legittimità ha affrontato sporadicamente e incidentalmente la questione, non senza dimostrare un certo favore per l'ammissibilità della rinuncia abdicativa, militando talvolta persino per la configurabilità di una rinuncia "implicita" in tutti i casi nei quali il privato, a fronte dell'occupazione abusiva da parte della Pubblica Amministrazione, agisce in giudizio per ottenere il solo risarcimento del danno²⁴.

I suddetti contrasti hanno trovato una prima proposta di soluzione mediana da parte dell'Avvocatura Generale dello Stato nell'ormai celebre parere n. 37243/17 rivolto all'Avvocatura Distrettuale di Genova, ove si è affermato che fra le varie facoltà del proprietario vi è anche quella di rinunciare al diritto dominicale; tuttavia, il fatto che nel Codice civile siano disciplinate espresse ipotesi di rinuncia al diritto dominicale non può, a parere dell'Avvocatura, lasciar presumere che essa costituisca un istituto generale. Il parere, di conseguenza, riconosce una validità di massima al negozio unilaterale di rinuncia, che sarebbe atipico e non rifiutabile da parte dello Stato, avendo cura di precisare, però, che la validità dell'atto deve essere vagliata caso per caso in relazione alla causa concreta del negozio abdicativo, che va sottoposta al giudizio di meritevolezza ex art. 1322 comma 2 c.c. al pari di qualsiasi negozio atipico, in forza dell'art. 1324 c.c., che prevede che agli atti unilaterali si applichi la disciplina generale dei contratti²⁵.

3. – In questo scenario l'ordinanza di rinvio rinvia alla Suprema Corte un quesito articolato in due distinti passaggi logico-giuridici. Il primo ha a che fare con la generale ammissibilità o meno nell'ordinamento giuridico della rinuncia abdicativa al diritto di proprietà immobiliare. Il secondo, subordinato alla risposta affermativa al primo quesito, indaga l'effettivo perimetro di sindacabilità dell'atto unilaterale di rinuncia concesso al giudice secondo i parametri della causa in concreto e della meritevolezza degli interessi. Sembra dunque che la questione della generale ammissibilità della rinuncia si muova sul terreno della possibilità di configurare in astratto, tra i poteri del proprietario, la facoltà di rinunciare al proprio diritto su un immobile; per poi guardare al sindacato in concreto sulla liceità dell'atto di esercizio di tale potere di rinuncia, che presuppone risolto in positivo il primo quesito.

Sul primo quesito, l'ordinanza di rinvio mette in luce gli argomenti della dottrina e della giurisprudenza prevalenti che valorizzano i già citati indici normativi a sostegno di una generale ammissibilità della rinuncia. Tale approccio ha spinto talvolta la giurisprudenza di merito a fondare il giudizio di ammissibilità sulla considerazione per cui la rinuncia abdicativa sarebbe «espressamente disciplinata» dal Codice, poco discostandosi così da una declaratoria di sostanziale *tipicità* dell'atto di rinuncia che, perciò, non sarebbe sottoposto al filtro della meritevolezza degli interessi «come invece richiesto per i contratti atipici, ex art. 1322 co. 2 c.c.»²⁶. Tuttavia, tale ricostruzione – valorizzata anche dall'ordinanza in commento – non appare pienamente

1354, in *Redaz. Giuffrè* 2018; Trib. Firenze 15 settembre 2022, n. 2529, in *Redaz. Giuffrè* 2022; Trib. Brindisi 29 agosto 2019, n. 1230, in *Redaz. Giuffrè* 2019; Trib. S. Maria Capua Vetere 25 luglio 2017, n. 2407, in *Redaz. Giuffrè* 2018.

²⁴ La questione era stata affrontata incidentalmente da Cass. SS. UU. 4 marzo 1997, n.1907, in *Dir. giur. agr.*, 1998, 424 ss., con nota di STOLFI. Successivamente, cfr. Cass. SS. UU. 19 gennaio 2015, n.735, in *Giust. civ. Mass.* 2015; in *Foro it.*, 2015, 2, 1, 436 ss., con nota di PARDOLESI. In senso conforme, Cass. 30 marzo 2023, n. 8958, in *Redaz. Giuffrè*, 2023; Cass. 14 giugno 2019, n. 16061, in *Giust. civ. Mass.* 2019. In senso contrario, di recente Cass. 22 gennaio 2024 n. 2132, secondo cui la rinuncia abdicativa, come qualsiasi atto di rinuncia, deve essere univoca.

²⁵ Anche tale proposta è stata criticata, in quanto il filtro della causa concreta del negozio, pur non attaccando in astratto la facoltà di rinunciare, renderebbe di fatto impossibile la rinuncia medesima. Cfr. BRIZZOLARI, *Note a margine*, cit., 639. Analogamente, E. DAMIANI, *La rinuncia*, cit., 10.

²⁶ In tale senso si è espresso un recente orientamento del Trib. Firenze 15 maggio 2023, n. 1462, che ha accertato la generale ammissibilità della rinuncia, giungendo ad una sostanziale declaratoria di tipicità dell'atto attraverso una motivazione che muove



persuasiva. Infatti, salvo per talune isolate eccezioni²⁷, la maggior parte delle voci favorevoli all'ammissibilità della rinuncia abdicativa qualifica l'atto rinunciativo come un negozio unilaterale *atipico*, non essendo espressamente previsto da alcuna norma di legge²⁸.

A ben guardare, non sembra possibile ricavare dalle già citate disposizioni codicistiche una disciplina espressa della rinuncia abdicativa²⁹, né quindi un principio di tipicità del relativo atto, poiché esse integrano fattispecie tipiche ove la rinuncia non è mai meramente abdicativa, ma produce quale effetto primario la liberazione dalle obbligazioni *propter rem* assunte dal rinunciante per il solo fatto di essere comproprietario o titolare di un diritto reale minore, mentre l'effetto traslativo a terzi del diritto o di quota di esso deriverebbe dal naturale carattere di elasticità della proprietà ovvero da, ricorrere di una espressa previsione di legge³⁰. In entrambi i casi, poiché tali fattispecie attribuiscono al proprietario la facoltà eccezionale di liberarsi unilateralmente da un'obbligazione a fronte della rinuncia alla proprietà, esse necessariamente presuppongono un'espressa previsione di legge³¹. Parimenti, non convince l'idea di fondare la tipicità dell'atto di rinuncia sui nn. 5 degli artt. 1350 e 2643 c.c. Infatti, è stato osservato che tali riferimenti sono limitati alla forma e alla trascrizione della rinuncia, allorché e affinché quest'ultima sia validamente posta in essere, e cioè nelle ipotesi espressamente contemplate dal Codice³². In ogni caso, sembra di potersi affermare che la formulazione della norma in termini generali non può validamente fondare l'esistenza di una disciplina espressa della rinuncia meramente abdicativa, che a conti fatti rimane priva di qualsivoglia referente normativo³³.

Anche se si volesse desumere dalle descritte disposizioni codicistiche l'esistenza di una regola generale di rinunciabilità della proprietà sugli immobili³⁴, essa avrebbe comunque a che fare con l'astratta ammissibilità

dall'individuazione di un suo generale riconoscimento da parte di talune disposizioni contenute nel Codice civile che richiamano la rinuncia ad un diritto reale e, in particolare, al diritto di proprietà. Secondo il Tribunale fiorentino, tale conclusione sarebbe condivisa anche dalla giurisprudenza, che ha riconosciuto la compatibilità della rinuncia abdicativa con il negozio unilaterale, di carattere non ricettizio, avente efficacia meramente dismissiva della quota di comproprietà insistente sul bene comune, con il conseguente accrescimento delle quote degli altri comproprietari per effetto del principio di elasticità che caratterizza il diritto dominicale. «Ne discende» – con le parole del giudice – «che, ai fini della validità della rinuncia abdicativa, essendo la stessa ammessa nell'ordinamento giuridico in quanto espressamente disciplinata, non è necessario che l'atto di rinuncia sia diretto a perseguire interessi meritevoli di tutela secondo l'ordinamento giuridico, come invece richiesto per i contratti atipici, ex art. 1322 co. 2 c.c.». In senso conforme si era espresso il medesimo organo giudicante l'anno prima, con la decisione del 15 settembre 2022, n. 2529, cit.

²⁷ Nel senso della tipicità dell'atto di rinuncia si veda A. BOZZI, *Rinuncia (diritto pubblico e privato)*, in *Nov. dig. it.*, XV, Utet, 1968, 1147, ove si fa riferimento ad un atto tipico con schema causale rigido. Ancora prima, in simili termini, S. PUGLIATTI, *I fatti giuridici*, cit., 41, parla di "schema tipico" del negozio di rinuncia.

²⁸ Sulla atipicità del negozio di rinuncia abdicativa cfr., *ex multis*, G. ORLANDO, *Rinuncia*, cit., 233; N. SCARANO, *La rinuncia abdicativa al diritto di proprietà (esclusiva) sui beni immobili: osservazioni sui più recenti orientamenti e prospettive comparate*, in *Contr. impr.*, 2021, 3, 982. In giurisprudenza, cfr. Trib. Rovereto 24 maggio 2023, cit.

²⁹ Il riferimento è alle norme del Codice civile poc'anzi citate, e cioè principalmente gli artt. 882, 550, 1104 e 1070 c.c.

³⁰ Cfr. V. BRIZZOLARI, *La rinuncia*, cit., 207 s.: mentre nel caso della rinuncia del comproprietario ex art. 1104 c.c. l'effetto riepansivo è conseguenza del carattere di elasticità della proprietà, nel caso dell'art. 1070 c.c. è la legge a stabilire che la proprietà si trasferisce al proprietario del fondo dominante.

³¹ In questo senso, N. SCARANO, *La rinuncia*, cit., 966.

³² Trib. Genova 1° marzo 2018, in *Foro it.*, Rep. 2018, voce "Proprietà".

³³ In senso simile si è espresso il T.A.R. Piemonte 28 marzo 2018, n. 368, cit., ove ha precisato che «gli atti menzionati dall'art. 2643 n. 5 possono essere, in realtà: a) vuoi atti di rinuncia di natura traslativa e non abdicativa, previamente concordati tra le parti, costituenti in sé atti di disposizione rispetto ai quali è possibile concepire un possibile conflitto con eventuali terzi acquirenti; b) vuoi atti di rinuncia abdicativa ai diritti immobiliari specificamente indicati dal codice (diritti reali minori; comproprietà pro-indiviso), i quali non lasciano mai (...) il diritto "acefalo", determinando automaticamente l'accrescimento del patrimonio di terzi per effetto della c.d. elasticità della proprietà»

³⁴ Il riferimento è agli artt. 1118, comma 2 e 1070 c.c. In merito alla prima norma, v'è chi ha visto nel divieto per il condomino di rinunciare al suo diritto sulle parti comuni il fondamento dell'esistenza di una regola generale della rinunciabilità del diritto, in assen-



del *potere* di rinunciare, piuttosto che con il carattere di tipicità del relativo atto di esercizio di tale potere e con l'esistenza di una sua disciplina normativa espressa. Infatti, le ricostruzioni che tradizionalmente – anche con riferimento al Codice Pisanelli – agganciavano a tali fattispecie l'ammissibilità della rinuncia si limitavano a individuare una astratta rinunciabilità del diritto, senza avere la pretesa di fondare la natura tipica dell'atto unilaterale di esercizio di tale diritto³⁵.

Non essendovi, dunque, alcuna disciplina espressa su cui fondare la generale ammissibilità della rinuncia abdicativa al diritto di proprietà immobiliare, l'unico appiglio normativo invocabile in tal senso sarebbe l'art. 832 c.c., ove interpretato nel senso che la rinuncia debba ritenersi ricompresa nello stesso contenuto del diritto dominicale e, quindi, nel potere di disposizione del proprietario³⁶. Ma tale argomentazione si limita ad individuare una astratta legittimazione della facoltà di rinunciare, argomentabile valorizzando la natura e la struttura del diritto dominicale nella sua dimensione "unitaria". Secondo tale impostazione, la proprietà sarebbe un diritto essenzialmente sintetico e unitario, la cui "pienezza" si risolverebbe in una sintesi, e non in una somma di facoltà sull'oggetto della proprietà³⁷.

Emerge, quindi, l'idea che la possibilità di ammettere la rinuncia sia fondamentalmente legata al modo in cui si ricostruisce il contenuto del diritto di proprietà in un determinato sistema giuridico. Emerge la differenza tra la suddetta ricostruzione unitaria del diritto dominicale e quella tipica del common law, ove una concezione "frammentaria" della proprietà immobiliare delinea una struttura del diritto come somma di interessi³⁸ o "fascio di diritti"³⁹, tra cui non figura l'abbandono per ragioni storicamente protettive del signore

za della quale il divieto *de quo* non avrebbe ragion d'essere. Similmente, l'art. 1070 c.c., a norma del quale il proprietario del fondo servente può sempre liberarsi delle spese cui è tenuto per l'uso o la conservazione della servitù rinunciando alla proprietà del fondo servente a favore del proprietario del fondo dominante, sottenderebbe una deroga al mero effetto abdicativo della rinuncia pura e semplice, prevedendo un'ipotesi speciale in cui ad esso si aggiunge anche l'effetto liberatorio, il quale – a differenza della rinuncia pura e semplice – necessita di un'espressa previsione di legge. Su questi temi cfr. V. BRIZZOLARI, *La rinuncia*, cit., 190; M. BELLINIA, *La rinuncia*, cit., § 3.

³⁵ In questo senso, *ex multis*, V. BRIZZOLARI, *Note a margine*, cit., 636; A. BOZZI, *Abbandono di fondo*, in *Nuovo Dig. it.*, I, Utet, 1937, 6; G. DEIANA, *Abbandono (derelictio) (dir. civ.)*, in *Enc. dir.*, I, Giuffrè, 1958, 10 ss.

³⁶ In questo senso si esprimeva già M. COSTANTINO, *Contributo alla teoria della proprietà*, Edizioni Scientifiche Italiane, 1967, 67, secondo cui il proprietario può disporre del proprio diritto tanto donandolo quando rinunciando ad esso. Di recente, cfr. anche D. CARUSI, *Le situazioni giuridiche soggettive*, in E. GABRIELLI (a cura di), *Diritto Privato*, Giappichelli, 2023, 97; V. BRIZZOLARI, *Note a margine*, cit., 636.

³⁷ Per la ricostruzione in senso unitario della proprietà, di derivazione pandettistica, come sintesi e non somma di facoltà, cfr. B. WINDSCHEID, *Diritto delle Pandette*, I, 2, Utet, 1925, p. 113 (trad. a cura di Fadda e Bensa). Si veda anche C. SALVI, *Il contenuto del diritto di proprietà. Artt. 832-833*, in *Comm. Schlesinger*, Giuffrè, 2019, p. 22.; A. GAMBARO, *La proprietà. Beni, proprietà, possesso*, Giuffrè, 2017, pp. 215, che qualifica la proprietà come un diritto unitario che si scompone poi in una serie di categorie differenziate. Il tema rievoca, poi, il classico dibattito sviluppatosi tra la concezione unitaria del diritto e quella dottrina, ancora in parte attuale, che cominciò a parlare "delle" proprietà al plurale valorizzando la pluralità di "statuti" proprietari. Sul punto, cfr. S. PUGLIATTI, *La proprietà e le proprietà con riguardo particolare alla proprietà terriera*, Giuffrè, 1954; P. RESCIGNO, *Proprietà (dir. priv.)*, in *Enc. dir.*, vol. XXXVII, Giuffrè, 1988, 260 ss.; F. SANGERMANO, *La proprietà tra le proprietà. Un affresco concettuale e assiologico*, Edizioni Scientifiche Italiane, 2023, 1 ss.

³⁸ Mentre negli ordinamenti di *civil law* la proprietà è vista come il più ampio e indivisibile potere sulla cosa, in *common law* essa si concretizza in una somma di specifici "entitlements" sui beni, tanto che la categoria giuridica unitaria di "ownership" neppure ha avuto modo di affermarsi nelle esperienze anglosassoni. In questo senso, S. VAN ERP, B. AKKERMANS (eds.), *Cases, Materials and Text on Property Law*, Hart Publishing, 2012, 213 ss., 306. È stato osservato anche come nei paesi di *common law* il termine "property" abbia di conseguenza assunto una dimensione più ampia e differente rispetto alla nostra "proprietà", nel senso che comprende ogni situazione di appartenenza o di godimento su beni o di "concurrent interests". Sul punto, cfr. U. MORELLO, *Tipicità e numerus clausus dei diritti reali*, in AA. VV., *Proprietà e possesso*, vol. I, in A. GAMBARO, U. MORELLO (diretto da), *Trattato dei diritti reali*, Giuffrè, 2008, 105.

³⁹ La teoria del fascio di diritti (bundle of rights) viene generalmente ricondotta alle riflessioni di W.N. HOHFELD, *Some Fundamental Legal Conceptions as Applied in Judicial Reasoning*, in *Yale L. Journ.*, 1913, Vol. 23, No. 1, 16 ss., su cui si sono sviluppate



feudale⁴⁰. Sui quadranti di common law vige tutt'ora il esplicito divieto di abbandonare la proprietà immobiliare, sebbene anche lì una parte della dottrina abbia recentemente mostrato di essere favorevole ad ammettere la rinuncia⁴¹. È stato osservato come alla base di tale divieto vi sarebbe anche una concezione «*proprietary responsibility*», ricollegata a un vero e proprio *munus* legato all'acquisto del titolo proprietario nei confronti della collettività, sullo sfondo di una più generale ritrosia di tipo culturale del mondo angloamericano ad accettare l'idea che lo Stato assuma il ruolo di centro di imputazione dei costi della proprietà in luogo del soggetto privato⁴².

Diversamente, in virtù della suddetta concezione sintetica e unitaria, nel potere di disposizione del proprietario sarebbe ricompresa non solo la possibilità di trasferire il proprio diritto a soggetti determinati, ma anche quella di rinunciarvi puramente e semplicemente⁴³, divenendo così la «massima espressione del potere di disposizione del proprietario»⁴⁴, pur se da esercitarsi entro i limiti stabiliti dall'ordinamento giuridico. Accettando questa prospettiva, non si tratterebbe più di rinvenire una o più norme giuridiche che, in positivo, attribuiscono il potere di rinuncia al proprietario, ma di *non* rinvenire, in negativo, specifici divieti o principi in grado di limitare o vietare l'esplicarsi di tale potere⁴⁵.

Questa ricostruzione, inoltre, meglio si concilierebbe con il tradizionale insegnamento secondo cui la rinuncia in generale può avere ad oggetto ogni diritto, di carattere sostanziale o processuale, anche futuro o eventuale, con l'unico limite che non vi osti un espresso divieto di legge oppure che non si tratti di diritto che si espressamente detto irrinunciabile e indisponibile⁴⁶, e purché l'abdicare al diritto discenda da una manifestazione sicura e inequivoca della volontà di rinunciare⁴⁷, espressa attraverso un negozio unilaterale destinato a perfezionarsi e a produrre effetti con la semplice exteriorizzazione della volontà abdicativa, senza neces-

le ricostruzioni successive della proprietà come diritti passibile di essere suddiviso in molti segmenti o interessi più piccoli. Sul punto si veda anche D.R. JOHNSON, *Reflections on the Bundle of Rights*, in *Verm. L. Rev.*, 2007, 32(2), 252; C. SALVI, *Il contenuto*, cit., 26.

⁴⁰ Significativa per una ricostruzione delle ragioni storico-politiche che, nel sistema anglosassone, fondano il generale divieto di abbandono della proprietà immobiliare, si veda la pronuncia *Court of Session-Inner House, 12 December 2013, n. 108, Joint Liquidators of Scottish Coal Co Ltd v Scottish Environment Protection Agency*, in cui si legge che «*the abandonment of land had been conceptually impossible under feudalism*». La regola contro l'abbandono in età feudale è stata concepita per proteggere il signore assicurandogli che avrebbe sempre avuto un mezzadro a cui rivolgersi per l'adempimento degli oneri legati alla terra. Cfr. anche V. BRIZZOLARI, *La rinuncia*, cit., 216 ss.

⁴¹ Negli ordinamenti di *common law* tradizionalmente si considera lecita la rinuncia della proprietà sui beni mobili (*chattels*) mentre non è ammissibile la rinuncia di beni immobili (*real estate*). Tra i principali *leading cases* statunitensi si ricorda la sentenza della Superior Court of Pennsylvania, *Pocono Springs Civic Association, Inc. v. MacKenzie* (1995), in cui si affermava che «*perfect title, under Pennsylvania law, cannot be abandoned*». Nella dottrina si registrano, invece, alcune caute aperture verso l'ammissibilità della rinuncia immobiliare. Cfr. L.J. STRAHILEVITZ, *The Right to Abandon*, in *Univ. Pennsylv. Law Rev.*, January 2010, Vol. 158, No. 2, 355 ss.; E.M. PEÑALVER, *The Illusory Right to Abandon*, in *Mich. Law Rev.*, November 2010, Vol. 109, No. 2, 191 ss. Per una ricostruzione della tematica, R. FRANCO, *La rinuncia*, cit., 77 ss.; N. SCARANO, *La rinuncia*, cit., p. 967.

⁴² In questo senso, G. RESTA, *Il problema della rinuncia alla proprietà immobiliare nella prospettiva del diritto comparato*, in *Riv. dir. civ.*, 2024, 2, 275 s., anche con riferimento alle riflessioni di K. VON SCHÜTZ, *Keeping It Private: The Impossibility of Abandoning Ownership and the Horror Vacui of the Common Law of Property*, in *McGill L. J.*, 2021, 66, 744 s.

⁴³ V. BRIZZOLARI, *La rinuncia*, cit., 193.

⁴⁴ G.V. COLONNA, *A proposito della causa*, cit., 377, che osserva come la rinuncia alla proprietà costituisce la massima espressione del potere di disposizione, che è cosa diversa dal potere di alienazione. Sulla distinzione, L. MENGONI, F. REALMONTE, *Disposizione (atto di)*, in *Enc. dir.*, XIII, Giuffrè, 1964, 189 ss.

⁴⁵ N. SCARANO, *La rinuncia*, cit., 980.

⁴⁶ Cass. 9 marzo 1971, n. 649, in *Mass. Giur. it.*, 1971; Cass. 29 ottobre 1968, n. 3616, in *Giur. it.*, 1969, I, 1, 245 ss.

⁴⁷ In dottrina si veda R. SGROI, sub art. 1324, in ID. (a cura di), *Libro IV. Delle obbligazioni*, in C. RUPERTO (diretto da), *La giurisprudenza sul Codice civile coordinata con la dottrina*, Giuffrè, 2005, 997 ss. In giurisprudenza, si veda la recente Cass. 22 gennaio 2024 n. 2132, in *Dejure*, ove afferma che «la rinuncia abdicativa, come tutti gli atti di rinuncia ai propri diritti, deve essere univoca».



sità che tale negozio sia diretto e portato a conoscenza di alcuno⁴⁸. La proprietà, allora, in quanto diritto disponibile e in assenza di espressi divieti al riguardo, sarebbe astrattamente – ma a questo punto anche concretamente – rinunciabile⁴⁹.

4. – Il secondo punto su cui viene sollecitato l'intervento nomofilattico della Suprema Corte concerne il perimetro del sindacato che, in concreto, l'autorità giudiziaria è chiamata a svolgere sull'atto di rinuncia, secondo i criteri della liceità della causa e della meritevolezza degli interessi. Una volta risolta in senso positivo la questione della generale ammissibilità della rinuncia, si tratterebbe di verificare nel caso concreto la validità dell'atto di esercizio del potere, alla luce dei concreti interessi perseguiti dal privato, anche per verificare gli eventuali scopi fraudolenti. A tal fine, il principale parametro di valutazione è rappresentato dal dato costituzionale e, in particolare, dal rispetto delle istanze solidaristiche immanenti nella funzione sociale della proprietà *ex art. 42 Cost.*, degli obblighi di solidarietà economica e sociale desumibili dall'*art. 2 Cost.*, nonché dal rispetto della sicurezza dei consociati *ex art. 41, comma 2, Cost.*, tutti costituenti limite inderogabile delle prerogative dominicali *ex art. 832 c.c.*

Mettere in pratica questi principi in relazione ad un caso concreto non è punto agevole. È stato detto che l'atto di rinuncia in sé e per sé non possa essere dichiarato illegittimo per il solo fatto che alla base di esso vi siano mere valutazioni di convenienza economica e di opportunità per il proprietario, che di per sé sarebbero da ritenersi lecite e non contrastanti con la funzione sociale della proprietà⁵⁰. Anche secondo parte della dottrina – che rinviene nell'atto di rinuncia un atto tipico con schema causale rigido, i cui scopi pratici sono gioco-forza puramente dismissivi⁵¹ – l'atto di rinuncia sarebbe di per sé meritevole di tutela⁵², e non potrebbe essere dichiarato nullo per illiceità della causa, poiché non vi sarebbe controllo alcuno su tale atto di autonomia privata in assenza di un rapporto di relazione tra soggetti diversi⁵³.

D'altro canto, limitare il sindacato del giudice a tale profilo rischierebbe, da un canto, di confinare il controllo sulla liceità dell'atto su un terreno di eccessiva astrattezza, poco compatibile con un vaglio sulla causa in concreto che dovrebbe avere a riferimento lo «scopo pratico» del negozio⁵⁴, e, dall'altro, di legittimare un approccio individualistico alla rinuncia di stampo liberale classico, tipico della concezione del diritto domi-

⁴⁸ Cfr. Cass. 23 luglio 1997, n. 6872, in Foro. it., Rep. 1997, voce «Rinuncia in genere», n. 1, ove ha affermato che «la rinuncia costituisce di regola un negozio unilaterale, che è perfetto e produce effetti con la semplice esteriorizzazione in forma espressa o tacita della volontà abdicativa, senza necessità che sia diretto e portato a conoscenza di alcuno».

⁴⁹ In questo senso, M.F. GIORGIANNI, *Sull'ammissibilità*, cit., 587.

⁵⁰ In questo senso, Trib. Firenze, 15 maggio 2023, n. 1462, cit.: «nell'eventuale valutazione di convenienza economica effettuata dal proprietario in relazione all'atto di rinuncia al proprio diritto di proprietà su un bene immobile, non può ravvisarsi l'illiceità del motivo o della causa del negozio, non essendo vietato dall'ordinamento giuridico il perseguimento di una finalità di tal genere, che, anzi, è espressamente tenuta in considerazione nelle fattispecie di cui agli artt. 882 e 1070 c.c.».

⁵¹ A. BOZZI, *Rinuncia (diritto pubblico e privato)*, cit., 1147.

⁵² Secondo questa impostazione, la rinuncia esprimerebbe di per sé un interesse meritevole di tutela, coincidente con la dismissione della situazione giuridica. Cfr. F. MACIOCE, *Rinuncia*, cit., 930; L.V. MOSCARINI, *Rinuncia*, in *Enc. giur.*, vol. XXVII, Treccani, 1991, 5 ss.

⁵³ G.V. COLONNA, *A proposito della causa*, cit., 379; M. BELLINIA, *La rinuncia*, cit., § 2.

⁵⁴ È consolidata nella giurisprudenza l'impostazione per cui causa concreta la causa concreta del contratto coincide «con lo scopo pratico dalle parti perseguito mediante la stipulazione, o, in altre parole, con l'interesse che l'operazione contrattuale è propriamente volta a soddisfare». In questo senso, cfr. la recente Cass. 14 marzo 2024, n. 6930, in *Guida dir.*, 2024, 16. In senso conforme, *ex multis*, Cass. SS. U.U. 8 marzo 2019, n. 6882, in *Dir. giust.*, 11 marzo 2019, con nota di CORRADO; Cass. 2 agosto 2023, n. 23519, in *Re-daz. Giuffrè*, 2023.



nica plasmata dai codici ottocenteschi⁵⁵. Allora, la compatibilità dell'atto di rinuncia con il dato costituzionale non può che essere valutata in concreto, al di là della semplice convenienza economica dell'affare e guardando al bilanciamento tra scopi individualistici e interessi della collettività, non per mettere questi interessi in conflitto, ma per promuovere la coesistenza del carattere privato della proprietà con la sua funzione sociale⁵⁶.

In tale prospettiva non necessariamente gli scopi egoistici sono incompatibili con la funzione sociale della proprietà, così come impedire al privato di rinunciare ad un bene economicamente sconveniente non necessariamente assicura una migliore attuazione della funzione sociale. Infatti, è stato osservato che adottare un sistema di "proprietà imposta" finirebbe spesso con il far gravare i costi di un bene "inutile" sul singolo anziché permettere di diluirne il carico sulla società nel suo complesso⁵⁷, senza contare che lo Stato rappresenta il soggetto che può farsi carico di costi insostenibili per il privato, per fare in modo che la proprietà venga successivamente reimpiegata nell'interesse generale e, dunque, divenga nuovamente produttiva⁵⁸.

D'altronde, risiede in parte in tale funzione la *ratio* dell'art. 838 c.c. che, sebbene scarsamente applicato, fonda il potere dello Stato di espropriare i beni di cui il privato abbia abbandonato la conservazione, la coltivazione o l'esercizio in modo che nuocciano alla produzione nazionale, così da assicurarne la riconversione a nuovi utilizzi⁵⁹.

A ben guardare, dunque, l'abbandono *de facto* di beni immobili è in grado di rappresentare di per sé un peso per la società nel suo complesso a prescindere dalla titolarità effettiva del diritto di proprietà, tutte le volte che lo stato di degrado e dissesto del bene comporti non solo un danno al decoro di un centro abitato o dell'ambiente circostante, ma anche il rischio di potenziali crolli e altre situazioni di pericolo per la comunità che vi risiede. Per tale ragione, tra le (poche) leggi speciali di attuazione dell'art. 838 c.c. si segnala l'art. 5 della l. 6 ottobre 2017, n. 158⁶⁰, che prevede la possibilità per i piccoli comuni di adottare misure volte all'acquisizione e alla riqualificazione di immobili al fine di contrastare l'abbandono di terreni o edifici in stato di degrado per prevenire le cau-

⁵⁵ Per una completa ricostruzione del processo storico che ha portato dalla concezione individualista dei codici civili ottocenteschi alla funzione sociale, cfr. F. SANGERMANO, *La proprietà*, cit., 52 ss.; C. SALVI, *Il contenuto*, cit., 33 ss.

⁵⁶ S. RODOTÀ, *Il diritto di proprietà tra dommatica e storia*, in ID., *Il terribile diritto. Studi sulla proprietà privata e i beni comuni*, Il Mulino, 2013, 1238. Sul punto si veda anche L. MENGONI, *Proprietà e libertà*, in C. CASTRONOVO, A. ALBANESE, A. NICOLUSSI (a cura di), *Scritti I. Metodo e teoria giuridica*, Giuffrè, 2001, 92; E. DAMIANI, *La rinuncia*, cit., 11.

⁵⁷ Sul tema, R. PARDOLESI, C. BONA, *Sull'abbandono dell'immobile e sulla proprietà imposta*, in *Corr. giur.*, 2017, 8-9, 1113 ss.

⁵⁸ In questi termini, V. BRIZZOLARI, *Note a margine*, 635 s., il quale osserva come già nell'interpretazione tradizionale dell'art. 827 c.c. si intravedeva un riferimento alla funzione sociale, nella misura in cui tra le *rationes* della norma vi sarebbe pure quella di evitare che le cose rimangano improduttive, il che rende opportuno impedire che un immobile vacante resti acefalo e fare in modo che esso trovi sempre qualcuno che se ne prenda cura. Si vedano L. BARASSI, *Proprietà e comproprietà*, Giuffrè, 1951, 205; R. QUADRÌ, *La rinuncia al diritto reale immobiliare*, Edizioni Scientifiche Italiane, 2018, 44; L.A. CALOJARO, *La rinuncia alla proprietà immobiliare tra principio di tipicità e funzione sociale*, in *Nuova giur. civ. comm.*, 2018, 1547 ss. In giurisprudenza, si esprime in senso simile Trib. Firenze, 15 settembre 2022, n. 2529, cit., secondo cui «al contrario, risulta invece conforme ai principi solidaristici che, in presenza di un terreno con elevata pericolosità geomorfologica, che determina una situazione di rischio per la circolazione su strada pubblica, utilizzata quindi dalla collettività, in conseguenza della rinuncia alla proprietà da parte del privato, i costosi interventi di messa in sicurezza siano finanziati con risorse pubbliche provenienti dalla .fiscalità generale, anziché gravare sul singolo proprietario, del resto neppure colpevole per la conformazione del luogo e la composizione del suolo».

⁵⁹ In questo senso, Trib. Genova, 5 febbraio 2019, in *Riv. Notar.*, 2019, 3, II, 580: «il mantenimento in buono stato di un bene immobile, dunque, costituisce non solo esplicazione delle facoltà inerenti alla proprietà, ma anche un dovere, la cui violazione, quando non ingeneri situazioni di per sé foriere di responsabilità viene scoraggiata dal legislatore in vari modi; ad esempio con la possibilità di espropriare le relative aree per assicurarne la riconversione a nuovi utilizzi; oppure, più semplicemente, consentendo che altri acquisiscano la proprietà del bene per usucapione».

⁶⁰ Misure per il sostegno e la valorizzazione dei piccoli comuni, nonché disposizioni per la riqualificazione e il recupero dei centri storici dei medesimi comuni (17G00171) (GU Serie Generale n.256 del 02-11-2017).



se di fenomeni di dissesto idrogeologico, crolli o comunque situazioni di pericolo.

Osservando la questione da tale angolo visuale, l'entità dell'effettivo trasferimento unilaterale dei costi dell'immobile dal privato alla comunità sembra ridimensionarsi e il problema della compatibilità con la funzione sociale della proprietà finisce per riguardare il fenomeno che sta alla base dell'atto dismissivo, i.e. l'abbandono *de facto*. In tale prospettiva, sarebbe utile valorizzare il ruolo che in certi contesti può assumere lo strumento dell'amministrazione condivisa⁶¹, in virtù del quale la pubblica amministrazione e taluni "cittadini attivi" assumono la responsabilità condivisa di riqualificare beni e spazi di interesse generale in disuso convertendoli così a "beni comuni"⁶². Anche in tale contesto, dunque, lo strumento della rinuncia abdicativa – sebbene attuato per meri scopi egoistici – potrebbe esitare in concreto in una migliore attuazione della funzione sociale della proprietà, qualora il passaggio del bene da privato a pubblico, in virtù dell'art. 827 c.c., possa favorire l'ulteriore passaggio da bene pubblico a bene comune più agevolmente rispetto a quando sia conservata la titolarità del diritto in capo al privato⁶³.

5. – La Suprema Corte, nel dare risposta ai quesiti sollevati dal tribunale abruzzese, dovrà svolgere il difficile compito di fornire una prima interpretazione uniforme alla questione dell'ammissibilità nel nostro ordinamento della rinuncia abdicativa alla proprietà immobiliare.

Alla luce delle considerazioni svolte, la questione della generale ammissibilità della rinuncia – cui è subornata l'individuazione dell'esatto perimetro di sindacabilità giudiziale – da qualsiasi prospettiva venga osservata sembra che non possa risolversi che in senso positivo. Infatti, riesce difficile immaginare che la fun-

⁶¹ Il modello dell'amministrazione condivisa è stato proposto da G. ARENA, *Introduzione all'amministrazione condivisa*, in *Studi parlamentari e di politica costituzionale*, 1997, 117, 29 ss., e si fonda sull'ipotesi che l'amministrazione consideri i cittadini (siano essi singoli, associati o soggetti economici) come co-amministratori, i quali possono diventare protagonisti nella soluzione di problemi di interesse generale e, al tempo stesso, soddisfare le proprie esigenze mettendo le proprie risorse in comune con l'amministrazione. È stato osservato, poi, che l'amministrazione condivisa, da modello inizialmente solo teorico, è diventata oggi «una pratica viva delle istituzioni e della società civile» (F. CORTESE, *Amministrazione condivisa e biografia giuridica della Nazione*, in G. ARENA, M. BOMBARDELLI (a cura di), *L'amministrazione condivisa*, Editoriale Scientifica, 2022, 15), sino ad essere considerata «alla stregua dell'ordinamento positivo» (V. CERULLI IRELLI, *L'amministrazione condivisa nel sistema del diritto amministrativo*, ivi, 24).

⁶² Sul tema, senza pretesa di esaustività, G. ARENA, *I custodi della bellezza. Prendersi cura dei beni comuni. Un patto per l'Italia fra cittadini e le istituzioni*, Milano, 2020; U. MATTEI, *Beni comuni. Un manifesto*, La terza, 2011; A. CIERVO, *I beni comuni*, Ediesse, 2012. In particolare, i regolamenti per l'amministrazione condivisa dei beni comuni adottati da numerosi Comuni italiani e redatti sulla base del prototipo elaborato nel 2014 dall'associazione «Laboratorio per la sussidiarietà» (Labsus) in collaborazione con il Comune di Bologna e prevedono che l'attuazione dello strumento dell'amministrazione condivisa venga attuato attraverso patti di collaborazione tra l'amministrazione e alcuni "cittadini attivi" che si impegnano a impiegare le proprie risorse per riqualificare spazi di interesse generale in cambio di un uso collettivo del bene. Per una ricostruzione, cfr. S. FRANCA, *Cura dei beni comuni e responsabilità condivisa: spunti ricostruttivi*, in *Munus*, 2018, 1, 47 ss.

⁶³ Cfr. G. ARENA, *Da beni pubblici a beni comuni*, in *Riv. trim. dir. pub.*, 2022, 3, 653 s., che osserva come vengono a crearsi tre categorie di beni: beni pubblici di cui è responsabile solo l'amministrazione; beni privati di cui sono responsabili esclusivamente soggetti privati; beni pubblici di cui sono responsabili sia l'amministrazione sia soggetti privati. «Questi ultimi sono beni comuni perché comune (pubblica e privata) è la responsabilità della loro cura». In realtà, i regolamenti per l'amministrazione condivisa prevedono espressamente che anche un bene privato possa divenire bene comune: infatti, la qualifica di bene comune non incide sulla titolarità della situazione giuridica. Tuttavia, nel caso di beni privati la questione è più complessa poiché è necessario il consenso del proprietario e la sottoscrizione anche da parte sua del patto di collaborazione, in virtù del quale è obbligato a concedere il bene in uso collettivo. È stato ulteriormente osservato che in caso di "non uso" del bene risulta molto più complesso ampliare il campo dei beni comuni anche a quelli privati, poiché l'assegnazione eventuale alle collettività locali di tali beni comporterebbe, da un lato, l'accertamento delle condizioni di degrado e di abbandono e di pericolo per la pubblica incolumità e, dall'altro, l'avvio del procedimento espropriativo e dell'acquisizione del bene in mano pubblica. In questo senso, P. URBANI, *Alla ricerca della Civitas: i beni comuni urbani*, in *Pausania*, 19 settembre 2022, disponibile al sito: <https://www.pausania.it/alla-ricerca-della-civitas-i-beni-comuni-urbani-di-paolo-urbani/>.



zione sociale della proprietà possa spingersi sino a rendere il proprietario “prigioniero” di un diritto che non gli interessa più, a maggior ragione perché non si rinviene alcun esplicito divieto al riguardo nell’ordinamento giuridico. Peraltro, su un piano astratto e generale, il solo effetto dismissivo del diritto non può dirsi di per sé contrario alla funzione sociale della proprietà, non potendosi a priori escludere, ad esempio, che un proprietario decida di abbandonare un bene immobile che non rappresenta un peso per la collettività, ma che, al contrario, è ancora in grado di possedere un valore di mercato positivo⁶⁴.

Cionondimeno, nella realtà dei fatti il riconoscimento di una astratta ammissibilità del *potere* di rinunciare potrebbe tradursi in un esercizio sterile, se si considera che in ogni caso la liceità dell’atto di esercizio di tale potere dovrà sottostare ad un sindacato di meritevolezza in concreto che non potrà limitarsi ad un mero vaglio di compatibilità tra gli interessi individuali del proprietario e la funzione sociale della proprietà, ma dovrà concretizzarsi in un serio giudizio di bilanciamento e di coesistenza tra prerogative private e interessi pubblici che tenga conto di tutte le circostanze del caso concreto. Ad esempio, dovrebbero considerarsi tutte le circostanze che hanno indotto il privato a rinunciare, comprese le modalità con cui, eventualmente, il bene in questione è divenuto un peso per la società e il ruolo che il soggetto proprietario ha svolto nel causare ovvero agevolare la degradazione del bene in questione.

Tuttavia, si tratterebbe con tutta evidenza di un onere probatorio gravoso per l’amministrazione, se si considera che nemmeno il solo scopo egoistico del proprietario può di per sé considerarsi contrario alla funzione sociale della proprietà in tutti quei casi in cui, nella realtà dei fatti, emerga che il miglior compromesso tra interessi privati e interesse generale sia che lo Stato stesso, anche in condivisione con i cittadini, si faccia carico di un peso che, in un certo senso, ha già preventivamente “accettato” per il tramite dell’art. 827 c.c.⁶⁵. Tale livello di complessità sembra riflettere il fatto che, forse, la questione della compatibilità con la funzione sociale della proprietà si pone primariamente, ancor più che rispetto alla rinuncia in sé, con riguardo al fenomeno che ne sta alla base, costituito dall’abbandono *de facto* di beni immobili il cui stato di dissesto già rappresenta un peso e un pericolo per la società nel suo complesso a prescindere dal soggetto che ne sia l’effettivo titolare. E allora, se è vero che la questione sarà suscettibile di porsi in numerosi giudizi, essa presto o tardi dovrà essere affrontata da una prospettiva che sappia guardare ad un momento ancora precedente all’atto di rinuncia, in modo da restituire alla funzione sociale la sua natura di limite “interno” al diritto di proprietà, in quanto ragione stessa per la quale il diritto viene attribuito ad un certo soggetto⁶⁶, e non solo parametro esterno di sindacabilità del singolo atto di rinuncia.

⁶⁴ Una ricostruzione delle possibili ipotesi in cui un bene potrebbe essere abbandonato è fornita da L.J. STRAHILEVITZ, *The Right to Abandon*, cit., 362, 405 ss. Una prima categoria è rappresentata da quei beni che possiedono un valore di mercato negativo (*negative-market-value property*), in cui a sua volta possono individuarsi beni che hanno un valore soggettivo positivo (es., un valore affettivo) e quelli con valore soggettivo negativo. I primi raramente vengono abbandonati, mentre i secondi rappresentano la stragrande maggioranza delle ipotesi di abbandono. Tuttavia, anche i beni con un valore di mercato positivo (*positive-market-value property*) possono essere abbandonati e ciò avviene con più frequenza di quanto si pensi. Sebbene ciò avvenga più frequentemente con i beni mobili (l’autore fornisce l’esempio dei cimeli rappresentativi di tirannie o dittature ereditati da familiari e che, pur avendo un certo valore di mercato, nessuno acquisterebbe mai), non può escludersi a priori che un simile fenomeno sia configurabile anche per beni immobili.

⁶⁵ In questo senso, V. BRIZZOLARI, *Note a margine*, cit., 635, che osserva che «è vero che nessuno può divenire proprietario di un bene contro il suo consenso, ma lo Stato, se di “consenso” può discorrersi, l’ha espresso nel momento in cui ha posto l’art. 827 cod. civ.».

⁶⁶ R. FRANCO, *La rinuncia*, cit., 18. In questo senso, cfr. P. PERLINGIERI, *Introduzione alla problematica della proprietà*, Jovene, 1971, 71. Così anche P. RESCIGNO, *Proprietà*, in *Enc. dir.*, XXXVII, Giuffrè, 1988, 268 s., secondo cui «nella normativa del codice civile, e nella stessa definizione dei poteri del proprietario, è già racchiusa, tuttavia, una capacità di adeguamento assiduo dell’istituto, secondo le esigenze che volta a volta s’imporranno all’esperienza. Ci si riferisce all’inciso finale dell’art. 832 – «entro i limiti e con l’osservanza degli obblighi stabiliti dall’ordinamento giuridico» – e soprattutto al richiamo dell’ordinamento nel suo complesso e nella sua mutevolezza».



CASS., ORD. 7 MARZO 2024, N. 6140

In tema di clausola compromissoria, al fine di valutare se la stessa contenga una pattuizione di deferimento della controversia ad un arbitrato di tipo rituale ovvero irrituale, occorre interpretare la clausola medesima con riferimento al dato letterale, alla comune intenzione delle parti ed al comportamento complessivo delle stesse, senza che il mancato richiamo nella clausola alle formalità dell'arbitrato rituale deponga univocamente nel senso dell'irritualità dell'arbitrato.

GIACOMO ANGELO PUGGIONI

Dottorando – Università degli Studi di Cagliari

INTERPRETAZIONE DELLA CLAUSOLA COMPROMISSORIA NELL'ATTUALE FISIONOMIA DELLA COMPOSIZIONE DELLA CONTROVERSIA A CARATTERE ARBITRALE

SOMMARIO: 1. Il caso. – 2. Profili ricostruttivi dell'istituto. – 3. La clausola compromissoria: canone interpretativo “in dubio pro ritualità”? – 4. Cenni su identità e asimmetrie tra ritualità e irritualità: confronto con l'opzione ermeneutica in esame (rectius con le sue giustificazioni). – 5. Lodo rituale. – 5.1. Segue. Lodo irrituale: “determinazione contrattuale”. – 6. Conclusioni.

1. – La controversia origina da un'asserita successione di quote societarie, per il cui ottenimento le attrici adiscono – conformemente a quanto previsto dallo statuto della società in questione – la *ivi* designata Camera Arbitrale, domandando che venga dichiarata l'invalidità di alcune delibere assembleari, l'invalidità di alcune correlate iscrizioni nel Registro Imprese, la responsabilità dell'amministratore unico e liquidatore e proponendo anche domanda di risarcimento dei danni subiti. Il Collegio arbitrale nominato, il quale ritiene rituale l'arbitrato promosso, accoglie alcune delle domande ad esso rivolte, condannando l'amministratore resistente al risarcimento del danno, oltre rivalutazione, interessi e spese.

Quest'ultimo, dopo aver visto rigettata la propria impugnazione da parte della Corte d'appello di Roma, propone ricorso per Cassazione, imperniandolo su due motivi, il primo dei quali è accolto dai giudici di legittimità (mentre resta assorbito il secondo), i quali ribaltano la decisione emanata in sede di gravame e cassano la sentenza impugnata con rinvio.

Il motivo ritenuto fondato dalla Corte di Cassazione verte sulla violazione e falsa applicazione dell'art. 1362 cod. civ. e dell'art. 829 n. 4 cod. proc. civ.: sollevato dal ricorrente il problema della natura rituale o irrituale del procedimento arbitrale *de quo*, la Suprema Corte statuisce che, ai fini di questa valutazione, “*oltre che dell'intero contesto della scrittura compromissoria, deve tenersi conto, quale criterio sussidiario di valutazione, della condotta complessiva tenuta delle parti, ad essa attribuendo il rilievo consentito dall'art. 1362*



cod. civ. che, come è noto, consente di utilizzare il comportamento complessivo delle parti in via sussidiaria, ove i risultati dell'interpretazione letterale e logico – sistematica non siano appaganti". All'esito dell'esame svolto alla stregua di tali criteri, i giudici di legittimità sostengono che le parti avrebbero inteso promuovere un procedimento per arbitrato irrituale, traendo argomenti a sostegno di questa soluzione dal patto compromissorio così formulato: "Il Collegio arbitrale funzionerà con poteri di amichevole compositore", in concorso, tra gli altri elementi, con il "comportamento" tenuto successivamente dalle parti e con la natura familiare della società della cui clausola statutaria si discute. Tale soluzione interpretativa diverge da quella accolta dal collegio arbitrale, il cui lodo rituale, in contrasto con la comune intenzione delle parti, viene dichiarato nullo, in quanto eccedente i "limiti della convenzione d'arbitrato" (art. 829 n. 4 cod. proc. civ.)¹.

Così interpretata, la fattispecie esaminata non ricadrebbe in quelle "in cui residuino dubbi sull'effettiva volontà dei contraenti contenuta nel patto compromissorio"², ipotesi sulle quali la Corte di Cassazione sembra mantenersi fedele all'orientamento sintetizzabile in formule quali "in dubio pro ritualità dell'arbitrato": al verificarsi di una totale opacità in ordine alle determinazioni delle parti riversate sul procedimento arbitrale promosso, sarebbe stata corretta la scelta degli arbitri di procedere nei modi e nelle forme dell'arbitrato rituale³. Anche su quest'ultimo aspetto, non marginale ai fini della soluzione ivi accolta dai giudici di legittimità, verranno spese alcune riflessioni nel presente commento.

2. – Per preparare il terreno ad un'analisi specifica del problema, pare opportuno, da un lato, premettere alcune osservazioni di carattere dogmatico-ricostruttivo, aventi ad oggetto il problema della natura giuridica delle convenzioni di arbitrato e dell'arbitrato medesimo e, dall'altro, prendere in esame alcune rilevanti (ai nostri fini) identità e asimmetrie relative alla disciplina dei procedimenti per arbitrato rituale e irrituale. Tali aspetti verranno confrontati con le citate opzioni ermeneutiche – forse considerabili oggi diritto vivente⁴ – e con le giustificazioni da alcuni addotte a loro fondamento.

Procedendo con ordine, si può osservare che le teorie sulla natura giuridica dell'arbitrato, segnatamente nella sua forma rituale, sembrano essere oggetto di una contrapposizione tra una tesi, semplificando, di matrice giurisdizionale/pubblicistica e una tesi privatistica/negoziale – accolta anche dalla pronuncia in commento –, *tertium non datur*⁵. Tale conflitto si registra anche in giurisprudenza, nella quale, soprattutto in ra-

¹ Ci si può interrogare, d'altra parte, soprattutto alla luce di alcune ricostruzioni negoziali in tema di arbitrato irrituale – delle quali si farà menzione – in ordine al comportamento degli arbitri, in termini di eventuale responsabilità degli stessi, problema che insiste su un piano di valutazione normativo differente rispetto a quello della validità/invalidità del lodo, preso in considerazione dalla presente ordinanza: cfr. N. IRTI, *Concetto giuridico di "comportamento" e invalidità dell'atto*, in *Riv. trim. dir. proc. civ.*, Giuffrè, 2005, pag. 1053 ss.

² Cass. 07 aprile 2015, n. 6909, in *Dejure*; Cfr. anche Cass. 07 agosto 2019, n. 21059, in *Dejure*; Cass. 05 luglio 2023, n. 18793, in *Dejure*.

³ Nell'ordinanza si legge: "Né infine potrebbe giustificarsi il riferimento all'orientamento espresso nelle pronunce di questa Corte n.6909/2015 e n.21059/2019, di favor nei confronti dell'arbitrato rituale, dato che nella specie non residuano dubbi sull'effettiva scelta dei contraenti". A riguardo cfr. Cass. 07 aprile 2015, n. 6909, *cit.*; Cass. 07 agosto 2019, n.21059, *cit.* Un problema diverso, ma relativo sempre a eventuali equivoci dovuti al confezionamento della convenzione arbitrale, è risolto dall'art. 808 *quater*, rubricato peraltro "Interpretazione della convenzione d'arbitrato" dispone che "nel dubbio, la convenzione d'arbitrato si interpreta nel senso che la competenza arbitrale si estende a tutte le controversie che derivano dal contratto o dal rapporto cui la convenzione si riferisce."

⁴ Soprattutto a seguito dell'entrata in vigore della legge delega del 14 maggio 2005, attuata con il d.lgs. 40/2006.

⁵ Sul dibattito anche antecedente tale riforma e ad oggi non sopito sulla natura negoziale o giurisdizionale dell'arbitrato si segnala M. F. GHIRGA, *La storia dell'arbitrato dal codice di procedura civile del 1940 ad oggi*, in *Trattato di diritto dell'arbitrato* diretto da D. MANDUCCI, I, Napoli, 2019, 83 ss. All'interno di questa contrapposizione, diversi Autori, tanto processualisti quanto sostanzialisti,



gione del mutare del panorama normativo, si è assistito grossomodo a un alternarsi diacronico di queste asserite incompatibili letture dell'istituto⁶. Secondo la dottrina più datata, gli argomenti addotti a sostegno del filone giurisdizionalista si rinverrebbero, ad esempio, nella collocazione topografica delle norme in materia arbitrale e nell'affinità di svolgimento tra arbitrato e processo civile⁷; fra queste affinità – così si legge anche in studi più recenti – un ruolo cardine è rivestito dalla figura del lodo, accostato alla sentenza emessa dal giudice togato: non è un caso che la disciplina dell'art. 824*bis* cod. proc. civ., sulla quale ci si soffermerà nei prossimi paragrafi, presti il fianco a una visione giurisdizionalista del fenomeno arbitrale⁸. Si tratta di una posizione, quest'ultima, divenuta oggetto di critica da parte della tesi negoziale, i cui esponenti, a sostegno delle proprie ragioni, fanno perno, in primo luogo, sul fondamento consensuale dell'istituto e sul limite delle controversie arbitrabili, corrispondente al limite di carattere generale che caratterizza ogni settore dell'autonomia privata. Le argomentazioni a favore dell'impostazione privatistica paiono efficacemente sintetizzate nella menzionata pronuncia delle Sezioni Unite⁹, in cui si sottolinea che l'eventuale equiparazione del lodo (*quoad effectum*) alla sentenza pronunciata dai giudici dello Stato non è dirimente per la soluzione del problema sulla natura dell'arbitrato¹⁰.

Quanto ora evidenziato non esaurisce i termini del dibattito, all'interno del quale ricorrono anche filoni di pensiero che propongono di privare l'endiadi pubblicistica-giurisdizionale del primo termine¹¹, nonché di

accolgono la tesi negoziale cfr. S. SATTA, *Contributo alla dottrina dell'arbitrato*, Milano, 1931, 97; ID., *Commentario al codice di procedura civile. Libro primo. Disposizioni generali*, 34 ss.; F. SANTORO PASSARELLI, *L'accertamento negoziale e la transazione*, in *Riv. trim. dir. proc. civ.*, Giuffrè, 1956, 4 ss.; P. RESCIGNO, *Arbitrato e autonomia contrattuale*, in *Riv. arb.*, Milano, 1991, 16. Precisa F. P. LUISSO, *Diritto processuale civile V. La risoluzione non giurisdizionale delle controversie*, Milano, 2021, 140; G. VERDE, *Diritto dell'Arbitrato*, Torino, 2005, 4 ss.; G. ALPA, *L'Arbitrato irrituale*, in *Contr. impr.*, CEDAM, 2011, 320 ss.; C. PUNZI, *Arbitrato, cit.*, 1 ss.; S. MARULLO DI CONDOJANNI, *Il contratto di arbitrato*, Milano, 2008. *Contra*, tra gli altri, MORTARA, *Commentario al codice di procedura civile*, III, Milano, 1904, 76; G. SCHIZZEROTTO, *Dell'Arbitrato*, Milano, 1958, 11, per il quale la sentenza andrebbe a recepire e assorbire l'attività degli arbitri, conferendo natura giurisdizionale al procedimento; E. F. RICCI, *La Cassazione insiste sulla natura «negoziale» del lodo arbitrale: nuovi spunti critici* (nota a Cass. 27 novembre 2011, n. 15023, in *Dejure*), in *Riv. dir. proc.*, 2002, 1238 ss.; F. S. DAMIANI, *Interpretazione del patto compromissorio e prevalenza dell'arbitrato rituale*, in *Il giusto processo civile*, 4, Napoli, 2015, 1003.

⁶ In Giurisprudenza, tra i tanti arresti rilevanti, si menziona Cass. 03 agosto 2000, n. 527, in *Dejure*: “La presenza, nel lodo, degli elementi costitutivi ed ontologici della “sentenza” pronunciata dagli organi giurisdizionali dello Stato non è idonea a dimostrarne la natura giurisdizionale, per l'assorbente ragione che il nostro ordinamento positivo riconosce la validità di forme di composizione delle controversie che si realizzano attraverso atti negoziali comportanti sia un “accertamento” che una declaratoria delle conseguenti obbligazioni delle parti. b) La constatazione che la legge fissa in modo analitico il regime formale del procedimento arbitrale e del lodo, può solo dimostrare che l'ordinamento positivo ha “processualizzato” il procedimento arbitrale, ma non anche che lo ha “giurisdizionalizzato”. Cfr. anche Cass. 05 maggio 2011, n. 9839, in *Dejure*. Di contro, anche prendendo le mosse da Cass. 25 ottobre 2013, n. 24153, in *Dejure*, la quale darebbe una lettura diversa della disciplina vigente in materia, viene sostenuta da alcuni la natura giurisdizionale dell'arbitrato rituale. Il menzionato succedersi nel tempo degli orientamenti sulla natura dell'istituto è analizzato anche in C. DELLE DONNE, *La Cassazione e i (difficili) rapporti tra arbitrato rituale e irrituale: il dubbio tenore della convenzione arbitrale fa presumere per l'opzione per la via rituale*, in *Riv. arb.*, Giuffrè, 3, 2015, 530 ss.

⁷ S. MARULLO DI CONDOJANNI, *Il contratto di arbitrato, cit.*, 2 ss.

⁸ Anche prima dell'entrata in vigore della norma si riteneva che “la presenza, nel lodo, degli elementi costitutivi ed ontologici della “sentenza” pronunciata dagli organi giurisdizionali dello Stato” fosse un chiaro indice della natura giurisdizionale del procedimento (*Contra* sempre Cass. 03 agosto 2000, n. 527, *cit.*).

⁹ Cass. 03 agosto 2000, n. 527, *cit.*

¹⁰ Alcuni autori condividono la posizione della giurisprudenza secondo cui è erroneo «far derivare a ritroso dall'efficacia dell'atto conclusivo del procedimento la qualificazione giuridica dell'attività esercitata e la posizione, nell'ambito dell'ordinamento, di chi tale attività ha svolta» Così G. VERDE, *Diritto dell'Arbitrato, cit.*, 118 ss.; cfr. anche S. MARULLO DI CONDOJANNI, *Il contratto di arbitrato, cit.*, 6.

¹¹ È stata accolta una nozione di giurisdizione non necessariamente ancorata al potere dello Stato: gli ostacoli frapposti dagli artt. 24, 25 e 102 Cost., sarebbero superabili, in ottemperanza del considerato principio, costituzionalmente riconosciuto, di “pluralità del-



smussare gli angoli della serrata dialettica descritta, in quanto sia la tesi negoziale sia quella giurisdizionale esprimono una visione parziale di un fenomeno, espressione, allo stesso tempo, di autonomia privata e giurisdizione¹². Tale prospettiva eclettica appare suffragata dalla richiamata lettura della Costituzione¹³ e non può essere considerata come indice di un aspetto peculiare dell'arbitrato, essendo ammessi, nel nostro ordinamento, diversi istituti che rappresentano (anche) un connubio di negozio e giurisdizione: si pensi alla separazione consensuale disciplinata dall'art. 158 cod. civ., che, secondo l'opinione prevalente, è un negozio familiare, ma è il provvedimento di omologa del tribunale – agendo dall'esterno – a condizionarne la produzione degli effetti giuridici¹⁴; oppure, in senso lato, si pensi alla volontaria giurisdizione, *sub specie* per le ipotesi ad essa riconducibili, in cui il provvedimento del giudice costituisce un elemento integrativo di efficacia degli atti negoziali; ancora, si pensi ad altri strumenti di composizione della controversia, quali la negoziazione assistita e la mediazione. Nell'elenco ora proposto, infine, potrebbe essere inclusa anche la controversa categoria dei negozi processuali¹⁵, al cui interno vi è chi riconduce, ad esempio, il *pactum de non petendo* e *de non exequendo*¹⁶, le clausole limitative della proponibilità di eccezioni, i patti di inversione o modifica dell'onere della prova e la clausola *solve et repete*¹⁷.

le giurisdizioni”, la funzione giurisdizionale rappresenterebbe una prerogativa di cui possono essere titolari anche i privati, purché con il rispetto del contraddittorio e ulteriori limiti che saranno meglio precisati: cfr. Cfr. P. PERLINGIERI, *L'Autonomia negoziale nella giustizia statale*, in *Il giusto processo civile*, ESI, 2016, 291 ss.; ID., *Tutela e giurisdizione*, in *Il diritto civile nella legalità costituzionale*, V, ESI, 2020, 46 ss. Laddove si ponga l'accento su una prospettiva funzionale di giurisdizione si ampliano le ipotesi che ne costituiscono manifestazione. Se, inoltre, si ritiene che il fenomeno dell'arbitrato rituale sia esso stesso espressione di autonomia privata, viene incrementata la possibilità per i privati di incidere sulla funzione giurisdizionale, perlomeno laddove le controversie insorte vertano su diritti disponibili. Sulla conformità di una simile prospettiva alla Carta Fondamentale si v. anche cfr. Corte Cost. n. 223 del 19 luglio 2013, in cui la Corte, nell'affermare che nel rapporto tra giudice statale e arbitro si pone una questione di competenza, adotta una nozione unitaria di giurisdizione.

¹² Così F. CRISCUOLO, *Arbitrato e diritto civile*, Napoli, 2022, 12 ss.; ID., *L'arbitrato tra autonomia e eteronomia*, in *Trattato di diritto dell'arbitrato* diretto da D. MANDUCCI, I, Napoli, 2019, 214 ss. Simili sovrapposizioni coinvolgono anche la figura degli arbitri, ai quali talvolta viene attribuita la «duplice veste di mandatari e giudicanti»: cfr. C. CONSOLO, *Autonomia diretta delle parti vs discrezionalità dei difensori – e residualmente degli arbitri come mandatari – negli snodi dell'arbitrato quale giudizio isonomico*, in *L'autonomia negoziale nella giustizia arbitrale* (Atti del 10° Convegno internazionale), ESI, 2015, 339 ss.

¹³ Si richiama nuovamente P. PERLINGIERI, *L'Autonomia negoziale nella giustizia statale*, cit., 291 ss. Quanto detto, che sottolinea la polisemia che aleggia attorno al termine giurisdizione, si badi, non elide lo iato intercorrente tra le prerogative rimesse al giudice togato e all'arbitro, a cominciare dal limite di cui all'art. 806 cod. proc. civ.

¹⁴ O, secondo altri orientamenti, ad essere idoneo a integrare e modificare con proprie determinazioni le lacune dell'accordo, se richiesto congiuntamente dai coniugi: cfr. T. AULETTA, *Diritto di famiglia*, Giappichelli, 2024, 209 ss. Si tenga conto, peraltro, anche del quadro interpretativo volto ad ascrivere validità e efficacia anche agli accordi non omologati che rispettino alcuni limiti: cfr. per es. Cass. 20 ottobre 2005, n. 20290, in *Dejure*; Cass. 23 settembre 2013, n. 21736, in *Dejure*. Per un esame del problema cfr. E. AL MUREDEN, *La separazione personale dei coniugi. La crisi della famiglia*, in *Trattato di dir. civ. e comm.* diretto da A. CICU, F. MES-SINEO, L. MENGONI, Giuffrè, 2015, 137 ss.

¹⁵ Si tratta di una figura frutto della elaborazione della dottrina tedesca di fine XIX secolo, nella quale venivano ricompresi diversi atti, operanti solo ai fini processuali, ma rispetto ai quali si riteneva di dover attribuire alla volontà dei rispettivi autori un ruolo analogo a quello da essa svolto nei negozi “di diritto sostanziale”: cfr. V. DENTI, *Negozio processuale*, in *Enc. del dir.*, Giuffrè, 1978, 138. L'autonomia dogmatica e la sussistenza di implicazioni ricollegabili direttamente alla categoria è, tuttavia, tutt'altro che pacifica: si richiamano, tra gli altri, gli studi di V. DENTI, *Negozio processuale*, cit., 138 ss.; S. SATTA, *Accordo*, b) *Diritto processuale civile*, in *Enc. del dir.*, Giuffrè, 1958, 300; G. DE NOVA, *Accordi delle parti e decisione*, in <https://www.altalex.com/documents/news/2008/06/08/accordi-delle-parti-e-decisione>, 2008.

¹⁶ Per una disamina delle impostazioni di stampo processualista in ordine agli accordi di non chiedere, si richiama M. ORLANDI, *Riduzione. Diritto senza forza*, Giappichelli, 2024, 1 ss. Peraltro, sulla rilevanza meramente processuale di queste figure si sollevano dei dubbi e, in particolare, ci si interroga sulla “capacità” dei menzionati *pacta* di incidere direttamente sulla struttura del rapporto di diritto sostanziale: sul tema ID. *Riduzione. Diritto senza forza*, cit., 21 ss.; 53 ss.; ID., *La categoria dell'obbligazione ridotta*, in *Giust. civ.*, Giuffrè, 3, 2019, 447 ss.; T. DALLA MASSARA, M. ORLANDI, *Studi sull'accordo di non chiedere*, RomaTre-Press, 2024.

¹⁷ F. CRISCUOLO, *Arbitrato e diritto civile*, cit., 22 ss.



Le alternative contemplabili, ad ogni modo, incidono anche sulla variante irrituale o libera dell'arbitrato, mediante la quale le parti affidano – all'interno di un'operazione a cui sembra dai più ascrivito carattere negoziale¹⁸ – a terzi privati da essi nominati, o comunque scelti con le modalità da loro elette, il compito di dirimere una controversia tra loro incorsa avente a oggetto diritti disponibili mediante una determinazione “contrattuale” (art. 808ter cod. proc. civ.) eteronoma, che le parti della lite riconoscono come propria¹⁹. La menzionata influenza della *querelle* presa in considerazione si ripercuote, infatti, sull'applicabilità delle norme del procedimento rituale su quello “libero”²⁰, la quale è stata – e in parte lo è anche oggi – perlopiù negata, tanto da far dubitare che le due forme in questione corrispondano a una categoria unitaria²¹. L'opzione giurisdizionale²², soprattutto nelle impostazioni più datate rimarca la sussistenza di uno iato tra i procedimenti arbitrali, mentre quella pan-negoziale (anche nella variante eclettica) sembra maggiormente incline al loro accostamento all'interno di un unico *genus*²³.

3. – L'arbitrato trova impulso e fonte della propria disciplina (anche) negli accordi con i quali i privati si vincolano a comporre le controversie (insorte o eventuali e future) per la via arbitrale, escludendo il ricorso al giudice dello Stato: si tratta del compromesso (art. 806 cod. proc. civ.) e del patto compromissorio, il quale, a sua volta, si articola nei sottotipi della clausola compromissoria (art. 808 cod. proc. civ.) e della convenzione di arbitrato in materia non contrattuale (art. 808bis cod. proc. civ.). Degli accordi compromissori, a differenza dei contrasti che indubbiamente si rinvergono in ordine alla natura dell'arbitrato, quasi nessuno sembra negare il carattere negoziale²⁴. Gli effetti ricollegati a tali negozi, peraltro, non sono circoscritti alla menzionata “rinuncia” all'azione giudiziaria²⁵: le convenzioni arbitrali concorrono, assieme alle eventuali

¹⁸ Recente giurisprudenza sembra ricondurre l'arbitrato irrituale a un contratto di mandato, un mandato congiunto a comporre la controversia: così, ad esempio, Cass. 13 aprile 2022, n. 12058, in *Dejure*; Cass. 26 ottobre 2021, n. 30000, in *Dejure*. *Contra* S. MARULLO DI CONDOJANNI, *cit.*, 18 ss.

¹⁹ Cfr. G. ALPA, *L'Arbitrato irrituale*, *cit.*, 321.

²⁰ G. ALPA, *L'Arbitrato irrituale*, *cit.*, 322 ss.

²¹ Tra le argomentazioni a sostegno di questa tesi, si evidenzia che il limite dell'opzione arbitrale, consacrata nella convenzione di arbitrato nelle sue varianti – l'indisponibilità del diritto, salva diversa disposizione di legge – coincide con il confine per antonomasia degli atti di autonomia privata: si avrebbe così un rapporto negoziale, in virtù del quale le parti hanno convenuto di assoggettare la decisione dei relativi rapporti controversi alla decisione degli arbitri, alla quale sono, per propria scelta e nei termini della stessa, vincolati. Cfr. F. DE SANTIS, *Arbitrato rituale e giurisdizione statale*, *cit.*, 210 ss.

²² Cfr. Cass., 25 ottobre 2013, n. 24153, *cit.*

²³ Si segnala che, nel corso della trattazione, l'espressione procedimento verrà utilizzata in senso generico, quale sequenza di atti collegati e prodromici alla composizione arbitrale della controversia, senza alludere esplicitamente all'una o alle diverse ricostruzioni richiamate.

²⁴ F. FESTI, *La convenzione di arbitrato*, in *Trattato dei contratti*, diretto da V. ROPPO, Giuffrè, 2014, 1180; P. PERLINGIERI, *Tutela e giurisdizione*, *cit.*, 66. Maggiori dubbi si sollevano, invece, sulla natura contrattuale, anche se pare che, ad oggi, sia questa la tesi dominante: cfr., tra gli altri, P. RESCIGNO, *Arbitrato e autonomia contrattuale*, *cit.*, 16 ss.; G. BONILINI, *I Contratti diretti alla composizione e prevenzione delle liti*, in *Istituzioni di diritto privato* a cura di M. BESSONE, Giappichelli, 1997, 899 ss.; v. F. CRISCUOLO, *Arbitrato e diritto civile*, *cit.*, 18 ss.; *contra* l'opinione che riconduce le convenzioni arbitrali all'interno della categoria del contratto poiché facenti parte dei c.d. negozi extraprocessuali (si rimanda nuovamente a V. DENTI, *Negozi processuale*, *cit.*, 138 ss.). Al di fuori di tale qualificazione, inoltre, le clausole compromissorie sono inquadrabili in vari modi, sulla base di classificazioni che insistono su diversi piani: si rammenta, ad esempio, la loro sussunzione nelle c.d. «clausole-precetto», ossia «dichiarazioni dei contraenti che [...] fissano le note di uno specifico effetto negoziale, dato dal precetto, rispettivamente, di devolvere le liti in arbitrato» (cfr. G. ANDREOTTI, *Le metaclausole*, Giuffrè, 2021, 26).

²⁵ Ciò si traduce nella possibilità, in costanza della sua violazione, di sollevare l'eccezione di incompetenza del giudice, in caso di arbitrato rituale, o l'eccezione di improponibilità della domanda in caso di arbitrato irrituale: cfr., da ultimo, anche Cass. 10 giugno 2024, 16071, in *Dejure*.



prescrizioni successivamente dettate dagli autori delle stesse/(e tendenzialmente anche) parti del correlato procedimento²⁶ arbitrale a conformare in modo vincolante la natura rituale o irrituale dell'arbitrato e le regole che dovranno essere rispettate nello svolgimento dello stesso²⁷. In un'ottica prettamente processuale, in cui l'arbitro viene in rilievo, quindi, meramente come giudice privato, il problema sembrerebbe poter acquisire rilevanza essenzialmente con riguardo al principio dispositivo – proiezione nel processo dell'autonomia privata – e al relativo corollario, rappresentato dal principio della corrispondenza tra il chiesto e il pronunciato, così come tutelato con i mezzi di impugnazione dell'arbitrato.

In una tra le più elaborate ricostruzioni facenti capo al filone negoziale, si pone il problema dell'efficacia impegnativa di un atto di autonomia privata rispetto a un soggetto terzo allo stesso (l'arbitro/il collegio arbitrale) che viene considerato come parte di un differente contratto, concluso in un momento logicamente e cronologicamente successivo rispetto alla clausola compromissoria. Un problema qua è sollevato dal principio di relatività del contratto, per cui non sarebbe consentito agli autori della clausola medesima di imporre doveri a soggetti estranei a questa vicenda negoziale (argomentando, ad esempio, *ex* 1381, 1478 cod. civ. ecc.)²⁸ e questo, nell'ipotesi in esame, anche se decliniamo il medesimo principio come di salvaguardia delle sfere giuridiche individuali, attesa anche la natura senz'altro onerosa dell'eventuale contratto contemplabile²⁹. Il problema pare essere da alcuni risolto sulla base del fatto che il legislatore avrebbe qui costituito una fattispecie del c.d. contratto di arbitrato autonoma dalla clausola compromissoria, ma, comunque, quale atto negoziale recante, tra i propri elementi di fatto, gli effetti prodotti dall'accordo compromissorio³⁰, i quali

²⁶ L'istituto in esame, anche in considerazione della ampia *querelle* menzionata, presta continuamente il fianco a una latente sovrapposizione tra le parti del processo (ossia coloro che pongono in essere gli atti del processo e, per altro verso, i destinatari dei provvedimenti del giudice, si veda A. PROTO PISANI, *Parte (dir. proc. civ.)*, in *Enc. del dir.*, Giuffrè, 1981, 917) e, sotto un'altra valutazione, le parti del negozio: il riferimento all'uno o all'altro concetto dipenderà in parte dalla presa di posizione di ognuna sulla natura dell'istituto e anche la figura degli arbitri – assumendo alcune ricostruzioni (al di fuori della posizione assunta da S. MARULLO DI CONDOJANNI, anticipando le successive riflessioni, si segnala che anche la qualifica di mandatarî che, talvolta, soprattutto la giurisprudenza ascrive agli arbitri nell'arbitrato irrituale, determina esiti differenti sulla questione) – assurgerà alla qualità di parte negoziale. Questa sovrapposizione tra parte processuale e parte del contratto, evidente soprattutto laddove si accolgano le elaborazioni definite “eclettiche” del fenomeno, impone comunque di avvedersi della linea di demarcazione che intercorre tra le prime e le seconde, intese queste, seppur con qualche individuata resistenza anche a livello normativo, quali «autori del regolamento negoziale ed anche (in quanto autori), i destinatari delle conseguenze, degli effetti che scaturiscono da esso» (così G. B. FERRI, *Parte del negozio giuridico*, in *Enc. del dir.*, Giuffrè, 1981, 901 ss.).

²⁷ Si consideri, a titolo esemplificativo l'art. 816bis (“*Le parti possono stabilire nella convenzione d'arbitrato, o con atto scritto separato, purché anteriore all'inizio del giudizio arbitrale, le norme che gli arbitri debbono osservare...*”), la determinazione convenzionali sulle regole del procedimento arbitrale, secondo un certo indirizzo giurisprudenziale, sarebbero nella disponibilità delle parti del procedimento – con l'assenso degli arbitri – a differenza di quanto espressamente sancito nell'art. 816bis medesimo, anche dopo l'inizio del procedimento medesimo.

²⁸ C. DONISI, *Il problema del negozio giuridico unilaterale*, Napoli, 1972, p. 69 ss. evidenzia che l'autonomia privata è suscettibile di essere osservata anche in chiave per così dire negativa, nel suo profilo inibitorio, che coincide con il limite di non coinvolgere arbitrariamente interessi che esulano dalla propria sfera giuridica. Sul corretto significato da attribuire al principio di relatività si rimanda anche a V. ROPPO, *Il contratto*, cit., 529 ss. Cfr. anche C. M. BIANCA, *Il contratto*, 2019, Giuffrè, 517 ss.; A. CATAUDELLA, *I contratti. Parte generale*, II, Giappichelli, 2000, 214 ss.; A. LUMINOSO, *Il mutuo dissenso*, Giuffrè, 2015, 112 ss.

²⁹ In primo luogo per l'obbligazione gravante sugli arbitri, qualificata come indivisibile, di rendere il lodo entro un termine (S. MARULLO DI CONDOJANNI, *Il contratto*, cit., 184 ss.).

³⁰ Il contratto di arbitrato, tra i propri presupposti di fatto, avrebbe l'esistenza di un valido e efficace accordo compromissorio S. MARULLO DI CONDOJANNI, *Il contratto*, cit., 18 ss. Si confronti l'art. 816bis cod. proc. civ. (“*Le parti possono stabilire nella convenzione d'arbitrato, o con atto scritto separato, purché anteriore all'inizio del giudizio arbitrale, le norme che gli arbitri debbono osservare nel procedimento e la lingua dell'arbitrato...*”) considerato, peraltro, come norma dispositiva, essendo ammesso in giurisprudenza che le determinazioni convenzionali sulle regole del procedimento arbitrale, sarebbero nella disponibilità delle parti del procedimento – con l'assenso degli arbitri – a differenza di quanto espressamente sancito – anche dopo l'inizio del “procedimento” medesimo (La *ratio* della norma sarebbe, in quest'ottica, quella di tutelare l'interesse degli arbitri a conoscere previamente le regole



confluirebbero *ex lege* nell'insieme delle pattuizioni oggetto del secondo contratto. Si avrebbero due parti soggettivamente complesse, due autonomi centri di interesse³¹; da una parte i litiganti e dall'altra gli arbitri, senza che a ciò sia d'ostacolo il fatto che il legislatore, nella disciplina arbitrale, mostri di prendere in considerazione i comportamenti dei membri delle singole parti: i medesimi litiganti, per esempio, hanno facoltà di agire individualmente e anche in dissenso tra loro.

A prescindere dai rapporti con tale (da alcuni) ritenuto sussistente contratto di arbitrato, preso atto del pacifico inquadramento negoziale del solo accordo compromissorio, nell'ordinanza in esame e nella costante giurisprudenza di legittimità si conviene sul ruolo centrale rivestito, per la risoluzione dei problemi ad esso connessi, dalle norme in materia di interpretazione del contratto³². Suddette norme, in ragione dell'orientamento accolto dalla medesima giurisprudenza, devono essere, tuttavia, confrontate con una disposizione presente nel codice di rito: l'art. 808ter sarebbe espressione – si sostiene – di un sistema ove qualità di regola è ascritta all'arbitrato rituale, ciò con implicazioni di non poco conto sull'ermeneutica delle convenzioni³³. L'iter individuato dalla Suprema Corte nell'ordinanza in esame, fedele a un indirizzo abbastanza consolidato³⁴, prevede che, in primo luogo, gli arbitri colgano il significato dell'accordo compromissorio sulla base delle regole previste dal codice civile per l'interpretazione del contratto³⁵. Nell'eventualità in cui, avvalendo-

che essi dovranno osservare: cfr. Cass. 04 maggio 2011, n. 9761, in *Dejure*. Sul punto anche C. CONSOLO, *Autonomia diretta delle parti vs discrezionalità dei difensori*, cit., 349 ss.).

³¹ Sulla nozione di parte, intesa come centro di interesse cfr. G. B. FERRI, *Parte del negozio giuridico*, cit., 904.

³² Tra le ultime pronunce, si segnalano, oltre all'ordinanza in commento, Cass. 31 gennaio 2023, n. 2795, in *Dejure*; Cass. 10 maggio 2018, n. 11313, in *Dejure*. Del resto, anche se non volessimo accedere all'opinione per cui gli accordi compromissori si identificano in contratti, con un'interpretazione estensiva, si ritengono comunque applicabili, secondo certe impostazioni e con gli opportuni adattamenti, anche ad atti diversi dai contratti medesimi (V. ROPPO, *Il contratto*, cit., 443): atti unilaterali anche non tra vivi e anche non patrimoniali, statuti, provvedimenti amministrativi e “negozi familiari”, *ivi*, a titolo esemplificativo, la separazione consensuale dei coniugi: Cass. 01 ottobre 2012, n. 16664, in *Dejure*. Si veda anche, sul punto, C. M. BIANCA, *La famiglia*, cit., 254.

³³ Tra i sostenitori di questa impostazione si segnalano, tra gli altri, C. CONSOLO, *Autonomia diretta delle parti vs discrezionalità dei difensori*, cit., 362 ss.; F. S. DAMIANI, *Interpretazione del patto compromissorio e prevalenza dell'arbitrato rituale*, cit., 1003; B. SASSANI, *L'arbitrato irrituale*, in *Trattato di diritto dell'arbitrato* diretto da D. MANDUCCI, I, Napoli, 2019, 307 ss. Secondo un inquadramento più datato, il rapporto regola-eccezione menzionato opererebbe in termini inversi e la qualità di regola ascritta questa volta alla forma irrituale discenderebbe dalla “eccezionalità della deroga alla cognizione dell'autorità giudiziaria ordinaria introdotta con l'arbitrato rituale”: Cass. 01 febbraio 2019, n. 833, con nota di E. FAZZALARI, *La distinzione fra arbitrato «rituale» ed «irrituale»: qualcosa si muove?*, in *Riv. arb.*, Milano, 1999, 256 ss.; F. FESTI, *Convenzione di arbitrato*, in *Trattato dei contratti*, diretto da V. ROPPO, Giuffrè, 2014, 1202 ss.

³⁴ Esso parrebbe prendere le mosse, in particolare, da Cass. 25 ottobre 2013, n. 24153, cit. Sull'orientamento antecedente in tema di interpretazione dell'accordo compromissorio: il dubbio sul significato della clausola si sarebbe dovuto risolvere nel senso dell'arbitrato irrituale, ciò, tuttavia non perché suggerito da una particolare norma di legge – l'art. 808ter non era ancora stato introdotto nell'ordinamento – ma poiché, nonostante la presenza di un alone di sospetto che si sostiene che circondasse la figura, il patto compromissorio opaco avrebbe comportato una sanzione per gli autori della clausola, consistente nella perdita della «possibilità di ricorrere alla giustizia dello Stato» (che si otterrebbe, pertanto, per equivalente solo con l'instaurazione di un procedimento per arbitrato rituale), o, in altri termini, nella sopportazione della conseguenza comparativamente sfavorevole, costituita dalla possibilità di ottenere solo un risultato considerato – sempre comparativamente – di minor pregio (*id est* il lodo c.d. negoziale): G. ALPA, *L'Arbitrato irrituale*, cit., 322 ss. In giurisprudenza il *favor* per l'arbitrato libero si registra, per es. in Cass. 28 giugno 2000, n. 8788 in *Dejure*. Sull'idea per cui l'arbitrato libero rappresentasse un surrogato dell'arbitrato rituale cfr. B. SASSANI, *L'arbitrato irrituale*, cit., 307. Forse, sarebbe più opportuno discorrere in termini di insuccesso conseguente all'inosservanza dell'onere di formulare una chiara clausola compromissoria, alla quale consegue la mancata possibilità di ottenere il – ritenuto più vantaggioso – procedimento per arbitrato rituale: sulle varie declinazioni del concetto di sanzione e sui rapporti dello stesso con la figura dell'onere si rimanda a V. CAREDDA, *L'onere e la norma: prove di accesso al diritto*, in *Giust. civ.*, 1, Giuffrè, 2019, 77 ss.; ID., *Autoresponsabilità e autonomia privata*, Giappichelli, 2005, 55 ss.

³⁵ Nell'ordinanza in commento si fa esplicito riferimento al 1362 comma 2 per la valutazione extratestuale del comportamento complessivo delle parti, al quale, nella controversia esaminata, sembrerebbe ascrivibile un ruolo primario, poiché, come ben evidenziano alcuni autori, l'utilizzo generico di formule quali “*Il Collegio arbitrale funzionerà con poteri di amichevole compositore*”, sol-



si delle stesse, non si riesca comunque a rintracciare fruttuosamente una comune intenzione delle parti – obiettivamente valutabile, resa riconoscibile e riferibile a sfere giuridiche diverse³⁶ –, si applica la regola di chiusura tratta dall’art. 808ter cod. proc. civ.: in assenza di “*disposizione espressa per iscritto*” – formula la cui rigidità viene, in certi casi, temperata³⁷ – volta a definire la controversia mediante determinazione contrattuale, si dovrà considerare il procedimento adito come arbitrato rituale³⁸. Questa norma e il conseguente indirizzo ermeneutico descritto accolto dai giudici di legittimità troverebbero, peraltro, asserite ragionevoli giustificazioni di politica legislativa, poiché – come precisato anche nella richiamata sentenza del 2015 – l’arbitrato rituale, si afferma, sarebbe da prediligere poiché idoneo ad assicurare più elevate garanzie per le parti³⁹.

Ciò che forse, tuttavia, potrebbe essere sviluppato è il tentativo di dar corpo a tale lettura assiologica della norma, anche mediante un inquadramento sistematico di tale criterio ermeneutico all’interno nelle norme generali in tema di interpretazione del contratto, eventualmente considerando la regola di cui all’art. 808ter cod. proc. civ. come una specificazione settoriale delle stesse norme o come un’eccezione ai vincoli da esse imposti. In che modo il principio di matrice giurisprudenziale potrebbe accedere alla «metodologia dell’interpretazione»⁴⁰? Da essa potremmo trarre qualche suggerimento sull’utilizzabilità dello stesso?⁴¹ Per come congegnato, più nel dettaglio, potremmo forse ricondurlo all’interno delle sussidiarie e complementari (alle soggettive) regole c.d. oggettive (in particolari gli artt. 1367 ss. cod. civ.). Esse, per la loro applicabilità,

leva problemi di non poco conto, in particolare per i rapporti tra gli artt. 808ter e 822 cod. proc. civ., ai sensi del quale le parti possano stabilire “*con qualsiasi espressione che gli arbitri pronunciano secondo equità*”: sul tema F. GALGANO, *Diritto e equità nel giudizio arbitrale*, in *Contr. Impr.*, Cedam, 1991, 461 ss. Né l’utilizzabilità di questo criterio sembrerebbe potersi negare in ragione dei vincoli di forma che si riconducono alla clausola compromissoria: di questo avviso V. ROPPO, *Il contratto*, cit., 447.

³⁶ Si assume per “comune intenzione” – anche in costanza del tramonto del dogma della volontà, smentito dalla legge, in virtù del quale operava una concezione dell’atto di autonomia privata, che vedeva nella volontà reale, interiore, psicologica l’elemento essenziale, l’elemento costitutivo per eccellenza del contratto – «il concorde intento formatosi fra entrambe le parti, in quanto si è reso riconoscibile nella loro comune o congruente dichiarazione e condotta»: E. BETTI, *Teoria generale del negozio giuridico*, ESI, 1994, 334.

³⁷ La regola è intesa in senso più rigido da alcuni, circoscrivendo ulteriormente le ipotesi in cui la formulazione della clausola possa essere interpretato quale impulso ad un arbitrato irrituale: B. SASSANI, *L’arbitrato irrituale*, cit., 308, ss. La Corte di Cassazione, nel caso in esame, ritiene che, facendo un uso accorto delle norme sull’interpretazione del contratto e, in particolare, valutando il comportamento complessivo delle parti, si possa pervenire al medesimo risultato.

³⁸ Dato che quando una norma attribuisce una qualifica specifica ad un comportamento implicitamente richiama anche la qualifica contraria, allora potremmo ritenere che l’art. 808ter preveda che il patto compromissorio che non faccia espressa menzione dell’intenzione di ottenere dagli arbitri una “*determinazione contrattuale*” debba essere sempre inteso come teleologicamente orientato all’arbitrato rituale.

³⁹ F. S. DAMIANI, *Interpretazione del patto compromissorio e prevalenza dell’arbitrato rituale*, cit., 1011, 1014 ss.: «sempre nell’ottica della tutela delle parti, non si può fare a meno di notare che l’arbitrato rituale offre a queste ultime garanzie ben più ampie di quello libero, sia dal punto di vista del procedimento, che è regolato in maniera assai più dettagliata e nel rispetto dei principi fondamentali del processo, sia dal punto di vista dei rimedi avverso la decisione, che appaiono certamente più ampi e completi di quelli previsti per il lodo irrituale, ivi compresi quelli introdotti dall’art. 808-ter cod. proc. civ.».

⁴⁰ L’espressione è di N. IRTI, *Principi e problemi di interpretazione contrattuale*, in *Riv. Trim. di dir. proc. civ.*, Giuffrè, 1999, 1139 ss.

⁴¹ Un tale lavoro potrebbe contribuire, da un lato, a giustificare, alla luce degli studi sull’ermeneutica negoziale, la regola in esame? Oppure, in senso inverso, prendendo le mosse dall’art. 808ter, una proficua interazione potrebbe, forse, dar risultati fruttuosi anche per la configurazione del significato degli artt. 1362 ss.? Il passaggio logico da norme ritenute di portata generale a norme settoriali e l’iter inverso potrebbe fornire preziosi spunti anche dal punto di vista ermeneutico delle norme considerate: una simile ipotesi di lavoro si registra, ad esempio, nello studio della relazione tra art. 1227 comma 2 e artt. 1913, 1914 e 1915 cod. civ., queste ultime quali (solo apparentemente) espressioni della prima nel settore assicurativo: si confrontino le riflessioni spese in V. CAREDDA, *Concorso del fatto colposo del creditore. Art. 1227*, in *Il codice civile. Commentario*, fondato da P. SCHLESINGER, diretto da F. D. BUSNELLI, Giuffrè, 2020, 207 ss.



presuppongono sempre una non univoca, oscura comune intenzione delle parti⁴², a fronte della quale il legislatore si preoccupa del problema della scelta tra le possibili opzioni. Si vedano, ad esempio, gli artt. 1367 e 1369⁴³ cod. civ. Si potrebbe immaginare l'art. 808^{ter} quale espressione degli stessi? La risposta sembra essere, seppur con qualche riserva, negativa: l'alternativa contemplata dal criterio di conservazione (art. 1367 cod. civ.) pare veder prevalere il significato possibile e lecito su quello impossibile e illecito, tra un qualche effetto e un «effetto zero» e non tra effetti maggiori e effetti minori, con i possibili significati attribuibili alle espressioni contenute nell'ultima eniadi indicata⁴⁴.

Sosteniamo che, in linea di principio, l'appiattimento interpretativo, con l'adozione di regole simili a quella in esame, vada osservato con prudenza e richieda pregnanti legittimazioni, anche in virtù del fatto che la qualificazione del contratto – intesa come sussunzione in una determinata categoria giuridica o in un determinato tipo contrattuale, logicamente successiva all'interpretazione e che la presuppone⁴⁵ – dovrebbe procedere, secondo una certa impostazione, oggi prevalente, in base alla causa concreta del contratto⁴⁶: l'ordinamento, così, dovrebbe fissare la portata e il significato del singolo negozio di volta in volta considerato, sarebbe tenuto a valutare l'interesse che il concreto contratto è diretto a realizzare, valorizzandone i dettagli⁴⁷. Sulla base della propria formulazione, anche l'art. 1369 c.c. parrebbe prestarsi a sostegno dell'art. 808^{ter} nel sistema arbitrale, ma il significato attribuito allo stesso, anche dalla giurisprudenza, esplicita invece come la norma sia espressione di un'interpretazione funzionale, volta a ricercare il significato della ragione pratica dell'affare⁴⁸.

Quindi, seppure accada che la disciplina direttamente contenuta nell'accordo compromissorio possa risultare scarna, potremmo asserire che alle parti sia possibile disporre dei propri interessi non solo vincolandosi a rinunciare ad esercitare l'azione davanti all'autorità giudiziaria⁴⁹, non solo scegliendo se definire la lite mediante un arbitrato rituale e irrituale, ma anche conformando con efficacia vincolante le regole del procedi-

⁴² C. M. BIANCA, *Il contratto*, cit., 378; V. ROPPO, *Il contratto*, II, in *Trattato di diritto privato* a cura di G. IUDICA e P. ZATTI, Milano, 2011, 450 ss. Sulla razionalizzazione e gerarchia dei canoni ermeneutici anche L. BIGLIAZZI GERI, *L'Interpretazione del contratto*. Artt. 1362 – 1371, in *Il codice civile. Commentario*, fondato da P. SCHLESINGER, diretto da F. D. BUSNELLI, Giuffrè, 2013, 39 ss.; E. BETTI, *Teoria generale del negozio giuridico*, cit., 337 ss.; *Principi e problemi di interpretazione contrattuale*, cit., 1153 ss.

⁴³ Della quale, a dire il vero, è dubbia la sua collocazione nelle regole oggettive: C. M. BIANCA, *Il contratto*, cit., 394 ss.

⁴⁴ Così V. ROPPO, *Il contratto*, cit., 454; L. BIGLIAZZI GERI, *L'Interpretazione del contratto*, cit., 309, la quale solleva l'attenzione sul fatto che l'adozione del significato maggiore o minore potrebbe innescare conflitti tra incompatibili principi. *Contra* alcune impostazioni, secondo le quali il principio abbraccerebbe «tutte le ipotesi in cui, anche in caso di dichiarazione univoca, si opera in modo che la dichiarazione stessa raggiunga il massimo di utilità compatibile con le esigenze e i limiti posti dall'ordinamento giuridico»: R. FRANCESCHELLI, *Intorno al principio di conservazione dei contratti*, in *Scritti civilistici e di teoria generale del diritto*, Giuffrè, 1975, 229. Per una ricostruzione complessiva sul tema, si rimanda a C. GRASSETTI, *Conservazione (principio di)*, in *Enc. dir.*, Giuffrè, 1961, 176.

⁴⁵ Di questo avviso C. M. BIANCA, *Il contratto*, 375 ss. In N. IRTI, *Principi e problemi di interpretazione contrattuale*, cit., 1143, si precisa che «conoscendo il significato delle parole dette o scritte da A o B, siamo in grado di istituire la relazione di conformità con una od altra delle fattispecie legali».

⁴⁶ La causa così intesa è, essa stessa, il criterio di interpretazione e di qualificazione di ogni singolo contratto.

⁴⁷ Tra gli autori che accolgono tale impostazione sulla causa del contratto, si rimanda, per tutti, a G. B. FERRI, *Causa e tipo nella teoria del negozio giuridico*, Giuffrè, 1966, 353, il quale definisce la causa come «funzione economico-individuale». E. NAVARRETTA, *La causa e le prestazioni isolate*, Giuffrè, 2000; C. SCOGNAMIGLIO, *Interpretazione del contratto e interessi dei contraenti*, CEDAM, 1998; C. M. BIANCA, *Causa concreta del contratto e diritto effettivo*, in *Riv. dir. civ.*, Giuffrè, 2014, 256; C. M. BIANCA, *Il contratto*, cit., 409 ss. Con riguardo alle norme in materia di interpretazione del contratto, G. PALERMO, *L'autonomia negoziale*, III, Giappichelli, 2015, 79 ss., sottolinea che l'art. 1366 cod. civ. riassume «in sé l'esigenza di enucleare le concrete finalità perseguite sia pure in modo non compiutamente espresso, ovvero obliquo, dal disponente».

⁴⁸ C. M. BIANCA, *Il contratto*, cit., 394 ss.; Cass. 22 ottobre 2014, n. 22343, in *Dejure*.

⁴⁹ Cfr. G. ANDREOTTI, *Le metaclausole*, cit., 25 ss.



mento di volta in volta considerato, persino eleggendo il tipo contrattuale nel quale si sostanzierebbe il lodo irrituale. Il diritto vivente, che assumiamo come categoria ermeneutica, tuttavia, sembra privare di effettività tale ultimo assunto e a ciò si farà cenno nelle conclusioni del presente contributo.

Infine, sul punto, anche esulando dagli articoli 1362 ss. cod. civ., potrebbe agevolare la lettura dell'art. 808ter cod. proc. civ. norma un esercizio di accostamento a ipotesi normative, in via ipotetica, grossomodo contigue con la stessa: si pensi a quelle norme c.d. «presuntive», in virtù delle quali la legge stabilisce in via generale e astratta un determinato significato a certe espressioni, ad es. l'art. 588 cod. civ.⁵⁰ (*“Le disposizioni testamentarie, qualunque sia l'espressione o la denominazione usata dal testatore, sono a titolo universale e attribuiscono la qualità di erede se comprendono l'universalità o una quota dei beni del testatore”*). Ancora, pare opportuno richiamare specifici settori, nei quali non sono mancati simili operazioni di collocazione sistematica⁵¹ della norma settoriale nel quadro delle generali norme interpretative: mi riferisco a una regola cardine in materia consumeristica, oggi contenuta nell'art. 35 comma 2 cod. cons. *“In caso di dubbio sul senso di una clausola, prevale l'interpretazione più favorevole al consumatore”*.

Ma l'interrogativo di fondo, filo rosso della seguente trattazione, insiste su un altro piano e potrebbe essere espresso in questo modo: quali sono, anche in ragione di quanto si è detto sul canone interpretativo descritto⁵² e sulle ragioni di politica legislativa che sembrano concorrere a giustificarlo, le principali asimmetrie tra l'arbitrato rituale e irrituale?

4. – Sulla base dell'assunto per cui il modello rituale sarebbe fautore di maggiori garanzie – le quali dovrebbero risiedere nella disciplina contenuta nel titolo VIII del IV libro del codice di rito – parrebbe opportuno vagliare se e quali norme ivi presenti siano applicabili anche all'arbitrato irrituale o, seguendo un diverso iter, verificare quale sia la portata della parte conclusiva del disposto di cui all'art. 808ter cod. proc. civ. (*“altrimenti si applicano le disposizioni del presente titolo”*). L'ordinanza in commento sembrerebbe riconoscere la sussistenza di una non trascurabile differenza di disciplina⁵³ tra le due, per così dire, figure arbitrali, prestando il fianco a un'idea (almeno) tendenziale di non applicazione di forme e norme previste in materia di arbitrato rituale a quello irrituale, al quale viene ascritta in certi casi la totale assenza di una procedimentalizzazione⁵⁴. A nostro avviso, un'asserzione di tale tenore – che legittimerebbe l'eventuale mancanza, nell'arbitrato irrituale, di un'embrionale regolamentazione (pattizia e/o legislativa) proiettata verso

⁵⁰ E. BETTI, *Teoria generale del negozio giuridico*, cit., 345.

⁵¹ Nello specifico sul tema si segnala S. MARTUCCELLI, *Il canone dell'interpretazione più favorevole al consumatore*, in *Studi in onore di G. Benedetti*, ESI, 2008, 1015 ss.

⁵² All'interno dell'ordinanza in esame, la fedeltà a tale principio potrebbe qui ravvisarsi: *“Né infine potrebbe giustificarsi il riferimento all'orientamento espresso nelle pronunce di questa Corte n.6909/2015 e n.21059/2019, di favor nei confronti dell'arbitrato rituale, dato che nella specie non residuano dubbi sull'effettiva scelta dei contraenti”*. Al più, avendo alla base del problema un principio di politica legislativa, non un principio che obbedisca ad indefettibili ragioni logiche, esso potrebbe sopportare dei limiti.

⁵³ Si argomenta, infatti, nella presente ordinanza, quanto alla distinzione tra le due figure di arbitrato, che, nell'arbitrato rituale, le parti non solo vogliono che si pervenga ad un lodo suscettibile di essere reso esecutivo e di produrre gli effetti di cui all'art. 825 cod. proc. civ., ma devono anche essere osservate le norme sul procedimento arbitrale, *“mentre, nell'arbitrato irrituale, esse intendono affidare all'arbitro (o agli arbitri) la soluzione di controversie (insorte o che possano insorgere in relazione a determinati rapporti giuridici) soltanto attraverso lo strumento negoziale”*. In ragione della natura «non contenziosa dell'incarico», autorevole dottrina sostiene che le norme di cui agli artt. 806 ss. cod. proc. civ. non debbano essere applicate: cfr. E. GABRIELLI, *L'oggetto del contratto*. Artt. 1346-1349, in *Il codice civile. Commentario*, fondato da P. SCHLESINGER, diretto da F. D. BUSNELLI, Giuffrè, 2015, 202.

⁵⁴ Infatti uno degli elementi che sarebbero indice della scelta delle parti di ricorrere a un arbitrato irrituale è rappresentato dal fatto che nelle clausole del rispettivo patto compromissorio *“non risultano evocate attività procedimentalizzate degli arbitri”*.



l'emanazione del lodo e che disciplini la dialettica arbitri-parti e/o quella parti-parti va quantomeno coordinata con la previsione dell'art. 808ter (il "lodo contrattuale" è annullabile "se non è stato osservato nel procedimento arbitrale il principio del contraddittorio")⁵⁵.

Pertanto, la vigenza di un gruppo di norme comuni più ampio è propugnato da quella parte della dottrina che, affermando di ricusare un'interpretazione atomistica dell'art. 808ter⁵⁶, evidenzia che esso andrebbe interpretato nel prisma della citata legge delega del 2005, nella quale è sancito che "le norme in materia di arbitrato trovano sempre applicazione in presenza di patto compromissorio comunque denominato"⁵⁷, salva la diversa volontà delle parti di derogare alla disciplina legale⁵⁸. Il che denoterebbe così un'applicazione di massima, tanto all'arbitrato rituale quanto a quello irrituale, delle norme presenti negli artt. 806 ss. cod. proc. civ., salvo che intervenga un accordo di segno contrario.

Con più precisione, alcuni autori mostrano di distinguere tra diverse categorie di norme: alcune sicuramente inapplicabili all'arbitrato irrituale (tra le quali quelle che fanno capo agli artt. 824bis e 825 cod. proc. civ.⁵⁹), altre di natura generale, volte a disciplinare l'intera area della composizione eteronoma della controversia a carattere arbitrale e, pertanto, sicuramente applicabili, e altre di dubbia compatibilità⁶⁰. L'iniziativa è senz'altro virtuosa ed esplicita la scelta di abbandonare la piatta argomentazione di integrale inapplicabilità di un corpo normativo, forse non suffragata dal dato positivo; sarebbe qua probabilmente più opportuno, per determinare la normativa applicabile, procedere all'esame della *ratio* delle singole norme in materia arbitrale, esame che non si arresti al tenore letterale di queste, ottenendo in questo modo risultati più rigorosi⁶¹.

Analizzando, inoltre, il disposto dell'art. 816bis cod. proc. civ., ne desumiamo che la fisionomia dei concreti procedimenti per arbitrato (anche solo) rituale possa essere estremamente variabile⁶²: la relativa rego-

⁵⁵ Di questo avviso anche G. PETRELLI, *Arbitrato, trascrizione e altre pubblicità legali*, in *Trattato di diritto dell'arbitrato* diretto da D. MANDUCCI, I, Napoli, 2019, 392 ss. Il codice sembra oggi delineare una procedimentalizzazione dell'istituto che potrebbe differenziarlo da una connotazione risalente che lo caratterizzava: ci riferiamo alla tendenza diffusasi in una prassi risalente per cui le parti rimettevano la lite a un terzo, consegnandogli un foglio in bianco da loro sottoscritto preventivamente, perché il terzo medesimo lo riempisse; tutto ciò senza l'osservanza di alcuna forma processuale: cfr. F. SANTORO PASSARELLI, *La transazione*, Napoli, 1975, 51 ss.

⁵⁶ Le singole norme, del resto, non sono isolabili dal sistema e l'effetto giuridico si determina compiutamente in funzione del sistema medesimo: cfr. A. FALZEA, *Efficacia giuridica*, cit.,

⁵⁷ Ossia, alla luce di tale interpretazione, tanto rituale quanto irrituale.

⁵⁸ Ciò attenua e non di poco la distanza tra il "procedimento" rituale e quello irrituale: cfr. F. P. LUISO, *La risoluzione non giurisdizionale delle controversie*, cit., 145 ss. Ugualmente favorevole all'applicabilità di diverse norme presenti nel titolo VIII del IV libro del c. cod. proc. civ. è G. DE NOVA, *Disciplina legale dell'arbitrato e autonomia privata*, in *Riv. arb.*, 3, Milano, 423 ss. Ritiene che alcuni tra gli artt. 806 ss. cod. proc. civ. siano espressione di principi comuni ad ambedue i tipi anche B. SASSANI, *L'arbitrato irrituale*, cit., 313.

⁵⁹ Le ipotesi di avvicinamento delle due figure arbitrali che verranno proposte forse dimostrano che la presunta radicalità della contrapposizione, talvolta, potrebbe essere attenuata e smussata con qualche accorgimento, ma sembrano comunque arrestarsi di fronte all'assunto per cui solo "nell'arbitrato rituale le parti vogliono la pronuncia di un lodo suscettibile di essere reso esecutivo e di produrre gli effetti di cui all'art. 825 cod. proc. civ.", cfr. Cass. 05 luglio 2023, n.18973, in *Dejure*.

⁶⁰ Cfr. B. SASSANI, *L'arbitrato irrituale*, cit., 313 ss. Dubbi consistenti, di particolare rilievo nell'ottica di individuazione di porzioni comuni di disciplina, si registrano con riguardo alla disciplina della trascrizione dell'atto con il quale la parte dichiara la propria intenzione di promuovere il procedimento arbitrale. Tra le posizioni avanzate dalla dottrina, vi è chi, argomentando sulla base della lettera degli artt. 2652 e 2653 cod. civ. – nei quali non si registrerebbe alcuna distinzione tra le due categorie di procedimenti arbitrali – e supportando tale rilievo con un'interpretazione – si dice – costituzionalmente orientata di queste norme (art. 24 Cost.) ritiene che la disciplina propria della trascrizione trovi applicazione anche in presenza di procedimenti per arbitrato irrituale. Un'ampia disamina del problema, con riferimenti, peraltro, alle opposte ricostruzioni contemplate, è presente in G. PETRELLI, *Arbitrato, trascrizione e altre pubblicità legali*, cit., 399 ss.

⁶¹ Una prospettiva metodologica accolta anche da V. CAREDDA, *Le liberalità diverse dalla donazione*, Torino, 1996, 245 ss. per l'individuazione della normativa applicabile agli atti di liberalità.

⁶² A differenza di quanto sembra sostenuto nell'ordinanza e anche alla luce dell'art. 816bis, la previsione che dispensa



lamentazione parrebbe articolarsi in un enclave di norme in buona parte derogabili, all'interno di un quadro – il processo civile – informato da una tendenziale inderogabilità, cioè in cui i soggetti coinvolti nella controversia, salvo che per ipotesi eccezionali, non possono modificare mediante accordi le regole attinenti all'attività dell'autorità del soggetto deputato al giudizio⁶³. Proprio l'eventuale natura inderogabile o meno di alcune delle norme presenti negli artt. 806 ss. cod. proc. civ., nel caso in cui si creda che esse regolino esclusivamente l'arbitrato rituale, potrebbe rappresentare argomentazione a sostegno delle menzionate maggiori garanzie/miglior efficienza di questo procedimento e, in seconda battuta, concorrerebbe a giustificare la scelta di politica legislativa fatta propria dall'ordinamento con l'art. 808^{ter}, interpretato nei modi indicati⁶⁴.

Focalizzando, a questo punto, l'attenzione su quelle porzioni di disciplina – nel dettaglio, su quella del lodo – che in modo pacifico tracciano un confine tra arbitrato rituale e irrituale, si può verificare la portata dello stesso e eventualmente capire se, quantomeno sul piano effettuale, sia soggetto o assoggettabile a temperamenti. Vi è, infatti, chi, in un'ottica funzionale, genericamente, fa presente che un medesimo obiettivo sarebbe perseguibile con entrambi i modelli arbitrali: è «l'attività dispositiva dei privati a far sì che la pretesa e la contestazione conformino l'assetto di interessi controverso, raggiungendo il risultato voluto: che è sempre quello di conformare un rapporto, costituendolo, modificandolo o estinguendolo, tanto alla stregua degli artt. 2907, 2908 e 2909 cod. civ. quanto a quella degli artt. 1321 e 1372 cod. civ.»⁶⁵. Se, tuttavia, andando oltre osservazioni di tale tenore, si esamina il piano degli effetti giuridici, il discorso si complica e si arricchisce, investendo – preso atto anche del disposto dell'art. 824^{bis} cod. proc. civ. – il più ampio tema degli effetti della sentenza (e, in particolare, del giudicato) e di quelli del contratto, *sub specie* di quei contratti asseritamente deputati alla definizione del procedimento per arbitrato irrituale⁶⁶.

5. – Partendo dalla lettura dell'art. 824^{bis}, esso non pone nel nulla, anche dal punto di vista linguistico⁶⁷, la distanza intercorrente tra il lodo e la sentenza, disponendo che il primo abbia “*gli effetti della sentenza pronunciata dall'autorità giudiziaria*”, aspetto che ha, peraltro, concorso – richiamando le osservazioni del secondo paragrafo – nelle elaborazioni dei giuristi, a mettere nel dubbio la ricostruzione negoziale (o quantomeno anche negoziale)⁶⁸ operata anche dalla Suprema Corte⁶⁹.

dall'osservanza delle formalità di procedura sembra ininfluenza rispetto alla natura rituale o irrituale del procedimento arbitrale promosso: cfr. C. TENELLA SILLANI, *Decisione secondo diritto e secondo equità*, in *Trattato di diritto dell'arbitrato* diretto da D. MANDUCCI, V, Napoli, 2019, 138.

⁶³ O forse il fatto che si tratti di norme derogabili potrebbe condurci a ritenere che si tratti di norme di diritto sostanziale? Sempre ai fini dell'inquadramento della natura di queste norme, d'altra parte, non sembra, tuttavia, che possa trascurarsi la sede (il codice di procedura civile) prescelta dal legislatore: simili argomentazioni sono al centro di un importante dibattito vertente sulla natura sostanziale o processuale dell'art. 2697 cod. civ. Si v. S. PATTI, *Le prove*, cit., 129 ss.

⁶⁴ Sulla natura derogabile o meno delle norme in materia G. DE NOVA, *Disciplina legale dell'arbitrato e autonomia privata*, cit., 423 ss.

⁶⁵ F. CRISCUOLO, *L'Arbitrato tra autonomia ed eteronomia*, cit., 244 ss.

⁶⁶ E. BETTI, *Teoria generale del negozio giuridico*, cit., 291, include, alla luce di una classificazione che verte sul contenuto dei negozi giuridici, all'interno della categoria dei c.d. «negozi di secondo grado», tanto la transazione, quanto il compromesso e l'arbitraggio.

⁶⁷ Il che non è una peculiarità del nostro ordinamento, ma anche in inglese (*award*) e in castigliano (*laudo*) la decisione degli arbitri ha un nome diverso rispetto alla decisione del giudice togato. Al contrario, in altri ordinamenti, come quello francese (*sentence arbitrale*) e quello tedesco (*Schiedsspruch*), si utilizzano espressioni equivalenti alla locuzione «sentenza arbitrale», la quale si rinvia anche nel nostro ordinamento: l'art. 2819 cod. civ. è rubricato proprio “*sentenze arbitrali*”.

⁶⁸ Il riferimento è nuovamente a F. CRISCUOLO, *Arbitrato e diritto civile*, cit., 11 ss.

⁶⁹ Cass. 03 agosto 2000, n. 527, cit.



Sulla norma, ad ogni modo, un primo problema, anche ai fini di una prospettiva di assimilazione tra le figure arbitrali, si rinviene già a livello interpretativo: vi è l'esigenza, di rilevanza sistematica, consistente nell'attribuire spessore alla formulazione dell'art. 824bis, il quale, alla luce di una lettura circolare con l'art. 813 cod. proc. civ., risolve il problema dell'ammissibilità di un atto che, benché pronunciato da uno o più soggetti privati (a cui "non compete la qualifica di pubblici ufficiali o di incaricati di pubblico servizio") e i cui effetti – secondo una certa impostazione – trovino fonte nel consenso delle parti⁷⁰, abbia l'efficacia di una sentenza pronunciata dall'autorità giudiziaria⁷¹. Quanto detto dovrebbe evidenziare che le differenze tra le due modalità di arbitrato non sembrano circoscrivibili, come sembra trasparire da alcune pronunce, al fatto che solo al lodo rituale possano conseguire "gli effetti di cui all'art. 825 cod. proc. civ."⁷². Il dato normativo, peraltro, smentisce quest'assunto, perlomeno nei settori in cui non si registra alcuna incompatibilità tra lodo *ex art. 808ter* cod. proc. civ. e suscettibilità del lodo di essere reso esecutivo da parte del giudice (artt. 412 e 412quater cod. proc. civ.). Possiamo aggiungere che, in virtù, anche, degli interventi della Corte Costituzionale e delle Sezioni Unite della Corte di Cassazione⁷³, il lodo rituale, di per sé, sembrerebbe, inoltre, esser ritenuto idoneo a conseguire l'autorità di accertamento del giudicato statale (anche sostanziale).

5.1. – Per quanto concerne, invece, il c.d. lodo contrattuale? Alle indicazioni del codice di rito – le quali precisano che gli arbitri definiscono la controversia "mediante determinazione contrattuale" e indicano i motivi per cui il lodo è annullabile – si accompagnano, tanto da parte della giurisprudenza quanto della dottrina, tentativi di regolamento dei confini di tale lodo da figure attingue, come il lodo rituale e la determinazione dell'arbitratore⁷⁴. A differenza di quest'ultima, la quale viene considerata da autorevole letteratura come «autonomo atto giuridico che si caratterizza come [...] avente ad oggetto la determinazione di un altrui contratto⁷⁵», il lodo irrituale, quantomeno stando all'opinione dominante in giurisprudenza, costituirebbe una figura contrattuale. Nel dettaglio, sempre la giurisprudenza, oltre a fornire indicazioni volte a risolvere i problemi della disciplina che governa il rapporto giuridico intercorrente tra parti della controversia e arbitri irri-

⁷⁰E non sul potere autoritativo dello Stato: F. P. Luiso, L'art. 824bis cod. proc. civ., in *Judicium*, https://www.google.com/url?sa=t&source=web&rct=j&opi=89978449&url=https://www.judicium.it/wp-content/uploads/saggi/133/F.%2520P.%2520Luiso.pdf&ved=2ahUKEWjAwLj04caHAXUuhv0HHbF3AaYQFnoECBcQAQ&usq=AOvVaw1DeIesnNcLal_XBQ9do6Ip

⁷¹Nella disciplina del codice vigente, invece, l'efficacia di sentenza del lodo, atto autonomamente impugnabile, non sembra condizionata al deposito (e all'accertamento del tribunale della sua "regolarità formale") dello stesso. Questi ultimi sarebbero, invece, presupposto, dell'esecutività, dell'attitudine all'iscrizione ipotecaria del lodo (art. 2819 cod. civ.), della "sua trascrivibilità, e conseguente efficacia anche verso terzi" (Cass. 25 ottobre 2013, n. 24153 *cit.*).

⁷²Cass. 05 luglio 2023, n. 18973, in *Dejure*.

⁷³Corte Cost. 19 luglio 2023, n. 223, in *Dejure*; Cass. 25 ottobre 2013, n. 24153, *cit.*

⁷⁴I criteri di distinzione peraltro, per certi versi rimangono ancora incerti, in ragione – come si indicherà anche a breve – dell'influenza esercitata dalle connessioni con il negozio di accertamento e della transazione: cfr. E. GABRIELLI, *L'oggetto del contratto*, *cit.*, 200 ss. Al di fuori del *dictum* dell'arbitratore, una linea di demarcazione si registra a monte, in quanto l'attività demandata agli arbitratore medesimi risiederebbe nella determinazione di un elemento oggettivamente mancante, uno strumento di completamento di un contratto concluso ma non completo (così E. GABRIELLI, *L'oggetto del contratto*, *cit.*, 202; P. RESCIGNO, *Arbitrato e autonomia privata*, *cit.*, 13 ss.), mentre l'arbitrato troverebbe il suo ambito di applicazione in rapporti che, seppur controversi, sono perfetti. *Contra* E. DEL PRATO, *Transazione* (dir. priv.), *cit.*, 815 che rinviene la differenza nell'«oggetto della cognizione».

⁷⁵Così C. M. BIANCA, *Il contratto*, *cit.*, 300 ss., il quale ricusa le tesi che ascrivono alla determinazione dell'arbitratore natura di mero fatto o di negozio giuridico.



tuali – tendenzialmente qualificando i secondi quali mandatari dei primi⁷⁶ – pare avere cura anche di individuare i caratteri del lodo: si afferma che gli arbitri abbiano il compito di “ricercare una composizione amichevole, conciliante o transattiva”⁷⁷, o che essi definiscano la lite “mediante una composizione amichevole o un negozio di accertamento riconducibile alla volontà delle parti stesse”. Ma si segnalano pure sentenze recenti in cui, al contrario, si sostiene che debba escludersi l’assimilabilità dell’arbitrato irrituale “al contratto di transazione atteso che la risoluzione della controversia da parte degli arbitri non implica reciproche concessioni tra le parti”⁷⁸. Nelle posizioni rintracciabili in dottrina vi è chi ritiene che il lodo irrituale abbia la natura di un negozio transattivo posto in essere dagli arbitri ma vincolante per le parti, atteso il conferimento ad essi di un potere rappresentativo di transigere la lite⁷⁹; c’è chi sostiene, invece, che il lodo irrituale non costituisca necessariamente un contratto di transazione⁸⁰, ma contempla questa possibilità; si considerino, infine, anche opinioni che si oppongono a una sovrapposizione del lodo irrituale con i contratti di accertamento o di transazione in senso tecnico⁸¹.

Aderiamo provvisoriamente, anche solo per ipotesi di lavoro, all’idea per cui, in virtù di questo fenomeno dissociativo, di divergenza tra autori del negozio (=lodo irrituale) e soggetti destinatari dei relativi effetti giuridici⁸² proprio dell’arbitrato “libero”, gli arbitri, a seconda del procedimento arbitrale contemplato, definiscano la lite con un contratto di transazione o di accertamento. Vi sono dei margini per cui la contrapposizio-

⁷⁶ Anche con riguardo all’arbitrato rituale, non sono mancate in merito posizioni, che si sono avvalse della categoria dell’ufficio di diritto privato, o che, offrendo una più articolata disamina dei rapporti tra la clausola compromissoria e il, da essa distinto e autonomo, contratto di arbitrato, ritengono che questo costituisca figura *sui generis*, al quale si applicano, in primo luogo, le norme del codice di procedura civile (806 ss. cod. proc. civ.) e, in caso di insufficienza di queste disposizioni, le norme in tema di mandato e di prestazione d’opera intellettuale: sul tema si v. S. MARULLO DI CONDOJANNI, *Il contratto di arbitrato*, cit., 45 ss. In giurisprudenza, costante è il riferimento alla figura del mandato: Cass. 28 maggio 2021, n. 14986, in *Dejure*; Cass. 26 ottobre 2021, n. 30000, in *Dejure*; Trib. Mil. 09 settembre 2022, n. 2006, in *Dejure*. In certi casi, più nello specifico, si afferma che si tratti di un “mandato congiunto a comporre la controversia” (Cass. 13 aprile 2022, n. 12058, in *Dejure*; Trib. Mil. 09 settembre 2022, n. 2006, cit.; concorde, in letteratura, anche M. MARINELLI, *La natura dell’arbitrato irrituale, profili comparatistici e processuali*, Giappichelli, 2002, 105). Peraltro, sul punto, è evidente che gli eventuali ostacoli o, comunque, l’esigenza di rintracciare una compatibilità tra diversi corpi di disciplina, dovuti al dato normativo oggetto degli artt. 806 ss. cod. proc. civ., verrebbero meno laddove si ritenga che queste norme si applichino esclusivamente all’arbitrato rituale. In caso contrario, ci si dovrà confrontare con le criticità all’accoglimento della tesi del mandato evidenziate anche dalla letteratura sul tema: S. MARULLO DI CONDOJANNI, *Il contratto di arbitrato*, cit., 22 ss. Questo dibattito presenta molti punti di contatto, guarda caso, con la definizione del rapporto intercorrente tra parti del contratto e l’arbitratore, lungo il quale ritroviamo, tra le altre, la tesi del mandato e quella del contratto d’opera: sul tema cfr. sempre E. GABRIELLI, *L’oggetto del contratto*, cit., 252 ss.

⁷⁷ Cass. 28 maggio 2021, n. 14986, in *Dejure*. Cfr. anche Cass. 09 ottobre 2017, n. 23571, in *Dejure*.

⁷⁸ Cass. 13 aprile 2022, n. 12058, cit.

⁷⁹ Cfr. V. ROPPO, *Il contratto*, cit., 332 ss. Di diverso avviso recenti pronunce della Suprema Corte, in cui si esclude l’assimilabilità dell’arbitrato irrituale alla transazione, in quanto la risoluzione della controversia da parte degli arbitri non implica reciproche concessioni tra le parti: cfr. Cass. 13 aprile 2022, n. 12058, cit.

⁸⁰ «Accade talvolta che le parti attribuiscono ad uno o più mandatari di comune fiducia il compito di comporre o prevenire una lite [...] se i mandatari sono autorizzati a disporre reciproche concessioni delle parti, le loro determinazioni hanno la natura della transazione, se invece il mandato prevede che essi debbano applicare i criteri del diritto, o dell’equità, le loro determinazioni hanno natura di negozio di accertamento»: così P. TRIMARCHI, *Istituzioni di diritto privato*, Giuffrè, 2018, 464. *Contra* F. GALGANO, *Diritto e equità nel giudizio arbitrale*, cit., 471. «Come, agendo per conto di entrambe le parti, questi mandatari potrebbe farsi reciproche concessioni?»:

⁸¹ M. FRANZONI, *Il contratto di accertamento: un paradosso*, in *Riv. dir. priv.*, Cacucci, 2021, 193, afferma che non si tratterebbe di un vero e proprio contratto di accertamento, ma «un arbitrato o comunque un atto con finalità integrativa» di un atto di accertamento. Il riferimento all’accertamento, mero riferimento a una presunta categoria sovraordinata ordinante, sarebbe volto a indicare l’atipicità dell’atto, ma sostanzialmente inconferente in punto di disciplina applicabile al lodo: ID., *Il contratto di accertamento*, cit., 198.

⁸² Per una disamina dei fenomeni di dissociazione, *sub specie* di quelli che si determinano in conseguenza delle ipotesi di sostituzione nella conclusione dei negozi, si rimanda a A. LUMINOSO, *Il mandato*, UTET, 2000, 5 ss.



ne tra questi contratti e il lodo rituale, con i tratti qua individuati, possa temperarsi? Si potrebbe ipotizzare una risposta positiva: concentriamo l'attenzione sul lodo rituale di mero accertamento con autorità di giudicato e prendiamo le mosse dagli studi condotti da autorevole dottrina, la quale evidenzia che gli effetti del giudicato e quelli prodotti dai contratti di transazione e di accertamento sarebbero entrambi suscumbibili nella categoria degli effetti preclusivi, segnatamente di quelli alla cui base sta l'esigenza pratica di rimuovere i "dubbi" e le correlate contestazioni⁸³ sul contenuto delle situazioni giuridiche⁸⁴. La rimozione di suddette contestazioni potrebbe avvenire, infatti, mediante l'organo istituzionalmente deputato a tal fine, e, nel dettaglio, attraverso la sentenza passata in giudicato (specie in senso sostanziale), considerata dalla letteratura in esame come potenzialmente idonea a rendere irrilevanti giuridicamente incertezze tanto sulla situazione di fatto quanto sulla *quaestio iuris* controversa⁸⁵ e, pertanto, "capace" di privare anche di valore pratico le pretese – la situazione accertata è valida anche se risulta difforme dalla realtà anteriore, determinando una tendenziale insensibilità di ciò che è coperto dalla preclusione rispetto all'effettiva realtà giuridica anteriore – che si vogliano sollevare in nome di questi contrasti⁸⁶. Ma il medesimo effetto⁸⁷ preclusivo potrebbe ritenersi perseguibile anche con altri strumenti⁸⁸, forse meno complessi e macchinosi: la transazione – essa «in modo identico e con la medesima intensità del giudicato, rende inammissibile una successiva contestazione sulle questioni regolate transattivamente, e preclude la decisione di merito»⁸⁹ – e il negozio di accertamento⁹⁰.

Tuttavia le osservazioni avanzate, nei termini proposti, non sembrano reggere, sollevando dei problemi

⁸³ Nel dettaglio, si intende una situazione di incertezza giuridicamente rilevante, non uno stato interiore, un mero stato soggettivo, ma «la traduzione sociale del dubbio, ossia un conflitto tra apprezzamenti di due soggetti diversi»: le parole sono di A. FALZEA, *Accertamento*, in *Enciclopedia del diritto*, Milano, 1958, 207 ss. Cfr. A. FALZEA, *Efficacia giuridica*, cit., 178 ss. Riflessioni su tale elaborazione che fanno capo alla dottrina richiamata, si rinvencono, da ultimo, anche in P. SIRENA, *La teoria dell'efficacia giuridica nel pensiero di Angelo Falzea*, in *Riv. dir. civ.*, 2017, p. 1011 ss. e in C. GRANELLI, *L'"accertamento" nel pensiero di Angelo Falzea*, in *Jus civ.*, 2024, 29 ss.

⁸⁴ A. FALZEA, *Efficacia giuridica*, cit., 178 ss.

⁸⁵ Sul punto non rileva qui la tripartizione delle sentenze – di accertamento, di condanna, costitutiva – poiché l'ambivalenza propria del giudicato, la quale include le due ipotesi della conservazione e della modificazione riguarda necessariamente ed esclusivamente l'accertamento, presupposto della condanna o dell'effetto costitutivo, i quali rappresentano svolgimenti della situazione giuridica accertata e quindi presuppongono esaurito il primo, distinto e preliminare rispetto a questi svolgimenti giurisdizionali. Sull'efficacia preclusiva «integrale» del giudicato, a differenza, ad esempio, della confessione, i cui effetti preclusivi sarebbero circoscritti alla *quaestio facti*, cfr. anche S. PATTI, *Le prove*, in *Tratt. dir. priv.*, G. IUDICA e P. ZATTI, Giuffrè, 2021, p. 114.

⁸⁶ Insiste su un diverso piano e non collide con quanto detto – anzi si ritiene che corrobori il ragionamento – il problema della giustizia o ingiustizia della sentenza, sul punto si v. sempre A. FALZEA, *Accertamento*, cit., 213 ss.

⁸⁷ A. FALZEA, *Accertamento*, cit., 210 ss. Si tenga conto, ad ogni modo, che le menzionate esigenze di tutela della "giustizia" qua vengono meno, atteso che, nell'ipotesi del contratto di transazione, di seguito esaminato, le parti non tendono all'accertamento della verità. Di questo avviso anche S. PATTI, *Le prove*, cit., 113.

⁸⁸ L'accertamento negoziale, secondo autorevole dottrina, rappresenterebbe un equivalente privatistico dell'accertamento giudiziale: F. CARNELUTTI, *Note sull'accertamento negoziale*, in *Riv. dir. proc. civ.*, 1940, I, 3 ss.

⁸⁹ Cfr. A. FALZEA, *Efficacia giuridica*, cit., questo, all'evidenza, con i limiti contenuti nella disciplina propria della transazione, si v. gli artt. 1971 ss. cod. civ. Il convenuto che sollevasse la *exceptio litis per transactionem finitae*, in caso di accoglimento della stessa, otterrebbe, analogamente all'eccezione di giudicato, un effetto preclusivo sostanziale: cfr. A. FALZEA, *Accertamento*, cit., 217. Cfr. anche E. NAVARRETTA, *La causa e le prestazioni isolate*, cit., 304, in cui si afferma che la funzione della transazione è di tipo «costitutivo-preclusivo, ossia tende, tramite un effetto costitutivo a realizzare un obiettivo preclusivo puro rispetto all'accertamento negoziale, tale cioè da escludere ogni controllo obiettivo sulla situazione pregressa». L'effetto preclusivo «puro» *ivi* ascritto alla transazione è circoscritto chiaramente all'area della disponibilità dei diritti e opera in presenza – così richiederebbe il legislatore – delle reciproche concessioni.

⁹⁰ A. FALZEA, *Accertamento*, cit., 218 ss. individua l'effetto preclusivo come elemento indefettibile di ogni figura di accertamento. L'espressione "effetto preclusivo di ogni contestazione" del negozio di accertamento era ricorrente anche in giurisprudenza: ad es. si v. Cass. 10 gennaio 1983, n. 161, in *Dejure*; Cass. 05 giugno 1997, n. 4994, in *Dejure*.



che insistono su diversi piani. Innanzitutto, se, da un lato, ad oggi⁹¹, prevalente dottrina e giurisprudenza ritengono tale figura atipica del negozio di accertamento ammissibile⁹², maggiori interrogativi si sollevano con riguardo alla sua costruzione dogmatica e ai suoi effetti⁹³. Infatti, vi è chi esclude che l'efficacia preclusiva si ricollegli al contratto di accertamento, il cui effetto "accertativo" rilevarebbe solo sul piano dell'onere della prova⁹⁴.

Inoltre, c'è chi attribuisce al concetto di efficacia preclusiva una funzione meramente descrittiva⁹⁵ ma non risolutiva per l'individuazione del meccanismo tecnico-giuridico attraverso il quale la preclusione medesima si realizza⁹⁶, in quanto, a seconda dell'atto giuridico osservato – negozio o sentenza passata in giudicato⁹⁷ – l'asserita insensibilità rispetto alla situazione antecedente opererebbe in termini diversi. Infatti, se l'oggetto di un secondo ipotetico processo – nei limiti del giudicato – fosse identico a quello definito dalla sentenza passata in giudicato, chi avesse adito il giudice per far valere nuovamente la situazione pregressa, in applicazione del *ne bis in idem*, vedrebbe il secondo procedimento da lui instaurato concludersi con una sentenza (in rito) di inammissibilità⁹⁸ (fenomeno preclusivo in senso tecnico), salvo che per quanto previsto dalla disciplina dei mezzi straordinari di impugnazione. Invece, alla domanda giudiziale, avente ad oggetto una situazione giuridica che ha trovato composizione, per esempio, mediante un contratto di transazione, conseguirebbe una sentenza di rigetto nel merito⁹⁹; peraltro, il giudicato fa stato fra le parti, i loro eredi e aventi causa, per effetto della preclusione di cui all'art. 2909 cod. civ., che copre il dedotto e il deducibile, mentre la transazione fa stato tra le parti e la portata del relativo effetto processualmente preclusivo dipende dal suo oggetto¹⁰⁰.

⁹¹ Una sintesi delle diverse posizioni in merito è operata da A. GENTILI, *Autonomia privata e potere di accertamento*, in *Riv. dir. civ.*, 6, Giuffrè, 2017, 1367 ss. e R. FERCIA, *Accertamento*, in *Dig. Disc. Priv. sez. civ.*, Agg., VII, UTET, 2012, 32 ss.

⁹² F. SANTORO PASSARELLI, *L'accertamento negoziale e la transazione*, in *Riv. Trim. dir. proc. civ.*, Giuffrè, 1956, 4 ss., esclude la compatibilità tra negozio giuridico e effetto di accertamento.

⁹³ La giurisprudenza, spesso, attribuisce al negozio di accertamento efficacia dichiarativa (recentemente anche Cass. 04 dicembre 2023, n. 33777, in *Dejure*, ma si v. anche, tra le altre, Cass. 17 settembre 2004, n. 18737, in *Dejure*), non rapportabile a quella costitutiva – propria della transazione (di questo avviso anche M. FRANZONI, *La transazione*, in *Trattato dei contratti*, diretto da V. ROPPO, Giuffrè, 2014, 1084 ss.) – e a quella estintiva, sussumibile in una nozione ampia del verbo "regolare" di cui all'art. 1321 cod. civ.

⁹⁴ Vi è chi esclude una rescissione in questi termini del contratto di accertamento dal rapporto giuridico "di primo grado" da esso conformato: C. M. BIANCA, *Il contratto*, Giuffrè, 2019, 478 ss. ritiene che l'effetto accertativo rilevi esclusivamente sul piano probatorio, poiché il contratto di accertamento dispensa la parte dall'onere di provare il rapporto come accertato, ponendo, semmai a carico della parte a ciò interessata, l'onere di fornire la prova contraria. Sull'idea che il contratto di accertamento crei esclusivamente una presunzione *iuris tantum* circa l'esistenza della posizione accertata e riconosciuta, in ciò distinguendosi dal contratto di transazione, V. ROPPO, *Il contratto*, cit., 494 ss; non sembra accoglie la teoria dell'efficacia preclusiva anche S. PATTI, *Le prove*, cit., 113 ss. E. NAVARRETTA, *La causa e le prestazioni isolate*, cit., 306 ss., dimostrando di accogliere un'idea di possibile graduazione dell'effetto preclusivo, sostiene che tale accertamento non possa sopraelevarsi a quello giudiziale al punto da "coprire" anche l'esistenza della situazione controversa, così l'accertamento c.d. preclusivo viene limitato al *quomodo* e dell'interesse conteso.

⁹⁵ Si v. in merito C. GRANELLI, *L'"accertamento" nel pensiero di Angelo Falzea*, cit., 41 ss.

⁹⁶ Per un'ampia disamina delle impostazioni sul tema si v. sempre C. GRANELLI, *L'"accertamento" nel pensiero di Angelo Falzea*, cit., 41. Per quanto attiene alle diverse impostazioni in punto di efficacia della transazione, invece, ampia disamina si rinviene in E. DEL PRATO, *Transazione* (dir. priv.), in *Enciclopedia del diritto*, Giuffrè, 1992, 813 ss.

⁹⁷ E. NAVARRETTA, *La causa e le prestazioni isolate*, cit., 306 ss: mancando le garanzie fornite dal presupposto causale dell'*aliquid datum aliquid retentum*, un accordo tra i privati tale da far presumere *iuris et de iure* l'esistenza del diritto andrebbe a onerare chi vanta un interesse antagonista a tale verità giuridica, contrastando con i limiti di cui all'art. 2698 cod. civ. Sulla portata di suddetti limiti si veda S. PATTI, *Le prove*, cit., 358 ss. Ancora, con riguardo alle differenze tra transazione e accertamento, dal punto di vista degli effetti di tali negozi, M. FRANZONI, *Il contratto di accertamento: un paradosso*, cit., 188 ss.

⁹⁸ C. GRANELLI, *L'"accertamento" nel pensiero di Angelo Falzea*, cit., 40.

⁹⁹ Di questo orientamento M. FRANZONI, *La transazione*, cit., 1084 ss.

¹⁰⁰ M. FRANZONI, *La transazione*, cit., 1086.



Ma, anche a tacere di tali ostacoli all'attenuazione delle distanze tra le figure esaminate e di quelli ulteriormente individuabili, il confronto tra i lodi non sembra possa esser portato avanti nei termini proposti, poiché pare che, a monte, una delle premesse debba essere oggetto di rimeditazione: non solo l'identificazione del lodo irrituale con i negozi di accertamento e di transazione pare destinata a cadere – il generico richiamo a tali contratti parrebbe inconferente, non eloquente in ordine all'effettiva disciplina applicabile, e, in senso lato, all'arbitrato irrituale, con i conseguenti interrogativi in ordine alla regolamentazione concretamente applicabile, “luogo” in cui le ipotesi ricostruttive dovrebbero approdare – ma persino la natura contrattuale del lodo – ricavabile apparentemente dalla lettera dell'art. 808^{ter} cod. proc. civ.¹⁰¹ – solleva contrasti soprattutto in letteratura¹⁰².

6. – Le difficoltà ricostruttive non son poche e alcune ambiguità di fondo sembrano, ad oggi, non aver ancora abbandonato la vicenda dell'arbitrato irrituale, anche a seguito della novella del 2006¹⁰³. Ciò non può che rappresentare un ostacolo all'individuazione dell'effettive asimmetrie potenzialmente idonee a giustificare (anche) la regola ermeneutica esaminata, nonché, a monte, a cogliere l'esatta fisionomia attribuita all'istituto.

Il generico riferimento al contratto di mandato, indentificato come un mandato collettivo¹⁰⁴ – secondo alcuni conferito anche nell'interesse dei mandatari¹⁰⁵ – solleva diversi interrogativi, soprattutto in relazione al fatto che – come asseriscono certi autori – nell'ipotesi dell'arbitrato mancherebbero i c.d. fatti di cooperazione esterna¹⁰⁶. Ma, in senso lato, ciò che sembra potersi notare dal diritto vivente in materia di arbitramento irri-

¹⁰¹ Volta esclusivamente, in negativo, ad escludere che esso venga considerato alla stregua di una sentenza: Cfr. F. FESTI, *Convenzione di arbitrato*, cit., 1246.

¹⁰² Alcuni autori asseriscono che si tratti di un atto che produce gli effetti dell'art. 1372 cod. civ. ma che non «sia un contratto come tutti gli altri [...], non essendo affatto soggetto alle impugnative negoziali del codice civile», ma ad una autonoma azione di impugnativa, i cui motivi, tassativamente indicati nell'art. 808^{ter}, appaiono comunque enucleati sulla falsariga dell'impugnazione per nullità del lodo rituale. Si esclude, pertanto, a titolo esemplificativo, l'applicabilità *sic et simpliciter* degli artt. 1425 ss. cod. civ., nonché la possibilità di fondare l'impugnazione del lodo sui rimedi di cui all'art. 1349 cod. civ., considerati un tempo valvola di garanzia di un sistema non corredato neanche di un *minimum* di disciplina: B. SASSANI, *L'arbitrato irrituale*, cit., 312, 323. Si veda anche F. FESTI, *Convenzione di arbitrato*, cit., 1245 ss.

¹⁰³ In dottrina, in particolare, si evidenzia che «in ogni caso, con la riforma del 2006, l'arbitrato libero – alla luce dell'art. 808 ter, comma 2, c.p.c. – diviene piuttosto un *minus* che un *aliud* rispetto all'arbitrato di cui al codice di rito: si disciplina il lodo contrattuale come un provvedimento sostanziale decisivo anche se con effetti simili (ma non uguali) a quelli di un negozio e senza l'esecutività giudiziale, e non già, invece, come un vero e proprio negozio a tutti gli effetti, quale – se deve rimanere in vita questa figura – essenzialmente è»: C. CONSOLO, *Profili introduttivi*, in *Trattato di diritto dell'arbitrato* diretto da D. MANDUCCI, V, Napoli, 2019, 15. Quando si discorre in ordine alle concrete esigenze sottese all'avvalersi dell'arbitrato irrituale, ci si limita, di solito, ad affermare che il ricorso allo stesso sia (o sia stato) suggerito da esigenze di riservatezza che la pubblicazione del lodo sarebbero poste a rischio o, in generale, dalla volontà di escludere l'ordinamento statale (B. SASSANI, *L'arbitrato irrituale*, cit., 305); per altri invece, la ragione di fondo, prettamente processuale, risiederebbe sulla ragione per la quale, a differenza di quanto accadrebbe per la parte soccombente di un lodo rituale invalido, qui non vi sarebbe la necessità di attivarsi tempestivamente per contestare il lodo medesimo nei termini di decadenza previsti (F.P. LUISSO, *La risoluzione non giurisdizionale delle controversie*, cit., 147 s.).

¹⁰⁴ Sull'istituto e sulle correlate peculiarità in punto di disciplina, cfr. G. DI ROSA, *Il mandato*, Artt. 1710-1730, Tomo secondo, in *Il codice civile. Commentario*, fondato da P. SCHLESINGER, diretto da F. D. BUSNELLI, Giuffrè, 2017, 77 ss.

¹⁰⁵ Si segnala, tuttavia, che tale interesse non sembra possa ritenersi sussistente in ragione del solo compenso spettante agli arbitri: cfr. A. LUMINOSO, *Il mandato*, cit., 29 e G. DI ROSA, *Il mandato*, cit., 139. Meno problemi all'identificazione con il contratto di mandato sembrano invece ricorrere con riguardo agli atti che possono formarne oggetto, tra i quali rientrerebbero in ogni caso, non solo i negozi giuridici (A. LUMINOSO, *Il mandato*, cit., 39): il riferimento è a quelle ipotesi che arrivano anche a negare o quasi la natura contrattuale del lodo irrituale.

¹⁰⁶ S. MARULLO DI CONDOJANNI, *Il contratto di arbitrato*, cit., 30 ss.



tuale è la poca permeabilità dell'istituto alla disciplina dei negozi a cui il lodo viene ricondotto: essa neppure sembrerebbe poter entrare a far parte del corpo normativo che regola il contratto relativamente atipico (sempre il lodo irrituale) in via analogica. Ma la questione è dubbia. Anche la regolamentazione delle patologie del lodo irrituale, non sempre intesa in modo univoco, sarebbe – si sostiene anche in giurisprudenza – rappresentata da un elenco tassativo di motivi di impugnazione, sottratti, quindi, all'individuazione ermeneutica della dottrina e della giurisprudenza medesima¹⁰⁷, peraltro – si aggiunge – modellata sull'impugnazione del lodo rituale.

In una logica di ampliamento delle potenzialità e utilità dell'istituto, un ruolo notevole potrebbe essere svolto dalla dimostrazione del suo legittimo atteggiarsi quale procedimento volto a consentire un'effettiva definizione transattiva della lite – il che resta contestato, tuttavia, a vario titolo, tanto da certa giurisprudenza quanto da alcuni esponenti della dottrina – in quanto, a differenza dell'arbitrato rituale, senz'altro qui mancherebbe un interesse diretto all'accertamento della verità delle posizioni dei litiganti; tale contratto, infatti, si muove su una logica che tendenzialmente prescinde «dall'accertamento della ragione e del torto»¹⁰⁸.

¹⁰⁷ Non rilevarebbero, di per sé, i vizi che consentirebbero di fondare l'impugnazione negoziale: di questo avviso anche C. CONSOLO, *Profili introduttivi*, cit., 13 ss.

¹⁰⁸ E. DEL PRATO, *Transazione* (dir. priv.), cit., 813.



HUMBERTO THEODORO JÚNIOR, *PRESCRIÇÃO E DECADÊNCIA*, 3A EDIÇÃO REVISTA ATUALIZADA E REFORMULADA, RIO DE JANEIRO, 2024, P. 401.

Il Professore Humberto Theodoro Júnior, alla pari del suo compianto (e celebrato anche nel nostro Paese: v. per esempio la recensione dello scrivente al volume curato da E. de Carvalho Gomes, E.A. Marx Neto e M. Andrade Féres, *Estudios de direito privado. Liber amicorum para João Baptista Villela*, in *Roma e America. Diritto romano comune*, n. 38/2017, p. 267 ss.) Collega sempre della *Universidade Federal de Minas Gerais* João Baptista Villela, rientra nel novero dei Maestri brasiliani che più si sono distinti nel dialogo giuridico privatistico tra Italia e Brasile e nella diffusione di elaborazioni italiane in Brasile. Lo conferma, da ultimo, la terza e ampiamente rinnovata edizione del suo studio in tema di prescrizione e decadenza, che qui si recensisce.

Piuttosto di ripercorrere interamente i contenuti del volume, ci limiteremo a considerare alcune tra le questioni nello stesso affrontate che paiono più interessanti dal punto di vista del confronto con il diritto italiano e degli spunti di riflessione che possono trarsi per il medesimo.

Per quanto concerne, innanzi tutto, l'oggetto della prescrizione e al tempo stesso la sua distinzione dalla decadenza, il Codice civile brasiliano del 1916 regolava esplicitamente solo il primo istituto, con una disciplina che aveva dato luogo a numerose difficoltà e dispute interpretative. Il Codice civile del 2002, attualmente vigente, stabilisce (art. 189) invece che ciò che si prescrive è la pretesa (*pretensão*), da intendersi come azione in senso materiale (non in senso processuale dal punto di vista moderno: p. 6 s.) ovvero come «direito de exigir em juízo a prestação inadimplida» (p. 5), mentre il medesimo Codice regola separatamente la decadenza (artt. 207-211), da intendersi allora riservata ai diritti soggettivi, specialmente potestativi (p. 150). In tal modo, il diritto brasiliano ha ritenuto di allinearsi a una concezione propria, nella modernità, soprattutto (ma non solo) del diritto tedesco, e al tempo stesso di discostarsi dalla diversamente formulata disciplina italiana – sia pure criticata da parte della nostra dottrina – secondo cui la prescrizione ha per oggetto non la pretesa ma il diritto soggettivo (art. 2934 c.c.it.). Si tratta di una impostazione non condivisa unanimemente in Brasile ma approvata senz'altro dal nostro Autore, il quale persuasivamente ammonisce che «o problema [...] não se resolve abstratamente, dentro da teoria geral do direito», in quanto, «no campo do direito positivo, não se investiga a verdade absoluta, mas a realidade da construção normativa estabelecida pelo legislador» (p. 4).

La medesima impostazione, del resto, ha il merito di offrire un chiaro, sebbene discutibile dal punto di vista teorico e non sempre soddisfacente nelle sue applicazioni pratiche, criterio positivamente sancito di distinzione tra prescrizione e decadenza, che continua invece a mancare in Italia. Sono così, nel diritto brasiliano, considerate senz'altro sottoposte a decadenza, e non a prescrizione, le azioni costitutive, attraverso le quali si esercita un diritto potestativo, e quelle puramente dichiarative, che mirano solo a ottenere certezza sulla esistenza oppure non di una relazione giuridica (p. 20 ss.).

Sempre coerentemente con l'impostazione in discorso, il *dies a quo* della prescrizione è in generale collegato alla nascita della pretesa derivante dalla violazione di un diritto soggettivo (art. 189 c.c.br.). Tale violazione deve peraltro interpretarsi in senso ampio, come sinonimo di semplice «insatisfação do direito», in quanto sono sottoposte a prescrizione anche pretese le quali a volte nascono senza che il debitore abbia commesso una vera e propria violazione del diritto del creditore (p. 8 s.).

Sembra a Theodoro Júnior evidente che, nel diritto brasiliano, come da insegnamento tradizionale formatosi già nel vigore del Codice civile del 1916, la prescrizione rimane una «figura puramente objetiva, formada à base do decurso do tempo e da inércia do credor», la cui decorrenza dipende in altre parole solo dalla



nascita della pretesa e dalla inerzia del suo titolare. Non manca, peraltro, un orientamento di parte della dottrina e della giurisprudenza (recepito pure nella *Súmula 278* del *Superior Tribunal de Justiça*) che tenta di affermare un criterio soggettivo secondo cui rileverebbe, per spostare in avanti il *dies a quo* della prescrizione, pure l'eventuale ignoranza del titolare del diritto circa la lesione subita e il suo autore (p. 9 e 28 ss.). Si tratta, però, di un orientamento criticabile alla luce sia della formulazione letterale dell'art. 189 c.c.br. sia della circostanza che, quando il diritto brasiliano attribuisce rilevanza sul decorso della prescrizione all'ignoranza del titolare del diritto, lo fa espressamente e tassativamente, per esempio nella fattispecie di cui all'art. 206, § 1, II, b, c.c.br. (p. 32 ss.).

La tesi, come abbiamo veduto accolta esplicitamente dal Codice civile brasiliano, secondo cui la prescrizione estingue solo la pretesa, intesa come azione in senso materiale ovvero sia potere di esigere in giudizio la prestazione inadempnuta (o ancora potere di reagire contro la violazione del diritto soggettivo), e non anche il diritto soggettivo, cioè il credito alla base della stessa pretesa, ha altresì il merito di fornire un'agevole giustificazione alla regola, presente anche in Brasile (ma collocata in tema di indebito: art. 882 c.c.br.), sulla irripetibilità di quanto è stato pagato in adempimento di un debito prescritto (p. 11 e 60), che nel nostro Paese (art. 2940 c.c.it.) è invece oggetto di intenso dibattito.

Secondo Theodoro Júnior, l'estinzione della pretesa, prodotta dalla prescrizione (*rectius*: dal sollevamento da parte del debitore e dall'accoglimento giudiziale dell'eccezione di prescrizione, non dal semplice compimento del termine), incide in qualche modo anche sul diritto soggettivo, però solo nel senso di far perdere al suo titolare il potere di attuarlo giudizialmente, ciò che può denominarsi non una estinzione ma solo una «debilitação» del diritto soggettivo (p. 12). In questa prospettiva si spiegano le norme secondo cui, pure in Brasile, il debitore può rinunciare alla prescrizione già compiuta (art. 191 c.c.br.) o anche solo evitare di sollevare la relativa eccezione (cfr. l'art. 193 c.c.br.), non potendo inoltre il giudice rilevarla d'ufficio, come prevedeva espressamente l'art. 194 c.c.br., peraltro abrogato dalla l. n. 11.280 del 2006, la quale introdusse una – duramente criticata dal nostro Autore – previsione di segno opposto nel Codice di procedura civile del 1973 (art. 219, § 5), poi però sostituita da una regolamentazione del Codice di procedura civile del 2015 (art. 487, II e *parágrafo único*) che sembra tornare a un assetto simile a quello originario, precisando che il giudice può rilevare d'ufficio solo le prescrizioni – così come le decadenze – in relazione alle quali abbia prima concesso alle parti che ne beneficerebbero l'opportunità di esprimersi, e quindi esse abbiano quantomeno tacitamente (non rinunciandovi) acconsentito all'applicazione dell'istituto (p. 60 s. e 95 ss.; anche se non è questa l'interpretazione del *Superior Tribunal de Justiça*, il quale continua criticabilmente ad affermare che la prescrizione può essere dichiarata d'ufficio dal giudice in qualsiasi tempo e grado di giurisdizione). Simili regole effettivamente contraddicono la tesi dell'efficacia della prescrizione senz'altro estintiva del diritto soggettivo e nel diritto italiano, ove pure sono presenti, dovrebbero portare ad affermare che la prescrizione non estingue nemmeno la pretesa, non essendo quest'ultima contemplata dalla nostra legge, bensì fa sorgere, in capo al debitore, la legittimazione a rifiutare la prestazione sollevando apposita eccezione, comunque giungendosi a esiti sotto il profilo in esame non molto distanti da quelli brasiliani.

Venendo al fondamento della prescrizione, Theodoro Júnior, allineandosi a una internazionalmente assai diffusa anche se a parere di chi scrive discutibile concezione, afferma innanzi tutto che l'istituto serve a soddisfare il «superior e geral interesse à certeza e à segurança no meio social» e pertanto è di ordine pubblico, come confermato dalle previsioni che escludono che i termini di prescrizione possano essere derogati convenzionalmente (art. 192 c.c.br.) e vietano la rinuncia alla prescrizione non ancora compiutasi (art. 191 c.c.br.). La pubblicazione in esame, peraltro, a differenza di molte altre, ha il pregio di non disconoscere come alla prescrizione debbano in realtà attribuirsi anche varie finalità ulteriori (tra le quali spicca la protezione della posizione squisitamente privata del debitore) e soprattutto di evidenziare come l'istituto serva essen-



zialmente a risolvere «questões práticas de conveniência e oportunidade» (p. 14 s.), ciò che dovrebbe spingere gli studiosi della materia ad adottare una prospettiva di tal fatta, evitando concettualizzazioni magari eleganti e raffinate ma contrastanti con il diritto positivo.

La massima *quae ad agendum sunt temporalia, ad excipiendum sunt perpetua*, normalmente, è affermata dagli ordinamenti giuridici nazionali (si pensi, per esempio, a quello italiano) solo con riguardo a specifiche fattispecie, rimanendo così altamente controverso se essa abbia oppure non portata generale, sebbene in favore della tesi affermativa militi la fondamentale ragione che non si può imporre a un soggetto di attivarsi a tutela di un interesse già soddisfatto, in presenza del quale nemmeno dovrebbe, pertanto, compiersi la prescrizione. Il diritto brasiliano stabilisce invece che «a exceção prescreve no mesmo prazo em que a prescrição» (art. 190 c.c.br.), sembrando a prima vista negare in termini assai netti tale massima. Theodoro Júnior chiarisce invece come la citata regola debba essere letta alla luce della distinzione tra eccezioni improprie o dipendenti, le quali presuppongono una corrispondente pretesa che poteva essere esercitata anche in via di azione dal medesimo soggetto (si pensi, per esempio, a un vizio del bene venduto, che potrebbe giustificare una eccezione del compratore convenuto per il pagamento del prezzo ma anche l'esperimento da parte sua dell'azione redibitoria), ed eccezioni propriamente dette o indipendenti, le quali sono invece autonome ovvero svincolate da una corrispondente pretesa (si pensi, per esempio, all'eccezione di pagamento oppure all'eccezione di compensazione prodottasi prima del compimento della prescrizione). Per questa via, si attribuisce all'art. 190 c.c.br. un significato assai diverso, se non opposto, da quello summenzionato, riferendolo solo alle eccezioni improprie (con riguardo alla garanzia per vizi nella compravendita, una regola di segno contrario è peraltro contenuta nell'art. 1495, 3° co., c.c.it.) e non anche a quelle propriamente dette, da considerarsi così, anche nel diritto brasiliano, imprescrittibili (p. 63 ss.).

Assai interessante, innanzi tutto per la sua chiarezza, è poi la regola secondo cui «a prescrição iniciada contra uma pessoa continua a correr contra o seu successor» (art. 196 c.c.br.). La regola in parola, specialmente per quanto concerne la successione *mortis causa* (ma il suo ambito di applicazione è più ampio, concernendo anche la successione *inter vivos*: p. 112 s.) corrisponde all'assetto del diritto italiano, pure per il quale (a differenza di altri diritti stranieri) l'apertura della successione non ha in linea di principio alcuna incidenza sulla prescrizione, come si desume, sia pure meno chiaramente che in Brasile, dalla presenza in senso contrario solo di una causa di sospensione, considerata eccezionale, relativa ai rapporti giuridici tra l'erede e l'eredità accettata con beneficio d'inventario (art. 2941, n. 5, c.c.it.).

Le cause di sospensione (in senso ampio, comprensive degli impedimenti al decorso) brasiliane sono tripartite in soggettive bilaterali (art. 197 c.c.br.), soggettive unilaterali (art. 198 c.c.br.) e oggettive o materiali (art. 199 c.c.br.). È fondamentale soprattutto la distinzione tra le prime due categorie, considerate tassative, e la terza, di cui non è esclusa l'applicabilità analogica (p. 118).

Parte della dottrina si è spinta persino a riconoscere una sospensione generale per forza maggiore, nonostante che la legge brasiliana non la contempli. Con il suo consueto rigore, Theodoro Júnior sostiene invece che «em princípio [...] não se devem acolher fatos distintos daqueles que a lei enumera para ampliar ou embaraçar a fluência da prescrição», perché «só a lei tem poder nesse terreno», aggiungendo peraltro la menzione di alcune regole processuali (artt. 222 e 223 c.p.c.br.) attraverso le quali si potrebbe giungere a conseguenze simili a quelle di una sospensione per forza maggiore, sebbene più circoscritte sotto il profilo temporale, assegnando cioè rilevanza solo a gravi impedimenti oggettivi appena venuti meno i quali il titolare del diritto abbia prontamente agito per farlo valere, sia pure dopo il compimento della prescrizione (p. 119, ove pertanto si ragiona, più che di una sospensione, di una *restitutio in integrum*, anche se il nostro Autore non adotta questa terminologia).

Le cause soggettive bilaterali sarebbero denominate, da un giurista italiano, di sospensione per i rapporti



tra le parti e infatti sia nell'art. 197 c.c.br. sia nell'art. 2941 c.c.it. è contemplato innanzi tutto il vicolo di coniugio, sebbene il primo, a differenza del secondo, veda la rilevanza di tale vincolo espressamente limitata alla «constância da sociedade conjugal», con esclusione pertanto della separazione giudiziale e persino di quella di mero fatto (p. 122 ss.)

Similmente, le cause di sospensione soggettive unilaterali corrispondono in linea di massima a quelle italiane per la condizione del titolare, anche se spicca la notevole differenza che secondo il diritto brasiliano – in linea con altri ordinamenti giuridici come quello francese – la prescrizione non corre contro il soggetto assolutamente incapace (art. 198, I, c.c.br.), il quale peraltro in seguito alla modifica dell'art. 3 c.c.br. realizzata con la legge n. 13.146 del 2015 è solo il minore di sedici anni (salva comunque l'estensione della disciplina in discorso al maggiorenne completamente privo di discernimento e che pertanto si trovi nella stessa impossibilità di agire del citato minore: p. 127 ss.), mentre il diritto italiano – analogamente a quello tedesco – si limita a considerare, al fine in discorso, il caso in cui l'incapace sia privo di un rappresentante legale (art. 2942, n. 1, c.c.it.).

Le cause oggettive di cui all'art. 199 c.c.br., integrando ostacoli all'inizio del computo del termine, sono impedimenti al decorso piuttosto che vere e proprie cause di sospensione. Si tratta di ipotesi che il giurista italiano solitamente denomina impedimenti giuridici, perché in presenza degli stessi non può ancora dirsi sorta una pretesa esigibile, considerandoli non tassativi in quanto espressivi di un principio generale sulla loro rilevanza che per lo più si ritiene sancito già solo dall'art. 2935 c.c.it. (si pensi, per citare un solo esempio, alla pendenza di una condizione sospensiva).

Le cause di interruzione brasiliane, similmente a quelle italiane (v. gli artt. 2943 e 2944 c.c.it.), sono ripartite in due gruppi, comprendenti rispettivamente atti del titolare della pretesa (art. 202, I-V, c.c.br.) e atti del debitore, cioè di colui in favore del quale può operare la prescrizione (art. 202, VI, c.c.br.) (p. 145 e 150).

Non mancano peraltro significative differenze, tra le quali spicca la regola assai originale (a sua volta contenuta nell'art. 202) secondo cui «a interrupção [...] somente poderá ocorrer uma vez». Ciò segna il superamento della diversa disciplina del Codice civile brasiliano del 1916 (nonché, tra gli altri, del diritto italiano attualmente vigente), che non dettava alcun limite al riguardo, così permettendo al creditore, tramite l'espedito di ripetute interruzioni, di produrre una «imprescritibilidade por via indireta» che secondo Theodoro Júnior si poneva in contrasto con il fondamento di certezza dell'istituto (p. 147).

Inoltre, a differenza di quanto previsto nell'ult. co. dell'art. 2943 c.c.it., in Brasile l'atto proveniente dal creditore idoneo a interrompere la prescrizione deve essere giudiziale, non bastando a tal fine una costituzione in mora (o simile atto) stragiudiziale (l'interruzione per semplice atto stragiudiziale è prevista, dall'art. 202, VI, c.c.br., con esclusivo riguardo al riconoscimento del diritto da parte del debitore, sotto questo profilo in linea con l'art. 2944 c.c.it.).

Nel complesso, l'approccio brasiliano verso l'interruzione, specialmente se confrontato con quello italiano, è dunque assai restrittivo e così favorisce il prodursi della prescrizione, piuttosto che non.

Per quanto concerne poi la durata della prescrizione, senza approfondire pure i numerosi termini speciali contemplati dalla legge brasiliana (si pensi, per citare un solo esempio, a quello triennale fissato dall'art. 206, § 3, V, c.c.br. con riferimento alla «pretensão de reparação civil», tradizionalmente considerato relativo alla sola responsabilità aquiliana: p. 244 ss. e 294 ss.), è interessante soprattutto notare che il Codice civile attualmente vigente, come sappiamo del 2002, pur essendo recente (tenuto conto delle tempistiche con cui, normalmente, un simile testo normativo viene integralmente rinnovato), ha scelto un termine ordinario unico (superando la precedente distinzione tra azioni personali e azioni reali) decennale (art. 205 c.c.br.), identico a quello italiano (art. 2946 c.c.it.). Si rafforza pertanto nello scrivente la convinzione che dieci anni, se da un lato non sono pochi, dall'altro nemmeno sono necessariamente troppi, a maggior ragione se comparati con il



JUS CIVILE

tradizionale termine ordinario trentennale, proprio per esempio dei diritti tedesco e francese prima delle rispettive riforme del 2002 e del 2008, così come, sia pure solo per le azioni personali, del Codice civile brasiliano del 1916 (art. 177) nella sua versione originaria, peraltro modificata già con la legge n. 2437 del 1955, che con encomiabile lungimiranza iniziò ad abbreviare tale termine, portandolo a venti anni (p. 241 ss.).

L'auspicio conclusivo è che queste righe contribuiscano a rivelare allo studioso italiano della prescrizione e della decadenza, perlomeno se incline a confrontarsi anche con ordinamenti giuridici stranieri, che egli potrebbe trarre beneficio dall'esame pure del diritto brasiliano, preferibilmente consultando la magistrale pubblicazione qui recensita, che merita di essere diffusa e considerata anche in tanti altri Paesi.

[MAURO TESCARO]