JUS CIVILE

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



4/2026

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

pag.

Articoli e Saggi

Concetta Parrinello, Sostenibilità e *governance* delle attività industriali strategiche: il bilanciamento tra continuità produttiva e tutela della persona 546

Tiziana Rumi, Valutazione del merito creditizio mediante sistemi automatizzati di credit scoring: problemi e prospettive 568

Giorgio De Nova, La *success fee* nella riforma dell'ordinamento forense 591

Valentina Viti, La responsabilità per i danni da funzionamento autonomo di sistemi di IA. Alla ricerca di un giusto equilibrio fra esigenze ed interessi involti 597

Flavio Petrocelli, Fondazioni e comunità energetiche rinnovabili: un connubio problematico? 615

Federico Ioannoni Fiore, La delegazione passiva in blocco: il factoring indiretto 649

Francesco Angeli, Il rapporto tra la vendita giudiziaria e l'aliud pro alio: il punto di raccordo tra i princípi generali e la circolazione dei beni immobili 679

Ippolito Barone, funzioni di risoluzione extragiudiziale delle controversie di agcom ed effettività della tutela dell'utente nei servizi di comunicazione elettronica 689

Luigi D'Angelo, Le fideiussioni ABI tra nullità antitrust e contratti "a valle". Profili temporali, ambito applicativo e prospettive della nuova rimessione alle Sezioni Unite 710

Luca Chichiarelli, Perizia contrattuale o arbitrato? Il discrimine secondo le Sezioni Unite e i riflessi sulla prescrizione (commento a Cass. S.U., 30 aprile 2026, n. 11959) 725

Fabiola Amadore, Dal disabile alla persona: il progetto di vita del minore con disabilità tra inclusione, autodeterminazione e tutela risarcitoria 745

ISSN 2281-3918/2421-2563

ARTICOLI E SAGGI

JUS CIVILE



CONCETTA PARRINELLO*

SOSTENIBILITÀ E *GOVERNANCE* DELLE ATTIVITÀ INDUSTRIALI STRATEGICHE: IL BILANCIAMENTO TRA CONTINUITÀ PRODUTTIVA E TUTELA DELLA PERSONA**

SUSTAINABILITY AND GOVERNANCE OF STRATEGIC INDUSTRIAL ACTIVITIES: BALANCING PRODUCTION CONTINUITY AND THE PROTECTION OF THE PERSON

Abstract: Il contributo indaga il rapporto tra sostenibilità e *governance* delle attività industriali di interesse strategico, ricostruendo i criteri che presiedono al bilanciamento tra continuità produttiva e tutela dei diritti fondamentali della persona nel quadro del costituzionalismo multilivello. L'analisi muove dalla trasformazione della funzione dell'iniziativa economica privata, alla luce della riforma degli artt. 9 e 41 Cost. e dell'evoluzione del diritto dell'Unione europea, per evidenziare come la sostenibilità abbia progressivamente assunto il ruolo di principio conformativo dell'attività economica e dell'esercizio del potere pubblico.
Attraverso l'esame del quadro normativo e della più significativa giurisprudenza costituzionale in materia di imprese di interesse strategico nazionale, il saggio dimostra che il perseguimento della continuità produttiva non può tradursi nella compressione stabile dei diritti alla salute e all'ambiente, né giustificare discipline eccezionali prive di adeguati limiti di proporzionalità, ragionevolezza e temporaneità. Ne emerge una diversa configurazione della *governance* delle attività industriali strategiche, nella quale la tutela della persona e dell'ambiente non costituisce un limite esterno all'iniziativa economica, bensì un elemento strutturale della sua stessa legittimazione.
Il nuovo paradigma costituzionale ed eurounitario imponga di superare ogni concezione gerarchica del rapporto tra sviluppo economico e diritti fondamentali, sostituendola con un modello di integrazione nel quale competitività, sostenibilità e protezione della persona rappresentano interessi reciprocamente interdipendenti. In tale prospettiva, la continuità produttiva assume la natura di interesse costituzionalmente rilevante soltanto se perseguita nel rispetto del nucleo essenziale dei diritti fondamentali e del principio di responsabilità verso le generazioni future, delineando un modello di *governance* coerente con le esigenze dello sviluppo sostenibile e con la funzione sociale dell'impresa.

Abstract: This article examines the relationship between sustainability and the governance of strategically significant industrial activities, reconstructing the criteria underpinning the balancing between production continuity and the protection of fundamental human rights within the framework of multilevel constitutionalism. The analysis starts from the transformation of the function of private economic initiative, in light of the reform of Articles 9 and 41 of the Italian Constitution and the evolution of European Union law, in order to demonstrate how sustainability has progressively acquired the role of a structuring principle governing economic activity and the exercise of public authority.
Through an examination of the regulatory framework and the most significant constitutional case law concerning enterprises of national strategic interest, the article argues that the pursuit of production continuity cannot result in the permanent restriction of the rights to health and environmental protection, nor can it justify exceptional regulatory regimes lacking adequate safeguards of proportionality, reasonableness, and temporariness. This perspective leads to a renewed understanding of the governance of strategic industrial activities, whereby the protection of the person and the environment does not operate as an external constraint upon economic initiative, but rather as a structural element of its very legitimacy.
The new constitutional and European legal paradigm requires the abandonment of any hierarchical conception of the relationship between economic development and fundamental rights, replacing it with an integrative model in which competitiveness, sustainability, and the protection of human dignity constitute mutually interdependent interests. From this perspective, production continuity may qualify as a constitutionally relevant interest only insofar as it is pursued in compliance with the essential

* Professoressa ordinaria di Diritto privato – Università degli Studi di Messina.
** Contributo sottoposto a revisione.

ISSN 2281-3918/2421-2563



core of fundamental rights and with the principle of responsibility towards future generations, thereby outlining a governance model consistent with the requirements of sustainable development and with the social function of the enterprise.

SOMMARIO: *1. Premessa. – 2. Libertà economiche, salute e ambiente nel sistema multilivello di* governance *delle imprese di interesse strategico. – 3. Sostenibilità e attività industriali di rilevanza nazionale: profili di contemperamento tra sviluppo economico e interessi fondamentali. – 4. Continuità produttiva e tutela della persona: il bilanciamento tra interessi nella giurisprudenza costituzionale. – 5. Osservazioni conclusive.*

1. Premessa

Nel contesto della crescente attenzione riservata alla sostenibilità ambientale, le industrie di interesse strategico nazionale assumono una particolare rilevanza anche sotto il profilo della tutela dei diritti dei soggetti esposti alle conseguenze delle attività produttive. In particolare, le attività di estrazione, raffinazione e trasformazione degli idrocarburi, nonché la produzione siderurgica mediante ciclo integrale in altoforno, costituiscono fonti significative di emissioni climalteranti e di fenomeni di contaminazione dell'aria, delle acque e del suolo, suscettibili di incidere in modo rilevante sugli interessi individuali e collettivi delle comunità insediate nei territori interessati.

La frequente localizzazione di tali impianti in prossimità dei centri abitati determina, infatti, una costante esposizione della popolazione a sostanze potenzialmente nocive, con possibili ripercussioni sulla salute [1], sulla qualità della vita e sul godimento dei beni appartenenti alla sfera giuridica dei singoli [2]. A tali conseguenze si affiancano ulteriori ricadute di carattere economico e sociale, quali la svalutazione del patrimonio immobiliare, l'incremento dei costi sanitari e l'alterazione degli equilibri socio-territoriali delle aree interessate.

In questo scenario emerge con particolare evidenza l'esigenza di individuare modelli di governo dell'impresa capaci di conciliare la continuità produttiva delle attività strategiche con la tutela dell'ambiente e della

[1] Alla fine degli anni Settanta, il verificarsi di disastri che hanno coinvolto stabilimenti industriali – il disastro di Seveso del 1976, l'esplosione dell'impianto P2T del petrolchimico di Brindisi del 1977 – ha stimolato una prima presa di coscienza da parte dell'opinione pubblica della pericolosità degli insediamenti industriali e dei rischi biologici connessi all'esposizione quotidiana ad agenti inquinanti.

[2] Un riscontro di suddetta criticità si rinviene nella decisione della Suprema Corte (Cass., 2 luglio 2021, n.18810, in *DeJure*) la quale ha statuito che «La compressione o la limitazione del diritto di proprietà o altro diritto reale, che siano causate dall'altrui fatto dannoso, sono suscettibili di valutazione economica non soltanto se ne derivi la necessità di una spesa ripristinatoria (cosiddetto danno emergente) o di perdite dei frutti della cosa (lucro cessante), ma anche se la compressione e la limitazione del godimento siano sopportate dal titolare con suo personale disagio o sacrificio. Pertanto se da un lato, la mancanza di un danno non patrimoniale conseguente alle immissioni intollerabili non esclude la configurabilità di un danno risarcibile di natura patrimoniale come conseguenza dell'illecito costituito dalle immissioni medesime; dall'altro, l'esclusa esistenza di danni materiali da deterioramento di strutture dell'edificio o di un danno da deprezzamento commerciale dell'immobile non comporta anche l'esclusione della possibilità di apprezzare un danno patrimoniale della diversa specie predetta (ossia da perdita di talune significative facoltà di godimento), economicamente valutabile, se non nel loro valore di scambio, quanto meno sul piano del valore d'uso. Nel caso di specie, l'illiceità derivava dal fatto generatore del danno arrecato a terzi – cioè lo spandimento di polveri minerali che superino la normale tollerabilità – sicché, il criterio del preuso, cui fa riferimento l'art. 844 c.c., comma 2, ha carattere assolutamente sussidiario e facoltativo ed il giudice non è, evidentemente, tenuto a farvi ricorso essendosi anche opportunamente evidenziato che, nell'ipotesi di superamento della normale tollerabilità di immissioni, l'azione è inquadrabile semplicemente nello schema generale dell'illecito aquiliano, *ex* art. 2043 c.c. e non trova ragione di applicazione, in radice, il criterio della priorità di un certo uso».

ISSN 2281-3918/2421-2563



persona. La crescente integrazione dei princìpi di sostenibilità nei processi decisionali delle imprese impone, infatti, di superare una concezione esclusivamente produttivistica dell'attività economica, valorizzando una prospettiva nella quale la creazione di valore sia compatibile con la salvaguardia dei diritti fondamentali e con la protezione delle generazioni presenti e future. In tale prospettiva, la sostenibilità non si configura più come un limite esterno all'attività d'impresa, bensì come un criterio di *governance* idoneo a orientare le scelte imprenditoriali verso un equilibrato bilanciamento tra interesse economico, responsabilità sociale e tutela della dignità umana.

Nondimeno, una valutazione complessiva del fenomeno non può prescindere dalla considerazione del ruolo essenziale che tali attività rivestono nell'economia nazionale e nel sistema produttivo globale. Le industrie strategiche rappresentano, infatti, un fattore determinante per la crescita economica, contribuendo in misura significativa alla formazione del prodotto interno lordo, alla creazione di posti di lavoro e al sostegno delle finanze pubbliche mediante il gettito derivante dalle imposte connesse all'esercizio delle attività produttive. Esse costituiscono, inoltre, infrastrutture economiche di primaria importanza per la sicurezza energetica, la competitività industriale e la stabilità dei mercati.

Proprio la compresenza di rilevanti interessi economici e di significativi impatti ambientali e sociali evidenzia la complessità del bilanciamento tra continuità produttiva e tutela della persona, ponendo la questione della sostenibilità delle attività industriali strategiche al centro del dibattito giuridico contemporaneo [3].

In tale prospettiva, la sostenibilità non può essere concepita come un mero limite all'esercizio dell'attività d'impresa, ma deve assurgere a criterio ordinatore delle scelte imprenditoriali e delle politiche industriali, in una logica di integrazione tra obiettivi economici, protezione dell'ambiente e salvaguardia dei diritti fondamentali [4].

La necessità di conciliare la rilevanza economica delle attività industriali strategiche con la tutela dell'ambiente e dei diritti fondamentali della persona ha progressivamente orientato l'evoluzione del quadro normativo verso modelli regolatori sempre più attenti alla sostenibilità. La persistente tensione tra le esigenze della produzione industriale e la protezione della salute e degli ecosistemi ha, infatti, favorito l'affermazione di un sistema di regole fondato sui princìpi della prevenzione, della precauzione

[3] Lo sviluppo sostenibile costituisce il paradigma di riferimento per l'attuazione dei diritti fondamentali, nella loro dimensione economica, sociale e ambientale, e impone una considerazione unitaria degli interessi delle generazioni presenti e future. In tale prospettiva, la sostenibilità non rappresenta un mero limite esterno all'iniziativa economica privata, ma un principio conformativo dell'attività d'impresa e delle politiche industriali, volto a integrare la creazione di valore con la tutela dell'ambiente, della salute e della dignità della persona.

Ciò comporta l'esigenza di ripensare i modelli di *governance* delle imprese strategiche secondo criteri idonei a coniugare la continuità produttiva con la salvaguardia dell'equilibrio ecosistemico e dei diritti fondamentali. Tale impostazione trova oggi un significativo fondamento costituzionale nella riforma degli artt. 9 e 41 Cost., che ha rafforzato il riconoscimento della tutela dell'ambiente quale valore primario e ha espressamente subordinato l'esercizio dell'iniziativa economica privata al rispetto della salute e dell'ambiente.

Il diritto a un ambiente salubre assume, pertanto, la natura di posizione giuridica complessa, dalla quale discendono specifici obblighi di protezione in capo ai pubblici poteri, tenuti ad adottare misure adeguate a prevenire il degrado ambientale e a garantire condizioni compatibili con la tutela della salute individuale e collettiva. In tale contesto, il bilanciamento tra sviluppo economico, protezione dell'ambiente e salute, particolarmente rilevante nei settori produttivi ad elevato impatto ambientale, si configura quale dovere giuridico dell'ordinamento. L'eventuale omissione di interventi idonei da parte delle autorità competenti può tradursi nella violazione degli obblighi di tutela gravanti sullo Stato, con conseguente compromissione dei diritti fondamentali, soprattutto in danno delle persone e delle comunità maggiormente esposte ai rischi ambientali.

[4] Da ciò discende l'esigenza di ripensare i modelli di *governance* delle imprese strategiche alla luce dei princìpi dello sviluppo sostenibile, valorizzando strumenti capaci di coniugare l'interesse alla prosecuzione dell'attività produttiva con la tutela della salute, della dignità umana e dell'equilibrio ecosistemico.

ISSN 2281-3918/2421-2563



e della responsabilizzazione dell'operatore economico rispetto ai costi derivanti dall'inquinamento, secondo il noto criterio del «chi inquina paga».

Alla luce della necessità di contemperare gli interessi coinvolti, le più recenti evoluzioni legislative mirano non soltanto a contenere e ridurre le emissioni di sostanze nocive, ma anche a promuovere processi produttivi maggiormente sostenibili attraverso l'adozione delle migliori tecniche disponibili (BAT), l'innovazione tecnologica e l'attuazione di strategie di transizione ecologica. La disciplina ambientale assume così una funzione centrale nel governo delle attività industriali strategiche [5], configurandosi come uno degli strumenti principali attraverso cui perseguire un equilibrato contemperamento tra continuità produttiva, competitività economica e tutela dei valori ambientali e sociali.

Sotto questo profilo, un'efficace gestione degli impatti ambientali richiede un approccio integrato, nel quale la conformità alle prescrizioni legislative si accompagni all'adozione di modelli di *governance* improntati alla responsabilità sociale d'impresa e alla creazione di valore nel lungo periodo. Le imprese strategiche sono, pertanto, chiamate a perseguire obiettivi di redditività e sviluppo economico in una prospettiva compatibile con la salvaguardia dell'ambiente, la tutela della salute e il rafforzamento della coesione sociale, secondo una concezione dell'attività economica sempre più orientata alla sostenibilità e alla protezione della persona [6].

La progressiva integrazione dei principi di sostenibilità nei modelli di *governance* delle imprese strategiche evidenzia come la tutela dell'ambiente e della persona non rappresentino esclusivamente un limite all'esercizio dell'attività economica, ma costituiscano un elemento sempre più rilevante nella definizione delle strategie imprenditoriali. In un contesto economico caratterizzato da una crescente attenzione agli impatti ambientali e sociali delle attività produttive, la capacità delle imprese di recepire e attuare in modo proattivo le istanze della sostenibilità trascende il mero adempimento degli obblighi normativi, assumendo una valenza strategica ai fini del rafforzamento della competitività aziendale.

In questa cornice, la sostenibilità cessa di essere percepita come un vincolo esterno imposto dall'ordinamento e si configura, piuttosto, come un fattore integrante della gestione d'impresa, idoneo a orientare i processi decisionali e organizzativi verso obiettivi di creazione di valore nel lungo periodo. Quando i criteri ambientali e sociali vengono effettivamente incorporati nelle scelte strategiche dell'impresa, essi possono concorrere non soltanto alla mitigazione dei rischi connessi all'attività produttiva, ma anche al consolidamento della reputazione aziendale, all'attrazione di investimenti e al conseguimento di vantaggi competitivi durevoli [7].

---

[5] La definizione di limiti emissivi, gli obblighi di monitoraggio e controllo, nonché l'incentivazione di modelli produttivi a ridotto impatto ambientale, rappresentano espressioni di una più ampia trasformazione del ruolo dell'impresa, chiamata a integrare le istanze della sostenibilità all'interno dei propri processi decisionali e organizzativi. La sostenibilità, pertanto, non si esaurisce nella mera osservanza degli obblighi normativi, ma diviene un criterio di orientamento dell'attività imprenditoriale e della *governance* societaria.

[6] Come osservato dagli studiosi di diritto dell'economia (B. BERTARINI, *Il principio di solidarietà tra diritto ed economia. Un ruolo dell'impresa per uno sviluppo economico inclusivo e sostenibile*, Torino, 2020), è ormai superata, già sul piano teorico prima ancora che su quello applicativo, la concezione dell'impresa quale mera organizzazione produttiva esclusivamente orientata alla massimizzazione del profitto, considerata avulsa dal contesto sociale e ambientale in cui essa opera. Tale mutamento segna il passaggio «da una concezione dell'impresa come luogo di produzione di ricchezza a una visione dell'impresa come istituzione della collettività»: M. SAVIANO, S. COSIMATO, M. LETTIERI, *Dalla responsabilità sociale d'impresa all'impresa sostenibile: schemi interpretativi e approcci operativi*, Torino, 2021.

[7] Assume, pertanto, particolare rilievo la dimensione volontaria della sostenibilità, intesa come scelta dell'impresa di adottare *standard* di condotta che eccedono i livelli minimi di conformità richiesti dall'ordinamento. È proprio tale approccio proattivo che consente alla sostenibilità di assolvere una funzione identitaria all'interno della strategia aziendale, trasformandola da

ISSN 2281-3918/2421-2563



2. Libertà economiche, salute e ambiente nel sistema multilivello di *governance* delle imprese di interesse strategico

Le problematiche fin qui richiamate trovano la loro più significativa espressione nella necessità di definire il rapporto tra attività economica, tutela della salute e protezione dell'ambiente, tema che assume particolare rilevanza con riferimento alle imprese di interesse strategico nazionale e che impone di interrogarsi sui criteri e sugli strumenti attraverso i quali l'ordinamento realizza il loro reciproco contemperamento.

Le numerose evidenze scientifiche che attestano una correlazione crescente tra l'inquinamento ambientale e gli effetti sulla salute delle persone residenti in prossimità di aree industriali petrolchimiche e siderurgiche richiedono, infatti, di valutare in che termini operi il bilanciamento tra il diritto alla salute e all'ambiente salubre, da un lato, e le libertà economiche, dall'altro. [8].

L'esigenza di tale bilanciamento emerge con particolare evidenza nei territori interessati dalla presenza di grandi insediamenti industriali, nei quali gli effetti dell'inquinamento ambientale non si esauriscono, tuttavia, nella dimensione sanitaria, ma investono più ampiamente le condizioni di sviluppo dei territori interessati. Come evidenziato dall'Organizzazione Mondiale della Sanità (OMS), la salute delle persone risulta strettamente correlata alla qualità dell'ambiente, sia naturale sia antropizzato, all'interno del quale esse vivono e svolgono le proprie attività quotidiane. Tale relazione assume una rilevanza ancora maggiore nelle aree caratterizzate dalla presenza, spesso pluridecennale, di complessi industriali ad elevato impatto ambientale, ove la compromissione delle matrici ambientali può tradursi, inoltre, nel progressivo deterioramento delle risorse naturali e degli ecosistemi compromettendo la capacità del territorio di sostenere percorsi di sviluppo alternativi e diversificati, generando fenomeni di dipendenza economica e vulnerabilità sociale [9].

In questo contesto si colloca la crescente attenzione riservata alla problematica dei siti contaminati, la quale ha progressivamente assunto rilievo anche sul piano delle politiche internazionali di tutela ambientale e sanitaria [10]. La consapevolezza sempre più diffusa delle gravi conseguenze che la contaminazione

---

mero obbligo di compliance a fattore distintivo capace di generare valore economico, sociale e ambientale e di accrescere la competitività dell'impresa nel medio e lungo periodo.

[8] In tale contesto, la sostenibilità ambientale emerge come presupposto imprescindibile per la tutela della salute del pianeta, alla luce dell'urgente necessità di mitigare i cambiamenti climatici e preservare le risorse naturali, considerati i loro effetti rilevanti sulla salute umana e sull'ambiente nel suo complesso.

[9] La questione ambientale, invero, trascende la dimensione della mera regolazione delle emissioni e si colloca nell'àmbito di una più ampia riflessione sul modello di sviluppo perseguibile nelle aree interessate da attività industriali strategiche. Ciò impone di considerare la tutela dell'ambiente quale condizione essenziale per garantire non soltanto la protezione della persona nel presente, ma anche l'effettività del principio di solidarietà intergenerazionale e il perseguimento degli obiettivi di sviluppo sostenibile.

[10] In occasione della Sesta Conferenza ministeriale su ambiente e salute, tenutasi a Ostrava dal 13 al 15 giugno 2017, i 53 Stati membri della Regione europea dell'Organizzazione Mondiale della Sanità hanno incluso, per la prima volta, la questione dei siti contaminati e della gestione dei rifiuti tra le priorità strategiche delle politiche integrate di tutela dell'ambiente e della salute. Tale indirizzo è stato successivamente confermato dalla Settima Conferenza ministeriale su ambiente e salute, svoltasi a Budapest nel 2023, nel cui ambito è stata adottata la Dichiarazione di Budapest, con la quale gli Stati aderenti hanno assunto l'impegno di rafforzare le misure volte a contrastare gli effetti sanitari derivanti dal cambiamento climatico, dall'inquinamento ambientale e dalla perdita di biodiversità.

La crescente integrazione tra tutela ambientale e protezione della salute trova ulteriore conferma sul piano internazionale nella Risoluzione n. 76/300 dell'Assemblea Generale delle Nazioni Unite del 28 luglio 2022, che ha riconosciuto il diritto a un ambiente pulito, salubre e sostenibile quale diritto umano fondamentale. Sul punto, v. D. PAUCIULO, *Il diritto umano a un ambiente salubre nella Risoluzione 76/300 dell'Assemblea Generale delle Nazioni Unite*, in *Riv. dir. intern.*, 4/2022, p. 1118 ss.

ISSN 2281-3918/2421-2563



delle matrici ambientali può determinare sulla salute umana, sugli ecosistemi e sulla qualità della vita delle comunità interessate ha contribuito a orientare l'azione delle istituzioni nazionali e sovranazionali verso l'elaborazione di strumenti giuridici maggiormente efficaci. Si è così progressivamente affermata l'esigenza di superare una concezione della tutela ambientale incentrata prevalentemente sulla riparazione del danno, a favore di un approccio fondato sulla prevenzione dei rischi e sulla responsabilizzazione degli operatori economici le cui attività siano suscettibili di produrre impatti significativi sull'ambiente.

In tale prospettiva si inserisce l'azione dell'Unione europea, che ha sviluppato un articolato quadro normativo che trova il proprio fondamento nei princìpi di prevenzione, precauzione e valutazione dell'impatto ambientale, i quali rappresentano i cardini dell'intervento europeo in materia e orientano l'adozione di misure dirette a prevenire o ridurre gli effetti negativi derivanti dall'esercizio delle attività produttive.

In questo contesto si colloca la Direttiva 2010/75/UE sulle emissioni industriali (*Industrial Emissions Directive* – IED) [11], il cui obiettivo consiste nella riduzione delle emissioni inquinanti mediante l'applicazione delle migliori tecniche disponibili (*Best Available Techniques* – BAT), favorendo al contempo la protezione dell'ambiente e della salute umana. Nel medesimo solco si inserisce la Direttiva (UE) 2024/2881 [12], che persegue il rafforzamento degli *standard* europei in materia di qualità dell'aria, adeguandoli alle più recenti acquisizioni scientifiche sugli effetti dell'inquinamento atmosferico e allineandoli, per quanto possibile, alle raccomandazioni dell'Organizzazione Mondiale della Sanità [13].

Coerentemente con tale impostazione preventiva, assume particolare rilevanza il principio "chi inquina paga", già consacrato dalla Direttiva 2004/35/CE sulla responsabilità ambientale. In base a tale principio, il soggetto responsabile dell'inquinamento è tenuto a sostenere integralmente i costi derivanti dal danno ambientale, comprendenti non soltanto le spese necessarie alla prevenzione, mitigazione e riparazione del pregiudizio arrecato, ma anche i costi sociali indirettamente riconducibili agli effetti dell'inquinamento [14]. La funzione di tale principio non si esaurisce nella dimensione risarcitoria, ma assume una chiara valenza preventiva e deterrente, incentivando l'adozione di comportamenti produttivi maggiormente sostenibili.

L'orientamento verso una tutela sempre più integrata trova ulteriore conferma nella Direttiva (UE)

---

[11] Occorre segnalare che la Corte di Giustizia Ue, Commissione europea c. Italia, 31 marzo 2011, causa C-50/10, in *eur-lex.europa.eu* ha condannato l'Italia per non avere rispettato gli obblighi previsti dalla direttiva comunitaria n. 2008/1/Ce (c.d. direttiva IPPC, nel frattempo sostituita dalla direttiva 2010/75/UE del Parlamento europeo e del Consiglio, del 24 novembre 2010, relativa alle emissioni industriali) in quanto non ha adottato le misure necessarie affinché le autorità competenti controllassero, attraverso apposite autorizzazioni, che gli impianti esistenti fossero in regola con le disposizioni della direttiva. v. anche il parere motivato della Commissione europea del 16 ottobre 2014, a seguito della procedura di infrazione n. 2177/2013, con il quale l'Italia veniva sollecitata a risolvere i problemi di inquinamento del sito dell'Ilva, nel rispetto degli obblighi derivanti dalla direttiva 2010/75/UE relativa alle emissioni industriali.

[12] La Direttiva, relativa alla qualità dell'aria ambiente e per un'aria più pulita in Europa, aggiorna la Direttiva 2008/50/CE.

[13] Tale intervento normativo si colloca nell'ambito della strategia europea volta al conseguimento dell'obiettivo "inquinamento zero" entro il 2050 e prevede un sistema più rigoroso di monitoraggio delle emissioni, nonché l'adozione di piani regionali più stringenti nei casi di superamento dei nuovi valori limite.

[14] Al 'considerando' 2 viene preliminarmente constatato che «Il principio fondamentale della presente direttiva dovrebbe essere quindi che l'operatore la cui attività ha causato un danno ambientale o la minaccia imminente di tale danno sarà considerato finanziariamente responsabile in modo da indurre gli operatori ad adottare misure e a sviluppare pratiche atte a ridurre al minimo i rischi di danno ambientale»; mentre all'art. 1 è attestata la mera centralità del principio: «La presente direttiva istituisce un quadro per la responsabilità ambientale, basato sul principio "chi inquina paga", per la prevenzione e la riparazione del danno ambientale».

ISSN 2281-3918/2421-2563



2024/1785 [15] che introduce un articolato complesso di misure finalizzate prioritariamente alla prevenzione e, ove ciò non sia possibile, alla progressiva riduzione delle emissioni nell'aria, nell'acqua e nel suolo [16], in funzione del conseguimento di un elevato livello di tutela della salute umana e dell'ambiente [17], coerentemente con l'obiettivo "*Zero Pollution*" delineato nel *Green Deal* europeo [18].

L'evoluzione del quadro normativo europeo non si arresta tuttavia alla regolamentazione delle emissioni industriali, ma si estende progressivamente ad altri àmbiti strettamente connessi alla qualità ambientale, con l'obiettivo di costruire un quadro comune europeo volto a promuovere pratiche sostenibili di gestione del territorio, contrastare il consumo di suolo e disciplinare in maniera più efficace la gestione dei siti contaminati [19].

Parimenti, assume un ruolo centrale la Direttiva 2008/50/CE sulla qualità dell'aria ambiente (*Air Quality Directive* – AQD,) [20], riformata il 23 ottobre 2024. Tale disciplina opera in stretta complementarità con la normativa sulle emissioni industriali, perseguendo l'obiettivo di preservare e migliorare la qualità dell'aria a tutela della salute umana, della vegetazione e degli ecosistemi. In tale contesto, la corretta valutazione dell'intensità e della durata dell'esposizione agli inquinanti atmosferici rappresenta un elemento essenziale ai fini della riduzione dei relativi effetti nocivi [21].

---

[15] La Direttiva (UE) del Parlamento europeo e del Consiglio, 24 aprile 2024, n. 1785 modifica sia la Direttiva 2010/75/UE del Parlamento europeo e del Consiglio, relativa alle emissioni industriali (prevenzione e riduzione integrate dell'inquinamento) (c.d. Direttiva IED) sia la Direttiva 1999/31/CE del Consiglio, relativa alle discariche di rifiuti. La Direttiva (UE) 2024/1785 contribuisce a rafforzare ulteriormente il quadro di protezione ambientale e sanitaria, favorendo l'innovazione tecnologica, incentivando gli operatori più virtuosi e assicurando, al contempo, condizioni normative uniformi all'interno del mercato interno dell'Unione europea.

[16] Essa promuove la prevenzione della produzione di rifiuti, il miglioramento dell'efficienza nell'utilizzo delle risorse naturali, lo sviluppo dell'economia circolare e la progressiva decarbonizzazione dei processi produttivi, perseguendo un elevato livello di protezione dell'ambiente e della salute umana.

[17] Occorre segnalare che, a maggio 2025, la Commissione europea ha deciso di inviare una lettera complementare di costituzione in mora all'Italia per il non corretto e incompleto recepimento della Direttiva relativa alle emissioni industriali (direttiva 2010/75/UE). Precisa la Commissione che «La direttiva mira a prevenire, ridurre e, per quanto possibile, eliminare l'inquinamento proveniente da attività industriali per proteggere la salute umana e l'ambiente. Secondo la sentenza della Corte di giustizia dell'UE del 25 giugno 2024 (C-626/22), la legislazione italiana non è in linea con la direttiva sulle emissioni industriali. In particolare, non tiene conto dell'impatto delle installazioni sulla salute umana, non considera tutte le sostanze inquinanti emesse dall'installazione al momento del rilascio dell'autorizzazione e non sospende l'esercizio di un'installazione qualora la violazione delle condizioni di autorizzazione presenti un pericolo immediato per la salute umana o per l'ambiente».

[18] La direttiva contribuisce all'attuazione dell'obiettivo di "inquinamento zero" delineato dal Green Deal europeo, promuovendo l'innovazione tecnologica, incentivando l'adozione di pratiche produttive sostenibili da parte degli operatori economici e garantendo condizioni normative uniformi all'interno del mercato interno dell'Unione. A tale rafforzamento degli standard di tutela si accompagna l'introduzione di un sistema più incisivo di enforcement, che impone agli Stati membri di prevedere sanzioni effettive, proporzionate e dissuasive per le violazioni delle prescrizioni contenute nella direttiva. Inoltre, la disciplina riconosce alle persone che abbiano subito un pregiudizio alla salute in conseguenza dell'inosservanza degli obblighi previsti il diritto di ottenere un indennizzo dai soggetti responsabili, consolidando così il legame tra tutela ambientale, protezione della salute umana ed effettività della responsabilità.

[19] La Direttiva (UE) 2025/2360 sul monitoraggio e la resilienza del suolo (*Soil Monitoring Law*), pubblicata il 26 novembre 2025, mira a istituire un quadro armonizzato per il monitoraggio e la valutazione dello stato di salute dei suoli nell'Unione europea, promuovendone il mantenimento e il miglioramento, la riduzione della contaminazione e la prevenzione dei fenomeni di degrado. A tal fine, disciplina il monitoraggio e la valutazione dei suoli, il rafforzamento della loro resilienza e la gestione dei siti contaminati.

[20] È principio consolidato in giurisprudenza quello secondo cui la Direttiva 2008/50/CE impone un obbligo di risultato, in considerazione della necessità di tutelare la salute dei cittadini dagli effetti dell'inquinamento atmosferico: CGUE, 19 novembre 2014, causa C404/13, *ClientEarth c. The Secretary of State for the Environment, Food and Rural Affairs*, in *eur-lex.europa.eu*.

[21] L'obiettivo della Direttiva è di mantenere e possibilmente migliorare lo stato di qualità dell'aria per salvaguardare le

ISSN 2281-3918/2421-2563



Il quadro normativo così delineato si colloca in un più ampio sistema di governance ambientale internazionale, consolidato da strumenti quali l'Accordo di Parigi [22], che impone agli Stati e, indirettamente, ai settori industriali a maggiore intensità emissiva, tra cui quello petrolchimico e siderurgico, di concorrere al conseguimento degli obiettivi globali di riduzione delle emissioni di gas a effetto serra.

Consegue che l'analisi della disciplina ambientale non può prescindere dall'evoluzione della funzione dell'impresa nel quadro dei princìpi dello sviluppo sostenibile e della responsabilità sociale d'impresa [23]. In tale contesto, l'attività economica non è più orientata esclusivamente alla produzione del profitto, ma è chiamata a conformarsi ai princìpi di tutela dell'ambiente e della salute, in coerenza con il rinnovato assetto costituzionale delineato dagli articoli 9 e 41 della Costituzione. L'impresa è, pertanto, tenuta ad adottare modelli organizzativi e produttivi idonei a prevenire e ridurre gli impatti ambientali derivanti dalla propria attività, contribuendo, al contempo, alla creazione di valore sostenibile per il territorio e per la collettività [24]. In questa prospettiva assume particolare rilievo il paradigma della responsabilità sociale d'impresa (*Corporate Social Responsibility* – CSR [25]), che sollecita le aziende non soltanto al rispetto delle prescrizioni normative vigenti, ma anche all'adozione volontaria di *standard* più elevati di sostenibilità e trasparenza al fine di evitare la produzione di danni e di generare esternalità positive per la collettività. Tuttavia, se la CSR ha storicamente svolto una funzione prevalentemente programmatica e volontaria [26], un impulso verso un comportamento effettivamente responsabile delle imprese si registra a seguito della direttiva cd *Due Diligence*, 2024/1760 [27] che impone alle società l'adozione di procedure finalizzate alla «prevenzione, attenuazione, arresto, minimizzazione e riparazione degli impatti negativi, effettivi o potenziali, sui diritti umani e sull'ambiente», estendendo tali obblighi anche alle attività delle controllate e dei *partner* commerciali operanti lungo l'intera catena del valore» (considerando 16).

Tale assetto normativo è stato, tuttavia, parzialmente ridimensionato dalla Direttiva (UE) 2026/470 [28], adottata nell'ambito del pacchetto di semplificazione *Omnibus I*. Pur senza mettere in discussione il principio della *due diligence* quale strumento di governo dei rischi ESG, la nuova disciplina interviene in senso

---

popolazioni, la vegetazione e gli ecosistemi nel loro complesso. Risulta utile prevedere grado e durata dell'esposizione agli inquinanti per poter limitare al minimo gli effetti nocivi per la salute umana e tutto l'ambiente, combattere alla fonte l'emissione di inquinanti, individuare e attuare le misure più efficaci per ridurre le emissioni a livello locale, nazionale e comunitario.

[22] L'Accordo di Parigi è un trattato internazionale giuridicamente vincolante sui cambiamenti climatici, adottato il 12 dicembre 2015 da 195 Paesi in occasione della Conferenza delle Nazioni Unite sul clima (COP21) di Parigi ed entrato in vigore il 4 novembre 2016.

[23] V. Comunicazione della Commissione europea 25 ottobre 2011 n. 681, *Strategia rinnovata dell'UE per il periodo 2011-14 in materia di responsabilità sociale delle imprese,* COM (2011) 681 def., §1.1;1.2.

[24] Le statistiche rivelano che le compagnie petrolifere che implementano strategie di CSR tendono a migliorare la loro reputazione e a stabilire relazioni più forti con le comunità locali e gli *stakeholder.*

[25] *Ex multis*, M. LIBERTINI, *Economia sociale di mercato e responsabilità sociale dell'impresa*, in V. DI CATALDO e P.M. SANFILIPPO, (a cura di), *La responsabilità sociale dell'impresa. In ricordo di Giuseppa Auletta*, Torino, 2013; G. CONTE, *L'impresa responsabile*, Milano, 2018.

[26] Cfr., Libro verde della Commissione Europea 18 luglio 2001, *Promuovere un quadro europeo per la responsabilità sociale delle imprese,* nel quale si sottolinea che occorre promuovere «l'integrazione delle problematiche sociali ed ecologiche nelle operazioni commerciali e nei rapporti delle imprese con le parti interessate».

[27] Direttiva (Ue) 2024/1760 del Parlamento Europeo e del Consiglio del 13 giugno 2024 relativa al dovere di diligenza delle imprese ai fini della sostenibilità e che modifica la direttiva (UE) 2019/1937 e il regolamento (UE) 2023/2859.

[28] Direttiva (Ue) 2026/470 del Parlamento Europeo e del Consiglio del 24 febbraio 2026 che modifica le direttive 2006/43/CE, 2013/34/UE, (UE) 2022/2464 e (UE) 2024/1760 per quanto riguarda taluni obblighi relativi alla rendicontazione societaria di sostenibilità e taluni obblighi relativi al dovere di diligenza delle imprese ai fini della sostenibilità.

ISSN 2281-3918/2421-2563



restrittivo sull'estensione degli obblighi gravanti sulle imprese, limitando, tra l'altro, l'ambito delle verifiche lungo la catena del valore e riducendo gli oneri di monitoraggio. Questa scelta legislativa suscita rilievi critici, in quanto rischia di attenuare l'efficacia preventiva del modello delineato dalla Direttiva (UE) 2024/1760 e di indebolire la capacità delle imprese di individuare e prevenire violazioni dei diritti umani e danni ambientali, determinando una tensione tra l'obiettivo di semplificazione perseguito dal legislatore europeo e l'esigenza di assicurare un elevato livello di tutela dei diritti fondamentali e dell'ambiente, che costituiva uno degli elementi qualificanti della disciplina originaria.

Nonostante il progressivo rafforzamento degli strumenti normativi europei e internazionali, non può ancora ritenersi compiutamente realizzato un modello di tutela fondato sulla prevenzione del danno ambientale. La disciplina vigente continua, infatti, a presentare caratteri prevalentemente reattivi e mitigativi, risultando spesso orientata al contenimento degli effetti delle attività industriali più che alla loro anticipata prevenzione. Tale limite emerge con particolare evidenza nell'ordinamento italiano, ove il contemperamento tra continuità dell'attività produttiva, tutela dell'ambiente e protezione della salute ha frequentemente trovato un punto di equilibrio favorevole alle esigenze economiche, con il rischio di comprimere l'effettività dei princìpi di prevenzione e di precauzione che costituiscono uno dei cardini del diritto ambientale dell'Unione europea. In questa prospettiva, l'analisi del rapporto tra sviluppo economico e tutela degli interessi fondamentali assume una valenza centrale, poiché è proprio nei settori industriali di maggiore rilevanza strategica che le tensioni tra produzione, ambiente e salute si manifestano con maggiore intensità, imponendo al legislatore e alla giurisprudenza un costante esercizio di bilanciamento tra valori costituzionalmente protetti.

3. Sostenibilità e attività industriali di rilevanza nazionale: profili di contemperamento tra sviluppo economico e interessi fondamentali

Le tensioni che caratterizzano l'attuazione delle politiche di tutela ambientale trovano una delle loro più significative manifestazioni nei settori industriali strategici a maggiore impatto ambientale, quali quello petrolchimico e quello siderurgico. In tali contesti emerge con particolare evidenza la complessità del bilanciamento tra le esigenze della produzione, la salvaguardia dell'ambiente e la tutela della salute, evidenziando le criticità che ancora interessano il sistema di regolazione dei rapporti tra attività economica e interessi fondamentali della persona.

L'analisi di tali comparti impone una prospettiva necessariamente integrata, poiché gli interessi coinvolti risultano tra loro strettamente interdipendenti. Le industrie petrolchimiche e siderurgiche hanno storicamente rappresentato un elemento essenziale dei processi di industrializzazione e di sviluppo economico, contribuendo in misura rilevante alla crescita dei territori nei quali sono insediate e garantendo, in molti contesti, un significativo livello occupazionale. Tale funzione economica e sociale, tuttavia, si accompagna a un impatto particolarmente intenso sulle matrici ambientali, con conseguenze che possono riflettersi non soltanto sull'equilibrio degli ecosistemi, ma anche sulla salute delle popolazioni residenti.

A ciò si aggiunge che le medesime attività produttive espongono frequentemente i lavoratori a rilevanti fattori di rischio per la salute e la sicurezza, sicché il contributo assicurato da tali comparti in termini di sviluppo economico e occupazione non può essere considerato disgiuntamente dai costi ambientali e sanitari che essi sono suscettibili di generare. Consegue che proprio in questi settori emerge con maggiore intensità l'esigenza di individuare un punto di equilibrio tra interessi di pari rilievo, nel

ISSN 2281-3918/2421-2563



quale la tutela dell'ambiente e della salute non costituisce un limite esterno all'iniziativa economica, ma un parametro destinato a orientarne l'esercizio e a conformarne le modalità di svolgimento.

Le criticità richiamate assumono un rilievo ancora maggiore se si considera che gli effetti delle attività petrolchimiche e siderurgiche non si esauriscono nella dimensione locale, ma si estendono a quella climatica e globale. Le emissioni di sostanze inquinanti derivanti dalle attività di estrazione, raffinazione e produzione, unitamente alla persistente insufficienza delle strategie di decarbonizzazione, compromettono la qualità delle matrici ambientali e degli ecosistemi, determinando, nei casi più gravi, alterazioni irreversibili della biodiversità. Le conseguenze di tali fenomeni si riflettono direttamente sulle condizioni di vita delle comunità insediate nei territori interessati e, al contempo, contribuiscono ai processi di cambiamento climatico, ponendo in evidenza profili che investono anche la dimensione della giustizia climatica [29] e intergenerazionale [30]. In tale contesto si impone un approccio sistemico, che superi una lettura esclusivamente economica o tecnico-produttiva del fenomeno e consenta di cogliere l'intreccio tra tutela dell'ambiente, protezione della salute e salvaguardia dei diritti della persona. È proprio in questa direzione che si è progressivamente orientata la giurisprudenza costituzionale [31] che, già a partire dalla seconda metà del secolo scorso, ha posto in evidenza la stretta connessione tra tutela dell'ambiente e protezione della salute, giungendo a riconoscere come l'interesse ambientale risulti funzionalmente collegato, sino quasi a esserne assorbito, dall'interesse costituzionalmente protetto alla salute [32]. Il

[29] La nozione di «giustizia climatica» ha ricevuto una prima formalizzazione concettuale in occasione del *Climate Justice Summit*, tenutosi parallelamente alla sesta Conferenza delle Parti (COP 6) della Convenzione Quadro delle Nazioni Unite sui Cambiamenti Climatici (UNFCCC), svoltasi a L'Aia nel 2000. In tale contesto, il concetto è stato elaborato quale categoria interpretativa idonea a rappresentare le dimensioni etiche, sociali e giuridiche delle disuguaglianze generate e aggravate dagli effetti dei cambiamenti climatici, richiamando l'attenzione sull'esigenza di un approccio fondato sui principi di equità, responsabilità differenziata e tutela dei diritti umani fondamentali.

Proprio la progressiva centralità assunta dalla dimensione dei diritti fondamentali costituisce uno dei principali elementi che hanno favorito la trasposizione delle istanze della giustizia climatica dal piano politico e programmatico a quello propriamente giuridico e giurisdizionale. In tale prospettiva si inserisce la sentenza delle Sezioni Unite della Corte di Cassazione (Cass., Sez. Un., 21 luglio 2025, n. 20381, in *DeJure*) la quale contribuisce a consolidare l'orientamento volto a riconoscere che le questioni ambientali e climatiche non riguardano esclusivamente la gestione delle risorse naturali o la regolazione delle attività economiche, ma incidono direttamente sull'effettività di diritti fondamentali costituzionalmente garantiti. La pronuncia si colloca, pertanto, nel più ampio processo di emersione della dimensione giuridica della giustizia climatica, confermando come la tutela dell'ambiente e del clima rappresenti sempre più uno strumento imprescindibile per la protezione della persona e dei diritti delle generazioni presenti e future.

[30] L'impianto assiologico accolto tanto dall'ordinamento interno quanto da quello europeo, ispirato ai princìpi del personalismo e della solidarietà, colloca la persona al centro della tutela giuridica non già nella sua dimensione di mero consumatore, bensì quale soggetto inserito in una rete di relazioni sociali. Consegue che la realizzazione del benessere individuale assume una connotazione prevalentemente esistenziale e relazionale, richiedendo l'effettività di doveri solidaristici che trascendono la sfera dei rapporti interindividuali. Tale prospettiva si estende, altresì, alla dimensione temporale della tutela, imponendo di considerare gli interessi delle generazioni future secondo il principio di solidarietà intergenerazionale, destinato a orientare l'evoluzione delle categorie giuridiche e dei modelli di responsabilità verso forme di protezione maggiormente coerenti con le esigenze di sostenibilità e di giustizia tra le generazioni; cfr. R. BIFULCO, *Diritto e generazioni future. Problemi giuridici della responsabilità intergenerazionale*, Milano 2008.

[31] Corte cost., 21 marzo 1990, n. 127, in *Foro it*., 1991, 44, 1, con nota di R. FUZIO, *Il bilanciamento di interessi costituzionalmente protetti dalla nuova normativa sull'inquinamento atmosferico*. La Consulta sottolinea che «soltanto nella seconda metà degli anni '60 il legislatore ha specificamente disciplinato l'inquinamento atmosferico industriale, in precedenza affidato a qualche articolo della legge sanitaria, che peraltro riguardava le cosiddette "industrie insalubri" (…) É, dunque, il superlativo sviluppo industriale, che in quegli anni raggiungeva punte insperate, a determinare l'emanazione della prima legge organica n. 615 del 1966».

[32] Nella decisione citata si legge «Il limite massimo di emissione inquinante consentito dalla legge non può mai superare quello assoluto e indefettibile rappresentato dalla tollerabilità per la tutela della salute umana e dell'ambiente in cui l'uomo

ISSN 2281-3918/2421-2563



quadro costituzionale di riferimento, ricavabile dal combinato disposto degli artt. 2, 3, 9, 41 e 42 Cost., consente, inoltre, di delineare una visione unitaria della persona all'interno del proprio "*habitat*" economico, sociale e ambientale, da cui discende la qualificazione dell'ambiente quale valore primario e interesse pubblico fondamentale, la cui tutela impone allo Stato l'attivazione di adeguati strumenti di protezione in sede legislativa, amministrativa e giurisdizionale. In tale prospettiva, il sistema costituzionale impone un ragionevole e bilanciato contemperamento tra i diversi valori in gioco, salute individuale e collettiva, tutela dell'ambiente e libertà di iniziativa economica, evitando che uno di essi possa assumere una posizione di prevalenza assoluta tale da divenire "tirannica" rispetto agli altri diritti costituzionalmente garantiti [33]. Tale esigenza di equilibrio si correla, in ultima analisi, alla tutela della dignità della persona, quale sintesi dei valori fondamentali dell'ordinamento [34].

In coerenza con il quadro costituzionale e con i princìpi elaborati dalla giurisprudenza, il legislatore italiano è intervenuto al fine di promuovere elevati livelli di qualità della vita umana mediante la salvaguardia e il miglioramento delle condizioni ambientali, nonché attraverso un utilizzo accorto e razionale delle risorse naturali. In tale prospettiva si colloca il d.lgs. 3 aprile 2006, n. 152 (c.d. Codice dell'ambiente), che rappresenta il principale riferimento normativo in materia di tutela ambientale.

Il predetto *corpus* normativo, nel recepire e sistematizzare le regole di matrice eurounitaria, stabilisce che l'azione pubblica e privata in materia ambientale debba fondarsi sui princìpi di precauzione, prevenzione, correzione alla fonte dei danni arrecati all'ambiente, nonché sul principio "chi inquina paga".

---

vive, sicché la norma che condiziona l'obbligo di utilizzare la migliore tecnologia disponibile al costo non eccessivo di essa deve intendersi riferita (conformemente alle Direttive CEE) al raggiungimento di livelli inferiori a quello di tolleranza; ove poi si tratti di piani di risanamento di zone particolarmente inquinate, potrà tenersi conto del costo della migliore tecnologia disponibile soltanto ai fini delle prescrizioni sui tempi e modi dell'adeguamento a livelli di emissione più rigorosi». Sul punto, M. CECCHETTI, *Principi costituzionali per la tutela dell'ambiente*, Milano, 2000, 13. Invero, già in una precedente sentenza (Corte cost. 30 dicembre 1987, n. 641, *in Foro it.,* 1988, I, c. 694, con nota di F. GIAMPIETRO, *Il danno all'ambiente innanzi alla Corte Costituzionale*, e ivi c. 1057 ss., con nota di G. PONZANELLI, *Corte costituzionale e responsabilità civile: rilievi di un privatista*), secondo il giudice delle leggi l'ambiente doveva essere tutelato in quanto «elemento determinativo della qualità della vita. La sua protezione non persegue astratte finalità naturalistiche o estetizzanti, ma esprime l'esigenza di un *habitat* naturale nel quale l'uomo vive ed agisce e che è necessario alla collettività e, per essa, ai cittadini, secondo valori largamente sentiti; è imposta anzitutto da precetti costituzionali (artt. 9 e 32 Cost.), per cui esso assurge a valore primario ed assoluto»

[33] Il riferimento è al consolidato orientamento della Corte costituzionale secondo cui i diritti fondamentali tutelati dalla Costituzione si trovano in rapporto di reciproca integrazione e non possono essere configurati secondo una gerarchia rigida che attribuisca ad uno di essi una prevalenza assoluta sugli altri. In tale prospettiva, la tutela della salute, dell'ambiente e della libertà di iniziativa economica deve essere perseguita attraverso un ragionevole bilanciamento, idoneo a preservarne il nucleo essenziale senza consentire che uno di tali interessi assuma una posizione di supremazia tale da trasformarsi in un «diritto tiranno», capace di comprimere integralmente gli altri valori costituzionalmente protetti. Sul punto, cfr. Corte cost., 28 marzo 2018, n. 58, in *DeJure*, ove si afferma che «tutti i diritti fondamentali tutelati dalla Costituzione si trovano in rapporto di integrazione reciproca e non è possibile individuare uno di essi che abbia la prevalenza assoluta sugli altri».

[34] Corte cost. 28 marzo 2018, n. 58, cit., precisa, inoltre che «Il bilanciamento deve, perciò, rispondere a criteri di proporzionalità e di ragionevolezza, in modo tale da non consentire né la prevalenza assoluta di uno dei valori coinvolti, né il sacrificio totale di alcuno di loro, in modo che sia sempre garantita una tutela unitaria, sistemica e non frammentata di tutti gli interessi costituzionali implicati». Nello specifico la Consulta concludeva per l'illegittimità costituzionale dell'art. 3 del dl 92/2015, in quanto «il legislatore ha finito col privilegiare in modo eccessivo l'interesse alla prosecuzione dell'attività produttiva, trascurando del tutto le esigenze di diritti costituzionali inviolabili legati alla tutela della salute e della vita stessa (artt. 2 e 32 Cost.), cui deve ritenersi inscindibilmente connesso il diritto al lavoro in ambiente sicuro e non pericoloso (artt. 4 e 35 Cost.)». Aggiungendo significativamente che «il sacrificio di tali fondamentali valori tutelati dalla Costituzione porta a ritenere che la normativa impugnata non rispetti i limiti che la Costituzione impone all'attività d'impresa la quale, ai sensi dell'art. 41 Cost., si deve esplicare sempre in modo da non recare danno alla sicurezza, alla libertà, alla dignità umana. Rimuovere prontamente i fattori di pericolo per la salute, l'incolumità e la vita dei lavoratori costituisce infatti condizione minima e indispensabile perché l'attività produttiva si svolga in armonia con i principi costituzionali, sempre attenti anzitutto alle esigenze basilari della persona».

ISSN 2281-3918/2421-2563



Ne deriva un impianto regolatorio volto a contrastare le diverse forme di inquinamento e di degrado, riconoscendo all'ambiente la natura di bene giuridico unitario e meritevole di tutela in sé, oltre che in funzione della protezione della salute e del benessere umano.

La normativa ambientale si pone, dunque, l'obiettivo di contrastare le varie forme di inquinamento e degrado, al fine di dare tutela e dignità all'ambiente, inteso come bene giuridico unitario, e di valutare gli effetti che determinati progetti possono avere anche sulla salute e sul benessere dell'uomo. In tale contesto, particolare rilievo assume la disciplina delle procedure di valutazione preventiva, tra cui la Valutazione di Impatto Ambientale (VIA), espressamente richiamata dall'art. 2 del d.lgs. n. 152/2006, quale meccanismo di valutazione *ex ante* diretto a individuare e ponderare i possibili effetti significativi di determinati progetti sugli ecosistemi e sul benessere delle popolazioni interessate [35].

La Valutazione di Impatto Ambientale (VIA) è diretta alla tutela dell'*habitat* umano quale valore primario dell'ordinamento, in quanto strettamente connesso alla dignità e allo sviluppo della persona [36]. Essa si sostanzia in un giudizio concreto e comparativo, volto a ponderare il sacrificio ambientale derivante dalla realizzazione dell'opera rispetto ai benefici socio-economici attesi, tenendo conto delle alternative progettuali praticabili. In tale prospettiva, l'iniziativa economica privata, ai sensi dei principi costituzionali e del diritto dell'Unione europea, non può essere considerata in termini di contrapposizione rispetto alla tutela ambientale, ma deve essere esercitata nel rispetto dei princìpi di sostenibilità, prevenzione e integrazione delle esigenze ambientali [37].

In continuità con la Valutazione di Impatto Ambientale, l'Autorizzazione Integrata Ambientale (AIA) [38] costituisce uno dei principali strumenti di prevenzione e controllo delle attività industriali a maggiore impatto, essendo finalizzata ad assicurarne la compatibilità con gli obiettivi di tutela dell'ambiente e della salute umana. In coerenza con il principio di precauzione e con la centralità dei valori ambientali e sanitari nell'ordinamento, nelle situazioni caratterizzate da un elevato livello di compromissione dell'ecosistema il bilanciamento tra interessi produttivi e diritti fondamentali deve orientarsi verso un'effettiva salvaguardia della vita, della salute e dell'ambiente [39].

---

[35] Essa si inserisce, pertanto, in una logica di prevenzione e di bilanciamento degli interessi coinvolti, in linea con i princìpi costituzionali precedentemente richiamati.

[36] In tal senso si è espresso il Consiglio di Stato (Cons. Stato sez. VI, 21 settembre 2006, n. 5552 e Cons. Stato Sez. VI, 18 marzo 2008, n. 1109, in *DeJure*). La Corte di Cassazione, già nel secolo scorso, ha riconosciuto l'esistenza nell'ordinamento, proprio muovendo dall'art. 32 Cost., di un diritto soggettivo all'ambiente salubre: Cass., SS.UU., 6 ottobre 1969, n. 5172 con note di S. PATTI, *Diritto all'ambiente e tutela della persona*, in Giur. it., 1980, I, 859; e C. SALVI, *La tutela civile dell'ambiente: diritto individuale o interesse collettivo?,* ivi, 868.

[37] La Valutazione di Impatto Ambientale costituisce uno strumento fondamentale di prevenzione, volto a verificare preventivamente la compatibilità dei progetti industriali con la tutela delle risorse naturali e degli interessi collettivi coinvolti. Tale funzione è rafforzata dalla disciplina delle emissioni e dai sistemi di monitoraggio, controllo e sanzione, che incentivano l'adozione di processi produttivi maggiormente sostenibili e tecnologicamente avanzati.

Con riferimento al settore oggetto di indagine, tuttavia, l'efficacia preventiva della VIA appare in parte attenuata. Il legislatore, infatti, nel perseguire obiettivi di sicurezza energetica, contenimento dei costi e competitività di un comparto ritenuto strategico, ha attribuito il rilascio delle relative autorizzazioni a un procedimento unico gestito principalmente dal Ministero dello sviluppo economico, senza riconoscere un ruolo centrale al Ministero dell'ambiente. Tale impostazione evidenzia la persistente tendenza a privilegiare le esigenze produttive rispetto alle istanze di tutela ambientale e sanitaria, in potenziale tensione con l'approccio preventivo che caratterizza il diritto ambientale contemporaneo.

[38] L'autorizzazione integrata ambientale è istituto introdotto con la finalità precipua di assicurare un livello più elevato e adeguato di tutela dell'ambiente, nel contesto di realtà industriali complesse e caratterizzate da un significativo impatto inquinante. Essa si configura quale strumento volto a garantire tale protezione secondo un paradigma che non si pone in termini di contrapposizione rispetto alle esigenze produttive e industriali, bensì di loro armonizzazione in una prospettiva di sostenibilità.

[39] In tal senso Corte cost., 24 luglio 2009, n. 250, in *Giur. cost*., 2009, p. 3376 ss., secondo la quale gli interessi dell'impresa

ISSN 2281-3918/2421-2563



In tale prospettiva, l'AIA non si limita a rappresentare un titolo autorizzatorio, ma si configura come uno strumento di regolazione dinamica dell'attività produttiva, attraverso l'imposizione di prescrizioni tecniche e gestionali volte a prevenire o ridurre gli impatti ambientali derivanti dall'esercizio degli impianti. Il rispetto delle condizioni autorizzative consente alle imprese non solo di conformarsi agli obblighi normativi e di evitare le conseguenze sanzionatorie previste dall'ordinamento, ma anche di promuovere processi produttivi più sostenibili mediante l'adozione delle migliori tecniche disponibili e di soluzioni tecnologiche innovative.

L'integrazione delle esigenze ambientali nelle strategie aziendali assume, pertanto, una rilevanza che trascende la mera conformità giuridica, configurandosi come un fattore di competitività e di creazione di valore nel lungo periodo. L'adozione di modelli produttivi orientati alla sostenibilità contribuisce infatti a ridurre l'impatto ambientale delle attività industriali, a rafforzare la reputazione dell'impresa e a favorire il conseguimento degli obiettivi della transizione ecologica, in un contesto economico sempre più sensibile alla responsabilità ambientale degli operatori economici.

L'evoluzione del quadro normativo in materia ambientale ha progressivamente condotto al superamento di una concezione settoriale della tutela, favorendo l'affermazione di un modello valutativo unitario nel quale la salvaguardia dell'ambiente e la protezione della salute umana risultano strettamente interconnesse. In tale contesto, agli strumenti tradizionalmente destinati alla prevenzione del danno ambientale si sono affiancati istituti che impongono di considerare anche gli effetti che le attività produttive e le relative emissioni possono produrre sulla salute delle popolazioni esposte, secondo una prospettiva che riconosce l'unitarietà del bene ambiente e della tutela della persona..

Si colloca in questo contesto la Valutazione di Impatto Sanitario (VIS) [40], strumento che integra i tradizionali procedimenti di valutazione ambientale mediante l'analisi delle conoscenze scientifiche disponibili e la previsione degli effetti che interventi, opere o attività possono determinare sullo stato di salute delle comunità coinvolte [41]. La VIS risponde, infatti, all'esigenza di rafforzare l'approccio preventivo che caratterizza il diritto ambientale contemporaneo, in linea con quanto richiesto dalla

---

sono «certamente recessiv[i] a fronte di un'eventuale compromissione, se del caso indotta dal mutamento della situazione ambientale, del limite assoluto e indefettibile rappresentato dalla tollerabilità per la tutela della salute umana e dell'ambiente in cui l'uomo vive". Secondo la Consulta, l'esigenza di tutelare le aspettative dell'impresa "non può prevalere sul perseguimento di una più efficace tutela di tali superiori valori ove la tecnologia offra soluzioni i cui costi non siano sproporzionati rispetto al vantaggio ottenibile: un certo grado di flessibilità del regime di esercizio dell'impianto, orientato verso tale direzione, è dunque connaturato alla particolare rilevanza costituzionale del bene giuridico che, diversamente, ne potrebbe venire offeso, nonché alla natura inevitabilmente, e spesso imprevedibilmente, mutevole del contesto ambientale di riferimento».

[40] Il dl. 3 dicembre 2012, n. 207, convertito con modificazioni dalla Legge 24 dicembre 2012, n. 231, mira a garantire la continuità produttiva e la salvaguardia dell'occupazione, nel pieno rispetto delle fondamentali esigenze di tutela della salute e dell'ambiente, imponendo lo scrupoloso rispetto di tutte le prescrizioni adottate dalle autorità amministrative competenti. La previsione normativa è volta a garantire un riesame dell'Autorizzazione Integrata Ambientale (AIA) che tenga conto non solo degli aspetti ambientali, ma anche di quelli sanitari.

[41] Le drammatiche vicende che hanno coinvolto alcuni impianti hanno indotto il legislatore a introdurre l'istituto per gli stabilimenti riconosciuti, con decreto del Presidente del Consiglio dei ministri, di interesse strategico nazionale e ciò sembra aprire la strada alla promozione di una nuova sensibilità nei riguardi degli impatti sulla salute. In particolare, è previsto che il gestore dello stabilimento fornisca, nell'ambito della procedura di riesame dell'AIA, il rapporto di valutazione del danno sanitario (VDS) relativo allo scenario emissivo connesso all'assetto impiantistico e produttivo, e che, nelle more dell'emanazione del primo decreto ministeriale di aggiornamento dei criteri metodologici utili per la redazione del rapporto di VDS, il gestore predisponga, in luogo del rapporto di VDS, uno studio di valutazione di impatto sanitario (VIS). Si registra un rafforzamento complessivo del sistema di tutela della salute, attraverso l'inserimento della dimensione sanitaria nei procedimenti di autorizzazione e di controllo delle attività produttive, al fine di assicurare che tali attività non solo non arrechino pregiudizio alla salute umana, ma concorrano, ove possibile, al miglioramento delle condizioni di benessere collettivo.

ISSN 2281-3918/2421-2563



Direttiva 2010/75/UE sulle emissioni industriali e ribadito dalla giurisprudenza della Corte di giustizia dell'Unione europea [42].

In tale prospettiva, il progressivo potenziamento dei presidi di prevenzione ambientale e di tutela della salute evidenzia come la protezione delle comunità e la salvaguardia del bene ambiente, inteso quale insieme unitario delle risorse naturali e delle condizioni essenziali per la vita umana, abbiano assunto una posizione centrale nell'àmbito dei procedimenti autorizzativi relativi alle attività industriali maggiormente impattanti [43]. Consegue che la valutazione del danno sanitario non può essere relegata a un intervento eventuale, rimesso alla discrezionalità delle autorità competenti e limitato alle situazioni di maggiore criticità, ma deve costituire un elemento strutturale e necessario del procedimento decisionale [44].

Nonostante il progressivo rafforzamento degli strumenti di prevenzione ambientale e di tutela della salute, occorre rilevare come l'effettività di tali garanzie sia stata, in alcuni casi, ridimensionata da interventi normativi adottati con riferimento agli stabilimenti qualificati di interesse strategico nazionale [45]. Tali interventi, pur formalmente orientati alla ricerca di un equilibrio tra tutela della salute, protezione dell'ambiente, salvaguardia dell'occupazione e libertà di iniziativa economica, hanno frequentemente privilegiato l'esigenza di assicurare la continuità produttiva degli impianti, attribuendo preminenza a interessi di natura economica e industriale.

La prosecuzione delle attività industriali in tali contesti è stata frequentemente giustificata in ragione della rilevanza strategica degli impianti per il sistema economico nazionale e per la tutela dei livelli occupazionali. Tale impostazione trova riscontro anche nella giurisprudenza costituzionale [46], la quale

---

[42] La Corte di Giustizia (CGUE, 25 giugno 2024, case C.Z. e altri c. Ilva, ricorso n. 626/22, in *eur-lex.europa.eu*), ha affermato che la nozione di inquinamento ai sensi della Direttiva 2010/75 relativa alle emissioni industriali include sia i danni all'ambiente che quelli sulla salute umana ed entrambi gli aspetti devono essere valutati nel procedimento di rilascio e di riesame per l'autorizzazione per l'esercizio di un'attività industriale.

[43] In questa ottica, prima del rilascio o del riesame dell'Autorizzazione Integrata Ambientale, deve essere effettuata una valutazione preventiva degli effetti che l'attività dell'installazione è suscettibile di produrre sia sulle matrici ambientali sia sulla salute delle popolazioni interessate. Solo attraverso l'integrazione sistematica della dimensione sanitaria all'interno delle procedure autorizzative è infatti possibile garantire un effettivo bilanciamento tra esigenze produttive e tutela dei diritti fondamentali, in conformità ai principi di prevenzione, precauzione e sviluppo sostenibile che caratterizzano il diritto ambientale contemporaneo.

[44] In questa direzione si colloca anche la legge 28 dicembre 2015, n. 221, recante *Disposizioni in materia ambientale per promuovere misure di green economy e per il contenimento dell'uso eccessivo di risorse naturali*, la quale, all'art. 9, ha introdotto la procedura di Valutazione di Impatto Sanitario nell'ambito dei procedimenti di Valutazione di Impatto Ambientale di competenza statale per i progetti riguardanti le raffinerie di petrolio greggio. Tale intervento normativo ha ulteriormente consolidato l'integrazione tra tutela ambientale e protezione della salute, riconoscendo la necessità di valutare preventivamente gli effetti che attività industriali particolarmente impattanti possono produrre sulle popolazioni esposte.

[45] Il riferimento è al primo decreto c.d. "Salva Ilva" del 3 dicembre 2012 n. 207, con cui il Governo aveva consentito la prosecuzione dell'attività dell'impresa nonostante la circostanza che l'autorità giudiziaria avesse disposto il sequestro senza facoltà d'uso dell'intera area a caldo e dei prodotti finiti semilavorati. Lo Stabilimento Ilva, dichiarato *ex lege* di interesse strategico nazionale, è stato oggetto di plurimi interventi normativi a partire dal primo decreto legge del 3 dicembre 2012 fino al più recente d.l. n. 92/2015. Per quanto i singoli decreti abbiano oggetto diverso, il comune denominatore dell'azione del legislatore si rinviene nell'intenzione di far fronte, con lo strumento della decretazione d'urgenza, alla grave crisi industriale che ha interessato l'Ilva garantendo al tempo stesso l'effettiva esecuzione degli interventi di risanamento ambientale. Cfr., M. MELI, *Ambiente, salute, lavoro: il caso «Ilva» (d.l. 3 dicembre 2012 n. 207, conv. con modif. dalla l. 24 dicembre 2012 n. 231; d.l. 7 agosto 2012 n. 129, conv. dalla l. 4 ottobre 2012 n. 171; d.l. 4 giugno 2013 n. 61, conv. con modif. dalla l. 3 agosto 2013 n. 89),* in *Nuove leggi civ. comm.*, 2013, p. 1017.

[46] Tale impostazione trova conferma anche nella giurisprudenza costituzionale formatasi in relazione alla vicenda ILVA. In un primo momento, la Consulta (Corte cost. 9 maggio 2013, n. 85, con nota di U. SALANITRO, *Il decreto Ilva tra tutela della salute e salvaguardia dell'occupazione: riflessioni a margine della sentenza della Corte costituzionale*, in *Corriere giur.*, 2013,

ISSN 2281-3918/2421-2563



ha riconosciuto la necessità di un ragionevole bilanciamento tra la tutela della salute, la protezione dell'ambiente, il diritto al lavoro e la libertà di iniziativa economica, escludendo la possibilità di attribuire carattere assoluto a uno soltanto di tali valori. Sebbene la Corte costituzionale abbia ritenuto che la disciplina adottata dal legislatore fosse espressione di un ragionevole bilanciamento tra i diversi interessi costituzionalmente rilevanti coinvolti, le scelte normative e le relative soluzioni interpretative suscitano significativi dubbi in ordine alla loro effettiva capacità di garantire una tutela adeguata dei diritti fondamentali coinvolti. In particolare, la previsione di deroghe e di meccanismi volti ad assicurare la continuità produttiva degli stabilimenti qualificati di interesse strategico nazionale rafforza l'ipotesi che le esigenze economiche e occupazionali possano, nella concreta applicazione, assumere una posizione di fatto prevalente rispetto alla tutela della salute e dell'ambiente.

4. Continuità produttiva e tutela della persona: il bilanciamento tra interessi nella giurisprudenza costituzionale

L'impostazione accolta dalla Corte costituzionale in ordine al bilanciamento tra i valori coinvolti ha finito per legittimare un assetto normativo [47] che ha lasciato al legislatore margini di intervento suscettibili di critica, in quanto orientati a privilegiare la continuità produttiva anche in presenza di rilevanti

1041) ha ritenuto conforme ai principi della Carta la disciplina introdotta dal legislatore per gli stabilimenti di interesse strategico nazionale, ravvisando nella stessa un ragionevole tentativo di bilanciamento tra i diversi diritti e interessi costituzionalmente rilevanti coinvolti. Tale orientamento è stato successivamente ribadito dal giudice delle leggi (Corte cost., 13 luglio 2017 n. 182, con nota di E. VERDOLINI, *Il caso ILVA Taranto e il* fil rouge *degli interessi costituzionali: commento alla sentenza 182 del 2017 della Corte Costituzionale,* in *www.forumcostituzionale.it*, 14) secondo il quale i diversi interventi normativi adottati con riferimento allo stabilimento ILVA di Taranto, pur differenziandosi per contenuto e finalità immediate, fossero accomunati dalla medesima *ratio* di perseguire un equilibrio tra una pluralità di valori costituzionali concorrenti. In particolare, il giudice delle leggi ha individuato, da un lato, l'interesse nazionale alla prosecuzione dell'attività produttiva di uno stabilimento qualificato come strategico e alla salvaguardia dei livelli occupazionali e, dall'altro, l'esigenza che tale attività si svolga nel rispetto della salute umana e dell'ambiente.

La Corte costituzionale ha così riaffermato che nessuno dei diritti e degli interessi coinvolti può assumere una posizione di assoluta preminenza sugli altri, imponendosi piuttosto un bilanciamento ragionevole e proporzionato tra le esigenze di sviluppo economico e produttivo e la tutela dei diritti fondamentali della persona. Resta tuttavia aperta la questione relativa all'effettività di tale bilanciamento sul piano concreto, soprattutto nei contesti caratterizzati da elevati livelli di compromissione ambientale e sanitaria.

[47] In tal senso si orienta il Dl. 4 luglio 2015, n. 92, *Misure urgenti in materia di rifiuti e di autorizzazione integrata ambientale, nonché per l'esercizio dell'attività d'impresa di stabilimenti industriali di interesse strategico nazionale*. Il nodo cruciale del decreto è rappresentato dall'art. 3 il quale recita: «1. Al fine di garantire il necessario bilanciamento tra le esigenze di continuità dell'attività produttiva, di salvaguardia dell'occupazione, della sicurezza sul luogo di lavoro, della salute e dell'ambiente salubre, nonché delle finalità di giustizia, l'esercizio dell'attività di impresa degli stabilimenti di interesse strategico nazionale non è impedito dal provvedimento di sequestro, come già previsto dall'articolo 1, comma 4, del decreto-legge 3 dicembre 2012, n. 207, convertito, con modificazioni, dalla legge 24 dicembre 2012, n. 231, quando lo stesso si riferisca ad ipotesi di reato inerenti alla sicurezza dei lavoratori. 2. Tenuto conto della rilevanza degli interessi in comparazione, nell'ipotesi di cui al comma 1, l'attività d'impresa non può protrarsi per un periodo di tempo superiore a 12 mesi dall'adozione del provvedimento di sequestro. 3. Per la prosecuzione dell'attività degli stabilimenti di cui al comma 1, senza soluzione di continuità, l'impresa deve predisporre, nel termine perentorio di 30 giorni dall'adozione del provvedimento di sequestro, un piano recante misure e attività aggiuntive, anche di tipo provvisorio, per la tutela della sicurezza sui luoghi di lavoro, riferite all'impianto oggetto del provvedimento di sequestro. L'avvenuta predisposizione del piano è comunicata all'autorità giudiziaria procedente».

La norma prevedeva, dunque, l'adozione di provvedimenti cautelari reali aventi ad oggetto gli impianti produttivi che non contrastassero l'attività di impresa, rispettando le condizioni dettate dalla seconda e terza parte dell'articolo.

ISSN 2281-3918/2421-2563



profili di rischio ambientale e sanitario. Ne consegue una disciplina che, pur formalmente giustificata sul piano del contemperamento degli interessi costituzionali, conferma come il timore inizialmente prospettato risulti, alla luce dell'assetto applicativo, concretamente riscontrabile, sollevando perplessità in ordine all'effettività delle garanzie approntate a tutela dei diritti fondamentali coinvolti. La Consulta [48], chiamata a valutare la legittimità del provvedimento, ha confermato un'impostazione improntata a un prudente bilanciamento tra i valori costituzionali coinvolti, affermando che il legislatore può consentire la prosecuzione dell'attività negli stabilimenti qualificati di interesse strategico nazionale, purché siano adeguatamente considerate e ragionevolmente contemperate le esigenze di tutela dell'ambiente, della salute e dell'incolumità dei lavoratori, da un lato, e quelle connesse alla libertà di iniziativa economica e alla continuità occupazionale, dall'altro.

Tale ricostruzione, pur coerente sul piano formale con la logica del bilanciamento tra diritti fondamentali, si presta tuttavia a profili di criticità, nella misura in cui può tradursi, nella concreta attuazione normativa, in una significativa attenuazione delle garanzie poste a tutela della salute e dell'ambiente a favore delle esigenze di continuità produttiva. Proprio tale rischio impone di individuare un limite invalicabile all'esercizio dell'attività economica, il quale deve essere rinvenuto nella protezione effettiva della persona e dei beni fondamentali della vita e dell'integrità psicofisica.

Consegue che un'attività produttiva fonte di un inquinamento ambientalmente e sanitariamente dannoso non può ritenersi giustificata per il solo fatto di concorrere alla crescita economica, all'incremento del profitto o al mantenimento dei livelli occupazionali [49]. In sede di bilanciamento tra gli interessi costituzionalmente coinvolti, assume pertanto rilievo prioritario l'esigenza di garantire la salute, la sicurezza e l'incolumità dei lavoratori e delle comunità esposte, soprattutto nei contesti in cui l'esercizio dell'attività industriale comporti rischi gravi per la vita e per l'integrità della persona. In tali ipotesi, infatti, la tutela dei diritti fondamentali costituisce il parametro imprescindibile entro cui devono essere esercitate la libertà di iniziativa economica e le scelte di politica industriale [50].

Le criticità emerse in relazione al bilanciamento tra continuità produttiva e tutela dei diritti fondamentali trovano significativa conferma nella giurisprudenza europea, la quale ha progressivamente

---

[48] Secondo la Consulta (Corte cost., 23 marzo 2018, n. 58, in *Amb. & svil*., 2018, 385 ss.; con nota di V. CAVANNA, *Vicenda Ilva e bilanciamento dei diritti fondamentali: nota alla sentenza della Corte Costituzionale n. 58/2018,* in *www.cortisupremeesalute.it*, 2, 2018, 193 ss., con nota di D. SERVETTI, *Il fattore tempo nel bilanciamento tra lavoro e salute. Alcune note alla nuova sentenza della Corte costituzionale sull'Ilva di Taranto*, di V.I. GIGANTE, *I principi "costituzionalmente" tutelati e la loro contrapposizione. Nota dalla sentenza n. 85/2013 Corte Cost. alla sentenza n. 58/2018*, in *ambientediritto.it*, 2019, p. 54 ss.) «non può ritenersi astrattamente precluso al legislatore di intervenire per salvaguardare la continuità produttiva in settori strategici per l'economia nazionale e per garantire i correlati livelli di occupazione, prevedendo che sequestri preventivi disposti dall'autorità giudiziaria nel corso di processi penali non impediscano la prosecuzione dell'attività d'impresa; ma ciò può farsi solo attraverso un ragionevole ed equilibrato bilanciamento dei valori costituzionali in gioco. Tale bilanciamento deve essere condotto senza consentire l'illimitata espansione di uno dei diritti, che diverrebbe "tiranno" nei confronti delle altre situazioni giuridiche costituzionalmente riconosciute e protette, che costituiscono, nel loro insieme, espressione della dignità della persona. Il bilanciamento deve, perciò, rispondere a criteri di proporzionalità e di ragionevolezza, in modo tale da non consentire né la prevalenza assoluta di uno dei valori coinvolti, né il sacrificio totale di alcuno di loro, in modo che sia sempre garantita una tutela unitaria, sistemica e non frammentata di tutti gli interessi costituzionali implicati».

[49] Cfr. P. PERLINGIERI, P. FEMIA, in P. PERLINGIERI, *Manuale di diritto civile,* XI ed., Napoli, 2022, p. 17.

[50] La dottrina privatistica osserva che nel "bilanciamento" tra esigenze economico-finanziarie ed esigenze ecologico-sociali, «la diversa connotazione e importanza degli interessi antagonisti impedisce che il fine (l'attuazione dei diritti sociali e ambientali della persona) possa essere posto sullo stesso piano del mezzo (l'efficienza economica)»: M. PENNASILICO, *La "sostenibilità ambientale" nella dimensione civil-costituzionale: verso un diritto dello "sviluppo umano ed ecologico",* in *Riv. quadr. dir. amb.,* 3/2020, 43 s.

ISSN 2281-3918/2421-2563



rafforzato la centralità della protezione della salute e dell'ambiente nei contesti caratterizzati da elevato impatto industriale. Particolarmente rilevante, in tal senso, è una sentenza della Corte europea dei diritti dell'uomo [51] nella quale i giudici di Strasburgo hanno accertato la violazione degli artt. 8 e 13 della Convenzione europea dei diritti dell'uomo, rilevando l'inadeguatezza delle misure adottate dallo Stato italiano per proteggere la popolazione dagli effetti dell'inquinamento industriale e per assicurare rimedi effettivi ai soggetti esposti ai relativi rischi.

La pronuncia assume particolare rilievo poiché evidenzia come la prosecuzione dell'attività produttiva non possa essere giustificata quando determini una compromissione significativa del diritto delle persone al rispetto della vita privata e familiare e alla protezione della salute, imponendo agli Stati obblighi positivi di intervento volti a prevenire e ridurre i rischi ambientali derivanti dalle attività industriali.

In una prospettiva convergente si colloca anche una decisione della Grande Sezione della Corte di giustizia dell'Unione europea [52], la quale ha ulteriormente rafforzato il principio secondo cui l'esercizio delle attività industriali deve essere subordinato a una valutazione effettiva e aggiornata dei rischi ambientali e sanitari. La Corte ha affermato che, nell'ambito delle procedure di autorizzazione integrate ambientali disciplinate dalla direttiva sulle emissioni industriali, devono essere presi in considerazione tutti gli effetti nocivi scientificamente accertati sull'ambiente e sulla salute umana, imponendo alle autorità competenti di adottare misure adeguate e, ove necessario, di riesaminare o modificare le autorizzazioni rilasciate.

Considerate nel loro complesso, le pronunce della Corte europea dei diritti dell'uomo e della Corte di giustizia dell'Unione europea attestano il consolidarsi di un orientamento sovranazionale che attribuisce alla tutela della salute e dell'ambiente una posizione centrale nell'ambito del governo delle attività produttive ad elevato impatto. Da tale prospettiva emerge con chiarezza che il bilanciamento tra interessi economici e diritti fondamentali non può tradursi nella tolleranza di situazioni di rischio ambientale e sanitario grave o protratto nel tempo, ma richiede l'adozione di misure preventive, adeguate ed effettive, idonee ad assicurare un elevato livello di protezione delle persone e degli ecosistemi.

Tale approdo interpretativo conferma come, nell'attuale assetto costituzionale ed eurounitario, la salvaguardia della persona e dell'ambiente costituisca un parametro essenziale di legittimità dell'azione pubblica e dell'esercizio dell'attività economica. In questa prospettiva, l'iniziativa economica privata

---

[51] Corte EDU, Cordella e altri c. Italia, 24 gennaio 2019, ricorsi nn. 54414/13 e 54264/15 in *echr.coe.int*. Nel condannare lo Stato, la Corte riconosce l'assoluta urgenza di ripristinare le condizioni di salubrità del complesso industriale e delle aree circostanti, esortando le autorità nazionali ad adottare, nel più breve tempo possibile, un piano che contempli le misure necessarie per garantire la protezione ambientale e sanitaria della popolazione. Inoltre, la Corte rinvia al Comitato dei Ministri (art. 46 CEDU) affinché vengano definite, in termini pratici, le misure da adottare per garantire l'effettiva attuazione della sentenza (§. 177-182). Per un commento, *ex multis*, v. F. GIAMPIETRO, *Sull'inquinamento dell'ILVA la CEDU dichiara la responsabilità dello Stato italiano per violazione dei diritti dell'uomo,* in *Amb. e svil.,* 2019, p. 263 ss.; S. MARINO, *L'omissione dello Stato a proteggere gli individui da emissioni inquinanti: riflessioni sulla portata dell'art. 8 e dell'art. 13 CEDU nel diritto ambientale*, in *Riv. giur. amb.,* 2019, p. 323 ss. R. LEONARDI, *Il caso Ilva: la Cedu condanna l'Italia per la violazione del diritto ad un ambiente salubre*, in *Riv. giur. eur.,* 2019, p. 9 ss.

[52] CGUE, Grande Sezione, C. Z. e a. c. Ilva SpA in amministrazione straordinaria e a, 25 giugno 2024, n. 626 – C-626/22, cit. Sulla decisione, v. F. BIANCHI, *Sulla sentenza della Corte di Giustizia dell'Unione europea del 25 giugno 2024 in merito all'Ilva di Taranto*, in *Epidemiol. prev.,* 2024, p. 356 ss.; M. CARDUCCI, *Installazione "*ex *Ilva" dopo la sentenza della Corte di Giustizia Ue: le emissioni climalteranti tra interesse "strategico" e generazioni future*, in *dirittocomparati.it*, 2024; E. Maschietto, *La Corte di Giustizia su Ilva: impatti immediati e potenziali,* in *RGAonline*, 2024; I. BAISI, *Il caso ex Ilva di Taranto al vaglio della Corte UE: l'attività va sospesa se a rischiare sono ambiente e salute umana (C626/22),* in *Riv. it. dir. pub. comp*., 3/2024, p. 793 ss.

ISSN 2281-3918/2421-2563



incontra i limiti posti dall'art. 41, secondo comma, Cost., non potendo svolgersi in contrasto con l'utilità sociale né arrecare pregiudizio alla salute, all'ambiente, alla sicurezza, alla libertà e alla dignità umana. Ne deriva una concezione della persona quale valore centrale dell'ordinamento, inscindibilmente connesso alla qualità dell'ambiente in cui essa vive e si sviluppa, che impone all'interprete di orientare l'attività ermeneutica in modo coerente con i principi costituzionali di tutela dei diritti fondamentali.

Le vicende che hanno interessato gli impianti industriali di interesse strategico nazionale evidenziano, tuttavia, le difficoltà incontrate dagli strumenti amministrativi di prevenzione e controllo – quali la Valutazione di Impatto Ambientale (VIA), l'Autorizzazione Integrata Ambientale (AIA) e la Valutazione di Impatto Sanitario (VIS) – nel realizzare un effettivo equilibrio tra le esigenze della produzione industriale e la protezione delle popolazioni esposte agli effetti dell'inquinamento. Le pronunce europee hanno infatti posto in luce come la mera previsione di tali istituti non sia di per sé sufficiente a garantire una tutela adeguata dei diritti coinvolti, ove non sia accompagnata da procedure effettive, da controlli rigorosi e da interventi tempestivi capaci di prevenire o ridurre i rischi per la salute e per l'ambiente.

In questo contesto si inserisce la legge costituzionale 11 febbraio 2022, n. 1, che ha modificato gli artt. 9 e 41 della Costituzione, rafforzando il riconoscimento costituzionale della tutela dell'ambiente, della biodiversità e degli ecosistemi, anche nell'interesse delle future generazioni, e ribadendo che l'attività economica non può svolgersi in modo da arrecare danno alla salute e all'ambiente. Tale intervento rappresenta un significativo avanzamento nel processo di costituzionalizzazione delle esigenze di protezione ambientale e sanitaria, pur lasciando aperta la questione della concreta effettività degli strumenti predisposti dall'ordinamento per garantire il pieno rispetto di tali valori. L'inserimento, infatti, della tutela ambientale all'art. 9 della Costituzione e la previsione della salute e dell'ambiente come ulteriori limiti alla libertà di iniziativa economica, sanciti dal comma 2 dell'art. 41, mirano a porre un freno all'espansione indiscriminata delle attività economiche, imponendo che tali attività siano svolte nel rispetto della sostenibilità e del benessere collettivo. Inoltre, l'introduzione di un nuovo comma 3 dell'art. 41, che pone l'accento sulla finalità sociale dell'attività economica, offre una chiara indicazione sulla necessità di un equilibrio tra il perseguimento del profitto e la protezione dei diritti fondamentali, quali la salute e l'ambiente. Queste modifiche costituzionali riflettono l'intento di garantire una più equa e rigorosa regolamentazione delle attività industriali, ponendo maggiore enfasi sulle ricadute sociali e ambientali delle stesse.

In questa direzione si colloca anche la più recente giurisprudenza costituzionale, che sembra manifestare una maggiore attenzione verso l'effettività della tutela dei diritti fondamentali coinvolti nelle vicende degli stabilimenti industriali di interesse strategico nazionale. Chiamata a pronunciarsi sulla legittimità di una disciplina [53] che consentiva, in deroga agli ordinari meccanismi procedimentali, l'adozione di misure governative volte a garantire la continuità produttiva di grandi impianti industriali anche

[53] Il riferimento è alla procedura prevista dal nuovo comma 1-*bis*.1 dell'art. 104-*bis* delle norme di attuazione del codice di procedura penale, introdotta dal decreto legge 5 gennaio 2023, n. 2 (c.d. "decreto Priolo"), recanti misure urgenti per impianti di interesse strategico nazionale, convertito con modificazioni dalla legge 3 marzo 2023, n. 17 e destinata a regolare i poteri di amministrazione spettanti al giudice del sequestro penale su stabilimenti (o parti di essi) dichiarati di "interesse strategico nazionale", nonché su stabilimenti e infrastrutture necessari ad assicurarne la continuità produttiva. La disposizione sottoposta al vaglio di costituzionalità mirava a disciplinare la complessa questione della prosecuzione di attività qualificate di interesse strategico nazionale, nonostante l'avvenuto sequestro preventivo disposto dall'autorità giudiziaria penale. Tra le previsioni contenute nella norma, quella di maggiore criticità risultava essere la disposizione di cui al quarto periodo, la quale sembrava volta a sottrarre al Giudice ogni potere di valutazione in ordine alla prosecuzione dell'attività, una volta intervenuta l'adozione, in sede amministrativa, di misure specificamente predisposte a tal fine.

ISSN 2281-3918/2421-2563



in presenza di un provvedimento di sequestro disposto dall'autorità giudiziaria, la Corte costituzionale ha dichiarato l'illegittimità della disposizione censurata [54].

La Consulta ha, in particolare, rilevato che la normativa non prevedeva alcun limite temporale massimo all'operatività delle misure straordinarie autorizzate, determinando così un assetto normativo suscettibile di alterare in modo irragionevole il necessario equilibrio tra le esigenze di prosecuzione dell'attività produttiva e la tutela di beni di primario rilievo costituzionale, quali la salute e l'ambiente [55]. La pronuncia assume un rilievo significativo nel percorso evolutivo della giurisprudenza costituzionale, poiché ribadisce che il perseguimento di obiettivi economici e produttivi, ancorché riconducibili a interessi pubblici di rilevanza nazionale, non può tradursi nell'attribuzione di una sostanziale prevalenza a tali esigenze né giustificare deroghe prive di adeguati limiti e garanzie a tutela dei diritti fondamentali. In questa prospettiva, la Consulta riconosce alla tutela dell'ambiente una duplice valenza, quale diritto fondamentale della persona e interesse primario della collettività, dalla quale discende un corrispondente dovere di protezione in capo ai pubblici poteri. Tale obbligo impone allo Stato non soltanto di predisporre strumenti di prevenzione e controllo, ma anche di adottare misure positive idonee a impedire che l'esercizio delle libertà economiche arrechi pregiudizio alla salute e all'integrità dell'ambiente [56].

Da tale impostazione deriva una concezione della protezione ambientale che supera la dimensione meramente conservativa del presente e si proietta in una prospettiva intergenerazionale, orientata a

---

[54] Corte cost. 24 giugno 2024, n. 105, in *Consultaonline.it,* 12 settembre 2024, 1061, con nota di R. BIN, *Il "caso Priolo": scelta politica vs. bilanciamento in concreto (in margine alla sent. 105/2024)*; G. VIVOLI, *L'eterna provvisorietà di misure straordinarie è (ed era) incostituzionale: la doppia chiave di lettura della sentenza n. 105/2024 sul c.d. "decreto Priolo" alla luce della riforma degli artt. 9 e 41 Cost.,* in *AmbienteDiritto*, 4,/2024. Critico sulla decisione è e G. GIORGINI PIGNATIELLO, *L'approccio "pilatesco" del Giudice delle leggi alla revisione costituzionale dell'ambiente. Prime riflessioni (critiche) a margine della sent. n. 105 del 2024*, in *DPCE*.

[55] Secondo il giudice delle leggi, non è di per sé incompatibile con la Costituzione un meccanismo che consente al Governo di adottare "misure di bilanciamento" provvisorie, le quali vincolano il giudice del sequestro a consentire la prosecuzione dell'attività produttiva. Tuttavia, una simile disposizione trova legittimazione esclusivamente nella sua natura di misura interinale, finalizzata a evitare l'interruzione di un'attività industriale di rilevanza strategica per l'economia o per l'occupazione. Tale intervento, infatti, deve essere limitato al "tempo strettamente necessario" per consentire il completamento degli interventi indispensabili di risanamento ambientale, con l'obiettivo di ripristinare le normali condizioni operative e riattivare i meccanismi procedurali ordinari. Critico sulla sentenza è G. GIORGINI PIGNATIELLO, *L'approccio "pilatesco" del Giudice delle leggi alla revisione costituzionale dell'ambiente. Prime riflessioni (critiche) a margine della sent. n. 105 del 2024*, in *DPCE on line*.

[56] Le conclusioni cui perviene la Corte costituzionale risultano coerenti con gli orientamenti espressi dalla Corte di giustizia dell'Unione europea, la quale ha più volte affermato l'incompatibilità con il diritto dell'Unione di discipline nazionali che consentano reiterate proroghe nell'adeguamento alle prescrizioni ambientali in presenza di rischi gravi per la salute e per l'ambiente. In particolare, il giudice europeo ha chiarito che la direttiva 2010/75/UE sulle emissioni industriali impone che i procedimenti autorizzativi siano fondati su una valutazione preventiva ed effettiva degli impatti che le attività industriali possono produrre sull'ambiente e sulla salute umana. Tale obbligo si inserisce nel più ampio quadro delineato dall'art. 191 e dall'art. 192 TFUE, nonché dagli artt. 35 e 37 della Carta dei diritti fondamentali dell'Unione europea, che impongono un elevato livello di protezione della salute e dell'ambiente quale obiettivo essenziale dell'azione dell'Unione e degli Stati membri. La Corte di Giustizia (CGUE, 25 giugno 2024, causa C-626/22, cit.) ha dichiarato l'incompatibilità con il diritto dell'Unione delle «ripetute proroghe» concesse dal legislatore italiano per la prosecuzione delle attività industriali disciplinate dai c.d. *decreti salva-ILVA*, nonostante l'accertata sussistenza di «pericoli gravi e rilevanti per l'integrità dell'ambiente e della salute umana». In tale occasione, il giudice europeo ha ribadito non solo l'obbligo di procedere a un riesame dell'autorizzazione all'esercizio dell'impianto, imponendo di considerare – oltre alle sostanze inquinanti prevedibili in ragione della natura e della tipologia dell'attività – tutte le emissioni scientificamente note come nocive, anche se non valutate nel procedimento autorizzativo originario, ma ha altresì affermato la legittimità della sospensione delle attività industriali, ove tali verifiche non vengano eseguite ovvero emergano profili di rischio per la tutela della salute e dell'ambiente.

ISSN 2281-3918/2421-2563



garantire la conservazione delle condizioni necessarie affinché anche le generazioni future possano beneficiare di un patrimonio naturale integro e funzionale al pieno sviluppo della persona [57].

Coerentemente con tale evoluzione interpretativa, gli sviluppi normativi e giurisprudenziali intervenuti negli ultimi anni confermano la stretta interdipendenza tra tutela dell'ambiente e protezione della salute, entrambe componenti essenziali di un modello di sviluppo sostenibile fondato sul bilanciamento tra crescita economica, salvaguardia degli ecosistemi e giustizia sociale.

Alla luce della riforma costituzionale degli artt. 9 e 41 Cost. e degli obblighi derivanti dall'ordinamento eurounitario, risulta, pertanto, sempre più difficile ritenere costituzionalmente giustificabile il sacrificio di diritti fondamentali già accertatamente compromessi sulla base del mero richiamo a generici interessi strategici nazionali. Questi ultimi, infatti, possono essere perseguiti esclusivamente entro i limiti imposti dalla tutela della persona, della salute e dell'ambiente, secondo un criterio di proporzionalità e ragionevolezza che costituisce il parametro imprescindibile dell'azione legislativa e amministrativa.

5. Osservazioni conclusive

L'analisi svolta consente di mettere in luce come la nozione di "elevato livello di tutela" dell'ambiente e della salute, ormai stabilmente affermata tanto nell'ordinamento dell'Unione europea quanto nella giurisprudenza costituzionale, non possa essere intesa in senso meramente programmatico, ma imponga l'adozione di un modello di intervento fondato su logiche preventive, integrate e scientificamente aggiornate. In tale prospettiva, la protezione dei beni ambientali e della salute si realizza non già attraverso una valutazione *ex post* delle conseguenze dannose, bensì mediante un controllo *ex ante* degli effetti potenzialmente derivanti dall'esercizio delle attività produttive, secondo un approccio di anticipazione del rischio che costituisce ormai tratto strutturale del diritto ambientale contemporaneo.

Consegue la necessità di una valutazione complessiva e sistemica delle emissioni e delle loro possibili interazioni, la quale non può limitarsi alla considerazione delle sole sostanze inquinanti tipiche o immediatamente prevedibili in relazione alla natura dell'attività industriale, ma deve estendersi a tutte le sostanze scientificamente accertate come nocive, anche qualora non espressamente considerate nel procedimento autorizzatorio originario. Tale impostazione risponde all'esigenza di evitare una frammentazione valutativa che non sarebbe in grado di cogliere l'effetto cumulativo e sinergico degli agenti inquinanti, il quale rappresenta, nella prassi applicativa, uno dei profili di maggiore criticità nella tutela effettiva dell'ambiente e della salute.

In questa direzione si colloca l'esigenza di un controllo globale e integrato delle fonti emissive, idoneo a considerare non soltanto la singola installazione, ma l'insieme delle pressioni ambientali insistenti sul medesimo territorio, al fine di verificare il rispetto dei valori limite di qualità dell'aria e degli *standard* di protezione stabiliti a livello europeo. Solo attraverso una simile impostazione è possibile dare concreta attuazione al principio di precauzione, il quale impone di adottare misure adeguate anche in presenza di incertezze scientifiche, laddove sussista il rischio di danni gravi e irreversibili.

---

[57] Sulla tutela della generazioni future cfr., *ex multis*, P. LOMBARDI, *Ambiente e generazioni future: la dimensione temporale della solidarietà*, in *Federalismi.it*, 1/2023, p. 86 ss.; C. TRIPODINA, *La tutela dell'ambiente nella Costituzione italiana: tra interessi delle generazioni future e responsabilità della generazione presente*, in *Riv. Quadr. di Dir. Amb.*, 1/2023, p. 332 ss.; F. CIRILLO, *L'interesse delle future generazioni: ragionamenti fallaci e interpretazioni sostenibili,* in *AmbienteDiritto*, 2/2023, p. 319 ss.

ISSN 2281-3918/2421-2563



L'adozione di un simile modello interpretativo consente, altresì, di pervenire a una più coerente declinazione del "ragionevole bilanciamento" tra interessi contrapposti, che non può essere inteso come semplice operazione di composizione discrezionale, bensì come procedimento giuridicamente vincolato alla salvaguardia di nuclei essenziali di tutela, in particolare con riguardo ai diritti alla salute e all'ambiente, oggi qualificabili come beni di rilievo primario anche alla luce della riforma degli articoli 9 e 41 della Costituzione. In tale prospettiva, la dimensione costituzionale e quella convenzionale, quest'ultima ulteriormente rafforzata dall'articolo 8 della CEDU, convergono nel delineare un vero e proprio obbligo positivo di protezione in capo agli Stati.

In questo quadro, la nozione di "strategicità" dell'impianto produttivo nazionale non può assumere valore assoluto o tendenzialmente prevalente, soprattutto laddove siano accertati, attraverso strumenti tecnico-scientifici quali la Valutazione del Danno Sanitario, rischi gravi per la salute e per l'integrità dell'ecosistema. In tali ipotesi, il richiamo a esigenze di continuità produttiva non può tradursi in una compressione indefinita dei diritti fondamentali, pena l'alterazione strutturale dell'equilibrio tra le dimensioni economica, sociale e ambientale dello sviluppo sostenibile.

Sotto questo profilo, emerge con particolare evidenza l'esigenza di rafforzare, nell'ordinamento interno, gli strumenti di valutazione preventiva degli impatti sanitari delle attività industriali, attraverso l'impiego coordinato di metodologie epidemiologiche e tossicologiche e la definizione di scenari di esposizione quanto più possibile completi e aggiornati. Tale esigenza si giustifica anche alla luce della progressiva evoluzione del sapere scientifico, che impone un costante adeguamento delle categorie giuridiche e degli strumenti normativi utilizzati per la regolazione delle attività potenzialmente inquinanti.

Parimenti, risulta non più procrastinabile un superamento della prassi del rinvio reiterato degli interventi di risanamento ambientale, prassi che, nella sua dimensione applicativa, ha frequentemente determinato una sostanziale neutralizzazione dell'effettività delle tutele. Il differimento nel tempo delle misure di adeguamento, infatti, finisce per produrre un effetto di consolidamento delle situazioni di rischio, con conseguente compromissione progressiva e talvolta irreversibile degli equilibri ambientali e sanitari.

A fronte di tali criticità, si impone l'esigenza di affiancare alle misure di tutela ambientale adeguati strumenti di gestione delle ricadute sociali ed economiche derivanti dalla transizione verso modelli produttivi sostenibili. La chiusura o la riconversione di impianti industriali ad alto impatto non può infatti prescindere dalla predisposizione di efficaci meccanismi di protezione sociale, idonei a garantire la continuità occupazionale e a ridurre le tensioni derivanti dalle trasformazioni del tessuto produttivo. In tale prospettiva, le politiche di ammortizzazione sociale e i programmi di riconversione industriale assumono un ruolo centrale nella costruzione di un modello di sviluppo effettivamente sostenibile.

In definitiva, il bilanciamento tra interessi contrapposti continua a rappresentare lo strumento metodologico principale attraverso cui il sistema giuridico affronta la complessità dei conflitti tra attività produttive e tutela dei beni primari. Tuttavia, esso non può essere inteso come meccanismo idoneo a giustificare il rinvio indefinito delle scelte necessarie, né come formula elastica priva di vincoli sostanziali. Al contrario, il bilanciamento deve essere ricondotto entro parametri di razionalità giuridica e di effettività della tutela, in cui assumono rilievo decisivo i principi di prevenzione e precauzione.

In tale contesto, il principio di precauzione si configura come criterio ordinante fondamentale, in quanto impone un intervento tempestivo a fronte di rischi anche solo potenziali per la salute e per l'ambiente, mentre il costante aggiornamento del quadro normativo, in coerenza con le acquisizioni scientifiche più avanzate, costituisce condizione imprescindibile per l'effettività della tutela. È proprio in

ISSN 2281-3918/2421-2563



questa prospettiva che lo sviluppo sostenibile può essere inteso non come formula di compromesso, bensì come paradigma giuridico di integrazione tra dimensione economica, sociale e ambientale.

La giurisprudenza recente, tanto costituzionale quanto europea, conferma tale impostazione, evidenziando la necessità di superare logiche emergenziali o derogatorie che, nel lungo periodo, si rivelano incompatibili con la tutela effettiva dei diritti fondamentali e con la stessa tenuta sistematica dell'ordinamento. In particolare, le pronunce che hanno interessato le attività industriali di rilevanza strategica dimostrano come non sia più sostenibile una concezione del progresso economico svincolata dalla considerazione dei suoi impatti ambientali e sanitari.

Ne discende che il modello dello sviluppo sostenibile si impone oggi come criterio strutturale dell'ordinamento, volto a orientare tanto l'attività del legislatore quanto quella dell'interprete. In tale quadro, il "nodo gordiano" tra sviluppo economico e tutela dei beni primari non può essere sciolto attraverso soluzioni semplificatorie o meri compromessi temporanei, ma richiede un approccio sistemico, coerente e scientificamente fondato, capace di garantire la piena effettività dei diritti coinvolti e la salvaguardia delle generazioni presenti e future.

ISSN 2281-3918/2421-2563

JUS CIVILE



TIZIANA RUMI*

VALUTAZIONE DEL MERITO CREDITIZIO MEDIANTE SISTEMI AUTOMATIZZATI DI CREDIT SCORING: PROBLEMI E PROSPETTIVE**

CREDITWORTHINESS ASSESSMENT USING AUTOMATED CREDIT SCORING SYSTEMS: ISSUES AND PROSPECTS

Abstract: L'articolo approfondisce il tema della verifica del merito creditizio nella nuova disciplina del credito ai consumatori e si sofferma sia sulle conseguenze giuridiche derivanti da prestiti erogati dai finanziatori in ipotesi di mancata o erronea valutazione della capacità di rimborso dei consumatori, sia sulle problematiche connesse all'impiego di sistemi di *credit scoring* basati sull'impiego dell'intelligenza artificiale.

Abstract: The essay examines the assessment of creditworthiness under the new consumer credit regulations, focusing on the legal consequences for lenders arising from loans granted without – or with an erroneous – assessment of consumers' repayment capacity, and the issues associated with the use of AI-based credit scoring systems.

SOMMARIO: *1. La verifica del merito creditizio nella nuova disciplina sul credito ai consumatori. – 2. Conseguenze del prestito erogato in ipotesi di mancata o erronea valutazione della capacità del consumatore di rimborsarlo. – 3. I sistemi di* credit scoring*: rapporti tra la disciplina sul credito al consumo e il GDPR. – 4. Il problema delle valutazioni discriminatorie e i rimedi. – 5. L'*XAI *come rimedio all'opacità dei sistemi di* credit scoring *basati sull'IA e le questioni ancora aperte.*

1. La verifica del merito creditizio nella nuova disciplina sul credito ai consumatori

La verifica del merito creditizio del consumatore, quale precondizione, per accedere al finanziamento è stata introdotta, com'è noto, dal legislatore europeo del 2008 [1], con l'obiettivo di responsabilizzare gli istituti creditizi nell'erogazione del credito. L'esigenza di promuovere pratiche responsabili in tutte le fasi del rapporto di credito è stata realizzata agendo sia sul lato della domanda (di credito), attraverso lo

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

** Contributo sottoposto a revisione.

[1] Con la direttiva 2008/48/CE e, successivamente, con la direttiva sui contratti di credito ai consumatori relativi a beni immobili residenziali 2014/17/UE. Entrambe le direttive sono state adottate a seguito della grande crisi finanziaria causata dagli effetti dei mutui *subprime* sul mercato bancario statunitense, effetti nefasti che avevano impartito una dura lezione: concedere un finanziamento quando il valore dell'ipoteca è inferiore a quello del credito che garantisce, o quando il peso complessivo del debito è comunque sproporzionato rispetto alla situazione finanziaria complessiva del mutuatario, significa creare un rischio che (anche mediante il meccanismo delle cartolarizzazioni) può diffondersi all'intero sistema finanziario e compromettere la fiducia della clientela su vasta scala. Così P. SIRENA, *L'integrazione di diritto privato e diritto pubblico nella tutela del cliente bancario*, in *ODCC*, 1, 2024, 32.

ISSN 2281-3918/2421-2563



strumento dell'informazione e dell'educazione dei consumatori, con avvertimenti sui rischi di un mancato pagamento o di un eccessivo indebitamento, sia sul lato dell'offerta (di credito), sensibilizzando i creditori a non concedere prestiti in modo irresponsabile e a non emettere crediti senza preliminare valutazione del merito creditizio. Da qui, l'invito agli Stati membri di «effettuare la necessaria vigilanza per evitare tale comportamento» e di «determinare i mezzi necessari per sanzionare i creditori qualora ciò si verificasse» [2]. Il proposito del legislatore europeo, che trova fondamento nell'esigenza di garantire la responsabilizzazione di entrambe le parti del contratto di credito (avendo i finanziatori interesse ad eseguire la valutazione del merito creditizio del debitore per rispettare il principio di sana e prudente gestione, e i consumatori interesse ad accedere al credito fiduciosi di poterlo rimborsare) [3], si è tradotto nell'art. 8 della direttiva 2008/48/CE che codifica l'obbligo, da parte del creditore, di valutare, prima della conclusione del contratto di credito, il merito creditizio del consumatore «sulla base di informazioni adeguate, se del caso fornite dal consumatore stesso e, ove necessario, ottenute consultando la banca dati pertinente» [4].

La norma prevede, poi, al secondo paragrafo, l'obbligo per il creditore di rivalutare il merito creditizio del consumatore qualora, dopo la conclusione del contratto, le parti si accordino per elevare l'importo totale del credito. Questo precetto (trasposto senza modifiche, nell'art. 124 *bis* t.u.b.) viene oggi novellato per effetto del recepimento della direttiva del 2023 [5] il cui art. 18, par. 6, stabilisce che il

---

[2] Così il considerando 26 della direttiva 2008/48/CE, dove si aggiunge che «i creditori dovrebbero avere la responsabilità di verificare individualmente il merito creditizio dei consumatori. A tal fine dovrebbero poter utilizzare le informazioni fornite dal consumatore non soltanto durante la preparazione del contratto di credito in questione, ma anche nell'arco di una relazione commerciale di lunga data…». Quanto detto è stato riprodotto anche nel considerando 53 della direttiva 2023/2225/UE.

[3] Il dovere, gravante sull'intermediario finanziario, di valutare il merito creditizio del consumatore è strumentale sia a salvaguardare la stabilità del sistema bancario dalle esternalità negative e dagli azzardi morali che lo possono compromettere, sia a tutelare il singolo consumatore dal rischio di sovraindebitamento. Su quest'ultima problematica cfr., tra gli altri, G. D'Amico, a cura di, *Sovraindebitamento e rapporto obbligatorio*, Torino, 2018; E. Pellecchia, *Indebitamento e sovraindebitamento tra codice civile e codice della crisi e dell'insolvenza*, in *Nuova giur. civ. comm*., 2019, 822 ss.; P.G. Piepoli, *Sovraindebitamento e credito responsabile*, in *Banca borsa tit. cred*., 2013, 38 ss.; L. Modica, *Profili giuridici del sovraindebitamento*, Napoli, 2012; E. Minervini, *Il sovraindebitamento del consumatore e la direttiva 2008/48/CE*, in *La tutela del consumatore nelle posizioni di debito e credito*, a cura di V. Rizzo, E. Caterini et al., Napoli, 2010, 65 ss.

[4] Sul punto è stato giustamente osservato, in dottrina, che – ai fini di una corretta valutazione del merito di credito – il finanziatore è tenuto a verificare la correttezza e l'attendibilità delle informazioni che riceve dal consumatore, e che il medesimo, nella sua attività di controllo, è tenuto a consultare le banche dati pertinenti. La sufficienza delle sole informazioni fornite dal consumatore, su cui basa la propria decisione Cass. n. 20725/2025, è stata criticata da A.A. Dolmetta (*Sul "nuovo" art. 69 CCII*, in *Procedure concorsuali e crisi d'impresa*, 4/2026, 436 ss.) il quale evidenzia come il finanziatore debba sempre assicurarsi (secondo la ragionevolezza che segue a un agire professionale ad elevata diligenza) che le informazioni ricevute costituiscano materiale oggettivamente attendibile, per evitare di dare ingresso ad un'inammissibile clausola di esonero dalla sua responsabilità e di introdurre una lettura "abrogante" dell'obbligo di corretta valutazione del merito creditizio. In questa logica si giustifica, per l'A., anche l'obbligo del finanziatore di consultare le banche dati pertinenti al fine di non basarsi (nella valutazione) soltanto su enunciazioni "autoreferenziali" del richiedente il prestito.

[5] A fine 2025 il legislatore ha attuato la Direttiva (UE) 2023/2225 con il d.lgs. 31.12.2025, n. 212. In argomento, per una prima lettura molto accurata, cfr. G. De Cristofaro, *La riforma della disciplina dei contratti di credito b-to-c contenuta nel capo II, Titolo VI, T.U.B.*, in *NLCC*, 1, 2026, 25 ss. Dai primi considerando della nuova direttiva sul credito al consumo emergono le ragioni che hanno spinto il legislatore europeo ad intervenire nuovamente su questo istituto e con una disciplina di armonizzazione "completa": era necessario rimediare alla parziale efficacia della precedente direttiva circa la realizzazione di obiettivi fondamentali come l'elevato livello di protezione dei consumatori e la promozione dello sviluppo di un mercato unico del credito. Tuttavia, anche la Direttiva 2013/2225/UE non disciplina in modo esaustivo e compiuto tutti i profili potenzialmente rilevanti, lasciando agli Stati membri alcuni margini di discrezionalità e, pertanto, questi ultimi potranno disciplinare sia i profili non regolati ma rientranti nell'ambito degli aspetti oggetto di regolamentazione armonizzata, sia i profili che la Direttiva volutamente non affronta per lasciarli alla "penna" del legislatore nazionale (come previsto nei considerando nn. 13 e 14).

ISSN 2281-3918/2421-2563



creditore può erogare il credito al consumatore «solo quando i risultati della valutazione del merito creditizio indicano che gli obblighi derivanti dal contratto di credito saranno verosimilmente adempiuti secondo le modalità prescritte dal contratto in questione», quindi, in presenza di una valutazione positiva [6]. La valutazione deve essere *approfondita* e *proporzionata* e, in ogni caso, «deve tener conto di tutti i fattori necessari e pertinenti che potrebbero influenzare la capacità del consumatore di rimborsare il credito» [7] . Una valutazione positiva, tuttavia, in base al 54° considerando della direttiva del 2023, non dovrebbe pregiudicare la libertà contrattuale del creditore in relazione alla concessione del credito.

La nuova norma sottolinea l'esigenza che l'approfondita valutazione del merito creditizio avvenga prima della stipulazione del contratto di credito e che sia effettuata *nell'interesse del consumatore* [8]. Nel nuovo art. 124 *bis* l'espressione è preceduta dall'avverbio "anche" proprio per evidenziare le due *rationes* che stanno a fondamento della valutazione: per un verso essa è funzionale a realizzare l'interesse generale alla sana e prudente gestione degli istituti di credito e, per altro verso, a realizzare l'interesse individuale del consumatore ad ottenere un prestito che potrà rimborsare.

In quest'ottica, il considerando 55 della direttiva in commento prevede che la valutazione del merito creditizio dovrebbe basarsi sulle informazioni riguardanti la situazione economico-finanziaria del debitore, informazioni necessarie e proporzionate rispetto alla natura, alla durata, al valore e ai rischi del credito per il consumatore, in linea con il principio di minimizzazione dei dati di cui al GDPR, e dovrebbero essere pertinenti, complete e accurate.

---

[6] Nella disciplina del 2008 mancava una previsione di questo tenore (presente invece nella *Mortgage Credit Directive*) per cui parte della dottrina, soprattutto straniera (vedi ad es. P. ROTT, *Consumer credit*, in *European Consumer Law*[2], by H. Micklitz, N. Reich, P. Rott e K. Tonner, Cambridge – Antwerp, 2014, 199), ha sostenuto che in ipotesi di valutazione negativa del merito creditizio l'intermediario finanziario era obbligato ad avvisare il consumatore, ma non ad astenersi dalla stipulazione del contratto perché l'ultima parola, in tal senso, spetta sempre al consumatore.

[7] Così M. MAUGERI, voce *Contratti dei consumatori (contratto di credito al consumo)*, in *Enc. dir.*, *I tematici*, X, *Singoli contratti*, Milano, 2025, 478. Peraltro il considerando 54 prevede la possibilità, per gli Stati membri, di dare ulteriori orientamenti in merito a criteri e metodi aggiuntivi da applicare per valutare il merito creditizio di un consumatore, ad esempio stabilendo limiti sul rapporto prestito/valore o sul rapporto prestito/reddito percepito.

[8] L'art. 18 della direttiva 2023 nel sancire espressamente che la valutazione del merito creditizio «è effettuata nell'interesse del consumatore, per evitare pratiche irresponsabili in materia di concessioni di prestiti e di sovraindebitamento», codifica il principio del prestito responsabile, essendo la verifica del merito creditizio attività volta prima che a tutelare il mercato del credito proprio a proteggere il consumatore dal rischio di un indebitamento eccessivo. Al riguardo occorre evidenziare che, a livello nazionale, un importante passo avanti nel processo di progressiva responsabilizzazione del finanziatore che eroga il credito è stato compiuto con l'emanazione del Codice della crisi d'impresa e dell'insolvenza (CCII), dove si attribuisce particolare rilevanza all'adempimento dell'obbligo di valutare il merito creditizio nell'ambito della procedura di risoluzione delle crisi da sovraindebitamento del consumatore (artt. 67 ss. CCII). In particolare, l'art. 68, comma 3, CCII, nel regolare la presentazione del piano del consumatore stabilisce che l'OCC «nella sua relazione, deve indicare anche se il soggetto finanziatore, ai fini della concessione del finanziamento, abbia tenuto conto del merito creditizio del debitore, valutato in relazione al suo reddito disponibile, dedotto l'importo necessario a mantenere un dignitoso tenore di vita». Ma, soprattutto, il comma 2 dell'art. 69 CCII stabilisce che il creditore che ha colpevolmente determinato la situazione di indebitamento o il suo aggravamento o che ha violato i principi di cui all'art. 124 bis t.u.b.«non può presentare opposizione o reclamo in sede di omologa per contestare la convenienza della proposta. Sul punto, cfr. Trib. Napoli Nord, 1.3.2023, n. 18, in *Il Fallimento*, 5/2023, 716 s. e, in dottrina, per tutti, A.A. DOLMETTA, *"Merito di credito" e procedure di sovraindebitamento*, in *Il Fallimento*, 10/2021, 1207 ss. Per un'interpretazione del secondo comma dell'art. 69 CCII, che tenga conto delle modifiche introdotte nell'art. 124 *bis* (ivi richiamato) per effetto del recepimento della direttiva 2023, cfr. A.A. DOLMETTA, *Sul "nuovo" art. 69 CCII*, cit., 438 ss. Qui l'A. critica Cass. n. 21048/2025 laddove esclude uno stretto legame tra la negligenza della banca (che ha valutato il merito di credito sulla base di informazioni inadeguate, consentendo la stipula del contratto di credito al consumatore) e la condotta del consumatore che ha determinato la situazione di sovraindebitamento con colpa grave, mala fede o frode", in quanto, per Dolmetta, le due colpe (del finanziatore e del consumatore) avendo originato la conclusione di un contratto (che non avrebbe dovuto essere concluso) risultano legate tra loro e vengono a concorrere.

ISSN 2281-3918/2421-2563



Indispensabili appaiono le informazioni sul reddito e sulle spese del consumatore, sui suoi attuali obblighi (tra cui le spese di sostentamento personali e della famiglia ed i suoi debiti). La norma precisa che il creditore, per la valutazione, deve tener conto dei fattori pertinenti e delle circostanze specifiche come, ad esempio, «l'esistenza di prove sufficienti del fatto che tale credito comporterà redditi futuri per il consumatore, o l'esistenza di garanzie reali o di altre forme di garanzia che il consumatore potrebbe fornire per garantire il credito». Tra i dati non utilizzabili dal creditore sono specificamente indicati i dati personali di cui all'art. 9, par. 1 GDPR, come i dati relativi alla salute (compresi quelli sui tumori) e le informazioni ottenute dai *social network*. Rispetto al passato, la nuova disciplina non poteva non tener conto dei processi di digitalizzazione e dell'impiego di sistemi di intelligenza artificiale per il trattamento automatizzato dei dati personali del cliente, utili alla verifica del merito creditizio. Fondamentali sono le indicazioni del 56° considerando [9] della direttiva 2023 che hanno trovato riscontro nell'art. 18 della medesima normativa e nei commi 2 *bis*, 2 *ter* e 2 *quater* dell'art. 124 *bis* t.u.b.

2. Conseguenze del prestito erogato in ipotesi di mancata o erronea valutazione della capacità del consumatore di rimborsarlo

Quid iuris se il prestito viene erogato senza valutare il merito creditizio o con valutazione inadeguata o negativa? [10] È questo un profilo che già sotto il vigore della precedente disciplina ha suscitato diverse reazioni in dottrina e giurisprudenza e sul quale ha avuto modo di pronunciarsi, anche di recente, la Corte di giustizia europea. Sotto esame sono le ricadute, sul contratto di finanziamento, della violazione degli obblighi precontrattuali informativi e valutativi da parte degli istituti di credito. Poco convincente appare la declaratoria della nullità del contratto di credito, quale "sanzione" all'erronea valutazione del merito creditizio, soluzione che, tuttavia, ha trovato impiego nel caso *Nárokuj*, deciso dalla Corte di giustizia qualche anno fa [11]. Qui l'applicazione del rimedio civilistico della nullità del contratto, unita alla decadenza del creditore dagli interessi convenuti [12], avveniva nonostante il consumatore avesse

[9] Il legislatore europeo, in considerazione dell'*alta posta in gioco*, prevede che «ogniqualvolta la valutazione del merito creditizio comporti un trattamento automatizzato, il consumatore dovrebbe avere il diritto di ottenere l'intervento umano da parte del creditore. Fatto salvo il GDPR, il consumatore dovrebbe avere il diritto di ottenere una spiegazione significativa e comprensibile della valutazione effettuata e del funzionamento del trattamento automatizzato applicato, compresi le principali variabili, la logica e i rischi inerenti, come pure il diritto di esprimere la propria opinione e chiedere un riesame della valutazione del merito creditizio e un riesame della decisione relativa alla concessione del credito. Il consumatore dovrebbe avere il diritto di essere informato relativamente a tali diritti dopo aver debitamente ricevuto informazioni sulla procedura da seguire. La possibilità di chiedere un riesame della valutazione iniziale e della decisione non dovrebbe necessariamente portare alla concessione di un credito al consumatore».

[10] In caso di prestito erogato a seguito di valutazione positiva la nuova disciplina prevede espressamente che il creditore non è obbligato ad erogare il finanziamento. La direttiva del 2023, in sostanza, accoglie la posizione ormai acquisita sull'impossibilità di riconoscere la sussistenza di un diritto soggettivo all'ottenimento del credito e, per converso, di un obbligo a carico della banca ad erogare il credito. Nel nostro ordinamento cfr., tra le altre, ABF Roma 10 gennaio 2019, n. 3009; ABF Roma 20 dicembre 2018, n. 27179; ABF Milano, 5 aprile 2018, n. 7456 e, in dottrina, già da prima, G. BIFERALI, *Credito al consumo e sovraindebitamento del consumatore*, Padova, 2019, p. 85; M. SEMERARO, op. cit., 709; D. POLETTI, *La responsabilità della banca per diniego di credito nelle decisioni dell'Arbitro Bancario Finanziario*, in *Resp. civ. e prev*., 2014, 1416 ss.

[11] CGUE, 11 gennaio 2024, C– 755/22, in *Foro it*., 2024, IV, 189 ss. con nota di D. IMBRUGLIA, *La nullità di protezione e l'interesse del mercato: il caso Nárokuj.*

[12] La sopravvenuta "gratuità" del prestito è soluzione già prevista, quale sanzione prevista per la mancata o erronea verifica del merito creditizio, nell'ordinamento francese (vedi art. L341-2 *code consommation*) e, con qualche differenza, nell'ordinamento tedesco (vedi § 505d, comma 2, BGB).

ISSN 2281-3918/2421-2563



onorato il suo debito senza sollevare obiezioni rispetto al contratto durante il periodo di rimborso. La Corte di Giustizia – superata la questione preliminare relativa alla qualità professionale della società *Nárokuj*, cessionaria del credito del consumatore, considerata non ostativa all'applicazione della direttiva 2008/48/CE [13] – dà rilievo alle finalità che stanno a fondamento dell'obbligo di verifica del merito di credito e che sono costituite non tanto (e non solo) dalla tutela del consumatore contro il rischio di sovraindebitamento e di insolvenza, quanto dalla responsabilizzazione dei creditori e dalla prevenzione di pratiche irresponsabili nella concessione dei crediti ai consumatori [14]. Per garantire la realizzazione di queste finalità i giudici europei considerano proporzionata la sanzione della nullità introdotta nell'ordinamento ceco [15], sia in considerazione del fatto che già in altre occasioni, per la violazione dell'obbligo di verifica del merito creditizio, gli stessi giudici si erano espressi per la decadenza del diritto del creditore agli interessi [16], sia perché, a ragionare diversamente si sarebbe favorita la condotta imprudente dei creditori (che non avrebbero osservato l'obbligo di verifica del merito creditizio) e sarebbe venuto meno il carattere dissuasivo della stessa sanzione.

Ora, se è vero che «un'esecuzione integrale» da parte del consumatore «non può fungere da sanatoria» (perché se così fosse l'obbligo di verificare il merito creditizio, posto a carico del professionista sarebbe «del tutto effimero» [17]), a far dubitare dell'appropriatezza (oltre che dell'efficienza) del rimedio della nullità concorrono, a nostro avviso, una serie di argomenti. A parte quello generale (utilizzato da

---

[13] Sulla questione è intervenuta di recente la Corte di giustizia elaborando il principio per cui l'art. 22, par. 2, della Dir. 2008/48/CE deve essere interpretato nel senso che non osta a una normativa nazionale che consente a un consumatore di cedere un credito fondato sulla violazione di un diritto a lui concesso dalle disposizioni nazionali di recepimento di tale direttiva a soggetti terzi non consumatori (come nel caso di società professionali di recupero crediti) e che, in questi casi, non può precludersi l'applicazione dello statuto consumeristico al cessionario quando la controversia tra società cessionaria e professionista verta sul contratto ceduto, con la conseguente possibilità per il giudice di rilevare d'ufficio la nullità delle clausole abusive del contratto di credito e di prevederne la nullità. Così CGUE, 9 ottobre 2025, causa C-80/24, in *I contratti*, 2/2026, 143 ss. con nota di G. D'AMICO, *Il "mercato" dei diritti (di credito) dei consumatori verso controparti "professionali"*, il quale evidenzia come «negare al cessionario la possibilità di esercitare il credito di risarcimento, di restituzione o di indennizzo (già maturato – si noti – nel patrimonio del consumatore/cedente), con le stesse modalità (ossia, invocando le medesime tutele) con cui avrebbe potuto esercitarlo il creditore originario ("consumatore") significherebbe contraddire l'affermata "cedibilità" di tale credito. Del resto, che il credito "ceduto" debba ritenersi trasferito al cessionario con lo "statuto normativo" che lo assiste(va) in capo al suo titolare originario (cedente) deriva dal "principio di identità", che esige bensì che il debitore "ceduto" non debba venire a trovarsi in una situazione deteriore rispetto a quella in cui si sarebbe trovato in assenza del trasferimento (ed è per questo che non è richiesto il suo consenso alla cessione del credito, essendo – e dovendo essere – per lui indifferente adempiere in mani dell'originario creditore ovvero del nuovo), ma al contempo non può avvantaggiarsi del mutamento di titolarità del diritto di credito (perché ciò comporterebbe una limitazione di fatto del diritto di disposizione del credito da parte del suo titolare).

[14] Queste finalità – si dice – «sono indipendenti dalla situazione o dal comportamento di un determinato consumatore» e, soprattutto, «non sono conseguite per il solo fatto dell'esecuzione integrale del contratto di credito concluso da quest'ultimo». A ragionare diversamente si finirebbe per «favorire l'inosservanza, da parte del creditore, dell'obbligo ad esso incombente in forza dell'art. 8 direttiva 2008/48 e potrebbe privare tale disposizione del suo effetto utile». Ciò basta a concludere che la violazione dell'obbligo di verifica del merito creditizio «non può essere sanata per il solo fatto dell'esecuzione integrale del contratto di credito» e che non rileva, ai fini della sanzione, la mancata obiezione del consumatore rispetto al contratto di credito durante il periodo di rimborso (vedi punti 36 e 37 della sentenza).

[15] Viceversa, il giudice del rinvio, la società finanziaria e la Commissione ritenevano che, in presenza di un contratto integralmente eseguito senza che il consumatore avesse subito conseguenze pregiudizievoli, la previsione della nullità del contratto di credito con perdita degli interessi per il creditore risultasse sanzione sproporzionata (andando oltre quanto necessario per conseguire gli obiettivi della direttiva 2008/48.

[16] Vedi le pronunce richiamate del 10 giugno 2021, *Ultimo Portfolio Investment* (Luxembourg) C– 303/20, eu:c:2021:479, punto 39, e del 5 marzo 2020, *OPR-France*, C-679/18, EU:C:2020:167, punto 30.

[17] Così S. PAGLIANTINI, *Prove tecniche di un superprincipio? L'interesse all'integrità dei mercati tra plateau Kircheberg e piazza Cavour*, in *Foro it*., 2024, IV, 194 ss. cui si riferiscono i virgolettati nel testo.

ISSN 2281-3918/2421-2563



dottrina e giurisprudenza) per cui la violazione di norme imperative è idonea a determinare la caducazione del contratto quando attiene alla struttura o al contenuto del contratto e non anche, invece, quando vengono violate regole che attengono al comportamento dei contraenti (e precisamente, nel nostro caso, al comportamento del creditore che, prima di erogare il finanziamento è tenuto a valutare il merito creditizio del consumatore), ad escludere la nullità (quantomeno testuale) [18] è la stessa più recente disciplina sul credito ai consumatori che, nel modificare l'art. 124 *bis* t.u.b., continua a non prevedere una specifica sanzione limitandosi a precludere al creditore la modifica unilaterale delle condizioni contrattuali a svantaggio del consumatore o la risoluzione del contratto, salvo che l'erronea valutazione creditoria sia dipesa da omesse o false informazioni fornite dal consumatore. Peraltro, la previsione di una nullità sarebbe comunque controproducente per il cliente che finirebbe col trovarsi, di punto in bianco, senza contratto e dovrebbe subito restituire l'intero prestito ricevuto [19]. Il rimedio ablativo, per dirlo con attenta dottrina [20], avrebbe l'effetto di premiare i professionisti che realizzano profitti speculativi, per cui «il nobile interesse ad un'integrità del mercato» (a cui presidio sarebbe posta la nullità) «diventa l'occasione per un profitto veloce e redditizio» che poco ha a che fare con il buon funzionamento del mercato del credito [21].

---

[18] Ancor meno probabile sarebbe dedurre dall'art. 18, par. 6, dir. 2023 una nullità virtuale di protezione per l'eccessiva discrezionalità di cui finirebbe per godere il giudice con riguardo sia all'individuazione del rimedio che alla costruzione della sua disciplina. Sulla difficoltà, in generale, di configurare un tale rimedio si veda G. D'AMICO, *Nullità virtuale – Nullità di protezione (Variazioni sulla nullità)*, in *I contratti*, 7/2009, 740, nonché ID., *Diritto europeo dei contratti (del consumatore) e nullità virtuale (di protezione)*, in *I contratti*, 2012, 977.

[19] In dottrina N. DI PRIMA, *Mancata o inesatta valutazione del merito creditizio: quali rimedi per il consumatore?*, in *I contratti*, n. 2/2026, p. 197 ss. esclude la plausibilità di proposte rimediali di tipo invalidatorio e risarcitorio. In particolare, non reggerebbe la tesi dell'annullabilità del contratto di credito (sostenuta in dottrina da *F. Salerno*, *La violazione dell'obbligo di verifica del merito creditizio: effetti (anche) civilistici*, in *NGCC*, 2018, I, 1423 ss.), per vizio del consenso del consumatore (dolo omissivo o errore) non soltanto per la difficoltà probatorie cui quest'ultimo andrebbe incontro ma anche perché l'invalidità lo avrebbe lasciato senza contratto e nella situazione di dover restituire comunque il prestito. La dottrina citata propende, infatti, per la conservazione del contratto con obbligo per le parti di rinegoziare le condizioni contrattuali, attraverso meccanismi di negoziazione assistita. In tal modo, a differenza di quanto accade esperendo il rimedio risarcitorio (che mira a ristorare il pregiudizio verificatosi ma non guarda alle vicende successive) la rinegoziazione renderebbe sostenibili le condizioni del finanziamento per il cliente che conserva di regola un interesse alla prosecuzione del rapporto in vista della realizzazione dei propri scopi di consumo. La via risarcitoria, per questa impostazione, resta comunque percorribile laddove, come è accaduto nel caso *Nárokuy*, il debitore abbia comunque rimborsato il debito ed eseguito il contratto di credito, per sanzionare il comportamento scorretto del creditore che ha violato l'obbligo di valutare il merito creditizio, in quanto l'entità del debito contratto potrebbe aver peggiorato le condizioni di vita del consumatore, disposto a rinunciare alle proprie abitudini pur di non incorrere in un'azione esecutiva.

[20] Si tratta di S. PAGLIANTINI, *Prove tecniche di un superprincipio? L'interesse all'integrità dei mercati tra plateau Kircheberg e piazza Cavour*, in *Foro it.*, 2024, IV, 194 ss., cui si riferiscono i virgolettati nel testo.

[21] Perplessità nutriamo anche per l'impostazione che ritiene applicabile, in queste ipotesi, il rimedio della nullità di protezione (in quest'ottica si pongono M. CHIRONI, *La responsabilità della banca creditrice per la errata valutazione del merito creditizio*, in *Resp. civ. prev.*, 3/2023, 932 ss. e T.V. RUSSO, *Valutazione ingannevole del merito creditizio e intervento perequativo del giudice nei contratti di credito immobiliare ai consumatori*, in *Contratto e impresa*, 4/2020, p. 1511 ss.), in quanto tale nullità, a fronte del vantaggio rappresentato dalla sua necessaria parzialità, resterebbe rimedio di difficile applicazione, non solo per la necessità di accertare una vessatorietà delle clausole contrattuali che non è affatto scontata (trattandosi qui di porre rimedio, non tanto ad uno squilibrio normativo, quanto ad uno squilibrio economico rappresentato dall'eccessiva prestazione restitutoria gravante sul debitore), ma anche per la difficoltà di attribuire al giudice il potere di correggere un contratto e, quindi, di modificare il regolamento contrattuale voluto dalle parti senza che sia la legge ad attribuirgli questo potere. Peraltro occorre considerare la presenza nel nostro ordinamento dell'art. 1374 c.c. che, da sempre, costituisce un fondamentale ostacolo all'operare di forme di equità giudiziale di tipo correttivo. Tale disposizione, com'è noto, introduce una gerarchia di strumenti integrativi del regolamento contrattuale che vede l'equità giudiziale porsi quale *extrema ratio* rispetto alla legge e agli usi. La norma, infatti, considera come prima ipotesi di integrazione quella *legale* nelle varianti dell'integrazione *suppletiva*, realizzata

ISSN 2281-3918/2421-2563



Non a caso la stessa giurisprudenza della CGUE ha escluso il rimedio della nullità nell'ipotesi ancora più grave di contratto di credito stipulato a seguito di esito negativo della valutazione del merito creditizio. In casi del genere, il precedente *Schyns* [22] ha considerato compatibile con l'art. 23 della direttiva 2008/48 (ma lo stesso potremmo dire con riferimento all'art. 44 della direttiva 2023/2225) la disciplina belga che non prevedeva la nullità del contratto di credito ma precludeva al creditore di stipularlo qualora non potesse ragionevolmente ritenere, una volta vagliato il merito creditizio del consumatore, che quest'ultimo sarebbe stato in grado di rispettare gli obblighi derivanti dal contratto [23]. Peraltro, anche la scelta della nullità (come la nullità testuale comminata dall'art. 87 della legge ceca) in assenza del potere officioso del giudice di rivelarla è stata considerata euroincompatibile in *OPR-Finance s.r.o.* [24] (vedi punto 46 della sentenza).

Passando dalla giurisprudenza europea a quella nazionale (inclusa quella arbitrale) è possibile notare come, anche nel nostro ordinamento, il rimedio della nullità sia stato scartato [25]. Difatti, nel solco tracciato dalla disciplina sul credito al consumo (che prevede, per un verso, il divieto di stipulare il contratto in ipotesi di valutazione negativa del merito di credito e, per altro verso, l'impossibilità, per il creditore,

---

attraverso il diritto dispositivo e diretta a colmare le lacune originarie del contratto, e dell'integrazione *cogente*, operante attraverso l'inserzione nel contratto di norme imperative in sostituzione di quelle convenzionali dichiarate nulle per porre rimedio ad una lacuna *sopravvenuta* del regolamento contrattuale. Non si prevede, invece, nell'interpretazione tradizionale dell'art. 1374 c.c. una forma di integrazione cogente per violazione di norme dispositive, lacuna giustificata dalla circostanza che le norme dispositive sono *ex se* derogabili e manca il presupposto che legittima la loro sostituzione. Per quanto la rigidità di questo sistema abbia subito un importante temperamento con l'affermarsi del nuovo diritto dei contratti di matrice europea che ha introdotto nuove forme di nullità per deroga abusiva al diritto dispositivo, consentendo la configurabilità di un'integrazione cogente del regolamento contrattuale anche in questa ipotesi, non v'è dubbio che si rimanga sempre nel campo dell'integrazione legale e che per legittimare un'integrazione giudiziale correttiva occorra una specifica previsione di legge che deroghi alla gerarchia di cui all'art. 1374 c.c. In dottrina sulle problematiche scaturenti dall'integrazione cogente del diritto dispositivo, cfr., tra gli altri, G. D'Amico – S. Pagliantini, *Nullità per abuso ed integrazione del contratto*, Torino, 2013, 67 ss. e 213 ss.; M. Venuti, *Nullità della clausola e tecniche di correzione del contratto*, Padova, 2004, 117 ss.; A. D'Adda, *Giurisprudenza comunitaria e "massimo effetto utile per il consumatore": nullità (parziale) necessaria della clausola abusiva e integrazione del contratto*, in *I contratti*, 1/2013, 248.

[22] Cfr. CGUE, 6.6.2019, causa C– 58/18, *Schyns v. Belfius Banque SA* in *NGCC*, 1/2020, 95 ss., con nota di G. Liberati Buccianti, *Merito creditizio e obbligo di non concludere il contratto.* Nel caso di specie emergevano dubbi sulla solvibilità del debitore. Il suo prestito per l'acquisto dei pannelli fotovoltaici si sommava a due mutui che il consumatore aveva già in essere con altri finanziatori, ma la banca non si è astenuta dal concludere il contratto. Secondo la CGUE la disciplina belga (e segnatamente l'art. 15, comma 2, della legge sul credito al consumo da cui era possibile desumere il divieto per il finanziatore di concedere il credito a quel consumatore la cui valutazione del merito creditizio avesse dato risultato negativo) era compatibile con il diritto dell'Unione e, in particolare, con la regola contenuta all'art. 18, par. 5, lett. a), dir. 2014/17/UE da considerarsi attuativa di un principio generale, ricavabile dal sistema per espressa ammissione della stessa Corte, e quindi estensibile a tutti i rapporti di credito ai consumatori se le circostanze concrete lo giustifichino.

Occorre evidenziare che proprio il caso *Schyns* e l'interpretazione della direttiva 2008 ivi fornita dalla Corte di Giustizia (nel senso che l'intermediario ha il dovere di astenersi dalla stipulazione di un contratto non adeguato rispetto alla valutazione del merito creditizio del cliente), comporterebbero, secondo P. Sirena, op. cit. 37, la nullità del contratto di credito per violazione della norma imperativa proibitiva (contenente cioè il divieto di stipulare il contratto), ai sensi dell'art. 1418, comma 1, c.c.

[23] Vedi art. 87 legge belga n. 257 del 2016 sul credito al consumo.

[24] La sentenza è consultabile in *www.dirittobancario.it*. Sul punto vedi le considerazioni di S. Pagliantini, *Merito creditizio e nullità*, cit., 69.

[25] Di recente Collegio di Roma ABF 19 febbraio 2025, n. 1855, in *NGCC*, 1/2026, 5 ss., con nota di F. Muraro e L. Noto, afferma che «in tema di credito ai consumatori, l'intermediario che, in violazione degli obblighi di correttezza e buona fede (artt. 1175, 1337 cod. civ., 124-*bis* T.U.B.), conceda un finanziamento senza adeguata verifica del merito creditizio, risponde verso il consumatore per violazione degli obblighi di protezione; il danno può essere liquidato, in chiave deterrente, mediante la restituzione degli interessi percepiti e percipiendi».

ISSN 2281-3918/2421-2563



di poter risolvere il contratto o di modificare unilateralmente le condizioni contrattuali in ipotesi di mancata o erronea valutazione della capacità del debitore di rimborsare il prestito [26]), l'orientamento dei giudici di merito è andato nel senso di sanzionare il creditore "imprudente" con il risarcimento del danno, spesso identificato nella perdita degli interessi convenzionali e di mora previsti dal contratto a favore della banca [27]. Quantunque la soluzione risarcitoria apparisse meno problematica dell'invalidità (che non avrebbe risolto il problema della sopravvivenza dell'obbligo di restituire il capitale già erogato) e più in linea con l'orientamento della S. C. che esclude «conseguenze sul piano della validità genetica del negozio in ragione della violazione di prescrizioni normative che impongono al finanziatore doveri di condotta» [28], occorreva giustificare il rimedio del risarcimento del danno a favore del consumatore. Per far ciò si è riconosciuto al consumatore un vero e proprio diritto alla valutazione del merito creditizio da parte del creditore il cui inadempimento fonda la pretesa risarcitoria del primo. Secondo l'impostazione seguita dalla giurisprudenza di merito richiamata, il finanziatore che non ha informato il cliente sull'esito negativo della verifica, inducendolo ad assumersi un rischio (quello del sovraindebitamento) che il cliente stesso non avrebbe corso se la banca gli avesse, doverosamente, rifiutato il prestito, dovrà risarcire la perdita patrimoniale causata da tale violazione di obblighi posti (anche) a sua protezione [29].

---

[26] Vedi il nuovo art. 124 *bis*, commi 1 *quater* e 1 *quinquies* t.u.b.

[27] Così si è orientato, tra gli altri, Trib. Macerata, 24.5.2018, con nota di F. Salerno, *La violazione dell'obbligo di verifica del merito creditizio: effetti (anche) civilistici*, in *NGCC*, 10/2018, 1423 ss. Per il Tribunale, accertata la violazione dell'obbligo di valutare il merito creditizio della richiedente il prestito (la signora aveva ricevuto il finanziamento senza avere le capacità economiche per rimborsarlo: percepiva uno stipendio mensile di 1300 euro ed era coniugata a soggetto gravemente indebitato proprio con la banca mutuante e senza altre disponibilità, circostanze che rendevano del tutto prevedibile l'inadempimento dell'obbligo di pagare mensilmente circa 4.600 euro, il che rendeva evidente la violazione da parte della banca dell'obbligo ex art. 124 *bis* t.u.b.), il rimedio risarcitorio appariva il più adatto a soddisfare esigenze di protezione del consumatore a fronte di un irresponsabile finanziamento. La logica risarcitoria prevale anche nel citato ABF coll. Roma 19 febbraio 2025, n. 1855, dove costituisce risposta alla responsabilità precontrattuale del finanziatore per violazione di uno specifico dovere di protezione nei confronti del soggetto finanziato (in dottrina A.A. DOLMETTA, *Valutazione del merito creditizio e diligenza del finanziatore*, in *Il Fallimento*, 12/2022, 1582, ha parlato di responsabilità precontrattuale da "contatto sociale qualificato", mentre in giurisprudenza, per un'analoga qualificazione, vedi Cass. 21.6.2021, n. 18610, in *Diritto della crisi* del 5 agosto 2021, con nota di B. INZITARI, *L'azione del curatore per abusiva concessione di credito*). La pronuncia, che richiama ABF Roma 4440 del 2013, considera rientri tra i doveri dell'intermediario non soltanto l'acquisizione di notizie rese dal cliente ma anche la messa a disposizione di quest'ultimo dell'informazione e della consulenza professionale necessaria per stipulare consapevolmente il contratto di finanziamento. L'ABF, pur escludendo che la condotta del finanziatore integrasse gli estremi del reato di usura, ritiene che «il disvalore particolarmente grave della condotta del mutuante insieme alla necessità di identificare un rimedio effettivo, proporzionato e dissuasivo giustifica l'identificazione del *quantum* risarcitorio in un importo pari alla somma degli interessi percepiti e di quelli percipiendi». La *ratio* della misura si caratterizza soprattutto per la sua valenza dissuasiva volta a impedire che l'intermediario tragga vantaggio da un comportamento contrario alla buona fede, riscuotendo interessi su un finanziamento stipulato in violazione dei doveri imposti dalla legge.

[28] Il riferimento è a Cass. s.u. n. 26724/2007; Cass. 25.5.2016, n. 10640; Cass. s.u. n. 12262/2015.

[29] Tuttavia parte della dottrina ha evidenziato che non sempre c'è una perdita patrimoniale risarcibile (si pensi al debitore che onora comunque il debito com'è avvenuto nel caso *Horyzont*) e laddove tale perdita si verifichi (come nel caso deciso dal Tribunale di Macerata che, comunque, riguardava un credito immobiliare), non sempre la quantificazione del danno in termini dei soli interessi convenzionali e di mora previsti dal contratto è misura proporzionata, soprattutto quando, nel caso di credito immobiliare, c'è il rischio di perdere, a causa del mancato pagamento del mutuo, anche il bene concesso in garanzia. Per porre rimedio a situazioni di questo tipo c'è chi, in dottrina (N. DI PRIMA, op. cit., 209 ss.), ritiene più adatta e flessibile la soluzione di obbligare le parti a rinegoziare il contratto di credito. Tale soluzione, però, non è supportata dalla normativa sul credito ai consumatori per cui, in assenza di un'apposita clausola inserita nel contratto di mutuo che obblighi le parti a rinegoziare, non sembra praticabile. Peraltro, un obbligo di rinegoziazione è escluso anche dalla giurisprudenza arbitrale laddove manchi l'accordo tra banca e cliente in ordine alle variazioni da apportare al contratto a meno che «ricorra una delle ipotesi eccezionali per le quali il legislatore – al fine di tutelare preminenti interessi di carattere generale – prevede specifici diritti a favore di una delle parti». Così Collegio ABF Roma 23 giugno 2022, n. 9699, in *www.arbitrobancariofinanziario.it*.

ISSN 2281-3918/2421-2563



Siamo di fronte alla violazione di un divieto, da parte del finanziatore, che è oggi previsto espressamente dall'art. 18, par. 6 direttiva 2023/2225 e dall'art. 124 *bis*, 1 *quater* t.u.b. (che lo ha recepito) [30], violazione che, anche a nostro avviso [31], è possibile ricondurre nell'alveo delle pratiche commerciali ingannevoli (in quanto il consumatore – cui è stata omessa l'informazione in merito alla valutazione negativa del merito creditizio, ovvero è stata comunicata una valutazione positiva non corrispondente a quella che sarebbe risultata da un'indagine condotta correttamente– si trova nella situazione di essere stato indotto ad assumere una decisione negoziale, di natura commerciale, che non avrebbe altrimenti preso [32]), con possibilità, per il consumatore di richiedere il risarcimento del danno ex art. 27, comma 15 *bis* c. cons.

Superabili ci sembrano, al riguardo, gli ostacoli che in dottrina si frappongono alla plausibilità di tale soluzione. A cominciare dall'affermazione secondo cui il consumatore, rivolgendosi alla banca per ottenere il prestito, manifesta il proprio interesse all'erogazione del finanziamento e, pertanto, l'inesatta valutazione del merito creditizio non inciderebbe "più di tanto" su una decisione commerciale da considerarsi "già presa" [33]. In verità, tutta la disciplina sul credito ai consumatori è strutturata in modo da favorire una decisione libera e consapevole del consumatore che – grazie agli obblighi di informazione gravanti sugli intermediari del credito (informazioni generali, precontrattuali e chiarimenti adeguati), alla valutazione del merito creditizio e agli obblighi accessori di consulenza – può evitare decisioni commerciali che lo portino a sovraindebitarsi (come l'accensione "irresponsabile" di un mutuo che non è in grado di restituire). La valutazione del merito creditizio, al pari degli obblighi di informazione, precede e non è successiva alla stipula del contratto di finanziamento ed è funzionale, come i primi, alla corretta autodeterminazione contrattuale del consumatore [34]. L'intermediario che concede il finanziamento

---

[30] Prima della direttiva del 2023 – e quindi prima della espressa previsione di un divieto di far credito– la questione è stata più volte affrontata dai collegi ABF. La loro posizione era nel senso di escludere la sussistenza di un obbligo di astensione del finanziatore, affermando che la verifica del merito creditizio non «può includere una generica responsabilità del finanziatore per sovraindebitamento, né un correlativo obbligo di impedire tale evento», mentre spetterebbe al consumatore l'ultima parola sul se concludere o meno un contratto di credito (per lui) svantaggioso. Sul punto anche M. SEMERARO, *Informazioni adeguate e valutazione del merito creditizio: opzioni interpretative nel credito ai consumatori*, in *Riv. dir. civ*., 4/2021, 709, s. dove si richiama ABF Napoli 16 gennaio 2018, n. 1067, per dire che l'unico spazio a una valutazione della condotta dell'istituto di credito è ricavato attraverso il riconoscimento dell'operatività della clausola generale di buona fede, sulla cui utilità pare peraltro lecito dubitare, specie se il relativo rilievo viene limitato alla sola ipotesi di «lapalissiana violazione» del dovere. In senso analogo vedi, tra le altre, ABF Roma n. 6585/2022 e la recentissima ABF Milano 18 marzo 2026 n. 2449, in *www.arbitobancariofinanziario.it* Sul punto cfr., altresì, M. FRANCHI, *Il ruolo del merito creditizio nella rinnovata disciplina in tema di composizione della crisi da sovraindebitamento: la chiusura di un cerchio?*, in *Riv. dir. banc*., 2021, 516 s.

[31] In questo senso già G. FALCONE, *Prestito "responsabile" e valutazione del merito creditizio*, in *Giur. comm*., 2017, I, 167; V. MELI, *L'applicazione della disciplina delle pratiche commerciali scorrette nel "macrosettore credito e assicurazioni"*, in *Banca borsa tit. cred.*, 2011, III, 334 ss.; G. DE CRISTOFARO, *La nuova disciplina dei contratti di credito ai consumatori e la riforma del t.u. bancario*, in I contratti, 2010, 1052 e, più di recente, ID., *La riforma della disciplina dei contratti di credito b-to-c contenuta nel capo II, Titolo VI, t.u.b*., cit., 59.

[32] Per la qualificazione della condotta del finanziatore (che eroghi il credito in ipotesi di mancata o inadeguata verifica del merito creditizio o disattendendo la valutazione negativa da essa sfociata) come pratica commerciale scorretta cfr., in particolare, G. DE CRISTOFARO, op cit., 59, il quale ritiene applicabile al caso di specie i rimedi privatistici accordati dall'art. 27, comma 15 *bis*, c. cons.

[33] In questo senso vedi N. DI PRIMA, op. cit., 207 s.

[34] Altra questione è quella relativa all'opportunità di differenziare i rimedi applicabili in ipotesi di violazione dell'obbligo di verifica del merito creditizio rispetto a quelli utilizzabili quando vengono violati altri obblighi informativi precontrattuali. Al riguardo vale la pena segnalare la sentenza della CGUE *Horyzont* del 24 ottobre 2024, C-339/23 (su cui S. PAGLIANTINI, *Merito creditizio e nullità: parabola e crepuscolo di un costrutto mentitorio cresciuto all'ombra di un (non meno) fantomatico rimedio risarcitorio*, in *Foro it.*, 2025, 2, IV, 67 ss.), che considera compatibili con l'art.23 della dir. 2008/48 sanzioni diverse.

ISSN 2281-3918/2421-2563



non valutando o valutando scorrettamente il merito creditizio viola la sua diligenza professionale e, già solo per questo, è tenuto a rispondere nei confronti della banca (per violazione del principio di sana e prudente gestione) e nei confronti del cliente-consumatore (per la violazione degli obblighi di protezione verso quest'ultimo). Né potrebbe costituire un limite all'applicazione della disciplina sulle pratiche commerciali scorrette la circostanza che la disciplina europea faccia riferimento, sotto il profilo dell'ambito soggettivo di applicazione, al concetto di *consumatore medio*, mentre la valutazione del merito creditizio «la cui inesattezza viene assunta a fondamento della relativa natura di pratica commerciale scorretta», avrebbe un carattere necessariamente personalizzato. Si è, infatti, evidenziato [35] come – nonostante la repressione della scorrettezza delle pratiche commerciali sia funzionale alla tutela del mercato (e alla sua regolazione) prima ancora che a tutelare il singolo contratto (e il singolo consumatore)– la giurisprudenza della Corte di Giustizia (in una pronuncia del 2015 [36]) e la nuova direttiva 2019/2161 non precludano alla normativa sulle pratiche commerciali scorrette di avere incidenza sul singolo rapporto contrattuale, anzi nella pronuncia citata si precisa che la «direttiva non fissa alcuna soglia, in termini di frequenza oppure di numero di consumatori, superata la quale un atto o un'omissione dovrebbero rientrare nella sfera di applicazione della direttiva medesima» [37]. A ciò va aggiunta la previsione del comma 15 *bis* nell'art. 27 c. cons. (con cui si è recepito l'art. 11*bis* della direttiva 2019/2161/UE) che elenca tutta una serie di rimedi privatistici i quali, inevitabilmente, si riferiscono e si applicano al singolo rapporto contrattuale.

Ferma restando la possibilità di sanzionare con rimedi privatistici la violazione dell'obbligo di verifica del merito di credito ci sembra, tuttavia, di poter convenire con chi esclude che, nel caso di specie,

---

Dalla giurisprudenza più consolidata della Corte di Giustizia e, in particolare, da quello che può considerarsi il *leading case* in materia (si tratta di *LCL Le Crédit Lyonnais*, C-565/12, in Foro it., 2014, punto 43, su cui, tra gli altri, vedi T. RUMI, *Verifica del merito creditizio ed efficacia dei rimedi a tutela del consumatore*, in *I contratti*, 2014, 873), è emerso che, fermi restando i requisiti che le sanzioni devono possedere per superare il vaglio di compatibilità con l'art.23 della direttiva sopra citata, viene lasciata alla discrezionalità dei legislatori degli Stati membri (e dei giudici nazionali nei limiti definiti dall'oggetto della controversia di cui sono investiti) l'individuazione della «misura proporzionata alla gravità dell'inosservanza dell'obbligo accertata». Con la precisazione, però, che la direttiva del 2008 prevede differenti obblighi precontrattuali (vedi artt. 8 e 10) che perseguono obiettivi distinti (lo scopo dell'obbligo di valutare il merito creditizio del consumatore prima della conclusione di un contratto di credito è quello di responsabilizzare i creditori e di tutelare i consumatori, garantendo che i primi non concedano prestiti in modo irresponsabile, mentre le informazioni di cui all'art. 10, par. 2, direttiva 2008/48 consentono al consumatore di decidere se desidera vincolarsi alle condizioni preventivamente redatte dal professionista, punti 30,31 e 32 della sentenza *Horyzont*), per cui diverse possono essere anche le sanzioni. Ciò non toglie che, a volte, può essere prevista, a livello nazionale, la stessa sanzione per entrambe le ipotesi se, nel caso in concreto, la stessa sanzione si presenta comunque effettiva, proporzionata e dissuasiva. Ad esempio la sanzione della decadenza dagli interessi è stata ritenuta consona anche in ipotesi di violazione di obblighi informativi precontrattuali diversi dall'inadempimento dell'obbligo di verifica del merito di credito. Così *Lexitor*, CGUE 13 febbraio 2025, C– 474/23, in *www.dirittobancario.it d*el 19.2.2025 che considera compatibile con l'art. 23 dir. 2008 la sanzione della decadenza del creditore dal diritto agli interessi e alle spese per non aver informato il consumatore circa il TAEG e l'aumento delle spese connesse all'esecuzione di un contratto di credito.

[35] Cfr. E. CAMILLERI, *Pratiche commerciali scorrette, "safety net" e nuove vulnerabilità: prospettive e limiti*, in *NLCC*, 1, 2024, 197 ss.

[36] CGUE 16 aprile 2015, Causa C-388/13, *UPC Magyarország*. in *I contratti*, 8-9, 2015,770 ss., con nota di A. GENOVESE, *Pratiche sleali, diligenza professionale e regola* de minimis.

[37] A ragionare diversamente si farebbe gravare sul consumatore che invoca tutela l'onere di dimostrare che altri privati sono stati lesi dal medesimo operatore, sebbene tale prova non sia prevista da alcuna norma della direttiva (né le definizioni fornite agli articoli 2, lettere c) e d), 3, paragrafo 1, nonché 6, paragrafo 1, della direttiva sulle pratiche commerciali sleali né quest'ultima [la Corte si riferisce alla direttiva 2005/29/CE], considerata nel suo insieme, contengono indizi secondo cui l'azione o l'omissione da parte del professionista dovrebbe presentare carattere reiterato o riguardare più di un consumatore), senza contare che, laddove prevista, una prova del genere sarebbe stata estremamente difficile da fornire.

ISSN 2281-3918/2421-2563



possano trovare applicazione i rimedi della risoluzione del contratto (sempre che, ovviamente, l'erronea valutazione del merito di credito non sia dipesa da omesse o false informazioni fornite dal consumatore) e della riduzione del prezzo [38], ma non anche con l'idea che si debba escludere il rimedio risarcitorio, per le difficolta che incontrerebbe il consumatore nel provare sia l'*an* (di aver subito un danno), che il *quantum* (l'entità) del risarcimento. Riteniamo, infatti, che il consumatore, provando di essersi sovraindebitato a causa del comportamento negligente del creditore – che violando l'obbligo di verifica del merito creditizio gli ha concesso un prestito sproporzionato rispetto alla sua capacità di rimborso – potrebbe chiedere, a titolo di risarcimento, l'eliminazione degli interessi convenzionali e di mora (spettanti al creditore) se la sua incapacità di rimborso dipenda dalla rata comprensiva degli interessi [39], oppure la differenza tra il capitale finanziato e quello che sarebbe stato finanziabile a seguito della corretta valutazione del merito di credito (in modo da rendere "sostenibile" la prosecuzione del rapporto), nell'ipotesi in cui l'incapacità di rimborso attenga alla rata costituita dal solo capitale (poiché l'eliminazione dei soli interessi non avrebbe l'effetto di far recuperare al consumatore la capacità di rimborsare il finanziamento). Si tratta, ovviamente, di sanzioni gravi per i finanziatori ma proporzionate e dissuasive se si considera anche l'interesse dei consumatori e, quindi, rispondenti alle prescrizioni della direttiva sul credito ai consumatori, per come interpretate e applicate dalla Corte di Giustizia.

3. I sistemi di *credit scoring*: rapporti tra la disciplina sul credito al consumo e il GDPR

Se la valutazione del merito creditizio del consumatore è un passaggio necessario per la determinazione del creditore ad erogare il finanziamento, non pochi problemi si sono posti anche con riferimento alle modalità con cui viene svolta l'attività di *scoring* e, soprattutto, nell'ipotesi in cui il sistema di *scoring* operi l'ausilio di sistemi di IA, per il suo possibile impatto sui diritti fondamentali del consumatore. Occorre premettere che l'impiego di algoritmi nell'attività di valutazione del merito creditizio non è cosa recente. I sistemi tradizionali di *scoring* si servono, infatti, di algoritmi semplici che processano poche categorie di dati relativi alle condizioni economiche del richiedente il prestito, alla sua storia creditizia, all'esposizione debitoria, al reddito ecc., assegnando ad ogni cliente un punteggio che riflette la sua capacità di rimborso e le condizioni a cui può accedere al prestito responsabile [40]. Questi sistemi valutativi basati sulla dipendenza tra la storia finanziaria di un individuo e il calcolo del merito creditizio hanno determinato l'esclusione di alcuni soggetti o perché avevano uno storico finanziario troppo breve (i c.d. *credit unscored*) o perché non avevano alcuno storico finanziario (i c.d. *credit invisible*) [41].

[38] Così N. DI PRIMA, op. cit., 208, per il quale la risoluzione del contratto priverebbe il consumatore del contratto e lo obbligherebbe a restituire immediatamente il prestito ricevuto, raggiungendo un effetto pratico non dissimile dalla nullità, mentre la riduzione del prezzo, se intesa come riduzione dell'importo totale del finanziamento per renderlo compatibile con le possibilità restitutorie del finanziato, porterebbe la banca a versare al finanziato la differenza tra la somma erogata e quella che sarebbe stata erogabile non distinguendosi dal rimedio risarcitorio.

[39] Qui il creditore verrebbe punito con la "gratuità del mutuo", soluzione prediletta dall'ordinamento francese.

[40] Tra i sistemi di *scoring*, nel 1989 è stato introdotto il *FICO score* (*Fair, Isaac and Company*), sviluppato con l'obiettivo di eliminare possibili *bias* presenti nel processo di valutazione con l'introduzione di nuovi elementi utili a calcolare il punteggio di credito di un consumatore. In particolare il sistema in oggetto impiega una serie di *hard data*, raggruppati in cinque categorie che "pesano" diversamente ai fini dell'attribuzione del punteggio: dati sulla storia creditizia del cliente (35%), dati relativi al reddito (30%); dati sulla lunghezza della storia creditizia (15%), dati sulla tipologia di prestiti già richiesti (10%); dati sul nuovo credito per cui è presentata la richiesta (10%). Si tratta di informazioni consultabili alla pagina *https://www.myfico.com.*

[41] Sulla difficoltà dei sistemi di *rating* tradizionali ad adattarsi ai cambiamenti economici e sulla loro scarsa attitudine a

ISSN 2281-3918/2421-2563



L'innovazione tecnologica, che ha interessato e interessa tutt'ora il settore bancario e finanziario [42], inevitabilmente ha inciso sui dati utilizzabili e sulle metodologie per processarli. I nuovi sistemi di *machine learning* con cui si fa *credit scoring* dispongono di *Big Data*, cioè grandi *dataset* contenenti non soltanto informazioni sulle condizioni economiche dei clienti bancari, gli *hard data*, ma anche informazioni non strutturate, i c.d. dati alternativi o *soft data* [43], che rivelano le loro abitudini, propensioni all'acquisto o altre preferenze personali [44]. A ciò si aggiunge che le fonti di questi dati alternativi, utilizzabili per le valutazioni del merito creditizio, sono virtualmente illimitate rispetto alle banche dati tradizionali (in particolare le centrali rischi pubbliche) o alle piattaforme *Fintech* [45] (nate con l'obiettivo di ampliare l'accesso al credito) [46].

Ovviamente diversi sono i vantaggi e gli svantaggi connessi alle nuove soluzioni tecnologiche [47]. L'utilizzo di sistemi di *scoring* che processano *Big Data* amplia l'inclusione finanziaria (sia dal lato dell'offerta, consentendo l'accesso al mercato del credito agli intermediari non tradizionali, come le piattaforme di *lending* prive del patrimonio informativo delle banche e di regola escluse dalle centrali rischi pubbliche [48], sia dal lato della domanda, perché tra i soggetti finanziabili vengono inclusi anche

---

modellare complesse interazioni non lineari tra variabili economiche, finanziarie e creditizie, cfr. M. MOSCATELLI, S. NARIZZANO, F. PARLAPIANO, G. VIGGIANO, *Banca d'Italia. Temi di discussione (Working Papers). Corporate default forecasting with machine learning*, in *www.bancaditalia.it/pubblicazioni,* 2019, 17 ss.

[42] In argomento cfr., tra gli altri, il report della Banca d'Italia, *Indagine conoscitiva sull'adozione delle innovazioni tecnologiche applicate ai servizi finanziari*, dicembre 2017, in *https://www.bancaditalia.it/pubblicazioni/indagine-fintech/2017/index.html*; R. LENER (a cura di), *Fintech, diritto tecnologie e finanza*, in *I Quaderni di Minerva Bancaria*, Roma, 2018; M. GIORGINO (a cura di), *La via italiana al fintech: strategie ed esperienze nel settore bancario e finanziario*, Milano, 2019; G. ALPA, *Fintech: un laboratorio per i giuristi*, in *Contr e impr*. 2019, 372 ss.; G. CASSANO, F. DI CIOMMO, M. RUBINO DE RITIS (a cura di) *Banche, intermediari e fintech. Nuovi strumenti digitali in ambito finanziario*, Milano 2021; A. NUZZO (a cura di), *Fintech, Smart Technologies e governance dei mercati. L'impatto del digitale sul settore bancario, finanziario e sulla regolazione pubblica*, Roma 2021; F. CAPRIGLIONE, *Diritto ed economia. La sfida dell'Intelligenza Artificiale*, *RTDE*, 2021, suppl. fasc. 3, 4 ss.; M. PELLEGRINI, *L'intelligenza artificiale nell'organizzazione bancaria: quali sfide per il regolatore?*, in *RTDE*, 2021, 422 ss.; M. PROTO (a cura di), *Intelligenza artificiale e rapporti bancari. Umano e non umano nelle relazioni tra intermediari e clienti*, Pisa 2024.

[43] Non a caso si parla di *alternative credit scoring* perché utilizza dati che includono informazioni finanziarie non creditizie come, ad es., le tendenze di acquisto online, le cronologie delle ricerche sul web, le informazioni provenienti da reti di *social media* che profilano gli individui e vendono i loro dati, le attività del telefono cellulare, la posizione ecc.

[44] Sul punto cfr. A. DAVOLA, *Algoritmi decisionali e trasparenza bancaria*, Torino, 2020, 136 ss. e, di recente, M. RABITTI, Credit scoring *via* machine learning *e prestito responsabile*, in *Riv. dir. bancario*, 2023, 182 e ID., *Discriminazioni tecnologiche e* Fin– tech, in *Riv. dir. impr*., 2023, 482, nonché L. RODIO NICO, "*Meritare" il credito nella governance digitale*, in *RTDE,* 3/2024, suppl. 463.

[45] In argomento L. AMMANNATI, G. GRECO, *Piattaforme digitali, algoritmi e big data: il caso del* credit scoring, in *RTDE*, 2/2021, 290 ss.

[46] Lo evidenzia G. GRECO, Credit scoring *5.0, tra Artificial Intelligence Act e Testo Unico Bancario*, in *RTDE*, 3/2021, suppl., 79 che, tuttavia, sottolinea come attualmente non risultino applicati sistemi di *credit scoring* con utilizzo di IA (o *credit scoring 5.0*), in quanto i sistemi in uso presso gli intermediari vigilati italiani sono basati su modelli a regressione lineare, con utilizzo di metodologie prettamente statistiche.

[47] Sulla capacità dei modelli di *machine learning* di essere più precisi e predittivi dei sistemi tradizionali di rating, circa le valutazioni di default dei clienti, si sofferma F. BAGNI, *Uso degli algoritmi nel mercato del credito: dimensione nazionale ed europea*, in *osservatoriosullefointi.it*, 2/2021, 912 s.

[48] Occorre precisare, con riferimento alle piattaforme *Buy Now Pay Later* (BPNL), che la nuova disciplina sul credito ai consumatori ha inciso anche sulle modalità di valutazione del merito creditizio estendendo ad esse gli obblighi previsti per gli altri finanziatori. Prima del 2023, tali piattaforme effettuavano una valutazione del merito di credito immediata e caratterizzata dall'assenza dello scambio bilaterale di documenti utili a stimare la situazione economico-finanziaria del consumatore. L'assenza di specifiche procedure erano giustificate dalla speditezza e dalla semplificazione delle operazioni di concessione del credito per cui il consumatore, scelta l'opzione di pagamento rateizzato, non doveva fornire informazioni pertinenti e accurate sul reddito e sulle

ISSN 2281-3918/2421-2563



quelli privi di una storia creditizia o, comunque, considerati *unbanked*); migliora l'accuratezza dei sistemi tradizionali di *scoring*; riduce le asimmetrie informative e i costi operativi (gli intermediari hanno una conoscenza più granulare della clientela, possono selezionare meglio i soggetti cui concedere credito e personalizzare i servizi resi in base alle caratteristiche dei clienti [49]). Di contro, la possibilità di attingere ad un patrimonio informativo molto ampio non si traduce automaticamente in una valutazione più accurata del merito creditizio, né in un'analisi dei dati trasparente e priva di *bias* algoritmici [50]. Rispetto all'impatto che i sistemi di *credit scoring* basati su *Big Data* e in grado di auto-apprendere perché dotati di tecniche di *machine learning* possono avere sui diritti fondamentali dei consumatori e, *in primis*, sulla *privacy*, assumono sicura importanza le regole contenute nel GDPR ed i principi elaborati dalla Corte di giustizia. A parte le norme del Regolamento *Data Protection* che "codificano" i principi di minimizzazione, correttezza e trasparenza dei dati, particolarmente rilevanti sono le norme relative ai processi decisionali automatizzati (come i moderni sistemi di *credit scoring*). Si prevede, infatti, che l'interessato debba essere previamente informato che i suoi dati verranno trattati per fini di *credit scoring*, con tutte le conseguenze che questo comporta, e che il processo decisionale relativo alla valutazione del merito di credito sia automatizzato, fornendogli informazioni significative sulla logica utilizzata dall'algoritmo. Ma, soprattutto, l'art. 22 prevede che «l'interessato ha il diritto di non essere sottoposto a una decisione basata unicamente sul trattamento automatizzato, compresa la profilazione, che produca effetti giuridici che lo riguardano o che incida in modo analogo significativamente sulla sua persona», a meno che tale decisione sia necessaria per la conclusione o l'esecuzione di un contratto tra l'interessato e il titolare di un trattamento (art. 22, par. 2, lett. a) o vi sia il consenso dell'interessato (art. 22, par. 2, lett. c) e sempre che il titolare del trattamento attui misure appropriate per tutelare i diritti, le libertà e i legittimi interessi

---

propri spese, al fine di ottenere l'approvazione immediata del pagamento e la carenza informativa veniva, in parte, controbilanciata dalla previsione di limiti iniziali al credito e, in caso di inadempimento o ritardo nel pagamento, dalla potenziale sospensione e/o restrizione nell'utilizzo futuro del servizio (non era tuttavia precluso al consumatore di rivolgersi ad altri operatori BNPL per ottenere il prestito nonostante la propria condizione economica). L'applicazione alle piattaforme di *lending* delle regole dettate dalla direttiva a tutela dei consumatori e del mercato del credito impatta fortemente sulla loro attività e mette alla prova la stessa formula di questi crediti in tempo reale la cui concessione è stata sempre caratterizzata da snellezza e rapidità. In argomento cfr. C. FAILLA, *Il* «Buy now, Pay Later» *nella nuova disciplina sui contratti di credito ai consumatori*, in *NLCC*, 6/2024, 1443 ss., L. MODICA, *Prestito tra privati su piattaforma*, in *Jus civile* n.1/2024, 53 ss. e A. CANEPA, *La rilevanza delle banche dati creditizie in epoca di valutazione algoritmica tra comunicazione e aggiornamento delle informazioni*, in *Dialoghi di diritto dell'economia*, 1/2025, 30, dove si evidenzia che il modello di business BNPL consente l'accesso al credito anche a clienti più ad alto rischio al fine di applicare interessi di mora più elevati, per cui se è vero che gli importi per i quali si accede al NPNL sono di modeste entità, è anche vero che le somme pagate possono essere molto più elevate alla luce della quota di interessi applicati fin dal primo giorno di ritardo. Quella che in altri contesti è vista come una criticità, è qui considerata un punto di forza dell'economia delle piattaforme. Sul punto è intervenuta anche CGUE 17 ottobre 2024, *Riverty Gmbh*, causa C-409/23, circa l'interpretazione da dare agli interessi di mora ed alle spese stragiudiziali di recupero nell'ambito dei BNPL.

[49] Vedi F. MATTASOGLIO, *La valutazione "innovativa" del merito creditizio del consumatore e le sfide per il regolatore*, in *Dir. banc. merc. fin.*, 2020, 201.

[50] Evidenziano P. GAGGERO – C.A. VALENZA, *Le moderne tecniche di* credit scoring *tra GDPR, disciplina di settore e AI Act*, in *Riv. dir. banc.*, luglio –sett. 2024, 839, come «l'utilizzo delle nuove tecniche di *credit scoring* possa condurre, talvolta, a esiti errati, ove faccia difetto la correttezza dei dati o del procedimento algoritmico che li ha elaborati. Di qui, dunque, il rischio di addivenire a "nuove" esclusioni o a forme di discriminazione, anche involontarie, generate da modelli non governati di cui non sono note tutte le determinanti rilevanti ai fini della decisione». Sul punto cfr. anche M. PELLEGRINI, *L'intelligenza artificiale nell'organizzazione bancaria: quali sfide per il regolatore?*, in *RTDE*, n.3/2021, 429 ss., che non esclude, in questi casi il rischio di *overfitting* che può verificarsi quando un algoritmo impara da modelli finanziari o assicurativi peculiari nei dati di formazione, che non sono del tutto rappresentativi della popolazione nel suo complesso. Da un cattivo addestramento derivano indebite discriminazioni che i consumatori non riescono a controllare soprattutto per l'opacità che caratterizza gli algoritmi di elaborazione. A ciò si aggiunge che l'IA può perpetuare o addirittura amplificare pregiudizi o imprecisioni inerenti ai dati di addestramento, o fare previsioni errate se tale set di dati è incompleto o rappresentativo.

ISSN 2281-3918/2421-2563



dell'interessato, come il diritto di ottenere l'intervento umano da parte del titolare del trattamento, di esprimere la propria opinione e di contestare la decisione (art. 22, par. 3); e, infine, quando la decisione sia autorizzata da una legge nazionale o europea con specificazione delle misure adeguate a tutela dei diritti, delle libertà e dei legittimi interessi dell'interessato.

È fatto comunque divieto di trattare dati sensibili di cui all'art. 9, par. 1 GDPR, a meno che non si rientri nelle eccezioni di cui al par. 2 della medesima disposizione e non siano in vigore misure adeguate a tutela dei diritti, delle libertà e dei legittimi interessi dell'interessato [51].

La circostanza che l'art. 22 GDPR faccia riferimento ad una decisione quale *output* del trattamento automatizzato ha fatto sorgere il dubbio sulla sua portata applicativa nell'ipotesi in cui il trattamento dei dati ai fini di *credit scoring* fosse stato effettuato da un soggetto terzo, diverso dall'istituto di credito che sulla base di questa valutazione aveva, poi, deciso di rifiutare la concessione del credito.

Nella nota sentenza *Schufa* [52], la Corte di giustizia ha ritenuto che la "decisione" finale non può essere dissociata dalla verifica automatizzata del merito di credito e dall'attività di profilazione ad essa sottesa, precedentemente svolti da altri soggetti. La nozione di «decisione» di cui all'art. 22 GDPR è intesa dalla Corte in senso ampio e tale «da ricomprendere il risultato del calcolo della solvibilità di una persona sotto forma di tasso di probabilità relativo alla capacità di tale persona di onorare impegni di pagamento in futuro» (punto 46 della decisione). Peraltro, l'applicazione al caso di specie dell'art. 22 GDPR si giustificava anche perché dall'attività di *scoring* gli istituti di credito venivano condizionati [53] nella scelta di concludere o meno il contratto di credito con l'interessato [54]. La Corte di giustizia ha accertato,

---

[51] Quanto previsto dall'art. 22 GDPR trova riscontro oltre che nella nuova disciplina sul credito ai consumatori (in particolare nell'art. 18 Direttiva 2023) anche nel Regolamento (UE) 1624/2024 relativo alla prevenzione dell'uso del sistema finanziario a fini di riciclaggio o di finanziamento del terrorismo (in GUUE del 19.6.2024, serie L), dove l'art. 76 detta regole sul trattamento dei dati personali. Qui si ribadisce il divieto di utilizzo dei dati personali di cui all'art. 9 GDPR senza il consenso dell'interessato o in assenza di altre basi giuridiche e si prevede che laddove il loro impiego sia consentito gli interessati siano assistiti da alcune garanzie. I soggetti obbligati (intermediari finanziari, revisori, consulenti, liberi professionisti ecc.) che trattano questi dati devono informare i loro clienti (anche potenziali) che alcuni dati possono essere trattati per conformarsi agli obblighi AML/CFT; che i dati provengono da fonti affidabili e risultano accurati e aggiornati; che le decisioni prese sulla base dei medesimi non diano luogo a risultati distorti o discriminatori e che, in ogni caso, sono adottate misure che garantiscono un elevato livello di sicurezza e riservatezza (come previsto dall'art. 32 GDPR). Altrettante cautele sono previste per il trattamento di dati relativi alla storia giudiziaria del cliente, rispetto ai quali opera in particolare il principio di minimizzazione. Di particolare interesse, ai nostri fini, è la previsione che tali dati possono essere oggetto di profilazione anche da parte di sistemi di IA per cui le decisioni che i soggetti obbligati prendono, sulla base dei processi automatizzati, sono ammesse solo se i dati utilizzati da questi sistemi provengono da adeguate verifiche (vedi Capo III del Regolamento 1624). Se tali decisioni, poi, impattano sui diritti fondamentali del cliente le stesse devono essere soggette ad un intervento umano significativo per garantirne l'adeguatezza e l'accuratezza. Al cliente, in ogni caso, spetta il diritto ad una spiegazione della decisione presa dal soggetto obbligato, decisione che potrà impugnare a meno che la stessa non consista nella segnalazione di operazioni sospette ex art. 69 del Regolamento citato. In argomento, *amplie*, G. ARCELLA, *Gli obblighi antiriciclaggio nell*'AML package *e la protezione dei dati personali,* in *Notariato*, 3/2025, 271 ss.

[52] Vedi CGUE, 7.12.2023, causa C-634/21, in *NGCC*, 2/2024, 416 ss., con nota di F. D'ORAZIO, *Il* credit scoring *e l'art. 22 GDPR al vaglio della Corte di giustizia; in Banca borsa tit. cred.,* 6/2024, II, 715, con nota di A.G. GRASSO, *Decisioni automatizzate e merito creditizio: la Corte di Giustizia sul* credit scoring.

[53] Lo stesso giudice del rinvio sottolineava come è (proprio) il tasso di probabilità che di norma determina se e come il terzo contratterà con l'interessato (vedi punto 22 della decisione).

[54] Nel caso in esame, il servizio di valutazione automatizzata offerto dalla società *Schufa* ai propri partner contrattuali aveva comportato il rifiuto di un finanziamento da parte di un ente creditizio, per via delle informazioni negative prodotte da *Schufa,* ad una cittadina tedesca la quale pretendeva di conoscere i dati trattati al fine di poter ottenere la rettifica delle informazioni errate. La società Schufa comunicava all'interessata informazioni generiche (come il punteggio attribuitole e, a grandi linee, le modalità di calcolo del punteggio), affermando che gli altri elementi posti a base dello *scoring* fossero coperti dal segreto

ISSN 2281-3918/2421-2563



nel caso in esame, l'esistenza delle tre condizioni cumulative cui era subordinata l'applicabilità dell'art 22 GDPR (ovvero l'esistenza di una decisione, che la decisione si basava unicamente sul trattamento automatizzato, compresa la profilazione, e che la stessa produceva effetti giuridici sull'interessato o incideva in modo analogo significativamente sulla sua persona) per cui ritenere il calcolo del tasso di probabilità soltanto un atto preparatorio e non decisivo avrebbe comportato, secondo i giudici europei, un rischio di elusione (della sostanza) dell'art. 22 [55] e una lacuna nella protezione dei consumatori, che molto probabilmente si sarebbero visti negato il finanziamento senza poter far valere, presso la società di *credit scoring*, il diritto ad essere previamente informati sull'esistenza di un processo decisionale automatizzato, di conoscerne la logica utilizzata e le conseguenze per la propria persona, né avrebbero potuto ottenere le informazioni per loro rilevanti dall'istituto di credito che, in genere, di tali informazioni specifiche non dispone.

Chiarito che anche la procedura di calcolo automatizzato della valutazione del merito di credito costituisce parte del processo decisionale automatizzato, la Corte di giustizia rinvia al giudice nazionale la questione relativa alla verifica dell'esistenza, nel diritto nazionale tedesco, di una base giuridica che autorizzi (ex art. 22, par. 2, lett. *b)* GDPR) l'adozione di una decisione basata unicamente sul trattamento automatizzato precisando che, in caso affermativo, il trattamento deve rispettare non solo le condizioni stabilite dall'art. 22, par. 2, lett. *b)* e par. 4 GDPR, ma anche il principi di minimizzazione, correttezza e liceità del trattamento dei dati di cui agli artt. 5 e 6 GDPR (vedi punto 68 della decisione).

La pronuncia lascia irrisolto il problema della "non trasparenza" algoritmica, perché le *significative informazioni* sulla logica utilizzata dal sistema automatizzato, di cui parla l'art. 15 GDPR, se possono facilmente acquisirsi con riguardo a sistemi automatizzati semplici, non sono acquisibili con riferimento a sistemi di calcolo basati sull'IA e capaci di auto-apprendere, sistemi che si comportano come *black box* [56].

Sul punto è intervenuta un'altra recente sentenza della Corte di Giustizia, *D&B Austria Gmbh* [57], che ha avuto, proprio, ad oggetto l'interpretazione dell'art. 15, par. 1, lett. h) GDPR. A seguito della valutazione negativa del merito creditizio di una cittadina austriaca (CK) cui era stata negata la stipula di un contratto di telefonia del modesto importo di 10 euro mensili, e del rifiuto opposto dalla società D&B

---

commerciale e che la decisione finale sulla concessione del credito, comunque, era stata presa dall'istituto di credito. Da qui la necessità di stabilire se nel concetto di «decisione» di cui all'art. 22 GDPR potesse rientrare anche il calcolo informatico sulla solvibilità della richiedente il prestito da parte della società *Schufa*, poiché in caso affermativo, la società in questione avrebbe dovuto fornire anche le informazioni supplementari (artt. 13, par. 2, lett. f) e 14, par. 2, lett. g) GDPR) e l'interessata avrebbe potuto esercitare diritti di accesso supplementari (art. 15, par. 1, lett h) GDPR).

[55] Parla di approccio sostanzialistico della Corte di giustizia, nella vicenda *Schufa*, anche F. CERAOLO, *Le valutazioni automatizzate del merito creditizio nel quadro regolatorio europeo. Quale futuro per il* credit scoring *algoritmico?*, in *Riv. dir. banc.*, 1-3/2025, 116.

[56] Sulla definizione del significato dell'espressione «informazioni significative» la dottrina ha assunto posizioni divergenti Per alcuni, il GDPR riconoscerebbe all'interessato il diritto ad essere informato in merito alla logica generale ed astratta di funzionamento del sistema automatizzato (vedi G. FINOCCHIARO, *Intelligenza artificiale e protezione dei dati*, in *Giur. it.*, 7/2019, 1675) mentre, per altri, una tutela effettiva del consumatore, si raggiungerebbe solo pretendendo informazioni, in linguaggio chiaro e comprensibile all'interessato, sul come e perché la macchina abbia deciso in un determinato modo anziché in un altro (vedi P. GAGGERO, C.A. VALENZA, op. cit., 845 ss.). Sul punto, secondo F. CERAOLO, op. cit., 119, anche a voler ritenere che l'obbligo di fornire significative informazioni all'interessato si concretizzi nel consentirgli la comprensione *ex ante* del meccanismo decisionale automatizzato e la spiegazione *ex post* della decisione algoritmica (dati, criteri e ragioni che hanno portato ad uno specifico provvedimento), tale obbligo non potrebbe estendersi fino ad implicare l'ostensione del codice sorgente usato nell'ambito del sistema decisionale automatizzato per non contrastare con i diritti di privativa sull'algoritmo spettanti alla società di *credit scoring*, diritti che precludono la rivelazione della formula matematica.

[57] Su cui vedi anche il commento di F. MATTASOGLIO, *La Corte di giustizia europea, algoritmi e* credit scoring. *L'apertura del vaso di Pandora delle società che si "limitano" a elaborare gli scoring.*

ISSN 2281-3918/2421-2563



alla signora CK (che aveva esercitato il suo diritto di accesso ex art. 15 GDPR) di fornire specifiche informazioni sulla logica utilizzata dal sistema di *credit scoring*, il giudice di rinvio chiedeva alla Corte di indicare i requisiti sostanziali che le informazioni di cui all'art. 15 devono possedere per essere considerate sufficientemente significative e se, a tal fine, le stesse debbano comprendere anche la parti dell'algoritmo alla base della profilazione.

Considerando le diverse accezioni delle espressioni «informazioni significative» e «logica utilizzata» e interpretando sistematicamente l'art. 15 GDPR alla luce delle altre disposizioni del GDPR, attuative del principio di trasparenza, la Corte di giustizia finisce per ritenere corretta l'interpretazione della norma per cui «le «informazioni significative sulla logica utilizzata» in un processo decisionale automatizzato, ai sensi di tale disposizione, riguardano qualsiasi informazione pertinente relativa alla procedura e ai principi di utilizzo dei dati personali al fine di ottenerne, con mezzi automatizzati, un determinato risultato, mentre l'obbligo di trasparenza richiede inoltre che tali informazioni siano fornite in forma concisa, trasparente, comprensibile e facilmente accessibile».

Considerando, poi, gli obiettivi generali del GDPR, primo fra tutti garantire un elevato livello di tutela dei diritti e delle libertà fondamentali delle persone fisiche, in particolare del loro diritto alla protezione dei dati personali, la Corte di giustizia ritiene che anche il diritto all'accesso alle informazioni supplementari di cui all'art. 15 è necessario per consentire all'interessato di esercitare i suoi diritti alla correttezza e liceità del trattamento dei suoi dati, oltre che alla cancellazione dei dati, alla limitazione del trattamento, all'opposizione al trattamento e, nel caso di processi decisionali basati su trattamenti automatizzati, la possibilità di esprimere il proprio punto di vista e contestare la decisione.

Tutti questi diritti resterebbero soltanto sulla carta se fosse precluso all'interessato di accedere alle informazioni di cui all'art. 15 GDPR e, soprattutto, di conoscere come e perché l'algoritmo ha deciso in un determinato modo. Da qui l'affermazione dei giudici europei per cui l'art. 15 dev'essere interpretato nel senso che spetta all'interessato «un diritto alla spiegazione della procedura e dei principi concretamente applicati per utilizzare, con mezzi automatizzati, i dati personali dell'interessato al fine di ottenerne un risultato specifico, come un profilo di solvibilità». A questo punto la Corte di giustizia specifica l'espressione «spiegazione adeguata» da intendersi come quella «fornita mediante informazioni pertinenti e in forma concisa, trasparente, intelligibile e facilmente accessibile». Non basta né la semplice comunicazione di una formula matematica complessa, come un algoritmo, né la descrizione dettagliata di tutte le fasi di un processo decisionale automatizzato, ma è necessario spiegare all'interessato quali dei suoi dati personali sono stati utilizzati e in che modo nella procedura automatizzata, servendosi anche di un esempio rappresentativo che dimostri «come una variazione a livello dei dati personali presi inconsiderazione avrebbe portato a un risultato diverso» (punto 62 della decisione).

Quanto, poi, all'ipotesi della società di *credit scoring* che opponga il rifiuto di fornire le informazioni richieste perché coperte da segreti industriali e al contrasto di questa posizione con il diritto dell'interessato all'accesso di cui all'art. 15 GDPR, la Corte, richiamando il precedente *Österreichische Datenschutzbehörde e CRIF* del 2023 afferma che l'esercizio da parte dell'interessato del diritto all'accesso, come precedentemente definito, «non dovrebbe ledere i diritti e le libertà altrui, compreso il segreto industriale e aziendale e la proprietà intellettuale, segnatamente i diritti d'autore che tutelano il *software*» e, comunque, poiché la protezione dei dati personali non è assoluta ma va contemperata, in ossequio al principio di proporzionalità, con altri diritti parimenti protetti (come le privative industriali), ne deriva che in ipotesi di un possibile contrasto tra questi diritti, le società di *scoring* creditizio dovranno comunicare le informazioni coperte dai segreti industriali all'autorità di controllo o al giudice competente, cui

ISSN 2281-3918/2421-2563



spetta ponderare tutti i diritti e gli interessi in gioco al fine di determinare la portata del diritto di accesso dell'interessato (punto 74 della decisione). Una soluzione, questa, che porterà spesso alla rivelazione dell'algoritmo in considerazione del fatto che anche la nuova disciplina sul credito ai consumatori (vedi artt. 18, par. 8, lett. a) direttiva 2023 e 124 *bis*, comma 2 bis, lett. *a)* t.u.b.) riconosce all'interessato un vero e proprio diritto ad una spiegazione, chiara e comprensibile, della valutazione del merito creditizio compresi la logica e i rischi derivanti dal trattamento automatizzato dei dati personali nonché la rilevanza e gli effetti sulla decisione.

In questa direzione, peraltro, va anche l'*AI Act* (Regolamento (UE) 2024/1689) che considera i sistemi automatizzati di *credit scoring* come sistemi "ad alto rischio" (vedi il considerando 58), proprio per la loro idoneità ad incidere negativamente sui diritti fondamentali dell'individuo, provocando la loro esclusione finanziaria e discriminando gruppi o categorie di soggetti nell'accesso al credito o nelle condizioni contrattuali di esso. Il Regolamento ha introdotto una serie di misure volte a rendere compatibile il processo decisionale effettuato dai sistemi di IA con la necessaria trasparenza che dovrebbe caratterizzarne funzionamento e decisioni [58]. Da qui tutta una serie di regole che obbligano i provider dei sistemi di IA a progettarli in modo da consentire al *deployer* l'intellegibilità del funzionamento della macchina e degli *output* da essa resi per utilizzarli nel modo adeguato, e la possibilità di precludere l'ingresso nel mercato di *software* ad alto rischio irrispettosi di queste caratteristiche, cioè che funzionino come *black box*.

4. Il problema delle valutazioni discriminatorie e i rimedi

Per fronteggiare il problema delle valutazioni discriminatorie del merito di credito la nuova direttiva 2023/2225 prevede, all'art. 6, il divieto di discriminazione nei rapporti tra finanziatori e consumatori [59], probabilmente per riaffermare la regola in un contesto dove già, in applicazione dei sistemi tradizionali di *scoring*, era emersa la presenza di discriminazioni fondate sulla razza, o su altri elementi considerati espressione di vulnerabilità [60]. Sebbene il legislatore italiano e quello europeo abbiano già messo a punto

[58] Affinché l'utilizzo dell'IA per la valutazione del merito creditizio sia conforme ai valori etici e di affidabilità perseguiti dal legislatore europeo è richiesta la predisposizione di un sistema di gestione dei rischi che consenta l'identificazione, la stima e la valutazione dei rischi che possono emergere in relazione a tale utilizzo in modo da permetterne l'eliminazione o l'attenuazione attraverso un'adeguata progettazione del sistema (art. 9); l'impiego di *set* di dati di addestramento, convalida e prova pertinenti, completi e quanto più possibile esenti da errori, soggetti a misure di *governance* idonee a prevenire o attenuare eventuali distorsioni (art. 10); un grado di trasparenza tale da consentire al *deployer* di interpretare l'*output* del sistema e di utilizzarlo adeguatamente (art. 13); la sorveglianza da parte di una persona fisica, che possa monitorare il funzionamento del sistema, interpretarne correttamente l'*output* e intervenire, all'occorrenza, decidendo di ignorarlo, annullarlo o ribaltarlo, o di arrestare il sistema in condizioni di sicurezza (art. 14); la valutazione dell'impatto del sistema sui diritti fondamentali delle persone (c.d. FRIA), in chiave di possibili abusi e discriminazioni (art. 27); infine il diritto dell'interessato, ove non previsto da altre norme del diritto dell'Unione, di ottenere una spiegazione chiara e significativa del ruolo svolto dal sistema ad alto rischio in una specifica procedura decisionale e dei principali elementi della decisione adottata (art. 86).

[59] «Gli Stati membri assicurano che le condizioni da soddisfare per poter ottenere un credito non siano in alcun modo discriminatorie per i consumatori che soggiornano legalmente nell'Unione a motivo della cittadinanza o del luogo di residenza o per qualsiasi motivo di cui all'art. 21 della Carta dei diritti fondamentali dell'Unione europea in relazione alla richiesta, alla conclusione o alla titolarità di un contratto di credito nell'Unione. Il primo comma non pregiudica la possibilità di offrire condizioni differenti di accesso a un credito qualora siano debitamente giustificate da criteri oggettivi>.

[60] In dottrina M. MAUGERI, op. cit., 481, non esclude che la norma possa avere una funzione diversa e cioè quella di superare l'idea – affermata da parte della dottrina (il riferimento è, in particolare, alla posizione di D. MAFFEIS, *Offerta al pubblico e*

ISSN 2281-3918/2421-2563



tutta una serie di provvedimenti normativi [61] contro queste deviazioni, la circostanza che il *credit scoring* possa essere realizzato attraverso l'uso dell'IA *machine learning*, con l'effetto di una più accurata profilazione della clientela, non esclude la presenza di *bias* cognitivi [62] derivanti dal malfunzionamento degli algoritmi con conseguente rappresentazione errata o iniqua della capacità finanziaria degli

divieto di discriminazione, Milano, 2007, 203) e contestata da altra (G. CARAPEZZA FIGLIA, *Divieto di discriminazione e autonomia contrattuale*, Napoli, 2013, 105 ss.) – secondo la quale il divieto di non discriminazione non si applichi nelle contrattazioni non rivolte al pubblico, ritenendo che lo stesso debba operare anche nella contrattazione individuale.

[61] Sono espressione del contrasto alle discriminazioni alcuni provvedimenti nazionali come l'art. 126 – *novesdecies* t.u.b. che riconosce ai tutti i consumatori soggiornanti legalmente nell'UE il diritto al conto base; l'art. 43 t. u. sull'immigrazione, la l. 1 marzo 2006, n. 67 sulle "*Misure per la tutela giudiziaria delle persone con disabilità vittime di discriminazioni*>"; la l. 7 dicembre 2023, n. 193 concernente "*Disposizioni per la prevenzione delle discriminazioni e la tutela dei diritti delle persone che sono state affette da malattie oncologiche*". A livello europeo si segnalano, tra gli altri, la Direttiva 2000/43/CE, contro le discriminazioni razziali, la Direttiva 2004/113/CE, contro le discriminazioni di genere e il Regolamento (UE) 2018/302 del 28.2.2018, contro le discriminazioni basate sulla nazionalità. Sul punto *amplie* A. GENTILI, *Non discriminazione*, in P. GAGGERO (a cura di), *Primo commento sui criteri ordinatori della Direttiva UE n. 2023/2225 relativa ai contratti di credito ai consumatori*, in *RTDE* 2024, suppl. al n. 4, 105 s.).

[62] Nel report della Banca d'Italia, AA. VV., *Intelligenza artificiale nel credit scoring. Analisi di alcune esperienze nel sistema finanziario italiano*, in *QEF*, n. 721, ottobre, 2022, 18 si evidenzia come le distorsioni possono emergere all'interno delle diverse fasi del ciclo di sviluppo di un algoritmo. *In primis*, nella fase di raccolta dei dati. Qui occorre distinguere se le tecniche di *machine learning* siano applicabili a dati tradizionali o a *Big Data*. Nel primo caso, pur in presenza di un'adeguata rappresentatività del campione, la circostanza che i dati sono generati, raccolti e/o elaborati da esseri umani può determinare la sovra/sotto rappresentazione di specifici gruppi. A parte il *bias* storico (se ad alcuni gruppi di soggetti, in ragione del genere o della razza in passato veniva negato l'accesso al credito, questo continuerà ad essere negato anche in futuro), ci potrà essere un *bias* istituzionale (l'esclusione sistematica dall'accesso al credito di categorie di richiedenti privi di requisiti considerati indispensabili come l'aver maturato un numero minimo di anni di esperienza di lavoro), o un *omitted variable bias* (quando si omettono caratteristiche rilevanti nella definizione del campione) o un *measurement bias* (quando vengono considerati attributi non direttamente osservabili degli individui). Laddove la tecnica *machine learning* è applicata a *Big Data* la situazione si complica perché «non è possibile formulare né verificare ipotesi statistiche sul processo di generazione dei dati e sulla loro raccolta, e quindi applicare correttivi statistici». A ciò si aggiunge che alcuni individui accedono ad internet ed alle nuove tecnologie molto più di altri e, quindi, mentre i primi sono profilati da sistemi di machine learning, i secondi sono scarsamente rappresentati nel mondo digitale (*thin-file*) se non del tutto invisibili (*no-file*) e rischiano di essere discriminati. Le distorsioni possono riguardare anche l'apprendimento del sistema di machine learning o l'analisi dei risultati. La letteratura economica sulla discriminazione nel mercato del credito e sul contributo dei metodi quantitativi e dei modelli ML ha evidenziato che le imprese di proprietà di alcuni gruppi, come gli afroamericani, sono discriminate perché subiscono un maggiore razionamento della quantità di credito (cfr., tra gli altri, D.G. BLANCHFLOWER, P.B. LEVINE, D. J. ZIMMERMAN, *Discrimination in the small – business credit market.* Review of Economics and Statistics, 85(4), 930 – 943; S. FRASER, *Is there ethnic discrimination in the UK market for small business credit?* International Small Business Journal, 27 (5), 583 – 607); che il tasso di rifiuto di una domanda di mutuo risulta più elevato per alcuni gruppi etnici, rispetto alla popolazione caucasica (cfr. A. H. MUNNEL, G. M. TOOTELL, L. E. BROWNE, J. MCENEANEY, *Mortgage lending in Boston: Interpreting HMDA data.* The American Economic Review, 25 – 53; S. L. ROSS, L. YINGER, *The color of credit: Mortgage discrimination, research methodology, and fair – lending enforcement*. MIT press; S. L. ROSS, G. M. TOOTELL, *Redlining, the Community Reinvestment Act, and private mortgage insurance.* Journal of Urban Economics, 55(2), 278 – 297); che l'origine etnica incide anche in ordine alla qualità dei servizi, ad esempio di consulenza, ricevuti (A. HANSON, Z. HAWLEY, H. MARTIN, B. LIU, *Discrimination in mortgage lending: Evidence fron a correspondence experiment.* Journal of Urban Economics, 92, 48 – 65); che le imprenditrici hanno minore accesso al mercato del credito rispetto agli imprenditori, devono conferire maggiori garanzie e pagano tassi d'interesse più elevati (cfr. K.S. CAVALLUZZO, L.C. CAVALLUZZO, J. D. WOLKEN, *Competition, small business financing, and discrimination: Evidence from a new survey*. The Journal of Business, 75 (4), 641 – 679; S. COLEMAN, *Access to capital and terms of credit: A comparison of men – and – women – owned small business*. Journal of small business management, 38 (3), 37; A.F. ALESINA, F. LOTTI, P.E. MISTRULLI, *Do women pay more for credit? Evidence from Italy*. Journal of the European Economic Association, 11 (suppl-1), 45-66). Quanto agli effetti sulla discriminazione dell'adozione di tecniche di valutazione del merito di credito basate su algoritmi di AI, alcune analisi statunitensi dimostrano la vantaggiosità dei modelli di ML rispetto a quelli tradizionali, per accuratezza, senza che ciò amplifichi la discriminazione se presente (v., tra gli altri, T. BONO, K. CROXON, A. GILES, *Algorithmic fairness in credit scoring*. Oxford Review of Economic Policy, 2021, 37 (3), 585 – 617.

ISSN 2281-3918/2421-2563



interessati [63]. Tra le ipotesi di discriminazione più pericolose la stessa direttiva del 2023 individua l'essere stata vittima di malattie oncologiche.

L'ammissibilità di pratiche di commercializzazione aggregata consistenti nel riconoscere al finanziatore la possibilità di richiedere al consumatore di sottoscrivere una polizza assicurativa collegata al contratto di credito, è regolata all'art. 14, par. 14 della direttiva 2023 con l'esclusione tra i dati utilizzabili, ai fini della sottoscrizione della polizza, di quelli relativi alla diagnosi di malattie oncologiche dopo che sono passati 15 anni dalla fine delle cure mediche. L'obiettivo è quello di tutelare i consumatori che a causa dell'anamnesi di cancro, anche dopo parecchio tempo dalla loro guarigione, continuano a ricevere trattamenti discriminatori nell'accesso ai servizi finanziari e, soprattutto, l'applicazione, in caso di polizze assicurative collegate al credito, di premi proibitivi [64]. Oltre agli interventi a livello europeo [65] occorre dire che, nel 2023, anche il legislatore italiano ha affrontato la questione posta da questo tipo di discriminazione, con la legge 7 dicembre 2023, n. 193 concernente le "Disposizioni per la prevenzione delle discriminazioni e la tutela dei diritti delle persone che sono state affette da malattie oncologiche" [66], che codifica il c.d. *diritto all'oblio oncologico*, ovvero «il diritto delle persone guarite da una patologia oncologica di non fornire informazioni né subire indagini in merito alla propria pregressa condizione patologica» in presenza delle condizioni stabilite dalla legge. In particolare, l'art. 2 della l. 193/2023

[63] Sul punto si veda, in particolare, M. RABITTI, Credit scoring *via* machine learning *e prestito responsabile*, in *Riv. dir. banc.* 1/2023, 184 ss. la quale evidenzia come studi americani abbiano dimostrato che i *bias* determinano varie forme di discriminazione e che alcuni algoritmi, tracciando l'attività dei richiedenti credito sui *social* e rilevando, da parte loro, stati di ansia e difficoltà di gestione della propria attività quotidiana, hanno fatto conseguire da ciò una valutazione negativa sulla capacità di adempimento delle obbligazioni contrattuali e di rimborso del finanziamento da parte dei richiedenti. A ciò si aggiunge quello che viene comunemente considerato un punto debole dei modelli basati sull'IA, ovvero la loro visione retrospettiva. Si è detto che i dati con cui l'IA viene "addestrata" rappresentano il passato e ne deducono il futuro, per cui vi è il c.d. rischio del «pregiudizio storico»: se alcune variabili sono state particolarmente significative in passato (come il sesso o la razza) le stesse continueranno ad avere un peso rilevante anche in futuro. Né a risolvere il problema aiuta il suggerimento di eliminare la variabile inadeguata, perché l'IA non solo avrà dato maggiore peso ad essa ma anche ad altre variabili ad essa connesse: ad essere inficiato è tutto il sistema di valutazione. Per l'esame di due casi concreti, verificatisi rispettivamente in America ed in Finlandia (*K. Johnson v. American Express* e *Non– Discrimination Ombudsman*) cfr. M. ZAPPATORE, op. cit., 214 ss. In argomento vedi anche N. ABRIANI, *Nuove tecnologie e "credit scoring". Diritto bancario del futuro e problemi antichi*, in *Banca impresa e società*, *Early access*, 4 ss.

[64] Vedi il considerando 48 della direttiva 2023.

[65] Il riferimento è, in particolare, al *Piano europeo di lotta contro il cancro*, approvato con la Comunicazione della Commissione al Parlamento Europeo e al Consiglio del 3 febbraio 2021 COM (2021) 44 final, alla successiva Risoluzione del Parlamento europeo del 16 febbraio 2022 su *Rafforzare l'Europa nella lotta contro il cancro – Verso una strategia globale coordinata* e all'art. 17 del GDPR, rubricato *Diritto alla cancellazione*. Tuttavia, l'oblio oncologico presenta delle differenze rispetto al diritto all'oblio del Regolamento *Privacy*: non presuppone un pregresso trattamento nei confronti del quale sia possibile fare opposizione, o in relazione al quale sia possibile revocare il consenso in precedenza prestato, ma è diritto a tenere riservata una condizione di salute pregressa per evitare che la sua condivisione possa generare discriminazioni. In questo senso M. CAMPAGNA, *Il diritto all'oblio oncologico ed il diritto all'oblio nel regolamento* privacy *dell'UE: assonanze e dissonanze*, in *NLCC*, 5/2024, 1167 ss. per il quale «l'oblio oncologico sembra quindi avvicinarsi più a quell'idea risalente di riservatezza, statica, e accostabile al segreto, che all'idea dinamica di protezione dei dati personali». L'A. precisa che il diritto all'oblio oncologico non è ricompreso nel diritto alla cancellazione di dati personali com'è il diritto di cui all'art. 17 GDPR. In altri termini, la cancellazione prevista dal comma 5 dell'art. 2 l. 193/2023 non si pone come strumento per ottenere l'oblio secondo lo schema tipico della tutela dei dati personali, «ma è volta ad evitare che la memoria della malattia influenzi la negoziazione dei termini e delle condizioni dei servizi richiesti. La violazione delle disposizioni di legge, infatti, è punita con la sanzione contrattuale della nullità delle clausole contrattuali difformi rispetto ai principi enunciati nell'articolo e di quelle a essa connesse».

[66] In argomento M. FACCIOLI, *Il diritto all'oblio oncologico nella l. 193/2023: la via italiana alla tutela giuridica dei "cancer survivors"*, in *BiolawJournal* n.1/2024, 2, evidenzia come i *carcers survivors* si trovino ad essere penalizzati in una serie di importanti contesti in cui può assumere rilievo la valutazione dell'aspettativa residua di vita dell'individuo: dall'accensione di un mutuo, alla stipula di una polizza assicurativa, alla procedura di adozione di un minore, alla partecipazione ad un concorso lavorativo ecc.

ISSN 2281-3918/2421-2563



esclude che all'interessato possano essere richieste informazioni relative alla patologia pregressa (qualora il trattamento medico si sia concluso, senza episodi di recidiva da più di dieci anni alla data della richiesta o da cinque anni se la patologia sia insorta prima del ventunesimo anno di età) o che tali informazioni possono essere acquisite da fonti diverse; esclude che, qualora in possesso del finanziatore tali informazioni possano essere utilizzate per determinare le condizioni contrattuali, o per valutare il merito di credito, prevedendo che dopo la maturazione del diritto all'oblio oncologico le stesse debbano essere cancellate [67] e, comunque, in tutte le ipotesi considerate dalla norma, esclude l'applicabilità al richiedente il prestito di limiti, costi e oneri aggiuntivi o di altri trattamenti diversi rispetto a quelli previsti per gli altri contraenti alla stregua della legislazione vigente.

Di questo suo diritto l'interessato dev'essere adeguatamente informato al momento della sottoscrizione dei moduli o formulari contrattuali e, in ipotesi di violazione delle disposizioni suddette, è prevista la nullità delle singole clausole contrattuali difformi e di quelle a esse connesse, nullità che non si estende al contratto, che rimane valido ed efficace per il resto.

La nullità, infatti, opera soltanto a vantaggio della persona fisica contraente ed è rilevabile d'ufficio in ogni stato e grado del procedimento. È evidente che il regime di questa nullità ricalca quello della c.d. nullità di protezione (di cui all'art. 36 c. cons.), con le note caratteristiche di parzialità necessaria e di rilevabilità d'ufficio nell'interesse dell'ex paziente oncologico. Poiché l'applicabilità di questo rimedio comporterebbe la caduta della clausola relativa agli interessi o ai premi, con la conseguenza di impedire al contratto di mutuo o a quello di assicurazione di svolgere la loro funzione, in questo caso la nullità dovrebbe aprire la via alla sostituzione giudiziale della clausola discriminatoria con quella praticata agli altri clienti non discriminati (attraverso il meccanismo dell'*integrazione cogente del diritto dispositivo* [68]) o, comunque, al risarcimento del danno [69].

---

[67] A tal fine, il contraente invia tempestivamente alla banca, all'istituto di credito, all'impresa di assicurazione o all'intermediario finanziario o assicurativo, mediante raccomandata con avviso di ricevimento o posta elettronica certificata, la certificazione attestante il diritto all'oblio oncologico ed entro trenta giorni dal ricevimento della stessa gli operatori interessati procedono alla loro cancellazione.

[68] L'individuazione di questa possibilità di integrazione contrattuale rappresenta un'autentica novità perché la previsione dell'art. 1374 c.c. è stata tradizionalmente considerata estranea a fenomeni di intervento *ex post* su un contratto già definito dai contraenti, attenendo, piuttosto, alla fase fisiologica della vita del contratto e operando in presenza di lacune nel regolamento contrattuale dovute alla circostanza che le parti non avessero voluto/ saputo prevedere una specifica regolamentazione sul punto. Da qui l'ammissibilità dei diversi meccanismi integrativi ordinati gerarchicamente (legge, usi ed equità) per completare il contenuto del negozio lacunoso e renderlo idoneo a produrre i suoi effetti. L'impiego dell'art. 1374 c.c. alle sole ipotesi di lacune "originarie" del contratto ha portato inevitabilmente ad escludere la sua espansione ad ipotesi di integrazione del contratto conseguenti alla nullità della clausola per sostituirla/correggerla con una valida. Questa impostazione ha subito una prima breccia con riferimento all'integrazione cogente del contratto per nullità della clausola che avesse violato una norma imperativa (cfr. per esemplificare, gli artt. 1815, comma 2, e 1284 c.c., nonché l'art. 27, L. n. 392/1978). In questo caso l'ammissibilità di un intervento integrativo di una lacuna sopravvenuta del contratto si giustifica per l'esigenza di imporre la regola legale anche in presenza di una diversa volontà dei contraenti in quanto la deroga da essi operata alla disciplina di legge viola una norma imperativa ed è disapprovata dall'ordinamento. Tale ipotesi, tuttavia, non è idonea a ricomprendere, invece, l'integrazione del contratto contenente una clausola che deroga al diritto dispositivo per l'illogicità di dover sostituire con regole dispositive clausole convenzionali autorizzate a derogarle. Si deve proprio al nuovo diritto dei contratti, e in particolare alla disciplina delle clausole vessatorie, la possibilità che la nullità consegua alla deroga abusiva di norme appartenenti al diritto dispositivo. Sul punto *ampli*e G. D'AMICO, *L'integrazione (cogente) del contratto mediante il diritto dispositivo*, in G. D'AMICO – S. PAGLIANTINI, *Nullità per abuso ed integrazione del contratto*, cit., 243 ss. Parte della dottrina non ritiene radicalmente esclusa la caducazione totale del contratto, quando sia lo stesso contraente debole ad esprimere una preferenza in tal senso. Poiché, però, nel caso del mutuo la nullità integrale obbligherebbe il mutuatario a restituire subito al finanziatore l'intera somma ricevuta, occorrerebbe, quantomeno, riconoscere al contraente debole il diritto di pretendere una dilazione dell'obbligo restitutorio, fondandola sugli artt. 1175 c.c. e 1183 c.c. (vedi M. FACCIOLI, op. cit., 15).

[69] Vedi M. MAUGERI, op. cit., 482.

ISSN 2281-3918/2421-2563



Altra autorevole dottrina, invece, ritiene possibile che il consumatore discriminato, cui venga rifiutato il credito, possa agire ex art. 2932 c.c. per ottenere dal giudice una sentenza sostitutiva del contratto non concluso [70], senza nascondere la difficoltà, per il giudice, di «individuare, in tutto o in parte, le condizioni contrattuali, o almeno quelle che non siano state in qualche modo predeterminate», difficoltà comunque superabile facendo riferimento «alle condizioni che in base al mercato sarebbero state applicate ove la richiesta di credito fosse stata presentata da persona di analoghe caratteristiche ma non segnata dal motivo che ha originato la discriminazione».

Poiché l'art. 6 della direttiva 2023 non pregiudica la possibilità, per il finanziatore, di offrire condizioni differenti di accesso a un credito qualora siano debitamente giustificate da criteri oggettivi» occorre che il rifiuto del credito o le condizioni contrattuali penalizzanti dipendano da valutazioni oggettive e non siano l'effetto di pratiche discriminatorie. Ma, a ritenere il contrario, occorre dare la prova della discriminazione, cosa non facile per il consumatore anche in considerazione dell'opacità degli algoritmi [71].

5. L'*XAI* come rimedio all'opacità dei sistemi di *credit scoring* basati sull'IA e le questioni ancora aperte

Sicuramente la direttiva 2023/2225 UE e l'*AI Act* sono espressione della consapevolezza del legislatore europeo che i sistemi di *credit scoring* (attualmente basati su modelli a regressione lineare, con utilizzo di metodologie prettamente statistiche) si evolveranno in sistemi con utilizzo di IA, capaci di processare *Big Data* e di auto-apprendere e, pertanto, hanno dettato una disciplina rigorosa sulla tipologia dei dati che possono essere oggetto di valutazione (precludendo ad esempio l'utilizzo dei dati desumibili dai *social network*), sulle garanzie che il trattamento dei dati deve, comunque, assicurare (rispetto dei principi di minimizzazione, liceità, proporzionalità, pertinenza, completezza, accuratezza) e sulle tutele esperibili dal consumatore (inclusa la possibilità per quest'ultimo di ottenere una spiegazione significativa della valutazione effettuata in modo automatizzato, di poter esprimere la propria opinione, di contestare la valutazione operata dalla macchina, di chiedere e ottenere il riesame delle decisioni) prese da quest'ultima.

L'obiettivo non è quello di ostacolare il progresso scientifico (peraltro inarrestabile), bensì di garantire che gli istituti di credito esercitino correttamente il loro potere di concedere i finanziamenti, basandosi su una valutazione altrettanto corretta del merito creditizio dei richiedenti il prestito.

A complicare le cose si pone l'opacità dei sistemi di *credit scoring* basati su IA e tecniche di *machine learning* o *deep learning*, che non consentono di spiegare la decisione (e quindi le ragioni che hanno portato a una data valutazione) e la correttezza del procedimento seguito (ovvero la sua esattezza) [72]. Per superare l'ostacolo, che renderebbe inutilizzabili, con la legislazione vigente, i processi

[70] È questa la posizione di A. GENTILI, *Non discriminazione*, cit., 108.

[71] Non a caso, in dottrina, per superare questo limite si è sostenuta la possibilità di applicare il principio di maggiore vicinanza della prova, facendo gravare sul finanziatore l'onere di dimostrare che nei confronti del soggetto passibile di discriminazione ha adottato il comportamento che avrebbe adottato, in condizioni analoghe, con qualunque altro soggetto. Vedi A. GENTILI, *Non discriminazione*, cit., 110.

[72] Sull'insufficienza della disciplina del GDPR a superare l'ostacolo dell'opacità delle decisioni automatizzate e la necessita di una disciplina *ad hoc* sul *credit scoring* che, poi ha ricevuto attenzione nella Direttiva del 2023 e nell'AI Act, vedi P. GAGGERO, C.A. VALENZA, op. cit., 844 ss.

ISSN 2281-3918/2421-2563



decisionali automatizzati e assistiti dall'IA, si sono sviluppate tecniche di *Explainable AI* [73] che trovano fondamento nell'art. 86 *AI ACT*, disposizione che, in generale, introduce a favore dell'interessato – laddove non sia altrimenti e specificamente previsto da altre norme europee (nel caso dei sistemi di *credit scoring* automatizzato la regola è contenuta all'art. 18, par. 8, lett. *a)* Direttiva 2023 e, quindi, a livello interno, dall'art. 124 *bis,* comma 2*bis*, par. a) t.u.b.) – il diritto alla spiegazione dei singoli processi decisionali. Sicuramente l'applicazione dell'*XAI* si presenta vantaggiosa perché aumenta la spiegabilità dei sistemi di IA utilizzati senza ridurne la capacità predittiva [74], ma tale spiegabilità se aiuta a comprendere i dati usati per addestrare il sistema (*pre – modeling explainability*), o per interpretarli durante lo sviluppo del modello (*explainable modeling*) o per spiegarne la logica (*post – modeling explainability*), non risolve del tutto il problema delle discriminazioni rispetto alle quali l'approccio basato sulla trasparenza deve necessariamente combinarsi con la possibilità di intervenire sia in fase di progettazione del sistema di IA (per impedire all'algoritmo utilizzato di servirsi di dati non attinenti alla sua situazione economico – finanziaria, che possono generare discriminazioni legate all'origine etnica, al genere, o alle condizioni sociali dei richiedenti il prestito), rendendolo anche robusto rispetto a possibili perturbazioni avversariali [75], sia successivamente consentendo al produttore del sistema di IA o al suo utilizzatore di monitorare continuamente le prestazioni del modello di *machine learning* impiegato e di intervenire, all'occorrenza, decidendo di ignorarlo, annullarlo o ribaltarlo, o di arrestare il sistema in condizioni di sicurezza (art. 14 AI Act).

In questi casi non solo vi è il rischio che l'utilizzo da parte del sistema di IA di dati personali sensibili senza il consenso dell'interessato determini una violazione del GDPR – e quindi la responsabilità extracontrattuale (per illecito trattamento dei dati) dell'intermediario che si serve degli *output* della società di *score* al fine di decidere se e a quali condizioni concedere il credito o se non concederlo affatto – ma anche una violazione degli *Orientamenti EBA,* cioè della normativa dell'autorità indipendente sulla concessione ed il monitoraggio dei prestiti [76], oltre che dell'AI Act.

Com'è noto, l'*AI Act*, si caratterizza per un approccio *risk based* o di *accountability* e individua per

---

[73] Si tratta di strumenti (applicati dall'analista) e volti ad integrare il risultato primario dell'algoritmo di ML con un insieme di interpretazioni e spiegazioni (*explanation*) circa il funzionamento del modello.

[74] La principale preoccupazione di rendere spiegabili i sistemi di I.A. è stata sempre costituita dal rapporto inversamente proporzionale tra spiegabilità e predittività. L'XAI consente, invece, di aumentare l'accuratezza e la spiegabilità di questi sistemi senza rinunciare alla loro predittività. Sul punto cfr. F. CIRAOLO, op. cit., 141 e sull'importanza della spiegabilità dell'algoritmo anche con esempi concreti, tra gli altri, E. FALLETTI, *Alcune riflessioni sull'applicabilità dell'art. 22 GDPR in materia di* scoring creditizio, in *Dir. inf*., 1/2024, 115 s. e F. GALLI, *Rating reputazionale e diritto alla spiegazione*, in *Labour e Law Iussues*, n.2/2023, vol. 9, 62 ss.

[75] Per una spiegazione matematica delle dinamiche di funzionamento dell'IA e, in particolare, dell'*XAI*, cfr. M. FERRARA, *Intelligenza Artificiale affidabile, una nuova frontiera della conoscenza*, EGEA, 2025, 77 ss.

[76] L' EBA (*European Banking Authority*) è una autorità indipendente dell'Unione Europea che svolge funzioni tecnico – consultive delle istituzioni europee in ambito bancario al fine di garantire stabilità ed efficienza del sistema bancario. Nel 2019 ha emanato un *Consultation Paper* dove ha affrontato la questione della valutazione del merito creditizio fornendo indicazioni agli istituti di credito sulla tipologia dei dati da utilizzare e sulle modalità per processarli. Quanto previsto nel *Paper* è stato, poi, sviluppato nel 2020 in un *Report* e, poi, negli *Orientamenti*, atto normativo dove si prevede la possibilità per gli intermediari di utilizzare tecniche di IA *machine learning* per garantire un *rating* bancario performante, ma, al contempo, si stabiliscono specifiche condizioni per l'applicazione di decisioni automatizzate nel processo di concessione del credito (la tracciabilità, verificabilità, robustezza e resilienza dei modelli utilizzati, il processo decisionale non distorto o discriminatorio, la validità e la qualità dei risultati, la possibilità di monitoraggio e revisione dei essi). In argomento, tra gli altri, F. BAGNI, op. cit., 920 ss.

ISSN 2281-3918/2421-2563



ogni anello della catena di valore dell'IA, rischi e responsabilità [77]. In ragione di ciò, nell'ipotesi di valutazione errata del merito di credito che dipenda dall'utilizzo di un sistema di IA, verranno in gioco diverse responsabilità: quella dell'addestratore o programmatore dell'algoritmo, quella del produttore del sistema di IA basato su quest'algoritmo e quella dell'utilizzatore (nel nostro caso l'istituto di credito o altro intermediario che si serve della valutazione automatizzata). Mentre nei primi due casi i danneggianti potrebbero essere considerati oggettivamente e solidalmente responsabili ai sensi della nuova disciplina sulla responsabilità del produttore, l'utilizzatore del sistema di *credit scoring* basato sull'IA e, quindi, sistema ad alto rischio potrebbe essere chiamato a rispondere (oltre che in via contrattuale, come abbiamo visto nelle pagine precedenti), anche in via extracontrattuale e oggettiva, per esercizio di attività pericolosa ex art. 2050 c.c.

[77] Cfr., per tutti, G. FINOCCHIARO, *La proposta di regolamento sull'Intelligenza Artificiale: il modello europeo basato sulla gestione del rischio*, in *Dir. inf.*, 2/2022, 303 ss.

ISSN 2281-3918/2421-2563

JUS CIVILE



GIORGIO DE NOVA*

LA *SUCCESS FEE* NELLA RIFORMA DELL'ORDINAMENTO FORENSE** ***

THE SUCCESS FEE IN THE REFORM OF THE LEGAL SYSTEM

Abstract: L'Autore si sofferma sulla clausola *success fee* alla luce della legge delega n. 137 del 2026.

Abstract: The author examines the "success fee" clause in the light of the Italian enabling act no. 137 of 2026.

SOMMARIO: *1. Prima della legge delega. – 2. La legge delega e lo schema di decreto legislativo. – 3. La Success fee dopo la riforma. – 4. Cenni sulla redazione della clausola di Success fee.*

1. Prima della legge delega

Prima di affrontare la questione della legittimità della *success fee* alla luce della legge delega n. 137 del 2026 per la riforma dell'ordinamento forense e della sua futura attuazione conviene ricostruire come stavano le cose prima della delega.

Sul piano normativo occorre considerare:

a) l'art. 1261, primo comma cod. civ., che così dispone: «*gli avvocati (...) non possono, neppure per interposta persona, rendersi cessionari di diritti sui quali è sorta contestazione davanti l'autorità giudiziaria (...) nella cui giurisdizione esercitano le loro funzioni, sotto pena di nullità e dei danni*».
b) l'art. 2233, secondo comma cod. civ., secondo cui: «*in ogni caso la misura del compenso deve essere adeguata all'importanza dell'opera e al decoro della professione*».
c) la legge n. 247 del 2012, che all'art. 13, terzo comma, pone il principio della libera pattuizione dei compensi, e ammette la pattuizione «*a percentuale sul valore dell'affare o su quanto si prevede possa giovarsene, non soltanto a livello strettamente patrimoniale, il destinatario della prestazione*», e al quarto comma stabilisce il divieto dei patti «*con i quali l'avvocato percepisca come compenso in tutto o in parte una quota del bene oggetto della prestazione o della ragione litigiosa*».
d) il Codice Deontologico forense oggi vigente, che all'art. 25, primo comma, ribadisce anzitutto che la pattuizione dei compensi è libera (fermo il limite previsto dall'art. 29, quarto comma, secondo cui «*L'avvocato non deve richiedere compensi o acconti manifestamente sproporzionati all'attività*

* Professore emerito di Diritto civile – Università Statale di Milano.

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

*** Relazione tenuta il 19 ottobre 2026 al convegno organizzato dall'Ordine degli Avvocati di Milano su "Palmario, *sucess fee* e patto di quota lite".

ISSN 2281-3918/2421-2563



svolta o da svolgere»), e precisa poi che «*È ammessa la pattuizione a tempo, in misura forfettaria, per convenzione avente ad oggetto uno o più affari, in base all'assolvimento e ai tempi di erogazione della prestazione, per singole fasi o prestazioni o per l'intera attività, a percentuale sul valore dell'affare o su quanto si prevede possa giovarsene il destinatario della prestazione, non soltanto a livello strettamente patrimoniale*». Il secondo comma dell'art.25 riproduce il divieto dei «*patti con i quali l'avvocato percepisca come compenso, in tutto o in parte, una quota del bene oggetto della prestazione o della ragione litigiosa*».

In sintesi:

a) l'avvocato non può rendersi cessionario di diritti oggetto di lite davanti all'autorità giudiziaria nella cui giurisdizione opera;
b) l'avvocato non può percepire come compenso una quota della *res litigiosa*;
c) il compenso deve essere adeguato con riferimento all'attività svolta o da svolgere;
d) il compenso dell'avvocato può essere determinato «*a percentuale sul valore dell'affare o su quanto si prevede possa giovarsene il destinatario della prestazione, non soltanto a livello patrimoniale*».

Per ciò che riguarda la questione della *success fee*, l'interpretazione che è stata data in giurisprudenza su questo complesso di norme può essere sintetizzata come segue: è valida la clausola che prevede come compenso aggiuntivo collegato o meno alla vittoria nella lite un importo determinato al momento dell'incarico in percentuale al valore della controversia, è nulla la clausola che prevede come compenso una percentuale di quello che sarà in fatto il risultato utile della lite, perché ritenuta in violazione del divieto del patto di quota lite, di cui all'art. 13, comma 4 della legge n. 247 del 2012.

In tal senso si vedano:

a) Cass. 4 settembre 2024, n. 23738 (illegittimità del patto con cui il compenso dell'avvocato è parametrato ad una percentuale dell'importo che, in caso di esito positivo della lite, il cliente avrebbe percepito a titolo di risarcimento del danno conseguente all'accertamento dell'illegittimità del licenziamento individuale);
b) Cass. 9 aprile 2025, n. 9359 (illegittimità del patto che commisura il compenso al 4% del risultato, ed esclude ogni compenso in caso di mancanza di risultato);
c) Cass. 31 maggio 2025, n. 14699 (illegittimità del patto che prevede il 5% dell'importo liquidato ai clienti a titolo di risarcimento per il decesso di un congiunto in un incidente stradale). [1]

La ratio è "*per evitare la commistione di interessi tra cliente ed avvocato che invece si avrebbe quando il compenso fosse collegato in tutto o in parte all'esito della lite*" (Cass. 31 maggio 2025, n. 14699).

2. La legge delega e lo schema di decreto legislativo

La legge delega n. 137 del 2026 sul punto così dispone all'art. 2.1 g): "*g) in materia di compenso dell'avvocato:*

[1] Si veda però Cass. 16 giugno 2026, n. 20214 (che respinge il motivo fondato sulla violazione dell'art. 13, terzo comma legge 247/2012 con riferimento ad un caso in cui oltre ad un compenso orario veniva pattuito un compenso aggiuntivo sulle somme o utilità riconosciute, argomentando che la sussistenza di un valido palmario e non di un patto di quota lite, se motivata, non può essere oggetto di sindacato in sede di legittimità).

ISSN 2281-3918/2421-2563



1) prevedere la libera pattuizione tra le parti, salvi i casi disciplinati dalla normativa in materia di equo compenso, prevedendo che lo stesso sia adeguato alla quantità e alla qualità della prestazione resa e possa essere anche parametrato al raggiungimento degli obiettivi perseguiti, fermo restando il divieto stabilito dall'articolo 1261 del codice civile e sempre che i compensi siano proporzionati all'attività svolta, secondo quanto disposto dall'articolo 2233 del codice civile".

Lo schema di decreto legislativo approvato dal Consiglio dei Ministri il 2 ottobre 2026 così dispone all'art. 11 (compenso per l'attività professionale):

«*1. Il compenso spettante al professionista è pattuito per iscritto all'atto del conferimento dell'incarico professionale e deve essere adeguato alla quantità e alla qualità della prestazione resa. L'incarico può essere svolto a titolo gratuito.*

2. La pattuizione dei compensi è libera, salvi i casi disciplinati dalla normativa in materia di equo compenso delle prestazioni professionali. È ammessa la pattuizione dei compensi a tempo, in misura forfetaria, per convenzione avente ad oggetto uno o più affari, in base all'assolvimento e ai tempi di erogazione della prestazione, per singole fasi o prestazioni o per l'intera attività, a percentuale sul valore dell'affare o su quanto si prevede possa giovarsene, non soltanto a livello strettamente patrimoniale, il destinatario della prestazione.

3. È consentito all'avvocato pattuire con il cliente compensi parametrati al raggiungimento degli obiettivi perseguiti, fermo il divieto dell'articolo 1261 del codice civile e sempre che i compensi siano proporzionati all'attività svolta, secondo quanto disposto dall'articolo 2233 del codice civile. Sono vietati i patti con i quali l'avvocato percepisca come compenso in tutto o in parte una quota del bene oggetto della prestazione o della ragione litigiosa».

L'art. 11.2 riprende l'art. 13, terzo comma della legge n. 247 del 2012 e l'art. 25, primo comma del Codice Deontologico Forense, riconoscendo la facoltà di pattuire un compenso «*a percentuale sul valore dell'affare o su quanto si prevede possa giovarsene il destinatario della prestazione*».

L'art. 11.3 introduce la facoltà di pattuire compensi «*parametrati al raggiungimento degli obiettivi perseguiti*», ma «*sempre che i compensi siano proporzionati all'attività svolta, secondo quanto disposto dall'articolo 2233 del codice civile*». Si aggiunge che «*sono vietati i fatti con i quali l'avvocato percepisca come compenso in tutto o in parte una quota del bene oggetto della prestazione o della ragione litigiosa*».

Lo Schema interpreta la delega come se restassero fermi i precedenti limiti e divieti (anche il divieto del patto di quota lite *ex* art. 13, quarto comma della legge n. 247 del 2012) e ciò (non si capisce perché) con riferimento alla sola facoltà di pattuire compensi «*parametrati al raggiungimento degli obiettivi perseguiti*».

In verità la delega non prevede la sopravvivenza del divieto di patto di quota lite come limite alla facoltà di pattuire compensi «*parametrati al raggiungimento degli obiettivi perseguiti*», e l'inserimento all'art. 11.3 dello Schema di questo limite ulteriore rischia di creare seri problemi quanto alla *success fee*.

Ciò detto, verifichiamo la portata dell'innovazione.

3. La *Success fee* dopo la riforma

Dopo la riforma il compenso potrà dunque essere (anche *in toto*) parametrato «*al raggiungimento degli obiettivi perseguiti*». La formulazione è opaca, ma a mio parere va intesa come riferita all'effettivo

ISSN 2281-3918/2421-2563



risultato positivo della lite: non vedo infatti in che cosa possa consistere per il cliente un obiettivo perseguito raggiunto se non l'esito positivo della lite (o di una transazione favorevole della controversia).

Se così è, vediamo quali sono gli interessi in gioco.

L'avvocato ha interesse ad una congrua remunerazione della sua attività.

Il cliente ha interesse a limitare il costo delle spese legali.

Sono interessi divergenti. Ma avvocato e cliente hanno entrambi interesse a vincere la lite: su questo si può costruire.

Conviene innanzitutto distinguere tra liti passive e liti attive.

Se la lite è passiva il cliente ha interesse alla reiezione delle domande avversarie, e, fermo restando che una parte delle spese legali di regola rimarrà a suo carico in ogni caso (sia cioè di esito negativo, sia di esito positivo della lite), potrà avere interesse a concordare con il suo difensore un compenso fisso, ed un compenso ulteriore in caso di reiezione delle domande avversarie, o anche soltanto un compenso in caso di reiezione delle domande avversarie.

Tale compenso potrà essere un importo determinato, dovuto in caso di reiezione delle domande avversarie, o potrà essere parametrato alla entità della soccombenza.

Per clausole di questo genere non dovrebbero esserci problemi di validità.

Il tema vero è quello delle liti attive.

Per il cliente il compenso al proprio difensore (che, come già detto, rimarrà comunque in gran parte a suo carico anche in caso di esito positivo della lite) costituisce un costo. Se l'esito della lite sarà negativo, si tratterà di una voce passiva. Se l'esito sarà positivo, la valutazione di tale costo dipenderà dal risultato della lite: al cliente il costo apparirà tanto più congruo quanto maggiore sarà il risultato. Il cliente ha dunque interesse a concordare non un compenso fisso, ma un compenso almeno in parte parametrato al risultato che otterrà. La propensione al *litigation funding* conferma questo atteggiamento.

Di regola si concorderà un compenso fisso ed un compenso aggiuntivo legato all'esito della lite, ma può essere anche concordato un compenso esclusivamente legato all'esito della lite. Ma come calcolarlo?

Un compenso aggiuntivo predeterminato al momento dell'incarico in un importo determinato, o in una percentuale del valore della controversia, e quindi in definitiva in un importo determinato, può venire in considerazione se la lite può avere soltanto un risultato interamente positivo o interamente negativo. Se l'erede fa valere un testamento che gli attribuisce 100, e si discute della validità del testamento, l'esito potrà essere 100 o nulla. In tal caso l'erede può pattuire *ex* ante un compenso del 10% di 100, cioè 10, in caso di esito positivo della lite.

Ma di regola l'attore svolge una domanda che può essere accolta in misura maggiore o minore. In tal caso l'interesse del cliente è quello di corrispondere al difensore un compenso aggiuntivo di 10 se ottiene 100, ma solo di 5 se ottiene 50.

Di regola, dunque, la previsione di una *success fee* ha senso se viene calcolata in una percentuale dell'effettivo e concreto risultato favorevole della lite.

Per parte sua il difensore ha interesse a che l'importo aggiuntivo in caso di esito positivo della lite sia tale da comportare un compenso congruo almeno in quel caso. Ma poiché in caso di esito negativo anche l'eventuale compenso fisso non costituirà un compenso congruo, il difensore che accetta compensi in forma di *success fee* ragionerà su una pluralità di *success fee*: i casi in cui otterrà la *success fee* dovranno almeno pareggiare i casi di compenso non congruo perché le liti hanno avuto esito negativo.

Se questo è il quadro degli interessi in gioco vediamo di nuovo cosa prevede lo schema di decreto legislativo attuativo.

ISSN 2281-3918/2421-2563



Lo Schema prevede all'articolo 11.3 che il compenso dell'avvocato possa essere parametrato al raggiungimento degli obiettivi perseguiti (il che credo voglia dire al risultato della lite), ma come si è detto pone tre limiti, il rispetto del divieto di cui all'art.1261 del cod. civ., e la necessità che «*i compensi siano proporzionali all'attività svolta, secondo quanto disposto dall'art. 2233 del codice civile*» e il divieto dei patti di quota lite.

Il limite dell'art. 1261 non sembra porre particolari problemi, perché la clausola che parametra il compenso ad una percentuale dell'esito positivo effettivo della lite non comporta una cessione della *res litigiosa*.

Il limite del divieto dei patti di quota lite, se non verrà eliminato, porrà invece gravi problemi, perché è in base a tale divieto che la giurisprudenza, come si è detto, considerava nulla la clausola che prevede come compenso una percentuale del risultato della lite. Se questa limitazione rimane, o cambia la giurisprudenza sul divieto del patto di quota lite o tanto vale dire che sul punto la riforma è fallita.

Delicati problemi pone anche il requisito della proporzionalità con l'attività svolta, che per vero non corrisponde esattamente al tenore letterale del secondo comma dell'art. 2233.

Il requisito della proporzionalità può in astratto giocare in due modi.

Il suo difetto può rendere nulla una clausola che preveda una percentuale del risultato, quando il risultato favorevole è però irrisorio, perché in tal caso il compenso non sarà proporzionato per difetto all'attività, e può rendere nulla tale clausola quando il risultato favorevole è molto elevato, perché in tal caso il compenso non sarà proporzionato per eccesso all'attività.

Trattandosi di un requisito di validità dell'accordo sul compenso, l'accertamento non può che avvenire *ex ante*: ne consegue che il riferimento all'attività dovrà essere all'attività che dovrà essere prevedibilmente svolta (e non a quella effettivamente svolta).

In secondo luogo, a mio parere il requisito della proporzionalità con l'attività dovrà operare come limite inferiore, e non come limite superiore, e ciò con maggiore aderenza a quanto prevede l'art. 2233, secondo comma, e alla legge delega che parla di adeguatezza all'importanza dell'opera e al decoro della professione.

Sarà perciò nulla una clausola di *success fee* che preveda una percentuale determinata su risultati possibili troppo bassi.

Sarà invece valida una clausola di *success fee* che preveda una percentuale determinata anche su risultati possibili molto alti, per rispondere all'esigenza di una considerazione complessiva della applicazione in più casi di clausole di *success fee*, di cui si è detto. Se la *success fee* dovesse diffondersi, è bene tenere conto anche di questo profilo.

4. Cenni sulla redazione della clausola di *Success fee*

Quale che sarà il decreto legislativo di attuazione, occorre considerare come si dovrà prevedere il compenso a risultato effettivo della lite negli accordi tra l'avvocato e il cliente.

In primo luogo, è necessario chiarire bene cosa si debba intendere per risultato. La sentenza di primo grado? La sentenza passata in giudicato? L'effettivo incasso da parte del cliente del "risultato"?

In secondo luogo, è necessario chiarire che per "risultato" si intende anche il risultato (positivo per il cliente) di una transazione, e si dovrà prevedere cosa si intenda per risultato positivo.

In terzo luogo è necessario, a protezione dell'avvocato, prevedere una clausola (c.d. *tail prevision*) che gli riconosca il compenso a risultato effettivo della lite anche se viene sostituito dal cliente prima

ISSN 2281-3918/2421-2563



dell'esito della lite: ad evitare che, raggiunta la consapevolezza dell'esito favorevole della lite, il cliente pensi bene di sostituirlo con altro avvocato.

In quarto luogo è necessario pattuire con chiarezza il *quantum* del compenso a risultato effettivo della lite. Potrà essere previsto un importo fisso (ma, come dicevo, non sarà così di regola) o un importo variabile a scaglioni, sia con importi decrescenti (di più sul primo milione, di meno sul secondo, ancora di meno sul terzo, etc.) o invece crescenti (di meno sul primo milione, di più sul secondo, di più ancora sul terzo, etc.). Il tema è negoziale.

ISSN 2281-3918/2421-2563

JUS CIVILE



VALENTINA VITI*

LA RESPONSABILITÀ PER I DANNI DA FUNZIONAMENTO AUTONOMO DI SISTEMI DI IA. ALLA RICERCA DI UN GIUSTO EQUILIBRIO FRA ESIGENZE ED INTERESSI INVOLTI**

LIABILITY FOR DAMAGE CAUSED BY THE AUTONOMOUS OPERATION OF AI SYSTEMS: IN SEARCH OF A FAIR BALANCE BETWEEN THE NEEDS AND INTERESTS AT STAKE

Abstract: Il contributo esamina il tema della responsabilità civile per i danni derivanti dal funzionamento dei sistemi di intelligenza artificiale, muovendo dai problemi posti dall'autonomia, dall'opacità algoritmica e dalla pluralità degli attori coinvolti nella loro realizzazione e messa in circolazione e ricollegando a tali caratteristiche l'affermarsi, nelle riflessioni dottrinarie e negli indirizzi rinvenibili a livello europeo, di due linee di tendenza rivolte alla valorizzazione dell'adozione di regimi di responsabilità oggettiva e all'affermazione di forme di responsabilità "distribuita" lungo la complessa filiera tecnologica. In tale prospettiva vengono lette ed indagate tanto l'emanazione della nuova disciplina unionale sulla responsabilità per danno da prodotti difettosi, quanto gli studi e le riflessioni sulle possibili responsabilità del venditore e del proprietario/utilizzatore di tali sistemi alla luce delle regole contrattuali e degli artt. 2050 e 2051 c.c. Entro il delineato quadro l'A., dando rilievo a valutazioni di politica del diritto orientate a conciliare le ragioni di tutela del danneggiato con le peculiarità dei diversi ambiti applicativi delle nuove tecnologie e con l'esigenza di non ostacolare la diffusione dell'innovazione, sostiene, da un lato, la necessità di evitare l'adozione di un regime uniforme di responsabilità per i proprietari/utilizzatori di sistemi di IA, proponendo un approccio settoriale guidato dal criterio del rischio d'impresa, dall'altro lato, l'opportunità di uno spostamento della responsabilità verso la figura del produttore, quale soggetto maggiormente capace di prevenire e governare il rischio tecnologico, vagliando a tal fine l'adeguatezza e la fruibilità delle norme che nel nostro ordinamento presiedono alla regolamentazione di regressi e rivalse.

Abstract: This article examines civil liability for damage arising from the operation of artificial intelligence systems. It begins by considering the challenges posed by their autonomy, algorithmic opacity, and the multiplicity of actors involved in their development and placing on the market. The article links these features to the emergence, in legal scholarship and at the European level, of two main trends: the adoption of strict liability regimes and the recognition of forms of "distributed" liability throughout the complex technological supply chain. From this perspective, it analyses both the new EU legislation on liability for defective products and the scholarly debate concerning the potential liability of sellers and owners/users of such systems under contract law and Articles 2050 and 2051 of the Italian Civil Code. Against this background, and drawing upon policy considerations aimed at reconciling the protection of injured parties with the specific features of the various fields in which new technologies are deployed and the need not to hinder the spread of innovation, the Author argues, first, that a uniform liability regime for all owners/users of AI systems should be avoided, advocating instead a sector-specific approach guided by the enterprise-risk criterion. Secondly, the Author supports shifting liability towards the producer, as the party best placed to prevent and manage technological risks, and assesses the adequacy and practical effectiveness of the rules governing rights of recourse and contribution under Italian law.

SOMMARIO: *1. Sistemi "intelligenti" e responsabilità civile. Questioni problematiche e linee di tendenza. – 2. – La risposta del legislatore europeo: la revisione della disciplina sulla responsabilità da prodotto difettoso. – 3. Le riflessioni*

* Ricercatrice di Diritto privato – Università degli Studi di Brescia.

** Contributo sottoposto a revisione.

ISSN 2281-3918/2421-2563



dottrinali sulla posizione del venditore di sistemi di IA e dei proprietari e utilizzatori dei dispositivi intelligenti nell'ipotesi di danni a terzi. – 4. Per l'adozione di un approccio particolare e settoriale nella valutazione della responsabilità del proprietario/utilizzatore del sistema di IA. – 5. Per uno "spostamento" della responsabilità verso la figura del produttore di sistemi intelligenti.

1. Sistemi "intelligenti" e responsabilità civile. Questioni problematiche e linee di tendenza

Il tema della responsabilità civile per i danni derivanti dall'operatività di sistemi "intelligenti" rappresenta ormai indiscusso campo di elezione di dibattiti e riflessioni dottrinarie [1].

A fronte dei vantaggi che l'innovazione tecnologica in esame è in grado, secondo opinione unanime, di apportare in termini di innalzamento del livello di efficienza dei vari servizi dalla stessa investiti e dei conseguenti benefici, economici e non, da essa scaturenti, non trascurabili sono da subito apparsi gli scenari di rischio legati alla possibilità di eventi pregiudizievoli conseguenti all'utilizzo di tali sistemi. Eventi pregiudizievoli che, nella diversità della loro tipologia, potranno ben attenere anche alla sfera personale dell'individuo e ai suoi diritti fondamentali, quali, ad esempio, il diritto alla salute (si pensi all'errato e pregiudizievole funzionamento di un *medical device*) o il diritto alla reputazione (si pensi ad un malfunzionamento di un dispositivo *smart* da cui consegua un trattamento illecito di dati).

Le questioni e gli interrogativi che il tema ha sollevato si caratterizzano per profili di novità essenzialmente originati da alcuni peculiari tratti connotanti il fenomeno in esame. Viene, in primo luogo, in rilievo il non trascurabile livello di autonomia di cui i *devices* in esame sono nella maggior parte dei casi muniti, nel momento in cui si mostrano in grado di elaborare in modo indipendente, attraverso algoritmi e reti neurali, i dati che incamerano e scambiano con l'ambiente circostante, eseguendo azioni senza necessità di controllo e intervento umano ed apprendendo nuovi comportamenti o adattando gli stessi in base all'esperienza e attraverso l'interazione [2]. Tratto a cui si lega una caratteristica opacità, scarsa comprensibilità e prevedibilità del funzionamento di tali sistemi e dei processi decisionali ed evolutivi che li animano [3]. Si pone, in secondo luogo, all'attenzione la complessità della catena di produzione ed immissione in circolazione degli *smart devices*, entro la quale viene a collocarsi una pluralità di attori, che contribuiscono alla realizzazione del dispositivo intelligente nelle sue singole componenti (quali il produttore dell'*hardware*, lo sviluppatore del *software*, l'ideatore dell'algoritmo di auto-apprendimento), alla fornitura dei servizi necessari al suo utilizzo (si pensi al fornitore dei *training data*), fino alla commercializzazione dello stesso [4].

---

[1] Oltre ai numerosi scritti citati nelle note che seguono, sul tema si segnalano le due recenti opere monografiche di A. BERTOLINI, *Intelligenza artificiale e responsabilità civile. Problema, sistema, funzioni*, Bologna, 2025; F. CEREA, *La responsabilità civile da sistemi intelligenti*, Torino, 2025.

[2] Evidenziano tale profilo, fra gli altri, A. AMIDEI, *Intelligenza Artificiale e* product liability: *sviluppi del diritto dell'Unione Europea*, in E. GABRIELLI, U. RUFFOLO (a cura di), *Intelligenza artificiale e diritto*, in *Giur. it*., 2019, 7, 1717 ss.; AR. FUSARO, *Quale modello di responsabilità per la robotica avanzata? Riflessioni a margine del percorso europeo*, in *Nuova giur. civ. comm*., 2020, 6, 1344; M. GAMBINI, *Nuovi paradigmi della responsabilità civile per l'Intelligenza artificiale*, in *Rass. dir. civ*., 2023, 4, 1298 ss.

[3] La connessione fra autonomia del dispositivo intelligente, che sempre meno potrebbe essere considerato come mero strumento nelle mani di altri attori, e "indecifrabilità" e imprevedibilità della sua condotta è sottolineata da A. AMIDEI, *Intelligenza Artificiale e* product liability: *sviluppi del diritto dell'Unione Europea*, cit., 1717 ss.

[4] Sottolinea tale profilo M. GAMBINI, *Nuovi paradigmi della responsabilità civile per l'Intelligenza artificiale*, cit., 1302 ss. e, con specifico riguardo ai dispositivi medicali intelligenti, C. PERLINGIERI, *Intelligenza artificiale in ambito medico-sanitario: profili di ricostruzione normativa a seguito dell'*AI Act, in *Rass. dir. civ*., 2024, 3, 912.

ISSN 2281-3918/2421-2563



Entrambe queste caratteristiche hanno fatto emergere, non solo in dottrina ma anche presso le istituzioni europee, il timore del verificarsi, in siffatti contesti, del rischio di veri e propri "vuoti di responsabilità" [5], legati, da un lato, alla difficoltà di ricostruire – a fronte di interazioni algoritmiche non interamente controllabili dall'uomo – l'imputazione soggettiva dei fatti dannosi, riconducendo gli stessi ad una condotta umana rilevante; dall'altro lato, alla non facile individuabilità – dinnanzi alla coesistenza e possibile sovrapposizione di ruoli e competenze delle varie figure coinvolte – della sequenza dei nessi causali alla base degli eventi dannosi e, dunque, del soggetto su cui far ricadere in modo specifico la responsabilità [6].

I rilievi appena esposti hanno indotto a sviluppare le riflessioni sul tema indagato lungo due principali linee di tendenza, collocantesi entrambe in un'ottica di massima garanzia della tutela dei danneggiati. La prima, volta ad evidenziare l'inadeguatezza nei contesti considerati dei tradizionali modelli di responsabilità fondati sulla colpa ed orientata a valorizzare la maggiore appropriatezza dell'adozione di criteri di imputazione riferibili a regimi di responsabilità oggettiva o a regole di responsabilità aggravata per colpa presunta [7]. La seconda, indirizzata alla configurazione di forme di responsabilità "distribuita" lungo la complessa filiera tecnologica, che chiamino i diversi attori coinvolti a rispondere in via solidale e concorrente verso il soggetto leso [8], assicurando, nei loro rapporti interni, una equa ripartizione dell'onere economico del risarcimento attraverso rivalse e regressi [9].

Tali linee di tendenza hanno trovato accoglimento in una serie di atti non vincolanti e documenti progettuali delle diverse istituzioni europee in materia di responsabilità civile da utilizzo e produzione di dispositivi intelligenti. Così nella Risoluzione del febbraio 2017 del Parlamento europeo avente ad oggetto raccomandazioni alla Commissione in tema di *«norme di diritto civile sulla robotica»*, evidenziandosi la necessità di integrare l'esistente quadro normativo europeo in materia, si invitava la Commissione ad individuare il regime di responsabilità all'uopo più adatto, indicando quale possibile

---

[5] Timori legati al rischio di un vuoto di responsabilità per eventi lesivi cagionati dall'intelligenza artificiale *self-learning* sono stati espressi, per la prima volta nel contesto europeo, dal Parlamento europeo nella Risoluzione del 16 febbraio 2017 recante raccomandazioni alla Commissione concernenti *"norme di diritto civile sulla robotica*" [2015/2103 (INL)].

[6] M. GAMBINI, *Nuovi paradigmi della responsabilità civile per l'Intelligenza artificiale*, cit., 1302-1303.

[7] Si tratta di una linea di tendenza non solo seguita dalla dottrina nella concreta individuazione delle regole di responsabilità adattabili e applicabili alle ipotesi di danni cagionati dall'operatività dei prodotti "intelligenti" (per la quale si rinvia alla bibliografia richiamata nelle note a corredo dei paragrafi 2 e 3 del presente lavoro), ma anche contenuta in una serie di atti non vincolanti e documenti progettuali, andati e non a buon fine, delle istituzioni dell'Unione europea, come più approfonditamente evidenziato nei contributi di M. RATTI, *Riflessioni in materia di responsabilità civile e danno cagionato da dispositivo intelligente alla luce dell'attuale scenario normativo*, in *Contr. impr*., 2020, 3, 1176 ss.; AR. FUSARO, *Quale modello di responsabilità per la robotica avanzata? Riflessioni a margine del percorso europeo*, cit., 1344 ss.; M. GAMBINI, *Nuovi paradigmi della responsabilità civile per l'Intelligenza artificiale*, cit., 1297 ss.

[8] G. ALPA, *La responsabilità civile*, in *Tratt. dir. civ*., IV, Milano, 1999, 17 ss.; F. DI CIOMMO, *Evoluzione tecnologica e regole di responsabilità civile*, Napoli, 2003, 127 ss.; S. RODOTÀ, *Il diritto di avere diritti*, Bari, 2015, 403; M. GAMBINI, *Nuovi paradigmi della responsabilità civile per l'Intelligenza artificiale*, cit., 1302 ss.; con riguardo all'ambito medico-sanitario, C. PERLINGIERI, *Intelligenza artificiale in ambito medico-sanitario: profili di ricostruzione normativa a seguito dell'*AI Act, cit., 912.

[9] M. GAMBINI, *Nuovi paradigmi della responsabilità civile per l'Intelligenza artificiale*, cit., 1302 ss., secondo cui "a valle" dovrebbe essere chiamato a rispondere del danno il soggetto, volta a volta, reputato causalmente più vicino, stabilendo le proporzioni delle responsabilità individuali in funzione del grado di controllo che gli operatori hanno esercitato sui rischi di danno connessi al funzionamento del sistema intelligente. Con specifico riguardo all'ambito sanitario, sulla pluralità di responsabili e sui meccanismi di rivalsa e regresso nei rapporti interni si veda A. D'ADDA, *Danni «da robot» (specie in ambito sanitario) e pluralità di responsabili tra sistema della responsabilità civile ed iniziative di diritto europeo*, in *Riv. dir. civ*., 2022, 5, 825 ss.

ISSN 2281-3918/2421-2563



opzione l'adozione di un sistema di *strict liability* in grado di consentire un più facile accesso al risarcimento da parte del soggetto leso [10]. La conseguente Relazione della Commissione del febbraio 2020 *«sulle implicazioni dell'intelligenza artificiale, dell'Internet delle cose e della robotica in materia di sicurezza e responsabilità»* si orientava verso un regime di responsabilità del proprietario e dell'utilizzatore del *device* tendenzialmente oggettiva, nonché su una serie di adattamenti della disciplina della responsabilità del produttore [11].

Successivamente, la Proposta di Regolamento elaborata dalla Commissione Juri e contemplata nella Risoluzione del Parlamento europeo dell'ottobre 2020 recante raccomandazioni alla Commissione europea *«su un regime di responsabilità civile per l'intelligenza artificiale»* [12], individuando nella figura del *deployer* ("l'operatore", ossia colui che decide in merito all'utilizzo del dispositivo, esercita il controllo sul rischio associato e beneficia del suo funzionamento) il soggetto responsabile, delineava un doppio regime di responsabilità: oggettiva, per le ipotesi di danno provocato da sistemi di IA ad alto rischio; aggravata per colpa presunta, in caso di danno cagionato da tutti gli altri sistemi [13]. Nello stesso documento, osservandosi come in alcune situazioni avrebbe potuto riscontrarsi la presenza di più operatori (ad esempio, un operatore di *back-end* e un operatore di *front-end*), si sottolineava l'opportunità di riconoscere in capo a ciascuno di essi una responsabilità solidale, con diritto di rivalsa reciproca su base proporzionale [14].

La riferita Proposta di Regolamento veniva, tuttavia, superata dalla scelta della Commissione europea di optare, nella materia in esame, per il diverso strumento della direttiva, avanzando una "più snella" proposta di «adeguamento delle norme in materia di responsabilità civile extracontrattuale all'intelligenza artificiale» [15], con cui, prendendosi atto dei criteri di imputazione della responsabilità operanti nei singoli ordinamenti, ci si limitava ad indicare obiettivi di armonizzazione minima, introducendo, per i casi di responsabilità imputata in via colposa [16], una serie di presunzioni relative in ordine al nesso causale tra condotta colposa del fornitore o dell'utente e risultato dannoso, nonché particolari regole probatorie volte a facilitare l'acquisizione di informazioni in capo a fornitori e utenti del dispositivo [17]. Tale

[10] Risoluzione del Parlamento europeo del 16 febbraio 2017, cit., ove tuttavia non si specifica espressamente quale dovrebbe essere il soggetto chiamato a rispondere dei danni. Soluzione posta come alternativa nella Risoluzione è quella consistente nell'adozione di un approccio di responsabilizzazione dei soggetti che possono in concreto minimizzare il rischio connesso all'utilizzo dei dispositivi intelligenti; tuttavia, sulla non alternatività, bensì sulla conciliabilità delle due soluzioni si veda M. RATTI, *Riflessioni in materia di responsabilità civile e danno cagionato da dispositivo intelligente alla luce dell'attuale scenario normativo*, cit., 1177.

[11] Relazione della Commissione al Parlamento europeo, al Consiglio e al comitato economico e sociale europeo *«sulle implicazioni dell'intelligenza artificiale, dell'Internet delle cose e della robotica in materia di sicurezza e responsabilità».*

[12] Risoluzione del Parlamento europeo del 20 ottobre 2020 recante raccomandazioni alla Commissione *«su un regime di responsabilità civile per l'intelligenza artificiale»* [2020/2014 (INL)].

[13] Per una approfondita analisi della Risoluzione del 20 ottobre 2020 e della Proposta di Regolamento in essa contemplata si veda M. GAMBINI, *Nuovi paradigmi della responsabilità civile per l'Intelligenza artificiale*, cit., 1304 ss.

[14] Cfr. l'Introduzione n. 13 della Risoluzione del Parlamento europeo del 20 ottobre 2020 e gli artt. 11 (Responsabilità in solido) e 12 (Azione di regresso per il risarcimento) della Proposta di Regolamento contemplata nella Risoluzione.

[15] Proposta per una direttiva del Parlamento europeo e del Consiglio, relativa all'adeguamento delle norme in materia di responsabilità civile extracontrattuale all'intelligenza artificiale [COM (2022) 496 final 2022/0303 (COD)].

[16] Nella proposta di direttiva si rinviava ad una fase successiva la considerazione delle situazioni di utilizzo dell'IA comportanti un particolare profilo di rischio, per le quali avrebbe potuto risultare più adeguata l'opzione per un regime di responsabilità oggettiva.

[17] Così evidenzia A. D'ADDA, *Danni «da robot» (specie in ambito sanitario) e pluralità di responsabili tra sistema della responsabilità civile ed iniziative di diritto europeo*, cit., 811-812. Per una analisi della Proposta di Direttiva si veda M. GAMBINI, *Nuovi paradigmi della responsabilità civile per l'Intelligenza artificiale*, cit., 1314 ss.

ISSN 2281-3918/2421-2563



proposta di direttiva, elaborata parallelamente alla complementare proposta di nuova direttiva sui danni da prodotto difettoso [18] e, a differenza di quest'ultima [19], abbandonata ufficialmente nel febbraio 2025 [20], pur rinunciando a definire gli aspetti generali della responsabilità civile per danni da dispositivi intelligenti, mostrava comunque, attraverso il proprio succinto articolato, di muovere dalla presupposta considerazione che le norme nazionali relative al tradizionale modello di responsabilità per colpa non potessero ritenersi adatte ai contesti tecnologicamente evoluti presi in esame [21].

2. La risposta del legislatore europeo: la revisione della disciplina sulla responsabilità da prodotto difettoso

Le due menzionate linee di tendenza hanno trovato più concreta espressione a livello normativo europeo nella recente revisione apportata alla normativa sulla responsabilità del produttore dalla direttiva UE 2024/2855. Il tema dell'allocazione delle conseguenze pregiudizievoli causate da dispositivi intelligenti ha, infatti, nell'ambito delle regole di diritto vigente, richiamato sin da subito l'attenzione sulla particolare disciplina della responsabilità da prodotto difettoso, la quale, già nella formulazione contenuta nella direttiva CEE/85/374 (trasposta nell'ordinamento italiano negli artt. 114 ss. c. cons.), è sembrata, per alcuni non trascurabili profili, strada potenzialmente interessante ed utile da percorrere, tanto per il caso di danni derivati all'acquirente/utilizzatore del prodotto, quanto per l'ipotesi di pregiudizi cagionati a terzi a seguito dell'uso dello stesso [22]. In particolare, la natura (da diverse voci reputata) oggettiva di tale responsabilità [23] si sarebbe mostrata particolarmente adatta alle evidenziate

[18] Proposta di direttiva del Parlamento europeo e del Consiglio sulla responsabilità per danno da prodotti difettosi [COM (2022) 495 final 2022/0302 (COD)].

[19] Sfociata nell'adozione della direttiva (UE) 2024/2853 del Parlamento europeo e del Consiglio del 23 ottobre 2024.

[20] Quando la Commissione europea ne ha annunciato il ritiro.

[21] In tal senso M. GAMBINI, *Nuovi paradigmi della responsabilità civile per l'Intelligenza artificiale*, cit., 1315.

[22] Si ritiene di condividere l'opinione di chi ritiene non sussistano ragioni per limitare nei confronti dell'acquirente/utilizzatore la responsabilità del produttore, che ricorrerà rispetto a chiunque sia stato comunque danneggiato dal prodotto difettoso, cfr., fra gli altri, A. ALBANESE, *La responsabilità civile per i danni da circolazione di veicoli ad elevata automazione*, in *Eur. dir. priv.*, 2019, 4, 1014 ss., secondo il quale non ci sono ragioni per una tale delimitazione, in quanto la logica della responsabilità extracontrattuale, nonché la prospettiva della finalità di tutela della disciplina «non solo consent[ono] di ritenere responsabile il produttore pur quando egli non abbia venduto il bene all'utilizzatore finale, ma altresì legittima[no] ad agire per il risarcimento tutti coloro che siano stati danneggiati dal prodotto difettoso». Diversamente, fra gli altri, M. COSTANZA, *L'intelligenza artificiale e gli stilemi della responsabilità civile*, in E. GABRIELLI, U. RUFFOLO (a cura di), *Intelligenza artificiale e diritto*, cit., 1689, ove si legge che la «*ratio* della disciplina della responsabilità del fabbricante è essenzialmente legata al danno rinveniente dall'uso del prodotto difettoso. Il terzo che subisce pregiudizio dipendente dall'altrui esercizio di attività di natura imprenditoriale non è l'utilizzatore del prodotto»; V. DI GREGORIO, *Intelligenza artificiale e robotica: profili di responsabilità civile in campo sanitario*, in *Resp. medica*, 2019, 4, 447, secondo cui la disciplina sulla responsabilità del produttore regola i danni da utilizzo del prodotto nel rapporto diretto produttore-utilizzatore e non i danni derivanti a terzi causati dall'utilizzatore del prodotto difettoso.

[23] Ricostruisce la responsabilità del produttore quale responsabilità avente natura extracontrattuale e oggettiva C. CASTRONOVO, *La nuova responsabilità civile*, Milano, 2006, 687. Negli stessi termini U. CARNEVALI, *Art. 1. Responsabilità del produttore*, in AA.VV. (a cura di), *La responsabilità per danno da prodotti difettosi*, Milano, 1990, 6. La natura oggettiva di tale responsabilità è richiamata in diversi documenti e atti normativi dell'Unione europea, ove si fa riferimento ad un regime di *strict liability*, cfr., fra gli altri, Commissione Europea, *Working Document, Liability for emerging digital technologies*, 25 aprile 2018, COM (2018) 237 final, nonché, da ultimo, il *considerando 2* della direttiva (UE) 2024/2853, in cui, nella versione tradotta in italiano, si afferma che «[l]a responsabilità oggettiva degli operatori economici rimane l'unica soluzione adeguata per affrontare il problema di una giusta ripartizione del rischio inerente alla produzione tecnologica moderna». Ritengono, invece, che la responsabilità in questioni non sembri rispondere propriamente ad un sistema di responsabilità oggettiva, quantomeno nel senso che la dimostrazione del difetto pone il danneggiato in una situazione meno favorevole rispetto ad un regime

ISSN 2281-3918/2421-2563



caratteristiche di autonomia ed imprevedibilità dei dispositivi in esame [24]. Inoltre, l'ampiezza della platea dei possibili responsabili della difettosità del prodotto, estesa, già nella formulazione della direttiva 85/374/CEE, ad un vasto numero di soggetti coinvolti nella catena produttiva e distributiva del bene [25], si sarebbe disvelata in astratto – e salvo alcune criticità di cui si parlerà a breve – come particolarmente rispondente alla complessità del processo tecnologico alla base della costruzione degli *smart products* e alle conseguenti esigenze di configurazione di una responsabilità distribuita all'interno dello stesso [26].

L'attenzione così rivolta alla normativa di cui alla direttiva 85/374/CEE ha portato, tuttavia, ben presto non solo la dottrina, ma anche le istituzioni europee ad evidenziare diverse criticità in merito all'effettiva operatività e applicabilità di tale disciplina negli scenari indagati, criticità legate a profili di rilievo inerenti alla stessa qualificabilità dei sistemi intelligenti in termini di "prodotto", al regime dell'onere della prova in relazione all'esistenza del difetto e del nesso causale tra difetto e danno, alla determinazione del momento in cui svolgere la verifica dell'esistenza del difetto e, ancora, al regime della scriminante del rischio da sviluppo [27]. Ne è seguita l'affermazione della necessità di una revisione della normativa, che, senza comportare un radicale ripensamento della complessiva impostazione di fondo della disciplina in tema di *product liability*, consentisse un adattamento di alcuni concetti-chiave e di alcune regole operative del relativo regime di responsabilità, in grado di assicurarne un sicuro e rigoroso operare anche nelle peculiari fattispecie oggetto del nostro studio [28].

La riferita prospettiva di adeguamento della normativa sui danni da prodotto difettoso ai nuovi scenari tecnologicamente avanzati è stata seriamente e significativamente perseguita dal legislatore europeo, il quale nell'ottobre del 2024 ha emanato una nuova direttiva in materia, abrogante la precedente e

---

ordinario di responsabilità oggettiva, D. CARUSO e R. PARDOLESI, *Per una storia della Direttiva 1985/374/CEE*, in R. PARDOLESI, G. PONZANELLI (a cura di), *I 25 anni di* products liability, in *Danno e resp*., 2012, 11, 9 ss.

[24] A. AMIDEI, *Intelligenza Artificiale e* product liability: *sviluppi del diritto dell'Unione Europea*, cit., 1719-1720, evidenzia come il semplice fatto che l'insorgere di un comportamento "distorto" dello *smart product* non fosse prevedibile da parte del suo produttore, non possa «in ogni caso escludere di per sé la responsabilità dello stesso per il danno cagionato da un difetto del bene. La possibilità o meno per il produttore di comprendere e prevedere la condotta dell'intelligenza artificiale *self-learning* costituirebbe, infatti, tutt'al più, elemento di esclusione di una sua colpa in relazione all'evento lesivo derivatone; colpa che, però, non rileva ai fini dell'individuazione della responsabilità del fabbricante».

[25] In base all'art. 3 della direttiva 85/374/CEE il termine "produttore" deve riferirsi, oltre che al fabbricante di un prodotto finito, al «produttore di una materia prima» o al «fabbricante di una parte componente, nonché ogni persona che, apponendo il proprio nome, marchio o altro segno distintivo sul prodotto, si presenta come produttore dello stesso»; a «chiunque importi un prodotto nella Comunità europea» nell'ambito della sua attività commerciale; quando non può essere individuato il produttore del prodotto ad «ogni fornitore a meno che quest'ultimo comunichi al danneggiato, entro un termine ragionevole, l'identità del produttore o della persona che gli ha fornito il prodotto». Sul punto, si veda nella nuova direttiva (UE) 2024/2853 l'art. 8.

[26] A. AMIDEI, *Intelligenza Artificiale e* product liability: *sviluppi del diritto dell'Unione Europea*, cit., 1719; A. D'ADDA, *Danni «da robot» (specie in ambito sanitario) e pluralità di responsabili tra sistema della responsabilità civile ed iniziative di diritto europeo*, cit., 825 ss.

[27] Nella Risoluzione del Parlamento europeo del 16 febbraio 2017, cit., si è evidenziata la carenza della direttiva 85/374/CEE nella protezione della persona danneggiata in caso di danni prodotti dall'uso di macchine intelligenti, tanto con riferimento all'onere della prova incombente su tale soggetto in relazione al difetto e al nesso di causalità, quanto rispetto all'individuazione dei soggetti responsabili coinvolti nel processo tecnologico. Nella conseguente Relazione della Commissione del febbraio 2020 *«sulle implicazioni dell'intelligenza artificiale, dell'Internet delle cose e della robotica in materia di sicurezza e responsabilità»* si sono individuati, quali profili cruciali per determinare l'effettiva area operativa della responsabilità del produttore, quello del regime dell'onere della prova, quello della scriminante del rischio da sviluppo e, ancora, quello della determinazione del momento della messa in circolo del prodotto quale momento di verifica dell'esistenza del difetto.

[28] A. AMIDEI, *Intelligenza Artificiale e* product liability: *sviluppi del diritto dell'Unione Europea*, cit., 1720, secondo cui sarebbe bastata, al fine di rimodulare le previsioni della direttiva, adattandole alla quarta rivoluzione industriale, anche un'opera di *"fine-tuning"* interpretativa di concetti, definizioni e meccanismi già previsti; A. D'ADDA, *Danni «da robot» (specie in ambito sanitario) e pluralità di responsabili tra sistema della responsabilità civile ed iniziative di diritto europeo*, cit., 821 ss.

ISSN 2281-3918/2421-2563



destinata ad essere recepita dagli Stati membri entro la fine del 2026 [29]. Tra i profili di intervento di maggior rilievo quello riguardante la stessa nozione di prodotto, la quale viene espressamente estesa, superando il precedente riferimento alla materialità del bene, al *software* e a componenti rappresentate da «qualsiasi articolo» anche «intangibile» o «servizio correlato integrati in un prodotto o interconnessi con questo» in modo tale che la loro assenza impedisca al prodotto di svolgere una o più delle sue funzioni (art. 4) [30]. In tal modo, tenendosi conto della centralità rivestita nei dispositivi intelligenti da alcune componenti immateriali (*software* e algoritmi ivi incorporati) fondamentali per il funzionamento degli stessi e potenziali fonti di nuovi rischi di danno per difettosità dello *smart product*, nonché del labile confine esistente in tali dispositivi tra i concetti di "bene" e "servizio", si è assicurata una opportuna applicazione delle regole sulla responsabilità del produttore anche ai casi di pregiudizi riconducibili a difetti di *softwares*, algoritmi o di servizi digitali integrati o interconnessi con il dispositivo [31] (si pensi ai vari servizi di monitoraggio del funzionamento del dispositivo, a quelli di aggiornamento del *software*, a quello di fornitura dei *training data* e di addestramento del sistema di IA) [32], con importanti ripercussioni in punto di individuazione dei soggetti chiamati a rispondere di tali pregiudizi. Coerentemente con un'auspicata ottica di responsabilità "distribuita" ed "integrata", potranno, infatti, essere chiamati a rispondere, ai sensi del regime in questione, oltre al produttore del bene finito, anche lo sviluppatore del *software*, l'ideatore dell'algoritmo o il prestatore del servizio correlato integrato o interconnesso (art. 8, par. 1, lett. *a* e *b*), estendendosi la possibilità di azione diretta da parte del danneggiato anche nei confronti di tali soggetti, quali responsabili in solido, e lasciandosi ai rispettivi rapporti interni la regolazione di rivalse e regressi (artt. 8, par. 1 e 12, par. 1) [33].

---

[29] Si tratta della già citata direttiva (UE) 2024/2855 del 23 ottobre 2024 sulla responsabilità per danno da prodotti difettosi, che abroga la direttiva 85/374/CEE del Consiglio. La nuova direttiva, entrata in vigore l'8 dicembre 2024, dovrà essere recepita dagli Stati membri entro il 9 dicembre 2026.

[30] La necessità di un adeguamento, secondo alcuni anche solo in via interpretativa, della nozione di prodotto contenuta nella precedente direttiva 85/374 CEE alle peculiari caratteristiche dei dispositivi *smart* è stata in dottrina evidenziata, fra gli altri, da A. AMIDEI, *Intelligenza Artificiale e* product liability: *sviluppi del diritto dell'Unione Europea*, cit., 1722 ss.; M. RATTI, *Riflessioni in materia di responsabilità civile e danno cagionato da dispositivo intelligente alla luce dell'attuale scenario normativo*, cit., 1185-1186; L. VIZZONI, *Domotica e diritto. Problemi giuridici della smart home tra tutele e responsabilità*, cit., 184 ss.; A. D'ADDA, *Danni «da robot» (specie in ambito sanitario) e pluralità di responsabili tra sistema della responsabilità civile ed iniziative di diritto europeo*, cit., 821.

[31] Nel *considerando 13* della direttiva (UE) 2024/2853 si sottolinea che il *software* deve essere considerato un prodotto «a prescindere dalle modalità con cui viene fornito o usato, e quindi dal fatto che «il software sia integrato in un dispositivo, utilizzato tramite una rete di comunicazione o tecnologie cloud oppure sia fornito attraverso un modello software-as-a-service». Nel successivo *considerando 17*, invece, si evidenzia che «[s]e da un lato la presente direttiva non dovrebbe applicarsi ai servizi in quanto tali, dall'altro è necessario estendere la responsabilità oggettiva a tali servizi digitali integrati o interconnessi, che contribuiscono alla sicurezza di un prodotto tanto quanto i relativi componenti fisici o digitali. Tali servizi correlati dovrebbero essere considerati componenti del prodotto nel quale sono integrati o con cui sono interconnessi quando sono sotto il controllo del fabbricante del prodotto», ovvero, in base al *considerando 18*, «se sono forniti dal fabbricante o se quest'ultimo ne autorizza l'integrazione, l'interconnessione o la fornitura da parte di terzi o vi acconsente».

[32] Con particolare riferimento alla figura dell'addestratore dell'intelligenza artificiale e alla difficoltà, sotto la vigenza della direttiva 85/374/CEE, di far rientrare tale soggetto nel novero dei produttori di componenti del prodotto, in quanto prestatore di un servizio, e conseguente non applicabilità della normativa in discorso, cfr. A. AMIDEI, *Intelligenza Artificiale e* product liability: *sviluppi del diritto dell'Unione Europea*, cit., 1726, secondo il quale il soggetto leso avrebbe potuto agire direttamente nei confronti del *trainer* soltanto sulla base delle norme sulla responsabilità extracontrattuale previste dal proprio ordinamento nazionale di riferimento, quali, ad esempio, le previsioni in materia di responsabilità da attività pericolosa. Secondo U. RUFFOLO, *Intelligenza Artificiale*, machine learning *e responsabilità da algoritmo*, in E. GABRIELLI, U. RUFFOLO (a cura di), *Intelligenza artificiale e diritto*, cit., 1698 ss., le responsabilità di chi "addestra" una entità artificiale intelligente avrebbero potuto essere regolate mediante il ricorso all'art. 2051 c.c. e, in presenza dei prescritti presupposti, all'art. 2050 c.c.

[33] Nel *considerando 36* della direttiva (UE) 2024/2853 si legge che «[a]i fini della protezione delle persone fisiche è

ISSN 2281-3918/2421-2563



Altro importante profilo di intervento ha interessato la verifica del difetto del prodotto, rispetto alla quale la formulazione della precedente direttiva, incentrata sul momento della messa in circolazione del bene, presentava evidenti criticità nei contesti tecnologici indagati. La peculiare predisposizione dei dispositivi intelligenti all'apprendimento e alla modifica del proprio comportamento attraverso e a seguito dell'interazione con la realtà circostante, nonché la loro frequente sottoposizione a successivi controlli e aggiornamenti del *software* rendono, infatti, possibile il manifestarsi di una "difettosità" sopravvenuta alla loro messa in circolazione, la quale non sarebbe potuta ricadere entro l'ambito applicativo della direttiva 85/374/CEE, dando luogo ad una insoddisfacente negazione di tutela in tutta una serie di possibili eventi lesivi originati dai nuovi prodotti in esame [34]. La questione è stata opportunamente considerata dal legislatore unionale, che, richiedendo ora, nella verifica della sicurezza di un prodotto, anche la valutazione degli effetti su di esso «della sua capacità di continuare a imparare o acquisire nuove funzionalità dopo la sua immissione sul mercato o messa in servizio», ha da ultimo rapportato l'accertamento della relativa difettosità al «momento in cui il prodotto è stato immesso sul mercato o messo in servizio oppure, qualora il fabbricante mantenga il controllo sul prodotto dopo tale momento, [a]l momento in cui il prodotto è uscito dal controllo del fabbricante» (art. 7, par. 2, lett. *c)* ed *e)* direttiva (UE) 2024/2853). Ne è conseguita l'espressa esclusione della esenzione da responsabilità per l'operatore economico nel caso in cui il carattere difettoso "sopravvenuto" riguardi un prodotto sotto il controllo del fabbricante e sia imputabile all'operare di un servizio correlato, del *software* (compresi aggiornamenti e migliorie o la mancanza di aggiornamenti e migliorie necessari per mantenere la sicurezza del dispositivo), o ad una modifica sostanziale del prodotto (art. 11, par. 2) [35].

Tra gli snodi problematici di maggior rilievo posti dalla disciplina sulla responsabilità da prodotto difettoso rispetto all'ipotesi di danni cagionati da dispositivi *smart* è stata annoverata la prevista necessità che il danneggiato provi il difetto del prodotto e il nesso causale tra difetto e danno [36]. Si è, infatti, rilevato come la complessità, autonomia e opacità di funzionamento di tali dispositivi renda la prova in questione, già problematica per i prodotti tradizionali, particolarmente difficoltosa, se non insormontabile, nel contesto esaminato, dando luogo ad un "annacquamento" del carattere oggettivo della responsabilità in discorso [37]. La strada seguita con la direttiva (UE) 2024/2853 è stata quella di procedere ad

---

necessario che qualunque fabbricante che partecipa al processo produttivo possa essere ritenuto responsabile se un prodotto o un componente fornito da detto fabbricante è difettoso (…). Nel caso in cui un fabbricante integri in un prodotto un componente difettoso fornito da un altro fabbricante, il danneggiato dovrebbe poter chiedere il risarcimento dello stesso danno sia al fabbricante del prodotto sia al fabbricante del componente». Secondo il successivo *considerando 53*, nelle suddette situazioni «tutte le parti dovrebbero essere ritenute responsabili in solido».

[34] In tal senso A. AMIDEI, *Intelligenza Artificiale e* product liability: *sviluppi del diritto dell'Unione Europea*, cit., 1720; A. D'ADDA, *Danni «da robot» (specie in ambito sanitario) e pluralità di responsabili tra sistema della responsabilità civile ed iniziative di diritto europeo*, cit., 821-822.

[35] Il *considerando 32* della direttiva (UE) 2024/2853 sottolinea come «un fabbricante che progetti un prodotto in grado di sviluppare un comportamento inatteso dovrebbe rimanere responsabile dei comportamenti che causano danni», mentre, nel successivo *considerando 50*, si evidenzia come «poiché le tecnologie digitali consentono ai fabbricanti di esercitare il controllo sui prodotti anche dopo il momento della loro immissione sul mercato o messa in servizio, i fabbricanti dovrebbero rimanere responsabili dei difetti sopravvenuti dopo tale momento provocati dal software o dai servizi correlati di cui hanno il controllo, ad esempio a causa di aggiornamenti, migliorie o algoritmi di apprendimento automatico».

[36] Si veda l'art. 4 della direttiva 85/374/CEE e, ora, l'art. 10, par. 1 della direttiva (UE)2024/2853.

[37] Per tali rilievi, fra gli altri, A. AMIDEI, *Intelligenza Artificiale e* product liability: *sviluppi del diritto dell'Unione Europea*, cit., 1724 ss.; M. RATTI, *Riflessioni in materia di responsabilità civile e danno cagionato da dispositivo intelligente alla luce dell'attuale scenario normativo*, cit., 1187-1188; AR. FUSARO, *Quale modello di responsabilità per la robotica avanzata? Riflessioni a margine del percorso europeo*, cit., 1349 ss.; A. D'ADDA, *Danni «da robot» (specie in ambito sanitario) e pluralità di responsabili tra sistema della responsabilità civile ed iniziative di diritto europeo*, cit., 820 ss.

ISSN 2281-3918/2421-2563



un alleggerimento dell'onere probatorio a carico del danneggiato, introducendo nuove misure sulla divulgazione da parte degli operatori economici degli elementi di prova (art. 9) [38] e, soprattutto, articolando un complesso sistema di presunzioni relative in merito all'esistenza del difetto e del nesso di causalità tra questo e il danno, in grado di rendere le regole sulla responsabilità del produttore maggiormente adeguate ai casi in esame (art. 10) [39]. Se netta è risultata la direzione intrapresa dal legislatore europeo con riguardo al profilo appena considerato, è mancato un deciso cambio di rotta rispetto all'altro profilo capace di incidere sull'effettivo e concreto assetto dei criteri di imputazione della responsabilità del produttore, ovvero l'esimente del rischio da sviluppo [40]. L'evidenza del ruolo determinante svolto da tale esimente in un settore, come quello indagato, caratterizzato da tanto rapidi progressi scientifici e tecnologici, non è riuscita a far superare le difficoltà legate alla ritenuta eccessiva responsabilizzazione del fabbricante derivante da una sua eliminazione [41], così che il mantenimento della stessa (art. 11, par.1, lett. *e*) risulta ad oggi soltanto mitigato dallo spostamento in avanti della sua valutazione al «periodo in cui il prodotto è stato sotto il controllo del fabbricante» [42], dalla precisazione, contenuta nel *considerando 52,* che lo stato delle conoscenze scientifiche e tecniche deve essere determinato «in base al livello più avanzato di conoscenze oggettive accessibili e non alle conoscenze effettive dell'operatore economico in questione», nonché dalla previsione della possibilità per gli Stati membri di mantenere o introdurre deroghe all'esimente con riguardo a «specifiche categorie di prodotti», purché proporzionate e giustificate da obiettivi di interesse pubblico (art. 18). D'altronde, la conservazione dell'esimente del rischio da sviluppo può aprire ancor di più la strada alla prospettazione della possibilità che il produttore sia chiamato a rispondere anche sulla base dell'art. 2050 c.c., laddove proprio l'alta incidenza di tale rischio nei settori innovativi considerati potrebbe ritenersi dar luogo ad una specifica situazione di pericolosità dell'attività produttiva, in grado, a fronte della disattivazione delle tutele da *product liability*, di legittimare il ricorso alla disciplina della responsabilità da attività pericolosa [43].

---

[38] L'agevolazione per il danneggiato dell'accesso agli elementi di prova da utilizzare nei procedimenti giudiziari dovrà essere limitata a quanto necessario e proporzionato, avendo riguardo ai legittimi interessi di tutte le parti coinvolte, compresi i terzi, e specialmente alla protezione delle informazioni riservate (come quelle rientranti nell'ambito di applicazione del segreto professionale) e dei segreti commerciali, conformemente al diritto dell'Unione e nazionale, cfr. i parr. 3 e 4 dell'art. 9 della direttiva in esame, nonché nella stessa il *considerando 42*.

[39] Si vedano le presunzioni previste nei parr. 2, 3 e 4 dell'art. 10 della direttiva (UE) 2024/2853. Il ricorso a meccanismi presuntivi era, nel corso dei decenni, già stato avvalorato, al fine di rendere effettiva la tutela del danneggiato nei limiti individuati dalla direttiva 85/374/CEE, dalla Corte di Giustizia dell'Unione europea, per l'analisi della cui giurisprudenza si rinvia a A. Amidei, *Intelligenza Artificiale e* product liability: *sviluppi del diritto dell'Unione Europea*, cit.,1724-1725.

[40] Sul ruolo determinante che l'esimente del rischio da sviluppo può avere nei contesti tecnologicamente evoluti cfr., fra gli altri, A. D'Adda, *Danni «da robot» (specie in ambito sanitario) e pluralità di responsabili tra sistema della responsabilità civile ed iniziative di diritto europeo*, cit., 820 ss.; L. Vizzoni, *Domotica e diritto. Problemi giuridici della smart home tra tutele e responsabilità*, cit., 192 ss.; Ar. Fusaro, *Quale modello di responsabilità per la robotica avanzata? Riflessioni a margine del percorso europeo*, cit., 1352-1353.

[41] Rileva come una rinuncia all'esimente in discorso sia scelta di radicale responsabilizzazione del produttore non priva di controindicazioni A. D'Adda, *Danni «da robot» (specie in ambito sanitario) e pluralità di responsabili tra sistema della responsabilità civile ed iniziative di diritto europeo*, cit., 823. Evidenzia il difficoltoso cammino del rischio da sviluppo già al momento dell'introduzione della direttiva 85/374/CEE Ar. Fusaro, *Quale modello di responsabilità per la robotica avanzata? Riflessioni a margine del percorso europeo*, cit., 1352-1353.

[42] In base all'art. 11, par. 1, lett. *e*, l'operatore economico non è responsabile se prova «che lo stato oggettivo delle conoscenze scientifiche e tecniche al momento dell'immissione del prodotto sul mercato o della sua messa in servizio oppure durante il periodo in cui il prodotto è stato sotto il controllo del fabbricante non permetteva di scoprire l'esistenza del difetto».

[43] È la tesi di U. Ruffolo, *Intelligenza Artificiale*, machine learning *e responsabilità da algoritmo*, cit., 1697, il quale rileva come «il rischio da sviluppo, costituente limite esterno alla responsabilità per danno da prodotto, potrebbe rappresentare, al contrario, quando molto incidente, una specifica situazione di pericolosità idonea a rendere applicabile la disciplina della

ISSN 2281-3918/2421-2563



Il descritto intervento di adeguamento della normativa sulla responsabilità da prodotto difettoso ed il suo principale scopo di garantire prospettive di tutela al danneggiato da dispositivi intelligenti nei confronti dei soggetti facenti parte della catena produttiva degli stessi mostra, a parere di chi scrive, l'adesione del legislatore europeo alle due evidenziate direttrici emerse in punto di disciplina della responsabilità civile da sistemi "intelligenti". Fra le ragioni del recente intervento riformatore si ritiene, infatti, non possa non evidenziarsi quella di assicurare l'effettiva operatività, negli scenari tecnologici considerati, di una disciplina in grado, da un lato, di garantire l'ancoraggio ad un regime di *strict liability*, maggiormente adatto alle caratteristiche di tali contesti e, dall'altro lato, di consentire il coinvolgimento, attraverso forme di responsabilità "integrata", delle variegate figure di soggetti partecipanti alle relative catene produttive, sull'opportunità "politica" della cui responsabilizzazione, come si spiegherà meglio nel prosieguo, si ritiene di dover convergere.

3. Le riflessioni dottrinali sulla posizione del venditore di sistemi di IA e dei proprietari e utilizzatori dei dispositivi intelligenti nell'ipotesi di danni a terzi

Le menzionate linee di tendenza hanno, d'altra parte, spinto il dibattito dottrinario ad indagare la possibilità che per i danni considerati vengano chiamati a rispondere anche i venditori/fornitori dei dispositivi autonomi intelligenti, nonché, in tutte quelle ipotesi in cui ad essere pregiudicati dal funzionamento degli stessi siano soggetti terzi, i loro proprietari/utilizzatori.

Sul primo versante l'attenzione posta sull'esistenza di un rapporto negoziale fra l'utente/acquirente del dispositivo e il suo venditore/fornitore (soggetto potenzialmente diverso dal produttore) ha portato ad evidenziare possibili prospettive di attivazione di una serie di tutele contrattuali. Si è, all'uopo, evidenziato come la fornitura di un oggetto *smart* che, manifestando una difettosa operatività, cagioni danni al suo utilizzatore, possa far prospettare, a seconda dei casi, il configurarsi di un inadempimento rispetto al contratto di vendita/fornitura/somministrazione, con applicazione della relativa disciplina in punto di rimedi, nelle ipotesi in cui il malfunzionamento del bene debba ricondursi all'inesatta esecuzione di una prestazione dovuta [44]. Più spesso, poi, nel contesto di un contratto di compravendita, la consegna di un dispositivo difettoso potrà comportare il richiamo alla nozione di vizio occulto, alla base dell'applicazione delle speciali azioni previste dalla disciplina della garanzia per i vizi, oltre che della possibilità di una richiesta risarcitoria *ex* art. 1494 c.c. In tal caso, in favore dell'acquirente/utilizzatore del *device* intelligente verrebbe a profilarsi un incremento di tutele derivante dal concorso delle azioni così prospettate con quelle previste dalla normativa sulla responsabilità da prodotto difettoso [45], concorso che, nell'ipotesi di coincidenza fra le figure di venditore e produttore, consentirà di agire nei confronti di tale soggetto sulla base di due diversi titoli e che, laddove tale coincidenza non vi sia, comporterà il

responsabilità da attività pericolosa», rendendo così invocabile il criterio di imputazione di cui all'art. 2050 c.c., «il ricorso al quale si rivela sovente idoneo ad assicurare maggior tutela al danneggiato rispetto alla richiamata disciplina consumeristica».

[44] Così, con riferimento ai prodotti domotici, L. VIZZONI, *Domotica e diritto. Problemi giuridici della smart home tra tutele e responsabilità*, cit., 174 ss. Si potrebbe pensare, in una compravendita non tra un professionista e un consumatore (a cui non risulterebbe, dunque, applicabile la nuova normativa sul difetto di conformità di cui al codice del consumo), ad un'ipotesi di malfunzionamento del dispositivo derivante da un difetto di manutenzione imputabile allo stesso fornitore del bene.

[45] Si evidenzia come, secondo l'art. 2, par. 4, lett. *b)* della direttiva (UE) 2024/2853, l'applicabilità della medesima direttiva non pregiudica «i diritti di cui il danneggiato gode in forza delle norme nazionali in materia di responsabilità contrattuale, oppure di responsabilità extracontrattuale per motivi diversi dal carattere difettoso di un prodotto a norma della presente direttiva, comprese le norme nazionali di attuazione del diritto dell'Unione».

ISSN 2281-3918/2421-2563



riferimento ad un'ulteriore aggiuntiva figura chiamata, nella desiderabile ottica di una responsabilità distribuita, a rispondere dei danni [46]. In un siffatto quadro una incidenza di particolare rilievo potrebbe, inoltre, assumere la disciplina consumeristica sulla vendita di beni tra consumatore e professionista (artt. 128 ss. cod. cons.) per tutte quelle ipotesi in cui le parti negoziali siano qualificabili in tali termini. Nel caso di un difettoso funzionamento del dispositivo intelligente rapportabile all'ampia nozione di difformità di cui a tale ultima disciplina [47], l'acquirente/consumatore del *device* potrebbe avvantaggiarsi della serie di rimedi previsti dagli artt. 135 *bis*-135 *quater* cod. cons., così come ivi gerarchizzati, non escludendosi, in aggiunta a questi, la possibilità per lo stesso di richiedere il risarcimento del danno causato dal difetto di conformità, risarcimento che, non disciplinato dalla normativa in esame, potrà tuttavia essere accordato sulla base delle relative disposizioni del codice civile (artt. 1218, 1494 c.c.), a cui, oggi, l'art. 135 *septies* cod. cons. espressamente rinvia [48].

In merito al secondo versante, sempre ragioni di maggior tutela della vittima, legate al principio della fonte percepita o percepibile del pregiudizio, si sono poste alla base di indagini sulla azionabilità del risarcimento da parte del terzo danneggiato dall'altrui utilizzo di un prodotto *smart* [49] non solo verso il fabbricante [50], ma anche verso il proprietario/utilizzatore del bene.

Il tema pone rilevanti nodi problematici proprio rispetto a quei casi, oggetto del presente studio, in cui il prodursi di danni sia riconducibile all'azione autonoma e non controllabile della macchina. Le varie prospettazioni avanzate da parte di chi ha affrontato la questione in termini generali si sono non a caso orientate verso una riflessione attorno all'applicabilità di alcune norme codicistiche di responsabilità extracontrattuale fondate su criteri di imputazione oggettiva. Le attenzioni maggiori sono state, all'uopo, rivolte alle disposizioni di cui agli artt. 2050 e 2051 c.c. nel tentativo di fornirne una interpretazione evolutiva che potesse renderle adeguate ai casi esaminati [51]. Si è, così, da parte di alcuni ritenuto

---

[46] In base alla direttiva (UE) 2024/2853, infatti, il distributore del prodotto difettoso sarà responsabile del danno solo nella specifica e particolare ipotesi di cui al par. 3 dell'art. 8.

[47] Sulla possibilità di inquadrare facilmente il difetto di funzionamento dell'oggetto *smart* nella nozione unitaria e omnicomprensiva di "difformità al contratto" di cui alla normativa speciale hanno decisamente influito le novità introdotte con il recepimento della direttiva (UE) 2019/771 ad opera del d.lgs. n. 170/2021, che, nell'includere nell'ambito applicativo della disciplina i contratti riguardanti "beni con elementi digitali", categoria chiaramente riferibile ai dispositivi intelligenti, ha attribuito specifico rilievo alla componente digitale incorporata o interconnessa con tali beni, legando al concetto di "difformità" al contratto degli stessi il difetto di conformità del contenuto o servizio digitale forniti con la vendita dei dispositivi in questione (art. 133, comma 2 cod. cons.), nonché la mancata fornitura degli aggiornamenti convenuti (art. 129, comma 2, lett. *d)* cod. cons.) e di quelli che si rendano comunque necessari a mantenere la conformità di cui ai requisiti soggettivi e oggettivi (art. 130, comma 2 cod. cons.).

[48] Nel comma 1 dell'art. 135 *septies* si legge che «[p]er quanto non previsto dal presente capo, si applicano le disposizioni del codice civile in tema di formazione, validità ed efficacia dei contratti, comprese le conseguenze della risoluzione del contratto e il diritto al risarcimento del danno». Per una precedente affermazione giurisprudenziale in tal senso cfr., Cass., 20 gennaio 2020, n. 1082, in *www.altalex.com*.

[49] Si pensi al paziente che subisca delle conseguenze dannose originate dall'uso da parte del medico di un macchinario intelligente o, ancora, al pedone che subisca lesioni a seguito del sinistro causato da un veicolo a guida autonoma.

[50] In merito all'opinione, condivisa, secondo cui non sussistono ragioni per limitare nei confronti dell'acquirente/utilizzatore la responsabilità del produttore, che ricorrerà rispetto a chiunque sia stato comunque danneggiato dal prodotto difettoso, nonché al relativo dibattito dottrinale, si vedano i riferimenti bibliografici di cui, *supra,* alla nota 22.

[51] Meno convincente è risultato il richiamo alla regola di cui all'art. 2049 c.c. e a quella di cui all'art. 2052 c.c. Sulla non applicabilità dell'art. 2049 c.c. ai casi di danno prodotto dall'agire autonomo di un dispositivo intelligente cfr., M. COSTANZA, *L'intelligenza artificiale e gli stilemi della responsabilità civile*, cit., 1688-1689; M. RATTI, *Riflessioni in materia di responsabilità civile e danno cagionato da dispositivo intelligente alla luce dell'attuale scenario normativo*, cit., 1180 ss.; M. SCOTTO di CARLO, *La responsabilità connessa all'utilizzo dei sistemi di intelligenza artificiale*, in *Danno e resp*., 2024, 4, 425. *Contra*, G. TEUBNER, *Responsabilità civile per i rischi della digitalità*, in U. SALANITRO (a cura di), Smart. *La persona e l'infosfera*, Pisa, 2022, 20, secondo cui sarebbe possibile considerare gli agenti *software* come "commessi digitali". Quanto all'art. 2052 c.c., sulla difficoltà

ISSN 2281-3918/2421-2563



di poter fondare la responsabilità per i danni da utilizzo di *device* intelligenti sulla regola riguardante le cose in custodia, considerandosi il requisito del naturale dinamismo della cosa, spesso reputato presupposto della regola in discorso, come facilmente adattabile all'ipotesi della macchina di intelligenza artificiale autonoma [52]. Altre voci, rimarcando il rischio intrinseco all'uso di nuove tecnologie ed, in particolare, di sistemi capaci di autoapprendimento, si sono, invece, espresse per l'applicabilità ai casi in questione della norma sui danni scaturenti dallo svolgimento di attività pericolose [53]. Entrambe le previsioni richiamate, sulla cui invocabilità pure non sono mancati rilievi critici [54], riuscirebbero, in virtù delle rigorose prove liberatorie in esse previste, ad offrire ridotti margini di esclusione della responsabilità per l'utilizzatore della macchina intelligente, consentendo di addossare su quest'ultimo il rischio della "causa ignota" [55], in un'ottica di massima tutela del soggetto leso.

Se a tali ultimi esiti può senz'altro riconoscersi l'idoneità a rafforzare la tutela delle ragioni del danneggiato, si ritiene, tuttavia, che valutazioni di politica del diritto debbano portare a prediligere dei sentieri che riservino la giusta considerazione ai diversi interessi involti nelle vicende in esame e che si orientino alla ricerca di un accettabile punto di equilibrio fra gli stessi. In tale ottica sul tema indagato emerge, a parere di chi scrive, in primo luogo, la necessità di constatare la difficoltà – e la non opportunità – di addivenire ad una regola "generale" di responsabilità per la figura dell'utilizzatore del sistema intelligente; in secondo luogo, l'opportunità di optare – e rinvenire strumenti per supportare – un tendenziale spostamento della responsabilità verso la figura del produttore. Su tali due passaggi ci si soffermerà nei paragrafi che seguono.

4. Per l'adozione di un approccio particolare e settoriale nella valutazione della responsabilità del proprietario/utilizzatore del sistema di IA

La considerazione della diversità di ruoli e posizioni che le variegate figure di "utilizzatore" di

---

di rinvenire nell'oggetto *smart* il sostrato naturalistico che contraddistingue l'intelligenza dell'animale C. SCOGNAMIGLIO, *Responsabilità civile ed intelligenza artificiale: quali soluzioni per quali problemi?,* in *Resp. civ. prev.*, 2023, 1087; M. SCOTTO di CARLO, *La responsabilità connessa all'utilizzo dei sistemi di intelligenza artificiale*, cit., 425. Con riguardo alla responsabilità della struttura sanitaria per utilizzo di *medical devices*, ritiene, invece, non da escludere l'ipotesi di una applicazione dell'art. 2052 c.c., N. RIZZO, *Strutture della responsabilità civile e intelligenza artificiale: i problemi in medicina*, in M. FACCIOLI (a cura di), *Profili giuridici dell'utilizzo della robotica e dell'intelligenza artificiale in medicina*, Napoli, 2022, 6-7, secondo cui «cogliendo il robot in una logica antropomorfizzata, quale oggetto in movimento, può porsi il paragone tra robot e animale».

[52] M. RATTI, *Riflessioni in materia di responsabilità civile e danno cagionato da dispositivo intelligente alla luce dell'attuale scenario normativo*, cit., 1182; rispetto ai danni originati dai *medical devices*, A. D'ADDA, *Danni «da robot» (specie in ambito sanitario) e pluralità di responsabili tra sistema della responsabilità civile ed iniziative di diritto europeo*, cit., 814; N. RIZZO, *Strutture della responsabilità civile e intelligenza artificiale: i problemi in medicina*, cit., 6; con riguardo ai danni da circolazione di veicoli ad elevata automazione A. ALBANESE, *La responsabilità civile per i danni da circolazione dei veicoli ad elevata automazione*, cit., 1007.

[53] C. SCOGNAMIGLIO, *Responsabilità civile ed intelligenza artificiale: quali soluzioni per quali problemi?,* cit., 1088.

[54] Non sono mancate in dottrina perplessità in merito alla accostabilità dell'IA, per il suo contenuto e per la sua funzione, alle entità contemplate come "cose" dall'art. 2051 c.c. (cfr., M. COSTANZA, *L'intelligenza artificiale e gli stilemi della responsabilità civile*, cit., 1687), nonché in merito alla qualificabilità dell'utilizzo di dispositivi intelligenti in termini di attività pericolosa, visto l'uso degli stessi quale strumento per ridurre o eliminare i fattori di rischio dell'agire umano (M. COSTANZA, *L'intelligenza artificiale e gli stilemi della responsabilità civile*, cit., 1688; con riguardo al settore medico, V. DI GREGORIO, *Intelligenza artificiale e robotica: profili di responsabilità civile in campo sanitario*, cit., 445-446).

[55] In tali termini, con riguardo all'applicazione degli artt. 2051 e 2052 c.c. alla struttura ospedaliera che si avvalga di dispositivi medici intelligenti, N. RIZZO, *Strutture della responsabilità civile e intelligenza artificiale: i problemi in medicina*, cit., 7.

ISSN 2281-3918/2421-2563



sistemi intelligenti possono ricoprire nei diversi scenari applicativi delle nuove tecnologie esaminate si ritiene renda particolarmente complessa la predisposizione per esse di un quadro giuridico uniforme in punto di responsabilità.

Occorre, in altri termini, chiedersi concretamente se possano ritenersi paragonabili la posizione ricoperta dalla struttura ospedaliera che metta a disposizione dei propri pazienti l'utilizzo di un *medical device* intelligente, quella del conducente/proprietario di un veicolo automatizzato e quella dell'acquirente di un prodotto domotico che cagioni danno a terzi. Se cioè la responsabilità di queste diverse figure di utilizzatore possa davvero essere disciplinata attraverso una soluzione uniforme. La risposta negativa a tali interrogativi si ritiene debba fondarsi su ragioni e scelte di politica legislativa in grado di giustificare e supportare un trattamento differenziato delle diverse menzionate posizioni alla luce della considerazione tanto delle specificità dei vari contesti in cui le tecnologie esaminate possono trovare applicazione, quanto della diversità di ruolo e posizione che all'interno di essi gli utilizzatori vengono a ricoprire.

L'opportunità dell'adozione di una prospettiva particolare e settoriale rispetto al tema indagato si reputa trovi conferma, innanzitutto, nel naufragio dei tentativi compiuti dalle istituzioni europee di disciplinare la responsabilità dell'utilizzatore di sistemi di IA in termini generali, prevedendo dei regimi di imputazione in grado di coinvolgere figure tra loro molto differenziate. A fronte, infatti, di una sicura presa di posizione rispetto all'adozione di una generale regola di responsabilità riferita alla catena di produzione e ai suoi soggetti, nella direzione di un passo indietro rispetto all'adozione di un sistema normativo uniforme ed armonizzato per gli utilizzatori dei dispositivi *smart* si sono posti tanto il recente abbandono della proposta di direttiva sulla responsabilità civile extracontrattuale da IA, quanto il precedente superamento dell'organica proposta di Regolamento della Commissione Juri [56]. Quest'ultima, in particolare, rapportando il doppio regime di responsabilità in essa previsto alla generale figura dell'operatore (*deployer*) [57], ampiamente inteso come il soggetto esercitante un certo grado di controllo sul sistema di IA e beneficiante del suo funzionamento, avrebbe, ad esempio, portato, poco razionalmente, ad accomunare rispetto ai danni prodotti da tali sistemi la posizione della struttura sanitaria che si avvalesse degli stessi nell'ambito della propria attività imprenditoriale-professionale con quella del medico dipendente [58] o la posizione dell'imprenditore che facesse ricorso ad un macchinario intelligente nell'ambito della propria azienda con quella del consumatore-acquirente di un dispositivo domotico [59].

---

[56] Progetto contemplato nella Risoluzione del Parlamento europeo del 20 ottobre 2020 recante raccomandazioni alla Commissione *«su un regime di responsabilità civile per l'intelligenza artificiale»*, cit.

[57] Era previsto un regime di responsabilità oggettiva per le ipotesi di danno provocato da sistemi di IA ad alto rischio e un regime di responsabilità aggravata per colpa presunta per il caso di danno cagionato da tutti gli altri sistemi. Per una lettura più approfondita della Proposta di Regolamento cfr. M. GAMBINI, *Nuovi paradigmi della responsabilità civile per l'Intelligenza artificiale*, cit., 1304 ss.

[58] Evidenzia come il progetto di Regolamento coinvolgesse nella responsabilità anche utilizzatori finali aventi uno scarso controllo sulla macchina autonoma, con soluzioni che avrebbero rischiato di rivelarsi, specie in caso di imputazione in via obiettiva, eccessivamente rigorose, A. D'ADDA, *Danni «da robot» (specie in ambito sanitario) e pluralità di responsabili tra sistema della responsabilità civile ed iniziative di diritto europeo*, cit., 818, secondo il quale la responsabilizzazione del sanitario ausiliario, che ne sarebbe derivata, risulterebbe priva di fondamento razionale, in quanto scollegata da una logica di rischio professionale o d'impresa, che invece atterrebbe alla diversa figura del medico libero professionista e della struttura sanitaria.

[59] Sottolinea come la definizione tanto ampia di "operatore" di cui alla proposta di Regolamento in discorso avrebbe portato a rispondere anche soggetti di fatto non esercitanti un vero controllo sul sistema di IA, come il conducente o il proprietario di un veicolo completamente autonomo, AR. FUSARO, *Quale modello di responsabilità per la robotica avanzata? Riflessioni a margine del percorso europeo*, cit., 1345, 1353.

ISSN 2281-3918/2421-2563



Se non si esclude che il fallimento di tali iniziative possa ricondursi anche al criticato approccio normativo unitario [60], una ulteriore conferma della non trascurabilità di una prospettiva settoriale sul tema indagato si rinviene, d'altra parte, nella constatazione della preponderanza, nel panorama dottrinario, di studi dedicati ad ipotesi specifiche di responsabilità da utilizzo di *smart device*, in grado di far emergere la rilevanza delle peculiarità normative degli specifici ambiti considerati e delle riflessioni attinenti al ruolo delle figure soggettive involte nell'uso di tali strumenti.

È così che, ad esempio, il dibattito in tema di danni causati in ambito sanitario dall'azione autonoma e incontrollabile dei *medical devices* non avrebbe potuto non considerare l'esistenza di una normativa sulla responsabilità sanitaria, la c.d. legge Gelli-Bianco (l. n. 24 del 2017), capace, secondo alcuni, di supportare, in virtù della natura contrattuale della responsabilità della struttura sanitaria (e del medico libero professionista), una imputabilità tendenzialmente oggettiva in capo a tali soggetti, alquanto confacente ai casi esaminati [61]. Una normativa, al tempo stesso, in grado di veicolare una netta differenziazione fra le menzionate figure e quella del medico dipendente-ausiliario, chiamato dalla propria struttura ad avvalersi della macchina intelligente affidatagli, per il quale l'espresso riferimento al titolo di cui all'art. 2043 c.c. renderebbe assai più difficile una ascrizione di responsabilità nell'ipotesi di autonomo funzionamento del *device* [62]. Si tratterebbe, come ben evidenziato, di una condivisibile differenziazione nell'ambito del più ampio e generale richiamo alla figura dell'utilizzatore di un dispositivo *smart* (di tipo medico in tal caso), che troverebbe un fondamento razionale nell'opportunità di orientare l'inevitabile carattere oggettivo delle responsabilità riconoscibili nei contesti e nelle vicende considerate verso criteri rinvianti al profitto e al rischio d'impresa [63].

Il settore dei veicoli a (diversi livelli di) guida automatizzata ha rappresentato altro campo di indagine maggiormente battuto nel dibattito sulla responsabilità di proprietari/utilizzatori per i danni derivanti dall'operare autonomo di dispositivi intelligenti [64]. L'analisi delle disposizioni normative specificamente dedicate nel nostro ordinamento alla responsabilità da circolazione di veicoli senza guida di rotaie ha portato ad evidenziare, per l'ipotesi di pregiudizi causalmente riconducibili ad una anomalia

---

[60] Si chiede fino a che punto una soluzione normativa unitaria che non operi specifiche differenziazioni in ragione delle caratteristiche e del settore in cui opera l'IA rappresenti la soluzione preferibile AR. FUSARO, *Quale modello di responsabilità per la robotica avanzata? Riflessioni a margine del percorso europeo*, cit., 1354. Sulla difficoltà di operare attraverso un approccio normativo unitario a causa delle differenze esistenti tra i vari prodotti dell'intelligenza artificiale, A. BERTOLINI, E. PALMERINI, *Regulating Robotics: a Challenge For Europe*, in *www.europarl.europa.eu*, 178 ss.

[61] Cfr. C. PERLINGIERI, *Intelligenza artificiale in ambito medico-sanitario: profili di ricostruzione normativa a seguito dell'*AI Act, cit., 908 ss.; A. D'ADDA, *Danni «da robot» (specie in ambito sanitario) e pluralità di responsabili tra sistema della responsabilità civile ed iniziative di diritto europeo*, cit., 813, il quale ritiene applicabile alla struttura sanitaria e al medico libero professionista, in concorso con l'art. 1218 c.c., anche la regola di cui all'art. 2051 c.c. Reputa, invece, dubbio che la ripartizione dell'onere della prova di cui all'art. 1218 c.c. possa rivelarsi adatta a sostenere un giudizio di responsabilità della struttura sanitaria nella materia che ci occupa N. RIZZO, *Strutture della responsabilità civile e intelligenza artificiale: i problemi in medicina*, cit., 6, il quale ritiene più confacente a tale materia il regime probatorio di cui agli artt. 2051 e 2052 c.c.

[62] In tal senso AR. FUSARO, *Quale modello di responsabilità per la robotica avanzata? Riflessioni a margine del percorso europeo*, cit., 1353; N. RIZZO, *Strutture della responsabilità civile e intelligenza artificiale: i problemi in medicina*, cit., 6.

[63] Cfr. A. D'ADDA, *Danni «da robot» (specie in ambito sanitario) e pluralità di responsabili tra sistema della responsabilità civile ed iniziative di diritto europeo*, cit., 814 ss., secondo cui l'utilità tratta dalla struttura e dal medico libero professionista mediante l'utilizzo della macchina autonoma sembra veicolare la responsabilità verso la sfera di rischio dell'utilizzatore, anche quando il sinistro derivi da scelte autonome e imprevedibili della macchina, mentre irragionevole sarebbe imputare in via obiettiva il sinistro a coloro che non si avvalgono del dispositivo nell'ambito del proprio rischio d'impresa.

[64] Per una indagine sul tema volta a valorizzare il rilievo e l'incidenza dei diversi livelli di automazione prospettabili, si veda E. AL MUREDEN, Autonomous cars *e responsabilità civile tra disciplina vigente e prospettive* de iure condendo, in *Contr. impr.*, 2019, 3, 895 ss.

ISSN 2281-3918/2421-2563



di funzionamento del dispositivo estranea alla sfera di intervento della condotta umana, una perdita di centralità dei primi due commi dell'art. 2054 c.c., incentrati su un modello di imputazione per colpa aggravata e presunta in capo al conducente [65], e una correlata crescita della rilevanza pratica della responsabilità del proprietario del veicolo, il quale potrebbe essere chiamato a rispondere dei pregiudizi in discorso in virtù della fattispecie di responsabilità oggettiva di cui all'ultimo comma dell'art. 2054 c.c. [66] e, secondo alcuni, anche della fattispecie di cui all'art. 2051 c.c. [67]. In altri termini, se la transizione da un modello di circolazione veicolare *driver focused* ad un modello *product focused* riuscirebbe a portare, avvalendosi del quadro normativo vigente, ad una rimodulazione del rapporto tra responsabilità del conducente e responsabilità del produttore con uno spostamento verso quest'ultima, la figura del proprietario del veicolo (o degli altri soggetti a questo assimilati) vedrebbe invece ampliato il proprio rilievo, rimanendo per essa saldo il richiamo all'autonoma fattispecie di responsabilità per i danni derivati da vizi di costruzione o da difetto di manutenzione del mezzo (art. 2054, comma 4, c.c.), nonché prospettandosi in aggiunta, secondo alcuni, la concorrente applicabilità della fattispecie di responsabilità per danni da cose in custodia [68]. Per quanto una siffatta responsabilizzazione del proprietario del veicolo dovrebbe andare a "coordinarsi" con la disciplina della responsabilità del produttore, da ritenersi destinato in ultima battuta a sopportare il costo del danno in virtù della definizione dei rapporti interni fra tali soggetti [69], rimangono in tale ipotesi, ad avviso di chi scrive, delle perplessità rispetto ad una soluzione – indotta dal quadro normativo vigente – che, a fronte di rischi prevalentemente riconducibili alla produzione del dispositivo e non alla sua messa in circolazione, potrebbe in alcuni casi addirittura portare, a causa dei diversi titoli azionabili, ad una esclusiva ascrizione di responsabilità in capo al proprietario, sul quale, ad esempio, soltanto potrebbe venire a gravare il c.d. "rischio da sviluppo" [70].

L'analisi dei due specifici casi dei *medical devices* e delle *smart cars* dimostra come un approccio settoriale al tema indagato sia imprescindibile alla luce delle peculiarità normative dei diversi ambiti in cui le nuove tecnologie considerate possono trovare applicazione e della non omogeneità, quanto a ruolo e posizione, dei soggetti involti nell'utilizzo delle stesse. Da tale analisi emerge come l'opzione per una

---

[65] Cfr., A. ALBANESE, *La responsabilità civile per i danni da circolazione di veicoli ad elevata automazione*, cit., 999 ss.; E. AL MUREDEN, Autonomous cars *e responsabilità civile tra disciplina vigente e prospettive* de iure condendo, cit., 910 ss. Tali autori evidenziano come i primi due commi dell'art. 2054 c.c. mantengano una potenziale applicabilità in tutti quei casi in cui il funzionamento del dispositivo automatizzato presupponga comunque una interazione con il conducente, a cui siano attribuiti compiti di monitoraggio e intervento, con una peraltro conseguente incidenza sull'atteggiarsi della prova liberatoria la quale non riguarderà più la conduzione attiva del veicolo, bensì il controllo esercitato sul suo corretto funzionamento.

[66] A. ALBANESE, *La responsabilità civile per i danni da circolazione di veicoli ad elevata automazione*, cit., 1004 ss.; E. AL MUREDEN, Autonomous cars *e responsabilità civile tra disciplina vigente e prospettive* de iure condendo, cit., 911.

[67] In tal senso A. ALBANESE, *La responsabilità civile per i danni da circolazione di veicoli ad elevata automazione*, cit., 1007 ss., secondo cui la responsabilità del custode, che, essendo colui che ha possibilità di ingerenza nella destinazione, manutenzione e conservazione della cosa, in molti casi sarà lo stesso proprietario, potrebbe configurarsi nel caso di danni da circolazione di un veicolo a guida completamente autonoma, trovando fondamento nel fatto che in tal caso il veicolo è la cosa che direttamente causa il danno e non lo strumento di una condotta umana pregiudizievole.

[68] Fattispecie che invece non sarebbe applicabile con riguardo ai veicoli tradizionali, rispetto ai quali il danno da circolazione non sarebbe cagionato "dalla" cosa, bensì "con" la cosa, costituendo in tale ipotesi il veicolo il semplice mezzo per il compimento di un'autonoma azione capace di produrre il danno, cfr. A. ALBANESE, *La responsabilità civile per i danni da circolazione di veicoli ad elevata automazione*, cit., 1007.

[69] Si veda sul punto quanto si dirà *infra*, nel par. 5 del presente scritto.

[70] Utile risulterebbe allora, in tal caso, il riconoscimento di una concorrente responsabilità *ex* art. 2050 c.c. del fabbricante, che consentirebbe di escludere che il rischio da sviluppo, quando tanto incidente da caratterizzare la pericolosità del produrre, resti in capo al proprietario, cfr., U. RUFFOLO, E. AL MUREDEN, Autonomous vehicles *e responsabilità nel nostro sistema e in quello statunitense*, in E. GABRIELLI, U. RUFFOLO (a cura di), *Intelligenza artificiale e diritto*, cit., 1712.

ISSN 2281-3918/2421-2563



responsabilizzazione in via oggettiva del proprietario/utilizzatore del sistema intelligente – senz'altro capace di una maggiore garanzia del danneggiato – non possa non coinvolgere e non rappresentare l'esito di considerazioni e scelte di politica del diritto. Considerazioni che, se in alcuni casi (come quello dei *medical devices*) potrebbero far ritenere soddisfacenti le soluzioni ricavabili dal quadro normativo vigente, in altre ipotesi (come quella delle *smart cars*) potrebbero invece indurre ad auspicare interventi legislativi correttivi rispetto a discipline che risultino meno adeguate alle peculiarità dei contesti esaminati.

La valorizzazione di un approccio settoriale non impedirebbe, d'altronde, l'adozione di un criterio ordinante volto ad orientare trasversalmente le suddette scelte di politica del diritto e a mantenere in tal modo una complessiva coerenza di sistema. Un siffatto ruolo potrebbe, ad avviso di chi scrive, essere opportunamente svolto dal criterio del rischio d'impresa, che consentirebbe di allocare il costo dei danni in capo a "quegli" operatori che, usando i dispositivi *smart* nell'ambito della propria attività professionale, riuscirebbero ad internalizzare tali costi nel proprio rischio d'impresa. Ciò permetterebbe, ad esempio, di distinguere la posizione del medico dipendente e dell'acquirente/utilizzatore di un prodotto domotico *smart* da quella della struttura sanitaria e dell'imprenditore che faccia uso di macchinari intelligenti nell'ambito della propria azienda, portando ad una responsabilizzazione in via oggettiva verso i terzi danneggiati solo per questi ultimi soggetti. Un riscontro circa la bontà e praticabilità di un siffatto criterio si ritiene possa, d'altro canto, rinvenirsi – seppur in un'ottica di *responsibility* – nel recente Regolamento UE 2024/1689 (c.d. *AI Act*), ove l'imposizione degli obblighi previsti per i *deployer* di sistemi di IA ad alto rischio viene riferita a "quegli" utilizzatori che facciano uso di tali sistemi nell'ambito della propria attività professionale/istituzionale, rimanendo esclusi da queste prescrizioni coloro che ricorrano a tali tecnologie nell'ambito di una attività personale o comunque sotto l'autorità altrui [71].

5. Per uno "spostamento" della responsabilità verso la figura del produttore di sistemi intelligenti

Si è evidenziato come le caratteristiche dei contesti tecnologici indagati abbiano portato all'affermarsi di due linee di tendenza volte a valorizzare, da un lato, la prospettazione di ipotesi di responsabilità rispondenti a criteri di imputazione tendenzialmente oggettivi, risultanti più adeguati agli scenari esaminati rispetto ai modelli tradizionali di responsabilità, dall'altro, il ricorso a forme di responsabilità "diffusa", in grado di coinvolgere i vari soggetti operanti lungo la catena di produzione, distribuzione e utilizzazione dei dispositivi intelligenti. Si tratta di linee di tendenza che, come appurato, riescono a trovare nell'ordinamento possibilità di concretizzazione attraverso una convergente applicazione di più plessi normativi – la disciplina sui prodotti difettosi, le tutele contrattuali previste per il caso di inadempimento, di vizi del bene venduto, di difformità al contratto dello stesso nei rapporti B2C, le individuate norme speciali di responsabilità extracontrattuale – capaci, anche a seguito di alcuni recenti interventi normativi di origine europea, di adattarsi alle peculiari esigenze della materia.

Si è, d'altro canto, anche ritenuto che gli esiti di rafforzamento della tutela del danneggiato derivanti dall'affermazione e applicazione di tali indirizzi debbano trovare un bilanciamento nella necessaria

[71] Nell'art. 3 del Regolamento UE 2024/1689 il *deployer* viene definito come «una persona fisica o giuridica, un'autorità pubblica, un'agenzia o un altro organismo che utilizza un sistema di IA sotto la propria autorità, tranne nel caso in cui il sistema di IA sia utilizzato nel corso di una attività personale non professionale».

ISSN 2281-3918/2421-2563



considerazione degli altri interessi involti nelle vicende che ci occupano, anch'essi meritevoli di attenzione, al fine di rinvenire un giusto punto di equilibrio fra gli stessi, che non prescinda dal rilievo di opportune valutazioni di politica del diritto. Se un primo snodo argomentativo di tale percorso ha portato all'affermazione dell'opportunità di prediligere una prospettiva settoriale nella individuazione di regole di responsabilità per la figura dell'utilizzatore di sistemi intelligenti, pur senza rinunciare al ricorso ad un criterio trasversale ordinante in grado di garantire coerenza di sistema, ulteriore approdo del medesimo percorso è, ad avviso di chi scrive, rappresentato dall'opportunità di prospettare, negli ambiti in esame, uno "spostamento" della responsabilità verso la figura del produttore [72].

Alla base di tale affermazione si pone tanto l'attenzione sulla necessità di non ostacolare l'accettazione e la diffusione presso la collettività dei prodotti intelligenti, quanto la considerazione della capacità del produttore non solo di sostenere, meglio di ogni altro soggetto, il costo dei danni derivanti dal funzionamento autonomo del dispositivo, ma anche e soprattutto di incidere sui rischi legati al loro verificarsi, minimizzandoli [73]. L'elevata probabilità che il danneggiato scelga di agire nei confronti dell'utilizzatore del dispositivo, laddove terzo, o nei confronti del venditore/fornitore dello stesso, laddove utilizzatore/acquirente del bene, in quanto per lui soggetti più "prossimi" e "riconoscibili", dovrebbe pertanto trovare un controbilanciamento nella possibilità per tali soggetti "responsabilizzati" di rivalersi sul produttore del bene. Il prospettato obiettivo di traslazione della responsabilità in capo a quest'ultimo potrà e dovrà, allora, rinvenire uno strumento di realizzazione nell'applicazione delle norme che nel nostro ordinamento presiedono alla regolamentazione di regressi e rivalse, la cui adeguatezza e fruibilità nelle ipotesi esaminate deve essere vagliata.

Vengono, a tal fine, in considerazione il comma 2 dell'art. 2055 c.c., quale norma generale sui rapporti interni fra responsabili in solido, nonché l'art. 134 cod. cons., disciplinante il regresso del venditore del bene difforme verso i soggetti in posizione precedente nella catena distributiva e, dunque, anche verso il produttore. Rilevate le evidenti criticità manifestate da uno dei due criteri di misurazione del regresso previsti dalla prima delle menzionate norme, quello rapportato alla «gravità della rispettiva colpa», in un contesto, come quello da noi esaminato, in cui gran parte o tutte le fattispecie di responsabilità richiamabili sono incentrate su criteri oggettivi di imputazione, si ritiene di poter sostenere l'esclusiva operatività in un siffatto contesto dell'altro criterio, quello della «entità delle conseguenze» derivate da ciascuna condotta, ovvero dell'apporto causale nella produzione del danno [74], che sembrerebbe condiviso anche dalla previsione di cui all'art. 134 cod. cons. [75]. Orbene, la constatazione per cui i maggiori

---

[72] Per la prospettazione di un siffatto spostamento, D.C. VLADECK, *Machines without Principals: Liability Rules and Artificial Intelligence*, 89 *Wash L. Rev*. 117, 2014, 147; R.H. WEBER, *Liability in the Internet of Things*, in *EuCML*, 2017, 207 ss.; G. WAGNER, *Robot Liability*, in *Liability for Artificial Intelligence and the Internet of Things*, Cheltenhame, 2018, 39 ss.

[73] Non a caso, seppur in una prospettiva di *responsibility*, nel Regolamento UE 2024/1689 (c.d. *AI Act*) i soggetti destinatari di obblighi e carichi maggiori, nell'ambito della catena del valore dell'Intelligenza Artificiale, risultano essere i «fornitori» (*provider*), ossia coloro che «sviluppa[no] un sistema di IA o un modello di IA per finalità generali o che fa[nno] sviluppare un sistema di IA o un modello di IA per finalità generali e immett[ono] tale sistema o modello sul mercato o mett[ono] in servizio il sistema di IA con il proprio nome o marchio».

[74] Sulla possibilità di adattare i previsti criteri di rivalsa alle situazioni in cui i responsabili siano in parte o tutti imputabili in via oggettiva, escludendo l'operatività del criterio della gravità della colpa ed incentrando la soluzione sul criterio dell'incidenza causale che ciascuna condotta ha avuto nella produzione del danno, cfr., M. COMPORTI, *Fatti illeciti: le responsabilità oggettive*, in *Il codice civile. Commentario*, Milano, 2009, 292; M. FRANZONI, *L'illecito*, in M. FRANZONI (diretto da), *Trattato della responsabilità civile*, Milano, 2010, 167.

[75] Visto il solo riferimento, contenuto nel comma 1 di tale norma, ad «un difetto di conformità imputabile ad un'azione o ad un'omissione di una persona nell'ambito dei passaggi precedenti della medesima catena contrattuale distributiva».

ISSN 2281-3918/2421-2563



margini di incidenza sui rischi legati al funzionamento autonomo del sistema intelligente siano chiaramente da ricondurre all'attività di produzione che ha reso possibile un siffatto funzionamento e che per questo deve ritenersi esplicare un prevalente apporto causale rispetto al verificarsi del danno induce ad evidenziare l'idoneità del summenzionato criterio a supportare, negli scenari considerati, l'auspicato spostamento della responsabilità verso la posizione del produttore, consentendo lo stesso di legittimare la rivalsa, nei confronti di tale ultimo soggetto, dell'utilizzatore o del venditore chiamati in causa e di dare così seguito ad un equilibrato e razionale contemperamento tra esigenze ed interessi coinvolti.

Si vuole in definitiva affermare che un approccio al tema della responsabilità civile per i danni da sistemi intelligenti che sia in grado di accompagnare l'evoluzione tecnologica, senza ostacolarla ma anche senza dare adito a forme di deresponsabilizzazione, richieda di intraprendere percorsi ed addivenire a soluzioni che, allontanandosi da poco opportune generalizzazioni normative, riescano a conciliare le ragioni di tutela (effettiva) del danneggiato con le esigenze di valorizzazione delle peculiarità settoriali e di razionale allocazione del rischio. Ciò alla ricerca e nel perseguimento di un giusto punto di equilibrio che mostra di trovare il proprio baricentro più coerente nella valorizzazione della figura del produttore, quale soggetto strutturalmente più vicino alla fonte tecnologica del rischio e, pertanto, maggiormente in grado di prevenirlo, governarlo e distribuirne i costi.

ISSN 2281-3918/2421-2563

JUS CIVILE



FLAVIO PETROCELLI*

FONDAZIONI E COMUNITÀ ENERGETICHE RINNOVABILI: UN CONNUBIO PROBLEMATICO?**

FOUNDATIONS AND RENEWABLE ENERGY COMMUNITIES: A PROBLEMATIC COMBINATION?

Abstract: Il saggio analizza l'evoluzione dell'istituto della fondazione nel diritto civile italiano, mostrando il passaggio dal modello tradizionale di fondazione, staticamente ancorato alla mera destinazione patrimoniale a fini di pubblica utilità, a una concezione dinamica di "fondazione-organizzazione", capace di svolgere attività di impresa e di coinvolgere una pluralità di *stakeholder*. Su queste basi l'autore si interroga, in chiave critica, sulla possibilità di costituire Comunità Energetiche Rinnovabili in forma di fondazione e ne analizza i principali profili problematici (ad. es il rischio di frizione tra il divieto di lucro proprio delle fondazioni e gestione dei benefici economici generati dalle CER, la declinazione della *governance* democratica, gli squilibri potenziali che può generare il principio della porta aperta, il coordinamento con la disciplina del terzo settore e sulla impresa sociale). Il saggio conclude che gli enti fondazionali, opportunamente conformati sul piano statutario, rappresentano una forma giuridica idonea per la costituzione di CER monosettoriali e plurisettoriali, in grado di coniugare finalità energetiche, sociali e territoriali, assicurare maggiore stabilità al progetto comunitario, e, al contempo, partecipazione degli *stakeholder* con ruoli e poteri differenziati.

Abstract: The essay analyses the evolution of foundations in Italian civil law, showing the transition from the traditional model of foundation, statically anchored to the mere allocation of assets to purposes of public utility, to a dynamic conception of a "foundation-as-organization", capable of carrying out business activities and involving a plurality of stakeholders.
On this basis, the author critically examines the possibility of establishing Renewable Energy Communities in the legal form of a foundation and analyses their main critical issues (such as the potential friction between the non-profit constraint typical of foundations and the management of the economic benefits generated by RECs, the implementation of democratic governance, the potential imbalances that may arise from the "open-door principle", and the coordination with the regulation of the Third Sector and social enterprises).
The essay concludes that foundations, if properly shaped at the statutory level, represent a suitable legal form for the establishment of both single-sector and multi-sector Renewable Energy Communities, capable of combining the energy, social and territorial objectives laid down in the community project, ensuring greater stability of that project and, at the same time, the participation of stakeholders with differentiated roles and powers.

SOMMARIO: *1. Premessa. – 2. L'istituto della fondazione tra tradizione e crisi del relativo modello dogmatico. – 2.1. Dalla esclusività e unicità, alla elasticità del tipo normativo della fondazione. – 2.2. La tipologia della "fondazione di partecipazione" come ente astrattamente idoneo a promuovere la transizione energetica: la possibile assunzione della qualifica CER. – 3. Caratteri essenziali delle cosiddette "fondazioni di partecipazione": tratti comuni e profili differenziali rispetto alla fondazione di erogazione od operativa. – 3.1. Rapporto con la disciplina delle CER (cenni e rinvio). – 4. Scopo delle CER e fondazioni. Il problema della distribuzione dei contributi economici erogati dal GSE e dei proventi derivanti dalle eventuali attività svolte dall'ente. – 5. Il problema dell'adeguatezza del patrimonio iniziale e i successivi impegni economici dei membri della fondazione di partecipazione costituita in forma di CER. – 6. Struttura aperta e organizzazione interna della fondazione di partecipazione. Rapporti con la disciplina delle CER. – 6.1. Ulteriori considerazioni sulla struttura organizzativa dell'ente. – 6.2. La ripartizione di competenze tra gli organi dell'ente e in particolare quelle dell'organo partecipativo. – 6.3. La disciplina del diritto di voto e la* governance *democratica. – 7. Riflessioni conclusive.*

* Assegnista di ricerca – Università Luiss Guido Carli.
** Contributo sottoposto a revisione.

ISSN 2281-3918/2421-2563



1. Premessa

L'instabilità geopolitica, acuita dai recenti conflitti bellici, ha prodotto un notevole incremento dei costi di approvvigionamento delle fonti energetiche fossili. Il tema della transizione energetica, oggetto della legislazione europea e nazionale in materia di energie rinnovabili, diviene dunque di stringente attualità.

Suscita interesse, in particolare, lo studio delle Comunità Energetiche Rinnovabili (d'ora innanzi, per brevità, designate semplicemente "CER" [1]); vale a dire di quei soggetti di diritto, autonomi dai propri membri o soci [2] e dagli operatori del mercato energetico (v. Considerando n. 71 e 72 Dir. Red II), costituiti per la produzione, l'accumulo, il consumo, la condivisione e la vendita di energia, anche non elettrica, proveniente da fonti rinnovabili (art. 22, lett. a e b Direttiva RED II e art. 31, comma 2, lett. b) d.lgs. n. 199/2021). Enti collettivi che, sul piano funzionale [3], perseguono l'obiettivo principale di "*fornire benefici ambientali, economici o sociali a livello di comunità ai suoi soci o membri o alle aree locali*" in cui operano e non già la realizzazione di profitti finanziari (v. art. 31, comma 1, lett. a d.lgs. n. 199/2021).

Nel silenzio del legislatore italiano sulle forme giuridiche astrattamente utilizzabili [4], il presente contributo si propone di indagare se, e con quali limiti, le CER possano essere costituite come fondazione.

L'interrogativo discende, anzitutto, dai profili strutturali e causali che connotano l'ente fondazionale: munito del beneficio della responsabilità limitata in conseguenza della erezione a persona giuridica, e dunque preferibile alle associazioni non riconosciute e ai comitati; dotato di maggiore stabilità rispetto

---

[1] La disciplina generale delle CER si ricava dall'art. 31. d.lgs. 8 novembre 2021 n. 199 (di recepimento della dir. 2018/2001/UE dell'11 dicembre 2018 – d'ora innanzi Direttiva RED II) per le cd. CER non incentivate e dagli artt. 31, 5, 8, 14 d.lgs. n. 199/2021, e del Testo Integrato Autoconsumo Diffuso (TIAD) – corrispondente all'allegato della delibera ARERA del 27 dicembre 2022, 727/2022/R/eel (come modificata dalla delibera della stessa autorità del 30 gennaio 2024, 15/2024/R/eel e dal d.m. n. 414/202) – per le CER incentivate (le quali beneficiano di un sistema di contributi statali).

Si segnala che il legislatore italiano al fine di favorire la massima diffusione delle CER ha introdotto anche ulteriori leggi speciali che disciplinano, in parte diversamente, alcune tipologie di CER se costituite dalle autorità portuali (art. 9, comma 2, D.l. n. 50/2022), dalle amministrazioni centrali dello Stato (art. 20, comma 2, d.l. n. 17/2022; art. 10, comma 2, d.l. n. 144/2022) da imprenditori agricoli (art. 47, comma 1, d.l. n. 13/2023) e dall'Agenzia del Demanio (art. 16, comma 3 *bis*, d.l. n. 13/2023). Tali discipline speciali non formeranno oggetto del presente contributo come sono escluse le leggi regionali intervenute in materia (sulla incostituzionalità della legislazione abruzzese v. Corte cost. 23 marzo 2023, n. 48).

[2] Così testualmente l'art. 31, comma 1, lett b) d.lgs. 8 novembre 2021 n. 199, novellato dal d.l. 28 febbraio 2025 n. 19 conv. con legge 24 aprile 2025 n. 60. Il riferimento normativo alla CER come "*soggetto di diritto autonomo*" dai suoi "*membri*" o "*soci*", coerentemente con il disposto dei considerando n. 71 e n. 72 Dir. Red. II e con l'art. 2 punto 16 Dir. Red II, non sembra consentire di ricondurre il fenomeno delle CER al mandato e di configurare la CER stessa come un mero collettore e distributore di incentivi. V. per la tesi del mandato qui non condivisa F. Dealessi, A. Lanciani, I. L. Nocera, *Comunità energetiche rinnovabili. Alcuni profili problematici: nozione di p.m.i., rapporto di mandato e natura imprenditoriale*, in *Riv. dir.econ. trasp. e amb.*, 2024, 280-283. *Contra* M. Meli, *Comunità di Energia Rinnovabile. Ancora qualche questione aperta: il riparto degli incentivi*, in *Orizz. dir. comm.*, 2025, 43-46.

[3] Sulla incidenza regolatoria del diritto europeo della transizione energetica sulla autonomia privata individuale e collettiva accompagnata dalla funzionalizzazione operativa delle CER a realizzare specifiche politiche volte alla tutela della concorrenza e alla regolazione del mercato – così come accade per altri contratti del mercato energetico come il contratto di rendimento energetico –, v. M. Renna, *Le comunità energetiche e l'autoconsumo collettivo di energia. Tutela della concorrenza e regolazione del mercato*, in *NLCC*, 2024, 161, 162 e note 4, 5.

[4] Alcuni Paesi europei, nel recepire la disciplina eurounitaria in tema di CER, hanno espresso una preferenza per alcune forme giuridiche in luogo di altre. Ad esempio, in Grecia il legislatore ha introdotto una nuova società cooperativa così come in Germania sembra incentivato il ricorso al modello cooperativo. L'Italia non è tra questi ordinamenti. Per ulteriori riferimenti anche agli Stati membri che non hanno espresso preferenze per l'una o l'altra forma giuridica v. C. Favilli, *Transizione ecologica e autoconsumo organizzato di energia rinnovabile. La questione della forma giuridica delle Comunità energetiche*, in *Resp. civ. e prev.*, 2023, 385 ss., spec. in nota 83. V. anche i report della Commissione europea del 2024 reperibili al link: https://energy.ec.europa.eu/topics/markets-and-consumers/energy-consumers-and-prosumers/energy-communities/energy-communities-repository-products_en#energy-community-case-studies.

ISSN 2281-3918/2421-2563



alle associazioni riconosciute e alle società per la (tendenziale) immutabilità dello scopo; caratterizzato dalla non lucratività dello scopo (*non distribution constraint*) e perciò preferibile alle società lucrative in una prospettiva *community oriented*.

Caratteristiche, queste ultime, che ben si addicono, in via di prima approssimazione, alle comunità di energia rinnovabile per come sopra definite.

Tuttavia, bisogna considerare che per le CER il legislatore ha stabilito anche delle regole partecipative e una organizzazione dell'ente concepita su basi democratiche (v. *infra* par. 2.3 e 6.1 e 6.3); profili questi ultimi che, invece, pongono delicati problemi di compatibilità con le fondazioni configurate secondo il modello tradizionale della fondazione di pura erogazione.

Dato perciò atto del dibattito intorno alla crisi del modello dogmatico di fondazione consegnato dalla tradizione e della proliferazione di nuove tipologie di enti fondazionali (par. 2) [5], si verificherà se, nello specifico, le fondazioni di partecipazione (o partecipative), quale *species* del *genus* fondazione e variante tipologica dello stesso, possano assumere la qualifica di CER.

All'indicato quesito preliminare sarà dedicata la prima parte di questo contributo, il quale mira a indagare i limiti entro i quali può estrinsecarsi l'autonomia statuaria senza esorbitare dal tipo normativo della fondazione.

Difatti, in difetto di una definizione normativa di fondazione di partecipazione e una correlata disciplina organica [6], occorrerà chiarire, in primo luogo, se l'assunzione della struttura corporativa da parte di questi enti, i quali mutuano taluni caratteri delle associazioni o delle società (su cui il par. 3.), snaturi il tipo della fondazione relegandoli all'atipicità [7] o possa configurare un inammissibile abuso della forma giuridica [8].

---

[5] Su cui v. A. ZOPPINI, *Le fondazioni. Dalla tipicità alle tipologie*, Napoli, 1995, 72 ss.; cfr. anche G. PONZANELLI, *La fondazione tra autonomia dei privati ed intervento del legislatore*, in *NGCC*, 2006, 419 ss.

[6] A. DI SAPIO, *Le parole delle fondazioni di partecipazione*, in *Giur. it.*, 2021, 2493, 2494. Sull'assenza nel nostro codice civile, più in generale, di una definizione normativa di fondazione, data per presupposta e frutto di elaborazione dottrinale v. R. SENIGAGLIA, voce *Fondazione*, in *Dig. disc. priv*. Torino, 2012, 514. Su tale profilo si rinvia anche alle recenti riflessioni di D. GIURATO, *Per una definizione attuale di «fondazione»*, in *Jus civile*, 2023, 860 ss.; ID, *Fondazione impresa sociale e terzo settore*, Torino, 2026, 66 ss.

[7] È la tesi di E. BELLEZZA, F. FLORIAN, *Le fondazioni di partecipazione*, Milano, 2006, 38-40 che, in assenza di indici normativi, qualificano le cd. fondazioni di partecipazione come enti atipici riconducibili all'ampia locuzione delle "*altre istituzioni di carattere privato*", alle quali faceva riferimento l'abrogato art. 12 c.c. e ora l'art. 1 D.P.R. n. 361/2000. *Contra* M. MALTONI, *La fondazione di partecipazione: natura giuridica e legittimità*, in *Fondazioni di partecipazione. Atti del convegno, Firenze 25 novembre 2006*, Milano, 2007, reperibile al seguente link: https://elibrary.fondazionenotariato.it/articolo.asp?art=06/0602&mn-=3, sul condivisibile rilievo che le vicende organizzative assistite da rilievo reale, come nel caso delle fondazioni, non possono ammettere varianti atipiche. Del resto le disposizioni in parola erano concepite per impedire che enti non sussumibili nei tipi nominati potessero sottrarsi al riconoscimento, sfuggendo al controllo dello Stato, e non già per concedere spazi all'autonomia privata. Infine, in sede di riconoscimento, l'autorità amministrativa non è competente a svolgere alcun giudizio di meritevolezza sull'atto di autonomia privata. L'A. riprende in sostanza il pensiero di A. ZOPPINI, op. ult. cit., 89.

Sulla impossibilità per i privati di creare nuovi enti diversi dai tipi legali v. M.V. DE GIORGI, *Il nuovo diritto degli enti senza scopo di lucro: dalla povertà delle forme codi cistiche al groviglio delle leggi speciali*, in *Riv. dir. civ.*, 1999, 287.

In giurisprudenza, propende per la tesi dell'atipicità delle fondazioni di partecipazione Corte dei Conti, sez. contr. Lazio, 24 luglio 2013 n. 151, in *Dejure*, che conseguentemente reputa applicabili a detto ente le disposizioni in tema di fondazione per via analogica e nei soli limiti della compatibilità. Cfr. anche Tar Abruzzo, 27 giugno 2016, in *Foro amm*., 2016, II, 1610, secondo cui si tratterebbe di ente a causa mista; sull'applicabilità, in via analogica, delle norme in tema di fondazioni a quelle di partecipazione v. anche Corte dei Conti, sez. reg. Basilicata, 2 ottobre 2017 n. 52. Diversamente Tribunale di Belluno, 12 maggio 2018, in *NGCC*, 7-8, 2018, 1039 ss. ha esteso analogicamente l'art. 24 in tema di recesso degli associati e perciò la disciplina delle associazioni. Ravvisa, invece, nella fondazione una forma giuridica morfologicamente neutra, con la conseguenza che anche le fondazioni di partecipazione possono inquadrarsi nel tipo fondazionale Tar Piemonte, 13 dicembre 2019, n. 1147 in *www.giustiziamministrativa.it*. Conseguenza del diverso approccio ricostruttivo risiede, appunto, nell'applicazione diretta o analogica delle norme in tema di fondazioni.

[8] A. ZOPPINI, *Profili evolutivi della fondazione nella moderna prassi e nella legislazione speciale*, in *Fondazioni di*

ISSN 2281-3918/2421-2563



In secondo luogo, muovendo dall'analisi delle caratteristiche strutturali e funzionali delle fondazioni di partecipazione largamente diffuse nel mercato, bisognerà valutare quali adattamenti si rivelino necessari per rendere compatibili questi enti di diritto privato con la disciplina speciale che il legislatore ha dettato per le CER (su cui *infra* par. 4 e ss.).

L'analisi non può che muovere dalla constatazione di un radicale mutamento di prospettiva relativo all'istituto della fondazione.

2. L'istituto della fondazione tra tradizione e crisi del relativo modello dogmatico

Inizialmente relegato ai margini del diritto privato soprattutto per il timore, di derivazione illuministica, di ostacolare la circolazione della ricchezza immobilizzando in perpetuo beni destinati a realizzare lo scopo impresso dal fondatore [9], potenzialmente in frode ai creditori e agli eredi del fondatore stesso [10], il tipo normativo della fondazione, dato per *presupposto* dalle scarne e frammentarie disposizioni codicistiche [11], negli ultimi decenni ha subito profondi rivolgimenti. Rivolgimenti determinati non solo dalle novelle al codice civile e dalla sopravvenuta legislazione speciale, ma anche dalla osservazione delle esperienze giuridiche straniere e dalla prassi negoziale.

Da un tipo unitario ed esclusivo di fondazione (cd. di erogazione) accolto dal legislatore storico, ritenuto inderogabile dall'autonomia privata, si è assistito alla proliferazione di tipologie diversificate di enti fondazionali, tra i quali le fondazioni di partecipazione [12].

L'unico modello socio-economico di fondazione considerato dai compilatori del Codice civile era infatti connotato dalla destinazione del patrimonio al perseguimento di uno *scopo non lucrativo e di pubblica utilità*, tendenzialmente perpetuo e immodificabile, e dall'attività necessariamente *erogativa di rendite*

---

partecipazione. Atti del convegno, Firenze 25 novembre 2006, Milano, 2007, reperibile al seguente link: https://elibrary.fondazionenotariato.it/articolo.asp?art=06/0602&mn=3.

[9] Per una efficace sintesi v. A. ZOPPINI, *Problemi e prospettive per una riforma delle associazioni e delle fondazioni di diritto privato*, in *Riv. dir. civ.*, 2004, 370, 371, il quale ricorda come "*la riflessione della dottrina civilistica nell'Ottocento e nei decenni che precedono la redazione del secondo codice unitario ruota intorno alle liberalità a favore degli enti non lucrativi e ai controlli pensati per prevenire la manomorta immobiliare. I corpi intermedî tra lo Stato e il cittadino, e così pure la destinazione di un patrimonio allo scopo, erano sembrati al legislatore borghese educato alla dottrina liberale classica incompatibili con il programma politico vòlto a favorire la libera circolazione e il razionale sfruttamento della ricchezza ed avevano, semmai, evocato il ricordo di istituti cancellati dalla rivoluzione borghese: esemplare manifesto di quelle idee si legge nelle pagine di Turgot dettate per l'Encyclopédie di Diderot e D'Alembert alla voce Fondation (23). Da quel dibattito erano derivate le norme sull'autorizzazione agli acquisti, sulla capacità di accettare eredità o legati, la disciplina della fondazione istituita per testamento, le regole in materia di comitati (24)*". Per ulteriori riferimenti v. ID., *Le fondazioni. Dalla tipicità alle* tipologie, op. cit., 27 ss.; D. VITTORIA, *Gli enti del primo libro del codice civile: l'attuale assetto normativo e le prospettive di riforma*, in P. Rescigno (a cura di), *Le fondazioni in Italia e all'estero*, Padova, 1989, 28 ss.

[10] D. FAUCEGLIA, *Le fondazioni partecipate e i contratti plurilaterali*, in *Jus civile*, 2022, 466, sulla scia di G. ZANCHI, *Interpretazione e ruolo della prassi nella definizione dello statuto soggettivo della fondazione*, ivi, 2017, 496. Per ulteriori riferimenti ai concorrenti fattori storici che decretarono la condanna illuministica contro le fondazioni v. D. GIURATO, *Per una definizione attuale di «fondazione»*, op. cit., 861, 862.

[11] Tipo normativo qui inteso come modello socio-economico del quale il legislatore ha avuto riguardo al tempo della emanazione della disciplina sulle fondazioni su cui D. GIURATO, op. ult. cit., 860, nota 6.

[12] V. M. BASILE, *Persone giuridiche*, in *Trattato di diritto privato* a cura di G. Iudica e P. Zatti, Milano, 2020, 20 ss. il quale evidenzia che il superamento delle scelte codificate non è dovuto soltanto alle trasformazioni sociali e storiche registratesi negli anni successivi alla entrata in vigore del codice civile, ma anche a innovazioni normative, contenute sia nel codice che in numerose leggi speciali, le quali hanno modificato l'impianto normativo e i principi sui quali si reggeva l'originaria codificazione delle fondazioni.

ISSN 2281-3918/2421-2563



svolta dalla persona giuridica (artt. 16 e 28, comma 1, c.c.) [13]. Istituto dunque "tollerato" nel sistema giuridico purché ancorato al paradigma della pubblica utilità e sottoposto al controllo pubblicistico.

Lo Stato etico fascista, invero, non consentiva l'esercizio di attività in contrasto con i propri fini [14] sicché, attraverso il rigido regime del riconoscimento della personalità giuridica dell'ente e il filtro della pubblica utilità, esercitava un penetrante controllo sull'atto di autonomia privata per indirizzarlo a fini sociali e selezionare i soli enti reputati meritevoli di tutela [15]. La genesi della fondazione era dunque privatistica (artt. 14 e 16 c.c.), ma dal riconoscimento in poi essa assumeva una connotazione pubblicistica, come si ricava dalla disciplina dei controlli esterni e dei poteri conformativi affidati all'amministrazione pubblica (artt. 25, 26 e 28 c.c.) nonché dalla estinzione dell'autonomia del fondatore per effetto del riconoscimento o dell'inizio dell'attività della fondazione (art. 15 c.c.).

Sotto il profilo sistematico, si osservava che la costituzione di una fondazione con scopo individuale ed egoistico avrebbe dato luogo alla riedizione della manomorta [16], donde il parallelismo tracciato con la disciplina del fedecommesso, vietato *ex lege* [17]. Pertanto il ricorso alle forme giuridiche della fondazione si poteva reputare ammissibile, e gli inconvenienti economici che esse comportano accettabili, a condizione che detti enti perseguissero scopi di pubblica utilità [18] e su di essi vigilassero i pubblici poteri. Persino le fondazioni di famiglia, richiamate dall'art. 28, comma 3, c.c., non erano immuni dai citati caratteri [19]; così come l'art. 699 c.c. esige che la disposizione testamentaria di

---

[13] G. PONZANELLI, op. cit., 420 individua le quattro principali caratteristiche del modello di fondazione accolto nella tradizione giuridica occidentale nella "*a) destinazione di beni; b) immodificabilità assoluta delle finalità; c) carattere di pubblica utilità della finalità della fondazione; d) attività devolutiva e/o erogativa posta in essere dalla fondazione*".

[14] G. ALPA, *Il regime delle fondazioni in Italia e in Francia*, in AA. Vv. (a cura di G. Alpa), *Le fondazioni. Tradizione e modernità*, Padova, 1988, 9.

[15] M. BASILE, op. cit., 18, 19. L'A. nel riportare le parole del segretario della Commissione reale che aveva preparato la riforma del primo libro del codice ricorda come il controllo dello Stato non si esauriva solo nel riconoscimento, ma perdurava anche dopo l'acquisto della personalità giuridica con i poteri di vigilanza esercitati costantemente sull'ente sino a decretarne lo scioglimento (cfr. gli artt. 25, 26 e 28 c.c.). Sulla discrezionalità politica esercitata in sede riconoscimento v. E. BASSI, *Contributo allo studio dell'atto di riconoscimento della personalità giuridica, in Riv. trim. dir. pubbl.*, 1961, 910; F. GALGANO, *Riconoscimento della personalità giuridica e discrezionalità dell'autorità governativa*, in *Riv. dir. civ.*, 1969, 46 ss.; A. ZOPPINI, *Le fondazioni*, op. cit., 31. In prospettiva generale v. G.B. FERRI, *Meritevolezza dell'interesse e utilità sociale*, in ID, *Saggi di diritto civile*, Rimini, 1994, 415; E. BETTI, *Sui principi generali del nuovo ordine giuridico*, in *Riv. dir. comm.*, 1940, 222.

[16] V. G. GIORGI, *La dottrina delle persone giuridiche o corpi morali*, Firenze, 1913, 132. Per ampi riferimenti all'istituto della manomorta v. F. FERRARA, *Le persone giuridiche*, Torino, 1938, 243 ss.

[17] V. M.V. DE GIORGI *Le diverse linee di sviluppo del sistema tedesco e successorio italiano. Fondazione di famiglia tra libertà testamentaria e soddisfacimento del bene comune*, in ID, *Enti del primo libro e del terzo settore. Ventun scritti fra due secoli*, Pisa, 2021, 22. *Contra* A. ZOPPINI, *Le fondazioni*, op. cit., 20-23, il quale condivisibilmente confuta il parallelismo tracciato tra l'istituto della fondazione e quello del fedecommesso su cui oltre nel testo.

[18] F. GALGANO, Sub *art. 16*, in *Commentario del Codice Civile* a cura di Scialoja-Branca, Bologna-Roma, 2006, 225 ss., spec. 227 (la tesi dell'A. era sviluppata nell'edizione della medesima Opera del 1969, spec. alle pp. 182 ss. e ivi ulteriori riferimenti). V. anche M.V. DE GIORGI, *Le fondazioni*, in *Trattato di diritto privato* a cura di P. Rescigno, Torino, 1999, 446 e ivi ulteriori riferimenti. Per la prospettiva comparatistica v. M. GRAZIADEI, *Le fondazioni nel contesto europeo: le prospettive all'orizzonte*, in *Contr. impr. Eur.*, 2021, 575 ss.

Tale posizione interpretativa fu condivisa dalla giurisprudenza di legittimità v. Cass. 10 luglio 1979 n. 3969 in *Giur. it.*, 1980, 882, intervenuta in un caso di una fondazione di famiglia che erogava da secoli rendite ai discendenti dei beneficiari indicati dal testatore. Nella motivazione di quella pronuncia la S.C. ha chiarito che il "*fine di pubblica utilità*" consente "*eccezionalmente di imporre ai beni vincoli di indisponibilità tendenzialmente perpetui*" richiamando l'attenzione sulla necessità di uno scopo esterno al patrimonio dell'ente e che lo stesso non può esaurirsi nel connaturale godimento dei beni che lo compongono.

[19] Il vigente Codice Civile ha disciplinato, per la prima volta, le fondazioni «*destinate a vantaggio di una o più famiglie determinate*» (art. 28, comma 3, c.c.), le quali, in quanto tali, perseguono scopi particolari e individuali. Il legislatore, per questa ragione,

ISSN 2281-3918/2421-2563



erogazione di premi e sussidi riguardi scopi di pubblica utilità, la stessa disciplina doveva estendersi alle fondazioni familiari [20].

La organizzazione interna dell'ente rifletteva i citati postulati.

In quanto organizzazione di persone [21] dotata di rilievo reale deputata, attraverso l'elemento patrimoniale, a realizzare lo scopo non lucrativo e di utilità sociale prefigurato nelle tavole della fondazione, indisponibile per il fondatore dopo il riconoscimento e immutabile senza intervento della pubblica autorità, l'ente doveva necessariamente distaccarsi dalla persona del fondatore e l'organo amministrativo – l'unico reputato ammissibile – assumere una posizione "servente" nell'attuazione dello scopo [22], a differenza delle associazioni, ed essere sottoposto al controllo dei pubblici poteri (art. 25 c.c.). Anzi, a ben vedere, la mera attività erogativa o devolutiva di rendite svolta con metodo non economico avrebbe reso persino superfluo l'organo gestorio, privo di sostanziali spazi di discrezionalità [23]. La doppia separazione del fondatore dagli scopi di pubblica utilità e dalla gestione della fondazione costituiva il carattere centrale dell'istituto [24] che lo rendeva sistematicamente ed ideologicamente tollerabile.

Ogni variante sarebbe stata giudicata inammissibile coerentemente con il principio di stretta tipicità degli enti giuridici [25] e il pregiudizio storico nutrito verso le fondazioni, solo formalmente privatistiche, ma nella sostanza concepite secondo logiche para-pubblicistiche [26].

2.1. Dalla esclusività e unicità, alla elasticità del tipo normativo della fondazione

Già sul finire degli anni 60' del secolo scorso entrambi i caratteri del tipo fondazionale suindicati, sono stati messi in discussione dalla dottrina [27] e dalla prassi statutaria [28]. Il problema, invero, non era

---

ha sottratto le fondazioni familiari alla disciplina degli artt. 28, comma 1, e 26 c.c. impedendo all'autorità governativa di disporne la trasformazione in ragione dell'impossibile perseguimento dello scopo e vietando il coordinamento delle loro attività o l'unificazione dell'amministrazione con altri enti, diversamente dalla disciplina che si applica a tutte le altre fondazioni (non familiari).

[20] Per la valorizzazione di tale indice normativo v. F. GALGANO, op. cit., 228 ss. secondo il quale "*beneficiari della fondazioni* [di famiglia n.d.r.] *non potranno essere i discendenti del fondatore in quanto tali, bensí solo in quanto versino in quella particolare situazione soggettiva – di indigenza, di meritevolezza in rapporto agli studi ecc. – che il fondatore abbia preso in considerazione; di modo che la conservazione del patrimonio all'interno di una data famiglia non sia lo scopo della disposizione, ma sia il mezzo per realizzare una diversa finalità socialmente utile*"; ciò perché secondo l'A. tanto la fondazione quanto la sostituzione fedecommissaria hanno lo stesso effetto di imprimere, tendenzialmente in perpetuo, un vincolo di destinazione sui beni che ne formano l'oggetto; *contra* M. BASILE, op. cit., 111 che reputa inestensibile l'indicata disposizione dettata in materia sostituzioni fedecommissarie alle fondazioni; v. anche in prospettiva critica ed evolutiva M.V. DE GIORGI, *Fondazioni di famiglia e attività di impresa*, in *NGCC*, 2005, 82. Per ulteriori approfondimenti v. TUCCI, *La fondazione di famiglia in Italia e all'estero*, in *Riv. not.*, 2010, 17 – 38.

[21] Per il passaggio dalla concezione romanistica di fondazione come *universitas bonorum* a quello di organizzazione collettiva, formata da persone, che si «*avvale del patrimonio per realizzare lo scopo*» v. per tutti F. GALGANO, voce *Fondazione. I) Diritto civile*, in *Enc. giur.*, XIV, Roma, 1989, 4.

[22] A. FUSARO, voce *Fondazione*, in *Dig. disc. priv.*, Torino, 1992, 364.

[23] G. PONZANELLI, op. cit., 420.

[24] G. ZANCHI, op. cit., 500.

[25] Cfr. M. BASILE, *Associazioni e fondazioni, novità legislative e problemi aperti*, in G. Ponzanelli (a cura di), *Gli enti no profit in Italia*, Padova, 1994, 15 ss.; A. ZOPPINI, *Le fondazioni*, op. cit., 19.

[26] G. PONZANELLI, op. ult. loc. cit.

[27] Fondamentali, a riguardo, gli studi di P. RESCIGNO, *Fondazione e impresa*, in *Riv. delle società*, 1967, 812 ss. e di R. COSTI, *Fondazione e impresa*, in *Riv. dir. civ.*, 1968, 1 ss.

[28] V. D. VITTORIA, *Le fondazioni culturali e il consiglio di amministrazione. Evoluzione della prassi statutaria e prospettive*

ISSN 2281-3918/2421-2563



quello di riconoscere ai privati il potere di creare persone giuridiche atipiche, prerogativa riservata all'ordinamento a tutela di interessi generali, bensì quello di verificare il grado di elasticità del tipo fondazionale e i relativi limiti.

Il principio di neutralità delle forme giuridiche rispetto alle attività economiche, ricavabile da molteplici indici normativi, ha consentito di ammettere, anche in Italia, fondazioni titolari di attività di impresa (art. 2082 c.c.), fermo il divieto di divisione degli utili *ex* artt. 13 e 2247 c.c., così come, per converso, società, e quindi imprese collettive, che perseguono scopi diversi da quelli lucrativi (ad es. le società sportive, ma anche mutualistiche e consortili [29]); si tratta di un risultato ormai acquisito e consacrato normativamente dall'art. 2500 *octies* c.c. il quale prevede la trasformazione eterogenea delle fondazioni in società lucrative, nonché dall'art. 1 d.lgs. n. 112/2017 che permette di costituire fondazioni in forma di impresa sociale, le quali esercitano in via stabile e principale attività di impresa pur con i limiti ivi dettati; più in generale, la disciplina del cd. terzo settore permette oggi di configurare la categoria delle imprese non speculative [30] e il codice della crisi di impresa estende la sua disciplina anche alle imprese non lucrative (art. 1 c.c.i.i.).

Nel mercato si è poi assistito a una radicale metamorfosi dell'istituto con la introduzione, all'interno degli statuti, di varianti molto significative rispetto al modello tradizionale della fondazione di pura erogazione per uno scopo di utilità generale (le cd. fondazioni partecipative, su cui v. par. 3) che hanno superato indenni il vaglio delle autorità amministrative.

Sono proliferate leggi speciali che hanno istituito fondazioni largamente divergenti dalla disciplina codicistica (ad es. liriche, culturali, bancarie) [31] attuando un vero e proprio processo di decodificazione [32].

In altri termini la limitazione dell'autonomia privata predicata in questa materia non aveva e – a maggior ragione – non ha più oggi solide basi normative rinvenibili nella disciplina del codice civile.

Gli argomenti tradizionali posti a sostegno della concezione restrittiva suindicata, incentrata sul necessario carattere di pubblica utilità delle fondazioni – coerente con una visione para-pubblicistica di detti enti – ai sensi del combinato disposto degli artt. 16, 28 e 699 c.c., non appaiono più persuasivi.

Possiamo dunque rileggere le disposizioni del codice civile coordinandole con la legislazione speciale.

Sul piano testuale, l'art. 16 c.c. si limita a prevedere "*lo scopo*" come requisito essenziale dell'atto costitutivo e dello statuto dell'ente, ma non ne impone alcuna qualificazione in termini positivi né come scopo di pubblica utilità, né come scopo di interesse generale (cfr. anche la Relazione al Re n. 46 che tace sul punto), a differenza di altri sistemi giuridici come quello spagnolo e francese [33].

---

della tecnica fondazionale, in *Riv. dir. comm.*, 1975, 316 ss.; G. PONZANELLI, *La rilevanza costituzionale delle fondazioni culturali*, in *Riv. dir. civ.*, 1979, 34 ss.

[29] V. M. TAMPONI, *Persone giuridiche*, in *Il Codice Civile. Commentario* a cura di P. Schlesinger, Milano, 2018, 185.

[30] Cfr. G. D. MOSCO, *L'impresa non speculativa*, in *Giur. comm.*, 2017, 216 ss. Sulla impossibilità di far coincidere il *proprium* dell'impresa con la lucratività, dovendosi invece avere riguardo allo svolgimento dell'attività produttiva con metodo economico v. G. PONZANELLI, V. MONTANI, *Dal "groviglio di leggi speciali" al Codice del Terzo Settore*, AA.VV., *La riforma del Terzo settore e dell'impresa sociale*, Napoli, 2018, 43.

[31] Su cui si rinvia a V. VITTORIA, *Gli enti del primo libro codice civile: l'attuale assetto normativo e le prospettive di riforma*, in P. Rescigno (a cura di), *Le fondazioni in Italia e all'estero,* Padova, 1989, 69 ss.

[32] Sulla decodificazione v. N. IRTI, *Leggi speciali. Dal mono-sistema al poli-sistema*, in *Riv. dir. civ.*, 1979, 141 ss.

[33] L'art. 35 cod. civ. spagnolo fa riferimento al fine di pubblica utilità prevedendo quanto segue: "*Son personas jurídicas: 1.º Las corporaciones, asociaciones y fundaciones de interés público reconocidas por la ley* [...]". Valorizza anche il disposto dell'art. 34 e 33 cost. spagnola per affermare la funzione sociale delle fondazioni M. JESÙS UNQUERA B., *Las fundaciones*, in *Publicaciones de la Institución Tello Téllez de Meneses*, 1990, 61, 637 ss., spec. 643, 653.

ISSN 2281-3918/2421-2563



Al pari di ogni atto di autonomia privata, dunque, l'atto di fondazione soggiace ai limiti dettati dalle disposizioni di cui agli artt. 1343, 1346 c.c., estendibili ai negozi unilaterali nei limiti di cui all'art. 1324 c.c. [34]; lo scopo dell'ente, sotto pena di nullità dell'atto costitutivo, deve essere solo possibile, determinato o determinabile, e lecito, senza ulteriori qualificazioni [35]. Tale lettura del dato normativo riceve conferma, sotto il profilo sistematico, sia dalla riforma del procedimento di concessione della personalità giuridica, sia dalla disciplina dettata dal Codice del Terzo Settore (d.lgs. n. 117/2017). Per effetto della prima, l'art. 1, n. 3, d.p.r. 10 febbraio 2000, n. 361 subordina oggi il riconoscimento della personalità giuridica al perseguimento di qualsiasi scopo, purché «*possibile e lecito*», ancorché non di utilità sociale o ideale [36]. Per effetto del secondo, i soli enti di terzo settore devono essere costituiti per il perseguimento, senza scopo di lucro, "*di finalità civiche, solidaristiche e di utilità sociale*" (*ex* artt. 4, comma 1, 5 e 21 d.lgs. n. 117/2017) dovendosi così ammettere la configurabilità di associazioni e fondazioni che, prive dell'indicata qualifica normativa, non perseguono i medesimi "*obiettivi, e votate quindi al soddisfacimento di interessi particolari, ancorché non squisitamente rivolti al profitto*" [37] secondo la disciplina di diritto comune [38].

È vero che la sopravvenuta "*scarsa utilità*" dello scopo (art. 28, comma 1, c.c.) determina lo scioglimento dell'ente, disposta dalla pubblica autorità in alternativa alla trasformazione, ma detta previsione normativa non impone affatto che l'indicata utilità debba avere necessariamente connotati sociali o ideali [39].

In Francia, in difetto di una disciplina dedicata alle fondazioni nel *code civil*, dovuta all'ostilità napoleonica verso i corpi intermedi, la definizione normativa di fondazione si rinviene nell'art. 18 della legge n. 87-571/1987, il quale fa riferimento al fine di interesse generale dell'ente e prevede quanto segue: "*La fondation est l'acte par lequel une ou plusieurs personnes physiques ou morales décident l'affectation irrévocable de biens, droits ou ressources à la réalisation d'une œuvre d'intérêt général et à but non lucratif*". Per tale profilo v. già J. CARBONNIER, *Droit civil*, vol. I, Parigi, 1964, 260.

[34] V. D. GIURATO, op. ult. cit., 882 nota 148. Per i rapporti tra invalidità dell'atto di fondazione e riconoscimento della personalità giuridica dell'ente v. in giurisprudenza Cass. 26 febbraio 2004 n. 3892 la quale ha chiarito che l'atto di fondazione è atto di autonomia privata, cui afferiscono posizioni di diritto soggettivo; le questioni relative alla validità e alla efficacia dell'atto di fondazione, anche dopo che sia intervenuto il decreto di riconoscimento della personalità giuridica, restano di competenza dell'autorità giudiziaria ordinaria, essendo invece di competenza del giudice amministrativo le questioni relative alla legittimità del decreto di riconoscimento; accertata l'invalidità o l'inefficacia dell'atto di fondazione, il giudice ordinario può disporre la restituzione dei beni agli aventi diritto; la restituzione dei beni agli aventi diritto non passa necessariamente attraverso l'eliminazione del provvedimento amministrativo di riconoscimento della fondazione; spetterà all'autorità amministrativa vagliare le conseguenze della pronuncia del giudice ordinario circa la sorte del provvedimento di riconoscimento.

[35] Cfr. A. ZOPPINI, op. ult. cit., 134 ss., spec. 147; più di recente v. G. MARASÀ, *La "commercializzazione" degli enti del Libro I del Codice civile*, in *Riv. dir. civ.*, 2023, 210, 211. Del resto già risalente dottrina affermava che "*qualunque scopo, di privata o generale utilità, può essere assunto come nucleo della fondazione*" così F. FERRARA JR, *Le persone giuridiche*, in *Tratt. Vassalli*, Torino, 1956, 235; di semplice liceità dello scopo discorreva anche F. MESSINEO, *Manuale di diritto civile e commerciale*, Milano, 1957, 274 e anche R. COSTI, op. cit., 16.

[36] Cfr. G. ALPA, G. CONTE, *Gli enti senza scopo di lucro nel diritto privato e i profili di responsabilità civile*, in *Riv. it. sc. giur.*, 2012, 239, 240.

[37] Così M. TAMPONI, op. cit., 186. Condivide tale interpretazione anche S. DELLE MONACHE, *Fondazioni e successioni*, in *Riv. dir. civ.*, 2025, 72, 73, 74 il quale richiama, pur con i dovuti *caveat*, il parallelismo tra le fondazioni private (*Privatstiftung*) e quelle di rilevanza pubblicistica (*Bundestiftungen*) di diritto austriaco.

[38] Il legislatore delegato non ha attuato totalmente gli artt. 1 e 3 della legge-delega 6 giugno 2016 n. 106 in forza dei quali, nell'emanazione del codice del terzo settore, avrebbe dovuto operare una revisione organica di molteplici disposizioni del codice civile relative alle associazioni e fondazioni. Il legislatore delegato ha infatti introdotto nel codice civile soltanto l'art. 42 *bis* c.c. in tema di operazioni straordinarie v. M. IRRERA, M. S. CATALANO, *Le fondazioni e le associazioni*, in *Dir. ec. impr.*, 2018, 659, 660. Ne deriva che la legislazione speciale del terzo settore, si affianca alla disciplina generale codicistica, salve alcune norme trans-tipiche (ivi, 666).

[39] Cfr. M. BASILE, op. cit., 111. Per autorevole dottrina, infatti, la norma di cui all'art. 28, comma 1, c.c. presuppone

ISSN 2281-3918/2421-2563



L'unica disposizione che espressamente fa riferimento ai fini di pubblica utilità è l'art. 699 c.c.; si tratta però di disciplina dettata per le disposizioni testamentarie relative al fedecommesso, inestensibile analogicamente alle fondazioni per innegabili differenze strutturali e funzionali [40]. I beni del fedecommesso, oggetto di un patrimonio separato dell'istituito, sono avvinti da un vincolo di indisponibilità reale che obbliga l'istituito a conservarli e a restituirli alla sua morte ai sostituiti i quali, per effetto della doppia vocazione, li acquistano come aventi causa dal *de cuius* [41] (art. 692 c.c.). Detta norma ha dunque carattere eccezionale perché consente al testatore, in deroga all'art. 462 c.c., di disporre attribuzioni *mortis causa* in favore di soggetti incapaci di succedergli; ed è questa la ragione per la quale l'ordinamento esige che dette attribuzioni patrimoniali abbiano carattere di pubblica utilità [42]. Di contro, la fondazione è un autonomo soggetto di diritto (non patrimonio destinato senza individualità giuridica [43]), i cui beneficiari sono aventi causa dell'ente (e non già del fondatore) che, per il tramite dei propri organi, può liberamente disporre del patrimonio al fine di realizzare lo scopo delineato nell'atto di fondazione (ad es. riconvertendolo) [44]. L'eventuale sviamento dell'atto di disposizione patrimoniale dallo scopo della fondazione sarà causa di responsabilità degli amministratori, ma non di invalidità o inefficacia del negozio stipulato con terzi, fatti salvi eventuali limiti al potere dell'organo gestorio agli stessi ostensibili *ex* art. 19 c.c. [45] e i controlli esterni, di (mera) legittimità, esercitati dall'amministrazione (art. 25 c.c.) [46]. Se poi l'esaurimento dello scopo determina la estinzione del fedecommesso, nel caso della fondazione, invece, lo stesso produce la devoluzione dei beni dell'ente secondo le previsioni dello statuto [47].

Dunque, ad eccezione dei casi in cui la fondazione sia *concretamente* costituita in frode alla legge *ex* art. 1344 c.c. (*id est* in violazione del divieto di sostituzione fedecommissaria *ex* art. 692, ultimo comma,

---

l'esistenza di un criterio di apprezzamento sociale dell'utilità perseguita dalla fondazione con la conseguenza che detta disposizione non può operare se la fondazione, invece, persegue uno scopo particolare. Se ne trae conferma dalla disciplina dell'art. 28, comma 3, c.c. dettata per le fondazioni di famiglia la quale può estendersi a tutte le fondazioni che perseguano interessi particolari, tra cui quelle titolari di impresa così P. RESCIGNO, voce *Fondazione* (*dir. civ.*), in *Enc. dir.*, Milano, 1968, 806. Ravvisa nell'art. 28, comma 3, c.c. una norma esemplificativa e non già speciale, nello stesso ordine di idee, A. ZOPPINI, *Le fondazioni*, op. cit., 146.

[40] V. A. ZOPPINI, op. ult. cit., 20 – 23; A. FUSARO, *La fondazione tra modello tradizionale e modello partecipativo quale strumento per la tutela delle categorie svantaggiate*, in *Vita not.*, 2011, 1101, 1102, nonché già F. FERRARA JR, *Persone giuridiche*, op. cit., 105, 235 in nota 2. Da ultimo G. PETRELLI, *Divieto di sostituzione fedecommissaria, istituti affini e autonomia privata*, Milano, 2025, 742 ss., spec. 759.

[41] Secondo Cass. 18 settembre 1998 n. 9320 in *Giur. it.,* 1999, 914 ss. costituiscono elementi identificativi del fedecommesso: a) la duplice vocazione (che ricorre quando la doppia vocazione cada sui medesimi beni o parte, di essi a titolo di eredità o di legato non essendo richiesta la chiamata del sostituito nella medesima qualità dell'istituto); b) l'ordine successivo (che si verifica quando uno stesso bene è attributo in ordine successivo a più soggetti, con l'obbligo per il primo istituito di conservarlo e di tra smetterlo al successivo istituito che deve però conseguirlo come avente causa del *de cuius*); c) l'obbligo di conservare per restituire. In dottrina v. diffusamente M. TALAMANCA, *Successioni testamentarie. Artt. 679-712*, in *Commentario del Codice Civile* a cura di E. Scialoja, G. Branca, Roma-Bologna, 1965, 424 ss.

[42] G. ZANCHI, op. cit., 511.

[43] F. FERRARA JR, op. cit., 103.

[44] Nel senso che sul patrimonio della fondazione non grava un vincolo di destinazione statico, bensì dinamico conformando lo scopo della fondazione l'attività dell'organo gestorio verso il conseguimento del risultato di cui all'atto fondativo v. A. ZOPPINI, op. ult. cit., 83. Su tali premesse, come osserva D. GIURATO, op. cit., 884, si può quindi affermare che tale patrimonio non è gravato da un vincolo reale, bensì obbligatorio a carico degli amministratori i quali sono tenuti a impiegare i beni dell'ente per raggiungere lo scopo dell'atto di fondazione, anche se ciò possa determinarne l'alienazione. La posizione è condivisa anche da G. PETRELLI, op. cit., 761.

[45] Per tale tesi v. S. DELLE MONACHE, op. cit., 78 e ivi ulteriori riferimenti.

[46] F. GALGANO, op. cit., 304; M. TAMPONI, op. cit., 407.

[47] A. ZOPPINI, op. loc. cit.

ISSN 2281-3918/2421-2563



c.c. e di usufrutto successivo *ex* art. 698 c.c.) [48], non sembra che l'art. 699 c.c. possa, in generale, limitare l'autonomia del fondatore.

Anche la disciplina della devoluzione dei beni ad enti con fini analoghi (art. 31, comma 2, c.c.) e a terze persone (art. 28, comma 2, c.c.) – da cui si desume che la fondazione debba perseguire scopi di pubblica utilità – può essere esclusa dall'autonomia statutaria del fondatore [49].

Venendo alla organizzazione interna dell'ente, le norme di cui agli artt. 16, 25, 26, 27, 28, e 2500 *octies* c.c., non prevedono per le fondazioni un modello rigido, predefinito e inderogabile di *governance*, quale condizione imprescindibile del riconoscimento amministrativo [50]. A differenza delle associazioni riconosciute, il modello organizzativo resta neutro perché dette disposizioni intervengono solo sul momento funzionale, ovvero sulla destinazione del patrimonio allo scopo [51]; le norme sull'amministrazione e sull'ordinamento dell'ente sono invece rimesse all'autonomia statutaria (art. 16 c.c.) [52]. Se ne trae conferma (indiretta) nella legislazione del terzo settore; le aperture di cui agli artt. 23, 24, 25 d.lgs. n. 117/2017, conducono alla rilettura delle disposizioni codicistiche [53].

Sotto il profilo delle attività esercitabili, infine, l'art. 16 c.c., a differenza dell'art. 2247 c.c. relativo al contratto di società, non impone affatto un oggetto vincolato [54], ben potendo la fondazione svolgere tutte le attività idonee a realizzare lo scopo anche se dette attività non consistono nella pura erogazione di rendite.

Le considerazioni che precedono inducono ad affermare, pertanto, che, a prescindere dal *nomen iuris* concretamente utilizzato, l'autonomia statutaria può introdurre nelle fondazioni organi con competenze diversificate, oltre a quello amministrativo, senza alterare il tipo fondazionale. Essa può prevedere l'ingresso di nuovi membri con ruoli e poteri distinti. L'ente può svolgere attività di impresa, anche in via esclusiva, se assume la forma di impresa sociale.

La irrevocabile destinazione del patrimonio ad attuare lo scopo (art. 15 c.c.), non impone preclusioni a nuovi apporti patrimoniali che ben possono essere previsti dallo statuto, né implica che i beni di quel patrimonio siano indisponibili (v. *retro*) e che lo scopo sia assolutamente immodificabile [55].

---

[48] V. S. DELLE MONACHE, op. cit., 78 ss. spec. 79, 82 e 83, il quale circoscrive il problema a talune fondazioni di famiglia utilizzate come mezzo di pianificazione successoria alternativo al testamento e al patto di famiglia (ove non applicabile per i limitati presupposti soggettivi e oggettivi). Cfr. anche G. PETRELLI, op. cit., 762 – 764, che ravvisa la potenziale violazione del divieto del fedecommesso obbligatorio solo se la fondazione di famiglia non persegue uno scopo specifico, meritevole e circostanziato (ancorché di natura privata, non necessariamente legato allo stato di bisogno dei familiari o a interessi particolarmente pregnanti).

[49] G. ZANCHI, op. cit., 513.

[50] A. ZOPPINI, *La disciplina delle associazioni e delle fondazioni dopo la riforma del diritto societario*, in A. Zoppini, M. Maltoni (a cura di), *La nuova disciplina delle associazioni e delle fondazioni*, Padova, 2007, 8, 10, 14. In giurisprudenza cfr. Cass. 27 febbraio 1997 n. 1806.

[51] M. MALTONI, op. loc. cit.

[52] Per il *favor* verso l'autonomia statutaria con riferimento alla disciplina della amministrazione e all'ordinamento delle fondazioni di partecipazione, anche alla luce della pluralità dei modelli di *governance* legali, v. M. DE POLI, *L'amministrazione della fondazione e il controllo della stessa*, in G. SICCHIERO (a cura di), *Le fondazioni di partecipazione*, Milano, 2024, 86 ss.; A. FUSARO, *Le varianti al tipo fondazione*, in *Dir. ec. terzo settore*, 2025, 353 ss.; cfr. anche A. ZOPPINI, *Problemi e prospettive*, op. cit., 373.

[53] Cfr. R. QUADRI, *Il terzo settore tra diritto speciale e diritto generale*, in *NGCC*, 2018, 708 ss.

[54] V. anche gli artt. 2295, n. 5; 2328, n. 3; 2475, n. 3; 2518, n. 3, c.c. su cui cfr. F. GALGANO, op. ult. cit., 234. Diversamente dalla disciplina di diritto comune, il codice del terzo settore impone agli enti che intendano acquisire la qualifica di ente di terzo settore la previsione delle "*attività di interesse generale*" che costituiscono l'"*oggetto sociale*" all'interno dell'atto costitutivo *ex* art. 21, comma 1, d.lgs. n. 117/2017.

[55] A. DI SAPIO, *Le modifiche*, in *Le fondazioni di partecipazione*, op. cit., 319 ss. il quale muovendo dalla distinzione tra

ISSN 2281-3918/2421-2563



Unici limiti all'autonomia statutaria, espressione di norme inderogabili, sembrano quelli relativi ai controlli esterni di cui agli artt. 25, 26 e 28 c.c., i quali rispondono non solo alla esigenza di tutelare le aspettative del fondatore e dei suoi eredi affinché sia data attuazione al vincolo di destinazione, ma anche dei terzi affinché sia rispettato, per un verso, lo scopo dell'ente a tutela dei rispettivi beneficiari, e, per l'altro, non venga depauperato il patrimonio dell'ente stesso, a tutela dei propri creditori [56].

Ne discende la immutabilità dello scopo per iniziativa *unilaterale* del fondatore o dell'organo amministrativo e la impossibilità, per gli stessi, di estinguere l'ente senza intervento della PA. Inderogabili sono infine le competenze attribuite all'organo amministrativo per attuare lo scopo, sotto il controllo pubblicistico, che non può quindi essere eluso [57] .

Sulla base delle riflessioni esposte e delle argomentazioni svolte, si ritiene, in conclusione, che entro questi limiti l'autonomia statutaria possa esplicarsi e possano essere ammesse varianti rispetto al modello tradizionale di fondazione senza dare luogo ad enti atipici.

2.2. La tipologia della "fondazione di partecipazione" come ente astrattamente idoneo a promuovere la transizione energetica: la possibile assunzione della qualifica CER

In definitiva l'accantonamento del carattere necessariamente pubblicistico dello scopo, difficilmente declinabile in senso univoco in una società pluralista come quella attuale [58], il venire meno delle ragioni politiche ed economiche di contrasto al fenomeno della manomorta [59] e il superamento delle preoccupazioni connesse al risorgere dei fedecommessi anche legate al pericolo di frammentazione del patrimonio del medesimo soggetto giuridico in un sistema ordinamentale che ammette patrimoni destinati (ad es. artt. 2447 *bis*, 2645 *ter* c.c.), società unipersonali semplificate a capitale sociale simbolico e che ha aderito alla convezione internazionale sul *Trust* [60], inducono a superare una concezione restrittiva delle fondazioni e a considerare queste ultime non più come pericoloso intralcio ai traffici giuridici, potenzialmente dannoso per i creditori e gli eredi del fondatore, ma semmai come "*uno dei (possibili)*

profilo oggettivo della destinazione del patrimonio allo scopo, che identifica la natura della fondazione, e profilo soggettivo, vale a dire lo scopo concreto voluto dal fondatore scolpito nelle tavole della fondazione, osserva che se il primo profilo non può essere mutato altrimenti verrebbe meno il tipo fondazionale, il secondo può essere modificato purché le modifiche siano coerenti e convergenti con lo scopo originario dell'ente.

[56] Cfr. M. TAMPONI, op. cit., 206 ss. Naturalmente se si tratta di fondazioni di terzo settore o imprese sociali i controlli esterni saranno esercitati rispettivamente dal competente ufficio del RUNTS e dal competente registro delle imprese. Sul punto v. D. GIURATO, *Fondazione impresa sociale e terzo settore*, op. cit., 169, 170.

[57] Cfr. G. SICCHIERO (a cura di), *Le fondazioni di partecipazione*, op. cit., 64, 65.

[58] G. ZANCHI, op. cit., 508. Sulla idoneità del *trust* e delle fondazioni a soddisfare i medesimi interessi, il primo da preferirsi se v'è minore esigenza di stabilità e di autonomia del momento organizzativo strumentale, le seconde da prediligersi nell'ipotesi contraria, vale a dire se maggiore è il ruolo degli atti di organizzazione e lo standard al quale soggiacciono le condotte degli amministratori anche per via dei controlli esterni v. A. FUSARO, *La fondazione tra modello tradizionale e modello partecipativo quale strumento per la tutela delle categorie svantaggiate*, op. cit., 1103, riprendendo A. ZOPPINI, *Fondazioni e trusts (spunti per un confronto)*, in *Giur. it.*, 1997, 41. Sull'attenuazione delle differenze tra i due istituti v. anche F. DI CIOMMO, *Per una teoria negoziale del* trust *(ovvero perché non possiamo farne a meno)*, in *Corr. giur.*, 1999, 779, 780.

[59] M. BASILE, op. cit., 133 ss. che fa leva sull'abrogazione del regime autorizzatorio per gli acquisti delle persone giuridiche *ex* art. 17 c.c. e propende per una lettura costituzionalmente orientata dell'art. 473 c.c., il quale ancora oggi impone alle associazioni e fondazioni di accettare l'eredità con beneficio di inventario, dovendosi restringere tale obbligo per l'A. ai soli casi di lasciti non manifestamente attivi.

[60] G. ZANCHI, op. cit., 512.

ISSN 2281-3918/2421-2563



strumenti dell'iniziativa economica e/o della legittimazione sociale dell'impresa", nonché come ente deputato a svolgere attività "*che concorrono a formare il benessere collettivo*" [61], al pari di altre esperienze giuridiche (Germania e USA su tutte).

Profili che, senz'altro, ben si addicono alle CER.

Con tali comunità, difatti, i consumatori finali di energia e altri *stakeholders* (PMI, associazioni, enti territoriali, autorità locali, enti di ricerca e formazione, enti religiosi, del terzo settore e di protezione ambientale), su base *volontaria* e *aperta* si aggregano all'ente collettivo per produrre e/o condividere energia, anche non elettrica, da fonti rinnovabili [62]: essi, da meri utenti passivi delle forniture, divengono soggetti attivi del mercato energetico e contribuiscono alla transizione ecologica sostenibile *ex* art. 118, comma 4, cost. [63] Grazie alle innovazioni tecnologiche, i clienti finali possono produrre (oltre che consumare), immagazzinare e vendere l'energia in tutti i mercati individualmente o in forma associata (cd. *prosumers*), accanto alle grandi società energetiche. Le CER, fondandosi sulla collaborazione tra cittadini (anche a basso reddito o vulnerabili), imprese [64] (purché la partecipazione alla CER costituisca l'attività commerciale e industriale principale), amministrazioni pubbliche non centrali e/o altri enti (v. *retro*), favoriscono la produzione di energia che potrà essere condivisa tra i suoi partecipanti, o prodotta in favore del territorio di riferimento o con una combinazione di entrambi i profili. Il *surplus* energetico, inoltre, potrà essere accumulato o venduto sulla rete. Non va poi trascurato che le comunità energetiche, possono svolgere anche attività diverse dalla mera produzione/condivisione di energia, tra cui interventi di efficienza energetica, che ben potrebbero interessare la comunità locale e i suoi membri (art. 31, comma 2, lett. f) d.lgs. n. 199/2021).

In altri termini, accanto alle CER *monosettoriali* (che hanno ad oggetto esclusivamente le attività codificate nell'art. 31, comma 2, d.lgs. n. 199/2021), possono essere configurate anche delle CER *plurisettoriali* che esercitano, oltre a quelle tipiche, ulteriori attività irrelate a quelle energetiche. Soprattutto in altre esperienze giuridiche, tali comunità sono state concepite proprio come strumenti di *welfare* locale che hanno promosso, tra l'altro, progetti di rigenerazione urbana (ad es. *Banister House Solar* londinese).

---

[61] In questi termini A. ZOPPINI, *Profili evolutivi della fondazione*, op. loc. cit.

[62] È questa una fondamentale distinzione tra il regime delle CER e quello delle Comunità Energetiche di Cittadini (di seguito, "CEC") di cui alla Dir. UE 2019/944 (di seguito "Direttiva IEM"), recepita con d.lgs. 8 novembre 2021 n. 210. Le CEC, a differenza delle CER, non devono necessariamente produrre e/o condividere l'energia elettrica, potendo svolgere esclusivamente le diverse attività indicate agli artt. 2 n. 11 Dir. IEM e 14, commi 6 e 7, d.lgs. n. 210/2021. Inoltre le CEC, diversamente dalle CER, se decidono di produrre energia elettrica e/o condividerla possono avvalersi di impianti di produzione anche da fonti non rinnovabili (e quindi fossili) e persino condividere l'energia tramite di contratti di locazione o di acquisto di porzioni della rete di distruzione ovvero reti di nuova realizzazione della stessa Comunità, purché sussistano le condizioni dettate dall'art. 14 comma 7 d.lgs. n. 210/2021. V. L. BALESTRA, *Proprietà e soggettività nelle comunità energetiche: profili privatistici*, in *Giur. it.*, 2023, 2776, 2777.

[63] Richiama espressamente il principio di sussidiarietà orizzontale in tema di CER Corte cost. 23 marzo 2023, n. 48.

[64] Si segnala che l'art. 31, comma 1, lett. c) d.lgs. n. 199/2021 consente la partecipazione alla CER delle "*imprese*" con il solo limite sopra segnalato, ossia che la partecipazione alla CER "*non può costituire l'attività commerciale e industriale principale*". L'indicata disposizione diverge dall'art. 2, punto 16, lett. c) della Dir. UE 2001/2018 secondo cui "*membri o azionisti*" di una CER possono essere soltanto imprese qualificabili come "*PMI*". Per questa ragione, tende a prevalere una interpretazione del dato normativo interno in senso conforme al diritto eurounitario nel senso cioè che la partecipazione alle CER deve essere preclusa alle imprese non qualificabili come PMI *ex* art. 2 dell'Allegato alla Raccomandazione 2003/361/CE del 6 maggio 2003 o a imprese qualificabili come PMI di cui la partecipazione alla CER costituisca l'attività commerciale e industriale principale. Nel prosieguo del testo, si farà perciò riferimento soltanto alle imprese (commerciali, agricole, individuali e collettive) munite dei requisiti innanzi citati. Sul tema v. anche *infra* nota 114.

ISSN 2281-3918/2421-2563



Orbene se le anzidette caratteristiche escludono che una fondazione concepita secondo il modello dogmatico tradizionale – vale a dire eretta sulla base di un atto costitutivo unilaterale con struttura chiusa e munita di unico organo amministrativo – possa assumere la qualifica di CER, occorre domandarsi se, invece, le fondazioni di partecipazione possano, e con quali adattamenti, costituire un ente idoneo ad assumere l'indicata qualifica normativa.

3. Caratteri essenziali delle cosiddette "fondazioni di partecipazione": tratti comuni e profili differenziali rispetto alla fondazione di erogazione od operativa

Rispetto alla tradizionale fondazione di erogazione od operativa [65], le fondazioni di partecipazione presentano elementi comuni e tratti differenziali.

Come le fondazioni di erogazione od operative, quelle di partecipazione sono enti fondazionali dotati di autonomia patrimoniale perfetta costituiti, per l'opinione preferibile, sulla base di un atto unilaterale collettivo [66], il quale destina il patrimonio attribuito alla persona giuridica allo scopo non lucrativo, tendenzialmente immutabile, scolpito nelle tavole della fondazione [67]. Tuttavia, a differenza del modello tradizionale di fondazione, le fondazioni di partecipazione (i) hanno un patrimonio di destinazione a formazione progressiva perché, pur rappresentando la dotazione dell'ente, non integra una dotazione definitiva, in quanto suscettibile di successivi incrementi patrimoniali che avvengono per effetto di nuove adesioni da parte di soggetti, pubblici o privati, che condividono gli scopi dell'ente. (ii) La struttura aperta del patrimonio corrisponde a quella della compagine sociale perché accanto ai fondatori iniziali si danno fondatori o altri partecipanti successivi che intervengono a incrementare il fondo di

[65] La fondazione di erogazione od operativa è connotata: (i) dalla dotazione patrimoniale iniziale autosufficiente e vincolata al perseguimento dello scopo non lucrativo, tendenzialmente immutabile, voluto dal fondatore; (ii) il conseguente il distacco dell'ente dal fondatore che, spogliatosi definitivamente del patrimonio destinato, lo affida in gestione agli amministratori affinché attuino lo scopo; (iii) la posizione servente dell'organo amministrativo rispetto alle previsioni dell'atto costitutivo e (iv) l'autonomia patrimoniale perfetta acquisita con il riconoscimento e l'iscrizione nel registro delle persone giuridiche (oppure nel Registro Unico Nazionale del Terzo Settore se la fondazione è qualificabile come ente di terzo settore). Relativamente alla organizzazione interna, come osservato, il legislatore non impone un modello organizzativo specifico, limitandosi solo ad assicurare che l'azione dell'organo amministrativo sia coerente con le caratteristiche funzionali dell'ente, ovvero quelle della destinazione del patrimonio allo scopo voluto dal fondatore e della (tendenziale) immodificabilità dello scopo medesimo (v. artt. 16, 25, 26, 27, 28, e 2500-*octies* c.c.). La centralità dell'elemento patrimoniale su quello personale nel modello dogmatico tradizionale di fondazione, pone tale ente in antitesi all'associazione e al ruolo egemone che i relativi organi svolgono in essa. Cfr. sul punto per tutti RESCIGNO, voce *Fondazione*, op. cit., 809 ss. e, più di recente, G. SICCHIERO (a cura di), *Le fondazioni di partecipazione*, op. cit., 2 ss.

[66] G. SICCHIERO (a cura di), op. ult. cit., 237, 238 e nota 6 per la dottrina prevalente in tal senso orientata. Per altro orientamento minoritario, invece, le fondazioni di partecipazioni si costituirebbero per effetto di un contratto plurilaterale a struttura aperta *ex* art. 1332 c.c. (e non già da un atto unilaterale collettivo se vi sono più fondatori) v. PROPERSI, ROSSI, *Gli enti* non profit, Milano, 2015, 103; G. ZANCHI, op. cit., 503, 504; D. FAUCEGLIA, op. cit., 499-501; un riferimento allo schema dell'art. 1332 c.c. per le adesioni successive si rinviene anche in M. TAMPONI, op. cit., 2018, 156 anche se l'A. a p. 126 propende per la tesi dell'atto unilaterale. Se si accedesse alla tesi del contratto plurilaterale, bisognerebbe allora escludere la possibilità di costituire fondazioni di partecipazione da parte di un unico fondatore e in via testamentaria, diversamente da quanto previsto dall'art. 14 c.c.

[67] Restano ferme anche nelle fondazioni di partecipazione le caratteristiche essenziali che ricorrono in tutte le fondazioni ossia la destinazione di un patrimonio allo scopo non lucrativo di cui all'atto di fondazione, con conseguente impossibilità di distribuire gli utili a favore dei partecipanti, la indisponibilità dello scopo da parte del fondatore/i una volta ottenuto il riconoscimento dell'ente (sicché esso non può mutare se non per volontà della PA v. artt. 27, 28, 2500 *octies* c.c.) e la mediazione necessaria di una vicenda organizzativa assistita da rilievo reale. Cfr. per tutti A. ZOPPINI, *Le fondazioni*, op. cit., 83 ss. E. BELLEZZA F. FLORIAN, op. cit., 25 ss.

ISSN 2281-3918/2421-2563



dotazione o quello di gestione, a seconda delle previsioni statutarie. (iii) I fondatori partecipano alla gestione dell'ente e continuano ad esercitare un controllo sulle sue attività (ad es. partecipando all'elaborazione delle strategie operative, alla composizione degli organi). (iv) Per consentire la partecipazione attiva di tutti i membri che la compongono, la fondazione di partecipazione viene organizzata in una pluralità di organi, tra i quali l'assemblea [68].

Poiché la prevalente destinazione del patrimonio ad attuare lo scopo (non lucrativo) voluto dal fondatore resta ferma, così come la sua tendenziale perpetuità e immutabilità, le fondazioni di partecipazione non configurano un ente atipico, ma costituiscono solo una delle possibili articolazioni della struttura fondazionale, con una organizzazione più complessa (v. *supra* par. 2.2) [69].

3.1. Rapporto con la disciplina delle CER (cenni e rinvio)

Ai fini che qui interessano emergono dunque due dati essenziali che connotano l'indicata tipologia di ente fondazionale e la rendono particolarmente interessante in rapporto con la disciplina delle CER [70]: da un lato, la partecipazione dei fondatori non si esaurisce nell'atto iniziale, ma si evolve in attività gestorie svolte collegialmente, interferendo sui procedimenti attuativi dello scopo; dall'altro, gli elementi propri della fondazione si combinano con quelli associativi e, in particolare, con la pluralità di fondatori o altri conferenti, attraverso l'ingresso di nuovi soggetti e partecipanti finanziari a un patrimonio a struttura aperta e a formazione progressiva [71].

In linea di principio e fatto salvo quanto si osserverà meglio di seguito, queste peculiari caratteristiche delle fondazioni di partecipazione ne suggeriscono l'estensione alle CER atteso che, per un verso, detta persona giuridica è idonea a convogliare gli sforzi comuni del pubblico e del privato nella realizzazione di un progetto di autoconsumo collettivo condiviso senza necessità di disporre sin dall'inizio di ingenti patrimoni, i quali sono vincolati al perseguimento di scopi sociali e, per l'altro, assicurano agli stessi enti pubblici o comunque agli altri fondatori una partecipazione attiva nella gestione e nel controllo dell'ente medesimo attuabile tramite specifiche previsioni statutarie, modulabili dall'autonomia privata in considerazione delle concrete esigenze dell'ente costituendo [72].

4. Scopo delle CER e fondazioni. Il problema della distribuzione dei contributi economici erogati dal GSE e dei proventi derivanti dalle eventuali attività svolte dall'ente

Secondo una parte della dottrina le caratteristiche dello scopo [73] della fondazione potrebbero limitare

---

[68] V. *amplius* D. VITTORIA, op. cit., 298 ss.; E. BELLEZZA, F. FLORIAN, op. loc. cit.; cfr. anche M. TAMPONI, op. cit., 156 – 158; A. FUSARO, *organi delle fondazioni di partecipazione*, in *Giur. it.*, 2021, 2521, spec. 2523; ID, *Le varianti al tipo fondazione*, in *Dir. ec. terz. set.*, 2025, 353 ss.

[69] A. DI SAPIO, op. cit., 262.

[70] Sul punto M. PAFUMI, *Il soggetto giuridico Comunità Energetica: quali soluzioni possibili?,* in M. Meli (a cura di), *La transizione verso nuovi modelli di produzione e consumo di energia da fonti rinnovabili*, Pisa, 2023, 142.

[71] Cfr. M. TAMPONI, op. cit., 157 il quale evidenzia che precisi fondamenti normativi si rinvengono negli artt. 23, comma 4, 24, comma 6 e 25, comma 3, d.lgs. n. 117/2017 (d'ora innanzi "Codice del terzo settore" o "CTS").

[72] M. PAFUMI, op. cit., 143.

[73] Per il concetto di scopo della fondazione, inteso come "*la sintesi degli interessi che questo mira a realizzare e delle relative attività realizzatrici*" v. M. BASILE, op. cit., 4.

ISSN 2281-3918/2421-2563



il modello di CER concretamente attuabile. Si è osservato che se la fondazione deve perseguire sempre uno scopo di pubblica utilità [74], allora va esclusa la possibilità di costituire una CER con funzione mutualistica: situazione che si verificherebbe "*se almeno la maggioranza dei membri della CER è interessata a instaurare scambi mutualistici con la propria fondazione*" [75]. In secondo luogo la CER, se costituita in forma di fondazione, non potrebbe neanche ripartire tra i propri membri i contributi ricevuti dal GSE come impiego di utili, violando altrimenti il suo necessario scopo non lucrativo [76]. Perciò il modello privilegiato di CER dovrebbe essere quello della società cooperativa, eventualmente con il riconoscimento della qualifica di impresa sociale ai sensi dell'art. 3, comma 2 *bis*, d.lgs. n.112/2017 – disposizione che consente ai soci di distribuire i ristorni correlati da attività di interesse generale escludendo che essi siano qualificabili come utili –, oppure quello di un ente non lucrativo necessariamente munito della qualifica di ente di terzo settore *ex* art. 8, comma 3, lett. *d*), ultimo inciso d.lgs. n. 117/2017.

Tale interpretazione restrittiva non sembra totalmente condivisibile.

Lo è certamente nella parte in cui riconosce che una fondazione di terzo settore possa assumere la qualifica di CER perché il riformato [77] art. 5, comma 1, lett. e) d.lgs. n. 117/2017 annovera testualmente tra le attività di interesse generale, che gli enti di terzo settore possono svolgere, quelle relative alla "*produzione, all'accumulo e alla condivisione di energia da fonti rinnovabili ai fini di autoconsumo, ai sensi del decreto legislativo 8 novembre 2021, n. 199*" (in tema appunto di CER) e il citato art. 8, comma 3, lett. *d*), ultimo inciso d.lgs. n. 117/2017 esclude letteralmente che si considerino distribuzione indiretta di utili le cessioni di beni e le prestazioni di servizi, a condizioni più favorevoli di quelle di mercato, ai fondatori e partecipanti dell'ente se essi formano l'oggetto dell'attività di interesse generale di cui all'art. 5. Analoga disciplina si rinviene per le *fondazioni impresa sociale* (art. 2, comma 1, lett. e) e art. 3, comma 2, lett. e), ultimo periodo, d.lgs. n. 112/2017). E non c'è dubbio, come ricordato in premessa, che gli enti di terzo settore perseguano scopi di utilità sociale *ex* art. 4, comma 1, d.lgs. n. 117/2017, così come le imprese sociali *ex* art. 1, comma 1, d.lgs. n. 112/2017.

Detta tesi non è però condivisibile nella parte in cui esclude *a priori* che una fondazione di partecipazione, priva della qualifica di ente di terzo settore o di impresa sociale, possa configurarsi come CER [78].

---

[74] Per tutti F. GALGANO, op. cit., 225 ss. *Contra* G. SICCHIERO, op. ult. cit., 22 ss.

[75] E. CUSA, *Le incentivate comunità energetiche rinnovabili e il loro atto costitutivo*, Studio n. 38/2024 del Consiglio Nazionale del Notariato, 20 marzo 2024, 26, 27.

[76] V. nota precedente e anche G. MONACO, *Costituire una CER. Verso una transizione energetica solidale*, in *Vita e Pensiero*, 2024, 55, 56.

[77] Per effetto della legge 26 luglio 2023 n. 95, tra le attività di interesse generale che le imprese sociali e gli enti di terzo settore possono svolgere sono stati inclusi gli «*interventi e servizi finalizzati […] alla produzione, all'accumulo e alla condivisione di energia da fonti rinnovabili a fini di autoconsumo, ai sensi del decreto legislativo 8 novembre 2021, n. 199*». Vi è perciò un collegamento diretto con la disciplina delle CER racchiusa nel richiamato d.lgs. n. 199/2021. Tuttavia, stando al piano testuale, il legislatore non ha menzionato tutte le attività che una CER può astrattamente svolgere: sebbene sia menzionato l'accumulo di energia eccedente rispetto ai fabbisogni energetici della CER manca un riferimento alla vendita dell'energia eccedentaria che figura nell'art. 32, comma 2, lett. a) d.lgs. n. 199/2021, ma non negli artt. 5, comma 1, lett. e) d.lgs. n. 117/2017 e art. 2, comma 1, lett. e) e art. 3, comma 2, lett. c) d.lgs. n. 112/2017. Detta attività sembra quindi preclusa agli ETS a meno che configuri un'attività secondaria *ex* art. 6 d.lgs. n. 117/2017 e per le imprese sociali sussistano le condizioni dell'art. 2, commi 4 e 5, d.lgs. n. 112/2017.

[78] La questione non è puramente teorica perché ha riflessi operativi di non trascurabile rilievo. Basti considerare che la disciplina del CTS reca, rispetto a quella codicistica, una serie di norme incentivanti, ma al contempo nega alle amministrazioni pubbliche di sottoporre l'ente a direzione, coordinamento e controllo *ex* art. 4, comma 2, d.lgs. n. 117/2017. Pertanto, poiché

ISSN 2281-3918/2421-2563



Come osservato *supra*, una fondazione di partecipazione di diritto comune può perseguire qualsiasi scopo purché lecito e possibile, dovendosi escludere un controllo di merito dello stesso [79]. La non lucratività dello scopo dell'ente, non implica *ex se* il divieto, per i partecipanti, di ottenere benefici economici attraverso scambi, a condizioni più favorevoli del mercato, realizzati con la fondazione [80]. Si tratta anche in questo caso, in termini astratti, pur sempre di uno scopo lecito, non vietato *ex lege* [81], che non coincide con la nozione di lucro soggettivo valevole in materia societaria *ex* art. 2247 c.c. I membri della fondazione di partecipazione, a differenza dei soci, infatti, non vedono remunerato il capitale di rischio di cui restano titolari *pro quota*, attraverso la distribuzione degli utili: è la fondazione, dopo il riconoscimento, l'unico soggetto titolare del patrimonio destinato. I suoi membri, comunque denominati, non hanno alcuna quota o diritto sul patrimonio dell'ente di cui si sono definitivamente spogliati. Perciò se la causa non lucrativa dell'ente vieta soltanto di remunerare il fondatore (o i fondatori, se sono più d'uno) per essersi spogliato del patrimonio attribuito alla persona giuridica, essa non esclude che i fondatori possano essere indicati come classe di beneficiari della fondazione medesima [82]. Se si accolgono queste premesse, che discendono da distinzioni strutturali tra società e fondazioni – concepite come persone giuridiche "senza soci" (v. in tal senso il § 80 del BGB riformato [83]) – non sembra configurarsi un problema di distribuzione di utili [84] quando la CER, nell'esercizio delle attività di natura energetica previste *ex lege*, destini i risultati di quelle attività ai membri che, conformemente allo scopo, sono designati come beneficiari della fondazione.

Occorre perciò distinguere tra benefici economici compatibili con la struttura fondazionale e utili non distribuibili [85].

---

gli enti territoriali sovente costituiscono le CER per il prestigio istituzionale che li caratterizza, quali aggregatori e catalizzatori della iniziativa di rilievo sociale, gli stessi potrebbero avere interesse non già semplicemente a mettere a disposizione degli spazi per la produzione di energia da parte della CER e ridurre il proprio consumo di energia, ma a conservare un ruolo attivo e prevalente nella *governance* dell'ente, anche di garanzia, che potrebbe essere precluso dalla disciplina del terzo settore. Di qui il problema di valutare se una fondazione di partecipazione di diritto comune possa assumere la qualifica di CER. Fermo restando che la direzione e il controllo delle PA sull'ente privatistico potrebbe integrare la qualifica di organismo di diritto pubblico allorché si ritenga che svolga attività prive del carattere industriale o commerciale e sia finanziato in modo maggioritario da enti pubblici, con la ulteriore precisazione che il requisito teleologico viene ritenuto integrato sebbene l'ente svolga, anche in maniera prevalente, attività economiche autofinanziate e dirette a soddisfare bisogni di natura industriale o commerciale (cfr. CGUE, 10 novembre 1998, C-360/96; CGUE,, 3 febbraio 2021, cause riunite C-155/19 e C-156/19; CGUE, 10 aprile 2008, C.393/06). La giurisprudenza interna pare alquanto oscillante: propende, ad esempio, per la natura privatistica dell'ente anche se nel relativo patrimonio sono confluite risorse pubbliche dovendosi escludere il fenomeno dell'*in house providing* Cass. sez. un. 2 febbraio 2018 n. 2584; v. anche Corte cost. 12 ottobre 2018 n. 185 in presenza di un ente fortemente controllato dalla PA. Per la natura pubblicistica si è invece orientato Cons. St. 26 luglio 2016 n. 3387.

Per l'ulteriore problema delle incompatibilità delle clausole di retrocessione dei beni conferiti ai fondatori in caso di estinzione dell'ente con la disciplina della devoluzione dei beni nel codice del terzo settore e in tema di impresa sociale v. *infra* nota 161. Per alcuni esempi di CER costituite come fondazioni di partecipazione prive della qualifica di ETS v. *infra* note 104 e 149.

[79] G. SICCHIERO, op. ult. cit., 25 ss.

[80] Cfr. G. MARASÀ, op. cit., 213.

[81] Il divieto di distribuzione diretta e indiretta degli utili è previsto soltanto per gli enti di terzo settore e per le imprese sociali in ragione dei numerosi incentivi che questi enti ricevono dal legislatore. Non si tratta perciò di un divieto estendibile per via analogica v. su tale profilo G. SICCHIERO, *Le fondazioni di partecipazione,* op. cit., 44, 45.

[82] A. ZOPPINI, *Le fondazioni*, op. cit., 151 ss.

[83] Sulla riforma del diritto delle fondazioni nell'ordinamento tedesco v. P. KINDLER, *La riforma delle fondazioni in Germania*, in AA.VV., *Gli enti del Terzo settore. Storia, comparazione, attualità*, Torino, 2024, 89 ss.

[84] Cfr. sul punto sempre G. SICCHIERO, op. cit., 44 ss.

[85] L'art. 31 d.lgs. n.199/2021 prevede espressamente che la CER possa erogare "*benefici economici*" in favore dei propri membri o soci distinguendo tale concetto da quello di "*profitti finanziari*" vietati.

ISSN 2281-3918/2421-2563



I "*benefici economici*" sono i vantaggi che derivano dagli scambi che l'ente realizza con i propri membri attraverso la condivisione dell'energia autoprodotta, sia pure virtualmente e in via differita tramite il riparto di flussi erogati dal GSE alla CER [86]; essi rientrano tra gli scopi principali che persegue una CER, a prescindere dalla forma giuridica prescelta (come si ricava testualmente dall'art 31, comma 1, lett. a) prima parte d.lgs. n. 199/2021). Dunque questo scopo, oltre a non essere vietato (v. *supra*), è previsto espressamente anche per gli enti non lucrativi [87]. Altro sono gli utili (differenza tra tutti i costi e ricavi dell'ente volti a remunerare il capitale in proporzione di quanto conferito da ciascun membro) [88] che coincidono con la nozione di "*profitti finanziari*" vietati nelle CER (art. 31 comma 1, lett. a) ultimo inciso del d.lgs. n. 199/2021), salvo siano *accessori* all'attività principale della stessa CER.

Orbene, i contributi erogati dal GSE (tariffa premio e rimborsi tariffari) non sembrano qualificabili come "profitti finanziari" o utili. Si tratta piuttosto di agevolazioni economiche previste dal legislatore per favorire la transizione energetica decentralizzata in dipendenza dello svolgimento, da parte della CER, di un'attività come quella della condivisione dell'energia rinnovabile autoprodotta e autoconsumata [89]. Detti contributi sono dunque incentivi che lo Stato eroga per ragioni di politica economica, unitamente alle agevolazioni fiscali per la realizzazione o il potenziamento degli impianti [90] in un contesto di crisi energetica.

Ne discende che la fondazione di partecipazione può ripartire con apposite regole statutarie o un autonomo regolamento gli incentivi erogati dal GSE (distinguendo la posizione dei vari membri dell'ente nei limiti di cui all'art. 3, comma 1, lett g) d.m. n. 414/2023 [91]), con l'eccezione, però, dei corrispettivi per il ritiro dedicato o altre forme di collocazione dell'energia prodotta sul mercato perché in questi casi si tratta di un nuovo reddito generato dalla CER nello svolgimento della propria attività produttiva; reddito che deriva appunto dalla vendita dell'energia *eccedentaria* prodotta dalla CER e

---

[86] Il problema della distribuzione dei contributi erogati dal GSE, pertanto, non si pone se la CER non è incentivata nel senso che essa è costituita ai sensi dell'art. 31 d.lgs. n. 199/2021, ma non gode del regime di incentivi di cui al D.M. n. 313/2023, che riguarda solo le CER munite degli ulteriori requisiti di cui agli artt. 5, 8 e 14 d.lgs. n. 199/2021. È chiaro però che si porrebbe un problema di sostenibilità economica della iniziativa comunitaria.

[87] Sottolinea M. MELI, *Le Comunità Energetiche Rinnovabili: nuovi modelli di partecipazione e di sviluppo sostenibile del territorio*, in *Strumenti di tutela del territorio e attività notarile*, pubblicazione n. 2/2024 della Fondazione Italiana del Notariato, 8 – reperibile al seguente indirizzo: https://biblioteca.fondazionenotariato.it/art/le-cer-nuovi-modelli-di-partecipazione-e-di-sviluppo-sostenibile-del territorio.html – che nel citato art. 31 d.lgs. n. 199/2021 il legislatore ha fatto riferimento sia ai "*soci*" che ai "*membri*" della CER, quali destinatari dei "*benefici economici*" costituenti lo scopo principale della stessa CER. Ne segue, pertanto, che il legislatore non ha distinto tra enti con scopi lucrativi ed enti non lucrativi, ammettendo la compatibilità di questa disciplina per tutte le forme giuridiche lucrative e non lucrative.

[88] M. PAFUMI, op. cit., 130 ss. la quale fa leva sull'indice normativo di cui all'art. 8, comma 3, lett. d) del d.lgs. n. 117/2017 letto estensivamente in forza dell'art. 3 d.lgs. n. 117/2017 (anche per Enti non qualificabili come di terzo settore).

[89] V. sul punto M. MELI, *Le Comunità Energetiche Rinnovabili: nuovi modelli di partecipazione e di sviluppo sostenibile del territorio*, op. cit., 10 ss.

[90] Si fa riferimento al contributo a fondo perduto finanziato dal PNRR nel D.M. 7 dicembre 2023 n. 414 per la realizzazione/potenziamento impianti di energia elettrica alimentati da fonti rinnovabili e inseriti in una CER, ubicati (attualmente) in Comuni con popolazione inferiore a 50.000 abitanti.

[91] Detta disposizione prevede un ulteriore limite nella ripartizione dell'incentivo statale per renderlo conforme alla normativa europea in tema di aiuti di Stato, distinguendo a seconda che la tariffa premio, superiore a una certa soglia, sia destinata a consumatori finali o imprese. I primi possono beneficiarne, a differenza delle seconde. Ai sensi della citata disposizione infatti: "*le CACER assicurano, mediante esplicita previsione statutaria, pattuizione privatistica, o, nel caso di autoconsumo individuale, dichiarazione sostitutiva di atto notorio, che l'eventuale importo della tariffa premio eccedentario, rispetto a quello determinato in applicazione del valore soglia di quota energia condivisa espresso in percentuale di cui all'Allegato 1, sia destinato ai soli consumatori diversi dalle imprese e\o utilizzato per finalità sociali aventi ricadute sui territori ove sono ubicati gli impianti per la condivisione*".

ISSN 2281-3918/2421-2563



immessa in rete, e non invece da scambi (sia pure virtuali) con i propri membri [92]. Non trattandosi peraltro di incentivi statali, tali corrispettivi per la vendita o il ritiro dedicato (da parte del GSE) non possono essere distribuiti tra i membri dell'ente *no profit* [93].

Va poi precisato che se la fondazione svolge, al contempo, ulteriori attività imprenditoriali rivolgendosi a terzi (CER multisettoriali) i relativi utili neppure potranno essere ripartiti tra i propri membri, ma destinati, ad esempio, al fondo di gestione dell'ente o a fondi/attività a beneficio della comunità in cui opera (ad es. per un fondo a favore dei poveri energetici [94]) conformemente allo scopo [95].

5. Il problema dell'adeguatezza del patrimonio iniziale e i successivi impegni economici dei membri della fondazione di partecipazione costituita in forma di CER

Il problema della adeguatezza della dotazione patrimoniale iniziale della fondazione di partecipazione deriva dal fatto che, ai sensi dell'art. 16 c.c., l'atto costitutivo deve indicare il patrimonio dell'ente il quale, ove divenuto *insufficiente*, determina lo scioglimento dell'ente ai sensi dell'art. 28 c.c. *A contrario* se ne ricava che sin dall'origine la dotazione patrimoniale deve essere adeguata alla realizzazione dello scopo, così come testualmente previsto dall'art. 1, comma 3, d.p.r. n. 361/2000 ai fini del riconoscimento della personalità giuridica. È altrettanto evidente che la dotazione patrimoniale, oltre a rendere possibile il perseguimento dello scopo della fondazione, costituisce anche la garanzia che viene offerta ai creditori per l'adempimento delle obbligazioni presenti e future *ex* art. 2740 c.c. assunte dall'ente, quale corollario della limitazione di responsabilità che conseguono gli amministratori [96]. Non si può perciò trascurare che la giurisprudenza ha escluso la riconoscibilità di enti privi di un patrimonio adeguato al conseguimento dei propri fini, quand'anche lo statuto preveda introiti futuri [97] per il timore di costituire soggetti giuridici inidonei a garantire l'adempimento delle obbligazioni che si apprestano ad assumere [98].

Sulla base di tali premesse occorre conseguentemente chiarire: (i) se, per la costituzione della CER in forma di fondazione di partecipazione, sia necessaria una dotazione patrimoniale minima per il

---

[92] Cfr. per questa chiave di lettura anche V. CAPPELLI, *Il Contratto della transizione energetica*, Pisa, 2025, 155.

[93] M. MELI, op. cit., 2772. Tale soluzione sembra confermata anche nel vademecum ANCI per i comuni redatto con il supporto del GSE, I Edizione 2024, p. 35 ove si afferma quanto segue: "*i ricavi dell'energia immessa in rete sono di proprietà di produttori, perciò il valore economico che può essere condiviso all'interno della CER deriva principalmente dalla tariffa premio e dai rimborsi tariffari per l'energia autoconsumata virtualmente dai membri o soci della CER. Ciò, a meno di accordi diversi con i produttori o che la CER stessa agisca come produttore*" (tale ultima ipotesi è quella considerata nel testo, trattandosi di un'attività istituzionale della CER che la fondazione di partecipazione svolgerebbe).

[94] L'art. 22, comma 4, lett. f) Dir. Red II prevede che la partecipazione alle CER sia aperta "*a tutti i consumatori, compresi quelli appartenenti a famiglie a basso reddito o vulnerabili*". Nel prosieguo del presente scritto si farà riferimento alla locuzione poveri energetici per designare i consumatori appartenenti a famiglie a basso reddito.

[95] Si segnala che autorevole dottrina, contestando l'orientamento prevalente secondo il quale lo scopo delle fondazioni dovrebbe essere necessariamente non lucrativo in senso soggettivo, sostiene che anche tale dogma dovrebbe essere superato v. G. SICCHIERO, *Le fondazioni con scopo di lucro*, in *Contr. impr.*, 2023, 1130 ss.; v. in tal senso già R. COSTI, op. cit., 12 ss.; *contra* però di recente S. DELLE MONACHE, op. cit., 81. Nel caso delle CER vi sarebbe l'ulteriore limite normativo segnato dall'art. 31 d.lgs. n. 199/2021, il quale vieta di realizzare profitti finanziari da parte dei membri della CER stessa consacrato dall'art. 31 d.lgs. n. 199/2021.

[96] F. GALGANO, *Persone giuridiche*, op. cit. 246 ss.

[97] V. ad es. Cons. St., Sez. II, 7 giugno 1995 n. 1342; Cons. St., Sez. II, 25 maggio 1994 n. 823; Cons. St., Sez. II, 13 ottobre 1993, n. 385.

[98] M. TAMPONI, op. cit., 189.

ISSN 2281-3918/2421-2563



perseguimento dello scopo; (ii) come debba essere costituito il fondo di dotazione iniziale, specie se vi intervengano enti pubblici come fondatori; (iii) quale sia il rapporto con gli eventuali contributi successivi dovuti dagli stessi fondatori e/o dai nuovi partecipanti.

Il problema della dotazione patrimoniale minima *sub* (i) deriva dal fatto che se il legislatore ordinario tace sul punto nelle fondazioni ordinarie (a differenza di quelle del terzo settore per le quali è prevista la regola di 30.000 euro *ex* art. 22 d.lgs. n. 117/2017), al contrario, alcune leggi regionali prevedono una soglia patrimoniale minima per il riconoscimento [99].

Si è osservato condivisibilmente che le Regioni non hanno competenza normativa nell'imporre una soglia del patrimonio minimo della fondazione, materia che rientra nella legislazione statale esclusiva; esse hanno soltanto la prerogativa di verificare, caso per caso, e perciò non in astratto e preventivamente, se la singola dotazione patrimoniale sia o meno idonea al riconoscimento dell'ente avente base regionale. Tale conclusione vale a maggior ragione per le fondazioni di partecipazione in ragione della formazione progressiva del relativo patrimonio [100]. Diversamente opinando si avrebbe un paradosso davvero inspiegabile, vale a dire che per le fondazioni ultraregionali il prefetto debba valutare caso per caso se il patrimonio conferito sia adeguato alla realizzazione dello scopo indicato nell'atto di fondazione *ex* art. 1 d.p.r. 10 febbraio 2000 n. 361; per quelle regionali, pur in difetto di previsione statale (salvo che per gli enti di terzo settore), la misura minima del fondo di dotazione sarebbe invece imposta rigidamente dalla disciplina delle singole leggi regionali a prescindere dalla valutazione sopra indicata.

In definitiva, sembra che l'adeguatezza della dotazione patrimoniale iniziale vada accertata sempre in concreto, a prescindere dai criteri fissati dalle Regioni e intesa, venendo al profilo *sub* (ii), come "*possibilità di garantire l'equilibrio economico finanziario di funzionamento dell'ente per un arco di tempo che gli consenta di iniziare la propria attività di raccolta degli ulteriori finanziamenti necessari, anche alla luce di eventuali erogazioni cui possano essersi vincolati i fondatori*" [101]. In questa prospettiva, l'esistenza di un patrimonio immobiliare statico, inidoneo a produrre ulteriore reddito da destinare al funzionamento dell'ente, potrebbe destare criticità come evidenziato anche dalla giurisprudenza della Corte dei conti in tema di fondazioni di partecipazione che coinvolgono soggetti pubblici e privati, la quale sembra esigere l'autosufficienza patrimoniale dell'ente da costituirsi (o partecipare).

Trattandosi di fondazione e non già di associazione, venendo al profilo *sub* (iii), lo statuto non deve prevedere necessariamente ulteriori versamenti periodici a carico dei fondatori *promotori* (sul modello delle quote associative); allorché essi siano previsti e riguardino delle amministrazioni pubbliche, però, la relativa erogazione è subordinata a una specifica motivazione di interesse pubblico e alla stipulazione di una apposita convenzione di servizio [102]. A seconda delle previsioni statutarie detti eventuali ulteriori

---

[99] Ad esempio, la Regione Lazio prevede una soglia di 50.000 euro ai sensi della D.G.R. 13 settembre 2016 n. 529, il cui allegato, precisa ulteriormente quanto segue: "*gli importi indicati rappresentano il requisito patrimoniale minimo ma non necessariamente sufficiente per il riconoscimento della personalità giuridica ed è fatta salva in ogni caso, in fase istruttoria, la facoltà di richiedere l'integrazione del patrimonio di garanzia in relazione ai criteri valutativi espressi (finalità perseguite dall'Ente e della garanzia dei terzi)* [...] *nel fondo di dotazione iniziale, oltre al deposito monetario nella misura minima sopra indicata, potranno essere conferiti anche beni immobili. Il fondo di dotazione inziale, infine, dovrà essere dimostrato da idonea documentazione: per il patrimonio in denaro la relativa certificazione bancaria che ne attesti l'esistenza in capo all'ente e ne indichi l'ammontare indisponibile e per gli eventuali beni immobili la relativa perizia giurata di stima asseverata in tribunale. Il Fondo di dotazione iniziale dovrà risultare espressamente nell'atto pubblico notarile di costituzione e nello stato patrimoniale del bilancio*".

[100] G. SICCHIERO, op. cit., 136- 138.

[101] G. SICCHIERO, op. ult. cit., 140; cfr. anche ID, *Le fondazioni di partecipazione*, in *Contr. impr.*, 2020, 37, 38.

[102] Detta autosufficienza viene intesa "*in termini economico contabili, come capacità d'agire economicamente garantendo,*

ISSN 2281-3918/2421-2563



versamenti potranno essere destinati a implementare il fondo di dotazione o quello di gestione in cui si suddivide il patrimonio dell'ente [103].

La formazione progressiva del patrimonio [104] consente anche di prevedere a carico dei nuovi partecipanti erogazioni patrimoniali differenziate, destinate rispettivamente al fondo di dotazione o a quello di gestione, a seconda del ruolo svolto nell'ente costituendo (ad es. lo statuto potrebbe distinguere gli apporti patrimoniali ai quali è subordinata l'acquisizione della qualifica di "fondatore", da destinarsi al fondo di dotazione, da quelli dovuti dai meri "sovventori" o dagli altri partecipanti [105]; per i poveri energetici v. il par. successivo). Essa favorisce l'afflusso di risorse provenienti da più fonti finanziarie [106] e

---

sulla base del patrimonio originariamente assegnato e per il tramite dell'attività esercitata, la copertura dei costi coi propri ricavi" v. Corte dei Conti, delibera 24 ottobre 2017 n. 532; Corte dei Conti, delibera 15 marzo 2017 n. 70; Corte dei Conti delibera 14 ottobre 2020 n. 130. La stessa giurisprudenza contabile, ha ulteriormente chiarito che "*Il rapporto finanziario tra ente locale e fondazione, quale strumento gestionale prescelto per l'esercizio di funzioni pubbliche, si deve esaurire nell'atto costitutivo il nuovo soggetto, salvo eventuali contributi, predeterminati da una specifica convenzione di servizio sulla base di un accertato (e non "presunto", per citare l'Ente) e motivato interesse pubblico che il Comune abbia il compito di soddisfare e fermo restando il rispetto della disciplina in materia di erogazioni di risorse pubbliche a favore dei privati. L'ipotesi di una contribuzione "a regime" occorrente per colmare le perdite a cui la fondazione vada incontro e garantirne l'equilibrio economico-finanziario, altrimenti non salvaguardabile, non si concilia, pertanto, con l'istituto attivato dall'ente (in senso analogo, v. Sezione controllo Piemonte, n. 24/2012/SRCPIE/PAR e Sezione controllo Abruzzo, n. 5/2017/PAR), a pena di snaturarne le caratteristiche essenziali e tradursi, sostanzialmente, nell'utilizzo di un generico schermo privatistico finalizzato all'esercizio di funzioni pubbliche svincolate dall'applicazione dello specifico regime ad esse connesso*" V. sempre Corte dei Conti n. 532/2017 cit., richiamata anche da Corte dei Conti, delibera 5 maggio 2023 n. 51. Infine, la giurisprudenza contabile ha escluso che alle fondazioni di partecipazione sia applicabile l'art. 5 TUSP in materia di società partecipate dalla PA V. Corte dei Conti, delibera 6 giugno 2024, n. 246 con riferimento proprio a una CER costituenda in forma di fondazione di partecipazione da parte di un Comune e ivi ulteriori riferimenti giurisprudenziali.

[103] Ricorda S. Russo, *Le condizioni di economicità e operatività delle fondazioni di partecipazione e il ruolo degli enti pubblici*, in *Le fondazioni di partecipazione*, op. cit., 163 ss. che il patrimonio delle fondazioni di partecipazione, sulla base delle previsioni statuarie, va suddiviso nelle due componenti di patrimonio indisponibile e disponibile: nel primo caso, si tratta del fondo di dotazione dell'ente, il quale è normalmente utilizzato solo per la copertura dei disavanzi di gestione con obbligo di ricostituzione dello stesso; il patrimonio disponibile, invece, si distingue in vincolato e non vincolato. Il patrimonio non vincolato può essere impiegato per progetti e iniziative dell'ente deliberati discrezionalmente dall'organo amministrativo; quello vincolato, invece, potrà essere utilizzato solo per gli usi di chi ha apportato i contributi o per specifici progetti e operazioni individuati dagli amministratori. Il fondo di gestione, invece, è la parte del patrimonio netto utilizzato, sotto il profilo finanziario e monetario, per il funzionamento dell'ente.

[104] Cfr. M. Tamponi, op. cit., 157.

[105] Si veda ad esempio lo statuto della fondazione di partecipazione "*Fondazione CER In.ComuNE*" i cui artt. 10 e 11 distinguono nettamente tra contributi al fondo di dotazione richiesti per coloro che ambiscano ad ottenere la qualifica di "fondatore" e i contributi volontari che possono erogare liberamente i semplici "partecipanti", fermi quelli obbligatori dovuti dai partecipanti medesimi ai sensi del successivo eventuale regolamento che sarà adottato dalla fondazione (cfr. anche gli artt. 14, lett. a) e 20 comma 1 dello statuto). Tale statuto è reperibile al seguente link: https://www.comune.castelsanpietroterme.bo.it/notizia/fondazione-cer-in-comune. V. anche l'art. 14 della "*Fondazione CER Italia*" secondo cui "*Gli Organi della Fondazione potranno richiedere ai Partecipanti una contribuzione annuale eventualmente, diversa per entità e misura ai sensi e per gli effetti delle disposizioni del presente regolamento, che sarà approvata dall'Assemblea dei Partecipanti, su proposta del Comitato di Gestione*". Per tale statuto si rinvia al link: https://www.fondazioneceritalia.it/document/share/142/61ed9793-fd20-4268-a3f2-642bd4881d05.

[106] Normalmente gli statuti delle fondazioni di partecipazione prevedono che il fondo di dotazione può essere formato (o incrementato) da conferimenti in denaro, in titoli, in beni mobili e immobili, materiali e immateriali, complessi aziendali, diritti reali o altre utilità impiegabili per il perseguimento degli scopi della fondazione, eseguiti dagli stessi fondatori Promotori, o da taluni (o tutti) gli altri membri della fondazione, a seconda delle previsioni statutarie. Il fondo di gestione è invece formato da: a) ricavi delle attività della fondazione anche accessorie, strumentali e connesse ai suoi scopi; b) le rendite e le risorse della fondazione, ivi inclusi gli avanzi di gestione non destinati a incremento del fondo di dotazione, che sono impiegate per il funzionamento dell'ente e per la realizzazione dei suoi scopi, salvo lo specifico impiego dei fondi specificamente destinati; c) conferimenti in denaro, in beni mobili ed immobili, materiali e immateriali, complessi aziendali, diritti reali o altre utilità

ISSN 2281-3918/2421-2563



consente di acquisire il *know how* necessario per lo sviluppo e la gestione nel lungo periodo della CER [107].

Con specifico riferimento alle CER, però, emerge una ulteriore questione problematica.

Se attività istituzionali (e imprescindibili) della CER sono la produzione, l'accumulo, il consumo, la condivisione e la vendita di energia (anche non elettrica) proveniente da fonti rinnovabili (art. 22, lett. a e b Direttiva RED II e art. 31, comma 2, lett. b) d.lgs. n. 199/2021 – il quale detta un ordine di priorità tra le predette attività prevedendo che "l'energia autoprodotta è utilizzata *prioritariamente* per l'autoconsumo istantaneo in sito ovvero per la condivisione coi membri della comunità" e solo "l'energia eventualmente *eccedentaria* può essere accumulata e venduta …" [108] –, allora occorre che il patrimonio della costituenda fondazione sia adeguato a tale scopo e che lo stesso sia possibile giuridicamente da eseguire.

Sembra perciò necessario che i soggetti promotori della costituenda fondazione immettano stabilmente nella titolarità o quantomeno nella disponibilità dell'ente detti impianti di produzione dell'energia da fonti rinnovabili [109]. Come precisato dal GSE [110], invero, la costituzione di una CER presuppone la presenza *(i)* di almeno due membri che siano consumatori e/o produttori di energia e *(ii)* di almeno due POD collegati a un'utenza di consumo e a un impianto di produzione.

Si segnala, sotto questo profilo, che per accedere al regime degli incentivi, l'art. 31, comma 2, lett. d) del d.lgs. 199/2021 prevede che solo il 30% degli impianti di produzione dell'energia elettrica da

---

impiegabili per il perseguimento degli scopi, effettuati dai fondatori promotori o dagli altri membri dell'ente destinati espressamente al fondo di gestione; c) donazioni o disposizioni testamentarie (non attribuite al fondo di dotazione), anche destinate a specifici progetti; c) elargizioni disposte da enti o da privati, anche sotto forma di beni strumentali, non espressamente destinate ad incremento del fondo di dotazione, anche, eventualmente, destinate a specifiche finalità o progetti; d) contributi/finanziamenti attribuiti dalla Unione Europea, da Organizzazioni od Organismi Internazionali, Stati esteri, dallo Stato italiano, da Enti Territoriali, o da altri Enti Pubblici, che non siano espressamente attribuiti al fondo di dotazione.

Nulla esclude che il "fondo patrimoniale di garanzia" possa essere aumentato su delibera del Consiglio di Amministrazione, mediante imputazione degli avanzi di esercizio o di altre poste attive iscritte in bilancio.

[107] Cfr. *amplius* S. Russo, op. cit., 147 ss., spec. 159 ss. per le condizioni di economicità e di equilibrio economico delle fondazioni di partecipazione, le quali possono attingere a più fonti finanziarie "*sia attraverso il patrimonio nella sua componente fissa data dal fondo di dotazione, sia nella componente variabile e più facilmente utilizzabile, costituita dal fondo di gestione, sia attraverso forme di trasferimenti provenienti da altri enti e/o imprese, sia, ancora, mediante vere e proprie partecipazioni da parte di enti pubblici o privati che non si configurano come sponsorship, ma aprono le porte ad una governance multi-stakeholder, che diventa appunto partecipata da più soggetti*".

[108] M. Pafumi, op. cit., 124 la quale distingue tra attività istituzionali e non istituzionali delle CER e perciò tra CER monosettoriali (che si dedicano solo all'autoproduzione e condivisione dell'energia) e CER plurisettoriali (che svolgono ulteriori attività anche irrelate a quelle energetiche). V. parimenti E. Cusa, op. cit., 23 e, in precedenza, Id, *Sviluppo sostenibile, cittadinanza attiva e comunità energetiche*, in *Orizzonti del diritto commerciale*, 2020, 94.

[109] Sembra questa anche la posizione sostenuta da E. Cusa, *Le incentivate comunità energetiche rinnovabili e il loro atto costitutivo*, op. cit., 17, il quale osserva che se non si verifica la condizione minimale che almeno due PMI producano energia da fonti rinnovabili la CER deve sciogliersi o non può più qualificarsi come tale (perdendo tutte le somme ricevute dal GSE a titolo di tariffa incentivante). Lo stesso A. ricorda che gli impianti per la produzione di energia non necessariamente devono essere di proprietà della CER, ben potendo la stessa avvalersi di impianti di proprietà dei propri membri, o di impianti di soggetti che non sono membri della CER (cd. produttori terzi, come le grandi imprese energetiche che mettono a disposizione gli impianti della CER ai sensi del par. 1.2.2.4 delle Regole Operative del GSE) o di proprietà mista (della CER, dei suoi membri e/o di terzi). Perciò se la produzione può derivare da impianti (anche solo di terzi) nella semplice disponibilità della CER, invece, l'autoconsumo deve interessare i membri della CER.

[110] V. il par. 1.2.2 delle *Regole operative per l'accesso al servizio per l'autoconsumo diffuso e al contributo PNRR*, in attuazione dell'art. 11 del Decreto del Ministro dell'Ambiente e della Sicurezza energetica 7 dicembre 2023, n. 414 e dell'art. 11 dell'Allegato A alla delibera 727/2022/R/eel (di seguito TIAD o Delibera) dell'Autorità di Regolazione per Energia Reti e Ambiente, a pag. 17, versione 16 luglio 2025 (cd. "Regole operative del GSE").

ISSN 2281-3918/2421-2563



fonti rinnovabili può essere entrato in esercizio in data *antecedente* alla data di entrata in vigore del citato decreto legislativo, sicché, per il resto, deve trattarsi di nuovi impianti o di potenziamento di impianti esistenti (ciascuno dei quali di potenza non superiore a 1 MW v. par. 1.2.1.2. delle Regole operative GSE e art. 1.1.r TIAD). Ciò pone l'ulteriore problema della progettazione, realizzazione e manutenzione dei nuovi impianti ovvero della realizzazione di interventi di potenziamento di quelli esistenti: è per questa ragione che, nelle prime esperienze di CER costituite in forma di fondazione di partecipazione, si ricorre a forme di partenariato pubblico-privato: accanto agli enti pubblici (normalmente identificati come fondatori promotori), figura come co-fondatore una società che ha specifiche competenze tecniche in questo campo e perciò può rendere ai membri della CER (inziali e/o futuri) i propri servizi [111].

6. Struttura aperta e organizzazione interna della fondazione di partecipazione. Rapporti con la disciplina delle CER

Poiché la fondazione di partecipazione è aperta, similmente alle associazioni [112], all'ingresso di nuovi soggetti pubblici e privati che, a seconda delle previsioni statutarie, possono assumere diverse qualifiche e ruoli nell'ente (ad es. di fondatori promotori, partecipanti o solo sovventori) [113], in linea di principio essa è compatibile con la disciplina della CER secondo cui qualunque "cliente finale" di energia ne faccia richiesta, tramite una manifestazione di interesse (compresi i consumatori vulnerabili e poveri energetici), può divenirne membro *ex* art. 31, comma 1, lett. b) e d) d.lgs. n. 199/2021 con le uniche eccezioni (i) delle imprese non qualificabili come PMI [114], (ii) di PMI in cui la partecipazione alla CER costituisca l'attività commerciale e industriale principale e (iii) delle amministrazioni pubbliche

[111] V. "*Fondazione di partecipazione CER Italia*" il cui statuto e atto costitutivo sono reperibili al seguente indirizzo: https://www.fondazioneceritalia.it/fondazione#regolamento. La costituzione di detta CER è stata preceduta da un *project financing* per la selezione del privato. Nello stesso senso v. anche lo statuto della "*Fondazione di Partecipazione CER Monviso*" reperibile al seguente indirizzo: https://comune.bardonecchia.to.it/wp-content/uploads/sites/35/2025/06/Statuto-Fondazione-di-Partecipazione_CER_MONVISO_.pdf.

[112] M. TAMPONI, op. cit., 155.

[113] Ricorda D. VITTORIA, *Le fondazioni culturali e il consiglio di amministrazione*, op. cit., 302 ss. che «le fondazioni più importanti costituite in Italia negli ultimi vent'anni traggono origine, prevalentemente, da un negozio di fondazione *inter vivos* posto in essere da una pluralità di fondatori … intorno al nucleo patrimoniale iniziale vengono ad aggregarsi ulteriori sottoscrizioni. I sottoscrittori si distinguono in soci "fondatori", soci "ordinari", "sostenitori" o "benemeriti" in ragione del contributo versato; è previsto in alcuni statuti che tali soci si costituiscano in assemblea o vi nominino i loro rappresentanti. Significativo è il caso in cui l'atto costitutivo preveda per la dotazione patrimoniale della fondazione la sottoscrizione da parte dei fondatori di una "quota di capitale", cui è commisurato il potere di gestione dell'ente; la grande fondazione, non diversamente dalla grande impresa, ha bisogno per venire ad esistenza di un rastrellamento di fondi ad ampio raggio (…) il fondatore o i fondatori tendono invero, seppure con criteri diversi, ad assicurarsi un controllo costante sull'attività della persona giuridica: partecipando direttamente al consiglio di amministrazione, ovvero eleggendovi un proprio rappresentante, o ancora, in ragione del maggior contributo versato all'atto di costituzione della fondazione, riservandosi il diritto di nominare in seno all'organo di amministrazione un maggior numero di consiglieri».

[114] Sulla scia della Dir. RED II, l'art. 2, comma 1, lett. g), del d.lgs. n. 199/2021 detta la nozione di PMI rinviando al *solo* art. 2 dell'allegato della raccomandazione 2003/361/CE della Commissione Europea. Ne segue che non può aversi riguardo alle altre disposizioni del citato Allegato per individuare tale categoria. Pertanto, ai sensi del citato art. 2, "*la categoria delle microimprese delle piccole imprese e delle medie imprese (P.M.I.) è costituita da imprese che occupano meno di 250 persone, il cui fatturato annuo non supera i 50 milioni di EUR oppure il cui totale di bilancio annuo non supera i 43 milioni di EUR*". L'indicato rinvio selettivo impedisce considerare i dati relativi alle altre imprese controllanti o partecipanti e alla partecipazione pubblica così come richiesto dalle disposizioni successive del medesimo allegato della raccomandazione 2003/361/CE. Sul punto v. F. DEALESSI, A. LANCIANI, I. L. NOCERA, op. cit., 274 ss., spec. 278.

ISSN 2281-3918/2421-2563



centrali [115], fermo restando che l'esercizio dei poteri di controllo della CER spetta ai soli soggetti indicati alla lett. b).

Per evitare elusioni del predetto principio della cd. porta aperta, sono necessarie apposite clausole statutarie che prevedano i requisiti e le modalità di partecipazione dei soggetti richiedenti su basi oggettive, trasparenti e non discriminatorie (cfr. il considerando n. 71 Dir. RED II), verificabili da un organo interno dell'ente (ad es. amministrativo) a seguito di specifica procedura di ammissione [116].

Così, ad esempio, i poveri energetici potrebbero essere ammessi alla CER come membri senza dover effettuare apporti economici in denaro, ma solo contributi volontari; per converso, chi intenda partecipare come produttore/consumatore (cd. *prosumer*) potrebbe essere chiamato a immettere una certa quantità di impianti nella titolarità o nella disponibilità della CER [117] e le PMI a osservare specifici requisiti di sostenibilità ambientale.

Non sembra però sussistere un automatismo tra presentazione della domanda di ammissione e acquisizione della qualità di membro della CER, nel senso che l'organo competente potrebbe motivatamente respingerla (cfr., del resto, quanto previsto per gli enti di terzo settore dall'art. 23, commi 2 e 3, d.lgs. n. 117/2017) [118]. In effetti il legislatore attribuisce "*ai clienti finali, ivi inclusi i clienti domestici*" solo il "*diritto di organizzarsi in comunità energetiche rinnovabili*", al ricorrere delle condizioni indicate dalle lettere dalla a) alla d) dell'art. 31 d.lgs. n. 199/2021; diritto, però, che non sembra assimilabile a quello di acquisire necessariamente la qualifica di membro di tale soggetto giuridico autonomo, in difetto di un corrispondente obbligo sancito legislativamente. La lettera d) dell'art. 31 d.lgs. n. 199/2021 si limita a prevedere che la partecipazione alla CER è "*aperta e volontaria*", ma non obbliga l'ente ad accogliere tutte le domande di partecipazione. In altri termini se alle categorie di soggetti indicati alle lettere b) e c) non può essere negato il diritto di organizzarsi e perciò di dare vita a questi soggetti di diritto autonomi con le caratteristiche suddette [119], ciò non implica che essi abbiano anche il diritto di farne parte automaticamente o di essere titolari del controllo dell'ente stesso (cfr. sempre la lettera d) dell'art. 31 d.lgs. n. 199/2021). Pertanto le clausole statuarie ben possono prevedere regimi differenziati di ammissione dei nuovi membri senza perciò essere considerate illecite o elusive delle norme sulla partecipazione aperta delle CER [120] fermo il limite della non manifesta irragionevolezza e discriminatorietà da valutarsi in concreto tenuto conto delle specifiche attività e degli scopi perseguiti dall'ente considerato [121]. Ad esempio, potrebbero essere in concreto discriminatorie

---

[115] Per le amministrazioni centrali il legislatore ha dettato una disciplina speciale *ad hoc* v. *retro* nota 1.

[116] M. PAFUMI, op. cit., 137, 138; E. CUSA, op. cit., 14, il quale precisa che lo statuto possa prevedere requisiti di ingresso differenziati purché si tratti di una differenziazione equa e proporzionata.

[117] V. gli AA. in nota precedente e anche V. anche L. BALESTRA, op. cit., 2023, 2780.

[118] Se alle fondazioni di partecipazione di diritto comune trova applicazione estensiva l'art. 16 c.c., dettato con specifico riferimento alle associazioni, si può affermare che la domanda di adesione (di terzi) è una proposta che può essere accettata o meno dell'organo competente nell'esercizio della propria autonomia privata e alla luce dei requisiti statutari. Cfr. Cass. 22 febbraio 1995 n. 1992; Cass. 9 maggio 1991 n. 5191 in tema di associazioni.

[119] Sarebbero perciò contrastanti con le lettere b) e c) dell'art. 31 d.lgs. n. 199/2021, attuativo della Direttiva RED II, eventuali clausole che vietassero a priori ad alcune categorie di membri, tra quelle indicate dal legislatore, di far parte di una CER (ad es. statuti che escludessero le PMI dalla CER stessa per includervi le altre categorie, come ad esempio una CER costituita solo da PA o persone fisiche e così via). Cfr. V. CAPPELLI, *Il contratto della transizione energetica*, op. cit., 201.

[120] Cfr. G. SICCHIERO, op. cit., 239.

[121] Cfr. M. CAVANNA, *La riforma del Terzo settore tra tipicità e contaminazioni*, Torino, 2023, 64, 65; N. RICCARDELLI, *Terzo settore e il cd. "principio della porta aperta"*, in *Riv. not.*, 2022, 900. Sembra rilevante la giurisprudenza che, sia pure in tema di enti del terzo settore (specificamente APS), ha chiarito come i requisiti previsti dallo statuto per l'ammissione di nuovi partecipanti possono prevedere limitazioni all'ingresso di nuovi membri purché detti requisiti statuari non rimettano all'*arbitrio* dell'organo competente la decisione e non siano *discriminatori* e *incoerenti* rispetto all'attività e agli scopi dell'ente (v. Cons. St. 28 maggio 2024 n. 4752). Così, ad esempio, si è ritenuto non discriminatorio e privo del carattere aperto lo statuto

ISSN 2281-3918/2421-2563



clausole che subordinassero l'accesso degli aspiranti membri al possesso di un certo orientamento sessuale o religioso perché lesive di diritti fondamentali e dunque nulle per illiceità. Le clausole, invece, che superassero il vaglio di non discriminazione e imponessero requisiti eccessivamente restrittivi (ad es. per i poveri energetici) potrebbero impedire all'ente di acquisire la qualifica di CER – e i conseguenti incentivi statali –, ma resterebbero valide consentendogli di svolgere le medesime attività senza l'indicata qualifica [122].

In ogni caso la delibera dell'organo competente deve essere motivata – posto che la decisione deve essere assunta su basi "oggettive" e "trasparenti" e dunque non arbitrarie –, salvo, ovviamente, il diritto dell'interessato di impugnarla [123] (per gli enti di terzo settore v. l'art. 23, commi 2 e 3, d.lgs. n. 117/2017).

Lo stesso organo, dopo l'ammissione del richiedente, potrà deliberare anche l'esclusione del partecipante, ad esempio, per gravi e reiterati inadempimenti alle obbligazioni o ai doveri previsti nello statuto.

Oltre alla libertà di ingresso va garantita quella in uscita e pertanto lo statuto deve anche prevedere che i "*clienti finali*" possano recedere "*in ogni momento*" dalla CER (così l'art. 32, comma 1, lett. b) d.lgs. n. 199/2021).

Si tratta di un profilo delicato perché il diritto potestativo del singolo membro di far cessare la propria partecipazione alla CER va bilanciato con l'esigenza di garantire la realizzazione degli scopi statutari. L'esercizio del recesso, difatti, potrebbe avere ricadute negative sulla sostenibilità economica della fondazione (ad es. se esercitato dai *prosumer* o dai sovventori finanziari) o sulla sua stessa esistenza (si pensi al recesso dei fondatori promotori che potrebbe far venire meno anche i finanziatori esterni che hanno riposto affidamento su di essi rendendo impossibile perseguire lo scopo statutario [124]). Sembra

---

di un'associazione ets che limitava la partecipazione alle sole università e istituti di istruzione superiore superiori in considerazione della connotazione altamente settoriale, nonché dell'altissimo livello delle attività scientifiche e formative organizzate dall'ente (Tar Veneto 24 marzo 2023 n. 368 in *Dejure*). Detto statuto è stato invece reputato discriminatorio nella parte in cui subordinava il diritto di chiedere l'ingresso nell'ente al rilascio di una lettera di *patronage* da parte di uno dei soci di diritto dell'ente stesso (così sempre Cons. St. n. 4752/2024; tale decisione richiama e condivide la nota 6 febbraio 2019 n. 1309 del Ministero del Lavoro e delle Politiche Sociali sui criteri degli aspiranti soci). Si è visto *supra* che il principio di non discriminazione è espressamente richiamato in tema di CER dal Considerando n. 71 Dir. Red. II e dall'art. 22, comma 1, Dir. Red II.

[122] Cfr. V. CAPPELLI, op. ult. cit., 204.

[123] Come osservato nel testo non sembra sussistere un diritto soggettivo all'ammissione in capo all'aspirante membro della CER suscettibile di tutela giurisdizionale. Pertanto, l'eventuale caducazione della delibera di diniego non determinerà l'ingresso del richiedente nella CER, bensì soltanto la facoltà di ripresentare la domanda di ammissione all'organo competente. Cfr. M. TAMPONI, op. cit., 199. Sulla diversa possibile configurazione delle clausole di apertura cfr. A.M. BENEDETTI, *Autonomia privata procedimentale: la formazione del contratto fra legge e volontà delle parti*, Torino, 2002, 159.

[124] Il recesso sembra ammissibile se previsto nell'atto costitutivo e nello statuto della fondazione di partecipazione, non trattandosi di revoca dell'atto di fondazione successiva al riconoscimento dell'ente, la quale è vietata ai sensi dell'art. 15 c.c. Se la revoca incide sull'atto di fondazione, il recesso interviene sul rapporto tra partecipante ed ente personificato in base alle previsioni dell'atto fondativo, senza postulare a monte l'esistenza di un rapporto associativo tra i fondatori (che ovviamente non c'è neppure nella fondazione di partecipazione, altrimenti l'ente sarebbe qualificato come associazione cfr. M. D'AURIA, *Fondazione di partecipazione e recesso dell'ente pubblici: profili problematici*, in *Corr. giur.*, 2019, 225). Come osservato nel testo, la cessazione del rapporto con la fondazione da parte di uno o più fondatori (la quale può dipendere anche da altre cause, diverse dal recesso, come l'esclusione, la morte o la estinzione) non dà luogo automaticamente alla estinzione dell'ente, a meno che tale causa di estinzione sia espressamente prevista nello statuto ai sensi degli artt. 16, comma 2, e 28, comma 2, c.c. In difetto dell'indicata previsione statutaria, tuttavia, la cessazione del rapporto tra fondatori ed ente potrebbe rilevare come causa di scioglimento della fondazione se essa determina la *sopravvenuta* impossibilità di realizzare lo scopo o la *sopravvenuta* insufficienza patrimoniale *ex* art. 28, comma 1, c.c. Il problema può porsi anche negli ETS perché l'art. 90 CTS estende all'ufficio del RUNTS i poteri dell'art. 28 c.c. Difatti, pur permanendo le soglie minime di patrimonializzazione di cui all'art. 22 CTS, l'ufficio del RUNTS potrebbe valutare (discrezionalmente) come incongrua la dotazione patrimoniale residua dell'ETS in conseguenza dalle mancate attribuzioni patrimoniali pluriennali che il recedente si era vincolato ad eseguire qualora fosse rimasto nella fondazione v. sul punto A. LAUDONIO, *Le fondazioni di partecipazione: fase estintiva e operazioni straordinarie*, in *Le fondazioni di partecipazione*, op. cit., 351, 352.

ISSN 2281-3918/2421-2563



perciò opportuno prevedere una disciplina differenziata del relativo diritto.

Intanto il legislatore attribuisce ai "*clienti finali*" [125], vale a dire ai consumatori energetici, il diritto di recedere ad *nutum*, esercitabile in ogni tempo, ma non vieta di regolare diversamente gli effetti del recesso a seconda del ruolo svolto dai membri dell'ente [126]; né pare imporre a tutti i membri della CER di partecipare alla autoproduzione e condivisione dell'energia riferibile all'ente [127].

Dunque, ferma l'impossibilità di vincolare *sine die* tutti i partecipanti alla fondazione [128], sembrerebbe possibile prevedere che taluni membri dell'ente privi della qualifica di cliente finale (*in primis* i fondatori promotori) [129], si obblighino a farne parte per un tempo determinato (cfr. art. 24, comma 2, c.c.) [130] fatto salvo l'eventuale recesso con effetti immediati, ma solo per giusta causa (ad es. perdita di essenziali requisiti statutari) [131]. Del resto, discorrendo di "recesso anticipato" (v. l'art. 32, comma 1, lett. b) d.lgs. n. 199/2021), il legislatore stesso sembra ammettere implicitamente la

---

[125] La Direttiva Red II non offre una definizione normativa di "*cliente finale*". L'art. 2 d.lgs. n. 199/2021 di recepimento, però, rinvia al d.lgs. n. 210/2021 di attuazione della Direttiva IEM, al d.lgs. n. 104/2014 e al d.lgs. n. 192/2005. L'art. 2 n. 3 della Direttiva IEM, in particolare, definisce il cliente finale come "*il cliente che acquista energia elettrica per uso proprio*" e l'art. 2, lett. d. *bis*, d.lgs. 104/2014 vi include anche chi acquista energia "*sotto forma di vettore energetico*". Il par. 1.1.3 delle Regole operative del GSE aggiunge che "*Il cliente finale è il soggetto che preleva l'energia elettrica dalla rete, per la quota di proprio uso finale, al fine di alimentare i carichi sottesi all'unità di consumo di cui ha la disponibilità. Coincide pertanto con il titolare del punto di connessione che alimenta l'unità di consumo ed è l'intestatario della bolletta elettrica.* […]" (così a pag. 7 delle Regole Operative). L'Appendice A delle citate Regole Operative chiarisce ulteriormente che il cliente finale "*è una persona fisica o giuridica che non esercita l'attività di distribuzione di energia elettrica e che preleva l'energia elettrica, per la quota di proprio uso finale, da una rete con obbligo di connessione di terzi anche attraverso sistemi di distribuzione chiusi o linee private. Il cliente finale è altresì il titolare del punto di connessione dell'unità di consumo individuata secondo le disposizioni di cui al TISSPC e dal medesimo gestita*" (così pag. 154 delle Regole operative). Per la non coincidenza di questa definizione normativa di consumatore energetico con quella di consumatore ai sensi del Codice del Consumo sul piano soggettivo e oggettivo v.V. CAPPELLI, op. cit., 64 ss.

[126] Cfr. E. CUSA, op. cit., 15 e nt. 67. Ad esempio, l'art. 13 dello statuto della Fondazione "*La Tua Cer*" prevede quanto segue: "*1. È ammessa per i soci la facoltà di recesso in ogni momento da comunicarsi al Consiglio di Amministrazione mediante PEC o altro mezzo avente valore equipollente, come di seguito: a) Per i soci Fondatori il recesso produce effetto a partire dall'esercizio successivo alla comunicazione. b) Per i soci consumer il recesso produce effetto immediato dal punto di vista associativo dal momento della comunicazione tuttavia ai fini del calcolo dell'energia condivisa dal socio si dovrà attendere la chiusura della pratica sul portale del GSE, fermo restando il dovere di adempimento delle obbligazioni assunte ai sensi dello Statuto e degli eventuali regolamenti. c) Per i soci prosumer il recesso produce effetto a partire dall'esercizio successivo alla comunicazione*". Tale statuto è reperibile al seguente link: www.latuacer.com. Per la distinzione tra recesso dei Fondatori promotori e degli altri Fondatori e Partecipanti v. l'art. 13 dello statuto della fondazione "*Cer Flander Italia*" reperibile al seguente indirizzo: https://www.fondazioneflandercer.it/statuto e l'art. 13 dello statuto della "*Fondazione USIL-SOLE IN COMUNE ETS*", reperibile sul sito ufficiale del RUNTS.

Prevede, invece, soltanto che gli effetti del recesso decorrano dal primo giorno del quarto mese successivo alla comunicazione del recesso – con la medesima disciplina per tutti i membri della CER – l'art. 13 dello statuto della CER "*Refutura fondazione di partecipazione*" reperibile al seguente link: https://refutura.it/wp-content/uploads/2025/02/2024-Statuto-di-RE-FUTURA_.pdf".

[127] E. CUSA, op. cit., 12. Ad esempio si vedano gli artt. 14 e 23 dello statuto della "*Fondazione Energie d'insieme ETS*" reperibile sul sito ufficiale del RUNTS ove i membri della CER sono una parte di quelli della fondazione.

[128] Cfr. M. BASILE, op. cit., 174 il quale richiama il principio generale di temporaneità dei vincoli giuridici valevole per tutti i rapporti a contenuto patrimoniale.

[129] Cfr. ad es. l'art. 13 dello statuto della Fondazione "*CER Italia*" cit., il quale attribuisce ai soli membri con la qualifica di Partecipanti il diritto di recesso *ad nutum*, ma non lo prevede invece per tutti i Fondatori (iniziali e successivi).

[130] Sulla applicabilità, in via analogica, dell'art. 24 in tema di recesso degli associati alla fondazione di partecipazione v. Tribunale di Belluno, 15 febbraio 2018, in *NGCC*, 7-8, 2018, 1039. Il principio è recepito anche dalla sezione consultiva del Consiglio di Stato, Adunanza 21 marzo 2018, affare 01469/2017, parere n. 1076/2018, 19 aprile 2018.

[131] Cfr. M. TAMPONI, op. cit., 384.

ISSN 2281-3918/2421-2563

predetta ipotesi.

Il recesso *ad nutum*, circoscritto ai clienti finali, non sembra peraltro impedire la previsione di un periodo di preavviso [132] onde consentire alla CER, ad esempio, di ricalcolare i flussi di energia condivisa e gli incentivi del GSE.

Dette previsioni sarebbero legittime perché non comprimono l'esercizio di un diritto espressione di libertà fondamentali, frutto di insindacabili scelte di vita, come accadrebbe se, invece, la fondazione perseguisse scopi politici, religiosi, sindacali [133], né conculcano il diritto dell'interessato a non essere sottoposto a vincoli perpetui. La giurisprudenza ammette infatti il differimento del recesso o dei suoi effetti se l'ente persegue fini economici e ciò si armonizza con la causa negoziale volta a creare una organizzazione stabile nel tempo (come nella specie) [134]; esclude, invece, la validità delle clausole che, incidendo sull'esercizio del recesso, rendono incerta la permanenza, sotto il profilo temporale, del recedente nell'ente [135].

Sotto diverso profilo il legislatore prevede che restano fermi i *corrispettivi* concordati in caso di recesso anticipato dalla CER per la compartecipazione agli investimenti sostenuti, i quali devono risultare comunque "equi e proporzionati" (art. 32, comma 1, lett. b) d.lgs. n. 199/2021). Si tratta di multe penitenziali per l'esercizio anticipato del recesso (cfr. artt. 1373, comma 3, c.c. e art. 1324 c.c.) a copertura della quota parte degli investimenti non ancora ammortizzati che, ad esempio, la CER ha sostenuto basandosi sul numero iniziale di partecipanti (ad es. per acquistare un impianto fotovoltaico). Dalla interpretazione estensiva della disposizione suindicata pare ricavarsi la possibilità di prevedere nello statuto anche altre multe penitenziali a copertura di eventuali costi diretti che il recesso anticipato produca a carico della fondazione (ad es. per le pratiche amministrative che la CER dovrà avviare per modificare la composizione originaria dell'ente nei rapporti col GSE), fermo restando che le stesse non devono risultare eccessive, soprattutto per i consumatori finali qualificabili come poveri energetici o vulnerabili [136].

In ogni caso, trattandosi di fondazione, sembra necessario prevedere che l'esercizio del recesso non dia alcun diritto alla restituzione delle attribuzioni patrimoniali eseguite per acquisire la qualità di membro della CER, né alcun diritto sul patrimonio dell'ente (cfr. del resto gli artt. 24, comma 4, c.c. e 1373, comma 2, c.c.).

Ovviamente non si può escludere che l'esercizio del diritto recesso possa creare un danno alla CER; ad esempio, se un produttore di energia rinnovabile si sia impegnato a immettere un certo quantitativo di energia e/o di impianti nella titolarità (o nella disponibilità) della CER, ovvero a sostenere, in parte, i

---

[132] Cfr. in tal senso l'art. 16 dello statuto della "*Fondazione di partecipazione CER Altovicentino*", limitatamente al recesso dei fondatori promotori e di quelli che hanno acquisito la qualifica di fondatore successivamente alla costituzione dell'ente ai sensi dell'art. 14. Tale statuto è reperibile al seguente indirizzo: https://www.ceraltovicentino.it/wp-content/-uploads/2026/02/Statuto-CER-AV_-29dic2025.pdf.

[133] Cfr. G. SICCHIERO, op. cit., 242, 243; *contra* M. BASILE, op. cit., 174 che reputa una forzatura estendere alle fondazioni di partecipazione il principio valevole per le associazioni per cui il recesso sarebbe espressione di una libertà fondamentale garantita dalla costituzione.

[134] Cfr. Cass. 4 giugno 1998 n. 5476.

[135] Cfr. Cass. 11 novembre 2015 n. 23098 che, nel ribadire il principio di diritto secondo il quale in tema di associazioni non riconosciute sono nulle le clausole statutarie che impongano prestazioni con le quali si renda oneroso in modo abnorme il recesso ha confermato la sentenza di merito che aveva dichiarato nulla la clausola che subordinava l'utile esercizio del recesso alla (aleatoria) alienazione delle azioni possedute dal recedente in altra società sul rilievo che, in questo caso, doveva reputarsi incerto il limite temporale di permanenza del recedente nell'ente. In precedenza v. anche Cass. 9 maggio 1991 n. 5191.

[136] Cfr. sempre Cass. n. 23098/2015 cit.

ISSN 2281-3918/2421-2563

costi di manutenzione degli stessi e per effetto del recesso ingiustificato e improvviso produca uno squilibrio dell'energia condivisa o la necessità di sostenere maggiori costi per bilanciare l'energia immessa in rete [137], la CER potrebbe proporre azione risarcitoria per il ristoro dei danni conseguenti ed eventualmente prevedere *ex ante* delle penali statutarie. Dette penali non impedirebbero l'esercizio del diritto di recesso (sicché non vi sarebbe violazione/elusione del principio della porta aperta), ma ripararebbero il danno conseguente a un inadempimento (anche all'obbligo di buona fede *ex* artt. 1374, 1175 e 1375 c.c.).

6.1. Ulteriori considerazioni sulla struttura organizzativa dell'ente

Quanto alla *governance* dell'ente sembrano emergere alcune peculiarità: (i) perché possa darsi una CER, deve essere assicurata non solo la struttura aperta in entrata nell'ente, ma anche una organizzazione interna *democratica* [138] sicché occorre verificare se sia ammessa la possibilità di prevedere voti plurimi o poteri speciali di controllo/veto in favore di alcuni membri dell'ente (ad es. di alcuni fondatori promotori); (ii) al contempo, bisogna garantire che vi sia un certo equilibrio tra la potenza installata a disposizione della comunità e il numero dei partecipanti (che non hanno impianti, o non li mettono a disposizione della CER e perciò non fanno aumentare la potenza installata oppure recedendo diminuiscono quella potenza iniziale), altrimenti potrebbe essere compromessa la capacità della CER di produrre vantaggi economici, sociali e ambientali per i quali è costituita. Si è perciò proposto di prevedere un tetto massimo al numero dei partecipanti che possono essere ammessi alla CER in assenza di nuova potenza installata [139]. Tale soluzione, però, rischia di eludere il principio della "porta aperta" sopra indicato, sicché qualora la energia autoprodotta sia inferiore a quella consumata dai membri della CER nelle varie fasce orarie in cui viene calcolata l'energia elettrica condivisa, una previsione statutaria legittima potrebbe essere quella di prevedere l'ingresso di nuovi membri, ma al contempo che la ripartizione dei contributi del GSE erogati in base ai loro consumi avvenga secondo l'ordine di accesso nella CER [140]. Del resto il problema della operatività della CER sopra indicato ha ragione di porsi soprattutto nelle CER monosettoriali che si dedicano soltanto all'attività di produzione e condivisione dell'energia (realizzando scambi mutualistici tra i propri membri), ma se si prevede che la CER svolga anche ulteriori attività irrelate a quelle energetiche (ad es. laboratoriali innovative, di ricerca, di *housing* sociale), a prescindere dalla quantità di energia autoprodotta e condivisa tra i partecipanti, l'ente continuerebbe comunque a produrre benefici sociali e ambientali in favore della comunità di riferimento in cui opera

[137] Cfr. V. CAPPELLI, *Appunti per un inquadramento privatistico dell'autoconsumo di energia rinnovabile nel mercato elettrico: il caso delle comunità energetiche*, in *NLCC*, 2023, 399 ss.

[138] È diffusa in letteratura la tesi secondo la quale l'organizzazione interna della CER deve essere democratica quale corollario del requisito dell'autonomia della stessa dai propri membri (verso l'interno) o soggetti terzi (verso l'esterno) dovendo realizzare un progetto di comunità. Tale tesi in particolare è sostenuta valorizzando il considerando n. 71 della Direttiva RED 2 secondo cui: "*Per evitare gli abusi e garantire un'ampia partecipazione, le comunità di energia rinnovabile dovrebbero poter mantenere la propria autonomia dai singoli membri e dagli altri attori di mercato tradizionali che partecipano alla comunità in qualità di membri o azionisti, o che cooperano con altri mezzi, come gli investimenti*". V. M. MELI, *Le Comunità di Energia Rinnovabile*, op. ult. cit., 2763 ss.; M. PAFUMI, op. cit., 137; L. BALESTRA, op. cit., 2777 ss.; V. CAPPELLI, op. ult. cit., 386 ss.; E. CUSA, op. cit., 18 ss.; L. CUOCOLO, P.P. GIAMPELLEGRINI, O. GRANATO (a cura di), *Le comunità energetiche rinnovabili*, Milano, 2023, 35.

[139] M. PAFUMI, op. cit., 137.

[140] Per tale tesi v. E. CUSA, op. cit., 14.



sicché lo scopo non risulterebbe impossibile da realizzare.

6.2. La ripartizione di competenze tra gli organi dell'ente e in particolare quelle dell'organo partecipativo

La struttura aperta della CER, impone di chiarire quali competenze lo statuto possa attribuire, in particolare, all'organo partecipativo, in difetto di espressa previsione normativa. Nulla dispone a riguardo neppure l'art. 25, comma 3, d.lgs. n. 117/2017 in tema di fondazioni del terzo settore che fa salva l'autonomia statutaria ed estende la disciplina dell'assemblea delle associazioni di terzo settore, solo se espressamente scelta, nei limiti della compatibilità e del rispetto della volontà del fondatore. Competenze che, per definizione, devono essere diverse da quelle spettanti agli amministratori già deputati ad attuare lo scopo voluto dal/i fondatore/i.

Sotto diverso profilo, la *governance* democratica delle CER interroga l'interprete su come debba essere disciplinato il diritto di voto nel medesimo organo partecipativo, visto il silenzio serbato dal legislatore (per le fondazioni di terzo settore v. l'art. 24, comma 6, d.lgs. n. 117/2017).

Nelle fondazioni di diritto comune il controllo amministrativo esterno dell'organo gestorio *ex* art. 25 c.c. è sempre stato giustificato in difetto di un controllo interno analogo a quello che l'assemblea svolge nelle associazioni sull'attività degli amministratori *ex* art. 23 c.c. [141]. Si è perciò affermato che, l'assenza di limiti normativi espressi, da un lato, e la previsione dei suddetti poteri pubblici di controllo sull'operato degli amministratori, espressione di norme imperative, dall'altro, fanno sì che all'assemblea delle fondazioni di partecipazione possa essere statutariamente attribuito il compito di adottare delibere che non alterino il rapporto tra atti dell'organo gestorio e controlli pubblici. In altri termini l'organo partecipativo non può sottrarre le proprie deliberazioni agli stessi controlli pubblicistici che con norme imperative sono attribuiti alle prefetture e alle regioni [142], né surrogarsi a quello gestorio che è responsabile dell'attuazione dello scopo *ex* art. 25 c.c. Ne deriva che, in assenza di un preciso riparto di competenze previsto dal legislatore, a differenza delle società, l'assemblea di una fondazione di partecipazione si limiterà o a esprimere decisioni di indirizzo che però non possono sostituire ed espropriare quelle degli amministratori (deputati ad attuare lo scopo dell'ente con le relative responsabilità) – e dunque perlopiù pareri consultivi – o ad adottare delibere su altre materie indicate dallo statuto (ad es. nomina di alcuni amministratori o componenti di altri organi, esclusione di un partecipante) la cui efficacia è sempre condizionata ai controlli di legittimità esercitati dall'amministrazione (ad es. per le modifiche statuarie). Giammai, a differenza delle associazioni e delle società, l'organo amministrativo o quello deliberativo potranno mutare *unilateralmente* lo scopo dell'ente rendendolo incoerente con quello iniziale della

[141] F. GALGANO, op. cit., 392; M. TAMPONI, op. cit., 405 e ivi ulteriori riferimenti; Cons. St. 11 giugno 2020 n. 3722.
[142] G. SICCHIERO, op. cit., 64 ss.

ISSN 2281-3918/2421-2563



fondazione [143] o estinguerlo fuori dai casi previsti nello statuto (art. 27 c.c.) [144].

L'autonomia statutaria potrebbe prevedere ulteriori organi facoltativi, tra cui quelli di controllo che, in caso di ETS, sono obbligatori al ricorrere dei presupposti dettati dagli artt. 30 e 31 d.lgs. n. 117/2017.

6.3. La disciplina del diritto di voto e la governance democratica

Quanto alla disciplina del diritto di voto nell'organo partecipativo, va evidenziata una importante differenza strutturale tra fondazioni e associazioni: se nelle associazioni, gli associati concorrono a realizzare lo scopo comune del contratto associativo e perciò tutti gli interessati hanno diritto di partecipare al governo dell'ente su basi paritarie, anche attraverso rappresentanti scelti con procedure democratiche che garantiscano la libertà di voto, nelle fondazioni, al contrario, lo scopo è definito già nell'atto costitutivo, risulta immutabile senza autorizzazione amministrativa ed è deputato a realizzarlo l'organo amministrativo. Inoltre è sempre il fondatore a decidere nell'atto costitutivo quale debba essere la struttura migliore dell'ente per perseguire lo scopo prefissato.

Pertanto, nelle fondazioni di partecipazione può reputarsi ammissibile una disciplina differenziata del diritto di voto, ben potendo lo statuto distinguere quello spettante ai fondatori promotori, ai partecipanti successivi e ad eventuali sovventori (ad es. con previsione di voti plurimi o proporzionati alla misura della contribuzione e con esclusione o limitazione del voto dei meri sovventori) [145]; inoltre lo statuto può riservare specifiche prerogative ai fondatori promotori nella *governance* dell'ente [146].

Le indicate caratteristiche della fondazione di partecipazione sembrano porre delicati problemi di compatibilità/di adattamento con la disciplina speciale delle CER.

Difatti, secondo alcuni autori, la *governance* democratica delle CER imporrebbe di prevedere nello statuto dell'ente che tutti i partecipanti all'organo deliberativo dispongano di un voto per testa,

---

[143] Ed infatti la sostituzione integrale dello scopo con uno scopo incompatibile con quello originario darebbe luogo a una nuova destinazione patrimoniale fuori dalle regole degli artt. 16 e 27 ss. c.c. Naturalmente non è inibita qualsiasi modifica dello scopo, bensì solo quelle modifiche incoerenti e divergenti dallo scopo originario. Le relative delibere modificative saranno soggette ai controlli di legge e ad iscrizione nei relativi registri così A. DI SAPIO, *Le modifiche*, op. cit., 307, 308. Si discute se dette delibere abbiano efficacia dispositiva o propositiva (per tale dibattito ivi, 286 – 288). L'A. propende per la prima tesi – allo stato minoritaria – sostenendo la portata generale dell'art. 25, comma 3, CTS, che sarebbe applicabile anche alle fondazioni di partecipazioni non qualificate come enti di terzo settore (ivi 261, 289 ss., spec. 308 e nt. 109).

[144] In quest'ultima ipotesi, infatti, resterebbe ferma la possibilità per la PA di annullare la delibera in esame perché non conforme allo statuto *ex* art. 25 c.c. v. G. SICCHIERO, op. cit., 74. Sul mero potere di impulso degli organi interni a deliberare la trasformazione della fondazione rispetto a una decisione che spetta alla PA v. A. FUSARO, *La fondazione tra modello tradizionale e modello partecipativo quale strumento per la tutela delle categorie svantaggiate*, op. cit., 1097, 1098.

[145] G. SICCHIERO, op. cit., 67, 68.

[146] Cfr. ad esempio lo Statuto e il Regolamento della "*Fondazione di partecipazione CER Italia*" in cui i componenti del Comitato di Indirizzo e del Comitato di Gestione – ossia gli organi gestori – sono nominati con il centrale contributo del Comune Fondatore che si riserva sia il potere di nominare il Presidente della fondazione, sia di partecipare tanto all'Assemblea dei Partecipanti quanto a quella dei Fondatori, che nel complesso esprimono la maggioranza dei relativi componenti; è interessante notare, inoltre, che nell'Assemblea dei Fondatori, fanno parte solo i comuni – ossia il Comune Fondatore e gli altri poi divenuti membri della CER –, i quali votano sulla base del voto ponderato nella disponibilità dell'assemblea e in proporzione dei propri abitanti; nell'Assemblea dei Partecipanti, in cui invece fanno parte tutti i Fondatori Promotori e tutti Partecipanti indistintamente considerati, si vota sempre col sistema del voto ponderato rispetto a quelli in disponibilità dell'assemblea, ma questa volta "*in proporzione alla contribuzione complessiva operata dai Fondatori e dai Partecipanti al fondo di dotazione o al fondo di gestione, anche mediante "fondi speciali"*.

ISSN 2281-3918/2421-2563



indipendentemente dagli investimenti e dai ruoli assegnati nella CER [147] e che tutti abbiano pari diritti e debbano concorrere paritariamente al governo dell'ente; per altri, invece, non si tratta di una soluzione necessaria [148].

Prima di tutto, tale declinazione del principio democratico, a tutto concedere, dovrebbe valere solo per i membri della CER che sono coinvolti nello svolgimento di attività energetiche e perciò eventuali limitazioni o esclusioni dal diritto di voto potrebbero essere legittimamente previste per i membri "sovventori". Inoltre non sembra che il carattere democratico della CER impedisca di prevedere nello statuto che i voti siano proporzionati alla quantità degli scambi mutualistici che il produttore o il consumatore di energia realizzano con la CER allorché, ad esempio, sia fissato un tetto massimo dei voti esercitabili dal singolo membro.

È certamente vero che il considerando n. 71 Dir. Red II mira a favorire l'ampia partecipazione dei componenti della CER, ma altro è la partecipazione all'organo deliberativo con il riconoscimento del diritto di voto su materie essenziali della CER o comunque il diritto di nominare propri rappresentanti, altro è pretendere un coinvolgimento perfettamente paritario nell'ente. Non sembra che il legislatore nazionale, né quello europeo impongano soluzioni obbligate in tal senso, come confermato anche dalla prassi statutaria [149]. Anzi, se si volge lo sguardo alla legislazione nazionale che più assicura l'approccio *multistakeholder* nella *governance* dell'ente, ci si avvede come, in tema di impresa sociale, il coinvolgimento degli utenti, lavoratori e altri soggetti interessati si esprime soltanto nella possibilità di nominare dei rappresentanti nell'organo deliberativo o *almeno un componente* nell'organo di amministrazione e di controllo al superamento di alcune soglie fissate *ex lege* (cfr. art. 11, comma 4, d.lgs. n. 112/2017).

L'indice normativo di cui all'art. 10, comma 1, lett. b) d.lgs. n. 199/2021, invocato da autorevoli interpreti, non sembra condurre a conclusioni diverse.

Relativamente agli enti pubblici, detta disposizione prevede che i poteri di controllo dell'ente

---

[147] M. Pafumi, op. cit., 137; V. Cappelli, op. cit., 126; cfr. anche L. Balestra, op. cit., 2781.

[148] Cfr. E. Cusa, op. cit., 19; R. Rao, *Le Comunità energetiche rinnovabili (CER), delle "officine" per il diritto commerciale?*, in *Orizzonti dir. comm.*, 2024, 742 propone in alternativa al voto capitario le assemblee separate.

[149] Nelle CER costituite come fondazione di partecipazione, prive della qualifica di ETS, è frequente la previsione statutaria secondo cui il numero di voti disponibili per ciascun Fondatore o Partecipante nell'organo deliberativo venga attribuito secondo il metodo del voto ponderato e in proporzione alla contribuzione operata al fondo di dotazione o di gestione (art. 24 statuto della "*Fondazione di partecipazione CER Italia*"; art. 24 statuto della "*Fondazione di partecipazione CER Monviso*"). In altri statuti i voti disponibili ai membri della CER sono espressi in millesimi e ponderati ad es. per il 30% in proporzione alla contribuzione complessiva operata dai Fondatori Promotori e dai Fondatori al fondo di dotazione, mentre per il restante 70% a ciascun Partecipante per lo stesso numero (art. 18 statuto "*Fondazione Sinergia C.E.R.*"). La soluzione del voto ponderato e proporzionale alla contribuzione non è nemmeno estranea a taluni statuti di CER costituite come fondazioni di terzo settore (v. artt. 12 e 23 statuto "*Fondazione di partecipazione Alto Monferrato ETS*"), così come l'attribuzione del voto in proporzione alla quantità del consumo messo a disposizione della CER (art. 25 statuto della "*Fondazione di partecipazione Refutura*"). Per le fondazioni di terzo settore, tuttavia, tende a prevalere il principio "una testa un voto" coerentemente con il modello normativo ETS prescelto *ex* art. 24, comma 2, CTS (v. ad es. art. 13 statuto della "*Fondazione CER T.O.P Energie ETS*"; art. 13 statuto della "*Fondazione Comunità Energetica Rinnovabile Solidale Elettra ETS*"; art. 22 statuto della "*Fondazione la Tua CER*"; art. 18 statuto della "*Fondazione USIL Sole in Comune ETS*"; art. 18 statuto della "*Fondazione Flander Italia ETS*"; art. 18 statuto della "*Fondazione Samuele Margheriti ETS*"); disciplina quest'ultima, tuttavia, che ben può essere derogata dallo statuto della fondazione, come prevede espressamente l'art. 24, ultimo comma, CTS ed evidenziato *supra*. In definitiva la prassi statutaria non consacra, in applicazione del principio democratico, la regola per cui tutti i membri delle CER costituite come fondazione dispongano, su base perfettamente paritaria, di un solo voto nell'organo deliberativo, potendosi ammettere che gli stessi abbiano un peso diverso a seconda del ruolo o della contribuzione nell'ente, soprattutto nelle CER costituite come fondazioni prive della qualifica di ETS.

ISSN 2281-3918/2421-2563



possono essere attribuiti in *maggioranza* alle pubbliche amministrazioni nelle CER che promuovono l'utilizzo di energia *termica* da fonti rinnovabili sicché, *a contrario*, dovrebbe ricavarsi che le stesse non possano disporre della maggioranza dei voti nelle CER prive di tali caratteristiche, fatti salvi eventuali (limitati e ragionevoli) poteri di veto su determinate materie di competenza della assemblea dei membri della CER [150].

Tale interpretazione restrittiva, però, non sembra condivisibile.

Il riformato art. 31, comma 1, lett. b) d.lgs. n. 199/2021 [151] si limita a prevedere quanto segue: "*la comunità è un soggetto di diritto autonomo i cui soci o membri possono essere persone fisiche, PMI, anche partecipate da enti territoriali, associazioni, aziende territoriali per l'edilizia residenziale, istituzioni pubbliche di assistenza e beneficenza, aziende pubbliche di servizi alla persona, consorzi di bonifica, enti e organismi di ricerca e formazione, enti religiosi, enti del Terzo settore e associazioni di protezione ambientale nonché le amministrazioni locali individuate nell'elenco delle amministrazioni pubbliche predisposto dall'Istituto nazionale di statistica (ISTAT) ai sensi dell'articolo 1, comma 3, della legge 31 dicembre 2009, n. 196*". A questi soggetti la successiva lettera d) riserva l'esercizio dei poteri di controllo dell'ente.

Le indicate previsioni normative, pertanto, non vietano che i poteri di controllo della CER – e quindi la maggioranza dei voti disponibili nell'organo deliberativo *ex* art. 2359 n. 1 c.c. [152] – spettino alle autorità locali e agli enti territoriali: anzi, per la verità, sembrano affermarlo alla sola condizione che siano situati nel territorio dei Comuni in cui sono ubicati gli impianti. In altri termini, non è affatto dimostrato che l'art. 10, comma 1, lett. b) d.lgs. n. 199/2021 – relativo a una *species* di comunità energetiche rinnovabili, ossia quelle relative alla produzione di energia da fonti *termiche* – sia una norma eccezionale rispetto a quella regolare sopra indicata. Al contrario, sembra che tale ultima disposizione sia espressione di un più ampio principio generale diretto a coinvolgere al massimo le PA in iniziative di impatto sociale e su base locale dato che lo scopo principale della CER è proprio quello di "*di fornire benefici ambientali, economici o sociali a livello di comunità ai suoi soci o membri o alle aree locali*" *ex* art. 31, comma 1, lett. a) d.lgs. n. 199/2021, nonché art. 2, n. 16 lett. c) Direttiva Red II [153].

Difatti la esclusione dalla partecipazione e conseguentemente dalla titolarità dei poteri di controllo dell'ente è limitata alle sole imprese che operano professionalmente sul mercato energetico come le ESCO (lett. c) per evitare indebiti condizionamenti esterni [154], mentre è scomparsa quella precedente

---

[150] È la tesi di CUSA, op. cit., 18 ss.

[151] La disposizione è stata novellata con d.l. 28 febbraio 2025 n. 19 conv. con legge 24 aprile 2025 n. 60.

[152] Come correttamente osserva R. RAO, op. cit., 740 il legislatore europeo non ha definito la nozione di controllo sicché essa rientra nella competenza dei legislatori nazionali. Poiché il nostro legislatore non ha dettato alcuna declinazione diversa, trova applicazione la disciplina dell'art. 2359 c.c. che si riferisce a questa materia.

[153] Cfr. L. CUOCOLO, P.P. GIAMPELLEGRINI, O. GRANATO (a cura di), op. cit., 56, 57 ove si evidenzia che il ruolo dell'ente locale sarà anche (e in alcuni casi soprattutto) quello di controllo per evitare che lo strumento della CER venga distorto a fini meramente commerciali, anche in attuazione del principio di sussidiarietà orizzontale che prevede l'assunzione di compiti pubblici da parte dei cittadini e di varie organizzazioni alternative a quelle pubbliche, senza che tuttavia ai Comuni sia sottratto il compito di supervisione e controllo.

[154] Se nelle CER è vietata la partecipazione delle imprese prive della qualifica di PMI, nelle CEC essa è ammessa, a condizione che dette imprese non abbiano poteri di controllo sull'ente. Si consideri a riguardo il Considerando n. 44 della Direttiva IEM secondo cui: "*L'adesione a comunità energetiche di cittadini dovrebbe essere aperta a tutte le categorie di soggetti. Tuttavia, i poteri decisionali all'interno di una comunità energetica dei cittadini dovrebbero essere riservati a quei membri o soci che non esercitano un'attività commerciale su larga scala e per i quali il settore energetico non costituisce uno degli*

ISSN 2281-3918/2421-2563

relativa ai consumatori appartenenti a famiglie a basso reddito o vulnerabili (lett. d, antecedente alla riformulazione del 2025 [155]).

Sembra, pertanto, che al legislatore europeo e a quello nazionale, prema assicurare soltanto che i poteri di controllo dell'ente – e quindi la maggioranza dei voti disponibili nell'organo deliberativo – siano attribuiti a membri o soci della CER situati nelle vicinanze degli impianti [156] di produzione di energia rinnovabile (art. 2, punto 16 Dir. Red II e), senza esprimere alcuna preferenza per l'una o l'altra categoria soggettiva sopra individuate [157]. Dunque ferma la esclusione valevole per le sole imprese di cui alla lettera c) e fermo il criterio di prossimità geografica dei soggetti titolari del potere di controllo dell'ente, profilo che contraddistingue le CER dalle CEC, l'autonomia statuaria può disciplinare il diritto di voto su basi non paritarie.

Nella disciplina degli enti di terzo settore, tuttavia, l'art. 4, comma 2, d.lgs. n. 117/2017 impedisce alle pubbliche amministrazioni di sottoporre l'ente, qualificabile come tale, a direzione, coordinamento o controllo [158]; ed analoga disciplina è dettata per le imprese sociali dall'art. 4, comma 3, d.lgs. n. 112/2017.

7. Riflessioni conclusive

Il costatato mutamento di prospettiva inerente all'istituto della fondazione, non più osservato sotto il profilo statico della mera destinazione, tendenzialmente perpetua, di un patrimonio allo scopo scolpito nelle tavole della fondazione, ma sotto quello dinamico della organizzazione, dotata di personalità giuridica, creata dal fondatore per la sua attuazione, induce a superare il pregiudizio storico nutrito verso questi enti; non più patrimonio sottratto alla circolazione giuridica, ma ente vincolato nel suo agire dinamico alla realizzazione dello scopo voluto dal fondatore, attraverso la multiforme struttura organizzativa prefigurata nell'atto costitutivo e nello statuto. L'elaborazione dottrinale, la legislazione speciale e la prassi statutaria dell'ultimo trentennio, confermano che l'istituto della fondazione non si esaurisce nella erezione di una persona giuridica per la sola erogazione di rendite attraverso l'amministrazione statica di un patrimonio a fini ideali o di utilità sociale; diverse declinazioni dello scopo, così come delle attività e dell'ordinamento interno sono ammissibili entro i limiti che connotano il tipo normativo; limiti essenzialmente legati alla indisponibilità (totale) dello scopo dopo il riconoscimento dell'ente e ai controlli esterni (par. 2.2).

---

ambiti principali dell'attività economica". Non sembra perciò condivisibile il dubbio interpretativo sollevato da R. Rao, op. cit., 739. Il coordinamento sistematico delle due discipline, ovvero quella della CER e quella CEC, dovrebbe condurre a negare la partecipazione delle grandi imprese nelle CER, la quale invece è ammessa nelle CEC a condizione che le stesse non esercitino poteri di controllo sull'ente. Del resto tale interpretazione restrittiva è l'unica conforme al diritto europeo art. 2, n. 16, Dir. RED II. Sembra invece condivisibile la posizione dell'A. nella parte in cui esclude che l'ente possa essere soggetto a direzione e coordinamento *ex* art. 2947 c.c. di grandi imprese esterne, appunto per evitare abusi (cfr. considerando n. 71 Dir. Red II) ed elusioni del divieto di partecipazione diretta alla CER.

[155] Sul difetto di coordinamento sistematico tra lett. d e la lett. b dell'art. 31, comma 1, d.lgs. n. 199/2021 nella formulazione antecedente alla novella del 2025, v. C. Favilli, op. cit., 382 ss.

[156] Cfr. anche F. Dealessi, A. Lanciani, I. L. Nocera, op. cit., 270.

[157] L'art. 31 lett. d) d.lgs. n. 199/2021 si limita a prevedere che "*l'esercizio dei poteri di controllo fa capo ai soggetti di cui alla lettera d)*", ma ne non indica il *quomodo*, né impone che esso debba essere necessariamente un esercizio collettivo e paritario.

[158] V. Cons. St. 28 maggio 2024 n. 4752.

ISSN 2281-3918/2421-2563



Se il passaggio dalla fondazione-patrimonio alla fondazione-organizzazione consente di introdurre elementi personalistici nella struttura dell'ente e di prefigurare lo svolgimento di attività di impresa con il coinvolgimento degli *stakeholder* per la produzione di beni e di servizi che concorrano al benessere della comunità locale, il connubio tra fondazioni e CER diviene senz'altro ammissibile.

Come osservato, però, non tutte le fondazioni possono assumere l'anzidetta qualifica normativa.

Le fondazioni di partecipazione, con gli adeguamenti statutari evidenziati *supra*, appaiono enti idonei purché dispongano di almeno uno o più impianti di produzione dell'energia da fonti rinnovabili onde rendere possibile l'attuazione dello scopo.

Sebbene il punto non sia pacifico, sembra possibile affermare che il cd. principio di democraticità della *governance* delle CER non impedisca all'autonomia statutaria di regolare su basi non perfettamente paritarie la partecipazione dei vari membri alla vita dell'ente come confermato anche dalla prassi statutaria (v. *retro* par. 6.3). Nelle fondazioni prive della qualifica di ETS, inoltre, tale principio non impedisce di riservare poteri che assicurino la gestione e il controllo delle linee strategiche dell'ente alle eventuali amministrazioni costituenti o ad altri membri della CER situati nel territorio in cui sono ubicati gli impianti per la condivisione dell'energia. Non sembrano neppure sussistere ostacoli alla ripartizione degli incentivi provenienti dal GSE sulla base di specifiche previsioni statutarie o regolamentari.

Rispetto ad altri enti non lucrativi (associazioni riconosciute) e mutualistici (società cooperative) dotati di autonomia patrimoniale perfetta, le fondazioni di partecipazione assicurano maggiore stabilità non potendo lo scopo essere mutato per iniziativa unilaterale ed esclusiva dell'organo partecipativo o dei suoi amministratori, né reso incoerente con quello voluto dai fondatori. L'impossibilità di mutare totalmente e indiscriminatamente lo scopo dell'ente fondazionale assicura che il progetto comunitario della CER non sia stravolto e, perciò, che la volontà espressa dai fondatori, specie per le CER costituite ad iniziativa pubblicistica, permanga coerente e convergente con il programma iniziale (cfr. art. 25, comma 3, CTS).

A differenza delle società cooperative non è richiesto un numero minimo di partecipanti e si ammette la possibilità di prevedere categorie di membri con poteri amministrativi diversificati. La formazione progressiva del patrimonio compensa il tendenziale maggiore impegno economico richiesto per la costituzione della persona giuridica [159]. Non trattandosi di società, le fondazioni di partecipazione sono esonerate anche dall'applicazione del TUSP Madia [160].

Oltre che come fondazione di partecipazione di diritto comune, la CER può essere costituita come fondazione di terzo settore o fondazione impresa sociale: queste ultime qualifiche normative, senz'altro compatibili con la disciplina delle CER, scontano vincoli conformativi più stringenti per l'autonomia statutaria ma, per altro verso, assicurano un regime di maggior favore [161].

---

[159] Nelle prime esperienze le associazioni sono state utilizzate soprattutto per costituire CER di piccole e medie dimensioni V. lo studio empirico di EURICSE, *Le comunità energetiche in Italia. Dalla teoria alle pratiche*, Research Report n. 32/2023, p. 10 ss.

[160] Per l'esonero delle fondazioni di partecipazione, qualora partecipate o costituite della PA, dall'applicazione degli artt. 4 e 5 d.lgs. n. 175/2016 cfr. per tutti Corte dei Conti, Deliberazione n. 52/2023/PASP del 18 maggio 2023.

[161] La scelta di costituire una CER come fondazione di terzo settore sconta, per un verso, maggiori limitazioni all'autonomia organizzativa *ex* artt. 23, 24 e 25 d.lgs. n. 117/2017 e patrimoniale *ex* art. 22, comma 4, d.lgs. n. 117/2017, ma, per l'altro, assicura all'ente un regime di maggior favore (ad es. fiscalità agevolata anche per donatari o finanziatori *ex* artt. 80 ss. d.lgs. n. 117/2017, possibilità di emettere titoli di solidarietà *ex* art. 77 d.lgs. 117/2017 e di ricorrere al social *lending* come ulteriore forma di finanziamento *ex* art. 78 d.lgs. n. 117/2017 o alla raccolta fondi *ex* art. 7 d.lgs. n. 117/2017 etc.). Come osservato è

ISSN 2281-3918/2421-2563



La qualifica di impresa sociale, in particolare, si addice maggiormente alle CER multisettoriali, allorché svolgano ulteriori attività di impresa, oltre a quelle *strictu senso* energetiche, garantendo, al contempo, una *governance multistakeholder* [162].

Tuttavia il rinvio selettivo operato dall'art. 5, comma 1, lett. e) d.lgs. n. 117/2017 alle sole attività di "*produzione*" "*accumulo*" e "*condivisione di energia da fonti rinnovabili a fini di autoconsumo, ai sensi del decreto legislativo 8 novembre 2021, n. 199*" limita la possibilità per una CER costituita in forma di fondazione ETS di svolgere l'attività di vendita dell'energia eccedentaria rispetto ai fabbisogni della comunità (attività, quest'ultima, menzionata nell'art. 32, comma 2, lett. a) d.lgs. n. 199/2021 per le CER in generale, ma non richiamata dalle predette disposizioni in tema di ETS). Sebbene non preclusa totalmente, detta attività potrebbe avere soltanto carattere secondario e strumentale ai sensi dell'art. 6 d.gs. n. 117/2017. In altri termini nella fondazione ETS l'energia prodotta in eccedenza dagli impianti (anche di terzi) nella disponibilità della CER, vale a dire non destinata al *prioritario* autoconsumo e alla condivisione dei suoi membri (art. 31, comma 2, lett. b d.lgs. n. 199/2021), potrebbe essere accumulata, ma non venduta sul mercato liberamente, bensì secondo i criteri ed entro i limiti dettati dagli artt. 6 d.lgs. n. 117/2017 e 3 D.M. 19 maggio 2021 n. 107. L'analoga disciplina prevista dall'art. 3, comma 2, lett. c) d.lgs. n. 112/2017 per la impresa sociale, fa sì che anche in una fondazione munita di tale qualifica normativa la vendita dell'energia eccedentaria sia ammissibile solo al ricorrere delle limitate condizioni dettate dall'art. 2, commi 4 e 5, d.lgs. n. 112/2017.

---

inoltre precluso alle PA esercitare poteri di direzione e di coordinamento sugli ets *ex* art. 4, comma 2, d.lgs. n. 117/2017. Inoltre la devoluzione del patrimonio, in caso di scioglimento dell'ente, è regolata dall'art. 9 d.lgs. n. 117/2017; disciplina, quest'ultima, che impedisce di prevedere la retrocessione dei beni conferiti dai fondatori agli enti conferenti in caso di scioglimento dell'ente (specie se si tratti di PA). Su tale ultimo profilo v. A. LAUDONIO, op. cit., 355, nt. 57.

[162] Difatti la disciplina della impresa sociale, che è una *species* del *genus* degli ETS (cfr. art. 4, comma 1, d.lgs. n. 117/2017), si lascia preferire a quella degli altri enti di terzo settore non solo per l'unico regime pubblicitario della iscrizione nel registro delle imprese e per i maggiori vantaggi tributari (art. 18 d.lgs. n. 112/2017), ma anche perché l'impresa sociale può svolgere tutte le attività di impresa (anche diverse da quelle di utilità sociale di cui agli artt. 5, comma 1, e 2 d.lgs. n. 117/2017) a condizione che almeno il 30% dei lavoratori rientri nelle ipotesi di cui all'art. 2, commi 4 e 5, d.lgs. n. 112/2017. Sul punto D. GIURATO, op. ult. cit., 117.

ISSN 2281-3918/2421-2563

JUS CIVILE



FEDERICO IOANNONI FIORE*

LA DELEGAZIONE PASSIVA IN BLOCCO: IL FACTORING INDIRETTO**

BULK DELEGATION OF DEBT: REVERSE FACTORING

Abstract: Il presente contributo è dedicato all'analisi del *factoring* indiretto, strumento negoziale di primaria rilevanza nell'ambito della *Supply Chain Finance* – intesa quale complesso di strategie volte all'ottimizzazione dei flussi finanziari di filiera – e di significativo peso macroeconomico.
Il *factoring* indiretto si configura come l'operazione nella quale un'impresa di grandi dimensioni, dotata di un ampio parco di fornitori (c.d. impresa iniziatrice), conferisce mandato a un intermediario finanziario (*factor*) affinché questi acquisti i crediti vantati dai fornitori nei suoi confronti. Una volta divenuto unico creditore dell'impresa, il factor le concede dilazioni di pagamento e ulteriori vantaggi, disciplinati nel medesimo contratto con cui il mandato viene conferito.
Lo studio ne delinea qualificazione, causa e disciplina, pervenendo a conclusioni che si discostano sensibilmente dall'interpretazione corrente nella prassi mercantile.

Abstract: This article examines reverse factoring, a transaction of primary importance within Supply Chain Finance – understood as the body of strategies through which companies seek to optimise financial flows across the supply chain – and one of significant macroeconomic weight.
Reverse factoring may be described as the transaction in which a large company with an extensive supplier base (the so-called initiating company) confers a mandate on a financial intermediary (the factor) to acquire the credits owed to that company by its suppliers. Once the factor has become the company's sole creditor, it grants the company deferred payment terms and further advantages, governed by the same agreement under which the mandate is conferred.
The article sets out to determine the legal qualification, causa, and applicable rules of this transaction, reaching conclusions that depart significantly from the interpretation prevailing in commercial practice.

SOMMARIO: *1. La* Supply Chain Finance*. – 2. Il* factoring *indiretto. Lineamenti. – 3. Il* factoring *indiretto come mera combinazione di mandato e cessione del credito. Critica. – 4. Il* factoring *indiretto quale delegazione passiva* promittendi*. – 4.1. Sulla struttura della delegazione passiva. – 4.2. Applicazione degli artt. 1268 ss. c.c.: la più adeguata composizione del conflitto di interessi rinvenibile nel* factoring *indiretto. – 5. Corollari applicativi della qualificazione delegatoria. – 5.1. Corollari nel rapporto tra impresa e fornitori. – 5.2. Corollari nel rapporto tra* factor *e impresa. – 5.3. Corollari nel rapporto tra* factor *e fornitori. – 5.4. Vicende della garanzia di solvenza. – 6. La causa: la gestione convenzionale del debito. – 7. Considerazioni conclusive.*

1. La *Supply Chain Finance*

La gestione delle posizioni creditorie rappresenta da sempre, per le imprese, un'attività strategica. Contratti di assicurazione del credito, modificazioni del lato attivo del rapporto obbligatorio, garanzie da parte dei debitori o di terzi sono solo alcuni degli strumenti consolidati a tale fine.

* Dottore di ricerca – Università Luiss Guido Carli.
** Contributo sottoposto a revisione.

ISSN 2281-3918/2421-2563



Viceversa, le posizioni passive – ossia i debiti verso i fornitori – sono state storicamente trascurate. Le imprese hanno sempre vigilato sui crediti, monitorando la situazione patrimoniale dei debitori al fine di scongiurare il rischio di inadempimento; ma non altrettanto sui debiti. Il lato passivo riceveva considerazione, se del caso, nel solo momento di stipula del contratto: allora si negoziavano dilazioni e garanzie, e più in generale si mirava alla disciplina più vantaggiosa. Successivamente, il debito era considerato quale mera obbligazione da onorare, non da governare; e il creditore un soggetto a cui pagare, non da sorvegliare.

L'evento che ha determinato un mutamento di prospettiva è da rinvenirsi nella crisi finanziaria del 2007, a seguito della quale – a causa del fallimento di piccole e medie imprese – si interruppero numerosissime reti di fornitura [1]. Il costo per la sostituzione dei fornitori (creditori) rivelò alle grandi imprese l'importanza di vigilare anche sulle proprie posizioni debitorie e sulle relative controparti.

Si sono sviluppati, così, meccanismi di ottimizzazione del capitale circolante interno alla filiera produttiva. Questo complesso di strategie prende il nome di *Supply Chain Finance*, intesa quale modello di approvvigionamento di risorse da parte delle imprese e di amministrazione dei flussi finanziari in uscita [2].

In tale ambito, uno strumento di primaria rilevanza è rappresentato dal c.d. *reverse factoring*, o *factoring* indiretto [3].

Il *factoring* indiretto si lascia descrivere come l'operazione nella quale un'impresa di grandi dimensioni, e dotata di un ampio parco di fornitori, che chiameremo *impresa iniziatrice* [4], conferisce un mandato ad un intermediario finanziario, un *factor*, affinché questi si renda cessionario dei crediti vantati dai fornitori nei confronti dell'impresa.

Concentrata in capo al *factor* l'intera esposizione debitoria dell'impresa, questi le concede dilazioni di pagamento e ulteriori vantaggi, disciplinati nel medesimo contratto con cui il mandato viene conferito [5].

---

[1] Individuano nella crisi globale del 2007 e nella pandemia da Covid-19 gli eventi che hanno condotto al descritto mutamento di prospettiva A. Moretto e F. Canniato, *Can Supply Chain Finance help mitigate the financial disruption brought by Covid-19?*, in *Journal of Purchasing and Supply Management*, 27, 2021; nello stesso senso P. Romano e P. Danese, *Supply chain management*, Milano, McGraw Hill, 2023, 365 ss.; I. Istuk, *The potential of factoring for improving SME access to finance*, in *Research Handbook on Secured Financing in Commercial Transactions*, a cura di F. Dahan, Edward Elgar, Cheltenham, 2015, 212, 218-221.

[2] Sul concetto di Supply Chain Finance la letteratura economica è molto vasta. V. E. Hoffman, *Supply Chain Finance: some conceptual insights*, in *Logistik Management – Innovative Logistikkonzepte*, a cura di R. Lasch e C.G. Janker, Wiesbaden, 2005, 203-214; E. Camerinelli, *Supply chain finance*, in *Journal of Payments Strategy & Systems*, 2009, 114-128; H.C. Pfohl e M. Gomm, *Supply Chain Finance: Optimizing Financial Flows in Supply Chains*, in *Logistics Research*, 2009, 149-161; M. Gomm, *Supply Chain Finance: Applying Finance Theory to Supply Chain Management to Enhance Finance in Supply Chains*, in *International Journal of Logistics Research and Applications*, 2010, 133-142; D. More e P. Basu, *Challenges of supply chain finance: A detailed study and a hierarchical model based on the experiences of an Indian firm*, in *Business Process Management Journal*, 2013, 624; F. Caniato, M. Henke e G. Zsidisin, *Supply Chain Finance: Historical Foundations, Current Research, Future Developments*, in *Journal of Purchasing and Supply Management*, 2019; F. Querci, *I servizi di Supply Chain Finance per il sostegno alla liquidità delle imprese*, in *Credifact*, 2021. Si veda, inoltre, Global Supply Chain Finance Forum, *Standard Definitions for Techniques of Supply Chain Finance*, 2016, https://iccwbo.org/content/uploads/sites/3/-2017/01/ICC-Standard-Definitions-for-Techniques-of-Supply-Chain-Finance-Global-SCF-Forum-2016.pdf, 48, nonché Commissione europea, *Study on Supply Chain Finance. Executive Summary*, gennaio 2020, https://op.europa.eu/en/publication-detail/-/publication/c1c781c1-5137-11ea-aece-01aa75ed71a1; D. Tavecchia, *Lo stato dell'arte nella terminologia del Supply Chain Finance: driver o ostacolo per lo sviluppo?*, in *The Procurement*, 2018.

[3] Nella letteratura domestica si veda M. Infantino, *Riflessioni comparatistiche sul factoring indiretto: connotati, prassi e regole di un contratto emergente*, in *Diritto del Commercio Internazionale*, 2020, 706; S. Reverso, *Il factoring*, in *Il diritto bancario oggi*, a cura di F. Aratari e G. Romano, Milano, 2023, spec. 486-489.

[4] La nomenclatura è ripresa dal saggio di M. Infantino, op. ult. cit., *passim*, autrice cui si deve riconoscere il merito di aver posto l'attenzione, per la prima (e unica) volta in Italia, sull'operazione oggetto di analisi, e con la quale si è avuta una proficua interlocuzione sulla prassi e sulle regole che governano questa operazione, senza la quale il presente studio non sarebbe stato possibile.

[5] Ideata dagli operatori giuridici anglosassoni nel XIX secolo, l'operazione finanziaria in esame incontra i primi fasti in

ISSN 2281-3918/2421-2563



Per effetto dell'indubbia utilità che il *factoring* indiretto presenta sul piano della gestione della liquidità, il relativo mercato conosce una costante espansione: nella sola Italia registra un *turnover* di circa 24 miliardi di euro annui, e gli operatori di settore preconizzano una crescita del 3% annuo [6].

Nonostante la rilevanza macroeconomica del fenomeno, la letteratura giuridica ha sostanzialmente trascurato questa operazione negoziale, relegandola a mera *sub-specie* del factoring ordinario, dal quale – come vedremo – si distingue profondamente sotto il profilo strutturale e funzionale. Appare sufficiente pensare, a fini introduttivi, che nel *factoring* ordinario vi è un unico creditore che, con scopo di finanziamento o di assicurazione del credito, cede a un intermediario una pluralità di crediti vantati nei confronti di diversi debitori; nel *reverse factoring*, invece, vi è un unico debitore e una pluralità di creditori [7].

La ricostruzione muoverà, dapprima, dalla descrizione dell'operazione economica e del contenuto dei negozi che la compongono (§ 2). In un secondo momento, sarà confutata la tesi secondo la quale essa si presenti quale mera combinazione di mandato e cessione del credito (§ 3). Successivamente, si argomenterà a favore della qualificazione del *factoring* indiretto quale delegazione passiva in blocco di debiti presenti e futuri (§ 4) e se ne trarranno i conseguenti corollari applicativi (§ 5). Infine, si delineerà la causa del *factoring* indiretto (§ 6).

Francia a partire dagli anni Cinquanta, vive la propria maggiore espansione in Spagna sotto la denominazione di *confirming* – dal quale, tuttavia, si differenzia per struttura e finalità, cfr. nt. 14 – e, in seguito alla crisi del debito sovrano del 2008, si diffonde a livello internazionale. Per un'analisi aziendalistica maggiormente incentrata sul *factoring* indiretto R. GRUTER e D.A. WUTTKE, *Option matters: valuing reverse factoring*, in *International Journal of Production Research*, 2017, 6608-6623. La letteratura giuridica straniera ha prestato maggiore attenzione al fenomeno qui in analisi. In Germania si veda J.C. MUÑOZ, *Reverse factoring in Deutschland*, in *Juristische Rundschau*, 2013, 2-7 e bibliografia ivi richiamata. In Francia v. A. BRUNET, *Le marché de l'affacturage inversé se structure*, in *La lettre du Trésorier*, 2016, 11-17 e bibliografia ivi richiamata. La letteratura iberica, per via del maggiore utilizzo del confirming, è la più vasta: M.I. GRIMALDO GARCIA, *El contrato de confirming. Estudio de derecho mercantil*, Granada, 2011; ID., *El contrato de confirming*, in *Revista jurídica de la Región de Murcia*, 2003, 81-128. Precedentemente S. ROLING, *El factoring*, Madrid, 1980, spec. 34, per una ricognizione storica dell'avvento del negozio in analisi.

[6] Il *turnover* (o monte crediti) è il valore complessivo dei crediti ceduti ai *factor* in un determinato periodo; costituisce l'indicatore convenzionalmente impiegato per misurare il volume del mercato del *factoring*. Va tenuto distinto dall'*outstanding*, che è invece lo *stock* dei crediti in essere a una certa data. Secondo i dati dell'Osservatorio del credito commerciale e *factoring* di Assifact, il *turnover* del mercato italiano della *Supply Chain Finance* nel 2024 risulta sostanzialmente invariato rispetto al 2023, anno cui si riferisce il dato nel testo. Le soluzioni di *reverse factoring* rappresenterebbero oltre l'85% di tale mercato. V. ASSIFACT, *Rapporto sul mercato del factoring 2024*, spec. 82. A fine agosto 2024, il *turnover* cumulativo del mercato del *factoring* si attesta a 184,54 miliardi di euro e registra una crescita del +1,39% rispetto allo stesso periodo dell'anno precedente. Le operazioni di *Supply Chain Finance* raggiungono un *turnover* di 18,01 miliardi di euro e registrano un tasso di crescita pari all'1,09% rispetto allo stesso periodo del 2023 secondo i dati Assifact, *Il factoring in cifre – agosto 2024*. Il *reverse factoring* rappresenta un decimo del mercato internazionale del *factoring*, come sottolineato da R. RUOZI, *L'avvenire del factoring*, in *Bancaria*, 2018, 40. Già nel 2021, *Il Sole 24 Ore* stimava il valore degli accordi di *reverse factoring* in Italia in 7,2 miliardi di euro, https://www.econopoly.ilsole24ore.com/2022/11/10/supply-chain-digitalizzazione/.

[7] La difformità delle funzioni perseguite attraverso il ricorso ai due negozi è immediatamente segnalata dall'unico contributo presente nella letteratura italiana avente ad oggetto specificamente il *factoring* indiretto. V. M. INFANTINO, *Riflessioni*, cit., 706. Sul contratto di *factoring* si vedano, *ex multis*, M. LABIANCA, *Factoring*, in *Riv. dir. comm.*, 1979, 138; G. FOSSATI e A. PORRO, *Il factoring: aspetti economici, finanziari e giuridici*, Milano, 1980; G. DE NOVA, *Il leasing e il factoring come strumenti di finanziamento*, in *Riv. crit. dir. priv.*, 1983, 9 ss.; G. ZUDDAS, *Il contratto di factoring*, Jovene, Napoli, 1983, 129; R. RUOZI e B. ROSSIGNOLI, *Manuale del factoring*, Giuffrè, Milano, 1985, 82; A. FRIGNANI, *Factoring*, in *Noviss. Dig. it.*, App., III, 1982, 599; P. PERLINGIERI, *La cessione dei crediti ordinari e "d'impresa"*, Napoli, 1993; N. VISALLI, *I profili giuridici del factoring*, in *Riv. dir. civ.*, 2002, 195 ss.; D.M. Bussani e M. INFANTINO, *Cessione del credito e factoring*, Milano, 2006; R. CLARIZIA, *Il factoring*, Torino, 2006; A. DI AMATO, *Il contratto di factoring*, in *I contratti di impresa*, Milano, 2020; G. RECINTO, *Il contratto di factoring alla luce della giurisprudenza dell'arbitro bancario e finanziario*, in *Arbitro bancario e finanziario*, a cura di G. Conte, Milano, 2021.

ISSN 2281-3918/2421-2563



2. Il *factoring* indiretto. Lineamenti

Sul piano descrittivo, l'operazione di *factoring* indiretto si compone di tre distinti negozi.

Il primo è il contratto tra l'impresa iniziatrice e i propri fornitori. Si tratta di un ordinario contratto di somministrazione, il quale, tuttavia, è sovente affiancato da una pattuizione peculiare: i fornitori si obbligano in via preventiva, nei confronti dell'impresa, a cedere i crediti verso di essa vantati all'intermediario finanziario previamente individuato [8].

Il secondo negozio è il contratto tra l'impresa iniziatrice e il *factor* [9], il quale presenta una duplice natura [10].

Da un lato, l'impresa conferisce un mandato oneroso al *factor*, la cui prestazione consiste nell'acquisto dei crediti dei fornitori coinvolti nell'operazione. Dall'altro, vi è una peculiare modalità di erogazione di finanziamento.

Quanto al primo profilo, la gestione dei debiti è demandata per intero al *factor*, che si obbliga a rendersi cessionario dei crediti vantati verso l'impresa da tutti i fornitori, o da quelli all'uopo selezionati [11]. L'individuazione dei cedenti avviene in via preliminare: impresa e *factor* predispongono un *database* nel quale i fornitori sono classificati secondo parametri eterogenei – quali la dipendenza economica rispetto all'impresa iniziatrice, il merito creditizio espresso da un *rating*, l'anzianità del rapporto – e a seconda della categoria assegnata determinano le condizioni della futura cessione, nonché l'offerta, da parte del *factor*, di servizi finanziari ulteriori [12].

---

[8] Da un punto di vista qualificatorio, l'accordo si presta ad essere ricondotto allo schema del contratto con effetti nei confronti di terzi – il *factor* – e, più precisamente, al contratto preliminare unilaterale a favore di terzo, in quanto sembrerebbero ricorrere gli elementi della figura di cui all'art. 1411 cod. civ.: la costituzione convenzionale di diritti esercitabili da un terzo estraneo al rapporto negoziale nei confronti di uno dei due pattuenti. È altresì rinvenibile l'interesse dello stipulante – l'impresa iniziatrice – all'esercizio del diritto da parte del terzo. Si veda, sul contratto a favore di terzi, G. DONADIO, *Contratto a favore di terzi*, in *Noviss. Dig. it.*, Torino, 1968, 656 ss.; sul contratto preliminare in generale cfr. R. CALVO, *Contratto preliminare*, in *Commentario Schlesinger-Busnelli*, Milano, 2016; A. LUMINOSO, *Il contratto preliminare: sue false applicazioni e regole di circolazione dei diritti*, in *Riv. dir. civ.*, 2016, 929. È stato rilevato come l'imposizione di una siffatta clausola possa costituire una forma di abuso di dipendenza economica ex art. 9 l. subfornitura: M. INFANTINO, *Riflessioni*, cit., 710. Sul tema v. R. NATOLI, *L'abuso di dipendenza economica. Il contratto e il mercato*, Napoli, 2010; G. GITTI e G. VILLA (a cura di), *Il terzo contratto. L'abuso di potere contrattuale nei rapporti tra imprese*, 2008. A parere di chi scrive, in estrema sintesi, tale sussunzione, e la conseguente declaratoria di nullità, potrebbero essere argomentate solo in assenza di benefici compensativi per il fornitore, spesso rinvenibili nelle condizioni di finanziamento favorevoli offertegli dal *factor*: si veda, su tale illecito, M. ORLANDI, *Dominanza relativa e illecito commerciale*, in *Il terzo contratto*, cit., 138 ss.

[9] Si vedano, a titolo esemplificativo, i fogli informativi di MBFACTA S.p.A., società con socio unico MEDIOBANCA S.p.A. https://www.mbfacta.it/sites/default/files/foglio_informativo_reverse.pdf e quello di BPER FACTOR S.p.A., società con socio unico appartenente al Gruppo Bancario BPER Banca S.p.A. https://www.bperfactor.it/assets/front/pdf/trasparenza/fogli-informativi-factoringreverse-factoring.pdf?v=20240108

[10] Cfr., in merito alla menzionata bipartizione, M. R. CADAVAL, *Confirming: el sistema de gestiòn de pagos màs eficaz*, in *Estrategia financiera*, 2000, 42- 55.

[11] Cfr. M.I. GRIMALDO GARCIA, *El contrato*, cit., 84, che denomina la prima macrocategoria quale servizio di gestione dei pagamenti, comprensivo dell'esecuzione degli ordini di pagamento, revisione degli stessi, registrazione della movimentazione, accollo dei costi amministrativi di comprovamento delle spese, raccolta di dati statistici funzionali alle decisioni circa le future spese. Il lavoro amministrativo necessario per eseguire operazioni del genere è piuttosto complesso, motivo per il quale la tecnologia assume ruolo fondamentale nello sviluppo del *reverse factoring* e, più in generale, della *Supply Chain Finance*. Al riguardo v. K. ZHENG, Z. ZHANG E J. GAUTHIER, *Blockchain-based intelligent contract for factoring business in supply chains*, in *Annals of Operations Research*, 2022, 777; N. MOHAMMADZADEH, S. DORRI NOGOORANI E J.L. MUÑOZ-TAPIA, *Decentralized Factoring for Self-Sovereign Identities*, in *Electronics*, 2021, 1467; R. Secchi, *Supply chain management e intelligenza artificiale*, Milano, 2022; S.D. LEKKAKOS e A. SERRANO, *Supply chain finance for small and medium sized enterprises: the case of reverse factoring*, in *International Journal of Physical Distribution & Logistics Management*, 2016, 367-392.

[12] V. *infra* nota 19.

ISSN 2281-3918/2421-2563



Quanto al secondo, le parti convengono che, una volta divenuto cessionario delle posizioni attive, il *factor* pretenda non già l'adempimento delle singole prestazioni originariamente dovute ai fornitori, bensì il pagamento, da parte dell'impresa, di una somma di denaro – calcolata sulla base dell'esborso sostenuto dal *factor* per l'acquisto dei crediti, maggiorata di un *quantum* convenzionalmente pattuito – da eseguirsi in un momento successivo rispetto alle originarie scadenze [13].

Affiora, per questa via, come l'accordo non si esaurisca nella funzione gestoria del mandato, ma presenti altresì una componente di finanziamento, ricorrendone le tre caratteristiche tipiche [14]. In primo luogo, l'*utilitas* in favore dell'impresa iniziatrice, soggetto finanziato, che beneficia di una provvista di liquidità indiretta, data dal mancato versamento del denaro necessario all'estinzione dei debiti di fornitura [15]. In secondo luogo, il periodo di tempo durante il quale godere dell'*utilitas*, rappresentato dalla dilazione, ordinariamente di quattro o sei mesi. Infine, l'obbligo di restituzione del *tantundem eiusdem generis*, ossia la prestazione finale.

Il terzo e ultimo negozio è quello tra i fornitori e il *factor*: una cessione in blocco di crediti presenti e futuri, nelle forme del factoring ordinario, disciplinata dagli artt. 1260 ss. c.c. e dalla legge 21 febbraio 1991, n. 52 [16].

Giova sin d'ora soffermarsi su un aspetto, che assumerà precipuo rilievo nel prosieguo.

Appurata la configurabilità di una causa di finanziamento al rapporto tra *factor* e impresa iniziatrice, ne discende che il *factor* debba conformare la propria attività alle regole prudenziali che vietano la c.d.

---

[13] M. INFANTINO, cit., pp. 702 ss.

[14] Per la tripartizione degli elementi della causa di finanziamento si veda R. CLARIZIA, *La causa di finanziamento*, in *Banca borsa tit. cred.*, 1982, 614. La nozione di "finanziamento", invero, è stata a lungo dibattuta e sono distinguibili due filoni di pensiero antitetici: da una parte, coloro che ritengono finanziamento la sola erogazione di credito indirizzata ad uno scopo; dall'altra, gli Autori che, accedendo ad una più ampia nozione di credito, tendono ad allargare il perimetro applicativo del finanziamento. Si veda, al riguardo, N. CORBO, *Autonomia privata e causa di finanziamento*, Milano, 1990, spec. 63, foriero di una *media sententia* a norma della quale il *discrimen* risiede nella circostanza per cui l'*utilitas* conseguita non debba essere del tutto occasionale.

[15] Per quel che concerne la definizione del termine *utilitas* si veda S. PUGLIATTI, *Beni (teoria generale)*, in *Enc. dir.*, Milano, 1959, spec. 167 s. e ID., *Cosa in senso giuridico (teoria generale)*, in *Enc. dir.*, Milano, 1962, 19 ss., che, nel richiamare il *dominium utile* romanistico, traccia le differenze tra utilità economica – l'arricchimento pecuniario – e utilità giuridica, contenitrice di facoltà e diritti ultronei rispetto al mero sfruttamento patrimoniale del bene. Al fine della sussunzione di un contratto nella categoria dei negozi di finanziamento, si ritiene che debba procacciarsi al finanziato un'utilità in senso giuridico, per come ora definita.

[16] La prassi restituisce una fenomenologia eterogenea dell'operazione, la cui struttura si rivela variabile: muta la disciplina convenzionale dei tre negozi e, in talune ipotesi, il rapporto tra impresa iniziatrice e *factor* presenta peculiarità idonee ad alterare la natura della fattispecie. Le due varianti principali sono il *reverse factoring captive* e il *confirming*. Nel primo, il *factor* è una società controllata dall'impresa debitrice o appartenente al suo medesimo gruppo: sin dagli anni Ottanta vi ricorrevano grandi imprese italiane, tra cui il gruppo Parmalat; v. P. FERRARI, *Il mercato italiano del factoring*, in *Bancaria*, 2003, f. 9, 46 ss.; M. BENVENUTI e M. GALLO, *Perché le imprese ricorrono al factoring? Il caso dell'Italia*, in *Temi di discussione*, n. 518, Banca d'Italia, Roma, 2004, 19. La struttura infragruppo solleva questioni ulteriori: per un verso, di *governance* del *factor*, con applicazione degli artt. 2497 ss. cod. civ. sulla direzione e coordinamento e, ove la società faccia ricorso al mercato del capitale di rischio, della disciplina delle operazioni con parti correlate: art. 2391-bis cod. civ. e Regolamento Consob n. 17221 del 2010; per altro verso, di tutela del fornitore, giacché, ove il *factor* acquisti *pro solvendo*, l'inadempimento – o il fallimento – dell'impresa iniziatrice gli consente di rivalersi sul fornitore, sì che la variante *captive* si rivela espediente per traslare al di fuori del gruppo il rischio di insolvenza di un suo membro. Si aggiunga che essa è stata frequentemente impiegata per opacizzare la situazione economico-finanziaria dell'impresa. Affatto diverso, anche sul piano qualificatorio, è il *confirming*, figura di origine iberica nella quale all'accordo tra impresa e società di *confirming* non segue alcuna pattuizione tra quest'ultima e i fornitori: la società, ricevuto dall'impresa l'elenco delle fatture da liquidare, paga i fornitori senza instaurare con essi alcun rapporto negoziale e si surroga *ipso iure* nei loro diritti. Per questa ragione il *confirming sin recurso* non è riconducibile – a differenza del *reverse factoring* – alla cessione del credito, bensì allo schema del pagamento del terzo con surrogazione legale ex art. 1203, n. 3, cod. civ., corrispondente all'art. 1210.3 del *Código Civil* spagnolo: donde una struttura più lineare e una posizione meno esposta dei fornitori, che ne fanno uno strumento assai meno problematico sul piano giuridico e regolatorio. Sul *confirming* e la sua qualificazione, nella dottrina iberica, per tutti, M.I. Grimaldos García, *El contrato de confirming*, cit., *passim*.

ISSN 2281-3918/2421-2563



concessione abusiva del credito. Pertanto, in presenza di uno stato di crisi conclamato o potenziale dell'impresa, esso è tenuto a interrompere l'esecuzione del contratto di mandato e di finanziamento, e con esso anche del *factoring* ordinario concluso con i fornitori, dato che l'esecuzione di questo rappresenta la concreta modalità di erogazione del finanziamento [17].

Da ultimo, occorre svolgere alcune considerazioni sugli interessi che inducono le parti alla conclusione dei negozi delineati.

Pur presentandosi come operazione scomponibile in diversi contratti, ognuno dei quali dotato di autonoma causa, è possibile osservare come le parti, attraverso il *factoring* indiretto, perseguano uno scopo pratico unitario non realizzabile mediante il ricorso al singolo schema contrattuale [18].

Il fornitore, ad esempio, beneficia non solo di una maggiore certezza nell'incasso del credito, ma anche di servizi aggiuntivi e condizioni di finanziamento favorevoli che il *factor* offre ai partecipanti alle strategie di *supply chain finance*, basando siffatta offerta sul *rating* conferito di concerto con l'impresa iniziatrice [19]. Il *factor*, spesso acquirente del credito a valore nominale, giustifica tale

---

[17] Il legislatore comunitario pone una crescente attenzione sulla corretta amministrazione delle posizioni creditorie, soprattutto in riferimento a banche e intermediari finanziari non bancari, come definiti dall'art. 106 TUB. Queste regole sono volte a garantire che gli istituti bancati abbiano una significativa potenzialità debitoria, sicché possano a loro volta concedere crediti. Tale scopo è perseguito attraverso regole che garantiscano che il patrimonio della banca abbia componenti attive di qualità o, in caso contrario, che la presenza della componente non qualitativa sia controbilanciata dalla sana e prudente gestione. Sovente si discorre di "economia del debito". V. M. MAGGIOLINO, *Appunti sul ruolo delle banche ai tempi del Covid-19*, in *Rivista delle società*, 2020, 527 s.; U. CAPRARA, *Banca (teoria generale economica)*, in *Novissimo Digesto italiano*, Torino, 1964, II, 212 ss. Sovente tale attenzione si traduce in norme che impongono alle banche di concedere credito solo a coloro che presentino una situazione patrimoniale dalla quale si presuma che adempiranno. Questa politica legislativa si fonda sul seguente rilievo: il diritto di credito – seppur sia una obiettiva porzione di ricchezza nel patrimonio del titolare – ha un valore attuale che dipende da un evento futuro e incerto, ossia l'esecuzione. Sicché esso sarebbe «simbolo attuale di una ricchezza soltanto potenziale». Trattasi della differenza tra nozione economica di credito quale bene e sua forma giuridica (rapporto giuridico relativo che necessita della cooperazione debitoria). Su tale aspetto v. M. GIORGIANNI, *Credito e creditore*, in *Novissimo Digesto italiano*, Torino, 1964, 1111. Il virgolettato è di V. CONFORTINI, *Deterioramento del credito e definizione europea di default (profili civilistici)*, *in Europa e diritto privato*, 2022, 665 ss.

In termini pratici, la banca (o, più in generale, il soggetto che conceda credito), è obbligata a non concedere finanziamento a coloro che abbiano un alto rischio di insolvenza e, se dopo la concessione del finanziamento, risulti che il debitore sia in uno stato di crisi, devono interrompere il rapporto. Queste norme sono poste a tutela non solo della banca, ma anche del debitore, dei creditori del debitore e dei terzi. Segnatamente, la concessione abusiva di credito lede: i) gli interessi della banca, che non riceverà il rimborso; ii) quelli del finanziato, in quanto aggrava il dissesto; iii) quelli dei creditori, poiché compromette il patrimonio che assolve per essi all'ufficio della generica garanzia delle loro ragioni; iv) dei terzi che intrattengano relazioni contrattuali con l'impresa iniziatrice poiché ripongono fiducia nell'adempimento, da parte della banca, dei propri doveri prudenziali e ritengono l'impresa iniziatrice un soggetto solvibile e una controparte negoziale meritevole di fiducia. Per un'analisi della responsabilità del finanziatore, da far valere anche nella fase di liquidazione giudiziale del finanziato, si vedano, *ex multis*, S. DELLE MONACHE, *Concessione abusiva di credito e legittimazione del curatore*, in *Il Fallimento*, 2021, 1333 ss.; L. BALESTRA, *Concessione abusiva del credito e legittimazione del curatore: sulla non facile delimitazione perimetrale*, in *Il Fallimento*, 2017, 1158 ss.

[18] Il termine "interesse" è qui utilizzato secondo l'accezione conferita, *ex multis*, da F. SANTORO PASSARELLI, *Dottrine generali del diritto civile*, Napoli, rist. 1985, 69 che ritiene che l'interesse si lasci descrivere quale tensione della volontà del soggetto verso la conservazione o il conseguimento di un bene (o, più in generale, di un'utilità).

[19] Il punto è economicamente rilevante. L'operazione di *factoring* indiretto, nella letteratura aziendalistica, viene considerata quale strategia di miglioramento della solvibilità di tutti i componenti della catena produttiva, poiché il *factor* costruisce le offerte economiche nei confronti dei fornitori non sulla base della loro solvibilità, bensì di quella dell'impresa iniziatrice, di norma soggetto di dimensioni maggiori e merito creditizio più elevato. Il fornitore ottiene così accesso a condizioni di finanziamento parametrate a un merito di credito migliore del proprio, che il mercato non gli riconoscerebbe in via individuale. È in questo trasferimento del rischio dal cedente al debitore-cardine che si coglie la natura *win-win* dell'operazione, celebrata dalla letteratura aziendalistica al punto da indicarla quale «credito di filiera»: lungi dall'avvantaggiare il

ISSN 2281-3918/2421-2563



scelta solo in virtù della partecipazione all'intera operazione, che gli consente di ottenere il corrispettivo da parte dell'impresa e, soprattutto, di ampliare il portafoglio finanziati. L'impresa, infine, non solo si finanzia, ma ha interesse a coinvolgere sistematicamente clienti i propri fornitori, vincolandoli alla cessione in favore del *factor* designato, al fine di ottenere una gestione integrata del proprio debito.

L'individuazione di interessi multilivello impone di superare ogni impostazione riduzionista e di muovere, nella fase ricostruttiva, da un punto che può già essere fermato: alla causa dei singoli negozi si affianca quella della complessiva operazione, il che produce conseguenze tanto sul piano qualificatorio quanto su quello disciplinare (§ 6) [20].

3. Il *factoring* indiretto come mera combinazione di mandato e cessione del credito. Critica

L'ipotesi qualificatoria prevalente vede il *factoring* indiretto quale mera combinazione di mandato, conferito dall'impresa al *factor*, e seguente cessione del credito tra questo e i fornitori [21].

Nella prassi, pertanto, gli operatori tendono a non distinguere, tanto nella fase esecutiva e disciplinare quanto all'emersione di eventuali patologie del rapporto, i contratti di *factoring* conclusi secondo le dinamiche "ordinarie" e quelli perfezionati su impulso del debitore ceduto.

Seguendo questo orientamento, il rapporto tra impresa iniziatrice e *factor* si risolverebbe in un mandato oneroso. Tale mandato sarebbe caratterizzato da talune peculiarità: la natura professionale del mandatario [22] (un *factor*) – con conseguente applicazione del parametro di diligenza rafforzato di cui all'art. 1176 comma 2 c.c. [23] – e la necessaria cooperazione di soggetti terzi (i fornitori, che devono accettare la

solo soggetto finanziato, il *reverse factoring* si atteggia a meccanismo di innalzamento della solvibilità dell'intera catena produttiva. S.D. LEKKAKOS e A. SERRANO, *Supply chain finance*, cit., 367 ss.; G.O. PASADILLA, *Supply Chain Finance*, in *The Intangible Economy: How Services Shape Global Production and Consumption*, a cura di D.K. ELMS, A. HASSANI e P. LOW, Cambridge, 2017, 100 s.

[20] L'esistenza di un collegamento negoziale è tema che verrà approfondito nell'argomentazione dedicata alla sussunzione nelle maglie della delegazione passiva. Basti in questa sede notare come già si palesi l'esistenza dei due requisiti del collegamento: quello soggettivo, ossia la presenza di una finalità ulteriore a quella perseguita dal singolo frammento negoziale, il cui accertamento si risolve in una *quaestio voluntatis*; quello oggettivo, rappresentato da un *quid pluris* funzionale, ossia dalla circostanza per cui tale finalità si sia obiettivizzata nell'operazione economica complessiva, conferendole un valore aggiunto rispetto ai contratti che la compongono. In termini causali, si osserva, la presenza di un collegamento comporta la coesistenza di più cause: quella dei singoli frammenti contrattuali e quella dell'intera operazione economica. V., *ex multis*, M. Giorgianni, *Negozi giuridici collegati*, in *Riv. it. scienze giur.*, 1937, 275 ss.; R. SCOGNAMIGLIO, *Collegamento negoziale*, in *Enc. dir.*, VII, Milano, 1964, 375 ss.; V. BARBA, *La connessione tra i negozi e il collegamento negoziale*, in *Riv. trim. dir. proc. civ.*, 2008, 791 ss.; E. GABRIELLI, *Autonomia privata, collegamento negoziale e struttura formale dell'operazione economica*, in *Giust. civ.*, 2020, 445.

[21] M. Infantino, op. ult. cit., *passim*, che già rileva come questa lettura, dominante nella prassi, non risponda alla reale natura dell'operazione.

[22] Per implementare una strategia di *Supply Chain Finance* come quella in oggetto, l'impresa non potrebbe rivolgersi ad un mandatario qualsiasi, bensì ad un soggetto che soddisfi i requisiti di cui alla l. 21 febbraio 1991, n. 52, poiché solo tale soggetto può concludere contratti di cessione in blocco di crediti anche futuri. Tali requisiti sono: i) la qualità di imprenditore del cedente; ii) che i crediti ceduti siano sorti da contratti stipulati dal cedente nell'esercizio dell'impresa; iii) che il cessionario sia una banca o un intermediario finanziario non bancario di cui al Titolo V t.u.b. V. G. DE NOVA, *L'adeguamento dei contratti di factoring alla nuova normativa*, in *La cessione dei crediti di impresa*, a cura di G. TATARANO, Napoli, 1992, 50; A. Bassi, *Factoring e cessione dei crediti di impresa*, Milano, 1993; G. Cian, *Legge 21 febbraio 1991, n. 52. Disciplina della cessione dei crediti di impresa*, in *Nuove leggi civ. comm.*, 1994, 245.

[23] Proprio in relazione alla valenza professionale del mandatario rispetto alla relativa attività può prodursi addirittura

ISSN 2281-3918/2421-2563



cessione) ai fini dell'esatta esecuzione dell'incarico gestorio, sicché il *factor* potrebbe non incorrere in responsabilità in caso di mancato raggiungimento del risultato da essi determinato [24]. Tuttavia, si tratterebbe pur sempre di un mandato *tout court*.

Il rapporto tra *factor* e fornitori, a sua volta, si presenterebbe quale ordinaria cessione in blocco di crediti presenti e futuri. Anche in riferimento a tale secondo rapporto, non difetterebbero deviazioni rispetto allo schema della cessione più tradizionale: ad esempio, potrebbe argomentarsi che l'impresa iniziatrice, quale debitrice ceduta, abbia prestato il suo consenso alla cessione conferendo il mandato [25]. In semplici parole, sarebbe una cessione con accettazione preventiva da parte del debitore ceduto. Donde l'applicazione degli articoli 1248, 1264 e 1265 c.c. [26].

La tesi brevemente delineata presenta indubbi profili di plausibilità, soprattutto se si guarda al rapporto tra *factor* e fornitori, il cui negozio certamente produce l'effetto traslativo del credito e ricade, *prima facie*, nell'ambito applicativo degli artt. 1260 ss. c.c. [27].

Tuttavia, è possibile rilevare significative discrasie tra il concreto funzionamento del *reverse factoring* e la *ratio* sottesa a talune norme che disciplinano la cessione del credito.

Si pensi, a titolo d'esempio, alle regole sull'opponibilità delle eccezioni, che consentono al debitore ceduto di sollevare al cessionario le medesime eccezioni che avrebbe potuto opporre al cedente. Norma,

---

un'inversione dei ruoli sotto il profilo dei rischi connessi all'affare. La legge, in altri termini, spesso impone che parte dei rischi economici dell'attività sia accollata al mandatario sulla base della sua qualifica professionale. In generale, per un discorso relativo all'ampliamento di responsabilità del mandatario qualificato, si veda A. ANGIULI, *Responsabilità del mandatario per la gestione azionaria*, in *Contratti*, 2000, 911 ss.

[24] La peculiare attività demandata – la conclusione di contratti di cessione del credito – implica che il buon esito esecuzione dell'obbligo dipenda dal consenso dei creditori cedenti a perfezionare tali negozi. È stato rilevato che "il fatto del terzo", quale è quello appena delineato, possa rappresentare una causa di giustificazione dell'eventuale inadempimento, a patto che il gestore (*factor*) riesca a dimostrare di aver posto in essere tutte le attività utili a rimuovere gli ostacoli all'esecuzione dell'obbligo contrattualmente assunto. Pertanto, il *factor* non incorrerebbe in responsabilità per inadempimento quando provi che la trattativa con i fornitori non sia andata a buon fine per via di circostanze che fuoriescono dalla sua sfera di controllo. V. G. DI ROSA, *Il mandato. Artt. 1703-1709*, in *Commentario Schlesinger*, I, Milano, 2012, 6 ss.

[25] La possibilità di accettare preventivamente una cessione del credito riferita al perfezionamento di un atto traslativo programmato ma non ancora eseguito è affermata a più riprese in letteratura. Si vedano P. PERLINGIERI, *Cessione dei crediti, I) Diritto civile*, in *Enc. giur. Treccani*, VI, Roma, 1988, 215 ss.; C.M. BIANCA, *Diritto civile. Le obbligazioni*, Milano, rist. 2005, 605; U. BRECCIA, *Le obbligazioni*, in *Trattato di diritto privato*, a cura di G. IUDICA e P. ZATTI, Milano, 1991, 790 ss.

[26] Ai sensi dell'art. 1248 cod. civ., l'impresa iniziatrice non potrebbe opporre al *factor* eccezioni di compensazione che avrebbe potuto opporre al cedente fornitore. W. BIGIAVI, *Opponibilità delle eccezioni nella cessione accettata*, in *Foro it.*, 1938, 1306 ss., considera la normativa del tutto eccezionale, dettata dal particolare atteggiarsi della compensazione rispetto alle altre cause di estinzione dell'obbligazione; conf. U. STEFINI, *La cessione del credito*, in *Trattato Cicu-Messineo*, Milano, 2020, 199. Pertanto, non se ne potrebbero trarre conclusioni generali: l'accettazione continuerebbe a non impedire al ceduto di sollevare altre eccezioni scaturenti da fatti estintivi o modificativi dell'obbligazione diversi dalla compensazione. Secondo F. PIRAINO, *Cessione del credito e modificazione del lato attivo dell'obbligazione*, in *Contr. impr.*, 2012, 416 ss., la norma si giustifica sulla tutela del cessionario, nei confronti del quale si è ingenerato l'affidamento circa l'acquisto di un credito immune da pesi ed eccezioni. L'Autore osserva come la medesima *ratio* sia rinvenibile nella norma di cui all'art. 1272, comma 3, cod. civ., in tema di eccezione di compensazione sollevabile dall'espromittente verso l'espromissario. Ai sensi degli artt. 1264 e 1265 cod. civ., l'accettazione preventiva renderebbe immediatamente opponibile al ceduto e ai terzi il negozio di cessione.

[27] L'applicabilità *prima facie* è locuzione utilizzata da G. PINO, *Teoria analitica del diritto, I, La norma giuridica*, Pisa, 2016, 137 ss. e ID., *L'applicabilità delle norme giuridiche*, in *Diritto e questioni pubbliche*, 2011, spec. 822 ss., al fine di indicare una situazione nella quale vi sono ragioni *prima facie* per utilizzare una determinata disposizione o norma per regolare un caso. Il passaggio dall'applicabilità *prima facie* a quella conclusiva sarebbe, secondo l'Autore, raffigurabile come la ricerca di un equilibrio riflessivo che termina quando l'interprete ritiene di aver vagliato in maniera soddisfacente tutti i fattori rilevanti.

ISSN 2281-3918/2421-2563



questa, che muove dal presupposto di estraneità del debitore rispetto alla cessione del credito [28], e è volta a tutelarlo proprio per via della sua non partecipazione all'operazione [29].

O, ancora, si pensi alla garanzia di esistenza di cui all'art. 1266 c.c., che muove dall'idea di un cessionario ignaro delle dinamiche genetiche del credito e che rispetto ad esse debba pertanto essere destinatario di garanzie [30].

Questi esempi dimostrano come il legislatore – nel giudizio di valutazione propedeutico alla costruzione delle norme sulla cessione [31] – abbia preso in considerazione una situazione differente rispetto a quella che si lascia osservare nel *factoring* indiretto.

Il debitore-ceduto (l'impresa iniziatrice) non è estraneo al negozio di cessione né compie una mera accettazione preventiva, bensì si rende promotore dell'operazione, conferendo mandato affinché essa si perfezioni. Addirittura, attraverso le pattuizioni con i fornitori prima analizzate fa sì che sia il cedente (i fornitori) che il cessionario (il *factor*) siano obbligati nei suoi confronti a concludere il contratto di cessione [32].

Allo stesso modo il cessionario (*factor*) certamente non necessita delle tutele apprestate dall'ordinamento sulla scorta dell'inesistenza di un previo rapporto con il ceduto, poiché di concerto con quest'ultimo decide i creditori cui formulare l'offerta imponendo le proprie condizioni [33].

Alla luce di quanto osservato, l'ipotesi qualificatoria del mandato seguito dalla cessione del credito deve essere superata per ragioni tanto strutturali quanto funzionali.

Sotto il primo profilo, si abbraccia in questa sede la tesi secondo la quale la cessione del credito presenti struttura necessariamente bilaterale [34], mentre la trilateralità del *factoring* indiretto sarebbe

---

[28] La disciplina della cessione del credito è tutta costruita sul presupposto di estraneità del debitore all'operazione, come sottolineato da U. STEFINI, *La cessione*, cit., spec. 142. Altro esempio è l'art. 1264 cod. civ., considerato una specificazione dell'art. 1189 cod. civ. in tema di pagamento al creditore apparente, che conferisce effetto solutorio al pagamento eseguito nei confronti del cedente da parte del ceduto ignaro della cessione. C.M. BIANCA, *Il debitore e i mutamenti del destinatario del pagamento*, Milano, 1963, spec. 23 ss.; L. BIGLIAZZI GERI, *Osservazioni in tema di buona fede e diligenza nel pagamento al creditore apparente*, in *Riv. trim. dir. proc. civ.*, 1968, 1314 ss.

[29] Seppur è vero che nel *reverse factoring* tale effetto sarebbe escluso dalla valorizzazione dell'attività dell'impresa quale accettazione preventiva, non può sottacersi la differenza tra il contegno negoziale dell'impresa e quello preso in considerazione dai citati articoli 1248, 1264, 1265 c.c., per il quale si rimanda al prosieguo della trattazione.

[30] La centralità dell'idea dell'inesistenza di un previo rapporto tra ceduto e cessionario conduce parte della dottrina a discorrere dell'art. 1266 cod. civ. quale effetto naturale del negozio. Così, *ex multis*, T. MANCINI, *La cessione dei crediti*, in *Trattato di diritto privato*, diretto da P. Rescigno, Torino, 1999, 447; A. ASTONE, *Il trasferimento del credito*, in *Commentario Schlesinger*, Milano, 2014, 287.

[31] La norma, seguendo l'insegnamento di N. IRTI, *Recensione a Mario Giuliano, Norma giuridica, diritto soggettivo ed obbligo giuridico*, in ID., *Norme e fatti. Saggi di teoria generale del diritto*, Milano, 1984, 181 ss., è l'esito di una valutazione. Tale procedimento valutativo, definito processo nomogenetico, conduce all'enunciazione di una regola di composizione del conflitto di interessi immaginato dal legislatore e risolto attraverso la costruzione del giudizio ipotetico «se a, allora b».

[32] La letteratura economica e aziendalistica sul punto è chiara: l'impresa governa ogni fase dell'operazione tanto a livello gestorio quanto a livello giuridico, predisponendo i regolamenti contrattuali con i fornitori e con il *factor* al fine di godere di un pieno controllo sull'*an* e sul *quomodo* dell'implementazione della strategia di Supply chain finance. Si veda M. Infantino, cit., *passim*; M. I. Grimaldo Garcia, cit., *passim*.

[33] Si veda quanto detto in fase descrittiva sulla predisposizione di *database* contenenti informazioni sui fornitori.

[34] Il tema necessiterebbe di ben altro approfondimento, che in questa sede è precluso. Abbracciano la tesi della bilateralità, *ex multis*, E. BETTI, *Teoria generale delle obbligazioni*, III, 2/IV, Milano, 1955, 47 s.; L. BARASSI, *La teoria generale delle obbligazioni*, Milano, 1964, 254 s.; L. CARIOTA FERRARA, *Il negozio giuridico nel diritto privato italiano*, Napoli, s.d., 271 s. La tesi della bilateralità sembra essere dominante nella letteratura precedente all'emanazione del nuovo codice. Cfr. A. RAMELLA, *La vendita nel moderno diritto*, II, Napoli, 1920, 201 ss.; E. PACIFICI-MAZZONI, *Istituzioni di diritto civile italiano*,

ISSN 2281-3918/2421-2563



difficilmente revocabile in dubbio. Vale la pena, poi, rilevare che anche i sostenitori della possibile struttura trilaterale della cessione del credito [35] argomentano l'adesione a tale posizione muovendo da una partecipazione del debitore che si esplica nella rimozione di una causa di incedibilità [36], o nella proposizione di un determinato assetto di interessi [37], mai nella qualità di soggetto promotore dell'operazione [38].

Sotto il profilo funzionale, giova richiamare la distinzione tra applicabilità *prima facie* di una norma e sua applicabilità conclusiva [39].

Firenze, 1921, 414 ss.; R. DE RUGGIERO, *Istituzioni di diritto civile*, Milano-Messina, 1941, 189 s. Considerate più perplesse sono le posizioni di A. GRAZIANI, *La cessione dei crediti*, in *Annali Perugia*, 1930. Anche la giurisprudenza, sulla scorta dell'inesistenza di un interesse debitorio al mutamento del proprio creditore, esclude la trilateralità. Cfr., tra le prime e maggiormente paradigmatiche, Cass. 15 ottobre 1984, n. 5786, in *Mass. Giur. it.*, 1990; Cass. 10 novembre 1992, n. 12091, in *Dir. fall.*, 1993, II, 291. L'orientamento sembra, a tratti, unanime.

[35] Tra i più recenti certamente V. MANNINO, *Cessione del credito e novazione soggettiva del lato attivo*, in *Riv. dir. civ.*, 2008, *passim*; sembrano sostenere ciò anche F. Piraino, *Cessione*, cit., *passim*; P. PERLINGIERI, *Della cessione*, cit., *passim*.

[36] P. PERLINGIERI, *Il diritto dei contratti fra persona e mercato. Problemi del diritto civile*, Napoli, 2003, 6 ss.; Id., *Cessione dei crediti*, cit., *passim*; C.M. BIANCA, *Diritto civile*, cit., 581 ss. Quest'ultimo, tuttavia, sembra sostenere che la natura sia bilaterale, salvo il caso in cui vi sia una partecipazione necessaria del debitore, come appunto nei casi di incedibilità.

[37] V. Mannino, *Cessione*, cit., spec. 712, che richiama P. PERLINGIERI, *Della cessione*, cit. Per la disciplina della cessione trilaterale v. G. FINAZZI, *La cessione del credito*, in *Trattato delle obbligazioni*, diretto da V. GAROFALO e M. TALAMANCA, *La circolazione del credito*, I, *Cessione "factoring" cartolarizzazione*, a cura di R. ALESSI e V. MANNINO, Padova, 2008, 3 ss. Il debitore, pertanto, potrebbe esprimere la propria volontà ad essere parte del trasferimento del credito, come postulato già da D. RUBINO, *La compravendita*, in *Trattato Cicu-Messineo*, 2ª ed., Milano, 1962, spec. 235.

[38] Appare doveroso argomentare, seppur sinteticamente, l'adesione alla tesi della bilateralità. In primo luogo, seppur non sia impedito al debitore di partecipare all'operazione di cessione, quest'ultima si perfeziona a prescindere dal suo consenso per espressa previsione legislativa, sicché l'effetto traslativo del credito consegue al mero incontro della volontà di cedente e cessionario. Questo postulato, invero, non muta neanche in caso di incedibilità legale o convenzionale. La prima ipotesi racchiude norme di carattere eccezionale, il che impedisce di muovere da esse per trarre considerazioni di carattere generale. Nel caso di incedibilità convenzionale, invece, il passaggio del credito perfezionato in deroga a tale incedibilità, pur non potendo prescindere da una partecipazione del debitore, non fa sì che la cessione divenga trilaterale. A ben vedere, l'incedibilità non rileva sul piano dell'efficacia o della validità della cessione, ma solo su quello dell'opponibilità: art. 1260, comma 2, cod. civ. Inoltre, quando il debitore intervenga nell'atto di cessione per rimuovere l'ostacolo dell'incedibilità convenzionale, il suo atto – seppur negoziale – non è segmento del contratto di cessione del credito. Il ceduto, lungi dal partecipare alla cessione, opera una remissione del "debito di non alienare" nei confronti del cedente. Ossia: pur nella medesima contingenza temporale, si è dinanzi a due negozi: quello di cessione, che rimane bilaterale tra cedente e cessionario, e quello di remissione, tra ceduto e cedente, grazie al quale quest'ultimo rimuove l'ostacolo che si frapponeva alla conclusione di una cessione opponibile al debitore. Parzialmente concorde sembra U. STEFINI, *La cessione*, cit., spec. 111, il quale tuttavia discorre di «rinunzia alla particolare tutela di cui all'art. 1260, comma 2, cod. civ.». La differenza rispetto all'ipotesi qui avanzata è che, secondo l'Autore, la rinunzia sarebbe circoscritta alla sola cessione alla quale si riferisce. Così, il debitore rinuncerebbe solo per quello specifico atto di cessione, mentre per i successivi vi sarebbe reviviscenza della tutela. Anche l'Autore, tuttavia, in nota ammette che si possa discorrere di remissione del debito di non alienare, così dipendendo la giusta qualificazione dall'interpretazione del contratto. Interessante è il confronto tra l'Autore, ivi, nt. 338, e P. PERLINGIERI, *Della cessione*, cit., 62 ss., il quale, invece, discorre di integrazione dell'efficacia traslativa della cessione. Stefini afferma che «è strano come proprio la dottrina che, più di ogni altra, ha messo in rilievo il ruolo degli interessi sottesi alla cessione nel determinarne l'aspetto strutturale, ritenga che il ruolo del consenso del debitore sia sempre il medesimo, in entrambi i casi di incedibilità relativa, legale o convenzionale, andando sempre ad integrare l'efficacia traslativa della cessione». E prosegue: «al contrario, proprio una valutazione degli interessi in gioco […] non può che portare, a mio avviso, ad una diversa lettura degli effetti della cessione del credito incedibile, e quindi del consenso del debitore ceduto: nel primo caso [incedibilità legale] non si verifica l'effetto traslativo, salvo che il debitore intervenga a prestare il suo consenso di parte alla cessione, o la autorizzi; nel secondo caso [incedibilità convenzionale], la cessione è comunque efficace, ma il debitore gode della tutela apprestata dall'art. 1260 cod. civ. – inefficacia relativa della cessione – salvo che vi rinunzi».

[39] Oltre agli Autori già citati, si veda G. MANIACI, *Note sulla teoria del bilanciamento di Robert Alexy*, in *Diritto e questioni*

ISSN 2281-3918/2421-2563



In sintesi, l'applicabilità *prima facie* delle norme ricorre quando la fattispecie concreta risulti sussumibile nella fattispecie astratta. Sotto questo profilo, le norme in materia di cessione del credito appaiono, in effetti, *prima facie* applicabili al rapporto intercorrente tra *factor* e fornitori.

Tuttavia, il giudizio di conformità tra fattispecie concreta e astratta non si esaurisce sul mero piano strutturale [40]. Perché una norma – o un complesso di norme – risulti applicabile in via conclusiva non basta che il fatto sia riconducibile alla descrizione astratta della fattispecie: occorre altresì prendere in esame il conflitto di interessi suscitato dal caso e raffrontarlo con quello presupposto e risolto dalla norma [41], sì che la disciplina possa dirsi la più congrua e ragionevole rispetto all'assetto di interessi concreto [42]. Ciò che accade solo quando tutti gli elementi rilevanti del caso trovino nella norma adeguata considerazione [43].

Sotto questa luce, il modello della cessione non appare il più adeguato a governare il conflitto di interessi risultante dal *factoring* indiretto. Proseguendo sulla scorta di considerazioni di teoria generale, le disposizioni di cui agli artt. 1260 ss. c.c. risultano – all'esito della nostra analisi – iperestese. Una fattispecie si dice iperestesa quando abbraccia anche ipotesi che, pur essendo astrattamente sussumibili al suo interno, non rispondono alla sua *ratio* [44].

In merito, richiamando le osservazioni già svolte, emergerebbe così l'elemento di fatto al quale la fattispecie della cessione del credito non attribuisce la dovuta rilevanza: l'iniziativa del debitore e la sua partecipazione (o spinta promotrice) all'operazione. Partecipazione che le norme sulla cessione del credito non prendono in considerazione, o, quantomeno, non considerano nelle modalità peculiari con cui essa si manifesta nell'ambito del *reverse factoring*, determinando una lacuna assiologica [45].

---

pubbliche, 2022, 59, secondo il quale tra i fattori rilevanti occorre sempre valutare se siano venute meno le assunzioni teoriche ed empiriche implicite nella determinazione delle proprietà rilevanti, ossia le condizioni implicite nell'antecedente della regola che stabilisce la priorità tra principi in conflitto.

[40] *Ex multis* P. PERLINGIERI, *Il diritto civile nella legalità costituzionale secondo il sistema italo-europeo delle fonti, I, Metodi e tecniche*, 4° ed., Napoli, 2020,.212 secondo il quale l'interpretazione deve valorizzare il fatto con massima attenzione agli interessi e ai valori che esprime e a tutte le circostanze che lo caratterizzano. La disciplina normativa più adeguata a regolare il caso andrebbe individuata, secondo l'Autore, rifuggendo da rigidi apriorismi.

[41] G. PINO, *Teoria analitica*, cit., 137 ss.

[42] P. PERLINGIERI, *Giustizia secondo Costituzione ed ermeneutica. L'interpretazione adeguatrice*, in ID., *Interpretazione e legalità costituzionale. Antologia per una didattica progredita*, Napoli, 2021, 263, indica la normativa quale risultato di una ricerca del sistema della disciplina più congrua e ragionevole possibile.

[43] Si veda N. IRTI, *Testo e contesto*, Padova, 1996, 23 ss., il quale avverte l'ermeneuta della rilevanza del «contesto situazionale» nel procedimento applicativo. Cfr., altresì, G. PERLINGIERI, *Ragionevolezza e bilanciamento nell'interpretazione recente della Corte costituzionale*, in *Riv. dir. civ.*, 2018, 718, il quale afferma che il fatto è aspetto necessario del ragionamento giuridico, in quanto la legge vive soltanto nel momento della sua applicazione. Il problema costante dell'interpretazione è la determinazione dell'esatta portata della norma di fronte al caso concreto.

[44] Per un'applicazione del concetto di iperestensione della fattispecie v. A. AZARA, *Accettazione beneficiata e azione di riduzione*, in *Dir. succ. fam.*, 2023, spec. 861, il quale esclude che l'onere di accettazione con beneficio di inventario si applichi quando il chiamato all'eredità sia un legittimario al quale non sia devoluto alcun bene, in quanto l'esigenza cui risponde tale onere – la protezione dei donatari e dei legatari estranei – non emerge in questa fattispecie concreta. La definizione qui utilizzata è la stessa elaborata dall'Autore.

[45] Il sintagma lacuna assiologica designa la situazione in cui una data fattispecie è disciplinata da una norma in modo assiologicamente inadeguato, in quanto il legislatore non ha tenuto conto di una distinzione che, invece, avrebbe dovuto considerare. Si suppone, pertanto, che il legislatore abbia deciso in quel modo poiché non ha tenuto conto di tale elemento discretivo, ma, se lo avesse conosciuto, avrebbe dettato una disciplina differente. Si veda M. ORLANDI, *Introduzione alla logica giuridica*, Bologna, 2021, 189; C. E. ALCHOURRÓN e E. BULYGIN, *Introducción a la metodología de las ciencias jurídicas y sociales*, Buenos Aires, 1974, 158. La lacuna assiologica, pertanto, non rappresenta un caso privo di soluzione, bensì un caso con una cattiva soluzione, ovvero privo di una disciplina che tenga conto di tutti i fattori differenziatori.

ISSN 2281-3918/2421-2563



Ne consegue l'inesattezza dell'ipotesi qualificatoria, e la necessità di vagliare diverse soluzioni [46].

4. Il *factoring* indiretto quale delegazione passiva *promittendi*

Si giunge così alla *pars costruens* dello studio: il *factoring* indiretto è ricostruibile come delegazione passiva *promittendi* liberatoria, avente ad oggetto debiti in blocco, sia presenti che futuri.

Al fine di argomentare questa tesi, tuttavia, appare necessario soffermarsi su alcuni aspetti inerenti alla struttura e alla causa della delegazione (§ 4.1), per poi operare il procedimento sussuntivo e la verifica di identità del conflitto di interessi (§ 4.2).

4.1. Sulla struttura della delegazione passiva

La delegazione passiva può descriversi quale figura nella quale il debitore (delegante) conferisce ad un terzo (delegato) l'incarico di pagare – quando ricorra una *delegatio solvendi* – ovvero di obbligarsi a pagare – quando ricorra una *delegatio promittendi* – il creditore (delegatario) [47].

Il fenomeno delegatorio consta dell'esistenza di più rapporti [48], dalla cui scomposizione è possibile isolare: una situazione preesistente data dal rapporto originario [49]; una prima fase costituita dall'incarico [50]; e un'altra rappresentata dal rapporto tra delegato e delegatario.

---

[46] Tra le altre ipotesi considerate, oltre a quella della delegazione passiva che verrà compiutamente argomentata, lo studio ha preso in considerazione in particolare quelle dell'accollo interno ed esterno e quelle di surrogazione. Tutte le ipotesi non hanno superato neanche il vaglio dell'applicabilità *prima facie*.

[47] La letteratura sul tema è sconfinata. Sia consentito limitarsi a richiamare, oltre agli Autori di cui alle note successive, le opere che, più delle altre, sono state oggetto di studio: R. NICOLÒ, *Il negozio delegatorio*, Messina, 1932; M. ANDREOLI, *La delegazione*, Padova, 1937; W. BIGIAVI, *La delegazione*, Padova, 1940; E. BETTI, *Teoria generale delle obbligazioni*, Milano, 1954, 84; P. SCHLESINGER, *Il pagamento al terzo*, Milano, 1961, 79; R. CICALA, *L'adempimento indiretto del debito altrui. Disposizione novativa del credito ed estinzione dell'obbligazione nella teoria del negozio*, Napoli, 1968; P. Rescigno, *Delegazione*, in *Enc. dir.*, II, Milano, 1979, 930 ss.; A. TOMASETTI, *L'assunzione del debito altrui*, Milano, 2001; C.M. Bianca, *Diritto civile*, IV, *L'obbligazione*, Milano, rist. 2005, 622; U. LA PORTA, *L'assunzione del debito altrui*, in *Trattato Cicu-Messineo*, Milano, 2009; B. GRASSO, *Delegazione, espromissione e accollo*, in *Commentario Schlesinger*, Milano, 2011.

[48] Discorre di atti che concorrono a determinare la complessa situazione P. GRECO, *voce Delegazione (diritto civile)*, in *Novissimo digesto italiano*, Torino, 1968., 335; v. U. LA PORTA, *L'assunzione*, cit., il quale enumera quattro fasi: il contratto di mandato, il negozio delegato-delegatario; l'attuazione di tale negozio; la creazione del rapporto in direzione delegante-delegatario quando non preesista l'obbligazione di valuta.

[49] Si veda tuttavia quanto rilevato da B. GRASSO, *Delegazione*, cit., 10, il quale ritiene che la delegazione non necessiti di un rapporto di valuta preesistente, poiché il meccanismo sarebbe utilizzabile dal delegante anche al fine di concedere un finanziamento al delegatario per tramite del delegato. L'Autore aderisce a quanto esposto da R. CICALA, *L'adempimento*, cit., *passim*. *Contra* P. Rescigno, *Delegazione*, cit., 918 ss.; Alb. DONATI, *Causalità e astrattezza nella delegazione*, Padova, 1975, spec. 32 ss.; E. BETTI, *Teoria*, cit., 74, secondo il quale la delegazione va in cerca di un accollo di debito e mira a provocarlo.

[50] Le ricostruzioni teoriche dell'incarico delegatorio sono numerose e articolate. L'adesione all'una o all'altra implica, inevitabilmente, una presa di posizione anche in merito alla struttura della delegazione, questione sulla quale si tornerà *infra*. Parte della discussione ha riguardato la qualificazione dell'incarico in termini di atto unilaterale o bilaterale: tra gli Autori favorevoli alla prima impostazione si veda C. ABATANGELO, *Sulla struttura della delegazione*, in *Riv. dir. civ.*, 2001, 472 ss., la quale, tuttavia, non considera il dato normativo ricavabile dall'art. 1269, comma 3, cod. civ. La dottrina pandettistica, a sua volta, tendeva a ridurre il rapporto tra delegante e delegato alla figura dell'autorizzazione, visione che ha trovato seguito anche in parte della dottrina italiana: R. NICOLÒ, *Il negozio*, cit., 66 ss.; v. altresì E. BETTI, *Teoria generale*, cit., 89 ss. Tuttavia, si è rilevato come la generica figura dell'autorizzazione non possa bastare a qualificare specificamente detto rapporto quando tra

ISSN 2281-3918/2421-2563



L'indagine sulla struttura della delegazione riguarda il coordinamento di tali atti, necessario al fine di conseguire il mutamento del debitore, e in merito al quale si sono sviluppate due scuole di pensiero [51]: la teoria unitaria [52], prevalente in giurisprudenza [53], e quella atomistica, maggioritaria in dottrina e sostenuta in questa sede [54].

Secondo la teoria atomistica, la delegazione passiva non si configurerebbe quale negozio unitario e trilaterale concluso tra delegante, delegato e delegatario, bensì quale operazione negoziale complessa [55], formata da tre rapporti [56].

Vi è il rapporto di valuta, ossia quello sottostante, del quale la delegazione passiva modifica il soggetto debitore. Rapporto di valuta che può essere rappresentato da qualunque rapporto obbligatorio dal quale nasca un diritto di credito.

---

delegante e delegato non vi sia un previo rapporto obbligatorio. In altri termini: se il delegato è già debitore del delegante, un'autorizzazione del secondo verso il primo potrebbe spiegare questa prima fase della delegazione, poiché non sarebbe necessario ricorrere ad una figura idonea a costituire l'obbligo del delegante verso il delegato. In caso contrario, invece, la teoria dell'autorizzazione si mostrerebbe in tutta la sua inadeguatezza. Così W. BIGIAVI, *La delegazione*, cit., 133 ss.; P. GRECO, *Delegazione*, cit., 333. La dottrina più recente, infine, esclude che ci si possa riferire in ogni caso all'autorizzazione, poiché essa esaurisce i propri effetti giuridici nella sfera dell'autorizzante, senza obbligare l'autorizzato a concludere un negozio con il terzo. Inoltre, il contratto di mandato sarebbe necessario a reggere causalmente la delegazione pura, affinché l'atto compiuto dal delegato verso il delegatario possa reggersi sulla propria natura solutoria, senza richiedere ulteriori supporti funzionali: U. LA PORTA, *L'assunzione*, cit., 312.

[51] Il dibattito, secolare, prende le mosse dalla disputa dialettica tra R. Nicolò, *Il negozio*, cit., principale sostenitore della teoria unitaria, e W. BIGIAVI, *La delegazione*, cit., il quale, nella sua opera, muove costantemente dalla tesi di Nicolò per confutarla e argomentare la maggiore correttezza di una lettura atomistica della delegazione.

[52] Si veda N. COVIELLO, *Della successione dei debiti a titolo particolare*, in *Archivio Giuridico*, LVII, 1896, *passim*; R. NICOLÒ, *Il negozio*, cit., *passim*. Posizione meno radicale, ma pur sempre catalogabile quale appartenente al filone unitario, è quella di P. GRECO, *Delegazione e obbligazione nel diritto civile italiano*, Napoli, 1928, il quale rileva che la ricostruzione della delegazione in termini di contratto trilaterale è sovrabbondante rispetto allo scopo pratico del fenomeno, riducibile ad un rapporto indiretto tra delegato e delegatario; M. ANDREOLI, *La delegazione*, cit., 395, il quale esplicitamente discorre di delegazione quale negozio plurilaterale. Più recentemente si vedano E. NAVARETTA, *La causa e le prestazioni isolate*, Milano, 2000, 383 ss., che riconduce lo *iussum* ad una proposta di delegazione, sicché il delegante proporrebbe un negozio avente ad effetto il sorgere di un obbligo e la proiezione dello stesso nella sfera giuridica del delegante e del delegatario nel rapporto con il delegante, così determinando la convergenza di tre volontà su un duplice effetto: il sorgere dell'obbligo e il c.d. conteggio. Si veda altresì, in tal senso, G. GIACOBBE e D. GIACOBBE, *Delegazione, espromissione, accollo*, in *Commentario Scialoja-Branca*, Bologna-Roma, 1992, *passim*.

[53] Cass. 9 ottobre 1958, n. 3178, in *Giust. civ.*, 1958, I, 1832; Cass. 12 marzo 1973, n. 676, in *Mass. Foro it.*, 1973, 189: «la formazione del negozio giuridico di delegazione può essere anche progressiva e non contestuale, senza che ciò faccia venir meno l'unicità del rapporto». Più recentemente Cass. 15 luglio 2011, n. 15691, in *Giust. civ. Mass.*, 2011, 1077, secondo la quale la delegazione ha struttura unitaria ed è composta da un rapporto unico con tre soggetti e due rapporti sottostanti. Secondo la Corte, gli effetti della delegazione sono subordinati al ricorrere di due condizioni: «che il delegante sia creditore del delegato e debitore del delegatario e che il delegato abbia assunto l'obbligo di pagare a quest'ultimo il debito del delegante, mentre la formazione del negozio giuridico di delegazione può essere anche progressiva e non contestuale, senza che ciò faccia venir meno l'unicità del rapporto». Sulla natura gestoria dell'agire del terzo e sulla circostanza per cui l'iniziativa debitoria sarebbe il criterio distintivo tra la fattispecie in esame e quella espromissoria si veda E. BETTI, *Teoria generale*, cit., 87 ss.

[54] Sia consentito in questa sede rinviare al solo W. BIGIAVI, *La delegazione*, cit., *passim*, il primo in ordine cronologico a sostenere la teoria atomistica. In giurisprudenza, si veda Cass. 17 maggio 2000, n. 6387, con nota di C. ABATANGELO, *Sulla struttura*, cit., in cui l'Autrice aderisce a quanto esposto dai giudici di Via Cavour. Con questa sentenza, a dir vero isolata o quasi, la Cassazione fa propria la tesi sostenuta da Bigiavi.

[55] Ancora W. BIGIAVI, *La delegazione*, cit., 378 ss., il quale rinviene nel mandato del delegante al terzo ciò che collega i tre rapporti.

[56] Da ultimo C.M. BIANCA, *Diritto civile*, cit., 635, il quale, tuttavia, ritiene che l'assunzione dell'obbligazione – il terzo rapporto – sia un atto unilaterale del delegato a beneficio del delegatario. Pertanto, secondo la teoria di Bianca, non si potrebbe discorrere di contratto delegatorio. Si vedano, per la tripartizione, E. BETTI, *Teoria generale*, cit., spec. 87 ss.; U. LA PORTA, *L'assunzione*, cit., 312; P. RESCIGNO, *Delegazione*, cit., 918 ss.; B. Grasso, *Delegazione*, cit., *passim*.

ISSN 2281-3918/2421-2563



Una particolarità, che già richiama talune pattuizioni emerse nell'analisi descrittiva, è rappresentata dall'eventuale "patto di assegnazione del nuovo debitore", ossia il patto con cui il creditore si impegna verso il debitore ad accettare l'assunzione dell'obbligazione da parte di un terzo [57], qualificabile quale contratto preliminare unilaterale a favore di terzo [58].

Il secondo è il rapporto di provvista, tra delegante e delegato. Ai fini della qualificazione di un rapporto come rapporto di provvista, è decisivo che esso contenga il c.d. incarico delegatorio, ossia quell'accordo in forza del quale il delegante conferisce mandato al delegato di obbligarsi verso il delegatario, concludendo un accordo dal quale consegua la cessazione delle pretese del delegatario nei confronti del delegante (quantomeno nella delegazione liberatoria, che è quella qui in rilievo). Il rapporto di provvista può poi presentarsi come semplice ovvero complesso, a seconda che si limiti a disciplinare l'incarico delegatorio (il solo mandato) ovvero contenga un regolamento di interessi più ampio, comprensivo del mandato delegatorio, ma non limitato ad esso [59].

Infine, il rapporto delegatorio, tra delegato e delegatario. Esso può assumere forma unilaterale (nella configurazione più ricorrente: promessa del delegato al delegatario) o bilaterale, divenendo contratto

---

[57] L'atto di assegnazione di nuovo debitore è, secondo la ricostruzione tradizionale, l'atto con cui il delegante designa il nuovo debitore. Tale impostazione, fatta propria da parte della dottrina – v., *ex multis*, G. GORLA, *Sull'intervento di un nuovo debitore nel rapporto di debito*, in *Temi*, 1933, 82; nonché G. GIACOBBE e D. GIACOBBE, *Delegazione*, cit., *passim* – vedeva in esso il cuore del procedimento delegatorio, in coerenza con la lettera dell'art. 1268 cod. civ. La letteratura più recente ha però osservato come la delegazione possa perfezionarsi anche in assenza di tale atto: infatti, con l'accettazione della proposta del delegato, il delegatario consente alla modifica soggettiva del rapporto obbligatorio, indipendentemente da un accordo con il debitore originario. Ne consegue che oggi l'assegnazione di nuovo debitore è ritenuta meramente eventuale, e non necessaria alla conclusione della delegazione. Resta da chiarire quale utilità essa rivesta nei casi in cui sia presente. C.M. BIANCA, *Diritto civile. L'obbligazione*, cit., spec. 630 e 635 ss., pur aderendo alla tesi della non necessarietà, sostiene che, ove stipulato, tale patto impegni il delegatario a non rifiutare la proposta del delegato e a non esigere il credito dal delegante se non dopo essersi rivolto al delegato. Va ricordato che Bianca muove da un presupposto differente rispetto a quello qui accolto, giacché considera il rapporto tra delegato e delegatario come promessa unilaterale del primo verso il secondo. Nella prospettiva qui seguita, invece, si aderisce alla tesi della struttura bilaterale, secondo cui delegato e delegatario concludono un vero e proprio contratto delegatorio. Ne consegue che, nella visione di Bianca, l'atto di assegnazione obbligherebbe il delegatario ad accettare la proposta del delegato; secondo la ricostruzione qui accolta, invece, egli si impegnerebbe a stipulare il contratto delegatorio. Vi è infine un ulteriore profilo. Quando la delegazione sia pura rispetto al rapporto di valuta, il rapporto tra delegante e delegatario può svolgere anche la funzione di imputare al rapporto di valuta il pagamento ricevuto dal delegato. Secondo B. GRASSO, *Considerazioni sul c.d. iussum accipiendi nella delegazione di debito*, in *Rassegna di diritto civile*, 1986, *passim*, qualora il contratto delegatorio non faccia riferimento alla valuta, tale atto del debitore originario verso il delegatario diviene necessario per legittimare quest'ultimo a trattenere quanto ricevuto: in questa prospettiva, l'assegnazione servirebbe a individuare la *iusta causa* dell'operazione nella direzione delegante-delegatario e avrebbe struttura unilaterale; *contra*, P. SCHLESINGER, *Il pagamento*, cit., spec. 99, nt. 91, che propende invece per una ricostruzione bilaterale.

[58] Il contratto preliminare unilaterale a favore di terzo è stato ammesso in giurisprudenza a seguito dell'accantonamento dell'idea secondo cui fosse necessaria la simmetria tra il soggetto che negozia con il promittente venditore e colui che abbia diritto all'esecuzione in forma specifica ove sopravvenga la violazione della promessa votata al definitivo. Cfr. per prima Cass., 5 dicembre 1987, n. 9034, in *Pluris Cedam*.

[59] P. SCHLESINGER, *Il pagamento del terzo*, Milano, 1961, 110 ss., osserva che, quando nel rapporto di provvista ricorre un autonomo rapporto causale, esso concorre alla identificazione funzionale del rapporto di provvista stesso, il quale non si esaurirà nel mandato, ma sarà comprensivo del mandato. Quest'ultimo mostrerebbe così tutta la sua utilità all'attuazione della relazione giuridica complessiva tra mandante e mandatario. Conformemente, si è osservato come il mandato possa porsi in relazione di accessorietà con il rapporto di provvista, concorrendo alla sua soddisfazione, il che avviene – a titolo esemplificativo – nell'ipotesi di convenzione di rilascio della cambiale, in cui concorre all'attuazione del rapporto fondamentale tra debitore cambiario e primo prenditore per mezzo del rapporto tra traente e trattario. Si veda in proposito U. LA PORTA, *L'assunzione*, cit., 338. Interessanti anche le riflessioni di G. PELLIZZI, *Compensazione, mandato e conto corrente bancario*, in *Riv. dir. civ.*, 1957, 101 ss., il quale fa ricorso alle regole del mandato per risolvere i problemi di disciplina inerenti al conto corrente di corrispondenza, ritenendo che l'incarico gestorio integri la causa di tale contratto bancario tipico.

ISSN 2281-3918/2421-2563



delegatorio. Perché di contratto delegatorio possa discorrersi, esso deve concludersi all'esito del procedimento descritto dagli artt. 1268 ss. c.c., dunque in esecuzione del mandato delegatorio, e deve produrre l'effetto della venuta meno delle pretese del delegatario verso il delegante [60].

I tre negozi ora descritti, secondo la lettura atomistica della delegazione, risultano tra loro connessi da un collegamento unilaterale [61]: il rapporto delegatorio sarebbe collegato al rapporto di provvista e al rapporto di valuta, sicché ad esso si propagherebbero eventuali patologie dei rapporti sottostanti, ma non sarebbe vero il contrario [62].

Volgiamo lo sguardo alla causa della delegazione passiva.

L'economia di questo contributo non consente un'approfondita confutazione delle teorie che si sono susseguite in ordine alla causa dell'operazione delegatoria [63]. Pertanto, ci si limiterà a spiegare quella che si ritiene maggiormente persuasiva.

---

[60] E. BETTI, *Teoria generale*, cit., 87 ss., ritiene – se mal non si interpreta – che i due presupposti al ricorrere dei quali possa discorrersi di delegazione siano: i) il procedimento, il cui esito è rappresentato dalla conclusione del contratto delegatorio; ii) il mandato. Coerenti con le considerazioni di Betti sono le riflessioni di L. BARASSI, *La teoria*, cit., 261 ss., il quale ritiene che la fase prodromica al negozio di assunzione segni in sé la distinzione tra delegazione ed espromissione. A sostegno di ciò, gli Autori segnalano come l'art. 1272 cod. civ., in tema di espromissione, disegni la fattispecie proprio escludendo che l'espromittente agisca in esecuzione del mandato. Dunque, le differenze disciplinari tra i due istituti sarebbero fondate solo sulla circostanza per cui nella delegazione il delegato agisce *ex mandato*, mentre nell'espromissione agisce in proprio. Sul punto anche R. CICALA, *Delegazione ed espromissione*, in *Rivista di diritto civile*, 1968, 151 ss., che compie una serie di considerazioni inerenti al rapporto tra delegazione ed espromissione. L'Autore, muovendo dal presupposto per cui la differenza tra contratto espromissorio e delegatorio risieda nella presenza del mandato, ritiene che, quando creditore e terzo concludano un contratto delegatorio fondato su un mandato inesistente, non sia possibile la riqualificazione come contratto espromissorio. La conseguenza, pertanto, sarebbe quella di una delegazione invalida. Già G. PACCHIONI, *Delegazione passiva e assegno bancario*, in *Riv. dir. comm.*, 1910, 779 ss., discorreva del perfezionamento del contratto delegatorio quale momento che segna l'esatto adempimento dell'obbligazione del delegato verso il delegante.

[61] Il legame è reso palese già dal primo esercizio dell'autonomia negoziale: lo *iussum* delegatorio. Difatti si è già osservato come W. BIGIAVI, *Delegazione*, cit., 388 individui proprio nel mandato del delegante il collante dell'operazione.

[62] La dipendenza del contratto delegatorio dai rapporti sottostanti è risultato granitico in letteratura. Si veda, *ex multis*, P. GRECO, *voce Delegazione*, cit., spec. 336 ss., il quale rileva che nella delegazione il collegamento opera essenzialmente nel senso della dipendenza del rapporto diretto delegato – delegatario dai due negozi sottostanti, nei quali è riposta la *causa contrahendi* del rapporto diretto. Pertanto, l'autore conclude che una volta che sia nullo o venga annullato uno dei due negozi sottostanti, rimarrà invalidato anche il contratto delegatorio.

Di tale legame si avvede anche il legislatore che, con la regola della c.d. nullità della doppia causa dimostra come il contratto delegatorio, in assenza del rapporto di valuta e/o del rapporto di provvista, sia privo di ragione di esistere ed è dunque destinato alla caducazione. In questo senso C. M. Bianca, op. ult. cit., 648 e nota 67, nella quale si richiama un precedente giurisprudenziale illuminante. V. Cass., 9 ottobre 1958, n. 3178, in *Giustizia civile*, 1958, 1832 la quale afferma che l'obbligazione del delegato trova il proprio fondamento economico nel rapporto di provvista e la legittimazione a prendere del creditore trova il proprio fondamento nel rapporto di valuta. Così, si spiegherebbe la doppia dipendenza del contratto delegatorio (anche puro) dai rapporti sottostanti.

[63] Tra le varie ipotesi: i) la causa della delegazione coinciderebbe con la c.d. *celeritas coniungendarum inter se actionum*, sostenuta da M. ANDREOLI, *La delegazione*, cit., 213, che riprende l'insegnamento romanistico di Celso; ii) la causa sarebbe rinvenibile nella ragione che determina il delegante a volere che un'attribuzione patrimoniale si effettui da parte del delegato in favore del delegatario; iii) la causa sarebbe la soddisfazione dell'interesse creditorio nel rapporto di valuta, sicché la causa della delegazione sarebbe quella dell'obbligazione di valuta. È quest'ultima la tesi abbracciata da R. NICOLÒ, *Il negozio*, cit., *passim*, e ripresa da Alb. DONATI, *Causalità e astrattezza*, cit., spec. 80 ss., secondo il cui insegnamento la causa della delegazione va sempre rinvenuta nell'obbligazione di valuta. Muovendo con ordine, si è osservato che la c.d. *celeritas* sia formula meramente descrittiva, che non indica affatto la ragione economica dell'operazione. Similmente dicasi per la seconda opinione: "la ragione che spinge il delegante a volere che il delegato si obblighi verso il delegatario" è una formula che si svela mera rappresentazione fenomenica di quanto avviene con la delegazione, ben distante dall'individuare un costante assetto di interessi che giustifichi l'esistenza del "tipo delegatorio". Quanto alla tesi di Nicolò, essa si lascia così riassumere: i) l'autorizzazione conferita dal delegante al delegato serve a consentire a quest'ultimo di adempiere verso

ISSN 2281-3918/2421-2563



La delegazione, secondo attenta dottrina, si lascerebbe descrivere quale schema di attribuzione patrimoniale non causalmente autosufficiente, ossia privo di una causa propria [64]. Le norme sulla delegazione, pertanto, dovrebbero applicarsi ogni qualvolta ricorrano le condizioni previste dagli artt. 1268 ss. c.c., ma non descriverebbero un negozio autonomo. Ne segue che ogni fattispecie delegatoria avrebbe una propria causa, da rinvenirsi volta per volta [65].

La considerazione della delegazione quale schema negoziale colloca l'istituto tra le c.d. fattispecie effettuali [66], ossia tra quelle figure che implicano un'integrazione normativa [67]. Quando ci si trovi dinanzi

il delegatario; ii) l'autorizzazione al delegatario rimuove ogni ostacolo giuridico a tale adempimento; iii) il contratto tra le tre parti realizza infine l'attribuzione patrimoniale destinata a soddisfare il credito originario. In definitiva, la funzionalità causale complessiva della delegazione risiederebbe nell'effetto finale che il meccanismo è costruito per produrre: l'estinzione dell'obbligazione di valuta. Anche la correttezza di tali conclusioni può essere revocata in dubbio. È stato osservato che l'art. 1268 cod. civ., nel descrivere il fenomeno delegatorio quale volto all'estinzione dell'obbligazione di valuta, identifica soltanto una delle possibili applicazioni del meccanismo: U. La Porta, *L'assunzione*, cit., 319 ss.; P. Greco, *Delegazione*, cit., spec. 328. La possibilità che la delegazione sia pura o anche titolata alla sola provvista dimostrerebbe che essa possa essere utilizzata anche per ipotesi applicative differenti. A titolo esemplificativo, con essa può realizzarsi un'attribuzione donativa o, ancora, un finanziamento del delegante o del delegatario. Assorbente, poi, sarebbe l'osservazione per cui la delegazione potrebbe addirittura prescindere dalla previa esistenza di un rapporto di valuta (posizione, invero, minoritaria), dacché individuare quest'ultimo come causa del tipo delegatorio si rivelerebbe logicamente inesatto. B. Grasso, *Considerazioni sullo iussum accipiendi*, cit., 157, afferma che l'art. 1268 cod. civ., in effetti, ha esplicitamente previsto l'applicazione più frequente nella prassi: quella in cui la delegazione venga utilizzata al fine di estinguere un debito del delegante con il delegatario. Tuttavia, il codice non avrebbe escluso altre ipotesi che, nel tempo, sono divenute anche prevalenti nella prassi. Lo stesso Autore osserva come la delegazione possa anche prescindere dalla preesistenza di un'obbligazione di valuta: B. Grasso, *Delegazione*, cit., 10, nt. 1, riprendendo l'insegnamento di R. Cicala, *Delegazione ed espromissione*, in *Riv. dir. civ.*, 1968, 113 ss., che esclude che l'assunzione del debito altrui possa essere unica destinazione funzionale possibile del procedimento delegatorio.

[64] P. Rescigno, *Delegazione*, cit., 918 ss., ritiene che la circostanza per cui rapporto di valuta e rapporto di provvista abbiano cause differenti sia ulteriore indice della mancanza di una causa unitaria. U. La Porta, *L'assunzione*, cit., 315 ss.; P. Greco, *Delegazione*, cit., *passim*. In generale, la letteratura cronologicamente più vicina sembra concorde nell'abbracciare tale soluzione al problema della causa della delegazione.

[65] Tale conclusione, invero, non è nuova alla letteratura civilistica, che ha riferito l'idea dello schema negoziale privo di propria causa, ad esempio, alla cessione del credito, ma anche alla remissione del debito, da taluni studiosi considerata a sua volta schema negoziale sprovvisto di causa unitaria. Sulla cessione U. Stefini, *La cessione*, cit., 56. Sulla remissione G.E. Napoli, *Riflessioni sulla causa della remissione del debito*, in *Interessi fondamentali della persona e nuove relazioni di mercato*, a cura di C.M. Bianca, 2012, 465; Id., *Il falso problema della causa della remissione del debito e il perfezionamento dell'estinzione dell'obbligazione*, in *questa rivista*, 2025, 168 ss.

[66] La locuzione "fattispecie effettuale" è stata utilizzata in dottrina per designare una norma – o un complesso di norme – che non introduce un nuovo tipo negoziale, ma disciplina gli effetti di atti, tipici o atipici, che si producono a condizione che siano rispettati determinati requisiti di forma o di contenuto. In altri termini, la fattispecie si definisce effettuale quando non configura un negozio autonomo (fattispecie negoziale), bensì si limita ad attribuire un determinato effetto a negozi di diversa provenienza, purché ricorrano le condizioni previste dalla norma. Discorre esplicitamente di delegazione quale fattispecie effettuale U. Stefini, *La cessione*, cit., 56, ove l'Autore sostiene che tale fenomeno si mostri come «fattispecie effettuale che mira a far pervenire un'attribuzione patrimoniale del delegante al delegatario per mezzo di un altro soggetto incaricato, il delegato: poi che ci siano dei sottostanti rapporti di debito, rispettivamente di valuta e di provvista, e che l'obbligazione – o il pagamento – del delegato mirino ad estinguerli, è il caso paradigmatico preso in considerazione dal legislatore, ma, come detto, le attribuzioni patrimoniali possono anche non essere *solvendi causa*, ma fatte per spirito di liberalità, o per maturare ragioni di credito verso il beneficiario».

[67] Sul concetto di integrazione normativa si rinvia a B. Franceschelli, *Appunti in tema di cessione dei crediti*, Napoli, 1957, 5-6 e soprattutto L. Ambrosini, *Vendita del credito con garanzia di solvenza*, Milano, 2003, 36 ss., i quali spiegano che, quando ricorra uno schema negoziale come la cessione del credito – o, nel nostro caso, la delegazione passiva – la relativa disciplina non sostituisce quella del negozio in analisi, ma vi si aggiunge. Nel caso dell'ultima Autrice, ciò traspare già dal titolo, in quanto una cessione del credito che abbia funzione di scambio è disciplinata dalle norme di cui agli artt. 1490 ss. cod. civ. e 1260 ss. cod. civ., che si applicano poiché l'oggetto particolare di quella vendita è un credito.

ISSN 2281-3918/2421-2563



ad una delegazione, i rapporti di valuta, di provvista e delegatorio non mutano la loro natura e disciplina, continuando ad essere regolati dalle norme del tipo cui appartengono. Tuttavia, poiché formano parte della fattispecie "delegazione", a tali norme si aggiungono – per effetto, appunto, dell'integrazione normativa – quelle di cui agli articoli 1268 ss. c.c.

Chiariamo con un esempio. Si supponga che Tizio e Caio concludano una compravendita e che Caio sia debitore di Tizio per 100 (valuta). Caio conferisce mandato a Sempronio affinché Sempronio si impegni a pagare Tizio (provvista). Sempronio, con promessa unilaterale verso Tizio, assume l'obbligazione originariamente gravante su Caio. Ebbene, in questo schema – potrebbe dirsi il più elementare – i tre negozi considerati, pur componendo una delegazione, restano qualificati come compravendita, mandato e promessa unilaterale, e sono disciplinati dalle rispettive norme. Tuttavia, poiché nel loro insieme integrano una delegazione, la disciplina della compravendita, del mandato e della promessa unilaterale deve essere integrata con le norme di cui agli artt. 1268 ss. c.c.

Proseguendo nell'esempio, il rapporto di valuta, pur rimanendo una compravendita, non sarà più disciplinato dalle sole norme degli artt. 1470 ss. c.c., ma anche da quelle degli artt. 1268 ss. c.c. che, in caso di conflitto, prevarrebbero; e lo stesso dicasi per gli altri due negozi, con conseguenze che verranno compiutamente sviluppate in relazione alla delegazione passiva "*factoring* indiretto".

4.2. Applicazione degli artt. 1268 ss. c.c.: la più adeguata composizione del conflitto di interessi rinvenibile nel *factoring* indiretto

Alla luce dell'analisi descrittiva, in cui sono state delineate le caratteristiche dei tre negozi che compongono il *factoring* indiretto, e di quanto ora fermato in merito alla struttura della delegazione, sembra possibile affermare che l'operazione di factoring indiretto sia sussumibile nella fattispecie della delegazione, corrispondendo le posizioni dell'impresa iniziatrice, del factor e dei fornitori, rispettivamente, a quelle di delegante, delegato e delegatario.

Il contratto di somministrazione sembrerebbe riconducibile al rapporto di valuta con assegnazione di nuovo debitore, quest'ultima rappresentata dalle clausole con cui i fornitori si impegnano ad accettare l'offerta di cessione del credito presentata loro dal *factor*.

Il contratto tra *factor* e impresa è l'atto dal quale deriva il rapporto di provvista, che si configurerebbe quale rapporto di provvista "complesso", in ragione della duplice causa che lo sorregge: da un lato, il mandato, sussumibile nell'incarico delegatorio; dall'altro, il finanziamento, quale mutuo di scopo [68].

[68] Gli elementi connotanti il mutuo di scopo sono essenzialmente due: la previsione della destinazione della somma mutuata al perseguimento di una specifica finalità e l'interesse anche del mutuatario acché il denaro venga impiegato conformemente al programma negoziale. Il rispetto dell'obbligo di destinazione, pertanto, si presenterebbe quale ulteriore prestazione a carico del mutuante. Al mutuatario, d'altra parte, sarebbe riconosciuta la possibilità di avvalersi dei rimedi avverso l'inadempimento qualora il mutuante utilizzasse il denaro per fini differenti. Il rapporto tra *factor* e impresa iniziatrice sembra esibire tali connotati. Quanto alla destinazione delle somme, essa è cristallizzata nell'adempimento dei debiti derivanti dai contratti di fornitura. Tale interesse è condiviso dal *factor*, poiché (come visto) i guadagni dell'intermediario dipendono in gran parte dalla realizzazione del programma di *Supply Chain Finance*, subordinato al raggruppamento delle posizioni debitorie in capo ad esso. Il perseguimento dello scopo tramite l'operazione *de qua* rende il meccanismo ancor più efficace: il mutuante (*factor*) già nell'adempimento della propria prestazione assolverebbe al vincolo di destinazione. Difatti, in luogo di consegnare la somma al mutuatario (impresa), il *factor* si sostituirebbe ad essa nell'estinzione dei debiti di fornitura. La consegna della somma di cose fungibili, come è noto, è elemento costitutivo del mutuo codicistico, ma

ISSN 2281-3918/2421-2563



Esso, inoltre, conterrebbe anche una clausola novativa, in forza della quale, divenuto il *factor* titolare del credito di fornitura, l'obbligazione originaria è sostituita da una diversa prestazione, convenuta a monte tra le parti (si veda il § 5.2).

Il contratto di *factoring* ordinario, infine, costituirebbe il contratto delegatorio. Attraverso l'effetto traslativo del credito dal fornitore al *factor* si produce la liberazione dell'impresa verso il creditore originario.

Concluso positivamente il procedimento sussuntivo, è possibile osservare come sussista altresì una piena coincidenza tra il conflitto di interessi delineato e composto dalle norme sulla delegazione passiva e quello riscontrabile nel *factoring* indiretto.

L'impresa iniziatrice, al pari del delegante-debitore originario, intende sottrarsi alle pretese del proprio creditore originario e ottenere tale risultato mediante la cooperazione del *factor* (delegato) [69].

I fornitori, come ogni delegatario-creditore, hanno interesse affinché la modificazione soggettiva del rapporto obbligatorio non pregiudichi il diritto di credito.

Il *factor*, infine, persegue un interesse che frequentemente si rinviene nella figura del delegato: conseguire un'utilità economica, che nel caso di specie si realizza attraverso gli interessi maturati sulla dilazione concessa all'impresa.

Dall'identità degli interessi discende l'identità del conflitto.

La contrapposizione tra l'obiettivo dell'impresa e quello del fornitore coincide con quello tipico tra delegante e delegatario: da una parte vi è l'interesse a liberarsi mediante la cooperazione di un terzo, dall'altra quello a ricevere la prestazione. Pertanto, codesto conflitto appare suscettibile di essere composto mercé le disposizioni racchiuse negli artt. 1268 ss. c.c.

Il medesimo discorso vale per il conflitto tra impresa e *factor*, i quali concludono un mandato che riproduce le caratteristiche proprie dell'incarico delegatorio, seppur con fisiologiche particolarità.

Infine, il rapporto tra *factor* e fornitori non si esaurisce nella dialettica propria della cessione del credito. Come più volte rilevato, non è ivi rinvenibile un'ordinaria contrapposizione tra cedente e cessionario. Il conflitto è tra cedente e cessionario *che agisce come mandatario del debitore ceduto*, ossia il medesimo conflitto che generalmente connota il rapporto delegatorio.

5. Corollari applicativi della qualificazione delegatoria

Volgiamo ora ai corollari applicativi della qualificazione delegatoria.

Per effetto dell'integrazione normativa, la disciplina del *factoring indiretto* diverge in misura

non del mutuo di scopo, la cui natura è consensuale. Sul tema si vedano, *ex multis*, A. ZIMATORE, *Il mutuo di scopo. Problemi generali*, Padova, 1985; M. RENNA, *Il mutuo di scopo convenzionale: elementi strutturali e funzionali*, in *Contratti*, 2018, 415 ss.

[69] In realtà, l'interesse dell'impresa iniziatrice, come si vedrà nel prosieguo, è più complesso. Essa non intende soltanto liberarsi nei confronti del singolo fornitore, ma verso l'intero gruppo dei propri creditori, al fine di attuare una gestione integrata del debito, con i vantaggi che ne derivano. Per questo, l'incarico delegatorio *de quo* opera non su singole obbligazioni ma su serie continuative di rapporti: è conferito al fine di concludere non una sola operazione delegatoria, bensì tante operazioni quanti sono i fornitori che vengono coinvolti nel meccanismo di *supply chain finance*. Con riferimento alla delegazione, l'interesse del delegante è stato altresì descritto come diretto costantemente alla cooperazione gestoria del delegato. Ciò corrobora maggiormente quanto detto in precedenza circa la riconduzione dell'incarico delegatorio alla figura del mandato.

ISSN 2281-3918/2421-2563



rilevante rispetto all'interpretazione "tradizionale". Si procederà, pertanto, ad analizzare come l'applicazione degli articoli 1268 ss. c.c. incida su ognuno dei tre rapporti.

5.1. Corollari nel rapporto tra impresa e fornitori

In primo luogo, il rapporto di somministrazione continua a seguire le regole proprie del tipo (artt. 1559 ss. c.c., oltre alla legge speciale sulla subfornitura, ove applicabile), alle quali tuttavia si affiancano, in particolare, gli artt. 1274–1276 c.c., che tutelano il delegatario (fornitore) in talune ipotesi di insolvenza del delegato (*factor*).

Specificatamente, al fornitore è riconosciuta la possibilità di riservarsi il diritto di agire contro l'impresa nel caso in cui il *factor* risulti insolvente (art. 1274, comma 1, c.c.) [70]. Inoltre, tale diritto – di rivolgersi nuovamente all'impresa – discende direttamente dalla legge quando il *factor* risulti insolvente sin dall'assunzione dell'obbligazione verso il fornitore (comma 2) [71].

Infine, se l'obbligazione (*rectius*: il contratto [72]) del *factor* verso il fornitore venisse dichiarata nulla o annullata, rivivrebbe ex art. 1276 c.c. l'obbligazione dell'impresa, corredata dalle garanzie da essa prestate (ma non da quelle prestate da terzi) [73].

Si tratta di forme di tutela del fornitore che la precedente qualificazione non apprestava, e che possono unitariamente indicarsi come ipotesi di reviviscenza dell'obbligazione dell'impresa nei confronti del creditore originario [74].

5.2. Corollari nel rapporto tra *factor* e impresa

Il rapporto tra *factor* e impresa, a sua volta, subirebbe mutamenti in entrambe le sue componenti. Quanto al mandato, oltre agli artt. 1703 ss. c.c., troverebbero applicazione gli artt. 1270 ss. c.c.

Al *factor*, pertanto, sarebbe consentito obbligarsi verso i fornitori anche successivamente all'estinzione dell'impresa (art. 1270, comma 2). Quest'ultima, coerentemente con la disciplina generale, potrebbe revocare il mandato, ma entro i confini temporali del primo comma dell'art. 1270 c.c., ossia

---

[70] P. GRECO, *Delegazione*, 345 avverte che tale norma non si applica quando il delegatario fosse consapevole dell'insolvenza al momento della liberazione.

[71] La dottrina (*ex multis* P. GRECO, *Delegazione*, 344), vi rinviene una fideiussione prestata dal delegante sospensivamente condizionata al verificarsi dell'insolvenza del delegato.

[72] La correzione vuole stigmatizzare l'opinabile scelta lessicale operata dal legislatore all'art. 1276 c.c., il quale riferisce l'invalidità al rapporto piuttosto che all'atto.

[73] Deve rilevarsi che, nel caso di specie, l'operazione delegatoria produce benefici anche nei confronti del creditore proprio poiché sostituisce il debitore originario con un altro maggiormente solvente: tendenzialmente, difatti, l'impresa iniziatrice ha un'aspettativa di solvenza inferiore rispetto a quella del *factor*. Tuttavia, ciò non esclude che le eventualità disciplinate dalle norme richiamate possano verificarsi, donde l'utilità pratica della qualificazione giuridica in termini di rapporto di valuta non può essere revocata in dubbio.

[74] In questa categoria dogmatica, la reviviscenza, si inquadrano i casi in cui uno degli elementi del rapporto venga meno certamente o definitivamente, ma ne sia incerta la sussistenza ovvero ne sia possibile il ripristino, sicché il rapporto diventerebbe inoperoso senza estinguersi, per via della possibilità che riprenda vigore. Cfr. F. SANTORO PASSARELLI, *Dottrine generali del diritto civile*, cit., 83. Più recentemente V. PESCATORE, *Reviviscenza, Vicenda di obbligazioni e garanzie*, Torino, 2013.

Si noti che il Bianca (op. e loc. ultt. citt.) considera esatto il richiamo alla reviviscenza solo in caso di annullamento del negozio di assunzione del debito, non quando questo sia nullo, poiché quando ricorre tale ipotesi l'effetto liberatorio deve considerarsi quale mai prodotto.

ISSN 2281-3918/2421-2563



fino a quando il delegato non abbia assunto l'obbligazione o eseguito il pagamento in favore del delegatario [75].

Con riferimento al finanziamento, come anticipato, emergerebbe una vicenda novativa [76].

Conviene procedere per gradi, muovendo da un dato ricavato dalla prassi degli affari: quando *factor* e impresa concordano le modalità di esecuzione del finanziamento, operano una regolamentazione unitaria, ossia riferita all'insieme dei debiti di fornitura [77].

Pertanto, viene previsto sin dall'origine che tutte le obbligazioni di valuta di cui il *factor* sia divenuto titolare in seguito alle cessioni siano sostituite da un'unica obbligazione. L'ammontare di quest'ultima dipende dal numero dei crediti effettivamente ceduti, dal tasso di interesse applicato e dalle ulteriori pattuizioni convenute [78].

Il meccanismo può essere scomposto nei suoi passaggi essenziali.

Impresa e *factor* convengono che quest'ultimo compri i crediti che i fornitori vantano verso la prima. Quando ciò si realizzi, giusto l'effetto traslativo della cessione del credito, l'impresa diviene debitrice del *factor* in forza dell'obbligazione di valuta.

Tuttavia, il medesimo contratto prevede *ex ante* che, una volta perfezionata la cessione, l'obbligazione di valuta venga sostituita da un'altra obbligazione, il cui *quantum* è dato dalla somma di tutte le obbligazioni di valuta in merito alle quali il procedimento delegatorio si sia proficuamente concluso [79].

In linea con quanto precede, il mutuo di scopo in analisi conterrebbe una clausola novativa condizionata al perfezionamento della cessione del credito [80].

Sembrerebbero, difatti, ricorrere entrambi i presupposti descritti dall'art. 1230 c.c.

Quanto all'*aliquid novi*, all'esito dell'analisi descrittiva e ricostruttiva non pare revocabile in dubbio che la prestazione eseguita dall'impresa nei confronti del *factor* abbia causa differente rispetto a quella che avrebbe effettuato in adempimento dell'obbligazione verso i fornitori: la causa di somministrazione

---

[75] Secondo C. M. BIANCA, *Diritto Civile. Le obbligazioni*, 642 tale discrepanza «trova la propria ragione nel sicuro interesse del delegante all'esecuzione dell'incarico, posto che tale esecuzione è finalizzata all'estinzione dell'obbligazione verso il delegatario». Lo stesso autore, dato il carattere eccezionale della deroga, ne limita l'ambito di applicazione al solo procedimento delegatorio. Sottolinea come la differente disciplina della revoca non infici la qualificazione dell'incarico delegatorio come mandato E. BETTI, *Teoria generale*, cit., 97.

[76] Sulla novazione, *ex multis*, si vedano S. PIRAS, *Appunti sulla novazione*, in *Studi sassaresi*, 1948, I, 16 ss.; P. RESCIGNO, *Novazione (diritto civile)*, in *Noviss. Dig. it.*, Torino, 1965; P. PERLINGIERI, *Dei modi di estinzione dell'obbligazione diversi dall'adempimento*, in *Commentario Scialoja-Branca*, 1975, 71 ss.; A. MAGAZZÙ, *Novazione (dir. civ.)*, in *Enc. dir.*, XXVIII, Milano, 1978, 832; L. VILLA, *Novazione*, in *Vita not.*, 1986, 914 ss.; G. BISCONTINI, *Vicenda modificativa, prestazione in luogo dell'adempimento e novazione del rapporto obbligatorio*, in *Rass. dir. civ.*, 1989, 272 ss.; A. ZACCARIA, *Novazione*, in *Dig. disc. priv., sez. civ.*, 1995.

[77] Come rilevato nella fase descrittiva, cui si rinvia, l'obbligo restitutorio è disciplinato unitariamente, e non per "singole cessioni".

[78] Il *quantum* della somma mutuata, difatti, non è determinabile *ex ante*, in quanto dipende dal consenso dei fornitori alla conclusione del contratto di cessione, circostanza che, come precedentemente osservato, incide anche sul giudizio di adempimento del *factor* alle obbligazioni assunte in qualità di mandatario.

[79] Deve ricordarsi, difatti, che con la conclusione del contratto di cessione il *factor* non solo estingue qualunque pretesa del fornitore in merito all'obbligazione di valuta, ma adempie anche alle obbligazioni contratte con il rapporto di provvista, eseguendo il mandato e mutuando la somma di denaro che utilizza al fine di pagare il fornitore. Questa duplice qualificazione è frutto della c.d. concentrazione delle prestazioni (la c.d. *celeritas coniungendarum inter se actionum*).

Pertanto, nel dare esecuzione ai contratti di cessione del credito, il *factor* esegue altresì il contratto di mutuo. Da ciò discende la corrispondenza biunivoca tra *quantum* mutuato e somma degli emolumenti dati dal *factor* ai vari fornitori.

[80] A titolo di completezza, ad essere sospensivamente condizionata non è solo la novazione dell'obbligazione di valuta, ma anche la corresponsione di una parte del finanziamento, poiché in mancanza della conclusione del contratto di cessione non si dà luogo neanche alla messa a disposizione del denaro.

ISSN 2281-3918/2421-2563



che sorregge l'obbligazione di valuta viene sostituita da quella di finanziamento propria del contratto tra impresa e *factor*.

Con riferimento al quesito in merito a quali modifiche dell'obbligazione importino novazione si registra un dibattito secolare [81]. Non potendo qui affrontare siffatta disputa mai sopita, ci si limiti ad osservare come anche i fautori delle tesi maggiormente restrittive ammettono che, quando a mutare sia la causa, l'elemento oggettivo di cui all'art. 1230 c.c. sia certamente soddisfatto [82].

Quanto all'*animus novandi*, la sostituzione dell'obbligazione di valuta con un'altra obbligazione risponde alle esigenze di ambo i contraenti, che attraverso il procedimento novativo riescono a conferire al loro rapporto una regolamentazione unitaria.

Risulta, così, agevole affermare che ricorra quella comune intenzione delle parti – seppur non espressa [83] – volta all'estinzione delle posizioni debitorie costituite con i rapporti di fornitura a favore di un nuovo rapporto di debito-credito onnicomprensivo.

Dal punto di vista della regolamentazione del rapporto, i corollari applicativi sono descritti dagli artt. 1232 e 1234 c.c.: le eventuali garanzie prestate dall'impresa ai fornitori si estinguono e la novazione è senza effetto se non esisteva l'obbligazione originaria o se quest'ultima era annullabile e il debitore non ne era a conoscenza [84].

---

[81] La tesi più risalente considerava soddisfatto il requisito dell'*aliquid novi* anche dinanzi ad una novità riguardante i soli elementi accessori del rapporto obbligatorio. V. A. ELEFANTE, *Novazione (diritto romano)*, in *Noviss. Dig. it.*, Torino, 1965, 425, nonché M. MARTORANA, *La novazione nel diritto civile italiano*, Palermo, 1924, 164, secondo il quale elemento nuovo sufficiente a rendere possibile la novazione non è già necessariamente un mutamento radicale, ma qualsiasi modificazione o aggiunzione anche minima, ivi incluso il cambiamento della data iniziale dell'obbligazione. La tesi oggi maggioritaria (quasi unanime) ritiene invece che la nuova obbligazione debba essere sostanzialmente diversa (P. RESCIGNO, *Novazione*, cit.; C.M. BIANCA, op. ult. cit., 450). Tale tesi sarebbe confermata dal disposto di cui all'art. 1231 cod. civ.; ai sensi di questa norma, difatti, sono state considerate modifiche accessorie che non producono novazione l'apposizione di un onere o di una condizione, la variazione quantitativa della prestazione ecc. Si veda, tuttavia, l'osservazione di P. PERLINGIERI, *Dei modi*, cit., 106, secondo il quale, se il mutamento prodotto dall'apposizione della condizione è tale da incidere qualitativamente sul titolo dell'obbligazione, questa può considerarsi novata. In generale, l'Autore propone una lettura sostanzialistica che non si arresti al mero dato formale e ad automatismi tali per cui la modifica di un elemento formalmente accessorio non possa mai tradursi in novazione. Ciò che rileverebbe, pertanto, sarebbe una diversità nella regolamentazione degli interessi tale per cui non possa discorrersi di identità del rapporto obbligatorio. Coerentemente, si ritiene che nella nozione di oggetto dell'obbligazione ai fini della novazione dovrebbe rientrare non solo la prestazione, ma anche il bene o interesse dedotto in obbligazione. Secondo N. DI PRISCO, *I modi di estinzione delle obbligazioni diversi dall'adempimento*, in *Trattato di diritto privato*, diretto da P. Rescigno, IX, Torino, 1984, 275-276, è necessario «considerare obiettivamente l'entità della modificazione ed accertare se vi sia alterazione dell'entità dell'obbligazione».

[82] Si discorre di novazione causale. Il titolo dell'obbligazione, di cui all'art. 1230 cod. civ., è inteso sia come fonte dell'obbligazione in senso ampio – cioè come fatto generatore dell'obbligazione o come fonte del regolamento delle sue modalità – che come ragione giustificatrice dell'obbligazione. V., nel primo senso, A. MAGAZZÙ, *Novazione*, cit., 811; nel secondo, P. Rescigno, *Novazione*, cit., 436 e O. BUCCISANO, *La novazione oggettiva e i contratti estintivi onerosi*, Milano, 1968, 33.

Nel caso di specie, muta la fonte del regolamento delle modalità di estinzione, nonché la ragione giustificatrice.

[83] È unanime in dottrina e giurisprudenza la non indispensabilità di una formale dichiarazione di volontà, essendo sufficiente che l'intenzione delle parti possa desumersi indirettamente. S. PIRAS, *Appunti*, cit., 34; L. Barassi, *La teoria*, cit., 273, nt. 3; P. RESCIGNO, *Novazione*, cit., 435 s.; O. BUCCISANO, *La novazione oggettiva*, cit., 28 s.; P. PERLINGIERI, *Dei modi*, cit., 76; A. MAGAZZÙ, *Novazione*, cit., 810; U. BRECCIA, *Le obbligazioni*, Milano, 1991, 692; M. CANTILLO, *La novazione*, in *Giurisprudenza sistematica di diritto civile e commerciale. Le obbligazioni*, Milano, 1991, 897 s.; C.M. BIANCA, *Diritto civile*, IV, cit., 447 s.; F. GALGANO, *Diritto civile e commerciale*, II, *Le obbligazioni e i contratti*, Padova, 1993, 93. In giurisprudenza l'orientamento è granitico sin da Cass. 2 giugno 1998, n. 5399, in *Foro it. Mass.*, 1998, 608; Cass. 23 dicembre 1987, n. 9620, in *Foro it. Rep.*, 1987, voce Obbligazioni, n. 24.

[84] Quanto alle garanzie, l'interpretazione che si sta proponendo risulta aderente alla prassi, in quanto il *factor* si preoccupa in prima persona di chiedere garanzie all'impresa iniziatrice indipendenti rispetto a quelle che essa abbia eventualmente prestato ai fornitori, anche in considerazione del superiore ammontare del debito.

Quanto, invece, all'inefficacia della novazione, gli effetti di cui all'art. 1234 c.c., a ben vedere, sono una duplicazione delle

ISSN 2281-3918/2421-2563



5.3. Corollari nel rapporto tra *factor* e fornitori

Infine, quanto al contratto tra *factor* e fornitori, esso continuerebbe ad essere disciplinato dagli artt. 1260 ss. c.c. e dalla legge speciale in materia di *factoring*, integrati dagli artt. 1268 ss. c.c.

I primi corollari risultano, almeno in parte, già delineati: il riferimento è alle ipotesi di reviviscenza dell'obbligazione dell'impresa nei confronti dei fornitori, connesse a talune patologie del negozio in esame. Nondimeno, per apprezzare meglio le conseguenze dell'integrazione normativa, occorre preliminarmente verificare se la delegazione passiva oggetto di analisi debba qualificarsi come pura, titolata alla provvista, titolata alla valuta, ovvero titolata a entrambi i rapporti.

In linea sintetica, la delegazione si qualifica *titolata* quando le parti del contratto delegatorio conferiscono rilevanza a uno dei rapporti sottostanti: titolare alla *valuta* significa consentire al delegato di opporre al delegatario le eccezioni che il delegante avrebbe potuto opporgli in forza del rapporto originario; titolare alla *provvista* significa consentirgli di opporre quelle fondate sul rapporto interno tra delegante e delegato. Sarebbero possibili, poi, doppie titolazioni (alla valuta e alla provvista) ed anche parziali (solo a determinati aspetti dell'una e/o dell'altra) [85].

La dottrina prevalente esclude che la titolazione richieda una dichiarazione espressa: è sufficiente che la volontà di richiamare il rapporto sottostante si desuma dal modo in cui le parti hanno costruito l'operazione, e, in particolare, dalla scelta dei negozi impiegati per dar vita al fenomeno delegatorio [86].

Muovendo dalla titolazione alla valuta, la delegazione passiva "*factoring* indiretto" sembrerebbe sempre titolata alla valuta.

Tale considerazione discende dalle peculiarità del contratto delegatorio scelto da delegato e delegatario.

Procediamo con ordine.

In primo luogo, si rileva come il delegato (*factor*), nel caso di specie, non solo si impegni a soddisfare l'interesse creditorio del delegatario (fornitore), ma addirittura lo faccia proprio [87]. Difatti, la

---

conseguenze del collegamento unilaterale esistente tra il rapporto di *reverse* in senso stretto in quanto rapporto di provvista e contratto di fornitura in quanto rapporto di valuta. Tale aspetto verrà approfondito *infra*.

[85] La titolazione può essere anche parziale, quando le parti conferiscano rilevanza al solo rapporto di provvista, al solo rapporto di valuta, ovvero a specifici elementi dell'uno o dell'altro (così, ad esempio, al solo profilo dell'inadempimento del delegante, e non anche a un termine pattuito a suo favore): sul punto, per l'ampiezza dell'autonomia riconosciuta a delegato e delegatario nel disciplinare le modalità attuative della delegazione, U. LA PORTA, *L'assunzione del debito altrui*, cit., 390 ss. Quanto alla possibilità di una titolazione simultanea a entrambi i rapporti, si registravano opinioni discordanti: contrario P. GRECO, *Delegazione*, cit., 340; possibilista, all'esito di un percorso non lineare, W. BIGIAVI, *Delegazione*, cit., spec. cap. V, che dapprima esclude la doppia titolazione e poi ammette che il contratto delegatorio possa subordinarsi a entrambi i rapporti, riconoscendo che la differenza tra titolazione e subordinazione è meramente terminologica e che, in concreto, le due producono i medesimi effetti. La dottrina più recente, unanimemente, ha risolto positivamente tali dubbi.

[86] Il codice sembra distinguere, in apparenza, tra le due ipotesi: l'art. 1270, comma 2, c.c. richiede un'apposita pattuizione perché il delegato possa opporre le eccezioni fondate sul mandato (provvista), mentre il comma 3 consente di rendere rilevante il rapporto di valuta anche con un semplice «espresso riferimento». È stato tuttavia rilevato come la divergenza terminologica non si traduca in alcuna differenza pratica: non essendo previste forme né per la pattuizione del comma 2 né per il riferimento del comma 3, in entrambi i casi occorre indagare la volontà dei contraenti di richiamare i rapporti sottostanti o di conseguire un effetto di questo tipo. Per primo P. GRECO, *Delegazione*, cit., p. 340, cui la letteratura successiva si è uniformata.

[87] Giova in questa sede ricordare come il trasferimento volontario del credito si sostanzi nella perdita del diritto in capo al cedente e nell'acquisto dello stesso da parte del cessionario. Le due vicende sono interdipendenti e fondate sulla medesima causa giuridica e costituiscono momenti inscindibili dell'atto unitario di cessione. In questo senso S. PUGLIATTI, *Esecuzione forzata e diritto sostanziale*, Milano, 1935, 98 ss. e R. CICALA, *L'adempimento indiretto del debito altrui*, *Disposizione novativa del credito ed estinzione dell'obbligazione nella teoria del negozio*, Napoli, 1968., 47 ss.

ISSN 2281-3918/2421-2563



cessione trasferisce la titolarità del credito di valuta, oggetto del contratto delegatorio, in capo al delegato.

Come già rilevato, la liberazione dell'impresa (delegante) nei confronti dei fornitori (delegatari) non avviene tramite l'immediata estinzione dell'obbligazione di valuta, bensì tramite una duplice vicenda che – seppur cronologicamente contemporanea – è scomponibile da un punto di vista logico: il debito di valuta viene dapprima trasferito in capo a un soggetto diverso dal creditore originario (il factor) [88], e solo a questo punto (seppur contestualmente da un punto di vista temporale) estinto per via del fenomeno novativo disciplinato nel rapporto di provvista [89].

Proprio questa dinamica rende difficile negare che delegato e delegatario operino quell'«espresso richiamo» di cui all'art. 1271 ultimo comma. La scelta della cessione comporterebbe necessariamente un riferimento al rapporto di valuta, poiché ha ad oggetto il credito lì radicato [90], di cui, a norma dell'art. 1266 c.c., si garantisce l'esistenza, così proteggendo il factor rispetto ad eventuali patologie del rapporto nel quale subentra (che è proprio ciò che accade nella titolazione alla valuta).

Alla luce di quanto precede, la titolazione alla valuta non è frutto di una scelta ulteriore delle parti, ma effetto necessario della struttura delegatoria prescelta da delegato e delegatario. Essa non richiede una pattuizione *ad hoc*: oggetto della cessione è il credito di valuta, sicché cederlo implica di per sé il richiamo al rapporto in cui quel credito trova fonte.

Ne segue un primo corollario: il *factor* potrebbe sollevare nei confronti del fornitore tutte le eccezioni che avrebbe potuto sollevare l'impresa iniziatrice (ad esempio, l'inadempimento al contratto di somministrazione), anche al fine di sospendere il proprio obbligo di pagamento del corrispettivo [91].

Quanto alla titolazione alla provvista, invece, non si rinvengono indici altrettanto univoci della volontà di richiamare il rapporto sottostante.

Ciononostante, vi è una particolare pattuizione che trova cittadinanza nel contratto delegatorio toto in esame che, tradotta nel lessico delegatorio, potrebbe qualificarsi come titolazione alla provvista.

Ci si riferisce alla garanzia di solvenza prestata dal fornitore al *factor*.

Occorre scomporre il ragionamento.

Ai sensi dell'art. 4 L. 52/91 il fornitore, salvo patto contrario, garantisce al *factor* la solvenza dell'impresa iniziatrice [92].

---

[88] La situazione giuridica trasferita non muta a seguito della cessione, poiché ciò che identifica la situazione creditoria non è il soggetto, bensì l'oggetto e il titolo. Ciò che viene trasferito al cessionario è il medesimo diritto che esisteva presso il cedente, senza mutamenti sostanziali e con conseguente applicazione al diritto del cessionario di tutte le regole giuridiche e limitazioni che inerivano al diritto del dante causa. Cfr. P. PERLINGIERI, *Della cessione dei crediti*, cit., 3; A. FALZEA, *Ricerche di teoria generale del diritto e di dogmatica giuridica*, Milano, 1997, 150.

[89] La scissione, è bene ribadirlo, è logica ma non cronologica. Difatti, se è possibile distinguere il momento traslativo da quello estintivo in senso ricostruttivo, sotto un profilo temporale i due effetti sono contemporanei, giacché – come visto – non appena il *factor* diviene titolare dell'obbligazione di valuta, quest'ultima è sostituita dalla diversa obbligazione prevista nel contratto di finanziamento.

[90] Come visto in precedenza, la titolazione alla valuta richiede un espresso richiamo secondo la normativa codicistica. Tuttavia, è stato osservato come – dato il silenzio della legge in merito alle forme attraverso le quali operare tale richiamo – sia sempre l'interprete a dover comprendere se fosse o meno intenzione delle parti rendere opponibili le eccezioni relative al rapporto originario. Tale intenzione può essere desunta dal testo contrattuale ed anche dal complessivo regolamento di interessi. Sicché, si può concludere che la titolazione fosse voluta anche muovendo dalla peculiare struttura conferita al contratto delegatorio.

[91] Sui presupposti applicativi dell'eccezione di inadempimento e sul tema in generale si rinvia, *ex multis*, a A. M. BENEDETTI, *Le autodifese contrattuali*, in *Commentario Schlesinger*, Milano, 2011, 5 ss.

[92] L'art. 4 è foriero di un'inversione dello schema regola-eccezione adottato dall'art. 1267 c.c., il quale prevede che la

ISSN 2281-3918/2421-2563



Non potendo in questa sede approfondirsi il dibattito relativo alla natura e alla funzione della garanzia di solvenza [93], ci si limiterà a rilevare che, ove tale garanzia sia prestata, il fornitore assume su di sé il rischio del mancato pagamento da parte dell'impresa-delegante. Se questa risulti inadempiente [94], il *factor* può rivalersi sul fornitore per la restituzione del corrispettivo percepito, oltre ad interessi, spese e danni; ovvero, qualora il prezzo di cessione non sia stato ancora versato, può paralizzare la pretesa del fornitore eccependo l'insolvenza dell'impresa [95].

Trasposta nelle categorie proprie della delegazione, il fenomeno si lascia descrivere nei seguenti termini: il pagamento dovuto dall'impresa al *factor* rappresenta l'adempimento del delegante nel rapporto di provvista [96].

---

garanzia di solvenza sia prestata solo quando espressamente previsto dalle parti, sicché in assenza di dichiarazioni a tal proposito la cessione si considera *pro soluto*.

[93] Sulla natura della garanzia di solvenza si registrano posizioni variegate. Tuttavia, sia permesso in questa sede rammentare quanto sostenuto da B. FRANCESCHELLI, *Appunti*, cit., 77, il quale avverte l'interprete che la riconduzione della garanzia di solvenza all'una o all'altra figura rischia di risultare completamente inutile, poiché il legislatore già disciplina gli effetti di tale garanzia esaustivamente, il che rende ogni sforzo qualificatorio privo di utilità pratica. In realtà, è stato osservato che, seppur sia giusto evitare artifizi speculativi, l'applicazione pratica dell'istituto ha dimostrato come siano numerosi gli aspetti dubbi (L. AMBROSINI, *Vendita*, cit., 103), giustificando l'attenzione che la dottrina gli ha dedicato. M. GIORGIANNI, *L'inadempimento. Corso di diritto civile*, Milano, 1975, 72, accostava la garanzia in questione alla fideiussione, il che permetteva di estendere alla cessione del credito cui si garantiva la solvenza la normativa sul beneficio di escussione. C.M. BIANCA, *Diritto civile*, cit., 610, invece, afferma che la garanzia di solvenza ha natura assicurativa, poiché è diretta a tutelare il cessionario contro il rischio di un evento dannoso non imputabile alle parti. Vi sono poi correnti di pensiero che considerano l'art. 1267 cod. civ. quale particolare applicazione delle garanzie della vendita. Alcune, più risalenti, prediligendo l'assimilazione alla garanzia per evizione (contestata da B. FRANCESCHELLI, *Appunti*, cit., 83 e V. PANUCCIO, *La cessione volontaria dei crediti nella teoria del trasferimento*, Milano, 1955, 192). Altre, più recenti, rilevando che si tratti di garanzia per vizi. Convenendo con tale ultima teoria (sostenuta da L. AMBROSINI, *Vendita*, cit., *passim*, e ritenuta «la più fondata» anche da B. FRANCESCHELLI, *Appunti*, cit., 83), l'insolvenza del ceduto si presenterebbe quale vizio del bene credito e il cedente non dovrebbe considerarsi garante, bensì responsabile della solvenza del debitore in quanto prestazione da lui assunta. Sicché un'eventuale insolvenza sarebbe un'inesattezza dell'impegno traslativo, con conseguente responsabilità ex art. 1218 cod. civ. e meccanismo risolutivo ex artt. 1490 e 1453 cod. civ.

[94] Anche in merito al significato da conferire all'insolvenza si registrano posizioni contrastanti. Giova prendere le mosse dalle osservazioni di R. PROVINCIALI, *Insolvenza*, in *Enc. dir.*, XXV, Milano, 1971, spec. 781 ss., il quale distingue insolvenza e insolvibilità, indicando con il primo termine soltanto un comportamento omissivo (il non pagare) e con il secondo la posizione di colui che è impossibilitato a pagare. Sicché, per comprendere se vi sia insolvibilità sarebbe necessaria una valutazione in ordine alla capacità del patrimonio di soddisfare l'obbligazione. Applica tali risultati anche G. BISCONTINI, *Solidarietà fideiussoria e decadenza*, Camerino-Napoli, 1980, 124, il quale afferma che la disciplina fallimentare, quando utilizza il termine "insolvenza", lo fa in senso tecnico, non riferendosi all'insolvibilità nel significato prima indicato. Secondo A. AMATUCCI, *Temporanea difficoltà e insolvenza*, Napoli, 1979, 87 ss., il legislatore codicistico, invece, utilizzerebbe il termine per indicare l'insolvibilità, *ergo* lo stato di incapienza patrimoniale tale da rendere impossibile la realizzazione diretta o indiretta del credito. Con specifico riferimento alla garanzia di solvenza P. PERLINGIERI, *Della cessione*, cit., 284-285, ritiene che essa operi non già quando il ceduto sia semplicemente inadempiente, ma quando le condizioni di quest'ultimo rendano chiara la sua impossibilità attuale o futura di adempiere. In merito L. AMBROSINI, *Vendita*, cit., spec. 52 ss., afferma che il risultato dovuto in una cessione di credito con garanzia di cui all'art. 1267 cod. civ. si sostanzia nell'attuazione del programma contrattuale voluto dai contraenti, che ha come oggetto un credito che si assume essere "di sicuro incasso", a prescindere da valutazioni oggettive inerenti al patrimonio del debitore.

[95] Seguendo l'impostazione di L. AMBROSINI, *Vendita*, *passim*, l'inadempimento del debitore in costanza di garanzia di solvenza equivale a inadempimento del cedente. Sicché il cessionario potrebbe giovarsi di tutti rimedi che l'ordinamento appresta in caso di inadempimento, ivi compresa l'eccezione di cui all'art. 1460 c.c.

[96] Il regolamento contrattuale tra *factor* e impresa iniziatrice prevede che la somma corrisposta dal *factor* al fornitore sia somma mutuata. Pertanto, l'adempimento al debito verso il *factor* cessionario non rileva solo come atto estintivo di quell'obbligazione, ma anche come obbligazione restitutoria del *tantundem* nel contratto di mutuo di scopo. Così, si svela come l'inadempimento dell'impresa verso il *factor* cessionario sia in primo luogo inadempimento alle obbligazioni contratte con il rapporto di provvista.

ISSN 2281-3918/2421-2563



Qui non si tratta di operare una indebita commistione tra istituti dalla natura e dalla funzione differente, ma di rilevare che, nel caso di specie, producono effetti praticamente identici.

Utilizzando il lessico della cessione, infatti, la garanzia di solvenza assicura al cessionario (*factor*) che il ceduto (impresa) adempirà alle proprie obbligazioni nei suoi confronti, e consente, in difetto, di far valere l'inadempimento verso il cedente (fornitore).

Utilizzando il lessico della delegazione, coerentemente, la titolazione alla provvista assicura al delegato (*factor*) che il delegante (impresa) adempirà alle proprie obbligazioni nei suoi confronti, e consente, in difetto, di far valere l'inadempimento verso il delegatario (fornitore).

Pur tenendo ferme le differenze strutturali tra i due istituti e la relativa disciplina, dalle similitudini funzionali ora osservate consegue che la garanzia di solvenza possa essere letta quale sintomo della volontà delle parti di titolare il contratto delegatorio al rapporto di provvista, o, quantomeno, di titolarlo ad uno specifico aspetto dello stesso. Si tratterebbe di una titolazione parziale, limitata all'eventuale inadempimento del delegante nei confronti del delegatario e governata dall'art. 1267 c.c.

Vediamo, ora, quali sono gli effetti.

5.4. Vicende della garanzia di solvenza

Volgendo l'attenzione ai corollari della titolazione, si deve avvertire che la diversa qualificazione non altera in modo sostanziale la disciplina applicabile. Si è appena rilevato che, nel caso di specie, gli effetti della garanzia di solvenza e della titolazione alla provvista sono affini: la ricostruzione qui proposta non comporta, sul piano generale, un mutamento di regime.

Tuttavia, l'unitarietà dell'operazione – o, più precisamente, la valorizzazione del fatto che quella tra fornitori e *factor* non sia una semplice cessione del credito, bensì una cessione conclusa su mandato del ceduto, dunque un contratto delegatorio – assume rilievo decisivo nella tutela del fornitore, proprio in relazione alla garanzia di solvenza.

Ci si riferisce al comma 2 dell'art. 1267 c.c., che postula la "cessazione" della garanzia in favore del cessionario (nel nostro caso: il *factor*) quando l'insolvenza sia dipesa da sua negligenza nell'avvio o prosecuzione delle istanze contro il ceduto.

Al fine di comprendere il ragionamento che si sta sviluppando, occorre ricordare un punto che si era fermato nelle prime pagine del presente studio.

Il contratto concluso con i fornitori, per il *factor*, non rappresenta soltanto l'acquisto di un credito, ma anche l'esecuzione del mandato conferito dall'impresa e, soprattutto, la concreta modalità tramite la quale viene erogato il finanziamento a quest'ultima [97].

Si è altresì detto che, in quanto finanziatore soggetto a regole prudenziali, il *factor* debba valutare il merito creditizio dell'impresa e monitorarne la salute finanziaria, interrompendo l'esecuzione del contratto quando la stessa versi uno stato di crisi potenziale o conclamata. *Breviter*: non deve concedere o continuare a concedere abusivamente credito [98].

---

[97] Si veda *supra*, § 2.

[98] Sul tema, doveroso è il rimando ad una dottrina pionieristica degli anni Settanta che rilevò il disinteresse dell'ordinamento italiano sul tema, auspicando l'affermazione della responsabilità della banca in ipotesi come quelle qui contemplate: cfr. A. NIGRO, *La responsabilità della banca per concessione "abusiva" di credito*, in *Le operazioni bancarie*, a cura di G.B. PORTALE, I, Milano, 1978, 301 ss. *Contra* C. CASTRONOVO, *Diritto privato generale e diritti secondi. La responsabilità civile dell'impresa*

ISSN 2281-3918/2421-2563



Ora, l'art. 1267 comma 2 c.c. è stato variamente interpretato: quale meccanismo estintivo [99], decadenza del diritto [100], condizione risolutiva di fonte legale [101]. Conseguentemente, il comportamento dovuto dal cessionario al fine di evitare il prodursi dell'effetto pregiudizievole della perdita della garanzia è stato letto in termini di onere, obbligo ovvero specificazione del principio di buona fede nell'esecuzione [102]. Ai fini che qui interessano, occorre rilevare come la dottrina che si ritiene maggiormente persuasiva sostenga che la negligenza di cui discorre il legislatore si concretizzi non solo nelle ipotesi espressamente previste dalla norma (il non avvio o la non prosecuzione delle istanze), ma in ogni caso in cui la mancata realizzazione del programma contrattuale sia imputabile al cessionario stesso [103].

Sotto questa luce, quando il *factor* eserciti la garanzia di solvenza, il fornitore potrebbe eccepire – ricorrendone i presupposti fattuali – che l'insolvenza dell'impresa sia stata da questo causata, in quanto ha concesso (o continuato a concedere) credito ad una società decotta, cagionando così danno non solo a sé stesso, ma anche ai fornitori (creditori dell'impresa) e alla finanziata stessa [104]. E, soprattutto, ai fini

---

bancaria, in *Funzione, rischio bancario e responsabilità della banca*, a cura di S. MACCARONE e A. NIGRO, Milano, 1981, 275 ss. Si vedano, poi, *ex multis*, P. PISCITELLO, *Concessione abusiva del credito e patrimonio dell'imprenditore*, in *Riv. dir. civ.*, 2010, I, 655 ss.; A. VISCUSI, *Profili di responsabilità della banca nella concessione del credito*, Milano, 2004; F. DI MARZIO, *L'abuso nella concessione del credito*, in *Contr. impr.*, 2015, II, 314 ss.

[99] In particolare, P. PERLINGIERI, *Della cessione dei crediti*, cit., 285 ss.

[100] Questa la posizione di V. PANUCCIO, *La cessione volontaria die crediti nella teoria del trasferimento*, cit., 196.

[101] T. MANCINI, *La cessione dei crediti*, cit., 479 che interpreta la negligenza del cessionario quale evento dedotto in una condizione risolutiva direttamente dal legislatore.

[102] D. Dolmetta, voce *Cessione dei crediti*, in *Dig. disc. priv. – sez. civ*., II, Torino 1988, 328, afferma che la negligenza dell'acquirente nella gestione del credito acquistato è comportamento contrario alla buona fede da cui il legislatore fa discendere la cessazione della garanzia; C.M. Bianca, cit., cit., 600, discorre di onere; V. PANUCCIO, *La cessione volontaria*, cit., 194, propende per la generale qualificazione in termini di obbligo.

[103] L'interpretazione estensiva dell'art. 1267, comma 2, cod. civ., sulla base della quale è possibile affermare la cessazione della garanzia anche in ipotesi ulteriori rispetto a quelle ivi indicate, sembra assunto ricorrente in letteratura. G. BISCONTINI, *Solidarietà fideiussoria*, cit., 167 ss., rileva come il termine istanze non debba essere inteso in senso tecnico, dovendosi riferire ad ogni atto di parte diretto ad ottenere l'adempimento. P. PERLINGIERI, *Della cessione*, cit., 289 ss., muove dal medesimo presupposto per escludere che il cessionario debba agire per il recupero del credito quando il debitore sia notoriamente insolvente, così ammettendo che la disposizione *de qua* non impone al nuovo creditore di avviare le procedure esecutive, bensì di porre in essere tutti i comportamenti necessari alla realizzazione del programma contrattuale (quando utili). L. AMBROSINI, *Vendita*, cit., *passim*, discorrendo di "esclusione dell'inadempimento", giunge a conclusioni conformi a quelle di cui nel testo.

[104] È stato acutamente osservato che la valutazione del merito creditizio dev'essere compiuta dal finanziatore (sia esso banca o intermediario ex art. 106 t.u.b.) non solo a tutela del suo patrimonio, ma anche a protezione dell'interesse del finanziato stesso e dei terzi. Rinviene nell'interesse comunitario acché il mercato sia concorrenziale la *ratio* della disciplina F. DI MARZIO, *Concessione abusiva del credito (dir. priv.)*, in *Enc. dir.*, Annali, VI, Milano, 2013, 178 ss. Conformemente v. E.M. INCUTTI, *La concessione abusiva del credito*, in *Riv. dir. impr.*, 2022, spec. 222, secondo il quale «il corretto funzionamento del mercato impone, infatti, che l'accesso al credito sia limitato alle sole imprese efficienti e produttive, escludendo quelle che sopravvivono grazie a finanziamenti non ricollegati al loro effettivo merito imprenditoriale al fine di evitare effetti distorsivi sulla concorrenza». Si veda altresì M. GALLETTI, *La responsabilità civile della banca per la concessione abusiva del credito nella teorica dell'illecito civile*, in *Nuove leggi civ. comm.*, 2001, 1453 ss., il quale riconduce la concessione abusiva di credito nell'alveo dell'*apparentia iuris*, rilevando come tale contegno da parte della banca produca nei terzi il legittimo affidamento circa la solvibilità del soggetto finanziato. Pertanto, egli ritiene che le norme prudenziali abbiano quale obiettivo non solo quello di tutelare il patrimonio della banca, ma anche di imporre alla banca di non ingenerare tale affidamento nei consociati che si trovino a concludere operazioni negoziali con il finanziato e che facciano affidamento sulla valutazione operata dalla banca. Per una panoramica giurisprudenziale sul tema e sui soggetti danneggiati dall'illecito di cui si discorre v. C. ROMEO e F. PERINI, *La concessione abusiva del credito*, in *Contratti*, 2024, 537-544.

ISSN 2281-3918/2421-2563



del presente ragionamento, abbia in tal modo egli stesso causato l'insolvenza della quale si duole, il che gli impedisce di esercitare utilmente la garanzia.

Ne discende un ulteriore corollario, non adeguatamente considerato dall'impostazione tradizionale, in punto di tutela del fornitore. Quest'ultimo, pur essendo il creditore originario, assume nell'operazione una posizione di particolare debolezza, derivante dal rapporto intercorrente tra le altre due parti. Codesto profilo, trascurato dalla precedente ricostruzione, finiva per consentire al *factor* di trasferire sul fornitore le conseguenze della propria condotta negligente. Si tratta di un esito difficilmente conciliabile con la disciplina codicistica, e segnatamente con l'art. 1227 c.c., nonché con la disciplina sulla sana e prudente gestione, che vieta la concessione abusiva del credito.

La qualificazione qui proposta, pertanto, mostra non solo una maggiore aderenza alla natura dell'operazione e agli interessi sottesi, ma anche corollari applicativi più coerenti a livello di sistema.

6. La causa: la gestione convenzionale del debito

Conformemente a quanto rilevato in ordine alla causa della delegazione, anche nel *factoring* indiretto possono scorgersi diversi negozi, con altrettante cause autonome: la somministrazione, il mandato e il finanziamento, e la vendita (del credito).

Volgiamo ora lo sguardo all'intera operazione e, in particolare, a quegli scopi pratici non perseguibili mediante l'adozione del singolo schema contrattuale.

La letteratura economica rileva come il principale obiettivo del *factoring indiretto* sia il governo dei flussi finanziari di filiera al fine di ottimizzare il capitale circolante e la liquidità lungo l'intera catena, con giovamento per tutti i componenti della stessa [105].

L'impresa iniziatrice ottiene vantaggi in termini di ottimizzazione e programmazione della propria tesoreria, semplificazione dei processi di contabilità e, soprattutto, allungamento dei termini di pagamento. Per procacciarsi tali benefici non è sufficiente il solo incarico delegatorio (accordo al quale partecipa), essendo necessario che tutti i negozi vengano conclusi, ivi compreso, in particolare, quello di *factoring* tra i suoi creditori e l'intermediario [106].

Per i fornitori lo schema assicura regolarità e certezza dell'incasso, minori costi interni di gestione dei crediti e accesso a servizi finanziari altrimenti loro preclusi. Anche in tal caso, le enumerate utilità non discendono dal solo contratto di *factoring* ordinario (al quale partecipano), ma anche dal rapporto tra impresa iniziatrice e *factor* [107], nel quale è previsto che – a seguito della valutazione del merito creditizio del fornitore – a questo siano rivolte una serie di offerte vantaggiose da parte del *factor*, tra cui agevolazioni nell'accesso al credito.

---

[105] F. Querci, *I servizi*, cit.; M. Gomm, *Supply Chain Finance*, cit., 133 ss.; E. Camerinelli, *Supply chain finance*, cit., 114 ss.

[106] Se non viene concluso il contratto tra *factor* e fornitori, non è possibile né dare seguito alla dilazione dei pagamenti, né affidare all'intermediario la gestione amministrativa delle posizioni creditorie. Ulteriore interesse dell'impresa si rinviene, poi, nel rafforzamento della situazione economico-patrimoniale dei propri fornitori (M. Infantino, cit., *passim*, nonché la letteratura economica richiamata nella nota precedente). Come già segnalato in apertura, infatti, l'eventuale necessità di reperire nuovi fornitori in caso di insolvenza o fallimento dei precedenti ha spinto le grandi imprese a preoccuparsi anche della salute finanziaria dei propri creditori. Con il *reverse factoring*, dunque, l'impresa non persegue soltanto interessi diretti, ma tutela al contempo la stabilità dei membri della propria catena di approvvigionamento, traendone benefici riflessi e duraturi.

[107] Oltre a quanto si rileva nel testo in merito alla diretta incidenza di tale contratto anche sui fornitori, basti considerare che in assenza del mandato conferito dall'impresa è difficile immaginare un interesse del *factor* all'acquisto dei crediti vantati dal fornitore, a maggior ragione a valore nominale.

ISSN 2281-3918/2421-2563



Infine, il *factor* persegue interessi che si realizzano solo in caso di fausta conclusione dell'affare sia con l'impresa che con i fornitori.

Gli interessi economici diretti (i guadagni) discendono principalmente dal rapporto con l'impresa, giacché spesso il credito è acquistato dai fornitori al valore nominale. Gli interessi strategici (l'ampliamento della clientela), viceversa, dipendono dal buon esito del contratto con i fornitori e dalla conclusione con questi di ulteriori pattuizioni finanziare. Inoltre, per il *factor* assume rilevanza il rapporto di fornitura: si pensi al minor dispiego di energie (e ai minori costi di trattativa) garantiti dal preliminare unilaterale a suo favore disposto dagli altri due soggetti.

Emergono, come già segnalato, interessi di sistema e funzioni dell'operazione che eccedono la mera somma delle cause dei singoli rapporti. Ne deriva l'esigenza di individuare una causa propria dell'operazione economico-giuridica complessa.

Una efficace sintesi sembrerebbe la seguente: la causa del *reverse factoring* si lascia individuare nella "gestione integrata del debito di filiera", poiché codesta formula riassuntiva pone l'accento sull'ottimizzazione dei flussi per impresa e fornitori e sul servizio reso dall'intermediario.

Dall'unitarietà della causa discendono ulteriori corollari, e segnatamente i corollari tipici del collegamento unilaterale esistente tra il contratto di cessione, in quanto contratto delegatorio, e i rapporti sottostanti.

Possono enumerarsi l'invalidità riflessa [108], lo scioglimento riflesso [109], l'interpretazione unitaria [110], ma anche conseguenze sul piano processuale, come la possibilità per l'impresa iniziatrice di impugnare il contratto tra *factor* e fornitori nonostante non abbia partecipato allo stesso, in qualità di parte dell'operazione economica complessiva di cui quel negozio costituisce un segmento.

---

[108] Tale per cui – salva l'applicazione dell'art. 1419 cod. civ. – quando il negozio principale sia nullo (valuta e/o provvista), è nullo anche quello collegato (nel nostro caso: il delegatorio). M. GIORGIANNI, *Negozi giuridici collegati*, in *Rivista italiana delle scienze giuridiche*, 1937, 275 ss., discorre più generalmente di invalidità riflessa. Osserva A. RAPPAZZO, *I contratti collegati*, Milano, 1998, 53, che «se obiettivo finale delle parti è la realizzazione della operazione economica da esse concepita, è lecito supporre che se esse (volontà ipotetica) avessero conosciuto la ragione di invalidità che colpisce il frammento negoziale preordinato al risultato finale da realizzare, non avrebbero posto in essere l'altro frammento». In merito all'applicazione dell'art. 1419 cod. civ., giova ricordare come esso faccia salvo il contratto quando sia nulla parte dello stesso o una singola clausola, ma le parti avrebbero concluso comunque quel contratto anche in assenza della clausola o della parte invalida. Al fine di comprendere come possa darsi applicazione a tale norma bisogna fermare una premessa: il collegamento viene qualificato alla stregua di un contratto unico, del quale i singoli negozi che lo compongono sono considerati clausole (A. RAPPAZZO, cit., 35 ss. e ivi ulteriori richiami bibliografici e giurisprudenziali; G. DE NOVA, *Il contratto*, in R. SACCO, *Trattato di diritto civile*, Torino, 1993, 468). Tale ricostruzione fa sì che al collegamento debbano applicarsi tutte le norme riferite al contratto in generale: andrebbe compiuto su di esso il giudizio di meritevolezza, di liceità, di esistenza di cause di invalidità ecc. (v. G.L. RABITTI, *Project finance e collegamento contrattuale*, in *I contratti del commercio, dell'industria, del mercato finanziario*, a cura di F. GALGANO, Torino, 1997, 203). Pertanto, quando uno dei singoli negozi (frammenti contrattuali) è nullo, la situazione che si produce è equiparabile a quella della nullità della singola clausola. Si deve comprendere se tale nullità sia compatibile con l'originario programma contrattuale e se l'operazione economica, così come immaginata inizialmente, possa ancora svolgere la funzione assegnatale dalle parti. In caso di risposta negativa, la nullità del singolo negozio provocherebbe la caducazione dell'intera catena.

[109] Da cui discende che alla risoluzione o al recesso di uno dei negozi consegue lo scioglimento del vincolo derivante anche dagli altri contratti che compongono l'operazione. V. G. DE NOVA, op. ult. cit., 465.

[110] Che si traduce anche nella c.d. corrispettività globale, la quale comporta che se una delle parti risulta inadempiente rispetto ad una prestazione prevista in uno dei frammenti contrattuali, l'altra parte potrà opporre l'eccezione di inadempimento al fine di non dare esecuzione ad una prestazione prevista nell'altro frammento contrattuale. Sul punto M. GIORGIANNI, op. e loc. ultt. citt. e A. RAPPAZZO, op. ult. cit., 71. È stato osservato, a titolo esemplificativo, che l'inadempimento di una parte alle obbligazioni previste nel contratto principale possa dispensare l'altra dall'esecuzione delle prestazioni previste nel contratto secondario.

ISSN 2281-3918/2421-2563



7. Considerazioni conclusive

Al termine della presente trattazione, siano concesse alcune considerazioni di sintesi.

Sull'oggetto specifico di questo contributo, il *factoring* indiretto, si è visto come esso sia fenomeno economico di rilevanza non marginale, e – all'esito delle considerazioni svolte – che non possa più essere relegato a mera *sub specie* del *factoring* ordinario, dal quale si distingue sul piano strutturale, funzionale, qualificatorio e disciplinare.

In temini più generali, lo studio sollecita una riflessione anche sistematica, che in questa sede si vuole soltanto evocare.

L'analisi del *factoring* indiretto mostra come l'equazione debitore-soggetto debole/creditore-soggetto forte, da sempre considerata intangibile, debba essere quantomeno revocata in discussione. Nel *factoring* indiretto abbiamo un grande debitore e una moltitudine di piccoli creditori, esposti a una controparte negoziale che, mediante una concatenazione di atti e negozi, giunge a determinare il destino del proprio debito, o, in termini più incisivi: a governarlo.

Il rilievo induce pertanto a confrontarsi con un annoso dibattito di teoria generale, che si intende, come già detto, soltanto evocare in chiusura.

Ci si riferisce al secolare dibattito concernente la configurabilità, nel nostro ordinamento, di una "cessione del debito".

A tal riguardo, si lasciano individuare due tesi.

I sostenitori della tesi negativa muovono da un rilievo concettuale: il debito sarebbe insuscettibile di cessione, poiché il mutamento della persona del debitore comporterebbe altresì il mutamento del patrimonio che ne garantisce l'adempimento. Verrebbe così meno un presupposto imprescindibile per discorrere di trasferimento: l'identità della posizione giuridica oggetto di cessione [111].

L'opposto versante ritiene, invece, che non sussistano preclusioni di ordine logico, in quanto il debito costituirebbe una posizione giuridica oggettivamente identificabile in base al suo contenuto e alla sua fonte, e dunque suscettibile di permanere nella propria identità a prescindere dal soggetto che ne è titolare [112]. Dalla diversità della garanzia patrimoniale deriverebbe soltanto la necessità del consenso del creditore, quale soggetto che ne subisce gli eventuali effetti pregiudizievoli. La garanzia patrimoniale andrebbe pertanto considerata accessorio necessario dell'obbligazione, ma non parte del suo contenuto [113].

Non è certamente questa la sede per affrontare in modo compiuto un dibattito che appartiene alla teoria generale delle obbligazioni e che non può essere adeguatamente sviscerato in poche righe.

---

[111] L'insegnamento è di G. PACCHIONI, *Trattato delle obbligazioni secondo il diritto civile italiano*, Torino, 1927, secondo il quale, cambiando il patrimonio che garantisce il debito, cambia anche economicamente e giuridicamente il debito stesso, sicché discorrere di cessione del debito significherebbe riferirsi alla novazione del rapporto. Parzialmente diversa, ma per molti aspetti convergente, è la posizione di P. RESCIGNO, *Debito (successione nel)*, in *Noviss. Dig. it.*, V, Torino, 1960, 191, il quale osserva come le ragioni per distinguere la successione particolare nel debito dalla novazione soggettiva passiva si siano progressivamente ridotte, se non addirittura dissolte. Analoga l'impostazione di A. MAGAZZÙ, *Delegazione*, in *Dig. disc. priv., sez. civ.*, V, Torino, 1989, 156. Questi Autori, in linea riassuntiva, ritengono che le qualificazioni relative alle vicende del debito (successione, novazione, cessione) abbiano ormai una rilevanza prevalentemente teorica, poiché il legislatore del 1942 ha approntato una disciplina compiuta delle figure della delegazione, dell'espromissione e dell'accollo. Ne deriva che non si producono corollari applicativi differenti a seconda che, ad esempio, la delegazione venga ricostruita in termini di successione, di novazione o di cessione del debito, essendo la relativa regolamentazione integralmente dettata dal codice civile.

[112] N. COVIELLO, *Della successione ne' debiti a titolo particolare*, in *Archivio giuridico*, LVI, 1896, 287.

[113] C. M. BIANCA, *Diritto civile. IV*, cit., 625,

ISSN 2281-3918/2421-2563



L'adesione all'una o all'altra tesi dipende, in ultima analisi, da una scelta di fondo: se considerare la garanzia patrimoniale come elemento costitutivo dell'obbligazione, o se, al contrario, riconoscerle natura di semplice accessorio esterno benché necessario.

Tuttavia, lo studio del *factoring* indiretto consente di formulare alcune osservazioni di rilievo. Nell'economia contemporanea, i paradigmi concettuali elaborati nel primo Novecento appaiono in larga parte superati: l'evoluzione delle forme di circolazione dei flussi e la crescente centralizzazione della produzione hanno dato vita a reti contrattuali complesse, caratterizzate dalla presenza di grandi debitori e di una pluralità di creditori di dimensioni ridotte. L'antica equazione *creditore = soggetto forte / debitore = soggetto debole* non regge più alla prova dei fatti.

Come si è visto nel *factoring* indiretto, la relazione trilaterale vede spesso nel fornitore-creditore il soggetto strutturalmente più esposto, e non viceversa.

Sicché, pur non potendo muovere dal *factoring* indiretto per prendere posizione sull'annoso dibattito circa la cessione del debito, l'emersione di *delegazioni passive liberatorie in blocco di debiti presenti e futuri* consente nondimeno di fermare una conclusione.

Nell'attuale contesto economico, il debitore, quand'anche non gli sia dato di *cedere* formalmente il proprio debito, certamente può *amministrarne* la sorte, coordinando i rapporti e dirigendone l'attuazione sino a realizzare effetti sostanzialmente equivalenti a quelli di una vera e propria cessione. Siffatta possibilità non è più confinata alle sole ipotesi disciplinate dal codice della crisi e dell'insolvenza, che consente di gestire le posizioni debitorie a tutela dei creditori concorsuali. Oggi essa affiora anche nella fase non patologica dell'impresa, e si caratterizza come gestione convenzionale del debito, rivolta questa volta a vantaggio primario del debitore.

In tal senso, il debitore moderno non è più soltanto soggetto passivo dell'obbligazione, ma ne diviene centro di governo: attivo organizzatore dei flussi, artefice di una rete di rapporti che mutano profondamente la fisionomia funzionale del rapporto obbligatorio. E il debito non è più solo fardello, ma anche strumento di creazione di valore [114].

[114] La tendenza non è isolata. Essa trova conferma, oltre che nella crescente diffusione del *reverse factoring* e delle più ampie tecniche di *Supply Chain Finance*, anche nell'emersione di strumenti diretti a convertire beni, flussi futuri e passività organizzate in nuova liquidità. Emblematica, in questa prospettiva, è la disciplina del *destocking*, oggi espressamente valorizzata dall'art. 8 l. 11 marzo 2026, n. 34, rubricato "Misure per favorire la valorizzazione a fini finanziari dei beni di magazzino", che interviene sulla l. 30 aprile 1999, n. 130, estendendo la cartolarizzazione ai crediti anche futuri e ai proventi derivanti dalla titolarità di beni mobili non registrati, nonché consentendo di includere nel vincolo destinato al soddisfacimento dei finanziatori anche i beni dai quali tali crediti originano, i prodotti derivanti dalla loro combinazione o trasformazione e i beni sostitutivi. Nella medesima linea evolutiva si collocano le operazioni di *inventory financing*, la cartolarizzazione di crediti futuri, le strutture fondate sulla segregazione patrimoniale di beni produttivi e, più in generale, le tecniche di finanza strutturata applicate al capitale circolante. Ne risulta un mutamento di prospettiva: debiti, scorte, rapporti di fornitura e flussi attesi cessano di essere considerati soltanto elementi passivi o immobilizzati dell'organizzazione imprenditoriale e divengono, se coordinati in un programma negoziale unitario, strumenti di finanziamento, allocazione del rischio e creazione di valore.

ISSN 2281-3918/2421-2563

JUS CIVILE



FRANCESCO ANGELI*

IL RAPPORTO TRA LA VENDITA GIUDIZIARIA E L'ALIUD PRO ALIO: IL PUNTO DI RACCORDO TRA I PRINCÍPI GENERALI E LA CIRCOLAZIONE DEI BENI IMMOBILI**

THE RELATIONSHIP BETWEEN JUDICIAL SALES AND ALIUD PRO ALIO: THE INTERSECTION OF GENERAL PRINCIPLES AND REAL ESTATE TRANSACTIONS

Abstract: Con ordinanza del 06.05.2026, il giudice dell'esecuzione immobiliare ha annullato l'aggiudicazione di un immobile pignorato sul presupposto che l'aggiudicatario non era stato debitamente messo a conoscenza della situazione strutturale di un muro perimetrale dell'immobile stesso. In particolare, il giudice ha constatato che la situazione strutturale del muro perimetrale era tale da pregiudicare gli interessi dell'aggiudicatario che, allo stesso tempo, era inconsapevole di detta situazione in quanto non risultava dagli atti della procedura esecutiva. Su questo presupposto il giudice ha ritenuto che i problemi di natura strutturale che investivano l'immobile non erano semplicemente riconducibili a vizi, per i quali la vendita esecutiva ai sensi dell'art. 2922 c.c. è esente da garanzia, ma erano riconducibili all'ipotesi di vendita «*aliud pro alio*» che si verifica quando il bene oggetto di vendita è completamente difforme dal bene promesso in vendita rivelandosi del tutto inidoneo ad assolvere la destinazione economica e sociale dedotta come oggetto del contratto.

Abstract: By an order dated May 6, 2026, the judge proceedings set aside the adjudication of a seized property on the grounds that the successful bidder had not been duly informed of the structural condition of one of the property's perimeter walls. Specifically, the judge found that the structural state of the perimeter wall was such as to prejudice the interests of the successful bidder, who was unaware of the situation as it did not appear in the enforcement proceedings'records. On this basis, the judge held that the property's structural issues did not merely constitute defects, for which judicial sales are exempt from warranty obligations under Article 2922 of the Civil Code, but rather amounted to a case of «*aliud pro alio*» delivery of a different item than the one agreed upon; this occurs when the asset sold differs fundamentally from the asset promised, rendering it entirely unfit for the economic and social purpose contemplated by the contract.

SOMMARIO: *1. Il quadro normativo di riferimento. – 2. La vendita dell'immobile alla presenza di vizi. – 3. La vendita* aliud pro alio. *– 4. Il raccordo di sistema tra vizi,* aliud pro alio *e la vendita giudiziaria. – 5. Conclusioni: la tutela del creditore nella vendita dell'immobile con vizi.*

1. Il quadro normativo di riferimento

L'ordinanza del giudice delle esecuzioni immobiliari del Tribunale di Terni [1] in commento, consente di approfondire il delicato rapporto che si instaura tra le parti del processo esecutivo immobiliare [2]

* Contrattista di ricerca di Diritto privato – Università degli Studi di Perugia.

** Contributo sottoposto a revisione.

[1] Ordinanza del giudice dell'esecuzione del 6 maggio 2026.

[2] A. STORTO, *Intervento del creditore ipotecario non titolato e subprocedimento di verificazione dei crediti*, in *Rassegna dell'esecuzione forzata*, 2023, pp. 465 ss.

ISSN 2281-3918/2421-2563



quando il bene immobile pignorato presenta vizi che, seppur già presenti anteriormente alla data del suo pignoramento, sono emersi solo successivamente all'aggiudicazione del bene immobile pignorato.

Preliminarmente, è necessario specificare che la vendita giudiziaria non è altro che il risultato della fase finale dell'attuazione dell'esecuzione in forma generica e, dalla lettura del coacervo di norme civilistiche e speciali [3] che la governano, di primo acchito sembrerebbe che essa possa essere sempre eseguita, proprio per il suo carattere di natura esclusivamente recuperatoria riguardo agli interessi del creditore, a prescindere dalle caratteristiche soggettive ed oggettive dell'immobile pignorato.

Lo scenario appena prospettato cambia radicalmente se le medesime norme vengono lette alla luce di una interpretazione assiologica ed unitaria dell'ordinamento con particolare riguardo ai princípi Costituzionali [4]. Il lavoro interpretativo appena evidenziato, deve essere fatto a seguito della peculiarità della vendita giudiziaria dei beni immobili tant'è che il perimetro che il Codice civile traccia intorno a tale tipologia di vendita è, sicuramente, piú ampio di quello entro il quale si può collocare la vendita immobiliare che si fonda sui dogmi privatistici.

La flessibilità della vendita immobiliare in sede esecutiva si rende necessaria in quanto la parte venditrice, che sostanzialmente è rappresentata dal debitore sottoposto ad esecuzione da parte del creditore, viene sostituita dal giudice ed è la forza coercitiva che a quest'ultimo attribuisce la legge che fa sí che la vendita esecutiva immobiliare si avvantaggi di specifiche previsioni normative [5] che la rendono più agevole e ciò avviene per la tutela dei diritti del creditore [6] che agisce esecutivamente sul bene immobile stesso [7].

Ritornando all'esame dell'ordinanza del Tribunale di Terni, nella stessa si può notare come il giudice dell'esecuzione ha ritenuto di annullare l'aggiudicazione di un bene immobile che presentava vizi, non conosciuti dall'aggiudicatario, tali da renderlo non idoneo alla sua funzione. La decisione in commento permette di approfondire alcune peculiarità che connotano la vendita giudiziaria ed in particolare il riferimento è alle conseguenze generate sia dalla vendita dell'immobile totalmente abusivo che dalla vendita nel caso di accertamento della cosiddetta *aliud pro alio*. Ai fini dell'approfondimento che si condurrà sulle due fattispecie giuridiche è necessario accertare sino a quanto possono

---

[3] A. Musio, *Per una rilettura civilistica della vendita forzata,* in *Eur. dir. priv.*, 2018, p. 1261.

[4] Sul punto si veda P. Perlingieri, Il processo evolutivo del "diritto civile nella legalità costituzionale". Una lezione alla Camera civile di Milano, in Rass. dir. civ., 2023, p. 1347; F. Macario, Rapporti economici, in Commentario alla costituzione, di R. Bifulco, A. Celotto e M. Olivetti (a cura di), Volume I, Milano, 2006 p. 873.

[5] Sul punto si veda G.T. Liuzzi, *Della tutela dei diritti*, in *Codice civile*, di G. Perlingieri (a cura di), Napoli, 2010, p. 831: «All'esigenza di stabilità della vendita forzata il legislatore ha sacrificato non soltanto il princípio fondamentale dell'equivalenza fra le prestazioni del trasferimento della proprietà e del pagamento del prezzo […] ma anche, nel comma 2 della norma in esame, il generale concetto di equità tra le prestazioni stesse». Si veda anche G.T. Liuzzi, *op. ult. cit.*, p. 839: «L'art. 2922 si ritiene pacificamente estendibile alla liquidazione dell'attivo fallimentare in virtù non già di un'interpretazione analogica ma di un'esegesi diretta della norma». L'art. 2922 c.c. dispone che: «Nella vendita forzata non ha luogo la garanzia per i vizi della cosa». La disposizione si occupa di stabilire la disciplina applicabile alle ipotesi in cui la cosa sottoposta a espropriazione forzata presenti dei vizi o si produca una lesione, al fine di impedire la configurazione di un'eccessiva responsabilità in capo al creditore procedente.

[6] E. Mercurio, *Aggiudicatario: una tutela imperfetta. Parte sostanziale*, in *Rivista dell'esecuzione forzata*, 2020, p. 652; C. Perago, *La conclusione del subprocedimento di vendita: la pronuncia del decreto di trasferimento*, in *Rivista dell'esecuzione forzata*, 2019, p. 303.

[7] Alle vendite esecutive immobiliari non si applicano le norme contenute nel Testo unico in materia edilizia, in base alle quali sono vietati gli atti di trasferimento degli immobili realizzati senza permesso di costruire o senza permesso in sanatoria; ed infatti, in virtù del combinato disposto dagli artt. 46, comma 5, del D.P.R. n. 380 del 6 giugno 2001 e 40, comma 6, della legge n. 47 del 28 febbraio 1985, nel caso in cui gli abusi possano essere sanati, l'aggiudicatario è rimesso nei termini per la presentazione della domanda di concessione in sanatoria.

ISSN 2281-3918/2421-2563



espandersi i limiti di tali tipologie di vendita, rispetto a quella che si fonda sui dogmi privatistici, in un'ottica di salvaguardia del diritto del creditore ad agire per il recupero del proprio credito mediante l'espropriazione forzata.

2. La vendita dell'immobile alla presenza di vizi

L'espansione massima dei limiti giuridici che può ottenere la vendita giudiziaria si raggiunge con la possibilità della vendita dell'immobile pignorato, anche se solo a determinate condizioni, sia nel caso in cui sia stato costruito in assenza totale delle prescritte concessioni edilizie e sia nel caso in cui l'evidenza degli abusi eseguiti sull'immobile, a prescindere il momento in cui siano stati eseguiti, sopravviene dopo la sua aggiudicazione [8].

In via generale, con l'espressione «vendita del bene abusivo» si usa sintetizzare tutta la problematica afferente alle conseguenze civilistiche sugli atti di trasferimento e di costituzione di diritti reali sui beni non in regola con la normativa urbanistica [9]. Va tuttavia fatta, in via preliminare, un'osservazione di carattere terminologico. Nella teoria generale si parla di bene incommerciabile con riferimento al bene demaniale, al bene assoggettato ad uso civico, al bene particolare soggetto a normativa intesa ad impedirne la commercializzazione [10]. Quando nel processo esecutivo si parla di vendita del bene abusivo si intende, quindi, fare riferimento a tutta la tematica concernente questi beni quando essi costituiscono oggetto di atti traslativi della proprietà e, quindi, quando si fa riferimento alla tipologia negoziale segnata dalle norme che si occupano di questa materia.

Chiarito l'ambito operativo della tematica della non commerciabilità, occorre affrontare il problema delle ragioni giustificative dell'inserimento di una sanzione civilistica, che è la nullità dell'atto, in un contesto normativo che nel passato era caratterizzato soltanto dall'esistenza di sanzioni penali e solo di recente anche di sanzioni amministrative. Il problema di fondo è l'assetto del territorio e concerne le limitazioni che vengono imposte ai privati allo scopo di preservare la conformazione del territorio e di garantire che esso sia in linea con la normativa urbanistica.

Detto ciò, si deve rilevare che la vendita esecutiva di immobili totalmente abusivi non è attuabile in quanto i benefici della norma [11] speciale in materia [12] sono applicabili solo nel caso in cui gli abusi

---

[8] La problematica inerente l'abusività dell'immobile trova un importante riferimento nella recente disciplina nella Legge 30.12.2025 n. 199 (legge di bilancio) in cui si è tornati, dopo la decisione delle Sezioni Unite della Cassazione (Sent. 11.08.2025 n. 23093), sulla possibilità di rinunciare alla proprietà ritenendo tuttavia inammissibile la rinuncia alla proprietà dell'immobile abusivo. Sull'argomento si veda F. CLERICÒ, *Rinuncia alla proprietà immobiliare (Cass., Sez. un. 11 agosto 2025, n. 23093)*, in *Le Corti Umbre*, 2025, p. 626.

[9] Tribunale Lecce, sent. 8 novembre 2022, in *www.ilcaso.it*.

[10] L. MEZZASOMA, *Alcune riflessione sui danni cagionati da beni demaniali*, in *Il Foro nap.*, 2021, p. 63; D. BEVILACQUA, *La normativa europea sul clima e il green new deal. una regolazione strategica di indirizzo*, in *Riv. trim. dir. pubb.*, fasc.2, p. 297; in tema di usi civici C. BONA, *Nota a ordinanza Corte suprema di Cassazione civile sezioni unite 24 giugno 2020, n. 12482*, in *Il Foro it.*, 2020, fasc. 10, p. 3084 ss; L. A. VITOLO, *Gli usi civici e il decreto di esproprio: un'occasione per ripensare ad un antico istituto guardando al futuro*, in *Giur. it.*, 2024, p. 801; G. AGRIFOGLIO, *Usi civici e proprietà collettive: da "demanium" a "dominium"*, in *Giur. it.*, 2023, p. 2335; A. LEUZZI, *La "sdemanializzazione" dei beni gravati da uso civico di dominio collettivo*, in *La Nuova Giur. Civ. Comm.*, 2023, p. 1334.

[11] Il riferimento è al DPR n. 380 del 6 giugno 2001.

[12] L'esperto stimatore dell'immobile ha l'obbligo di effettuare nella propria relazione, in caso di opere abusive, il controllo della possibilità di sanatoria ai sensi dell'articolo 36 del DPR n. 380/2001 con i relativi eventuali costi della stessa, ovvero la verifica sull'eventuale presentazione di istanze di condono, con indicazione del soggetto istante, della normativa e dei dati sul

ISSN 2281-3918/2421-2563



edilizi siano sanabili [13]. D'altro canto, anche se si volesse ipotizzare la vendita di questa tipologia di immobili, sempre in un'ottica di tutela del creditore, la stessa non potrebbe essere comunque attuata in forza del princípio sancito dall'art. 42 della Costituzione posto che non è ipotizzabile promuovere la libera circolazione di un immobile totalmente abusivo stante le considerevoli ripercussioni negative che tale vendita genererebbe sul mercato immobiliare. Oltretutto la possibilità della vendita esecutiva dell'immobile totalmente abusivo potrebbe, addirittura, configurarsi come un incentivo per il debitore a non rispettare le norme in materia di edilizia con una conseguente ricaduta anche ai fini dell'ordine pubblico [14].

Muovendo dalla intenzione del legislatore di rendere non vendibili gli immobili non conformi alle norme urbanistiche, in giurisprudenza [15] è stato precisato che il trasferimento di diritti reali su immobili è da considerarsi nullo [16] sia nel caso in cui la nullità riveste un carattere sostanziale, ovvero quando gli immobili oggetto di trasferimento non sono conformi alla normativa urbanistica, sia quando la nullità riveste un carattere formale, ovvero quando dagli atti di trasferimento non risulti la circostanza della regolarizzazione urbanistica in corso [17].

Ciò che è stato appena detto, seppure trova la sua piena applicazione in quelle vicende negoziali che al loro fondamento hanno il trasferimento di beni immobili, non può trovare applicazione all'interno della vendita giudiziaria in quanto il creditore deve, comunque, essere destinatario di una specifica tutela la cui mancanza genererebbe in capo al creditore l'inibizione al suo diritto di agire in via esecutiva sull'immobile abusivo per ottenere il soddisfacimento delle proprie ragioni di credito. In questo caso appare, quindi, legittimo ricorrere ad un espediente che denota la sua funzionalità più sotto un profilo di natura pratica che di natura giuridica, espediente che si concretizza nella possibilità di eseguire la vendita del terreno, di natura edificabile, sottostante all'immobile abusivo. La possibilità di vendita del terreno trova il suo fondamento nella tutela degli interessi del creditore che, in alternativa, non potrebbe agire in via esecutiva per il soddisfacimento delle proprie ragioni di credito.

---

procedimento, nonché altri compiti accessori. Si tratta di un compito di particolare delicatezza finalizzato alla tutela dell'aggiudicatario. Infatti mentre nella vendita privatistica la mancanza dei requisiti minimi di regolarità urbanistica rende il bene immobile non commerciabile ed il contratto nullo, l'art. 46, comma 5, del citato DPR prevede un'eccezione rilevante stabilendo che le nullità non si applicano agli atti derivanti da procedure esecutive immobiliari individuali o concorsuali, con possibilità per l'aggiudicatario di presentare domanda di sanatoria entro 120 giorni dalla notifica del decreto emesso dall'autorità giudiziaria. Tale disciplina, in passato, aveva creato problemi agli acquirenti in vendita forzata nei casi in cui l'aggiudicatario, ignaro della sussistenza dell'abuso (che non risultava né dalla perizia di stima, né dal decreto di trasferimento, nell'ordinanza di vendita), se ne rendeva conto soltanto dopo la scadenza del termine in questione; la modifica normativa ha pertanto la funzione di ovviare a tale inconveniente.

[13] O. BOTTARO, *Il regime di circolazione degli immobili abusivi*, Milano, 1999, p. 12: «Con il decreto 30/1996 si è sancita la nullità degli atti aventi ad oggetto fabbricati costruiti senza concessione edilizia se dagli stessi non risulti il parere favorevole dell'autorità preposta alla tutela del vincolo».

[14] Sul punto si veda A. LUMINOSO, *La compravendita,* Torino, 2018, p. 93 che rileva: «La *ratio legis* viene ravvisata nella esigenza di impedire la immissione nel traffico giuridico di edifici abusivi, onde scoraggiare le operazioni economiche di costruzione e commercializzazione di tali beni, di guisa che la nullità in parola funge da strumento di lotta all'abusivismo edilizio, a tutela degli interessi pubblici pregiudicati da tale fenomeno».

[15] Sul punto si veda Cass. n. 25811 del 5 dicembre 2014 in *www.iltajure.it*; nello stesso senso si veda anche Cass. n. 23591 del 17 ottobre 2013 in *www.iltajure.it* che ha sancito che: «*È affetto da nullità un contratto che abbia ad oggetto la vendita di un bene immobile irregolare dal punto di vista urbanistico per contrarietà all'art. 40 comma 2 l. n. 47 del 1985*».

[16] Nullità prevista ai sensi dell'art. 40, secondo comma, della legge 28 febbraio 1985, n. 47.

[17] Quale corollario della ritenuta incommerciabilità degli immobili abusivi, la giurisprudenza ritiene impossibile pronunciare sentenza di trasferimento coattivo ex art. 2932 c.c. di immobili urbanisticamente irregolari, in quanto costruiti in assenza dei necessari titoli abilitativi ovvero in totale difformità dagli stessi. Cfr., sul punto, Cass. II, 29/11/2017, n. 28626; Cass. II, 12/03/2012, n. 3892, in *www.itlajure.it*.

ISSN 2281-3918/2421-2563



3. La vendita *aliud pro alio*

Rispetto alla vendita giudiziaria dell'immobile con abusi edilizi appena esaminata, crea ancóra piú problemi la vendita giudiziaria dell'immobile per il quale l'evidenza degli abusi edilizi sopravviene dopo la sua aggiudicazione. In questo caso, in sostanza, è necessario appurare se alla vendita esecutiva immobiliare sia applicabile la norma di salvaguardia prevista dall'art. 1497 c.c. [18].

L'ipotesi di vendita *aliud pro alio* si verifica quando il bene oggetto di vendita è completamente difforme dal bene promesso in vendita [19] rivelandosi del tutto inidoneo ad assolvere la destinazione economica e sociale dedotta come oggetto del contratto [20].

Da una prima lettura della disposizione normativa contenuta nell'art. 1497 c.c., sembrerebbe che essa non sia applicabile, quantomeno da un punto di vista formale, alla vendita esecutiva immobiliare in quanto tale vendita non viene eseguita, come è noto, mediante la conclusione di un contratto. Questa obiezione è, però, facilmente superabile dall'interpretazione assiologica del precetto dell'art. 1497 c.c. nella parte in cui pone a fondamento della vendita l'inidoneità del bene oggetto del contratto ad assolvere la destinazione economica e sociale a cui esso è chiamato [21]. Nel caso della vendita giudiziaria il presupposto dell'applicazione della regola dettata dall'art. 1497 c.c. si fonda sulla inidoneità dell'immobile stesso ad assolvere la funzione economica e sociale a cui dovrà essere devoluto dopo l'acquisto da parte dell'aggiudicatario. La citata inidoneità è un fatto esteriore che sussiste, o non sussiste, a prescindere se l'acquisto dell'immobile è avvenuto mediante un contratto o mediante il decreto di trasferimento emesso dal giudice.

Appurato, quindi, che le previsioni di cui all'art. 1497 c.c. sono applicabili anche alla vendita giudiziaria, si deve, adesso, stabilire quali sono i rimedi idonei a bilanciare correttamente gli interessi che intercorrono non solo tra debitore e creditore ma, in questo caso, anche nei confronti dell'aggiudicatario quando si evidenzia il caso di annullamento della vendita, o dell'aggiudicazione come è avvenuto con l'ordinanza in commento della quale si condivide il contenuto sia in punto di diritto che nel fatto, riconducibili alla vendita *aliud pro alio*.

È noto che nella vendita esecutiva, ai sensi dell'art. 2922 c.c., non trovi applicazione la garanzia per vizi [22] della cosa venduta in quanto tale esclusione esprime il *favor* della stabilità della vendita

---

[18] Si veda S. FERRERI, *La vendita,* in *Trattato di diritto civile,* di R. SACCO (diretto da), Milano, 2006, p. 132: «Al fine di arginare l'abusivismo edilizio di tipo speculativo, ma con riflessi deterrenti anche per tutti gli altri tipi di abusivismo, il legislatore esige che tutti gli atti traslativi di diritti reali relativi a beni edilizi presentino un ulteriore requisito essenziale […] la regolarità edilizia e urbanistica del bene. Sono esentati da questo requisito solo gli atti dai quali il legislatore ritiene che gli speculatori abusivi non possano trarne profitto e quindi […] i trasferimenti derivanti da procedure esecutive e concorsuali». Sul punto si veda anche A. MENDOLA, *Le invalidità della vendita forzata immobiliare,* in *Contr. imp.*, 2018, p. 1383.

[19] Sul punto si veda Cass. n. 10045 del 2018; Cass., n. 10456 del 2020 entrambe su *www.itlagiureit*, Corte di Appello di Bari, sent. del 9 giugno 2022 n. 922, in *www.ilsole24ore.it*.

[20] R.P. PUCE, *Compravendita immobiliare, certificato di abitabilità e buona fede*, in *Il Corriere giuridico*, 2019, p. 767 il quale rileva: «Nel caso in esame la S. C. si pronuncia chiarendo che l'omessa consegna da parte del promittente venditore del certificato di abitabilità, in prossimità della scadenza del termine previsto per la stipula del contratto definitivo e a fronte dell'assunzione della garanzia circa la regolarità urbanistica del bene, è da considerarsi un comportamento contrario ai princípi di buona fede e comporta l'accoglimento della domanda di risoluzione del contratto preliminare per inadempimento proposta dal promissario acquirente, in capo al quale ultimo sussiste un interesse ad acquistare la proprietà di un immobile idoneo ad assolvere la funzione economico-sociale e a soddisfare i bisogni che inducono all'acquisto».

[21] A. RICCIO, *Il requisito di agibilità degli immobili,* in *Contr. impr.*, 2011, p. 560. Nel contributo si ritiene che la vendita di un immobile privo del certificato di agibilità sia nulla per mancanza di causa concreta.

[22] Cfr. Cass. n. 6596 del 2016 e Cass. n. 7286 del 2018 entrambe su *www.itlgiure.it*.

ISSN 2281-3918/2421-2563

giudiziaria. Tuttavia tale norma potrebbe incidere negativamente sul potere di disposizione dell'aggiudicatario impedendogli atti di autonomia che rendano non sfruttabile il bene, o parte del bene, acquistato in sede esecutiva. A questo punto è necessario trovare il giusto equilibrio che tuteli gli interessi delle parti. Il punto di equilibrio tra gli interessi dell'aggiudicatario, che ha il diritto di utilizzare il bene acquistato, ed il creditore, che ha il diritto di agire per la tutela del proprio credito, è spostato verso gli interessi dell'aggiudicatario ed ha il suo fondamento nel potere di disposizione del bene immobile, del quale si è in precedenza trattato, potere che si concretizza nella possibilità ad egli spettante di chiedere la nullità dell'aggiudicazione come è avvenuto nel caso sottoposto al vaglio del Tribunale di Terni [23].

4. Il raccordo di sistema tra vizi, *aliud pro alio* e la vendita giudiziaria

L'ordinamento civilistico riserva alla vendita giudiziaria, in particolare a quella immobiliare, delle condizioni, che possono essere definite di favore [24] che coinvolgono sia aspetti oggettivi che soggettivi dell'immobile pignorato [25]. In altri termini il trasferimento eseguito in via giudiziaria dell'immobile pignorato, come in precedenza è stato visto, non è precluso né dalla presenza di abusi di natura edilizia [26] né, tantomeno, dalla presenza di vizi occulti del bene immobile [27]. Anche se le disposizioni normative che regolamentano i privilegi appena citati appaiono come foriere di disparità di trattamento tra la vendita giudiziaria e la vendita che si conclude in sede privatistica, tali disparità trovano la

[23] Cfr. Cass. n. 1669 del 29 gennaio 2016 in *www.inexecutivis.it*, la quale sancisce che: «La differenza strutturale tra la vendita forzata e quella negoziale è ostativa all'adozione, per la prima, di una nozione lata di "*aliud pro alio*", con la conseguenza che la nullità del decreto di trasferimento è ravvisabile solo in caso di radicale diversità del bene oggetto di vendita forzosa ovvero se ontologicamente diverso da quello sul quale è incolpevolmente caduta l'offerta dell'aggiudicatario, oppure perché, in una prospettiva funzionale, dopo il trasferimento risulti definitivamente inidoneo all'assolvimento della destinazione d'uso che, presa in considerazione nell'ordinanza di vendita, ha costituito elemento determinante per l'offerta dell'aggiudicatario».

[24] E. Fabiani e L. Piccolo, *Agevolazioni fiscali, procedure esecutive e concorsuali: la delimitazione dell'ambito di applicazione dell'agevolazione fiscale di cui all'art. 16 del D.L. 14 febbraio 2016, n. 18*, in *Studi mat.*, 2017, p. 217.

[25] E. Fronticelli Baldelli, *Il prezzo-valore applicato alla vendita giudiziaria dei beni Commento a ris. Agenzia entrate 3 novembre 2014, n. 95/E*, in *Corr. trib.*, 2015, p. 111 il quale approfondisce: «La risoluzione n. 95/E del 2014 dell'Agenzia delle entrate esamina l'istituto del prezzo-valore, con particolare riferimento alla fattispecie relativa all'applicazione di tale princípio nella ipotesi in cui l'immobile sia stato acquistato a seguito di aggiudicazione in un processo esecutivo. La risoluzione valuta, nel dettaglio, la possibilità di adattare l'applicazione del princípio del prezzo-valore, non solo in relazione ai trasferimenti effettuati dopo il deposito della sentenza della Corte costituzionale n. 6 del 2014, avvenuto in data 15 gennaio 2014, ma anche ai rapporti sorti anteriormente».

[26] Le Sezioni unite della Cassazione sono tornate sul tema, ampiamente discusso, della natura giuridica della c.d. nullità urbanistica. La soluzione offerta è nel senso di configurare la predetta nullità quale rimedio testuale e formale, «a condizione che» la menzione contenuta nell'atto di vendita sia «reale» (id est: non mendace) e «riferibile» al bene negoziato. In tale contesto rimarcando la funzione prettamente informativa della nullità in discorso e richiamando l'attenzione sulla funzione notarile di «adeguamento» della fattispecie concreta a quella astratta, sottolinea l'opportunità di approdare ad un rimedio ragionevole e giusto che può variare dalla nullità «tranchant», a quella meramente formale, al mero risarcimento del danno per inadempimento. Quanto a dire, in ultima analisi, che il rimedio a prescegliersi deve tener conto degli interessi rilevanti nei concreti contesti della contrattazione immobiliare, tesa sempre a più a configurarsi come procedimento e complessa attività dei privati, piuttosto che come singolo atto, soprattutto in presenza di abusivismo edilizio. In questo senso F. Longobucco, *Circolazione di immobili abusivi e nullità urbanistica selettiva tra procedimentalizzazione del contratto di vendita e giusto rimedio civile*, in *Rass. dir. civ.*, 2020, p. 663.

[27] O. Trombetti, *Il rapporto tra condotta del venditore ed attivazione delle garanzie per vizi occulti nel contratto di compravendita di beni immobili*, in *Foro nap.*, 2014, p. 244.

ISSN 2281-3918/2421-2563



loro giustificazione, e sostanzialmente si attenuano, se ad esse viene data una lettura costituzionalmente orientata [28].

I vantaggi di cui gode la vendita giudiziaria trovano la loro fonte genetica nell'art. 24 della Costituzione il quale, all'interno del catalogo dei diritti che garantisce, riconosce anche il diritto al creditore di agire in giudizio a tutela del proprio credito. È da questo princípio che si può ricavare la giustificazione della norma che permette la vendita giudiziaria degli immobili sui quali insistono degli abusi di natura edilizia [29], anche non sanabili, senza che la stessa possa essere considerata invalida come invece lo è la vendita conclusa in sede privatistica del bene immobile sul quale gli abusi edilizi sussistono [30].

Se così non fosse stato, il debitore, mettendo in atto un comportamento scorretto in danno al creditore, potrebbe eseguire delle opere abusive sull'immobile al solo fine di ottenere una separazione, di fatto, dell'immobile stesso dal resto del patrimonio ed evitando, a causa della presenza degli abusi edilizi, la possibilità della sua vendita in sede giudiziaria per l'impossibilità del trasferimento dell'immobile in favore dell'aggiudicatario. Per questo motivo la norma che legittima la possibilità della vendita giudiziaria degli immobili sui quali sono presenti degli abusi edilizi senza che la stessa risulti essere invalida, assume una sua coerenza all'interno dell'ordinamento se viene letta come norma finalizzata alla tutela del princípio sancito dall'art. 24 della Costituzione [31].

Nello stesso senso, ad esempio, deve essere letta la disposizione contenuta nell'art. 2923 c.c. difatti se da un lato essa, in via generale, è finalizzata ad evitare che il debitore mediante la conclusione di un contratto di locazione tolga, di fatto, l'immobile dalla disponibilità [32], seppur temporanea, del creditore, il quale può comunque agire esecutivamente sullo stesso ma con scarse possibilità di vendita alla luce del contratto di locazione pendente, dall'altro lato la norma subordina l'opponibilità del contratto di locazione al creditore solo a condizione che il medesimo contratto abbia determinati requisiti che sono riconducibili alla forma scritta, alla presenza di una data certa ed alla indicazione di un giusto canone di locazione [33].

---

[28] E. GASBARRINI, *Espropriazione forzata e diritto di abitazione*, in *Studi mat.*, 2013, p. 875.

[29] Nell specifico si tratta di quanto disposto dall'art. 40, comma 6, della Legge 47/1985.

[30] C. MAZZÙ, *Note critiche sulle riforme in tema di vendita immobiliare*, Torino, 2008, p. 157 il quale criticamente ritiene: «In effetti, si è lasciata aperta la porta della negoziabilità di immobili non sicuramente condonabili, ritenendo sufficiente l'avvio del procedimento di condono col pagamento dell'oblazione. Qui traspare l'intento dell'erario di rastrellare risorse, che forse era concorrente, se non prevalente, rispetto alla volontà di porre serio rimedio al disordine urbanistico. Ma è certo il cinismo del sistema, che ha surrettiziamente modificato l'assetto causale dell'atto, introducendo l'alea, cui è esposto l'acquirente in caso di rigetto della domanda di condono».

[31] D.M. TRAINA, *Abusi edilizi e nullità civili: finalmente un punto fermo*, in *Riv. giur. edil.*, 2019, p. 960. L'autore rileva che la nullità degli atti di compravendita, e più in generale degli atti traslativi o costitutivi di diritti reali su beni immobili, per la mancata indicazione del permesso di costruire, introdotta nel nostro ordinamento sin dalla legge 47 del 1985, ha dato luogo a orientamenti dottrinali e soluzioni giurisprudenziali assai variegate, alcune assai lontane dalla "littera legis", che hanno oscillato fra una nullità meramente forma le a tutela del diritto dell'acquirente di ricevere un'adeguata informazione sulla situazione urbanistica dell'edificio, e una nullità di carattere sostanziale volta a colpire gli immobili non in regola con la normativa urbanistica con lo scopo di contrastare l'abusivismo. Le Sezioni Unite della Cassazione hanno posto fine alla "querelle" giudiziaria, valorizzando l'interpretazione letterale e condividendo una tesi minoritaria in dottrina, definita della "nullità testuale", intermedia tra la nullità formale e la nullità sostanziale, che si verifica solo quando nell'atto non viene fatta menzione del titolo edilizio o l'immobile risulta comunque privo del permesso di costruire. Il "paper" analizza criticamente le diverse posizioni che si sono contese il campo per aderire pienamente a quella accolta dal supremo giudice, di cui mette positivamente in luce, da un punto di vista sistemico, il "self restraint" e la netta inversione di tendenza rispetto al "judge made law" che, nonostante le vibranti critiche della dottrina pubblicistica, caratterizza l'atteggiamento della giurisprudenza negli ultimi anni.

[32] P. DI FRANCESCO, *Osservazioni a Cass. sez. I civ. 17 gennaio 1996, n. 366,* in *Foro it.*, 1996, p. 3175.

[33] M. FILIPPINI, *Il legale della custodia giudiziaria e la liberazione dell'immobile pignorato prima dell'aggiudicazione*, in *Rivista dell'esecuzione forzata*, 2015, p. 601.

ISSN 2281-3918/2421-2563



L'art. 2923 del Codice civile, sostanzialmente, opera un bilanciamento degli interessi tra il creditore, che ha il diritto di agire, anche esecutivamente, a tutela del proprio credito, sui beni del debitore e il terzo locatario che, in buona fede, conduce in locazione il bene immobile pignorato [34]. Solo se il contratto di locazione è stato concluso con correttezza e buona fede tra le parti, e quindi nel rispetto dei requisiti elencati dall'art. 2923 c.c., sarà meritevole di tutela ed il contratto rimarrà vigente, per tutta la sua durata [35], anche in pendenza del processo esecutivo promosso dal creditore nei confronti del debitore proprietario dell'immobile locato [36].

5. Conclusioni: la tutela del creditore nella vendita dell'immobile con vizi

Giunti a questo punto, non si può non trattare della tutale dei diritti del creditore, tutela dei diritti per i quali assumono rilievo le disposizioni contenute nell'art. 2921 e nell'art. 2922 del Codice civile. Le due norme prevedono delle ipotesi che tutelano la vendita giudiziaria e, nello specifico, dettano disposizioni che riguardano l'evizione [37] subita dall'aggiudicatario del bene pignorato e la (non) operatività della garanzia per i vizi del bene immobile oggetto della vendita giudiziaria [38].

Da una lettura preliminare delle due disposizioni normative sembrerebbe che, seppure sotto diversi punti di vista, siano confliggenti tra di loro in quanto se da un lato l'acquirente del bene oggetto di vendita giudiziaria che subisce l'evizione [39] può ripetere il prezzo sulle somme non ancóra distribuite durante il processo esecutivo [40] e se la distribuzione è già avvenuta può ripeterne il prezzo nei confronti di ciascun creditore per la parte riscossa, dall'altro lato se il bene aggiudicato dovesse presentare dei vizi occulti [41], l'aggiudicatario non ha diritto al risarcimento del danno causato da tali vizi salvo il caso

[34] G. GLIATTA, *La clausola generale di buona fede, il dovere di solidarietà e l'esecuzione del contratto di locazione*, in *Resp. civ.*, 2007, p. 596.

[35] Sul punto la giurisprudenza di legittimità precisa che: «La locazione ultranovennale non trascritta non è opponibile all'aggiudicatario di un immobile in sede di espropriazione forzata», si veda Cass. n. 111 del 9 gennaio 2003 in *www.foroitaliano.it*.

[36] E. ASTUNI, *I vincoli opponibili nelle procedure esecutive: la locazione di immobili*, in *Studi mat.*, 2011, p. 1431.

[37] E. RUSSO, *L'evizione*, in *Il Codice civile commentato*, Varese, 2016, p. 39 il quale definisce: «L'evizione nel contratto di compravendita si verifica allorché l'acquisto del diritto sul bene ad opera dell'acquirente è impedito o reso inefficace dal diritto che il terzo vanti sullo stesso bene, quale elemento necessario, che il compratore sia privato dell'effettivo possesso che si trovi eventualmente ad esercitare sulla cosa, tenuto conto che la causa del contratto sta nel trasferimento del diritto sul ben, mentre la consegna dello stesso è solo una sua conseguenza logica e giuridica." ed inoltre "L'evizione totale o parziale si verifica solo quando l'acquirente sia privato in tutto o in parte del bene alienato ovvero il diritto trasferito perda le sue caratteristiche qualitative o quantitative, mentre se la privazione riguardi esclusivamente limitazioni inerenti il godimento del bene o imposizioni di oneri che lascino integra l'acquisizione patrimoniale trova applicazione l'art. 1489 cc riguardante i vizi della cosa venduta».

[38] Per un ampio approfondimento in tema di rapporto tra evizione e garanzia all'interno della vendita giudiziaria E. RUSSO, *Evizione e garanzia*, Napoli, 1986, p. 31.

[39] M. MORGESE, *"Aliud pro alio datum" ed evizione parziale nella vendita forzata: non sempre la posizione dell'acquirente è meritevole di tutela*, in *Rivista dell'esecuzione forzata*, 2017, p. 516.

[40] Il progetto di distribuzione è approvato in seguito alla mancata comparizione delle parti all'udienza o quando nessuno degli interessati muove contestazioni o ancora in presenza di accordo di tutte le parti. Solo dopo l'approvazione del progetto di distribuzione è possibile procedere al pagamento delle quote, con provvedimento che ha natura di ordinanza, insuscettibile di giudicato e dotato di operatività limitata al procedimento esecutivo in giurisprudenza si ritiene che tale provvedimento non sia ricorribile in Cassazione, ma soltanto impugnabile con l'opposizione agli atti esecutivi. In particolare l'art. 598 cpc dispone che: "Se il progetto è approvato o si raggiunge l'accordo tra tutte le parti, se ne dà atto nel processo verbale e il giudice dell'esecuzione o il professionista delegato a norma dell'articolo 591 bis ordina il pagamento delle singole quote, altrimenti si applica la disposizione dell'articolo 512.

[41] Cass. n. 3020 del 2025 su *www.italgiure.it*.

ISSN 2281-3918/2421-2563



in cui ricorra l'annullamento dell'aggiudicazione a causa dell'accertamento dell'*aliud pro alio* come in precedenza è stato visto. Sostanzialmente il differente trattamento dell'aggiudicatario nei due casi appena prospettati, trova la sua giustificazione sue due elementi che sono l'accertamento dell'oggetto della vendita forzata e l'accertamento della causa della vendita forzata.

Nel caso dell'evizione, se un soggetto riesce a dimostrare che il bene aggiudicato non è del debitore esecutato ma, invece, è di sua proprietà [42], occorre eseguire un doppio bilanciamento degli interessi: il primo bilanciamento da eseguire è tra gli interessi dell'effettivo proprietario del bene espropriato e gli interessi del debitore esecutato. In questo caso sono gli interessi del debitore esecutato che devono cedere rispetto agli interessi dell'effettivo proprietario. Il secondo bilanciamento degli interessi da operare è tra i creditori in buona fede e l'aggiudicatario del bene immobile espropriato. In questo caso sono gli interessi dei creditori che devono necessariamente cedere rispetto agli interessi dell'aggiudicatario in quanto hanno intrapreso il processo esecutivo, o sono intervenuti in un processo esecutivo già avviato, su di un bene che non è di proprietà del loro debitore [43]. La ripetizione del prezzo di aggiudicazione in favore dell'aggiudicatario trova la sua giustificazione nella mancanza dell'oggetto della vendita e, conseguentemente, anche della causa dell'aggiudicazione [44]. Per evitare la ripetizione del prezzo di aggiudicazione quando si presenta l'evizione, ci si deve chiedere se, quale giusto rimedio, nella vendita giudiziaria sia legittimo escludere la possibilità di ripetizione del prezzo pagato per l'acquisto controbilanciando tale esclusione mediante la diminuzione parziale del prezzo del bene immobile pignorato. Operando in questo modo, la riduzione del prezzo del bene rispetto al valore della sua stima, equivale al risarcimento in favore dell'aggiudicatario per l'esclusione della possibilità di ripetizione nei confronti dei creditori del prezzo pagato dall'aggiudicatario stesso nel caso in cui dovesse subire l'evizione [45].

Per capire se quanto appena prospettato sia effettivamente attuabile, anche in questo caso è necessario operare un bilanciamento degli interessi che intercorrono tra il diritto dei creditori ad agire in giudizio per la tutela del loro credito ed il princípio che regolamenta e promuove la circolazione dei beni. Ebbene, fermo restando che la possibilità di evizione nella vendita giudiziaria, se correttamente ricostruita la continuità delle trascrizioni [46], è un evento abbastanza difficile che si possa presentare, si potrebbe giungere a concludere che, salva l'ipotesi di usucapione, un abbattimento del prezzo di vendita disposto dal giudice potrebbe essere l'elemento giustificativo dell'esclusione della possibilità dell'esercizio dell'evizione dalla vendita giudiziaria.

---

[42] Sul punto si veda Cass. n. 23407 del 17 novembre 2015 in *www.dirittieconsumatori.it*.

[43] Cfr. E. Russo, *L'evizione*, in *Il Codice civile* di P. Schlesinger F. Busnelli (a cura di), Milano, 2016, p. 106.

[44] Nello stesso senso Cass. n. 2750 del 15 febbraio 2015, in *www.renatodisa.com*, che ha sancito: «In caso di evizione totale subita dall'acquirente della cosa espropriata, questi ha diritto, ai sensi dell'art. 2921 c.c., oltre che alla ripetizione del prezzo non ancora distribuito, anche al risarcimento dei danni ed al rimborso delle spese a carico del creditore procedente».

[45] Attesa la libertà di contrattare, possono i contraenti aumentare o diminuire come meglio credono gli effetti della garanzia e possono anche liberarne del tutto il venditore. È materia lasciata alla piena libertà dei contraenti: è materia essenzialmente non inderogabile poiché l'evizione può avere ragioni remote e che possono esser ignorate dallo stesso venditore. Nello stesso senso E. Russo, *L'evizione, op. cit.,* p. 180.

[46] Il giudice dell'esecuzione prima di porre in vendita il bene immobile pignorato deve essere in possesso della documentazione ipotecaria idonea a provare la continuità delle trascrizioni al ventennio antecedente al pignoramento. Sostanzialmente deve essere affrontata la delicata questione della trascrizione degli acquisti mortis causa nell'ambito delle procedure esecutive immobiliari. Per un maggior approfondimento si veda anche A. Crivelli, *La continuità delle trascrizioni e l'accettazione di eredità nel processo esecutivo*, in *Dir. succ. fam.*, 2018, p. 940; si veda anche A. Magnani, *La trascrizione dell'accettazione tacita dell'eredità: formalità "direttamente conseguente" a precedente atto dispositivo con provenienza ereditaria e "necessaria" ai fini della continuità delle trascrizioni*, in *Riv. not.*, 2016, p. 1185.

ISSN 2281-3918/2421-2563



Un ragionamento piú semplice può essere fatto in relazione alla mancanza di garanzia per vizi della cosa nella vendita forzata. La vendita, anche in presenza di vizi occulti del bene immobile [47], a differenza del caso precedentemente trattato, non genera la mancanza dell'oggetto della vendita giudiziaria in quanto non vi è contestazione sulla proprietà del bene immobile pignorato che non è in discussione che sia in capo al debitore [48]. Tuttavia è necessario verificare, come nel precedente caso, se la norma bilancia correttamente gli interessi tra l'aggiudicatario del bene [49], che con il pagamento del prezzo di aggiudicazione intende ottenere la proprietà del bene immobile, ed i creditori che esercitano il diritto al recupero del loro credito nei confronti del debitore.

Il bilanciamento degli interessi tra i soggetti a vario titolo coinvolti nella vendita, si ottiene mediante la redazione di una perizia del bene immobile pignorato, perizia finalizzata a determinare non solo il giusto valore dell'immobile ma anche ad accertare la presenza di vizi sul bene immobile stesso [50]. La messa a disposizione della perizia in favore di tutti coloro che sono interessati alla partecipazione alla vendita giudiziaria permette di conoscere la situazione effettiva e reale dell'immobile pignorato anche in considerazione alla sussistenza di eventuali vizi [51].

Si può quindi affermare che le norme che regolano la vendita giudiziaria, anche se apparentemente potrebbero apparire penalizzanti per i creditori o per l'aggiudicatario del bene, trovano la loro piena giustificazione se vengono collocate ed interpretate alla luce delle altre correlate disposizioni contenute nell'ordinamento.

---

[47] Per un maggiore approfondimento sulla garanzia per vizi dell'immobile, per tutti si legga L. MEZZASOMA, *Il «consumatore» acquirente di immobili da costruire fra diritto al risparmio e diritto all'abitazione*, Napoli, 2008, p. 191 che in particolare sottolinea: «Tra le garanzie introdotte dal d.lgs. n. 122 del 2005 a favore dell'acquirente di beni immobili da costruire particolare interesse riveste la previsione dell'obbligo, posto a carico del costruttore, di contrarre e consegnare una polizza assicurativa indennitaria decennale volta a garantire i danni che questi sia tenuto a risarcire ai sensi dell'art. 1669 c.c. Polizza assicurativa che, però, a differenza della garanzia fideiussoria prevista dagli articoli 2 e 3 del Decreto non opera solo in presenza di una situazione di crisi del costruttore, ma ogniqualvolta ricorrono vizi e difformità dell'opera.».

[48] Particolare attenzione deve essere sempre posta alla domanda di usucapione che potrebbe paralizzare il processo esecutivo immobiliare in qualsiasi stato anteriore al vaglio delle offerte. Anche se in tema di fallimento sull'ammissibilità dell'usucapione in giurisprudenza si veda Cass., 26 novembre 1999, n. 13184, in *www.dejure.it*, con la seguente massima: «È proponibile la domanda di acquisto della proprietà immobiliare per usucapione nei confronti della curatela fallimentare, atteso il carattere di acquisto a titolo originario che, con essa, si intende far verificare, ed a ciò non risultando di ostacolo gli art. 42 e 45 l. fall. La prima delle due disposizioni, infatti limitandosi a porre il vincolo di indisponibilità sui beni del fallito non può essere riferita a "fatti" acquisitivi di diritti reali tipici già compiuti e produttivi di effetti in capo al fallito».

[49] S. CONFORTI, *La decadenza dell'aggiudicatario nell'espropriazione immobiliare,* in *Rivista dell'esecuzione forzata*, 2021, p. 290.

[50] Sul punto si legga L. BUGATTI, *Tutela dell'acquirente tra responsabilità professionale e vendita giudiziaria*, in *Danno resp.*, 2010, p. 1054 la quale afferma che: «Negli ultimi tempi si assiste ad una sempre maggiore "responsabilizzazione" dei professionisti intellettuali, con un conseguente e speculare incremento del grado di tutela offerto ai clienti. In questa ottica può essere interpretata la sentenza in commento che, ritenendo responsabile il geometra, per un'erronea stima di immobili soggetti ad esecuzione forzata, arriva a concedere la risarcibilità del danno subito dagli aggiudicatari».

[51] Cfr. B. AGOSTINIS, *La garanzia per i vizi della cosa venduta*, in *Codice Civile*, *op. cit.*, p. 17.

ISSN 2281-3918/2421-2563

JUS CIVILE



IPPOLITO BARONE*

FUNZIONI DI RISOLUZIONE EXTRAGIUDIZIALE DELLE CONTROVERSIE DI AGCOM ED EFFETTIVITÀ DELLA TUTELA DELL'UTENTE NEI SERVIZI DI COMUNICAZIONE ELETTRONICA**

AGCOM'S OUT-OF-COURT DISPUTE RESOLUTION FUNCTIONS AND EFFECTIVE USER PROTECTION IN ELECTRONIC COMMUNICATIONS SERVICES

Abstract: Il contributo analizza le funzioni di risoluzione extragiudiziale delle controversie attribuite all'Autorità per le garanzie nelle comunicazioni, nella prospettiva dell'effettività della tutela degli utenti dei servizi di comunicazione elettronica.
Ricostruito il quadro normativo di riferimento e la natura delle funzioni esercitate da Agcom, l'indagine si sofferma sull'ambito di applicazione oggettivo e soggettivo delle procedure e, in particolare, sul ruolo dei Corecom e sulla digitalizzazione delle procedure attraverso la piattaforma *ConciliaWeb*.
L'Autore evidenzia come il sistema di risoluzione alternativa delle controversie delineato dal legislatore e dalla regolazione di Agcom sia idoneo ad assicurare agli utenti una tutela più rapida, accessibile ed efficiente rispetto alla giurisdizione ordinaria, contribuendo, al contempo, alla deflazione del contenzioso.

Abstract: This article examines the out-of-court dispute resolution functions entrusted to the Italian Communications Regulatory Authority (AGCOM), from the perspective of ensuring effective protection for users of electronic communications services.
Having outlined the relevant regulatory framework and the nature of the functions exercised by AGCOM, the analysis focuses on the substantive and personal scope of application of the procedures and, in particular, on the role of the Regional Communications Committees (Corecom) and the digitalisation of the procedures through the *ConciliaWeb* platform.
The Author argues that the alternative dispute resolution system established by the legislature and AGCOM's regulatory framework is capable of providing users with faster, more accessible and more efficient protection than proceedings before the ordinary courts, while at the same time helping to reduce the volume of litigation.

SOMMARIO: *1. Premessa. – 2. La funzione di risoluzione extragiudiziale delle controversie di Agcom. – 3. Ambito di applicazione oggettivo. – 4. Ambito di applicazione soggettivo. – 5. Tentativo obbligatorio di conciliazione e tentativi facoltativi di conciliazione. – 6. I Corecom e la piattaforma* ConciliaWeb. *– 7. Il procedimento di conciliazione. – 8. Il procedimento di definizione. – 9. Conclusioni.*

1. Premessa

La tutela del consumatore nel settore dei servizi di comunicazione elettronica rappresenta uno dei

* Dottore di ricerca in Diritto privato.

** Il presente contributo si inserisce tra le attività svolte nell'ambito del Progetto "MUR-PRIN 2022 Progetto CoPE (Consumer Protection Effectiveness) – Verso un'effettività digitale della tutela del consumatore mediante rimedi self-executing e sistemi di risoluzione alternativa delle controversie: una ricerca empirica sul diritto privato europeo" (Project Code: 2022S532MK, CUP: J53D23005880001) Funding from the European Union – NextGenerationEU – mission 4, component 2, investment 1.1.

ISSN 2281-3918/2421-2563



profili più rilevanti e problematici del diritto dei consumatori contemporaneo [1], non solo a fronte della assoluta pervasività di tali servizi nella vita quotidiana di ciascuno, ma anche dell'evoluzione del contesto economico e tecnologico di riferimento, caratterizzato da una sempre maggiore complessità contrattuale [2], da significative asimmetrie informative tra operatori e utenti [3] e dall'inarrestabile processo di digitalizzazione che incide profondamente sulle modalità di erogazione e di fruizione dei servizi [4]. A tali fattori si aggiunge, inoltre, il sempre più diffuso impiego di sistemi di intelligenza artificiale nella gestione delle relazioni negoziali e dei processi decisionali [5], con significative ricadute sul piano della trasparenza e della tutela del consumatore [6].

In un tempo in cui la giustizia civile attraversa una profonda crisi, caratterizzata dall'eccessiva durata dei procedimenti, dall'eccessiva onerosità o quanto meno dalla sproporzione tra costi da sopportare e valore economico della controversia, dalla intrinseca complessità e dall'incertezza del giudizio, il ricorso ad essa mostra evidenti limiti sotto il profilo dell'effettività della tutela [7].

Tali criticità appaiono accentuate nei settori regolati, e segnatamente in quelli dei servizi di pubblica utilità, in cui, a fronte di un numero ristretto di operatori professionali di grandi dimensioni in grado di fornire i servizi richiesti, si colloca una moltitudine indefinita di utenti, le cui relazioni negoziali possono facilmente generare una «microconflittualità di massa» [8].

In simili contesti, l'individuazione di strumenti di risoluzione alternativa delle controversie appare

---

[1] Cfr. G. De Cristofaro, *Legislazione italiana e contratti dei consumatori nel 2022: l'anno della svolta. Verso un diritto "pubblico" dei (contratti dei) consumatori?*, in *Nuove leggi civ. comm.*, 2022, 1 ss., spec. 7 ss. Sul coordinamento tra norme generali e norme di settore con specifico riferimento alla disciplina consumeristica e a quella delle comunicazioni elettroniche si veda 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.

[2] Cfr. S. Grundmann, *Diritto contrattuale europeo e regolazione (Parte I)*, in *Contr. impr. Eur.*, 2025, 515 ss.; A. Gentili, *La volontà nel contesto digitale*, in *Riv. trim. dir. proc. civ.*, 2022, 701 ss.; C. Camardi, *Contratti digitali e mercati delle piattaforme. Un promemoria per il civilista*, in *Jus Civile*, 2021, 876 ss.; R. Bocchini, *Le categorie giuridiche nell'economia digitale: il terzo paradiso*, in *Jus Civile*, 2024, 610 ss.

[3] Cfr. G. Alpa, *Sul potere contrattuale delle piattaforme digitali*, in *Contr. impr.*, 2022, 721 ss.; N. Brutti, *L'interferenza delle tutele nei contratti di comunicazione elettronica*, in *Dir. inf.*, 2024, 55 ss.; S. Vanini, *La nuova disciplina dei contratti per la prestazione di servizi di comunicazione elettronica. La tutela degli «utenti finali» nel novellato codice delle comunicazioni elettroniche dopo l'attuazione della direttiva 2018/1972/UE (d.lgs. 8 novembre 2021, n. 207)*, in *Nuove leggi civ. comm.*, 2022, 336 ss.; D. Fauceglia, *La conformazione autoritativa dei contratti delle comunicazioni elettroniche*, in *Contr.*, 2018, 475 ss.; E. Bruti Liberati, *Regolazione e contratto nelle comunicazioni elettroniche*, in *Rivista della Regolazione dei mercati*, 2014, 47 ss.

[4] Cfr. G. Alpa, *Il mercato unico digitale*, in *Contr. impr. Eur.*, 2021, 1 ss.; G. Alpa, *La legge sui servizi digitali e la legge sui mercati digitali*, in *Contr. impr.*, 2022, 1 ss.

[5] Cfr. N. Zorzi Galgano, *Il Regolamento dell'Unione Europea del 2024 sull'intelligenza artificiale. Una prospettiva di sistema*, in *Contr. impr. Eur.*, 2025, 1 ss.; Ead., *Il Regolamento UE 2024/1689 del 13 giugno 2024 sul c.d. alto rischio inaccettabile: le pratiche inerenti sistemi di intelligenza artificiale vietate dal legislatore europeo*, in *Contr. impr.*, 2025, 45 ss.; V. Ricciuto, *L'intelligenza artificiale tra antropocentrismo della disciplina e realismo del mercato*, in *Contr. impr. Eur.*, 2025, 109 ss.; F. Bravo, *Intelligenza artificiale, autonomia contrattuale e meccanismi di controllo*, in *Contr. impr.*, 2024, 1070 ss.

[6] Cfr. M.A. Astone, A.I.*, tutela del consumatore e azioni rappresentative*, in *Contr. impr. Eur.*, 2025, 145 ss.; M. Rabitti-F. Bassan (a cura di), *L'applicazione dell'AI Act in Italia e la tutela del consumatore. Il ruolo delle autorità indipendenti*, Roma, 2025, *passim*.

[7] Cfr. N. Irti, *Significato giuridico dell'effettività*, Napoli, 2009, *passim;* G. Vettori, voce *Effettività delle tutele (Diritto civile)*, in *Enc. dir.*, Milano, 2017, 381 ss.; Id., *Effettività tra legge e diritto*, Milano, 2020, 11 ss.; V. Scalisi, *Lineamenti di una teoria assiologica dei rimedi giuridici*, in *Riv. dir. civ.*, 2018, 1045 ss.; A. Zoppini, *L'effettività in-vece del processo*, in *Riv. dir. processuale*, 2019, 676 ss.

[8] E. Minervini, *La risoluzione delle controversie tra operatori di comunicazione elettroniche ed utenti finali*, in F. Bassan (a cura di), *Diritto delle comunicazioni elettroniche*, Milano, 2010, 302.

ISSN 2281-3918/2421-2563



non solo opportuna ma anche necessaria [9]. Di qui l'emersione di modelli di tutela fondati sull'attribuzione alle competenti Autorità di regolazione di funzioni di risoluzione extragiudiziale delle controversie che possono insorgere tra operatori e utenti ovvero, in taluni casi, tra gli stessi operatori [10].

Sebbene il ricorso a sistemi di ADR appaia la soluzione più idonea ad assicurare una tutela più rapida, accessibile ed efficiente agli utenti, essa non è scevra di criticità sotto il profilo della legalità costituzionale, e segnatamente del rapporto tra giurisdizione e amministrazione, che impongono una seria riflessione su limiti, confini e garanzie di tali forme di "giustizia alternativa" [11].

In considerazione di tali premesse, il presente contributo si propone di indagare l'effettività della tutela dell'utente nei servizi di comunicazione elettronica, con particolare riferimento alle funzioni di risoluzione extragiudiziale delle controversie attribuite all'Autorità per le garanzie nelle comunicazioni [12].

---

[9] Con riferimento all'Arbitro Bancario Finanziario per il settore bancario, cfr. perlomeno M. MAUGERI, *Il ruolo del collegio di coordinamento all'interno del sistema ABF*, in *Riv. dir. comm. obbl.*, 2024, 303 ss.; G. FAUCEGLIA, *L'esperienza dell'ABF: manifestazione di una 'pedagogia'*, in *Banca borsa e titoli di credito*, 2021, 857 ss.; D. MANTUCCI (a cura di), *Le controversie bancarie e finanziarie – Trattato di Diritto dell'arbitrato*, Vol. XV, Napoli, 2020, *passim*; F. LA FATA, *Sussidiarietà e risoluzione delle controversie bancarie*, Napoli, 2020, 18 ss.; N. SOLDATI, *La terza riforma dell'Arbitro Bancario Finanziario (ABF)*, in *Contr. impr.*, 2020, 1541 ss.; A. TUCCI, *L'Arbitro bancario e finanziario tra trasparenza bancaria e giurisdizione*, in *Banca borsa tit. cred.*, 2019, 623 ss.; G.L. CARRIERO, *ABF e principali ADR in materia finanziaria: profili comparatistici*, in *Contr. impr.*, 2018, 35 ss.; P. SIRENA, *Il ruolo dell'Arbitro Bancario Finanziario nella regolazione del mercato creditizio*, in *Oss. dir. civ. comm.*, 2017, 3 ss.; A. FEDERICO, *Il procedimento di attuazione dei diritti innanzi all'Arbitro bancario finanziario*, in *Rass. dir. civ.*, 2019, 1046 ss.; F. QUARTA, *L'evoluzione dell'arbitro bancario finanziario*, in *Diritto del mercato assicurativo e finanziario*, 2019, 139 ss.; R. CARLEO, *L'arbitro bancario-finanziario: anomalia felice o modello da replicare*, in *Riv. dell'arbitrato*, 2017, 21 ss.; G. GUIZZI, *Il valore delle decisioni dell'ABF (e dell'ACF) in un libro recente*, in *Oss. dir. civ. comm.*, 2016, 567 ss.; M. STELLA, *Lineamenti degli Arbitri Bancari e Finanziari (in Italia e in Europa)*, Padova, 2016, *passim*; I.A. CAGGIANO, *L'Arbitro Bancario Finanziario, esempio virtuoso di degiurisdizionalizzazione*, in *Nuova giur. civ. comm.*, 2015, 439 ss.; M. RABITTI, Soft law *e* governance*: i fallimenti del mercato e l'esperienza dell'Arbitro Bancario Finanziario*, in M. NUZZO (a cura di), *Il principio di sussidiarietà nel diritto privato*, Torino, 2014, 623 ss.; E. CAPOBIANCO, *La risoluzione stragiudiziale delle controversie tra mediazione e procedura dinanzi all'Arbitro Bancario Finanziario*, in *Obbl. contr.*, 2012, 571 ss.; F. AULETTA, *Arbitro Bancario Finanziario e "sistemi di risoluzione stragiudiziale delle controversie"*, in *Le Società*, 2011, 83 ss.; G. GUIZZI, *L'Arbitro Bancario Finanziario nell'ambito dei sistemi di ADR: brevi note intorno al valore delle decisioni dell'ABF*, in *Le Società*, 2011, 1216 ss.; con riferimento all'Arbitro per le Controversie Finanziarie (ACF) per il settore dei servizi finanziari, cfr. perlomeno N. SOLDATI, *L'arbitro per le controversie finanziarie (ACF) tra ruolo di regolazione del mercato finanziario e di conformazione degli intermediari*, in *Contr. impr.*, 2022, 449 ss.; G. GUIZZI, *Un anno di ACF tra risultati raggiunti e qualche incognita*, in *Corr. giur.*, 2018, 5 ss.; V. MIRRA, *Il nuovo sistema ADR in ambito Consob: l'Arbitro per le Controversie Finanziarie, tra alte aspettative e primi riscontri operativi*, in *Riv. dell'arbitrato*, 2018, 615 ss.; M. DE MARI, *Prime riflessioni intorno alla competenza dell'Arbitro per le controversie finanziarie*, in *Giur. comm.*, 2018, 275 ss.; A. FACHECHI, *La gestione delle controversie finanziarie: il nuovo ACF*, in *Foro Nap.*, 2017, 377 ss.; G. PERCOCO, *Le procedure di ADR nel settore finanziario: dalla Camera di Conciliazione e Arbitrato presso la CONSOB all'Arbitro per le controversie finanziarie*, in *Rivista dell'arbitrato*, 2017, 191 ss.; N. SOLDATI, *L'arbitro per le controversie finanziarie presso la CONSOB (ACF)*, in *Contr.*, 2016, 1056 ss.; con *riferimento* all'Arbitro Assicurativo per il settore assicurativo, cfr. F. LA FATA, *La risoluzione stragiudiziale delle controversie nei contratti di assicurazione a séguito dell'istituzione dell'Arbitro assicurativo*, in *Dir. merc. ass. fin.*, 2025, 111 ss.; N. SOLDATI, *L'arbitro assicurativo (AAS): il nuovo pilastro ADR delle autorità di regolazione del mercato*, in *Contr. impr.*, 2025, 698 ss.; P. MARANO, *L'Arbitro Assicurativo come attore regolatorio: limiti strutturali e potenzialità sistemiche*, in *Ass.*, 2025, 771 ss.; P. BARTOLOMUCCI, *Ruolo e funzioni del nuovo arbitro assicurativo: disciplina attuativa e regolamentazione tecnica (D.m. 6 novembre 2024, n. 215; Provv. Ivass 23 maggio 2025, n. 106122)*, in *Nuove leggi civ. comm.*, 2025, 1104 ss.

[10] Sui benefici del ricorso alle ADR anche per le imprese si veda E. BATTELLI, *Esperienze e modelli europei di ADR. Una giustizia a misura di impresa?*, in *Riv. dir. impr.*, 2015, 563 ss.

[11] Cfr. A. FACHECHI, *La giustizia alternativa nel commercio elettronico. Profili civilistici delle ODR*, Napoli, 2016, 25 ss.

[12] Sul tema della "degiurisdizionalizzazione" delle tutele del consumatore cfr. M. ANGELONE, *La «degiurisdizionalizzazione» della tutela del consumatore*, in *Rass. dir. civ.*, 2016, 728 ss., secondo cui «L'incalzante «degiurisdizionalizzazione»

ISSN 2281-3918/2421-2563



2. La funzione di risoluzione extragiudiziale delle controversie di Agcom

La funzione di risoluzione extragiudiziale delle controversie è attribuita all'Autorità per le garanzie nelle comunicazioni dalla legge 31 luglio 1997, n. 249 («Istituzione dell'Autorità per le garanzie nelle comunicazioni e norme sui sistemi delle telecomunicazioni e radiotelevisivo»), secondo cui l'Autorità «disciplina con propri provvedimenti le modalità per la soluzione non giurisdizionale delle controversie che possono insorgere fra utenti o categorie di utenti ed un soggetto autorizzato o destinatario di licenze oppure tra soggetti autorizzati o destinatari di licenze tra loro» (art. 1, co. 11) [13].

La medesima disposizione ha introdotto il tentativo obbligatorio di conciliazione per tali controversie, da individuarsi con provvedimenti dell'Autorità, che deve essere ultimato entro trenta giorni dalla proposizione dell'istanza all'Autorità. A tal fine, i termini per agire in sede giurisdizionale sono sospesi fino alla scadenza del termine per la conclusione del procedimento di conciliazione.

All'Autorità è poi rimessa la definizione, con propri regolamenti, delle «procedure relative ai criteri minimi adottati dalle istituzioni dell'Unione europea per la regolamentazione delle procedure non giurisdizionali a tutela dei consumatori e degli utenti», e «i criteri individuati dall'Autorità nella definizione delle predette procedure costituiscono principi per la definizione delle controversie che le parti concordino di deferire ad arbitri» (art. 1, co. 12).

Sul punto è intervenuto successivamente il d.lgs. 1 agosto 2003, n. 259 («Codice delle comunicazioni elettroniche») che, ai sensi dell'art. 84 – nel testo originario –, assegnava all'Autorità il potere di «adotta[re] procedure extragiudiziali trasparenti, semplici e poco costose per l'esame delle controversie

---

sta spostando il baricentro della tutela del consumatore sempre più verso tecniche rimediali di matrice amministrativa che decampano dall'area della giurisdizione e, soprattutto, da quella del giudice ordinario. Il vigente assetto normativo consacra un «sistema binario» ovvero un «sistema integrato di protezione» che consente ai consumatori (e al più nutrito *genus* dei c.dd. «contraenti deboli»), a fronte del medesimo atto o comportamento lesivo, di reagire avvalendosi di un «modello misto» che combina «*private*» e «*public enforcement*», lasciando così assoluta libertà nella scelta del mezzo e dell'organo preposto ad assicurare il controllo e la repressione delle violazioni lamentate».

[13] Ma già cfr. Legge 14 novembre 1995, n. 481 («Norme per la concorrenza e la regolazione dei servizi di pubblica utilità. Istituzione delle Autorità di regolazione dei servizi di pubblica utilità») secondo cui, entro sessanta giorni dalla data di entrata in vigore della stessa, «con uno o più regolamenti emanati ai sensi dell'articolo 17, comma 1, della legge 23 agosto 1988, n. 400, sono definiti [...] i criteri, le condizioni, i termini e le modalità per l'esperimento di procedure di conciliazione o di arbitrato in contraddittorio presso le Autorità nei casi di controversie insorte tra utenti e soggetti esercenti il servizio, prevedendo altresì i casi in cui tali procedure di conciliazione o di arbitrato possano essere rimesse in prima istanza alle commissioni arbitrali e conciliative istituite presso le camere di commercio, industria, artigianato e agricoltura. Fino alla scadenza del termine fissato per la presentazione delle istanze di conciliazione o di deferimento agli arbitri, sono sospesi i termini per il ricorso in sede giurisdizionale che, se proposto, è improcedibile. Il verbale di conciliazione o la decisione arbitrale costituiscono titolo esecutivo» (Art. 2, co. 24, lett. *b*). Cfr. E. MINERVINI, *La risoluzione*, cit., 303 ss., spec. 305, nota 6, secondo cui tra la legge n. 481 del 1995 e la legge n. 249 del 1997 correrebbe un rapporto di genere a specie.

In argomento si vedano, inoltre, G. BONADIO, *L'Autorità per le garanzie nelle comunicazioni nel nuovo ecosistema digitale*, in L. AMMANNATI-A. CANEPA-G.L. GRECO-U. MINNECI, *Algoritmi,* Big Data*, piattaforme digitali. La regolazione dei mercati in trasformazione*, Torino, 2021, 41 ss.; F. LATTANZI-F.S. CANTELLA, *Le comunicazioni in ambito nazionale: obiettivi e interpreti*, in G. CASSANO-C.E. CAZZATO-F. DI CIOMMO (a cura di), *Trattato delle garanzie nelle comunicazioni*, Milano, 2023, 55 ss.; F. BRUNO-G. NAVA, *Il nuovo ordinamento delle comunicazioni*, Milano, 2006, 105 ss.; V. ZENO ZENCOVICH, *Il sistema integrato delle telecomunicazioni: spunti sistematici e critici sulla legge 31 luglio 1997, n. 249*, in *Dir. inf.*, 1997, 735 ss.; E. ALBANESI-A. VALASTRO-R. ZACCARIA, *Diritto dell'informazione e della comunicazione*, Padova, 2025, 105 ss.; C. CALABRÒ-R. VIOLA-L. ARIA, *L'Autorità per le garanzie nelle comunicazioni*, in G.P. CIRILLO-R. CHIEPPA (a cura di), *Trattato di diritto amministrativo*, vol. XLI, *Le autorità amministrative indipendenti*, Padova, 2010, 473 ss.; E. CHELI-G. D'AMATO, *Autorità per le garanzie nelle comunicazioni*, in *Enc. dir.*, Milano, 2000, 99 ss.; E. FRENI, *Autorità per le garanzie nelle comunicazioni*, in *Enc. Giur.*, vol. IV, Roma, 1999, 1 ss.; V. ROPPO, *Note sulla costituenda Autorità per le garanzie nelle comunicazioni*, in *Pol. Dir.*, 1997, 325 ss.

ISSN 2281-3918/2421-2563



in cui sono coinvolti i consumatori e gli utenti finali, [...] tali da consentire un'equa e tempestiva risoluzione delle stesse, prevedendo nei casi giustificati un sistema di rimborso o di indennizzo».

La menzionata disposizione, già oggetto di un primo intervento di revisione ad opera del d.lgs. 28 maggio 2012, n. 70, è stata trasposta nel vigente art. 25 CCE, come novellato dal d.lgs. 8 novembre 2021, n. 207 («Attuazione della direttiva (UE) 2018/1972 del Parlamento europeo e del Consiglio, dell'11 dicembre 2018, che istituisce il Codice europeo delle comunicazioni elettroniche (rifusione)»). Salvo che per taluni espliciti richiami alla disciplina precedente, nel prosieguo si farà riferimento alla disciplina vigente di cui all'art. 25 CCE.

L'art. 25 CCE, rubricato «Risoluzione delle controversie tra utenti finali e operatori», richiamate le menzionate disposizioni della legge istitutiva dell'Autorità, ribadisce, anzitutto, che questa «prevede con propri regolamenti le procedure extragiudiziali trasparenti, non discriminatorie, semplici e poco onerose per l'esame delle controversie tra utenti finali e operatori, inerenti alle disposizioni di cui alla parte III, titolo III [CCE] e relative all'esecuzione dei contratti e alle condizioni contrattuali».

Esso introduce due rilevanti novità. In primo luogo, al co. 2, prevede l'inserimento di Agcom nell'elenco degli organismi ADR per il settore delle comunicazioni elettroniche e postale, ai sensi dell'art. 141-*decies* c. cons.; previsione che, in precedenza, era attuata solo a livello regolamentare con delibera della stessa Autorità.

In secondo luogo, al co. 3, esso ha confermato, a livello legislativo, la perfetta alternatività, rispetto alla procedura di conciliazione svolta da Agcom e dai Corecom, delle procedure svolte dinanzi agli organismi ADR iscritti nel menzionato elenco ai fini dell'esperimento del tentativo obbligatorio di conciliazione [14].

Resta, dunque, nella facoltà delle parti promuovere il tentativo obbligatorio di conciliazione dinanzi all'Autorità o al Corecom competente ovvero dinanzi ad uno degli organismi ADR iscritti nell'elenco

[14] Nel senso indicato già Cass. 24 ottobre 2018, n. 26913, in *OneLegale*, che ha affermato il seguente principio di diritto «il carattere obbligatorio del tentativo di conciliazione non implica che esso debba necessariamente svolgersi innanzi agli organismi Co.re.com, di recente istituzione, ai fini della realizzazione della condizione di procedibilità della domanda giudiziale, essendo sufficiente che le parti si rivolgano, in via alternativa, alle camere di conciliazione istituite presso le Camere di Commercio, Industria, Agricoltura e Artigianato, o ad altri organismi che risultino muniti dei requisiti d'imparzialità, trasparenza, efficacia ed equità auspicati dalla raccomandazione della Commissione Europea 2001-310-CE. Pertanto, il tentativo di conciliazione non è proponibile dinanzi al Co.re.com. se, per la medesima controversia, è già stato esperito un tentativo di conciliazione innanzi ad altri organismi abilitati».

Sul punto si veda anche l'orientamento espresso da Cass., Sez. un., 28 aprile 2020, n. 8241, in *Foro it.*, 2021, 302 ss., con nota di A.M. MARZOCCO, *Condizione di procedibilità e giurisdizione condizionata nel tentativo di conciliazione in materia di comunicazioni elettroniche: riflessioni sull'intervento delle sezioni unite*; in *Giustiziacivile.com*, 2020, 1 ss., con nota di G. FANELLI, *Le Sezioni Unite fanno chiarezza sulle conseguenze del mancato esperimento del tentativo di conciliazione in materia di telecomunicazioni*. La Suprema Corte, con riferimento al tempo in cui non tutte le deleghe erano state conferite da Agcom ai Corecom e pertanto il tentativo di conciliazione sia pure qualificato obbligatorio non poteva essere ancora concretamente esperito innanzi al Corecom territorialmente competente, in ordine all'interpretazione dell'alternatività dell'esperimento del tentativo obbligatorio di conciliazione innanzi agli altri organismi individuati da Agcom, ha riaffermato il principio di diritto già espresso da Cass. n. 14103 del 2011 e Cass. n. 2536 del 2012, secondo cui «nel regime introdotto dalla Delib. 182/02/CONS dell'Autorità per le Garanzie nelle Comunicazioni, l'art. 1, comma 3, di essa – laddove prevede che la disposizione dell'art. 12 dell'annesso Allegato A (recante il Regolamento di procedura relativo alle controversie fra gli organismi di telecomunicazioni ed utenti), entrasse in vigore immediatamente, pur in presenza di una situazione in cui le funzioni delegate ai Co.Re.Com. non fossero state ancora da essi esercitabili e, quindi, non fosse stato esperibile il tentativo di conciliazione obbligatorio previsto dell'art. 3 dello stesso Allegato – deve essere interpretato nel senso che il tentativo di conciliazione davanti agli altri organismi indicati dallo stesso art. 12 (previsto a regime come facoltà alternativa all'obbligo di esperire la conciliazione ai sensi del citato art. 3 davanti al Co.Re.Com.) sia meramente facoltativo e non già obbligatorio».

ISSN 2281-3918/2421-2563



di cui all'art. 141-*decies* c. cons. Precisamente, il tentativo obbligatorio di conciliazione può essere svolto anche mediante organismi di negoziazione paritetica con la partecipazione delle associazioni dei consumatori, iscritti nell'elenco di cui alla delibera n. 661/15/CONS; presso gli organismi ADR iscritti nell'elenco di cui alla delibera n. 661/15/CONS; nonché dinanzi alle Camere di conciliazione istituite presso le Camere di commercio, industria, artigianato e agricoltura aderenti al protocollo d'intesa stipulato tra l'Autorità e Unioncamere, iscritte nell'elenco di cui alla delibera n. 661/15/CONS.

La funzione di risoluzione extragiudiziale delle controversie attribuita ad Agcom nel settore dei servizi di comunicazione elettronica è declinata in due forme: da un lato, nella previsione del tentativo obbligatorio di conciliazione per le controversie tra utenti e operatori ovvero tra operatori e, dall'altro, nella previsione, «nei casi giustificati, [di] un sistema di rimborso o di indennizzo», attuata – a livello regolamentare – dalla previsione di una procedura di definizione delle medesime controversie che presuppone poteri *lato sensu* decisori in capo alla stessa Autorità.

Tali strumenti sono funzionali al conseguimento dell'obiettivo di deflazionare il contenzioso ordinario oltre che, nella specifica materia consumeristica, alla migliore realizzazione dell'effettività della tutela dei consumatori [15].

Sebbene gli ordinamenti nazionale ed europeo esibiscano un sicuro e significativo *favor* verso le procedure di risoluzione alternativa delle controversie [16] – come emerge pure, ai fini che qui interessano, dalla lettura del testo dell'art. 25, co. 1, CCE secondo cui tali procedure «consentono una equa e tempestiva risoluzione delle controversie» –, è salva «la tutela giurisdizionale prevista dalla vigente normativa».

Peraltro, una diversa conclusione sarebbe stata impedita, a livello sovranazionale, dall'art. 6, par. 1, CEDU, e dall'art. 47, co. 2, della Carta dei diritti fondamentali dell'Unione europea e, a livello costituzionale, dall'art. 24 Cost. Tali disposizioni, infatti, escludono che l'esercizio del diritto di azione giudiziale possa essere precluso dalla previsione di un meccanismo di risoluzione alternativa delle controversie o dalla previsione di un rimedio giustiziale.

Occorre, inoltre, precisare che le disposizioni richiamate non hanno attribuito ad Agcom poteri giurisdizionali – il che sarebbe stato, peraltro, precluso dal divieto di istituire giudici speciali *ex* art. 102 Cost. –, bensì "giustiziali". Quello che si svolge dinanzi ad Agcom è un vero e proprio procedimento amministrativo volto alla soluzione di un conflitto, caratterizzato dal contraddittorio e concluso con un provvedimento di natura amministrativa [17].

---

[15] Cfr. C. GRANELLI, *L'art. 11*-bis *della direttiva 2005/29/CE:* ratio*, problemi interpretativi e margini di discrezionalità concessi agli Stati membri ai fini del recepimento*, in *Jus civile*, 2022, 262.

[16] In tal senso si veda la Direttiva 2013/11/UE del Parlamento europeo e del Consiglio, del 21 maggio 2013, sulla risoluzione alternativa delle controversie dei consumatori, che modifica il regolamento (CE) n. 2006/2004 e la direttiva 2009/22/CE (Direttiva sull'ADR per i consumatori). In argomento cfr. G. Recinto, *Foro del consumatore e clausole di predeterminazione dell'Organismo ADR: le novità derivanti dal d.lgs. 6 agosto 2015, n. 130, e l'occasione per ripensare la relazione tra strumenti di deflazione del contenzioso, da un lato, e giustizia, statale o privata, dall'altro*, in *Nuove leggi civ. comm.*, 2016, 118 ss.; P. BARTOLOMUCCI, *La nuova disciplina delle procedure di risoluzione alternativa delle controversie in materia di consumo: il d.lgs. n. 130/15 e le modifiche del codice del consumo*, in *Nuove leggi civ. comm.*, 2016, 494 ss.; T. ROSSI, *Effettività della tutela nella recente regolamentazione europea di ADR e ODR*, in *Rass. dir. civ.*, 2014, 831 ss.

[17] Cfr. A. PAJNO, *L'esercizio di attività in forme contenziose*, in S. CASSESE-C. FRANCHINI (a cura di), *I garanti delle regole*, Bologna, 1996, 107 ss., che discorre di "attività amministrativa in forma contenziosa". Sul punto si veda, inoltre, CGUE, 31 maggio 2005, C-53/03, che ha escluso la legittimazione di una autorità nazionale antitrust al rinvio *ex* art. 234 del Trattato CE, osservando che tale rinvio può essere effettuato «solo da un organo chiamato a statuire su una controversia pendente dinanzi ad esso nell'ambito di un procedimento destinato a risolversi in una pronuncia di carattere giurisdizionale». In argomento cfr.

ISSN 2281-3918/2421-2563



Il carattere giurisdizionale delle funzioni di risoluzione delle controversie affidate alle Autorità amministrative indipendenti è stato escluso dalla giurisprudenza di legittimità [18], che ha pure escluso che possa residuare spazio, nell'ordinamento costituzionale, per una funzione "paragiurisdizionale" distinta da quelle giurisdizionale e amministrativa [19].

Nello stesso senso si è espressa la giurisprudenza costituzionale che ha escluso la legittimazione dell'Autorità Garante della concorrenza e del mercato a sollevare questioni di legittimità costituzionale [20].

L'attuazione delle disposizioni di cui all'art. 1, co. 11, 12 e 13 della legge istitutiva dell'Autorità, e di cui all'art. 25, co. 1, CCE è avvenuta mediante l'adozione di una serie di regolamenti che si sono succeduti nel tempo, attraverso i quali Agcom ha disciplinato le procedure di risoluzione extragiudiziale delle controversie nel settore delle comunicazioni elettroniche [21].

A. COLAVECCHIO, *L'accesso in via pregiudiziale alla Corte di giustizia: porte chiuse per le Autorità indipendenti?*, in *Quad. cost.*, 2006, 137 ss.

[18] Cass. 12 ottobre 2012, n. 17408, in *OneLegale*.

[19] Cass. 20 maggio 2002, n. 7341, in *Giur. it.*, 2003, 856 ss.

[20] Corte cost. 31 gennaio 2019, n. 13, in *Federalismi.it*, 2020, 110 ss., con commento di O. SPATARO, *Autorità amministrative indipendenti e controllo di costituzionalità: considerazioni a partire dalla sentenza n. 13 del 2019 della Corte costituzionale*, secondo cui, nonostante la giurisprudenza costituzionale sia elastica nel considerare legittimati a sollevare questione di legittimità costituzionale anche organi non incardinati in un ordine giudiziario, il requisito della terzietà resta essenziale. Tale requisito manca nel caso dell'Autorità garante della concorrenza e del mercato, che è parte (resistente) del processo amministrativo avente ad oggetto l'impugnazione dei suoi provvedimenti, sottoposti al vaglio del giudice amministrativo, al pari di qualsiasi altro provvedimento. L'ammissibilità della legittimazione di Agcm contrasta, dunque, con l'orientamento della Corte costituzionale secondo cui «gli organi giurisdizionali sono «estranei per definizione alla situazione sostanziale» (sentenza n. 243 del 1989), la posizione del giudice esclude qualsiasi, anche indiretto, interesse alla causa da decidere (sentenza n. 18 del 1989), il giudice «non può essere considerato super partes quando appare portatore di uno degli interessi in conflitto dal momento che la censura investe proprio il provvedimento da lui emesso» (sentenza n. 128 del 1974), «uno dei dati che danno carattere giurisdizionale ad un organo è l'estraneità dell'interesse in ordine al quale esso dà la sua pronunzia» (sentenza n. 110 del 1967)».

Sul difetto di terzietà delle Autorità amministrative indipendenti si veda anche Corte EDU, 4 marzo 2014, Grande Stevens e altri c. Italia, in *Foro nap.*, 2015, 298 ss., con nota di M. ZARRO, *Il procedimento dinnanzi alla Consob può definirsi «avente carattere penale»? Il procedimento dinnanzi alla Consob è conforme all'art. 6 della Convenzione europea dei diritti dell'Uomo? Il fatto che per una medesima condotta si sia sottoposti ad un duplice procedimento sia penale sia amministrativo non è violativo del principio del ne bis in idem?*; in *Giur. cost.*, 2014, 2919 ss., con nota di M. MANETTI, *Il paradosso della Corte EDU, che promuove la Consob (benché non sia imparziale) e blocca il giudice penale nel perseguimento dei reati di* market abuse; in *Giur. it.*, 2014, 1196 ss., con nota di V. ZAGREBELSKY, *Le sanzioni Consob, l'equo processo e il* ne bis in idem *nella* Cedu; *ivi*, 1642 ss., con nota di E. DESANA, *Procedimento CONSOB e* ne bis in idem: *respinta l'istanza di rinvio*; in *Giur. comm.*, 2014, 543 ss., con nota di G. ABBADESSA, *Il caso Fiat-Ifil alla Corte europea dei diritti dell'uomo. Nozione di "pena" e contenuti del principio "ne bis in idem"*.

In senso critico sul mancato riconoscimento in capo alle Autorità amministrative indipendenti della qualifica di giudice *a quo* M. ANGELONE, *Giudici e Autorità indipendenti: concorrenza e sinergia tra rimedi*, in G. PASSAGNOLI-F. ADDIS-G. CAPALDO-A. RIZZI-S. ORLANDO (a cura di), Liber Amicorum *per Giuseppe Vettori*, Firenze, 2022, 106 s., che lo reputa «un'occasione persa [...] posto che la diffusione della legalità costituzionale costituisce, per definizione, un primario fattore di avanzamento nella direzione dell'effettività della tutela».

[21] Il primo regolamento in materia è stato adottato da Agcom con Delibera 182/02/CONS del 19 giugno 2002 sostituito, successivamente all'entrata in vigore del Codice delle comunicazioni elettroniche, dal Regolamento adottato con Delibera 173/07/CONS. Il Regolamento adottato con Delibera 173/07/CONS è stato poi sostituito dal Regolamento di cui all'Allegato A della Delibera 203/18/CONS, oggetto di successive revisioni ad opera dell'Allegato A alla Delibera 353/19/CONS, dell'Allegato B alla Delibera 390/21/CONS e dell'Allegato B alla Delibera n. 358/22/CONS, fino all'ultima revisione di cui al vigente «Regolamento sulle procedure di risoluzione delle controversie tra utenti e fornitori di servizi dell'ecosistema digitale» di cui all'Allegato B alla delibera n. 194/23/CONS. Cfr. A.M. MARZOCCO, *sub art. 25*, in L. ARIA-C. CONTESSA-P. DEL VECCHIO, *Codice delle comunicazioni elettroniche*, vol. I, Napoli, 2025, 230 ss.

ISSN 2281-3918/2421-2563



Essa trova oggi una compiuta disciplina nel vigente «Regolamento sulle procedure di risoluzione delle controversie tra utenti e fornitori di servizi dell'ecosistema digitale» di cui all'Allegato B alla delibera n. 194/23/CONS (c.d. Regolamento di procedura).

3. Ambito di applicazione oggettivo

L'ambito di applicazione del Regolamento di procedura è definito dall'art. 2, in attuazione dell'art. 1, co. 11 e 12 della legge istitutiva dell'Autorità, cui esso fa espresso rinvio.

Esso rimette alla competenza dell'Autorità «la risoluzione delle controversie in materia di comunicazioni elettroniche tra utenti e operatori inerenti al mancato rispetto delle disposizioni relative al servizio universale e ai diritti degli utenti stabilite dalle norme legislative, dalle delibere dell'Autorità, dalle condizioni contrattuali e dalle carte dei servizi» (art. 2, co. 1).

Con successivi interventi di revisione del Regolamento di procedura, l'Autorità ha esteso l'ambito di applicazione del Regolamento alle controversie tra utenti e fornitori di servizi di media audiovisivi (SMA) e alle controversie tra utenti e fornitori di piattaforme per la condivisione di video (VSP), in attuazione rispettivamente dell'art. 40, co. 1, e dell'art. 42, co. 9, del TUSMA [22], per le quali tuttavia il tentativo di conciliazione resta facoltativo [23].

La possibilità di individuare le controversie da sottoporre al tentativo obbligatorio di conciliazione mediante provvedimenti amministrativi dell'Autorità di regolazione competente è apparsa problematica in ragione della riserva di legge in materia processuale *ex* artt. 24, co. 1, e 111, co. 1, Cost., che opera sia con riferimento all'introduzione di fattispecie di giurisdizione condizionata, sia con riferimento alla concreta individuazione delle controversie ad essa sottoposte, e segnatamente alla determinazione dell'ambito di applicazione oggettivo e soggettivo delle stesse [24]. Occorre dunque verificare che la legge abbia fissato quanto meno i principi e i criteri direttivi che i regolamenti amministrativi devono osservare nel definire l'ambito oggettivo e soggettivo di applicazione della fattispecie di giurisdizione condizionata. Segnatamente, ai fini della presente indagine, si tratta di verificare se Agcom, nell'esercizio del potere regolamentare, abbia individuato le controversie sottoposte al tentativo obbligatorio di conciliazione nel rispetto dei principi e dei criteri direttivi fissati dall'art. 1, co. 11, della legge n. 249 del 1997 e dall'art. 25, co. 1, CCE [25].

---

[22] D.lgs. 8 novembre 2021, n. 208 («Attuazione della direttiva (UE) 2018/1808 del Parlamento europeo e del Consiglio, del 14 novembre 2018, recante modifica della direttiva 2010/13/UE, relativa al coordinamento di determinate disposizioni legislative, regolamentari e amministrative degli Stati membri, concernente il testo unico per la fornitura di servizi di media audiovisivi in considerazione dell'evoluzione delle realtà del mercato»). Cfr. M.A. ASTONE, *Tutela degli utenti e responsabilità dei fornitori di servizi media audiovisivi. Dalla direttiva 2018/1808/UE al Regolamento sui servizi digitali*, in *Contr. impr. Eur.*, 2023, 528 ss.; C. CONTESSA-P. DEL VECCHIO (a cura di), *Testo unico servizi media e audiovisivi*, Napoli, 2023, *passim*; R. MASTROIANNI-O. POLLICINO-M. BASSINI (a cura di), *Il T.U. dei servizi di media audiovisivi*, Milano, 2024, *passim*.

[23] Cfr. G. BONADIO, *L'Autorità per le garanzie nelle comunicazioni*, cit., 52 ss.; E.M. COTUGNO, *Articolo 40. Risoluzione extragiudiziale delle controversie*, in C. CONTESSA-P. DEL VECCHIO (a cura di), *Testo unico servizi media e audiovisivi*, Napoli, 2023, 746 ss.; L. ARIA-F. MOROLLO, *I meccanismi di risoluzione extragiudiziale delle controversie tra utenti e fornitori di servizi*, in R. MASTROIANNI-O. POLLICINO-M. BASSINI (a cura di), *Il T.U. dei servizi di media audiovisivi*, cit., 203 ss.

[24] Cfr. A.M. MARZOCCO, *Riserva di legge in materia processuale e potere regolamentare dell'AGCom: l'individuazione delle controversie sottoposte al tentativo obbligatorio di conciliazione nel Reg. 173/07/Cons*, in C. IANNELLO (a cura di), *Le autorità indipendenti tra funzione regolativa e* judicial review, Napoli, 2018, 179 ss. Più in generale, sulla riserva di legge in materia processuale, si veda G. SORRENTI, *Riserva di legge in materia processuale e latitudine del sindacato di costituzionalità*, in *Diritto pubblico*, 2014, 807 ss.

[25] A.M. MARZOCCO, *sub art. 25*, cit., 240 ss.

ISSN 2281-3918/2421-2563



L'art. 1, co. 11, legge n. 249 del 1997 si limita ad annoverare tra le controversie sottoposte al tentativo obbligatorio di conciliazione quelle che possono insorgere «fra utenti o categorie di utenti ed un soggetto autorizzato o destinatario di licenze oppure tra soggetti autorizzati o destinatari di licenze tra loro» [26]. L'art. 25, co. 1, CCE è invece più specifico nell'individuarle in quelle «tra utenti finali e operatori, inerenti alle disposizioni di cui alla parte III, titolo III [CCE, relativo ai diritti degli utenti finali] e relative all'esecuzione dei contratti e alle condizioni contrattuali».

Si tratta in buona sostanza delle «controversie in materia di comunicazioni elettroniche tra utenti e operatori inerenti al mancato rispetto delle disposizioni relative al servizio universale e ai diritti degli utenti stabilite dalle norme legislative, dalle delibere dell'Autorità, dalle condizioni contrattuali e dalle carte dei servizi», di cui riferisce l'art. 2, co. 1, del Regolamento di procedura.

In ragione della riserva di legge in materia processuale, deve certamente escludersi che l'art. 1, co. 11, della legge n. 249 del 1997, richiamato dall'art. 25, co. 1, CCE, abbia inteso attribuire ad Agcom il potere discrezionale di individuare liberamente, nell'ambito delle controversie tra utenti ed operatori di comunicazioni elettroniche, quali di esse siano sottoposte al tentativo obbligatorio di conciliazione e quali invece siano sottratte ad esso.

Deve piuttosto ritenersi che la menzionata disposizione abbia soltanto inteso demandare al potere regolatorio di Agcom la definizione della nozione generale di controversia tra utenti ed operatori di comunicazioni elettroniche; operazione che, come rilevato, risulta compiuta – almeno in parte – a livello legislativo dall'art. 25, co. 1, CCE [27].

La funzione definitoria demandata ad Agcom è stata assolta mediante il citato art. 2, co. 1, del Regolamento di procedura che, in attuazione dell'art. 1, co. 11, della legge n. 249 del 1997, ha sottoposto al tentativo obbligatorio di conciliazione – quale condizione di procedibilità della domanda giudiziale – tutte le controversie tra utenti ed operatori di comunicazioni elettroniche, salvo quelle espressamente escluse.

Precisamente sono escluse dal tentativo obbligatorio di conciliazione, in primo luogo, le controversie «attinenti esclusivamente al recupero di crediti relativi alle prestazioni effettuate dall'operatore, a eccezione di quelle inerenti a crediti o prestazioni contestate dall'utente» (art. 2, co. 2) [28] e le controversie

---

[26] Rispetto a queste ultime, tuttavia, la disciplina regolamentare adottata da Agcom non contempla più un tentativo obbligatorio di conciliazione. In argomento cfr. A. FACHECHI-G. MAZZARA, *sub art. 26*, in L. ARIA-C. CONTESSA-P. DEL VECCHIO, *Codice delle comunicazioni elettroniche*, vol. I, Napoli, 2025, 261 ss.

[27] Così A.M. MARZOCCO, *sub art. 25*, cit., 241 s., secondo cui «a favore dell'esclusione che l'AGCom possa individuare, nell'ambito di tali controversie, quali siano sottoposte e quali invece sottratte al tentativo obbligatorio di conciliazione depone, in primo luogo, l'interpretazione letterale dell'appena ricordato articolo 1, comma 11, L. 249/1997. La successione tra il primo e il secondo periodo del comma evidenzia che l'AGCom ha ricevuto soltanto il compito di definire quali siano le «predette controversie» che l'articolo 1, comma 11, L. 249/1997, quale fonte legislativa richiamata anche dall'articolo 25, comma 1, CCE sottopone tutte al tentativo obbligatorio di conciliazione. Se invece si ritenesse che l'articolo 1, comma 11, L. 249/1997 abbia conferito all'Autorità il compito di individuare, nell'ambito di quel *genus*, le singole controversie sottoposte al tentativo obbligatorio di conciliazione, in concreto si attribuirebbe all'Autorità il potere di scegliere, in modo discrezionale, quali controversie siano sottoposte ad una condizione di procedibilità della domanda giudiziale. Ciò susciterebbe seri dubbi sulla legittimità della norma legislativa, così interpretata, in relazione agli artt. 24, comma 1, e 111, comma 1, Cost.». In argomento si veda, inoltre, A.M. MARZOCCO, *Le controversie in materia di comunicazioni elettroniche. Contributo allo studio della giurisdizione condizionata*, Roma, 2012, 5 ss.

[28] E. MINERVINI, *La risoluzione*, cit., 309 secondo il quale «la *ratio* della norma è limpida: le controversie per il mero recupero dei crediti nei confronti di utenti finali morosi ben difficilmente possono essere composte mediante metodi di risoluzione alternativa, ed in particolare mercé la conciliazione: per giunta, il loro elevato numero finirebbe per ingolfare e congestionare i Co.re.com.». In argomento tuttavia si vedano talune pronunce della giurisprudenza di legittimità: Cass. 30 settembre 2008, n.

ISSN 2281-3918/2421-2563



«promosse ai sensi degli articoli 37, 139, 140 e 140 *bis* del Codice del consumo» [29], nonché «quelle attinenti esclusivamente a profili tributari o di tutela della privacy» [30] (art. 2, co. 3).

In considerazione dell'ampiezza della nozione di servizio di comunicazione elettronica recata dall'art. 2, co. 1, lett. *fff*, CCE [31], peraltro destinata a incrementare a fronte del continuo avanzare dell'innovazione tecnologica, nonché delle numerose fonti concorrenti da cui possono discendere diritti in capo all'utente o all'operatore di servizi di comunicazione elettronica [32], il numero delle controversie

---

24334, in *Foro it.*, 2009, 2157 ss., con nota di G. ROMUALDI, secondo cui «In tema di contratti in materia di telecomunicazioni tra utente e soggetto autorizzato o destinatario di licenze rientranti tra le fattispecie disciplinate dalla L. 31 luglio 1997, n. 249 ("Istituzione dell'Autorità per le garanzie nelle comunicazioni e norme sui sistemi delle telecomunicazioni e radiotelevisivo") e dal "Regolamento concernente la risoluzione delle controversie tra organismi di telecomunicazioni e utenti", approvato da detta Autorità (v. l'Allegato A, Delib. n. 182/02/CONS), anche le controversie volte a stabilire se sia stato o meno stipulato uno dei predetti contratti sono assoggettate alla disciplina prevista in detta normativa, nell'art. 1 citato, comma 11, e negli artt. 3 e 4 del regolamento; e quindi l'attore, prima di agire in giudizio, è tenuto a promuovere preventivamente un tentativo di conciliazione dinanzi al Corecom competente per territorio»; Cass. 27 ottobre 2008, n. 25853, in *Foro it.*, 2009, 2157 ss., con nota di G. ROMUALDI, secondo cui «la condizione di proponibilità dell'azione di cui alla L. n. 249 del 1997, art. 1, non può estendersi a controversie diverse da quelle espressamente contemplate, per cui non opera quando l'attore non abbia stipulato alcun contratto di utenza telefonica con la società convenuta e quando si controverta di situazioni soggettive derivanti da rapporti che nulla hanno a che vedere con quello di utenza telefonica. Nel caso di specie la citata norma non può trovare applicazione, posto che alle ricorrenti non può essere attribuita la qualifica di "utenti" — non essendo intestatarie, come risulta pacifico tra le parti, di un'utenza telefonica della resistente S.p.A. Telecom Italia — e che la controversia ha ad oggetto la richiesta di un'indennità per "essere stati installati dalla Telecom n. quattro pali" (prima pagina della sentenza impugnata) su un terreno di proprietà della M. e delle C.».

[29] E. MINERVINI, *La risoluzione*, cit., 310, secondo il quale «anche la *ratio* di siffatta esclusione è chiara: il regolamento ha ad oggetto le controversie tra utenti finali ed operatori, e non tra associazioni dei consumatori e degli utenti rappresentative a livello nazionale (o associazioni rappresentative dei professionisti o Camere di commercio) ed operatori».

Il Regolamento di procedura richiama gli artt. 139, 140 e 140-*bis* c. cons. nonostante l'intervenuta abrogazione degli stessi ad opera della legge 12 aprile 2019, n. 31, che ha adottato una nuova disciplina dell'azione di classe e dell'azione inibitoria collettiva, inserendola nel codice di procedura civile, agli artt. 840 *bis* ss. Cfr. A. CARRATTA, *I nuovi procedimenti collettivi: considerazioni a prima lettura*, in *Giur. it.*, 2019, 2297 ss.; F. COSSIGNANI, *L'ammissibilità della domanda nell'azione di classe*, *ivi*, 2300 ss.; M. BOVE, *L'aderente*, *ivi*, 2303; A. MENGALI, *La fase istruttoria nella nuova azione di classe*, *ivi*, 2310 ss.; A. GIUSSANI, *La fase di determinazione del* quantum *nella nuova azione di classe*, *ivi*, 2316 ss.; D. AMADEI, *La conciliazione collettiva nelle nuove azioni di classe ed inibitoria*, *ivi*, 2324 ss.; I. PAGNI, *L'azione inibitoria collettiva*, *ivi*, 2329 ss. Sui rapporti tra la menzionata disciplina e quella delle azioni rappresentative di cui agli artt. 140 *ter* c. cons. si veda 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 ss.

Sulla tutela degli interessi collettivi dei consumatori mediante strumenti alternativi di risoluzione delle controversie si vedano le osservazioni di M.A. ASTONE, *Transazioni collettive e tutela dei consumatori nella previsione dell'art. 140-decies c.cons.*, in *Nuove leggi civ. comm.*, 2024, 1212 ss.

[30] Con riferimento all'esclusione delle controversie attinenti esclusivamente a profili tributari o di tutela della *privacy*, pur sussistendo anche rispetto ad esse un contratto da cui deriva l'acquisto della qualità di utente, sembra potersi escludere una reale inerenza delle stesse al menzionato rapporto negoziale secondo i criteri indicati dalla giurisprudenza di legittimità (*supra* nota 28), secondo cui il tentativo di conciliazione non si può ritenere prescritto quando l'attore non abbia stipulato alcun contratto di utenza con la società convenuta o «quando si controverta di situazioni soggettive derivanti da rapporti che nulla hanno a che vedere con quello di utenza». Così A.M. MARZOCCO, *sub art. 25*, cit., 245 s., secondo cui, «l'esistenza di un contratto da cui discenda l'acquisto della qualità di utente e l'inerenza della controversia al rapporto da esso sorto costituiscono idonei criteri per delimitare le controversie sottoposte al tentativo di conciliazione».

[31] Art. 2, co. 1, lettera *fff*, CCE: «servizio di comunicazione elettronica: i servizi, forniti di norma a pagamento su reti di comunicazioni elettroniche, che comprendono, con l'eccezione dei servizi che forniscono contenuti trasmessi utilizzando reti e servizi di comunicazione elettronica o che esercitano un controllo editoriale su tali contenuti, i tipi di servizi seguenti: 1) servizio di accesso a internet quale definito all'articolo 2, secondo comma, punto 2), del regolamento (UE) 2015/2120; 2) servizio di comunicazione interpersonale; 3) servizi consistenti esclusivamente o prevalentemente nella trasmissione di segnali come i servizi di trasmissione utilizzati per la fornitura di servizi da macchina a macchina e per la diffusione circolare radiotelevisiva».

[32] Cfr. E. ALBANESI-A. VALASTRO-R. ZACCARIA, *Diritto dell'informazione e della comunicazione*, cit., 123 ss.

ISSN 2281-3918/2421-2563



suscettibili di essere sottoposte al tentativo obbligatorio di conciliazione appare quanto più elevato, potendovi rientrare le controversie relative ai contratti di telefonia fissa, di telefonia mobile, di servizi internet, ecc.

Tali controversie, come rilevato, sono sottoposte, a pena di improcedibilità della domanda giudiziale, a un tentativo obbligatorio di conciliazione. Si realizza così una fattispecie di giurisdizione condizionata [33], la cui legittimità è stata *confermata* da numerosi interventi della giurisprudenza nazionale – costituzionale [34] e di legittimità [35] – ed europea [36].

4. Ambito di applicazione soggettivo

L'ambito di applicazione soggettivo del Regolamento di procedura è circoscritto alle controversie tra utenti e operatori, non avendo dato attuazione il Regolamento alla disposizione di cui all'art. 26 CCE, la quale concerne, invece, la risoluzione delle controversie tra imprese [37].

Rileva, pertanto, preliminarmente, la nozione di operatore di servizi di comunicazione elettronica, da intendersi, ai sensi dell'art. 2, co. 1, lett. *ll*, CCE, come «un'impresa che fornisce o è autorizzata a

[33] Cfr. E. MINERVINI, ODR *e tentativo obbligatorio di mediazione*, in M. IMBRENDA-A. FACHECHI (a cura di), *Meccanismi alternativi di risoluzione delle controversie nel commercio elettronico*, Napoli, 2015, 161 ss.; A.M. MARZOCCO, *Le controversie*, cit., *passim*.

[34] Cfr. Corte cost. 24 marzo 2006, n. 125, in *Giur. cost.*, 2006, 1186 ss.; Corte cost. 6 luglio 2006, n. 268, in *Giur. cost.*, 2006, 2817 ss.; Corte cost. 30 novembre 2007, n. 403, in *Giur. it.*, 2008, 1099 ss., con nota di T. GUARNIER, *Ragionevolezza, interpretazione e dialogo tra giudici – Come la corte risponde alle esigenze di flessibilità dell'ordinamento*; nonché Corte cost. 18 febbraio 2009, n. 51, in *Giur. cost.*, 2009, 373 ss., che, dichiarata la manifesta infondatezza delle questioni sollevate, ha ribadito che «la previsione di uno strumento quale il tentativo obbligatorio di conciliazione […] è finalizzata ad assicurare l'interesse generale al soddisfacimento più immediato delle situazioni sostanziali realizzato attraverso la composizione preventiva della lite rispetto a quello conseguito attraverso il processo» e «che, pertanto, l'istituto in esame costituisce uno strumento volto ad assicurare un più «elevato livello di protezione dei consumatori e promuovere la fiducia dei consumatori», in linea peraltro con le indicazioni di cui alla raccomandazione della Commissione CE del 4 aprile 2001 (Sui principi applicabili agli organi extragiudiziali che partecipano alla risoluzione consensuale delle controversie in materia di consumo)».

[35] *Ex multis* Cass., Sez. un., 28 aprile 2020, n. 8241, cit.

[36] Cfr. CGUE 18 marzo 2010, cause riunite C-317/08, C-318/08, C-319/08 e C-320/08, *Rosalba Alassini e a.*, in *Foro it.*, 2010, 361 ss., con nota di G. ARMONI-P. PORRECA, *La mediazione civile nel sistema costituzionale-comunitario*; in *Giur. it.*, 2010, 2585 ss., con nota di C. BESSO, *Obbligatorietà del tentativo di conciliazione e diritto all'effettività della tutela giurisdizionale*; in *Guida dir.*, 2010, 18 ss., con note di M. CASTELLANETA, *La soluzione extragiudiziaria delle controversie realizza pienamente l'obiettivo della direttiva*, e di G. FINOCCHIARO, *Un'interpretazione dei giudici di Lussemburgo in linea anche con i parametri costituzionali*; in *Riv. dir. ind.*, 2011, 113 ss., con nota di F. NICOLINI, *Comunicazioni elettroniche e tutela del consumatore: note a margine della sentenza Alassini*, che ha affermato la compatibilità del tentativo obbligatorio di conciliazione per le controversie in materia di servizi di comunicazioni elettroniche con il diritto ad una tutela giurisdizionale effettiva in ragione del fatto che, secondo giurisprudenza costante, «i diritti fondamentali non si configurano come prerogative assolute, ma possono soggiacere a restrizioni, a condizione che queste rispondano effettivamente ad obiettivi di interesse generale perseguiti dalla misura di cui trattasi e non costituiscano, rispetto allo scopo perseguito, un intervento sproporzionato ed inaccettabile, tale da ledere la sostanza stessa dei diritti così garantiti», e da diversi elementi emerge che la procedura in esame «non è tale da rendere praticamente impossibile o eccessivamente difficile l'esercizio dei diritti conferiti ai singoli dalla direttiva in questione». Infatti, in primo luogo, il risultato della procedura di conciliazione non è vincolante nei confronti delle parti interessate e non incide sul loro diritto ad un ricorso giurisdizionale; in secondo luogo, la procedura di conciliazione non comporta, di regola, un ritardo sostanziale nella proposizione di un ricorso giurisdizionale, essendo il termine per chiudere la procedura di conciliazione di trenta giorni a decorrere dalla presentazione della domanda e, alla scadenza di tale termine, le parti possono proporre un ricorso giurisdizionale, anche ove la procedura non sia stata conclusa; in terzo luogo, la prescrizione dei diritti è sospesa per il periodo della procedura di conciliazione; in quarto luogo, i costi derivanti dalla procedura di conciliazione dinanzi al Co.re.com sono inesistenti.

[37] Cfr. A. FACHECHI-G. MAZZARA, *sub art. 26*, cit., 261 ss.



fornire una rete pubblica di comunicazione elettronica, o una risorsa correlata». Tale definizione appare sostanzialmente coincidente con quella recata dal Regolamento di procedura all'art. 1, co. 1, lett. *m*, che individua l'operatore in «ogni impresa che fornisce o è autorizzata a fornire una rete pubblica di comunicazione elettronica, o una risorsa correlata».

Un'ulteriore novità introdotta dall'art. 25 CCE, rispetto alla formulazione del corrispondente art. 84 CCE nel testo anteriore alla riforma del 2021 [38], è il riferimento agli "utenti finali" [39] in luogo di quello ai "consumatori".

Tale scelta appare maggiormente coerente con il testo della disposizione di cui all'art. 1, co. 11, della legge istitutiva dell'Autorità, che costituisce il fondamento primario della funzione di risoluzione delle controversie attribuita ad Agcom e che fa riferimento, più in generale, a «utenti o categorie di utenti».

Ne consegue che destinatario del Regolamento di procedura non è il consumatore [40], bensì l'utente finale, definito dall'art. 2, co. 1, lett. *cccc*, CCE come «un utente che non fornisce reti pubbliche di comunicazione elettronica o servizi di comunicazione elettronica accessibili al pubblico o a gruppi chiusi di utenti», ovvero l'utente, inteso quale «persona fisica o giuridica che utilizza o chiede di utilizzare un servizio di comunicazione elettronica accessibile al pubblico, e che non fornisce reti pubbliche di comunicazione o servizi di comunicazioni elettroniche accessibili al pubblico» (art. 2, co. 1, lett. *dddd*, CCE) [41].

Le definizioni di utente e di utente finale contenute nel Codice delle comunicazioni elettroniche appaiono sostanzialmente corrispondenti a quella di utente recata dall'art. 1, co. 1, lett. *l*, del Regolamento di procedura («ogni persona fisica o giuridica che non fornisce reti pubbliche di comunicazione o servizi di comunicazione elettronica accessibili al pubblico o a gruppi chiusi di utenti, che utilizza o chiede di utilizzare un servizio di comunicazione elettronica accessibile al pubblico o a gruppi chiusi di utenti ovvero il consumatore finale che, attraverso l'accesso a una piattaforma distributiva, fruisce dei prodotti audiovisivi in virtù di un contratto con un fornitore di servizi di media») che, peraltro, opera un generale rinvio, per le definizioni non espressamente indicate, a quelle contenute nell'art. 2, co. 1, CCE e nell'art. 3, co. 1, del TUSMA (art. 1, co. 2).

---

[38] Art. 84, co. 1, CCE nel testo in vigore fino al 23 dicembre 2021: «L'Autorità, ai sensi dell'articolo 1, commi 11, 12 e 13, della legge 31 luglio 1997, n. 249, adotta procedure extragiudiziali trasparenti, non discriminatorie, semplici e poco costose per l'esame delle controversie tra i *consumatori* e le imprese che forniscono reti o servizi di comunicazione elettronica, relative alle disposizioni di cui al presente Capo ed inerenti alle condizioni contrattuali o all'esecuzione dei contratti riguardanti la fornitura di tali reti o servizi. Tali procedure consentono una equa e tempestiva risoluzione delle controversie prevedendo, nei casi giustificati, un sistema di rimborso o di indennizzo, fermo restando la tutela giurisdizionale dei contraenti prevista dalla vigente normativa» (corsivo nostro).

[39] Art. 25, co. 1, CCE: «L'Autorità, ai sensi dell'articolo 1, commi 11, 12 e 13, della legge 31 luglio 1997, n. 249, prevede con propri regolamenti le procedure extragiudiziali trasparenti, non discriminatorie, semplici e poco onerose per l'esame delle controversie tra *utenti finali* e operatori, inerenti alle disposizioni di cui alla parte III, titolo III e relative all'esecuzione dei contratti e alle condizioni contrattuali. Tali procedure consentono una equa e tempestiva risoluzione delle controversie prevedendo, nei casi giustificati, un sistema di rimborso o di indennizzo, ferma restando la tutela giurisdizionale prevista dalla vigente normativa» (corsivo nostro).

[40] Ai sensi dell'art. 2, co. 1, lett. *r*, CCE per consumatore si intende «la persona fisica che utilizza o chiede di utilizzare un servizio di comunicazione elettronica accessibile al pubblico per scopi non riferibili all'attività lavorativa, commerciale, artigianale o professionale svolta».

[41] In modo corrispondente l'art. 1, co. 1, lett. *l*, del Regolamento di procedura 194/23/CONS definisce l'utente come «ogni persona fisica o giuridica che non fornisce reti pubbliche di comunicazione o servizi di comunicazione elettronica accessibili al pubblico o a gruppi chiusi di utenti, che utilizza o chiede di utilizzare un servizio di comunicazione elettronica accessibile al pubblico o a gruppi chiusi di utenti ovvero il consumatore finale che, attraverso l'accesso a una piattaforma distributiva, fruisce dei prodotti audiovisivi in virtù di un contratto con un fornitore di servizi di media».

ISSN 2281-3918/2421-2563



Appare subito evidente la maggiore ampiezza della nozione di utente finale rispetto a quella di consumatore recata dal Codice delle comunicazioni elettroniche [42] o dal Codice del consumo [43]. Essa è anzitutto idonea a ricomprendere non solo le persone fisiche ma anche le persone giuridiche [44].

L'estensione dell'ambito di applicazione del Regolamento di procedura alle controversie tra utenti e fornitori di servizi media audiovisivi (SMA) e tra utenti e fornitori di piattaforme di servizi per la condivisione di video (VSP) giustifica la distinzione che il Regolamento opera tra le figure professionali dell'operatore, del fornitore di servizi di media audiovisivi [45] e del fornitore di piattaforme per la condivisione di video soggetto alla giurisdizione italiana [46] di cui rispettivamente alle lett. *m*, *n* e *n-bis* dell'art. 1, co. 1.

5. Tentativo obbligatorio di conciliazione e tentativi facoltativi di conciliazione

Il Regolamento di procedura distingue tra controversie tra utenti e operatori di comunicazioni elettroniche, per le quali è previsto il tentativo obbligatorio di conciliazione quale condizione di procedibilità della domanda, e controversie tra utenti e fornitori di servizi di media audiovisivi (SMA) e tra utenti e fornitori di piattaforme per la condivisione di video (VSP), per le quali invece il tentativo di conciliazione resta facoltativo.

---

[42] Art. 2, co. 1, lett. *r*, CCE: «consumatore: la persona fisica che utilizza o chiede di utilizzare un servizio di comunicazione elettronica accessibile al pubblico per scopi non riferibili all'attività lavorativa, commerciale, artigianale o professionale svolta».

[43] Art. 3, co. 1, lett. *a*, del Codice del consumo, che in ragione delle finalità di tale Codice è limitata alle persone fisiche, individuando come «consumatore o utente» soltanto «la persona fisica che agisce per scopi estranei all'attività imprenditoriale, commerciale, artigianale o professionale eventualmente svolta». Cfr. P. SIRENA, *La dialettica parte generale – parte speciale nei contratti stipulati con i consumatori*, in E. NAVARRETTA (a cura di), *Il diritto europeo dei contratti fra parte generale e norme di settore*, Milano, 2008, 493 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)*, cit., 136 ss.

[44] Cfr. I. PAGNI, *Le controversie tra gli operatori di comunicazioni elettroniche e gli utenti*, in G. MORBIDELLI-F. DONATI, *La nuova disciplina delle comunicazioni elettroniche*, Torino, 2009, 149 ss.; nonché E. MINERVINI, *La risoluzione*, cit., 309 secondo cui «l'utente finale può essere non solo una persona fisica o una persona giuridica, ma anche un soggetto di diritto non personificato, come ad esempio un'associazione non riconosciuta: il regolamento (e già il codice delle comunicazioni elettroniche) *minus dixit quam voluit*». Sul punto si vedano però le osservazioni critiche di A. PISTILLI, *Controversie e sanzioni*, in G. CASSANO-C.E. CAZZATO-F. DI CIOMMO (a cura di), *Trattato delle garanzie nelle comunicazioni*, Milano, 2023, 1258, secondo cui «Non può tuttavia tacersi come l'equiparazione fra consumatori ed utenti finali, limitata al settore delle comunicazioni elettroniche, arrechi problemi di coordinamento a livello sistematico, attesa la distonia fra CCE e Codice del consumo (basti pensare al fatto che le micro-imprese godano di una tutela specifica solo limitatamente alle pratiche commerciali scorrette, essendo ritenute, per il resto, in tutto e per tutto assimilabili alla figura del professionista)».

Sull'estensione della nozione di consumatore alle persone giuridiche si veda G. DE CRISTOFARO, *Diritto dei consumatori e rapporti contrattuali del condominio: la soluzione della Corte di Giustizia UE*, in *Nuova giur. civ. comm.*, 2020, 844 ss.; ID., *Contratti del condominio e applicabilità delle disposizioni concernenti i contratti dei consumatori: il diritto italiano dopo la sentenza della Corte Giust. UE del 2 aprile 2020*, in *Nuove leggi civ. comm.*, 2021, 594 ss.; M.A. ASTONE, *Consumatore e condominio: quali prospettive? (Corte di Giustizia Europea, sez. I, 02/04/2020)*, in EAD. (a cura di), *Il diritto dei consumatori nella giurisprudenza della Corte di Giustizia Europea*, Bari, 2021, 163 ss.

[45] Art. 1, co. 1, lett. *n*, Regolamento di procedura: «fornitore di servizi di media audiovisivi: la persona fisica o giuridica di cui all'articolo 3, comma 1, lettera d), del TUSMA che fornisce il servizio di media audiovisivo di cui alle lettere p) e q) del medesimo Testo unico e che si rivolge al pubblico italiano».

[46] Art. 1, co. 1, lett. *n-bis*, Regolamento di procedura: «fornitore di piattaforme per la condivisione di video soggetto alla giurisdizione italiana: la persona fisica o giuridica che fornisce un servizio di piattaforma per la condivisione di video, di cui all'articolo 3, comma 1, lett. e), del TUSMA, e che si considera stabilito sul territorio nazionale, ai sensi dell'articolo 41, del medesimo Testo unico».

ISSN 2281-3918/2421-2563



L'estensione della procedura conciliativa alle controversie tra utenti e fornitori di servizi di media audiovisivi (SMA) e tra utenti e fornitori di piattaforme per la condivisione di video (VSP), sia pure in termini di non obbligatorietà, esibisce la sempre maggiore fiducia che l'ordinamento ripone nelle ADR. Ne è riprova la recente estensione, ad opera del d.lgs. 25 marzo 2024, n. 50 [47] che ha introdotto il nuovo comma 5-*bis* nell'art. 40 del TUSMA, della disciplina ivi prevista con riferimento alla risoluzione extragiudiziale delle controversie ai fornitori di servizi di media radiofonici, alle emittenti radiofoniche e ai servizi dalle stesse forniti.

Nello stesso senso si giustifica anche la denominazione del vigente Regolamento di procedura di cui alla Delibera n. 194/23/CONS, segnatamente «Regolamento sulle procedure di risoluzione delle controversie tra utenti e fornitori di servizi dell'ecosistema digitale» [48]. Essa, rispetto alla denominazione del precedente Regolamento di cui alla Delibera n. 203/18/CONS («Regolamento sulle procedure di risoluzione delle controversie tra utenti e operatori di comunicazioni elettroniche»), risulta maggiormente coerente con l'ampliamento dell'ambito di applicazione del nuovo Regolamento, non più limitato alle sole controversie tra utenti e operatori di comunicazioni elettroniche [49].

La differente disciplina riservata al settore dei servizi di comunicazione elettronica e postale rispetto agli altri settori (SMA e VSP) in ordine all'obbligatorietà del tentativo di conciliazione si spiega in ragione del diverso fondamento normativo [50]. Precisamente, nel caso del tentativo obbligatorio di conciliazione previsto per le controversie tra utenti e operatori di comunicazioni elettroniche, la funzione di risoluzione delle controversie svolta da Agcom si fonda sull'art. 1, co. 11 e 12, della legge n. 249 del 1997 – richiamato anche dall'art. 25, co. 1, CCE – che qualifica il tentativo obbligatorio di conciliazione come condizione di procedibilità della domanda, prevedendo testualmente che per le «controversie che possono insorgere fra utenti o categorie di utenti ed un soggetto autorizzato o destinatario di licenze oppure tra soggetti autorizzati o destinatari di licenze tra loro [...] non può proporsi ricorso in sede giurisdizionale fino a che non sia stato esperito un tentativo obbligatorio di conciliazione da ultimare entro trenta giorni dalla proposizione dell'istanza all'Autorità», con l'ulteriore precisazione secondo cui «a tal fine, i termini per agire in sede giurisdizionale sono sospesi fino alla scadenza del termine per la conclusione del procedimento di conciliazione» [51].

---

[47] Recante «Disposizioni integrative e correttive del decreto legislativo 8 novembre 2021, n. 208, recante il testo unico dei servizi di media audiovisivi in considerazione dell'evoluzione delle realtà del mercato, in attuazione della direttiva (UE) 2018/1808 di modifica della direttiva 2010/13/UE».

[48] Cfr. Art. 1, co. 1, Delibera Agcom n. 203/18/CONS: «Il Regolamento sulle procedure di risoluzione delle controversie tra utenti e operatori di comunicazioni elettroniche, di cui all'allegato A alla delibera n. 203/18/CONS è rinominato come segue: "Regolamento sulle procedure di risoluzione delle controversie tra utenti e fornitori di servizi dell'ecosistema digitale"».

[49] A.M. MARZOCCO, *Tentativi obbligatori e facoltativi di conciliazione nell'ecosistema digitale regolato dall'Agcom*, in *Giustizia consensuale*, 2024, 414 s., il quale avverte come «ormai non si possa più discorrere, se si vuole esaminare la funzione conciliativa dell'AGCom, soltanto del tentativo obbligatorio di conciliazione nelle controversie tra utenti e operatori di comunicazioni elettroniche. Oltre alle comunicazioni elettroniche vi sono, nel diverso e ampio ambito dei servizi di media audiovisivi e radiofonici, i servizi di media audiovisivi, che rappresentano l'esito della convergenza nel macrosettore dei servizi di media audiovisivi di quattro mercati dell'audiovisivo, vale a dire «televisione, home video, servizi video via internet e servizi video via mobile»; i servizi di media radiofonici; i servizi «di piattaforma per la condivisione di video, di audio o di entrambi». Tali settori costituiscono i principali plessi regolati dall'AGCom dell'ecosistema digitale. Un vero ecosistema, sia pure digitale, perché i diversi elementi che lo compongono sono connessi e interagiscono strettamente l'uno con l'altro, grazie in particolare alla convergenza tecnologica e al fine di creare il Mercato unico digitale. Pertanto, si deve ormai discorrere, più ampiamente, dei tentativi obbligatori o facoltativi di conciliazione nell'ecosistema digitale regolato (e vigilato) dall'AGCom».

[50] A.M. MARZOCCO, *Tentativi obbligatori*, cit., 417 ss.

[51] Cfr. A.M. MARZOCCO, *Le controversie*, cit., 3 ss.

ISSN 2281-3918/2421-2563



Nel caso del tentativo facoltativo di conciliazione previsto per le controversie tra utenti e fornitori di servizi di media audiovisivi di cui all'art. 2, co. 1-*bis* e 1-*ter*, del Regolamento di procedura e per le controversie tra utenti e fornitori di piattaforme per la condivisione di video di cui all'art. 13-*bis*, co. 1 e 2, del Regolamento di procedura, la funzione di risoluzione delle controversie svolta da Agcom si fonda invece sulle disposizioni del TUSMA, e segnatamente rispettivamente sull'art. 40, co. 1, e sull'art. 42, co. 9, che non prescrivono l'obbligo di esperire il tentativo di conciliazione quale condizione di procedibilità della domanda giudiziale, con eccezione delle «controversie, tra gli operatori, e tra gli operatori e gli utenti, inerenti ai diritti e gli obblighi derivanti dall'attuazione dei piani di assegnazione delle frequenze e in materia di accesso alle infrastrutture, [alle quali] si applica la disposizione di cui all'articolo 1, comma 11, della legge 31 luglio 1997, n. 249».

6. I Corecom e la piattaforma *ConciliaWeb*

La funzione conciliativa e quella di definizione delle controversie in materia di servizi di comunicazione elettronica sono dunque prerogative di Agcom, che le esercita – salvo che per talune eccezioni – per il tramite dei Corecom.

I Corecom sono organi regionali quanto alla struttura e al funzionamento, tuttavia, nell'esercizio delle attività delegate da Agcom, operano come organi funzionali dell'Autorità (art. 1, co. 13, legge n. 249 del 1997 e art. 25, co. 2, CCE) [52].

Agcom, delegando ai Corecom il potere di risoluzione extragiudiziale delle controversie, realizza le esigenze di decentramento territoriale riconosciute dal co. 13 dell'art. 1 della legge istitutiva dell'Autorità e richiamate dall'art. 25, co. 4, CCE, anche in attuazione del principio di sussidiarietà di cui all'art. 118 Cost. [53].

Il Corecom competente è individuato dal Regolamento di procedura secondo un criterio territoriale. Precisamente occorre avere riguardo al luogo in cui è ubicata la postazione fissa a uso dell'utente ovvero – per le altre tipologie di utenza o in caso di controversie relative a utenze ubicate in regioni diverse –

[52] T.E. FROSINI, *Un diverso paradigma di giustizia: le "*alternative dispute resolution", in *Rivista AIC*, 2011, 9, secondo il quale «la legge n. 249 del 1997 ha attribuito ai Co.re.com una "doppia natura"», essi «sono dunque "organi misti", ai quali sono attribuiti sia compiti di consulenza delle Regioni in materia di comunicazione, sia competenze delegate dall'Autorità al fine di garantire "le esigenze di decentramento sul territorio" nell'esercizio delle funzioni in materia di comunicazioni, anche in applicazione dell'art. 117, comma 3, Cost., che inserisce l'"ordinamento della comunicazione" fra le materie a competenza concorrente Stato/Regione».

La menzionata disposizione ha così attuato il disposto di cui al co. 13 dell'art. 1 della legge n. 249 del 1997 che espressamente qualifica i comitati regionali per le comunicazioni – da istituirsi mediante legge regionale – come organi funzionali dell'Autorità in ragione delle «esigenze di decentramento sul territorio al fine di assicurare le necessarie funzioni di governo, di garanzia e di controllo in tema di comunicazione» e attribuisce ad Agcom, d'intesa con la Conferenza permanente per i rapporti tra lo Stato, le regioni e le province autonome di Trento e di Bolzano, il compito di individuare gli indirizzi generali relativi ai requisiti richiesti ai componenti, ai criteri di incompatibilità degli stessi, ai modi organizzativi e di finanziamento dei comitati, nonché segnatamente l'adozione di un regolamento per definire le materie di sua competenza che possono essere delegate ai comitati regionali per le comunicazioni. Cfr. G. GARDINI, *L'attività di conciliazione dei Corecom*, in *Ist. fed.*, 2008, 851 ss.; G. DELLA CANANEA, *La definizione delle controversie nelle comunicazioni elettroniche: dall'Autorità ai comitati regionali*, *ivi*, 833 ss.

[53] A. PISTILLI, *Controversie e sanzioni*, cit., 1259 s.; F. LA FATA, *Sussidiarietà*, cit., 18 ss.; P. BARTOLOMUCCI, *Principio di sussidiarietà e risoluzione stragiudiziale delle controversie in materia bancaria: l'esperienza dell'Arbitro Bancario Finanziario*, in M. NUZZO, *Il principio di sussidiarietà nel diritto privato*, Torino, 2015, 647 ss.

ISSN 2281-3918/2421-2563



al domicilio indicato dall'utente al momento della conclusione del contratto o, in mancanza, alla residenza o alla sede legale dell'utente (art. 3, co. 3).

Al fine di dare concreta attuazione alle disposizioni legislative e regolamentari che attribuiscono e disciplinano le funzioni di risoluzione extragiudiziale delle controversie di Agcom, l'Autorità ha sviluppato *ConciliaWeb*, una piattaforma interattiva per la gestione telematica delle procedure di risoluzione delle controversie tra utenti e operatori di comunicazioni elettroniche, svolte da Agcom e dai Corecom ai sensi dell'art. 25 CCE [54].

La piattaforma *ConciliaWeb*, operativa dal luglio 2018, ha rappresentato una vera e propria rivoluzione nella gestione delle procedure extragiudiziali di risoluzione delle controversie, in quanto ha permesso di avviare e gestire l'intero procedimento da remoto secondo il modello delle *online dispute resolution* [55]. Peraltro, nel caso della conciliazione c.d. semplificata – come si avrà modo di illustrare *infra* –, la procedura, attraverso la piattaforma *ConciliaWeb*, si svolge in modalità asincrona: la piattaforma non richiede la connessione contemporanea delle parti e può essere utilizzata in ogni momento e da qualunque luogo, purché sia disponibile un accesso a internet, anche mediante *smartphone* [56].

L'accesso alla piattaforma avviene esclusivamente attraverso strumenti di identità digitale, come le credenziali SPID o la carta di identità elettronica (CIE). Una volta presentata l'istanza l'utente ha la possibilità di delegare un altro utente registrato sulla piattaforma per lo svolgimento della procedura. In alternativa, l'utente può presentare l'istanza e partecipare alla procedura tramite un soggetto accreditato, al quale conferisce apposito mandato secondo il modello presente sulla piattaforma, ai sensi dell'art. 4-*bis* del Regolamento di procedura.

La procedura di risoluzione extragiudiziale delle controversie mediante la piattaforma *ConciliaWeb*, come disciplinata dal Regolamento di procedura, presenta un formalismo notevolmente mitigato rispetto al contenzioso civile ordinario, con il vantaggio di conseguire, con efficacia e rapidità, una soluzione bonaria, economica ed equa della controversia. Caratteristiche fondamentali del *ConciliaWeb*, infatti, sono la tempestività, la gratuità e la semplicità.

Il sistema di risoluzione extragiudiziale delle controversie definito da Agcom è un sistema «misto e sequenziale», distinto in due fasi: una prima fase, obbligatoria e necessaria, consistente nel procedimento di conciliazione, il cui esperimento, come rilevato, è condizione di procedibilità della domanda giudiziale, perlomeno con riferimento alle controversie tra utenti e operatori nel settore dei servizi di comunicazione elettronica; una seconda fase, eventuale e facoltativa, subordinata all'esito negativo del tentativo di conciliazione e rimessa alla scelta discrezionale della parte istante, ossia il procedimento di definizione della controversia [57].

Tramite la piattaforma *ConciliaWeb* le parti possono anche scambiarsi proposte per la composizione transattiva della controversia prima dell'avvio della procedura di conciliazione vera e propria.

---

[54] Cfr. A.U. CALABRESE, *Procedura di definizione delle controversie nelle telecomunicazioni presso i Co.Re.Com. e AGCOM*, in *ADR Italia*, 2020, 39 ss.

[55] A. MERONE, Online Dispute Resolution, *intermediari digitali e il nuovo paradigma della composizione preventiva e* self-executing, in *Rivista dell'arbitrato*, 2022, 269 ss.; M. GAMBINI, *ODR di tipo conciliativo quale «giusto rimedio» nel commercio elettronico*, in *Tecn. dir.*, 2021, 86 ss.; C. VACCÀ, *Il punto su ODR*, online dispute resolution, in *Contratti*, 2009, 1072 ss.

[56] Ai sensi dell'art. 4, co. 3, Regolamento di procedura, qualora l'utente interessato non abbia la possibilità di partecipare alla procedura in via telematica, può avvalersi della strumentazione messa a disposizione presso la sede del Corecom competente o presso altro punto di accesso fisico individuato dal medesimo Corecom.

[57] S. SIMONE, *Le procedure ADR nelle Autorità indipendenti*, in *Osservatorio AIR*, 2016, 12 ss. Sul punto si vedano però le osservazioni critiche di A. PISTILLI, *Controversie e sanzioni*, cit., 1257.

ISSN 2281-3918/2421-2563



Nell'ipotesi in cui le parti raggiungano un accordo transattivo tramite la procedura di negoziazione della piattaforma *ConciliaWeb*, la stessa rilascia un'attestazione dell'accordo raggiunto e il procedimento è archiviato.

7. Il procedimento di conciliazione

Il procedimento di conciliazione dinanzi ad Agcom o ai Corecom prende avvio con la presentazione di un'istanza, attraverso la compilazione di un apposito formulario (c.d. UG) sulla piattaforma *ConciliaWeb* (artt. 6 ss. del Regolamento di procedura), salvo il caso in cui ad avviare il procedimento di conciliazione sia un operatore [58].

Avviata la procedura per l'esperimento del tentativo di conciliazione, qualora la parte convenuta non intenda partecipare alla procedura di conciliazione, questa ne dà comunicazione all'Ufficio dell'Autorità o del Corecom competente per la gestione delle procedure di risoluzione delle controversie, che redige un verbale con il quale si dà atto dell'esito negativo del tentativo di conciliazione.

L'Ufficio comunica alle parti il nome del conciliatore designato entro venti giorni dalla proposizione dell'istanza, nel caso di conciliazioni semplificate, o, comunque, prima dell'udienza, negli altri casi.

Per talune controversie individuate dall'art. 8, co. 2, del Regolamento di procedura è prevista una procedura semplificata che si svolge in modalità asincrona, mediante lo scambio non simultaneo di comunicazioni tra le parti e il conciliatore (c.d. conciliazione semplificata) [59].

Decorsi trenta giorni dall'avvio della procedura, il conciliatore, salvo che non ritenga opportune ulteriori interlocuzioni con le parti ai fini del raggiungimento di una soluzione conciliativa della controversia, redige e sottoscrive un verbale con cui si dà atto di quanto risulta dallo scambio di comunicazioni con le parti.

Nel caso di controversie aventi ad oggetto materie diverse da quelle per le quali è prevista la procedura di conciliazione semplificata ovvero nel caso in cui l'utente interessato non abbia la possibilità di partecipare alla procedura in via telematica e decida di avvalersi della strumentazione messa a disposizione presso la sede del Corecom competente o presso altro punto di accesso fisico individuato dal medesimo Corecom, il tentativo di conciliazione è esperito nel corso di un'udienza di conciliazione, che si svolge preferibilmente in *web conference*, tramite accesso alla stanza virtuale riservata (*virtual room*) ovvero mediante altra modalità di comunicazione a distanza (art. 9 Regolamento di procedura).

Se la conciliazione ha esito positivo, il conciliatore redige un verbale in cui si indicano i punti controversi e si dà atto dell'accordo, specificandone il contenuto. Il verbale di conciliazione costituisce titolo esecutivo ai sensi dell'art. 2, co. 24, lett. *b*, della legge 14 novembre 1995, n. 481 («Norme per la concorrenza e la regolazione dei servizi di pubblica utilità. Istituzione delle Autorità di regolazione dei servizi di pubblica utilità»).

Se la conciliazione ha esito negativo, il Conciliatore redige un sintetico verbale in cui si annota esclusivamente l'oggetto della controversia e che la stessa è stata sottoposta a tentativo di conciliazione con

[58] In tal caso troverà applicazione la disciplina di cui agli artt. 23 ss. del Regolamento di procedura.

[59] Art. 8, co. 2, Regolamento di procedura: «La procedura di conciliazione semplificata si applica alle controversie aventi a oggetto le seguenti materie a) addebiti per traffico in Roaming europeo e internazionale; b) addebiti per servizi a sovrapprezzo; c) restituzione del credito residuo; d) restituzione del deposito cauzionale; e) spese relative al recesso o al trasferimento dell'utenza ad altro operatore; f) omessa o ritardata cessazione del servizio a seguito di disdetta o recesso; g) controversie tra utenti e fornitori di servizi di media audiovisivi».

ISSN 2281-3918/2421-2563



esito negativo. Parimenti, se la parte convenuta non compare in udienza, il Conciliatore dà atto nel verbale dell'esito negativo della procedura di conciliazione. Se la parte istante o entrambe le parti non compaiono in udienza, il Conciliatore redige un verbale di mancata comparizione e il procedimento è archiviato, salvo i casi di giustificato impedimento per i quali può disporsi un rinvio.

8. Il procedimento di definizione

Il Regolamento di procedura disciplina, oltre al tentativo obbligatorio di conciliazione, una seconda procedura alternativa di risoluzione delle controversie tra operatori e utenti finali: la definizione della controversia da parte dell'Autorità per le garanzie nelle comunicazioni ovvero da parte dei Corecom.

Precisamente, qualora il tentativo obbligatorio di conciliazione abbia avuto esito negativo, o per i punti ancora controversi nel caso di conciliazione parziale, le parti congiuntamente, o anche il solo utente, possono chiedere al Corecom competente o all'Autorità per le materie indicate dall'art. 22 [60] di definire la controversia.

L'attribuzione della legittimazione alle parti congiuntamente ovvero al solo utente – e non anche al solo operatore – si giustifica in ragione della condizione di debolezza dell'utente nella relazione negoziale con l'operatore [61].

La definizione della controversia è un procedimento amministrativo che segue il tentativo obbligatorio di conciliazione ed è finalizzato a richiedere al Corecom o all'Autorità una decisione, vincolante per le parti, con cui si risolve la disputa [62]. Il procedimento di definizione della controversia non può essere utilmente promosso ove siano decorsi più di tre mesi dalla data di conclusione del tentativo di conciliazione, ovvero nel caso in cui sia stata già adita l'Autorità giudiziaria per il medesimo oggetto e tra le stesse parti.

In alternativa alla definizione della controversia, l'utente – soddisfatta la condizione di procedibilità – può adire direttamente l'Autorità giudiziaria.

La definizione della controversia è configurata come una sorta di procedimento di "secondo grado" e, pertanto, deve avere ad oggetto i medesimi fatti e addebiti che sono stati oggetto del relativo procedimento di conciliazione [63].

---

[60] Art. 22, co. 1, Regolamento di procedura: «La definizione delle controversie aventi a oggetto disservizi nelle procedure di passaggio tra operatori, ovvero di quelle tra utenti e fornitori di servizi di media audiovisivi, di cui all'articolo 2, comma 1-*bis*, è di competenza dell'Autorità».

[61] Così E. MINERVINI, *La risoluzione*, cit., 324 s., secondo cui «la facoltà accordata soltanto all'utente di "forzare" la scelta in ordine alla sottoposizione della controversia all'Autorità per le garanzie nelle comunicazioni rappresenta una voluta asimmetria in favore dell'utente stesso, in modo da (cercare di) colmare il divario esistente tra la posizione contrattuale di chi offre il servizio di comunicazione elettronica e quella di chi ne fruisce».

[62] Sulla natura della procedura di definizione della controversia da parte di Agcom o da parte dei Corecom si veda E. MINERVINI, *La risoluzione*, cit., 332, secondo cui si tratta di una procedura di risoluzione alternativa delle controversie di tipo valutativo o aggiudicativo, in cui al terzo viene conferito il potere di valutare le posizioni delle parti e di emettere un giudizio vincolante. Nello stesso senso P. BARTOLOMUCCI, voce *Conciliazione extragiudiziale*, in *Dig. Disc. Priv.*, *Sez. Civ.*, Torino, 2007, 240; G.N. GIUDICE, *ADR nelle controversie relative al settore delle telecomunicazioni*, in A. BUONFRATE-C. GIOVANNUCCI ORLANDI (a cura di), *Codice degli arbitrati delle conciliazioni e di altre ADR*, Torino, 2006, 333. *Contra* R. CATALANO, *I contratti per la prestazione di servizi di telecomunicazioni e la tutela di consumatori ed utenti*, in *Dir. giust.*, 2004, 406 ss.; A. MACOLINO, *Le ADR nel sistema delle comunicazioni di massa: tentativo di conciliazione ed arbitrato dinanzi all'Autorità per le garanzie nelle comunicazioni*, in *Giust. civ.*, 2007, 216 s., secondo cui si tratterebbe di una procedura avente natura arbitrale.

[63] Così A. PISTILLI, *Controversie e sanzioni*, cit., 1272.

ISSN 2281-3918/2421-2563



La disciplina delineata dagli artt. 16-20 del Regolamento di procedura è improntata ai principi di efficienza, celerità e piena garanzia del contraddittorio.

Il procedimento di definizione della controversia si sviluppa entro termini perentori e predeterminati, anzitutto con la previsione di un termine massimo di centottanta giorni per l'adozione del provvedimento finale, a conferma dell'esigenza di assicurare una tutela amministrativa rapida ed effettiva degli utenti.

Esso è declinato in due momenti: una fase istruttoria e una fase decisoria. Nella prima, la partecipazione delle parti è garantita attraverso un contraddittorio essenzialmente scritto e digitalizzato secondo criteri di chiarezza e sinteticità, integrabile, ove necessario, mediante la fissazione di un'udienza di discussione. Durante la fase istruttoria, il Responsabile del procedimento svolge un ruolo attivo non solo nella direzione dell'istruttoria, ma anche nella promozione di soluzioni conciliative.

La mancata comparizione di una delle parti non produce effetti preclusivi, ma la controversia è comunque definita sulla base delle risultanze acquisite agli atti.

Ove emerga la necessità, ai soli fini istruttori, di assicurare la partecipazione di altri soggetti interessati, il Responsabile del procedimento provvede a convocarli in udienza.

La fase istruttoria è caratterizzata da ampi poteri officiosi del Responsabile del procedimento, che può acquisire documenti, perizie o altri elementi conoscitivi e coinvolgere soggetti terzi potenzialmente responsabili del disservizio, integrando il contraddittorio, e disporre la riunione di procedimenti connessi.

Esaurita la fase istruttoria, la decisione finale è adottata dal Corecom ovvero dall'Autorità ed è qualificata come ordine dell'Autorità, la cui inottemperanza è sanzionabile. Il provvedimento che definisce la controversia può solo ordinare all'operatore di adottare le misure necessarie a far cessare la condotta lesiva dei diritti dell'utente e, se del caso, di effettuare rimborsi di somme risultate non dovute, nonché di corrispondere gli indennizzi nei casi previsti dal contratto, dalle carte dei servizi, dalle disposizioni normative o da delibere dell'Autorità. E ciò in quanto Agcom e i Corecom svolgono comunque una funzione amministrativa e non giurisdizionale.

Resta tuttavia salva la possibilità per le parti di agire in sede giurisdizionale per il riconoscimento del maggior danno.

9. Conclusioni

Le funzioni di risoluzione extragiudiziale delle controversie attribuite ad Agcom, anche attraverso lo sviluppo della piattaforma *ConciliaWeb*, rappresentano uno strumento idoneo ad assicurare l'effettività della tutela degli utenti, posto che il ricorso a sistemi di risoluzione alternativa delle controversie nel settore delle comunicazioni elettroniche risponde non solo alle gravi inefficienze della giustizia civile, anche in funzione deflattiva del contenzioso, ma anche ad esigenze di tutela proprie e intrinseche dei diritti dei consumatori e degli utenti, rafforzando direttamente la fiducia e la sicurezza di questi nel mercato unico e, di conseguenza, favorendo l'incremento delle transazioni commerciali, specialmente *online* e a carattere transfrontaliero [64].

[64] M. ANGELONE, *La «degiurisdizionalizzazione» della tutela del consumatore*, in *Rass. dir. civ.*, 2016, 753 s., per il quale è tuttavia «imperativo categorico scongiurare che alla riduzione quantitativa del complessivo livello di tutela giurisdizionale corrisponda una riduzione qualitativa della protezione dei consumatori e/o – il che sarebbe altrettanto deprecabile e dannoso per la tenuta del sistema – dei diritti dei professionisti attinti dalle sanzioni».

ISSN 2281-3918/2421-2563



A tal proposito appaiono fondamentali le indicazioni offerte dalla giurisprudenza della Corte di giustizia dell'Unione europea che, già in tempi antecedenti all'introduzione del Codice europeo delle comunicazioni elettroniche, esprimeva il *favor conciliationis* a condizione che «tale procedura non conduca ad una decisione vincolante per le parti, non comporti un ritardo sostanziale per la proposizione di un ricorso giurisdizionale, sospenda la prescrizione dei diritti in questione e non generi costi, ovvero generi costi non ingenti, per le parti, e purché la via elettronica non costituisca l'unica modalità di accesso a detta procedura di conciliazione e sia possibile disporre provvedimenti provvisori nei casi eccezionali in cui l'urgenza della situazione lo impone». La Corte di giustizia dell'Unione europea ha altresì evidenziato che la procedura obbligatoria di conciliazione, pur incidendo sull'esercizio dei diritti riconosciuti dal diritto dell'Unione europea, appare rispettosa del principio di tutela giurisdizionale effettiva, sancito dagli artt. 6 e 13 della CEDU e dall'art. 47 della Carta dei diritti fondamentali dell'Unione europea. Secondo giurisprudenza costante, infatti, «i diritti fondamentali non si configurano come prerogative assolute, ma possono soggiacere a restrizioni, a condizione che queste rispondano effettivamente ad obiettivi di interesse generale perseguiti dalla misura di cui trattasi e non costituiscano, rispetto allo scopo perseguito, un intervento sproporzionato ed inaccettabile, tale da ledere la sostanza stessa dei diritti così garantiti» [65].

Nel senso indicato si muove anche il legislatore europeo che ha recentemente approvato il testo della Direttiva (UE) 2025/2647 [66], che modifica la direttiva 2013/11/UE sulla risoluzione alternativa delle controversie dei consumatori [67], con l'obiettivo di aggiornare, semplificare e rafforzare l'attuale quadro per la risoluzione alternativa delle controversie tra consumatori e professionisti.

Tra le novità più significative si segnalano: l'adeguamento del quadro ADR ai mercati digitali [68]; il potenziamento delle ADR nelle controversie transfrontaliere, applicabili, a determinate condizioni, anche per le controversie tra consumatori residenti nell'UE e professionisti di Paesi terzi; la semplificazione delle procedure attraverso la previsione dell'obbligo dei professionisti di rispondere entro venti giorni dal momento in cui vengono contattati da un organismo ADR e della possibilità per gli organismi ADR di considerare la mancata risposta del professionista entro il termine stabilito come rifiuto di

[65] CGUE 18 marzo 2010, cause riunite C-317/08, C-318/08, C-319/08 e C-320/08, *Rosalba Alassini e a.*, cit., par. 63, che richiama sentenza 15 giugno 2006, causa C-28/05, Dokter e a., Racc. pag. I-5431, punto 75, e giurisprudenza ivi citata, nonché Corte eur. D.U., sentenza Fogarty c. Regno Unito del 21 novembre 2001, Recueil des arrêts et décisions 2001-XI, § 33.

[66] «Direttiva (UE) 2025/2647 del Parlamento europeo e del Consiglio, del 16 dicembre 2025, che modifica la direttiva 2013/11/UE, sulla risoluzione alternativa delle controversie dei consumatori, e che modifica le direttive (UE) 2015/2302, (UE) 2019/2161 e (UE) 2020/1828 a seguito della dismissione della piattaforma europea per la risoluzione delle controversie online». La direttiva, in vigore dal 19 gennaio 2026, dovrà essere recepita dagli Stati membri entro il 20 marzo 2028 e le disposizioni si applicheranno dal settembre 2028.

[67] «Direttiva 2013/11/UE del Parlamento europeo e del Consiglio del 21 maggio 2013 sulla risoluzione alternativa delle controversie dei consumatori, che modifica il regolamento (CE) n. 2006/2004 e la direttiva 2009/22/CE (Direttiva sull'ADR per i consumatori)». Cfr. F.P. LUISO, *La direttiva 2013/11/Ue, sulla risoluzione alternativa delle controversie dei consumatori*, in *Riv. trim. dir. proc. civ.*, 2014, 1299 ss.; M. BOTTINO, *La nuova normativa europea in materia di risoluzione alternativa delle controversie dei consumatori, in Contr. impr. Eur.*, 2014, 413 ss.; A.M. MANCALEONI, *La risoluzione extragiudiziale delle controversie dei consumatori dopo la Direttiva 2013/11/UE*, in *Eur. dir. priv.*, 2017, 1080 ss.; G. GIOIA, *L'uniforme regolamentazione della risoluzione alternativa delle controversie con i consumatori*, in *Contr. impr. Eur.*, 2016, 518 ss.; M.P. GASPERINI, *La revisione degli strumenti ADR nella legge delega di riforma della giustizia civile: niente di nuovo (per ora) sul fronte consumeristico*, in *Annali della Facoltà Giuridica dell'Università di Camerino*, 2021, 1 ss.

[68] In tal senso appare centrale la disposizione che estende l'applicazione della direttiva 2013/11/UE ai casi in cui il professionista fornisce o si impegna a fornire contenuto digitale mediante un supporto non materiale o un servizio digitale al consumatore e il consumatore fornisce o si impegna a fornire dati personali al professionista (art. 1, par. 1, n. 1).

ISSN 2281-3918/2421-2563



partecipare alla procedura e di disporre l'archiviazione del caso informandone il consumatore, tuttavia le conseguenze della mancata risposta sono stabilite nella legislazione nazionale.

Conclusivamente, ove si intenda offrire ai consumatori una tutela non solo efficace, ma anche appetibile e, conseguentemente, effettiva, si ritiene che debbano essere predisposti efficienti sistemi di ADR, come quelli che – per indipendenza, imparzialità e professionalità dei propri componenti; competenza specifica nelle materie loro devolute; tempestività delle relative decisioni; efficienza organizzativa; gratuità o onerosità molto contenuta – sono promossi e implementati dalle competenti Autorità di regolazione [69] di cui il *ConciliaWeb*, sviluppato da Agcom con riferimento al settore delle comunicazioni elettroniche, rappresenta certamente un modello che merita di essere promosso e implementato.

[69] Cfr. C. GRANELLI, *L'art. 11*-bis *della direttiva 2005/29/CE*, cit., 262.



LUIGI D'ANGELO*

LE FIDEIUSSIONI ABI TRA NULLITÀ ANTITRUST E CONTRATTI "A VALLE". PROFILI TEMPORALI, AMBITO APPLICATIVO E PROSPETTIVE DELLA NUOVA RIMESSIONE ALLE SEZIONI UNITE**

SURETYSHIPS CONFORMING TO THE ABI MODEL BETWEEN ANTITRUST NULLITY AND "DOWNSTREAM" CONTRACTS: TEMPORAL ASPECTS, SCOPE OF APPLICATION AND PROSPECTS REGARDING THE NEW REFERRAL TO THE JOINT DIVISIONS OF THE ITALIAN SUPREME COURT OF CASSATION

Abstract: Il rinvio pregiudiziale ex art. 363-bis c.p.c. disposto dal Tribunale di Siracusa con ordinanza del 1° agosto 2025, (R.G. 3983/2023 e R.G. 3984/2023), e assegnato alle Sezioni Unite della Corte di cassazione, nel contenzioso relativo alle fideiussioni conformi allo schema ABI offre l'occasione per tornare su alcuni nodi tuttora irrisolti nel rapporto tra nullità antitrust, contratti stipulati "a valle" dell'intesa restrittiva e disciplina civilistica delle garanzie personali. Muovendo dal provvedimento della Banca d'Italia n. 55 del 2005 e dall'arresto delle Sezioni Unite del 30 dicembre 2021, n. 41994, il contributo si sofferma su tre questioni che continuano ad alimentare incertezze applicative: l'estensione temporale della nullità rispetto a fideiussioni stipulate oltre il periodo oggetto dell'accertamento amministrativo; l'applicabilità del medesimo paradigma invalidante anche alle fideiussioni specifiche; la sorte della clausola di pagamento "a prima richiesta" una volta espunta la deroga all'art. 1957 c.c. L'analisi mostra come tali questioni non possano essere risolte né mediante automatismi fondati sulla mera riproduzione testuale delle clausole censurate, né attraverso un approccio rigidamente nominalistico ancorato al tipo contrattuale formalmente considerato dall'Autorità di vigilanza. Ciò che rileva, piuttosto, è la verifica del collegamento funzionale tra il singolo regolamento negoziale e l'assetto anticoncorrenziale accertato a monte, nonché la persistenza di una distribuzione del rischio coerente con la logica restrittiva già censurata. In questa prospettiva, la vicenda delle fideiussioni ABI continua a costituire un banco di prova particolarmente significativo per misurare la capacità delle categorie civilistiche di assorbire, senza torsioni sistematiche, le esigenze di effettività della tutela della concorrenza.

Abstract: The preliminary reference under Article 363-bis of the Italian Code of Civil Procedure, ordered by the Court of Siracusa by decision of 1 August 2025, R.G. Nos. 3983/2023 and 3984/2023, and referred to the Joint Divisions of the Italian Supreme Court of Cassation, in the context of litigation concerning suretyships conforming to the ABI model, provides an opportunity to revisit a number of still unresolved issues concerning the relationship between antitrust nullity, contracts concluded "downstream" of the restrictive agreement, and the civil-law framework governing personal guarantees. Starting from the Bank of Italy's Decision No. 55 of 2005 and the ruling of the Joint Divisions of 30 December 2021, No. 41994, this article focuses on three questions that continue to generate significant uncertainty in practice: the temporal scope of nullity with respect to suretyships entered into after the period covered by the administrative finding; the applicability of the same invalidating paradigm to specific suretyships; and the fate of the "first demand" payment clause once the derogation from Article 1957 of the Italian Civil Code has been removed. The analysis shows that these issues cannot be resolved either through automatic conclusions based on the mere textual reproduction of the censured clauses or through a rigidly nominalistic approach anchored to the contractual type formally considered by the supervisory authority. Rather, what matters is the assessment of the functional link between the individual contractual arrangement and the anticompetitive structure established upstream, as well as the persistence of a risk allocation consistent with the restrictive rationale already censured. From this perspective, the ABI suretyship litigation continues to represent a particularly significant

* Dottore di ricerca – Università degli Studi di Napoli Parthenope.

** Contributo sottoposto a revisione.

ISSN 2281-3918/2421-2563



testing ground for assessing the ability of civil-law categories to accommodate, without systematic distortions, the requirements of effective competition-law protection.

SOMMARIO: *1. La nuova rimessione alle Sezioni Unite nel contenzioso sulle fideiussioni "ABI". – 2. Nullità dei contratti "a valle" ed estensione temporale delle clausole ABI. – 3. Ambito applicativo della nullità e rilevanza delle fideiussioni specifiche. – 4. Clausola "a prima richiesta", rapporto con l'art. 1957 c.c. e prospettive interpretative delle Sezioni Unite.*

1. La nuova rimessione alle Sezioni Unite nel contenzioso sulle fideiussioni "ABI"

Il punto da cui conviene prendere le mosse non è, forse, soltanto la rinnovata attualità del contenzioso sulle fideiussioni conformi al modulo ABI, alimentata dal rinvio pregiudiziale *ex* art. 363-*bis* c.p.c. sollevato dal Tribunale di Siracusa e assegnato alle Sezioni Unite, bensì il dato, più profondo, che in tale contenzioso si addensa un intreccio di problemi che investe la teoria della nullità, la funzione della disciplina *antitrust* e la sorte dei contratti stipulati "a valle" dell'intesa vietata [1]. Il provvedimento della Banca d'Italia n. 55 del 2 maggio 2005 [2], con cui è stata accertata la contrarietà all'art. 2, comma 2, lett.

[*] Contributo sottoposto a revisione.

[1] Sul problema dei contratti "a valle" delle intese anticoncorrenziali la letteratura ha sviluppato un dibattito ormai consolidato, nel quale si intrecciano riflessioni provenienti tanto dal diritto civile quanto dal diritto della concorrenza. È stato osservato come la questione non possa essere confinata al solo piano dell'intesa tra imprese, poiché la distorsione della concorrenza si realizza concretamente attraverso i rapporti negoziali che trasferiscono nel mercato l'assetto concordato a monte; in questa prospettiva, il contratto "a valle" rappresenta il momento nel quale l'intesa vietata si traduce in pratica economica effettiva, ponendo il problema della sorte dei negozi conclusi con i terzi. Cfr. A. DOLMETTA, *Euribor manipolato e contratti "a valle". Questioni*, in *Riv. dir. banc.*, 2024, 3 ss. È stato altresì sottolineato come il problema dei contratti attuativi dell'intesa riguardi il più ampio rapporto tra disciplina della concorrenza e diritto dei contratti, rendendo necessario interrogarsi sulla configurazione dei rimedi esperibili dal contraente finale. Cfr. A. GENTILI, *Sulla tutela del cliente nel "contratto a valle" (il caso Euribor)*, in *Riv. dir. banc.*, 2024, 19 ss. In questa prospettiva, la riflessione civilistica ha evidenziato come l'intesa anticoncorrenziale trovi la propria effettiva realizzazione nei rapporti contrattuali che ne costituiscono l'attuazione nel mercato e come la tutela della concorrenza implichi anche la neutralizzazione degli effetti prodotti nei rapporti negoziali successivi. In questo senso v., tra gli altri, M. LIBERTINI, *Ancora sui rimedi civili conseguenti ad illeciti antitrust*, in *Danno e resp.*, 2004, 933 ss.; E. CAMILLERI, *Contratti a valle, rimedi civilistici e disciplina della concorrenza*, Jovene, 2008, 73 ss.; F. LONGOBUCCO, *Violazione di norme antitrust e disciplina dei rimedi nella contrattazione "a valle"*, ESI, 2009, 45 ss.; V. SCALISI, *Nullità ed inefficacia nel sistema europeo dei contratti*, in *Eur. dir. priv.*, 2001, I, 492 ss.; C. CASTRONUOVO, *Antitrust e abuso di responsabilità civile*, in *Danno e resp.*, 5, 2004, 469 ss.

[2] Cfr. Banca d'Italia, *Provvedimento 2 maggio 2005, n. 55. Schema contrattuale relativo alla fideiussione omnibus*, in *Boll. vig.*, n. 5/2005. Il provvedimento rappresenta il punto di origine dell'intera vicenda giurisprudenziale relativa alle fideiussioni conformi allo schema ABI, poiché è in questa sede che l'Autorità di vigilanza accerta la contrarietà all'art. 2, comma 2, lett. a), l. 10 ottobre 1990, n. 287 di alcune clausole contenute nel modello contrattuale predisposto dall'Associazione bancaria italiana. La Banca d'Italia individua, in particolare, le clausole di reviviscenza (art. 2), sopravvivenza (art. 8) e deroga all'art. 1957 cod. civ., ritenendole idonee a restringere la concorrenza nel mercato delle garanzie personali bancarie. Ciò che rende particolarmente rilevante il provvedimento, tuttavia, non è soltanto l'individuazione delle clausole anticoncorrenziali, ma il quadro concettuale nel quale tale individuazione viene collocata. L'Autorità di vigilanza mostra, infatti, come la diffusione uniforme di tali clausole all'interno del sistema bancario sia il risultato di un coordinamento tra operatori idoneo a comprimere il confronto concorrenziale nel mercato delle garanzie personali. In questa prospettiva, pur non pronunciandosi direttamente sulla validità dei singoli contratti, il provvedimento delinea le premesse dalle quali la successiva giurisprudenza civile avrebbe tratto il problema della nullità delle fideiussioni stipulate "a valle" dell'intesa, rappresentando ancora oggi il baricentro teorico dell'intera vicenda interpretativa.

ISSN 2281-3918/2421-2563



a), l. n. 287 del 1990 di alcune clausole dello schema ABI di fideiussione *omnibus*, non costituisce, da questo punto di vista, il semplice antecedente storico della vicenda: esso continua piuttosto a operare come il centro di gravità di una discussione che è giunta progressivamente a investire la struttura stessa del rimedio invalidante e il suo fondamento sistematico [3]. È nella riflessione maturata all'indomani della sentenza delle Sezioni Unite n. 41994 del 2021 che si misura come la vicenda delle fideiussioni ABI oltrepassi ormai il perimetro della sola prassi bancaria. La pronuncia ha indubbiamente consolidato l'idea che la nullità dell'intesa anticoncorrenziale possa proiettarsi anche sui contratti che ne costituiscono attuazione [4], ed è proprio in questo passaggio che emergono i profili più delicati, tuttora riconducibili a tre questioni fondamentali: il rapporto tra nullità dell'intesa e nullità del contratto, tra tutela del mercato e tutela del contraente, tra dimensione seriale dell'illecito concorrenziale e giudizio sul singolo regolamento negoziale [5]. Non sorprende che il contrasto si sia riaperto proprio su questi profili [6]: sulla

[3] In questa prospettiva, nel contenzioso sulle fideiussioni conformi allo schema ABI, il problema del rimedio non può essere risolto sul solo piano della validità della singola clausola, ma deve essere collocato nel più ampio rapporto tra tutela individuale e protezione del mercato. In particolare, è stato osservato che la valutazione della portata del rimedio, totale o parziale, non dovrebbe prescindere dalla sua effettiva incidenza sulla dinamica concorrenziale e sulla disciplina del mercato, venendo così in rilievo non soltanto la struttura della fattispecie negoziale, ma la concreta funzione dell'attività contrattuale nell'assetto dei rapporti concorrenziali. Cfr. M. LOBUONO, *Le fideiussioni omnibus conformi allo schema ABI fra efficienza della tutela e protezione del mercato*, in *Liber amicorum per Paolo Zatti*, 2023, spec. 412 e 416.

[4] La soluzione accolta da Cass., 30 dicembre 2021, n. 41994, in *Foro.it.*, 2022, I, 513 ss., pur avendo il pregio di offrire un punto di equilibrio pratico nel contenzioso sulle fideiussioni conformi allo schema ABI, continua a suscitare riserve sul piano del fondamento teorico e della coerenza sistematica. In senso critico, v. anzitutto M. LIBERTINI, *I contratti attuativi di intese restrittive della concorrenza: un commento a Cassazione civile, sezioni unite, 30 dicembre 2021, n. 41994*, in *Orizzonti del diritto commerciale*, 2022, spec. 14 ss., il quale osserva come la nullità parziale dei contratti «a valle», pur ispirata a ragioni di equilibrio e di buon senso, non trovi un fondamento pienamente perspicuo nei rigorosi argomenti giuridici e finisca per oscillare tra esigenze di deterrenza e principio di conservazione del contratto. In termini parzialmente convergenti, v. A. AMATO, *Fideiussioni omnibus e intesa antitrust*, in *Persona e Mercato*, 2022, spec. 284 ss.; E. MINERVINI, *Fideiussione omnibus ed intesa antitrust: la sentenza delle Sezioni Unite n. 41994 del 2021*, in *Persona e Mercato*, 2023, spec. 64 ss., il quale, oltre a segnalare i problemi ancora aperti, prospetta come possibile via alternativa quella dell'immeritevolezza delle clausole. Sotto il profilo della tenuta del contratto residuo, una volta espunte le clausole riproduttive dell'intesa, v. inoltre U. VIOLANTE, *Nullità parziale e analisi economica del diritto: l'esempio delle fideiussioni omnibus conformi a schema ABI anticoncorrenziale*, in *Annali del Dipartimento Jonico*, 2022, spec. 247 ss. In una prospettiva più attenta al rapporto fra efficienza del rimedio e protezione del mercato, v. poi M. LOBUONO, *Le fideiussioni omnibus conformi allo schema ABI fra efficienza della tutela e protezione del mercato*, in *Liber amicorum per Paolo Zatti*, 2023, spec. 412 ss.; sul rapporto fra illecito anticoncorrenziale, contratto «a valle» e *private enforcement*, v. infine M.S. MAISANO, *La sofferta dialettica tra contratto e diritto antitrust nella prospettiva del c.d. private enforcement*, in *Nuova giur. civ. comm.*, 2022, spec. 314 ss.

[5] Cfr. Cass.,30 dicembre 2021, n. 41994, cit., 513 ss. La pronuncia costituisce il principale punto di riferimento nella ricostruzione del rapporto tra nullità dell'intesa anticoncorrenziale e invalidità dei contratti «a valle», inaugurando un dibattito che resta tuttora aperto sia sul fondamento teorico della soluzione adottata, sia sull'individuazione del rimedio più coerente con la funzione della disciplina antitrust. Sul punto, v. S. FAILLACE, *L'incerto vaglio delle Sezioni Unite sulla sorte della fideiussione omnibus frutto di intese vietate dalla normativa antitrust*, in *Contr. impr.*, 2022, 481 ss.; S. BASTIANON, *Fideiussioni Abi e sezioni unite 41994/21: «the dark side of the moon»*, in *Foro it.*, 2022, I, 1318 ss.; G. D'AMICO, *Modelli contrattuali dell'Abi e nullità dei contratti c.d. a valle*, in *Foro it.*, 2022, I, 1309 ss.; F. DENOZZA, *Principle vs. Policy: spunti sui contratti a valle e sulla nullità virtuale regolatoria*, in *Nuova giur. civ. comm.*, 2022, 670 ss.; C. SCOGNAMIGLIO, *I contratti di fideiussione a valle di intese in violazione della disciplina antitrust: il problema dei rimedi*, in *Nuova giur. civ. comm.*, 2022, 694 ss.; G. VOTANO, *Gli effetti delle intese restrittive della concorrenza sulle fideiussioni «a valle»: la pronuncia delle Sezioni Unite*, in *Contr.*, 2022, 160 ss.; C. CACCAVALE – R. LENZI, *Ancora alcune considerazioni sulla nullità parziale delle fideiussioni bancarie secondo le Sezioni Unite*, in *CNN Notizie*, 35, 21 febbraio 2022, 1 ss.

[6] Il nuovo rinvio alle Sezioni Unite non sembra nascere da una rimeditazione del principio enunciato da Cass., 30 dicembre 2021, n. 41994, cit., quanto, piuttosto, dalla difficoltà di definirne gli sviluppi applicativi. In tale prospettiva si collocano l'ordinanza del Trib. Siracusa, 1° agosto 2025, resa nell'ambito del rinvio pregiudiziale ex art. 363-bis c.p.c., e il successivo provvedimento dell'11 novembre 2025 con cui il Primo Presidente della Corte di cassazione ne ha dichiarato l'ammissibilità,

ISSN 2281-3918/2421-2563



rilevanza della mera riproduzione delle clausole di reviviscenza, sopravvivenza e deroga all'art. 1957 c.c. [7] anche rispetto ai contratti stipulati in epoca successiva; sulla possibilità di estendere tale regime oltre la fideiussione *omnibus*, sino a ricomprendervi la garanzia specifica; sulla sorte, infine, della clausola di pagamento "a prima richiesta" una volta venuta meno la deroga all'art. 1957 c.c., e dunque sulla sua eventuale idoneità a impedire la decadenza del creditore [8]. In realtà, è proprio qui che il caso delle fideiussioni "ABI" cessa di essere una vicenda confinata, per quanto importante, al solo diritto delle garanzie bancarie. Il problema, infatti, non riguarda unicamente la validità di alcune clausole ormai note, né si riduce alla verifica della conformità di una certa prassi negoziale ai rilievi formulati dall'autorità di vigilanza. Il punto è capire come il diritto dei contratti reagisca quando un regolamento negoziale, pur formalmente lecito, riproduca un assetto formatosi in un contesto anticoncorrenziale [9]. Resta sullo sfondo, peraltro, il problema del fondamento civilistico di tale invalidità, che non può dirsi interamente risolto dal solo richiamo alla nullità dell'intesa anticoncorrenziale. La questione, allora, non è soltanto se il contratto "a valle" sia colpito da nullità totale o parziale [10], ma piuttosto quale sia il fondamento di

---

rilevando la persistenza di orientamenti non univoci, tanto nella giurisprudenza di merito quanto nelle sezioni semplici. Il contrasto non investe più l'ammissibilità della nullità delle clausole conformi allo schema ABI, ormai acquisita dopo l'arresto del 2021, bensì i limiti temporali, oggettivi e funzionali della relativa applicazione. Nello stesso senso si colloca anche Cass., 10 luglio 2025, n. 18851, in *Foro*.it, 2025, che conferma come il problema attuale riguardi non l'esistenza del principio, ma la sua esatta delimitazione applicativa.

[7] Con riguardo alle tre clausole delle condizioni generali di contratto sottoposte al vaglio della Banca d'Italia, appare pienamente condivisibile il rilievo di E. MINERVINI, *Fideiussione omnibus*, cit., 7, secondo cui «*non si intende perché mai il provvedimento n. 55 del 2 maggio 2005 della Banca d'Italia abbia ritenuto lesivi della concorrenza gli articoli 2 (recante la clausola di reviviscenza), 6 (recante la clausola di deroga all'art. 1957 c.c.) e 8 (recante la clausola di sopravvivenza) delle condizioni generali di contratto per la fideiussione omnibus elaborate dall'A.B.I., e non altre disposizioni delle medesime condizioni generali, quale ad es. quella recante la clausola di pagamento a prima richiesta. Sfugge così all'interprete la ratio del trattamento differenziato delle prime tre clausole rispetto all'ultima, con conseguente "ambiguità" dello scrutinio operato dalla Banca d'Italia sulla base di criteri "abbastanza evanescenti", scrutinio che finisce per rivestire con i panni della concorrenza un controllo di vessatorietà: le tre clausole in parola comportano insomma un significativo squilibrio normativo in danno del fideiussore*». Nello stesso senso v. S. PAGLIANTINI, *Fideiussioni «omnibus» attuative di un'intesa anticoncorrenziale: le sezioni unite, la nullità parziale ed il «filo» di Musil*, in *Foro it.*, 2022, I, 524.

[8] V. Trib. Siracusa, ord. 1° agosto 2025, in *cortedicassazione.it*, 2025 in sede di rinvio pregiudiziale *ex* art. 363-*bis* c.p.c., nonché il provvedimento dell'11 novembre 2025 del Primo Presidente della Corte di Cassazione di dichiarazione di ammissibilità e assegnazione alle Sezioni Unite, ove i quesiti vengono formulati nei seguenti termini: «se la mera riproduzione, nel contratto di fideiussione, delle clausole di reviviscenza, sopravvivenza e deroga all'art. 1957 c.c. sia sufficiente a determinarne la nullità anche quando la stipulazione sia avvenuta al di fuori del periodo (2002-2005) oggetto dell'accertamento della Banca d'Italia, ovvero se sia necessaria la prova di un ulteriore collegamento funzionale con l'intesa restrittiva della concorrenza»; «*se il principio di nullità così configurato trovi applicazione anche con riguardo alle fideiussioni specifiche, e non soltanto alle fideiussioni omnibus*»; «*se, accertata la nullità della clausola derogatoria dell'art. 1957 c.c., la clausola di pagamento a prima richiesta consenta al creditore di evitare la decadenza mediante semplice richiesta stragiudiziale, ovvero se sia comunque necessaria la proposizione di un'azione giudiziale nel termine previsto dalla norma codicistica*». I quesiti confermano che il nuovo intervento delle Sezioni Unite è volto non a rimettere in discussione il principio affermato nel 2021, ma a definirne con maggiore precisione i presupposti applicativi.

[9] Sul rapporto tra disciplina *antitrust* e validità dei contratti conclusi «a valle» dell'intesa restrittiva, la letteratura è ormai ampia. Senza pretesa di completezza, v. F. DENOZZA, *Antitrust e diritto privato*, in *Riv. soc.*, 1998, 477 ss.; V. SCALISI, *Nullità ed inefficacia*, cit., 492 ss.; G. PARDOLESI, *Intese restrittive della concorrenza e rimedi civilistici*, in *Merc. conc. reg.*, 2003, 453 ss.; M. LIBERTINI, *Il ruolo dei rimedi civilistici nel diritto antitrust*, in *Eur. dir. priv.*, 2004, 321 ss.; R. PARDOLESI– G. PALMIERI, *Cartelli e rimedi civilistici*, in *Danno resp.*, 2005, 489 ss.; E. CAMILLERI, *Contratti a valle, rimedi civilistici e disciplina della concorrenza*, Jovene, 2008; F. LONGOBUCCO, *Violazione di norme antitrust e disciplina dei rimedi nella contrattazione «a valle»*, E.S.I., 2009; M. ONORATO, *Nullità dei contratti nell'intesa anticompetitiva*, Giuffrè, 2012.

[10] Sul punto merita di essere richiamato il pensiero di Autorevole dottrina, secondo cui: «*Nell'ottica, invece, della nullità dei contratti "a valle", e con riferimento specifico alle fideiussioni conformi allo schema ABI, viene richiamata la sentenza (già sopra menzionata) di Cass. 12 dicembre 2017, n. 29810, in particolare nel passaggio della motivazione in cui la stessa*

ISSN 2281-3918/2421-2563



tale invalidità e quale tipo di collegamento debba sussistere tra l'intesa vietata e il singolo regolamento negoziale. È proprio su questo terreno, quello del rapporto tra illecito restrittivo della concorrenza e validità del contratto individuale, che la vicenda delle fideiussioni ABI continua a mettere alla prova le categorie tradizionali del diritto dei contratti [11]. Una possibile chiave di lettura di tale fondamento risiede nella diversa funzione che la norma dispositiva è chiamata ad assolvere nel regolamento negoziale. Essa, infatti, non esaurisce la propria funzione nella mera supplenza della volontà delle parti, ma individua il punto di equilibrio che il legislatore reputa normalmente idoneo alla distribuzione dei diritti, degli obblighi e dei rischi contrattuali, sicché la sua deroga richiede di essere apprezzata anche alla luce della concreta giustificazione dell'assetto negoziale realizzato [12].

2. Nullità dei contratti "a valle" ed estensione temporale delle clausole ABI

Il primo quesito rimesso alle Sezioni Unite, concernente l'estensione della nullità delle clausole conformi allo schema ABI anche a fideiussioni stipulate al di fuori del periodo oggetto dell'accertamento della Banca d'Italia, rinvia, in realtà, ad una questione dibattuta da tempo. Si tratta del problema della sorte dei contratti conclusi "a valle" di un'intesa anticoncorrenziale [13], vale a dire dei negozi che, pur collocandosi sul piano dei rapporti tra impresa e cliente, si inseriscono in un contesto economico segnato da un accordo restrittivo della concorrenza [14]. Come è stato osservato,

---

afferma: "allorché l'articolo in questione stabilisce la nullità delle «intese», non [ha] inteso dar rilevanza esclusivamente all'eventuale negozio giuridico originario postosi all'origine della successiva sequenza comportamentale, ma a tutta la più complessiva situazione – anche successiva al negozio originario – la quale – in quanto tale – realizzi un ostacolo al gioco della concorrenza". In tal modo, secondo la sentenza delle Sezioni Unite in commento, la pronuncia in esame si porrebbe nella direzione della nullità complessiva e totale, sia dell'intesa "a monte" (peraltro dichiarata dall'Autorità Garante), sia della successiva fideiussione "a valle"». Così G. STELLA, *La nullità parziale delle fideiussioni conformi allo schema ABI alla luce della sentenza della Cassazione a Sezioni Unite*, in *Pactum*, 2022, 459.

[11] La questione non si esaurisca nell'alternativa fra nullità totale e nullità parziale, ma investa il fondamento stesso dell'invalidità del contratto «a valle» e il modo in cui essa si raccorda al divieto *antitrust*. In questa prospettiva, sono stati valorizzati, con accenti diversi, la proiezione della nullità dell'intesa sui negozi attuativi, la rilevanza dell'ordine pubblico economico quale limite all'autonomia privata, la possibile immeritevolezza delle clausole riproduttive dell'assetto restrittivo della concorrenza, nonché il problema della tenuta del regolamento negoziale residuo e dei limiti entro i quali il relativo schema ricostruttivo possa essere esteso oltre il caso delle fideiussioni ABI. In questi termini, Cfr. N. IRTI, *Ordine giuridico del mercato*, Laterza, 1998, spec. 21 ss.; M. LIBERTINI, *Il ruolo dei rimedi,* cit., 321 ss.; P. PERLINGIERI, *Il diritto civile nella legalità costituzionale*, E.S.I., 2020; M. LIBERTINI, *I contratti attuativi*, cit., 14 ss.; G. STELLA, *La nullità parziale*, cit., 453-454; U. VIOLANTE, *Nullità parziale*, cit., 247 ss.; E. MINERVINI, *Fideiussione omnibus*, cit., 64 ss.

[12] Sul superamento della concezione della norma dispositiva quale mera regola suppletiva e sulla sua funzione di parametro dell'equilibrio contrattuale, v. S. MONTICELLI, *Il ruolo "ambivalente" della norma dispositiva nel contratto*, in *Nuovo diritto civile*, 2021, 9-10; R. CALVO, *Diritto civile. Il contratto*, Zanichelli, 2015, 24; F. DI MARZIO, *La nullità del contratto*, Cedam, 2008, 661.

[13] La vicenda delle fideiussioni conformi allo schema ABI è stata letta non come una questione confinata alla patologia di singole clausole bancarie, ma come un banco di prova del rapporto tra nullità civile, disciplina *antitrust* e sorte dei contratti attuativi dell'intesa illecita. In questa prospettiva, il problema affrontato dalle Sezioni Unite riguarda la validità dei contratti di fideiussione predisposti secondo uno schema uniforme dichiarato parzialmente illecito dall'autorità *antitrust* e la soluzione della nullità parziale si colloca in un punto di equilibrio tra tutela del fideiussore e conservazione del contratto, pur lasciando aperti profili problematici quando dal caso delle fideiussioni ABI si passi al piano più generale dei contratti «a valle» di intese restrittive della concorrenza. Il che conferma come la questione non esaurisca la propria portata nella sola tecnica redazionale delle clausole, ma investa il nesso tra illecito *antitrust* e regolamento negoziale individuale. In questi termini, cfr. G. STELLA, *La nullità parziale*, cit., 453 ss.; U. VIOLANTE, *Nullità parziale*, cit., 247 ss.

[14] La dottrina ha evidenziato come l'illecito concorrenziale non esaurisca i propri effetti sul piano pubblicistico, ma possa

ISSN 2281-3918/2421-2563



l'accertamento di un'intesa vietata non esaurisce i propri effetti sul piano della repressione dell'illecito concorrenziale [15]. L'intesa, infatti, dispiega i propri effetti nel mercato attraverso i rapporti negoziali stipulati con i terzi, e cioè mediante quei contratti che consentono agli operatori economici di trasferire sul piano delle relazioni commerciali l'assetto concordato a monte [16]. Il contratto concluso con il cliente non costituisce, dunque, un fenomeno del tutto estraneo rispetto all'intesa anticoncorrenziale, ma rappresenta il veicolo attraverso il quale l'accordo restrittivo trova attuazione nel mercato [17]. La riflessione dottrinale sui contratti "a valle" ha da tempo messo in evidenza come il problema non possa essere affrontato esclusivamente nei termini della validità di una singola clausola negoziale [18]. Ciò che rileva, piuttosto, è il rapporto che si instaura tra l'intesa anticoncorrenziale e il singolo negozio stipulato con il cliente, e dunque il modo in cui l'ordinamento reagisce quando un contratto individuale si colloca all'interno di un assetto economico influenzato da un accordo restrittivo [19]. Questi rilievi consentono di comprendere i termini del problema posto dal caso delle fideiussioni conformi allo schema ABI. Come è noto, il provvedimento della Banca d'Italia del 2005 ha accertato l'esistenza di un'intesa restrittiva avente ad oggetto la diffusione di uno schema uniforme di fideiussione *omnibus* contenente alcune clausole, in particolare quelle di reviviscenza,

---

incidere anche sui rapporti negoziali che ne costituiscono lo sbocco operativo nel mercato. In questi termini, cfr. M. LIBERTINI, *Ancora sui rimedi civili conseguenti ad illeciti antitrust*, in *Danno e resp.*, 2004, 933 ss.; F. DENOZZA, *Antitrust*, cit., 477 ss.; G. PARDOLESI, *Intese restrittive*, cit., 453 ss.

[15] Cfr. M.S. MAISANO, *La sofferta dialettica*, cit., 315, ove, nel ricostruire l'*iter* argomentativo delle Sezioni Unite, sottolinea che la nullità *antitrust* colpisce un *«risultato economico»* e che, proprio per questo, la rilevanza dell'intesa non si arresta al negozio originario, ma si estende alla più ampia sequenza comportamentale attraverso cui l'assetto restrittivo della concorrenza viene concretamente realizzato nel mercato. In particolare, l'Autrice richiama il passaggio della sentenza in cui si afferma che l'art. 2 l. n. 287 del 1990 non guarda *«esclusivamente all'eventuale negozio giuridico originario»*, ma all'intera situazione, anche successiva, idonea a realizzare un ostacolo al gioco della concorrenza.

[16] Cfr. C. CASTRONOVO, *Antitrust e abuso di responsabilità civile*, in *Danno e resp.*, 2004, 469 ss., ove si sottolinea come la reazione civilistica all'illecito restrittivo della concorrenza si giustifichi proprio in funzione della neutralizzazione degli effetti prodotti nei rapporti con i terzi. Con specifico riguardo ai contratti «a valle», v. poi M. LIBERTINI, *Ancora sui rimedi*, cit., 937, secondo cui la tutela civilistica è chiamata a impedire che l'intesa continui a produrre effetti economici durevoli attraverso i contratti stipulati nel mercato; nonché M.S. MAISANO, *La sofferta dialettica*, cit., 315, la quale rileva che la rilevanza dell'intesa non si arresta al momento programmatorio dell'accordo, ma si estende alla sequenza negoziale attraverso cui l'assetto restrittivo trova concreta attuazione.

[17] Sul punto, la dottrina ha osservato che, nella costruzione accolta dalle Sezioni Unite, il contratto «a valle» non è estraneo all'intesa vietata, ma ne costituisce lo *«sbocco»* necessario sul piano applicativo, essendo proprio il negozio concluso con il cliente il luogo nel quale le clausole uniformi predisposte a monte producono i loro effetti. Lo stesso A. rileva, peraltro, che il rapporto di strumentalità tra intesa e contratto può giustificare, nel caso delle fideiussioni ABI, la declaratoria di nullità delle clausole riproduttive, fermo restando che la questione diventa più complessa quando dal caso specifico delle garanzie bancarie ci si sposti verso il piano generale dei contratti con gli utenti finali. V. G. STELLA, *La nullità parziale*, cit., 460-462.

[18] Cfr. U. VIOLANTE, *Nullità parziale*, cit., 247 ss., il quale mostra come, una volta superata la prospettiva meramente descrittiva della clausola riproduttiva, il nodo teorico si sposti sul rapporto tra illecito *antitrust* e rimedi civilistici. In questa prospettiva, la nullità parziale, pur preferibile alla nullità totale nel caso delle fideiussioni conformi allo schema ABI, impone di verificare se il contratto, una volta espunte le clausole riproduttive, conservi una tenuta apprezzabile sul piano della funzione economico-individuale e della causa concreta. In termini non lontani, v. anche G. STELLA, *La nullità parziale*, cit., 453-454.

[19] Non manca, tuttavia, chi ha sottolineato come la teoria dei contratti «a valle» non possa essere utilizzata per estendere automaticamente la nullità a tutti i negozi stipulati in un mercato interessato da un'intesa restrittiva. In questa prospettiva, è stato osservato che il collegamento tra intesa e contratto stipulato con il terzo deve costituire oggetto di una verifica concreta. In tal senso, v. M.R. MAUGERI, *Violazione della disciplina antitrust e rimedi civilistici*, Editpress, 2006; F. LONGOBUCCO, *Violazione di norme antitrust,* cit.. In una prospettiva più ampia sul rapporto tra disciplina della concorrenza e diritto privato, v. anche F. DENOZZA, *Antitrust*, cit., 477 ss.

ISSN 2281-3918/2421-2563



sopravvivenza e deroga all'art. 1957 c.c., idonee ad alterare in modo significativo l'equilibrio del rapporto di garanzia [20]. Il problema interpretativo non riguarda soltanto la validità di tali clausole nel contratto stipulato con il fideiussore, ma il rapporto tra l'intesa anticoncorrenziale accertata dall'autorità amministrativa e i singoli contratti di garanzia conclusi con la clientela bancaria. Su questo punto la dottrina non è giunta a soluzioni univoche. Secondo un primo orientamento la diffusione generalizzata dello schema ABI nel sistema bancario consente di ritenere che i contratti stipulati con i clienti rappresentino il momento di concreta attuazione dell'intesa anticoncorrenziale [21]. Diversamente, altra parte della dottrina ha richiamato l'attenzione sulla necessità di evitare automatismi invalidanti, osservando che il cliente che stipula il contratto è estraneo all'accordo restrittivo e che il collegamento tra l'intesa e il singolo negozio deve essere oggetto di una verifica non meramente formale [22]. È su questo terreno che assume rilievo la questione dell'estensione temporale delle clausole ABI. Se la nullità viene ricondotta alla mera presenza, nel contratto a valle, delle clausole censurate, il dato temporale tende a perdere rilievo; diversamente, ove essa presupponga l'accertamento di un nesso qualificato tra la singola fideiussione e l'intesa anticoncorrenziale accertata a monte, occorre verificare se tale collegamento possa ritenersi sussistente anche rispetto a garanzie stipulate al di fuori dell'arco temporale esaminato dall'Autorità di vigilanza [23]. La questione non attiene tanto alla qualificazione della nullità delle clausole conformi allo schema ABI [24], quanto all'individuazione dei criteri che consentono di riferire tale invalidità [25] alle singole fideiussioni stipulate con la clientela

---

[20]Sul provvedimento n. 55 del 2 maggio 2005 della Banca d'Italia e sulle sue ricadute nei rapporti negoziali, v. B. BORRILLO, *La nullità della fideiussione omnibus per violazione della normativa antitrust*, in *Riv. dir. banc.*, 2018; A. DOLMETTA, *Fideiussioni bancarie e normativa antitrust*, in *Riv. dir. banc.*, 2022.

[21]Una parte della dottrina ha ritenuto che la stipulazione dei contratti attuativi dell'intesa costituisca essa stessa una forma di pratica anticoncorrenziale concordata, sicché i negozi conclusi con la clientela rappresenterebbero il momento di concreta attuazione dell'accordo restrittivo. In questi termini, v. A. GENTILI, *La nullità dei contratti «a valle» come pratica concordata anticoncorrenziale (il caso delle fideiussioni ABI)*, in *Giust. civ.*, 2019, 675 ss.

[22]Diversamente, altra parte della dottrina ha richiamato l'attenzione sulla necessità di evitare automatismi invalidanti, osservando che il cliente che conclude il contratto resta estraneo all'accordo tra imprese e che il collegamento tra l'intesa e il singolo negozio deve essere oggetto di una verifica non meramente formale, ma condotta alla luce della concreta funzione svolta dal regolamento negoziale nel mercato. In questi termini, cfr. M. LOBUONO, *Le fideiussioni*, cit., 413-415; F. LONGOBUCCO, *Violazione di norme antitrust,* cit.; M.R. MAUGERI, *Violazione della disciplina,* cit.

[23] Sul rilievo del profilo temporale, v. A. DOLMETTA, *Fideiussioni bancarie*, cit.; B. BORRILLO, *La nullità della fideiussione*, cit.; R. FEDERICO, *Operazione economica e nullità dei contratti derivati da intesa anticoncorrenziale*, in *Corr. giur.*, 2018, 1066 ss., ove si evidenzia come il problema non riguardi soltanto la riproduzione delle clausole censurate, ma anche la persistente riferibilità del singolo contratto all'intesa restrittiva accertata dall'autorità di vigilanza.

[24]Sul punto, in questa prospettiva, non è tanto postulare una derivazione automatica della nullità dall'intesa al contratto individuale, quanto chiarire quale tipo di collegamento debba sussistere tra i due piani. In dottrina si è infatti osservato che il paradigma del collegamento negoziale in senso tecnico incontra limiti evidenti quando il terzo contraente «a valle» resti estraneo al disegno restrittivo perseguito «a monte»; il che impone di distinguere tra mera strumentalità economica e collegamento giuridicamente rilevante. Sul tema, cfr. M.S. MAISANO, *La sofferta dialettica*, cit.; G. CASTIGLIA, *Negozi collegati in funzione di scambio (su alcuni problemi del collegamento negoziale e della forma giuridica delle operazioni economiche di scambio)*, in *Riv. dir. civ.*, 1979, 397 ss.; A. NERVI, *La difficile integrazione fra diritto civile e diritto della concorrenza (note a margine a Cass., Sez. un., 4 febbraio 2005, n. 2207)*, in *Riv. dir. civ.*, 2005, 497 ss.

[25] Assume particolare rilievo, in questa prospettiva, l'osservazione di Autorevole dottrina, la quale, pur muovendo dalla specifica vicenda delle fideiussioni *omnibus* conformi allo schema ABI, avverte che la soluzione della nullità parziale non può essere assunta come modello generale e automaticamente esportabile all'intera categoria dei contratti "a valle". Cfr. E. MINERVINI, *Fideiussione omnibus*, cit., 68. L'Autore osserva, infatti, che la pronuncia delle Sezioni Unite limita le proprie conclusioni al campo specifico della fideiussione *omnibus*, senza svolgere una compiuta riflessione sull'impatto della soluzione adottata rispetto ai contratti a valle diversi da tale figura. Ne deriva che la nullità parziale, lungi dal costituire una formula unitaria

ISSN 2281-3918/2421-2563



bancaria [26]. Con riguardo alle fideiussioni conformi allo schema ABI, la diffusione del modello contrattuale predisposto dall'associazione bancaria costituisce un dato rilevante [27]. Nondimeno, la riconduzione del singolo contratto all'intesa restrittiva accertata dalla Banca d'Italia non può essere risolta mediante il solo riscontro formale delle clausole censurate [28], soprattutto quando la stipulazione sia avvenuta in un momento diverso da quello considerato nell'accertamento amministrativo [29]. In questa prospettiva il tema dell'estensione temporale delle clausole ABI assume un significato più ampio. Esso trascende la mera delimitazione cronologica dell'intesa accertata, investendo il modo in cui l'ordinamento ricostruisce il rapporto tra l'illecito concorrenziale e i contratti che operano nel mercato interessato da tale illecito [30]. La nuova rimessione alle Sezioni Unite è destinata a fornire un

idonea a governare indistintamente ogni ipotesi di contratto attuativo di un'intesa restrittiva, risulta condizionata dalle particolarità del caso esaminato e, proprio per tale ragione, non può essere applicata in modo meccanico all'intero spettro dei contratti a valle. Il rilievo è significativo perché consente di evitare che il paradigma elaborato nel contenzioso ABI venga trasformato in un automatismo invalidante fondato sulla sola derivazione economica del contratto dall'intesa vietata. Occorre, piuttosto, verificare di volta in volta se il singolo regolamento negoziale costituisca effettivamente lo strumento attraverso cui l'assetto anticoncorrenziale si proietta nel mercato e se la clausola censurata conservi, nel concreto assetto di interessi, la medesima funzione alterativa della distribuzione legale del rischio. In tal senso, la riflessione dell'Autore rafforza l'idea che il problema non sia quello di estendere in blocco la nullità dal piano dell'intesa al piano del contratto individuale, ma quello di individuare criteri selettivi capaci di distinguere le ipotesi in cui il contratto "a valle" rappresenti realmente lo sbocco operativo dell'accordo restrittivo da quelle in cui la mera somiglianza testuale o la generica appartenenza al medesimo settore di mercato non bastano a fondare il rimedio invalidante.

[26]Cfr. F. DENOZZA, *Antitrust*, cit., 478 ss., il quale evidenzia come la teoria dei contratti «a valle» non implichi che ogni contratto stipulato in un mercato interessato da un'intesa restrittiva debba essere automaticamente colpito da invalidità, imponendo piuttosto di verificare il rapporto funzionale tra il negozio e l'assetto economico determinato dall'intesa. In termini più generali, v. G. TESAURO, *Diritto dell'Unione europea*, Cedam, 2012; A. PAPPALARDO, *Il diritto della concorrenza nell'Unione europea*, Utet Giuridica, 2018; F. DENOZZA, L. TOFFOLETTI, *Le funzioni delle azioni private nel libro bianco sul risarcimento del danno antitrust: compensazione, deterrenza e coordinamento con l'azione pubblica*, in F. ROSSI DAL POZZO, B. NASCIMBENE (a cura di), *Il private enforcement delle norme sulla concorrenza*, Giuffrè, 2009, 101 ss.

[27] La rilevanza del modello ABI, in questa prospettiva, non dipende soltanto dal fatto storico del suo accertamento da parte della Banca d'Italia, ma anche dalla sua funzione di schema uniforme destinato a orientare in modo seriale il contenuto delle garanzie personali praticate nel mercato bancario. Proprio per questo, parte della dottrina ha sottolineato che la vicenda delle fideiussioni ABI non riguarda semplicemente tre clausole isolate, ma il problema più ampio della standardizzazione del regolamento contrattuale e della sua attitudine a incidere, in modo diffuso, sulla posizione del garante e sulla struttura concorrenziale del mercato delle garanzie bancarie. In tal senso, v. G. STELLA, *La nullità parziale*, cit., 454-456.

[28]In questa direzione, parte della dottrina ha osservato che il mero riscontro della presenza, nel singolo contratto, di clausole coincidenti con quelle censurate dall'autorità amministrativa non esaurisce il problema della loro rilevanza invalidante, ove non si chiarisca se e in quale misura il negozio stipulato con il cliente si ponga effettivamente come attuazione dell'assetto restrittivo accertato a monte. Il punto, dunque, non è solo la riproduzione testuale della clausola, ma la sua collocazione funzionale entro un regolamento negoziale che riproduca realmente la logica del modello uniforme. In tal senso, v.. M. LIBERTINI, *I contratti attuativi*, cit., 15-16; M.S. MAISANO, *La sofferta dialettica*, cit., 317-318.

[29]Sul rilievo del profilo temporale, la dottrina ha evidenziato come la mera circostanza che il contratto sia stato stipulato in un momento successivo rispetto al periodo oggetto dell'accertamento della Banca d'Italia non consenta, di per sé, né di escludere né di affermare il collegamento con l'intesa restrittiva, imponendo una verifica della persistente riferibilità del regolamento negoziale al modello anticoncorrenziale. In questi termini, v. A. DOLMETTA, *Fideiussioni bancarie*, cit.; B. BORRILLO, *La nullità della fideiussione*, cit.; A. CAROTTI, *Fideiussioni bancarie e normativa antitrust: tra tutela della concorrenza e tutela del consumatore*, in *AJI*, 2023, 1566 ss.

[30] La dottrina ha opportunamente sottolineato che il nodo dei contratti «a valle» non coincide con la sola individuazione del rimedio, ma investe la più generale ricostruzione del rapporto tra illecito di mercato e validità negoziale. In questa prospettiva, il tema è stato ricondotto alla più ampia interferenza tra ordine pubblico economico, disciplina del mercato e categorie tradizionali dell'invalidità contrattuale. In questi termini, cfr. N. IRTI, *Ordine giuridico del mercato*, cit., 21 ss.; P. PERLINGIERI, *Il diritto civile*, cit.; M. LIBERTINI, *Il ruolo dei rimedi,* cit., 321 ss.

ISSN 2281-3918/2421-2563



chiarimento proprio su questo punto. Al Supremo Collegio è rimessa non tanto la configurabilità della nullità *antitrust* delle clausole conformi allo schema ABI, profilo ormai ampiamente riconosciuto nella giurisprudenza di legittimità, quanto piuttosto la definizione dei criteri attraverso i quali tale invalidità possa essere riferita ai singoli contratti di garanzia, anche quando essi siano stati stipulati al di fuori dell'arco temporale preso in considerazione dall'accertamento amministrativo [31]. Sotto questo profilo, la questione dell'estensione temporale delle clausole ABI diventa il luogo nel quale si manifesta la tensione tra due esigenze che l'ordinamento è chiamato a comporre: da un lato, l'effettività della tutela della concorrenza; dall'altro, la stabilità dei rapporti negoziali conclusi nel mercato. La decisione delle Sezioni Unite è pertanto destinata a chiarire se la mera riproduzione delle clausole censurate sia sufficiente a fondare la nullità della fideiussione ovvero se tale invalidità presupponga l'accertamento di uno specifico collegamento funzionale tra il singolo regolamento negoziale e l'intesa anticoncorrenziale accertata a monte [32].

3. Ambito applicativo della nullità e rilevanza delle fideiussioni specifiche

Se il problema dell'estensione temporale della nullità imponeva di domandarsi in quale misura il singolo contratto potesse essere ricondotto all'intesa anticoncorrenziale accertata a monte, il secondo quesito rimesso alle Sezioni Unite sposta l'attenzione su un profilo non meno delicato: fino a dove possa estendersi il principio di nullità elaborato dalla giurisprudenza con riguardo alle fideiussioni conformi allo schema ABI [33]. Il dubbio, a ben vedere, non si esaurisce nella sola distinzione tra fideiussione *omnibus* e fideiussione specifica [34]. Occorre piuttosto comprendere se la nullità *antitrust*

[31] Il riferimento è ai quesiti formulati dal Trib. Siracusa, ord. 1° agosto 2025, in sede di rinvio pregiudiziale *ex* art. 363-bis cod. proc. civ., e al provvedimento dell'11 novembre 2025 del Primo Presidente della Corte di cassazione, che ne ha dichiarato l'ammissibilità e disposto la rimessione alle Sezioni Unite, con particolare riguardo al problema della riferibilità della nullità ai contratti stipulati anche al di fuori del periodo oggetto dell'accertamento della Banca d'Italia.

[32] Non a caso, la dottrina ha letto la vicenda delle fideiussioni conformi allo schema ABI come uno dei principali terreni di confronto tra tutela della concorrenza e diritto dei contratti, osservando che il problema non consiste tanto nello stabilire se il contratto «a valle» sia nullo, quanto nell'individuare i criteri attraverso i quali la tutela del mercato possa incidere sulla conservazione o sulla caducazione del regolamento negoziale individuale. In questi termini, cfr. M. Lobuono, *Le fideiussioni*, cit., 412-416; E. Camilleri, *Validità della fideiussione omnibus conforme a schema-tipo dell'ABI e invocabilità della sola tutela riparatoria in chiave correttiva*, in *Nuova giur. civ. comm.*, 2020, II, 397; M. Maugeri, *Breve nota su contratti a valle e rimedi*, in *Nuova giur. civ. comm.*, 2020, II, 417; M. Libertini, *I contratti attuativi*, cit., 14-16.

[33] Il problema dell'ambito applicativo della nullità delle fideiussioni conformi allo schema ABI è stato ampiamente discusso nella dottrina successiva alla pronuncia delle Sezioni Unite del 2021. In particolare, è stato osservato che la questione non riguarda soltanto la qualificazione della nullità delle singole clausole, ma anche l'individuazione dei contratti ai quali tale invalidità possa estendersi, ponendo il problema se essa debba essere ancorata al tipo negoziale formalmente preso in considerazione dall'autorità *antitrust* ovvero alle clausole che riproducono l'assetto restrittivo accertato a monte. In questi termini, cfr. M. Lobuono, *Le fideiussioni*, cit., 413-415; M.S. Maisano, *La sofferta dialettica*, cit., 321; G. Stella, *La nullità parziale*, cit., 458 ss.; L. Morisi, *Le fideiussioni omnibus conformi allo schema ABI al vaglio delle Sezioni Unite: nullità «speciale» come nullità «atipica»?*, in *Banca borsa tit. cred.*, 2022, II, 630; M. Scotto Di Carlo, *Sulla sorte della fideiussione conforme alle norme bancarie uniformi*, in *Rass. dir. civ.*, 2022, 1601.

[34] Certo, la distinzione tra fideiussione *omnibus* e fideiussione specifica conserva rilievo, poiché attiene non soltanto alla diversa estensione dell'obbligazione del garante, ma anche alla funzione economica che la garanzia è chiamata a svolgere nel rapporto tra creditore e debitore. In questa prospettiva, la fideiussione non costituisce un modello unitario e immutabile, ma uno strumento negoziale che si conforma alle esigenze dell'operazione economica nella quale è inserito, determinando differenti modalità di allocazione del rischio tra le parti. Cfr. G. Villanacci, *Le garanzie reali e personali*, Milano, 350 ss.

ISSN 2281-3918/2421-2563



debba restare ancorata al tipo contrattuale preso in considerazione dall'autorità amministrativa, oppure se debba guardare, più concretamente, alle clausole contenute nel contratto e alla funzione che esse svolgono nel regolamento negoziale [35]. Ove si assumesse come decisivo il solo dato formale, la risposta parrebbe quasi obbligata: il provvedimento della Banca d'Italia ha riguardato lo schema ABI di fideiussione *omnibus*, sicché il giudizio di nullità dovrebbe restare confinato a quella figura [36]. Una simile conclusione, tuttavia, non appare convincente. Il disvalore concorrenziale accertato nel 2005 non consisteva nella mera denominazione del contratto, bensì nella predisposizione e nella diffusione uniforme di alcune clausole ritenute idonee ad aggravare in modo significativo la posizione del fideiussore [37]. Se le cose stanno così, diventa difficile sostenere che il problema scompaia per il solo fatto che quelle medesime pattuizioni siano inserite in una fideiussione riferita a una singola operazione. Anche in tal caso, infatti, la questione torna a essere quella emersa nei paragrafi precedenti: stabilire se il contratto stipulato con il cliente continui a riprodurre, sia pure in un diverso contesto negoziale, il medesimo assetto di interessi che l'autorità di vigilanza aveva ritenuto distorsivo sotto il profilo concorrenziale [38]. Non rileva, allora, verificare se il contratto rechi l'etichetta di om*nibus* o di specifica [39]; ciò che assume rilievo è se, dietro quella forma, continui a operare il medesimo disegno di allocazione del rischio che la disciplina della concorrenza aveva inteso colpire [40]. Anche una

[35] Il problema della funzione delle clausole contenute nelle fideiussioni predisposte secondo lo schema ABI è stato ampiamente discusso in dottrina. In particolare, è stato osservato che la questione delle clausole di reviviscenza, sopravvivenza e deroga all'art. 1957 cod. civ. non può essere affrontata isolatamente, ma deve essere collocata nel contesto della prassi contrattuale bancaria nella quale tali pattuizioni si sono diffuse. In questa prospettiva, la riproduzione delle clausole nei contratti di garanzia pone il problema di stabilire se esse continuino a esprimere il medesimo assetto di interessi già oggetto dell'accertamento dell'autorità di vigilanza. In questi termini, cfr. A. DOLMETTA, *Fideiussioni bancarie*, cit.; B. BORRILLO, *La nullità della fideiussione omnibus per violazione della normativa antitrust*, cit.

[36] Il rilievo trova fondamento nel fatto che il provvedimento n. 55 del 2 maggio 2005 della Banca d'Italia ha avuto ad oggetto lo schema ABI di fideiussione *omnibus*, con riferimento alle clausole di reviviscenza, sopravvivenza e deroga all'art. 1957 cod. civ. Proprio tale delimitazione dell'accertamento ha alimentato il dibattito circa la possibilità di estendere il giudizio di nullità anche a figure negoziali diverse dalla fideiussione *omnibus*. In questi termini, v. A. DOLMETTA, *Fideiussioni bancarie*, cit.; B. BORRILLO, *La nullità della fideiussione omnibus per violazione della normativa antitrust*, cit.

[37] Cfr. S. MONTICELLI, *La nullità della fideiussione a valle dell'intesa antitrust nell'interpretazione dell'ABF*, in *Ianus. Diritto e finanza*, 2022, 72-74; secondo cui il disvalore concorrenziale individuato dall'autorità *antitrust* nel caso delle fideiussioni ABI è stato ricondotto dalla dottrina non tanto alla figura negoziale della fideiussione *omnibus* in quanto tale, quanto piuttosto alla diffusione uniforme di alcune clausole contrattuali idonee ad aggravare in modo significativo la posizione del garante. In questa prospettiva si è osservato che il problema non riguarda la tipologia della garanzia, ma l'effetto di standardizzazione del contenuto contrattuale determinato dall'adozione generalizzata di uno schema predisposto a monte. Cfr. anche L. MORISI, *Fideiussioni omnibus «a valle»: vecchie questioni e nuovi rimedi?*, in *Osservatorio del diritto civile e commerciale*, 2022, 309-311; M.S. MAISANO, *La sofferta dialettica*, cit., 314.

[38] Proprio in questa prospettiva, la dottrina ha osservato che il problema non consiste nella mera identità formale delle clausole, ma nella verifica se il contratto stipulato con il cliente continui a riprodurre il medesimo assetto di interessi già oggetto dell'intesa restrittiva accertata a monte. Ciò impone di verificare non soltanto il contenuto delle singole pattuizioni, ma anche la funzione che esse continuano a svolgere nell'economia del regolamento negoziale. In questi termini, cfr. M. LIBERTINI, *I contratti attuativi*, cit., 14-16; M. LOBUONO, *Le fideiussioni*, cit., 413-415; M.S. MAISANO, *La sofferta dialettica*, cit., 317-321.

[39] Letta in questi termini, la questione dell'estensione della nullità alle fideiussioni specifiche non sembra riguardare tanto il superamento della distinzione tipologica tra fideiussione *omnibus* e garanzia riferita a una singola operazione, quanto il criterio attraverso cui individuare la rilevanza del contratto *a valle*: non il *nomen* del contratto, ma la persistenza, nel regolamento concreto, di clausole che riproducono un assetto uniforme di rafforzamento della tutela del credito già ritenuto distorsivo sul piano concorrenziale. In questi termini, cfr. G. STELLA, *La nullità parziale*, cit., 453 ss. e 472 ss.; M.S. MAISANO, *La sofferta dialettica*, cit., 314 ss.

[40] Per chi voglia sottrarsi a una lettura puramente nominalistica della distinzione tra fideiussione *omnibus* e fideiussione specifica, assai utile è il rilievo di E. MINERVINI, Fideiussione omnibus, cit., spec. § 2 e § 3;. L'Autore osserva che si tratta

ISSN 2281-3918/2421-2563



fideiussione riferita a una singola operazione può contenere clausole che incidono profondamente sull'equilibrio del rapporto tra creditore e garante [41]. Se si guarda alla funzione delle pattuizioni censurate, reviviscenza, sopravvivenza e deroga all'art. 1957 c.c., emerge che il loro effetto non consiste semplicemente nell'adattare il contratto alle esigenze dell'operazione garantita. Al contrario, esse tendono a rafforzare in modo significativo la posizione del creditore, trasferendo sul garante una quota di rischio che, nel modello legale della fideiussione, sarebbe diversamente distribuita [42]. È proprio questa redistribuzione del rischio che aveva attirato l'attenzione dell'Autorità di vigilanza, inducendola a ritenere che la diffusione uniforme di tali clausole potesse incidere in modo apprezzabile sulla dinamica concorrenziale del mercato [43]. Non rileva, dunque, il mero contenuto derogatorio delle

---

di clausole atipiche, che derogano a norme dispositive quali gli articoli 1939, 1941 e 1957 c.c., di un contratto tipico di fideiussione», aggiungendo che, secondo il provvedimento della Banca d'Italia n. 55 del 2005, esse «prevedono degli oneri aggiuntivi a carico del fideiussore senza un'adeguata giustificazione», ossia senza un corrispondente interesse delle banche meritevole di tutela e senza un equilibrato contemperamento degli interessi delle parti; sicché, conclude, «si tratta di clausole normativamente squilibrate». In questo quadro l'Autore propone una strada alternativa rispetto alla costruzione delle Sezioni Unite: non già collegamento funzionale, ordine pubblico economico o nullità speciale, bensì scrutinio di meritevolezza / esercizio abusivo dell'autonomia negoziale, con successiva integrazione del contratto per mezzo delle norme dispositive derogate. Nel medesimo passo segnala il dissenso in dottrina sulla qualificazione della fideiussione omnibus e sulla tenuta della ricostruzione accolta dalla Corte. Cfr. G.P. La Sala, *Fideiussioni bancarie omnibus e disciplina antimonopolistica dopo l'ultimo intervento delle Sezioni Unite*, in *Banca borsa tit. cred*., 2022, II, p. 620 ss.; S. Pagliantini, *Fideiussioni "omnibus" attuative di un'intesa anticoncorrenziale: le Sezioni Unite, la nullità parziale ed il "filo" di Musi*l, in *Foro it.,* 2022, I, c. 526 ss.; M. Scotto di Carlo, *Sulla sorte della fideiussione conforme alle norme bancarie uniformi*, in *Rass. dir. civ*., 2022, p. 1597 ss.

[41] Anche con riguardo alla fideiussione specifica, il problema non è tanto la figura negoziale in sé considerata, quanto la possibile presenza di clausole idonee a riprodurre il medesimo assetto di interessi già censurato con riferimento allo schema ABI. In questa prospettiva, è stato osservato che la rilevanza delle clausole di reviviscenza, sopravvivenza e deroga all'art. 1957 cod. civ. prescinde dalla qualificazione del contratto come fideiussione *omnibus* o specifica, imponendo piuttosto di verificare la concreta funzione che tali pattuizioni assumono nell'economia del regolamento negoziale. In questi termini, cfr. G. Stella, *La nullità parziale*, cit., 472 ss.; L. Morisi, *Fideiussioni omnibus «a valle»: vecchie questioni e nuovi rimedi?*, cit., 309 ss.

[42] La funzione delle clausole di reviviscenza, sopravvivenza e deroga all'art. 1957 c.c. è stata frequentemente ricondotta, nella riflessione dottrinale, alla tendenza della prassi bancaria a rafforzare la posizione del creditore attraverso una significativa rimodulazione dell'equilibrio tipico della garanzia personale. In questa prospettiva si è osservato che tali pattuizioni non si limitano a introdurre adattamenti tecnici del regolamento negoziale, ma incidono direttamente sulla distribuzione del rischio tra banca e garante, ampliando l'area di responsabilità del fideiussore ben oltre i confini del modello legale della fideiussione. In particolare, la clausola di reviviscenza consente di trasferire sul garante le conseguenze della eventuale inefficacia o revoca dei pagamenti effettuati dal debitore principale; la clausola di sopravvivenza tende a prolungare l'efficacia della garanzia anche in presenza di vicende che incidano sull'obbligazione principale; mentre la deroga all'art. 1957 c.c. elimina uno dei principali strumenti di tutela del fideiussore, sottraendo il creditore all'onere di attivarsi tempestivamente nei confronti del debitore. Proprio la combinazione di tali pattuizioni determina, secondo parte della dottrina, un sensibile spostamento del rischio dell'operazione sul garante, rafforzando in modo significativo la posizione dell'intermediario e contribuendo a spiegare l'attenzione che l'autorità *antitrust* ha dedicato alla diffusione uniforme di tali clausole nel mercato bancario. In tal senso v. S. Monticelli, *La nullità della fideiussione*, cit., spec. pp. 73-75; L. Morisi, *Fideiussioni omnibus*, cit., 309-312; v. altresì A. Dolmetta, *Fideiussioni bancarie* cit., 9 ss., il quale sottolinea come la diffusione seriale di tali clausole nella prassi contrattuale bancaria sia espressione di un più generale processo di standardizzazione delle garanzie personali a favore dell'intermediario. Ciò premesso, la ricostruzione accolta dalle Sezioni Unite non è, tuttavia, rimasta immune da critiche nella letteratura immediatamente successiva. Come osserva E. Minervini, *Fideiussione omnibus,* cit. 66 ss., la pronuncia del 2021 presenta una trama argomentativa assai complessa, nella quale vengono utilizzati strumenti teorici tra loro eterogenei, nullità speciale, ordine pubblico economico, collegamento funzionale, senza che tali categorie risultino sempre pienamente coerenti sul piano sistematico. In particolare, è stato osservato che il ricorso alla categoria della nullità speciale rischia di apparire come un espediente linguistico volto a giustificare una soluzione sostanzialmente di compromesso, destinata a bilanciare la tutela del mercato con l'esigenza di evitare un effetto dirompente sui rapporti bancari già in essere.

[43] Nel tentativo di superare le difficoltà ricostruttive della soluzione adottata dalle Sezioni Unite, parte della dottrina ha

ISSN 2281-3918/2421-2563



clausole, ma la loro idoneità ad alterare l'assetto degli interessi delineato dal modello legale della fideiussione, incidendo sulla distribuzione del rischio tra creditore e garante secondo una logica diversa da quella presupposta dalla disciplina codicistica [44].

Ciò non significa che ogni fideiussione specifica debba essere automaticamente ricondotta all'area della nullità *antitrust* [45]. Significa, piuttosto, che la verifica non può arrestarsi al dato formale del tipo contrattuale, ma deve investire il contenuto effettivo del regolamento negoziale [46], al fine di verificare se le clausole concretamente utilizzate continuino a esprimere il medesimo assetto di interessi e la medesima distribuzione del rischio che avevano caratterizzato il modello negoziale oggetto dell'accertamento anticoncorrenziale [47]

In questa prospettiva, la distinzione tra fideiussione *omnibus* e fideiussione specifica non può essere assunta come criterio risolutivo [48]. Ciò che rileva, invece, è verificare se il contratto riproduca

---

proposto di spostare l'attenzione sul diverso terreno della meritevolezza delle clausole contrattuali. In questa prospettiva, sviluppata, tra gli altri, da. E. MINERVINI, *Fideiussione omnibus ed intesa antitrust*, cit., 68 ss., le clausole di reviviscenza, sopravvivenza e deroga all'art. 1957 c.c. potrebbero essere sottoposte a un controllo di meritevolezza ex art. 1322, co. 2, c.c., in quanto clausole atipiche inserite in un contratto tipico di fideiussione e idonee ad attribuire al creditore un vantaggio sproporzionato rispetto alla posizione del garante. L'Autore osserva che la giurisprudenza ha più volte utilizzato il giudizio di meritevolezza per censurare clausole che attribuiscono ad una parte un vantaggio ingiusto e sproporzionato, con la conseguenza che la nullità delle pattuizioni potrebbe essere ricondotta non tanto alla disciplina antitrust in senso stretto, quanto al più generale controllo sull'esercizio dell'autonomia negoziale.

[44] In questa prospettiva, la rilevanza delle clausole derogatorie non dipende dalla loro astratta ammissibilità, ma dall'incidenza che esse esercitano sull'assetto degli interessi e sulla distribuzione del rischio delineati dalla disciplina dispositiva. Sul ruolo della norma dispositiva quale criterio di conformazione del regolamento contrattuale e parametro di valutazione delle deroghe convenzionali, cfr. S. MONTICELLI, *Il ruolo "ambivalente,* cit., 9-15.

[45] La ricostruzione del rapporto tra intesa restrittiva e contratti conclusi con i terzi è stata oggetto di un ampio dibattito dottrinale, nel quale si è progressivamente affermata l'esigenza di evitare automatismi invalidanti. In questa prospettiva, Autorevole dottrina ha osservato che i contratti «a valle» sono conclusi da singoli membri del cartello con operatori terzi, estranei al cartello e spesso ignari della sua esistenza, ma presentano un contenuto che, in tutto o in parte, è stato programmato all'interno dell'intesa per essere praticato in modo uniforme nel mercato. La questione, pertanto, non consiste nello stabilire se il contratto individuale sia direttamente illecito, ma nel comprendere in che modo esso partecipi dell'assetto restrittivo creato a monte. Proprio per tale ragione, parte della dottrina ha escluso che la natura attuativa del contratto «a valle» possa giustificare una nullità automatica del negozio individuale, dovendosi invece verificare in concreto il collegamento tra intesa e contratto. In questi termini, cfr. M. LIBERTINI, *Gli effetti delle intese restrittive della concorrenza sui cd. contratti «a valle»*, in *Nuova giur. civ. comm.*, 2020, II, 388-389; E. CAMILLERI, *La tutela del contraente a valle di intesa illecita*, in *Europa dir. priv.*, 2007, 43 ss.; F. DENOZZA, *I principi di effettività e deterrenza nella disciplina dei contratti a valle*, in *Riv. dir. ind.*, 2019, 364 ss.; L. MORISI, *Fideiussioni omnibus «a valle»*, cit., 305 ss.; G. GUIZZI, *Illecito concorrenziale, contratto e rimedi*, in *Europa dir. priv.*, 2024, 178 ss.

[46] Il rilievo non riguarda la mera presenza delle clausole di reviviscenza, sopravvivenza e deroga all'art. 1957 cod. civ., ma la funzione concretamente svolta da tali pattuizioni nell'economia del regolamento negoziale, poiché esse determinano un significativo aggravamento della posizione del garante e una diversa allocazione del rischio rispetto al modello legale della fideiussione. In questi termini, cfr. S. MONTICELLI, *La nullità della fideiussione*, cit., 73 ss.; C. CASTRONOVO, *Responsabilità civile antitrust*, in *Danno e resp.*, 2004, 1165 ss.; F. DENOZZA, *Principle vs Policy*, cit., 670 ss.

[47] In questa prospettiva, la verifica non può arrestarsi al dato formale del tipo negoziale, ma deve riguardare il concreto assetto di interessi realizzato dalle clausole e la distribuzione del rischio da esse determinata. Sul punto, con riferimento al ruolo della norma dispositiva quale parametro di equilibrio del regolamento contrattuale e alla sindacabilità delle deroghe che alterino ingiustificatamente tale equilibrio, cfr. S. MONTICELLI, *Il ruolo "ambivalente*", cit., spec. §§ 3 e 4, 9-15; R. CALVO, *Diritto civile,* cit., 24; F. DI MARZIO, *La nullità del contratto*, cit., 661.

[48] La distinzione tra fideiussione *omnibus* e fideiussione specifica, pur rilevante sul piano della struttura e dell'oggetto della garanzia, non appare di per sé decisiva ai fini dell'applicazione della disciplina *antitrust*. Come è stato osservato, il problema non consiste tanto nella qualificazione formale del contratto, quanto nella verifica se il regolamento negoziale riproduca le clausole e il medesimo assetto di interessi oggetto dell'accertamento dell'Autorità di vigilanza. In questi termini, cfr. M. LOBUONO, *Le fideiussioni*, cit., 413-415; G. STELLA, *La nullità parziale*, cit., 472 ss.; M.S. MAISANO, *La sofferta dialettica*, cit., 317-321.

ISSN 2281-3918/2421-2563



effettivamente l'assetto di distribuzione del rischio proprio del modello ABI e ritenuto dall'Autorità di vigilanza distorsivo [49] sotto il profilo concorrenziale [50].

4. Clausola "a prima richiesta", rapporto con l'art. 1957 c.c. e prospettive interpretative delle Sezioni Unite

I primi due quesiti rimessi alle Sezioni Unite riguardano, rispettivamente, l'efficacia temporale della nullità e la sua possibile estensione alle fideiussioni specifiche. Il terzo investe probabilmente il profilo più delicato dell'intera vicenda. La questione della clausola di pagamento "a prima richiesta", infatti, non riguarda soltanto la sorte di una pattuizione largamente diffusa nella prassi bancaria, ma impone di individuare quale equilibrio debba essere ricercato tra l'eliminazione delle clausole anticoncorrenziali e la residua tenuta del regolamento negoziale. Una volta dichiarata la nullità della clausola derogatoria dell'art. 1957 c.c., il problema non è più soltanto stabilire se il contratto sopravviva: si tratta di comprendere quale disciplina governi il rapporto residuo e, soprattutto, se la clausola di pagamento "a prima richiesta" sia idonea, da sola, a neutralizzare la decadenza del creditore, o se debba invece "arrestarsi" dinanzi alla riespansione del modello codicistico. Ciò premesso, l'art. 1957 c.c. non esprime una mera regola tecnica di scansione temporale dell'azione del creditore, ma riflette una precisa opzione di equilibrio tra l'interesse della banca alla persistenza della garanzia e quello del fideiussore a non rimanere esposto indefinitamente all'inerzia altrui [51]. È questa la ragione per cui la clausola derogatoria è

[49] Particolarmente significativa la ricostruzione di S. MONTICELLI, *La nullità della fideiussione*, cit., spec. 74-76, il quale propone di spostare il baricentro dell'indagine dal piano della nullità derivata dell'intesa anticoncorrenziale a quello, più propriamente civilistico, dell'esercizio abusivo dell'autonomia negoziale. Secondo l'Autore, infatti, la criticità delle clausole conformi allo schema ABI non risiede soltanto nel loro collegamento con l'intesa restrittiva accertata a monte, ma nel fatto che esse introducono deroghe a norme dispositive poste dal legislatore a presidio di un determinato equilibrio nella distribuzione dei rischi e dei poteri tra creditore e garante. Il diritto dispositivo, pur non essendo espressione immediata di norme imperative, non è per ciò solo privo di valore ordinante: esso individua spesso un assetto ritenuto dal legislatore conforme a criteri di opportunità, efficienza e giustizia del rapporto contrattuale. Ne consegue che la deroga pattizia a tale assetto non può ritenersi sempre e comunque legittima, specie quando sia contenuta in condizioni generali predisposte unilateralmente dalla banca e imposte al fideiussore in un contesto di asimmetria negoziale e di assenza di apprezzabili alternative di mercato. In tale situazione, la clausola derogatoria non esprime una libera modulazione dell'autonomia privata, ma si traduce nell'attribuzione al predisponente di un vantaggio ingiustificato, idoneo ad alterare unilateralmente l'equilibrio del contratto. La nullità delle clausole ABI, allora, secondo la ricostruzione dell'autore, può essere ricondotta non tanto ad una meccanica propagazione dell'invalidità dall'intesa al contratto "a valle", quanto alla violazione dei limiti interni dell'autonomia negoziale, letti alla luce della buona fede e dei doveri di solidarietà costituzionale. Da questo angolo visuale, l'intesa anticoncorrenziale non opera come fonte automatica della nullità del singolo contratto, ma come contesto che rende evidente l'abusività della deroga: proprio perché l'uniformazione del mercato priva il garante della possibilità di reperire condizioni alternative, la clausola predisposta dalla banca perde la sua apparente neutralità negoziale e assume la funzione di strumento di squilibrio nella distribuzione del rischio.

[50] La vicenda delle fideiussioni conformi allo schema ABI rappresenta uno dei principali terreni di confronto tra categorie civilistiche e disciplina della concorrenza, mostrando come il giudizio sulla validità del contratto individuale debba essere ricostruito tenendo conto anche delle esigenze di tutela del mercato e dell'ordine pubblico economico. In questi termini, cfr. S. PAGLIANTINI, *Un giro d'orizzonte sulle nullità del terzo millennio*, in *Persona e mercato*, 2022; V. SCALISI, *Contratto e regolamento nel piano d'azione delle nullità di protezione*, in *Riv. dir. civ.*, 2005; P. PERLINGIERI, *Il diritto civile*, cit.; F. DENOZZA, *Principle vs Policy*, cit.

[51] La disciplina dell'art. 1957 cod. civ. rappresenta uno dei cardini del modello legale della fideiussione, in quanto subordina la permanenza dell'obbligazione del garante all'iniziativa tempestiva del creditore nei confronti del debitore principale. La norma stabilisce che il fideiussore resta obbligato anche dopo la scadenza dell'obbligazione principale, purché il creditore abbia proposto le sue istanze contro il debitore entro sei mesi. Nella lettura della giurisprudenza di legittimità, tale disposizione è

ISSN 2281-3918/2421-2563



divenuta, nella prassi bancaria, uno dei punti più sensibili del modello ABI: privarla di effetti significa restituire centralità a un limite legale che il regolamento negoziale aveva inteso disinnescare. Di qui la tentazione di attribuire alla clausola "a prima richiesta" una capacità assorbente, tale da surrogare la deroga espunta e da conservare in vita una protezione rafforzata del creditore, appare comprensibile ma non convincente [52]. Una simile soluzione finirebbe infatti per reintrodurre, per via interpretativa, proprio quel risultato che la declaratoria di nullità intendeva rimuovere: il medesimo squilibrio verrebbe conservato sotto diversa veste, con conseguente attenuazione della reale incidenza del rimedio invalidante. Neppure persuade, tuttavia, la soluzione opposta, che finirebbe per svuotare integralmente di rilievo la clausola "a prima richiesta", come se essa non conservasse più alcuna autonomia sul piano funzionale. La clausola continua, infatti, a esprimere un'esigenza tipica della prassi creditizia, quella di assicurare celerità alla soddisfazione del creditore, che non può essere semplicemente ignorata. Il punto, tuttavia, è che tale esigenza non può essere dilatata sino al punto di svuotare la disciplina legale della decadenza. La richiesta stragiudiziale può rilevare sul piano dell'immediata esigibilità della prestazione, ma non pare sufficiente, da sola, a sostituire quell'iniziativa giudiziale che l'art. 1957 c.c. richiede per evitare la liberazione del fideiussore [53]. Sarà proprio questo, con ogni probabilità, uno dei passaggi più delicati della futura decisione delle Sezioni Unite. Tra le due possibili letture, quella più coerente sembra essere la seconda: il venir meno della deroga comporta la piena riespansione della disciplina codicistica, con la conseguenza che solo la tempestiva proposizione dell'azione giudiziale può impedire la decadenza. Ciò non soltanto perché evita che una diversa clausola venga utilizzata per ricostruire, sotto altra forma, il risultato espunto dal giudizio di nullità, ma anche perché restituisce coerenza al rapporto tra rimedio invalidante e disciplina suppletiva. Se l'ordinamento colpisce la clausola derogatoria in quanto parte del disegno anticoncorrenziale, deve poi accettare che il vuoto determinato dalla sua caducazione sia colmato dal diritto comune [54], quale fonte primaria di integrazione del regolamento residuo, secondo la

---

diretta a impedire che il garante resti esposto *sine die* all'inerzia del creditore, costituendo uno strumento di equilibrio tra l'interesse alla conservazione della garanzia e l'esigenza di tutela del fideiussore. In tal senso, v. Cass. 17 gennaio 2007, n. 1045; Cass. 5 aprile 2017, n. 8826; Cass. 8 ottobre 2019, n. 25057. La funzione sistematica della disposizione è stata ampiamente sottolineata anche dalla dottrina, la quale ha evidenziato come la norma realizzi «un limite legale all'efficacia della garanzia personale, diretto a evitare che il fideiussore resti indefinitamente esposto all'inerzia del creditore». In tal senso cfr. V. ROPPO, *Il contratto*, cit.; C.M. BIANCA, *Diritto civile*, V, *La responsabilità*, Giuffrè, 2019.

[52] La clausola di pagamento *a prima richiesta*, largamente diffusa nella prassi bancaria, è tradizionalmente intesa come pattuizione diretta a rafforzare la posizione del creditore, senza che la sua presenza determini automaticamente la trasformazione della fideiussione in contratto autonomo di garanzia. La qualificazione del negozio dipende, infatti, dall'assetto complessivo del regolamento contrattuale e non dalla sola adozione di tale clausola. In tal senso, Cass., 18 febbraio 2010, n. 3947, in *Banca borsa tit. cred*., 2010, II, 253 ss.; conforme Cass. 22 febbraio 2016, n. 3437, in *Foro.it*, 2017 e Cass. 7 marzo 2018, n. 5478, in *Cortedicassazione.it*, 2018.

[53] Cfr. App. Ancona, sez. II, 12 settembre 2022, n. 1002; Trib. Pavia, sez. III, 4 febbraio 2022, n. 149. In dottrina, v. G. STELLA, *La nullità parziale*, cit., 472, richiamato anche da D. PALMISANO, *Le fideiussioni conformi allo schema ABI prima e dopo le Sezioni Unite del 30 dicembre 2021*, 2025, 102-103. In questo senso depongono sia parte della giurisprudenza di merito successiva all'arresto delle Sezioni Unite, sia una parte della riflessione dottrinale. Si è infatti rilevato che, una volta dichiarata nulla la clausola di deroga all'art. 1957 cod. civ., la clausola di pagamento *a prima richiesta* non può essere utilizzata per neutralizzare, in via indiretta, la riespansione del regime codicistico; onde la mera diffida stragiudiziale non sarebbe sufficiente a impedire la decadenza del creditore.

[54] In questo senso, il problema non sembra ridursi a stabilire se la clausola *a prima richiesta* conservi, in astratto, una propria autonomia funzionale, ma se tale autonomia possa spingersi fino al punto di riassorbire, sul piano interpretativo, l'effetto pratico che l'ordinamento ha inteso produrre mediante la nullità della deroga all'art. 1957 cod. civ. Proprio qui emerge una tensione più generale tra conservazione del contratto e coerenza del rimedio: una cosa è ammettere che il regolamento sopravviva, altra è consentire che una clausola residua venga letta in modo tale da ripristinare, sotto diversa veste, il medesimo

ISSN 2281-3918/2421-2563



gerarchia delineata dall'art. 1374 c.c. [55], e non da un'interpretazione conservativa che finisca, in concreto, per neutralizzare gli effetti della nullità [56]. Il terzo quesito rimesso alle Sezioni Unite appare tutt'altro che secondario. Esso costituisce, piuttosto, il luogo in cui verrà saggiata la tenuta complessiva della costruzione elaborata già nel 2021. Qualora la Corte ritenga che la clausola "a prima richiesta" sia sufficiente ad evitare la decadenza, il sistema si orienterà verso una conservazione particolarmente intensa del rapporto di garanzia, nella quale la nullità delle clausole anticoncorrenziali tenderà a produrre effetti circoscritti. Diversamente, ove si affermi la necessità dell'iniziativa giudiziale, il rimedio invalidante acquisterà una portata più incisiva, perché la riespansione dell'art. 1957 c.c. renderà realmente percepibile il mutamento dell'assetto negoziale conseguente all'espunzione della clausola nulla. Ed è, in definitiva, proprio questo il punto che consegna alla nuova pronuncia delle Sezioni Unite un valore che supera il caso delle fideiussioni ABI. La Corte sarà chiamata non soltanto a sciogliere tre dubbi esegetici, per quanto rilevanti; dovrà piuttosto decidere quale immagine del contratto "a valle" intenda consegnare al sistema: se quella di un negozio che, pur inciso dalla nullità di alcune clausole, debba essere conservato il più possibile nella sua originaria funzionalità economica; ovvero quella di un regolamento che, una volta colpito nelle sue pattuizioni di aggravamento, debba essere ricondotto senza residui entro il perimetro del diritto comune. È tra queste due linee di tendenza che si gioca, in fondo, il significato ultimo della nuova rimessione [57]. L'auspicio, allora, è che le Sezioni Unite non replichino quanto già accaduto con la sentenza del 2021: una pronuncia che, come si è visto, avrebbe dovuto segnare un approdo stabile e che invece, secondo una diffusa lettura dottrinale [58], ha finito per sollevare molti più problemi di quanti ne abbia risolti. Proprio questo è il rischio che occorre scongiurare.

---

risultato di aggravamento della posizione del garante che il giudizio di nullità aveva inteso espungere. In questa prospettiva, la questione delle fideiussioni ABI mostra come la tecnica della nullità parziale non possa esaurirsi in un'operazione meramente sottrattiva, ma imponga di interrogarsi anche sui limiti entro i quali l'interpretazione conservativa del contratto residuo resti compatibile con la funzione del rimedio invalidante. Cfr. U. VIOLANTE, *Nullità parziale*, cit., spec. pp. 247 ss.; G. STELLA, *La nullità parziale*, cit., spec. pp. 453 ss.; M. LOBUONO, *Le fideiussioni omnibus*, cit., spec. pp. 412 ss.

[55] Sul ruolo preferenziale della norma dispositiva nell'integrazione del contratto all'esito della declaratoria di nullità della clausola derogatoria, v. S. MONTICELLI, *Il ruolo "ambivalente"*, cit., 33-37, spec. pp. 34-37, ove si valorizza l'art. 1374 c.c. quale criterio di gerarchia delle fonti di integrazione del contratto e si afferma che la norma dispositiva derogata costituisce il punto di riferimento primario nella ricostruzione del regolamento contrattuale residuo; nello stesso senso, G. D'AMICO, *L'integrazione (cogente) del contratto mediante il diritto dispositivo*, in G. D'AMICO – S. PAGLIANTINI (a cura di), *Nullità per abuso ed integrazione del contratto*, Giappichelli, 2013, 225 ss., spec. 233-234.

[56] In questa prospettiva, è stato osservato che la nullità parziale costituisce un rimedio diretto a correggere l'assetto negoziale determinato dall'intesa restrittiva senza travolgere l'intero rapporto di garanzia, ma impone al tempo stesso di verificare la concreta funzionalità del contratto residuo e la sua compatibilità con la causa dell'operazione economica. In tal senso, v. U. Violante, *Nullità parziale e analisi economica del diritto*, cit., spec. 248 ss. Il problema si raccorda direttamente all'art. 1419 cod. civ., che richiede di verificare se il contratto possa sopravvivere senza le clausole nulle. Sul punto, cfr. M. MANTOVANI, *La nullità e il contratto nullo*, in *Trattato del contratto*, E. ROPPO (a cura di), IV, Giuffrè, 2006; V. ROPPO, *Il contratto*, cit.; C.M. BIANCA, *Il contratto*, cit.

[57] E da ciò dipenderà non soltanto la sorte delle fideiussioni bancarie conformi allo schema ABI, ma il modo stesso in cui il diritto civile continuerà a misurarsi con le ricadute privatistiche dell'illecito anticoncorrenziale.

[58] Cfr. E. MINERVINI, *Fideiussione omnibus*, cit., 68.

ISSN 2281-3918/2421-2563

JUS CIVILE



LUCA CHICHIARELLI*

PERIZIA CONTRATTUALE O ARBITRATO? IL DISCRIMINE SECONDO LE SEZIONI UNITE E I RIFLESSI SULLA PRESCRIZIONE (COMMENTO A CASS. S.U., 30 APRILE 2026, N. 11959)**

APPRAISAL CLAUSE OR ARBITRATION? THE DISTINGUISHING CRITERION ACCORDING TO THE JOINT CHAMBERS AND THE IMPLICATIONS FOR THE STATUTE OF LIMITATIONS (COMMENTARY ON JOINT SECTIONS OF THE ITALIAN SUPREME COURT, 30 APRIL 2026, NO. 11959)

Abstract: Le Sezioni Unite della Corte di Cassazione, con la sentenza del 30 aprile 2026, n. 11959, hanno preso posizione nell'annoso dibattito sulla natura giuridica della perizia contrattuale. Nella pronuncia, allontanandosi dai precedenti arresti giurisprudenziali, si rinviene la distinzione tra perizia contrattuale e arbitrato in una espressa e preventiva rinuncia alla giurisdizione statale: in mancanza, la clausola sarebbe da ricondurre all'interno del perimetro del diritto sostanziale. Ciononostante, secondo la Suprema Corte, dall'avvio della perizia discenderebbe un effetto interruttivo istantaneo della prescrizione, reiterato "de die in diem", per l'intera durata delle operazioni peritali. Pur condividendo le finalità pratiche della pronuncia si manifestano alcuni dubbi sulla tenuta dell'argomentazione alla luce del principio di tipicità in materia di prescrizione.

Abstract: In its judgment of 30 April 2026, No. 11959, the Joint Sections ("Sezioni Unite") of the Italian Supreme Court ruled on the long-standing issue regarding the legal nature of the appraisal clause ("perizia contrattuale"). Departing from earlier case law, the decision grounds the distinction between expert appraisal and arbitration in an express and prior waiver of recourse to court jurisdiction: absent such a waiver, the clause is strictly within the realm of substantive contract law. Nonetheless, according to the Supreme Court, the commencement of the appraisal gives rise to an instantaneous interruption of the limitation period, renewed day by day for the entire duration of the appraisal proceedings. While sharing the practical aims of the ruling, the author raises some doubts as to the soundness of this reasoning in light of the principle of "numerus clausus" governing the grounds for interrupting limitation periods.

SOMMARIO: *1. Fatti di causa e inquadramento generale della fattispecie. – 2. Sul rapporto tra perizia contrattuale e arbitraggio. – 3. Sul rapporto tra perizia contrattuale e arbitrato. – 4. L'inquadramento dogmatico della fattispecie secondo le Sezioni Unite. – 5. Riflessi sulla prescrizione: effetto interruttivo istantaneo. – 6. Effetto interruttivo permanente della prescrizione. – 7. Conclusioni.*

1. Fatti di causa e inquadramento generale della fattispecie

Una compagnia assicurativa citava in giudizio un'oreficeria che, a seguito di una rapina, aveva chiesto il pagamento dell'indennizzo di polizza. La compagnia attrice, in particolare, chiedeva l'accertamento

* Dottore di ricerca – Università degli Studi di Roma Tor Vergata.

** Contributo sottoposto a revisione.

ISSN 2281-3918/2421-2563



della prescrizione di tale diritto, ovvero dell'intervenuta decadenza. L'assicurata eccepiva, dal canto suo, il difetto di giurisdizione, stante l'avvenuta pattuizione di una clausola di c.d. perizia contrattuale e, contestando le eccezioni di prescrizione e decadenza, domandava in via riconvenzionale il pagamento dell'indennizzo.

Il Tribunale di Padova accoglieva la domanda attorea e rigettava la domanda riconvenzionale, ritenendo il diritto dell'assicurata ormai prescritto. La Corte d'Appello di Venezia, a sua volta, rigettava l'appello dell'assicurata, ritenendo insussistente il difetto di giurisdizione, per non aver le parti rinunciato alla giurisdizione del giudice ordinario e ritenendo, altresì, maturata la prescrizione.

A seguito del ricorso in Cassazione dell'assicurata, la Terza Sezione Civile della Suprema Corte, con ordinanza del 24 marzo 2025, n. 7795, ha trasmesso gli atti alla Prima Presidente perché valutasse la devoluzione alle Sezioni Unite della questione relativa alla natura della perizia contrattuale e, in particolare, sciogliesse il nodo sulla distinzione tra perizia contrattuale e arbitrato. Secondo la Terza Sezione, infatti, la perizia contrattuale sarebbe idonea a paralizzare il corso della prescrizione solo ove riconducibile a una *species* di "*arbitrato tecnico"* giacché, secondo il consolidato insegnamento della Corte, in tal caso sussisterebbe una «*temporanea rinunzia alla tutela giurisdizionale dei diritti nascenti dal rapporto contrattuale»* [1].

Il dibattito sulla natura giuridica della perizia contrattuale è, del resto, assai risalente e deriva dall'atipicità della figura, che è nata dai traffici giuridici per poi essere codificata, *a posteriori*, da dottrina e giurisprudenza [2]. Sono dunque varie le fattispecie negoziali che, pur nella multiformità delle manifestazioni concrete, vengono generalmente ricondotte all'interno della nozione di "*perizia contrattuale*" [3] ed è a partire dalla casistica che sono stati isolati i caratteri ricorrenti e socialmente tipici della figura. Alla luce di ciò la perizia contrattuale viene comunemente definita come la clausola con la quale i contraenti deferiscono a uno o più soggetti terzi, dotati di specifiche competenze tecniche [4] (i c.d. periti), il compito

[1] In tal senso, tra le altre: Cass., 11 maggio 2017, n. 11754; Cass., 9 aprile 2009, n. 8674; Cass., 22 maggio 2007, n. 11876.

[2] E. GABRIELLI, *Perizia contrattuale, arbitraggio e impugnazione dell'apprezzamento del terzo*, in *Giur. It.*, 2017, p. 603. Nel nostro ordinamento si rinviene una sola fattispecie tipica riconducibile, secondo la dottrina, alla perizia contrattuale, ossia quella prevista dall'art. 64, co. IV, D.Lgs. 10 febbraio 2005, n. 30, che attribuisce a un *"collegio di arbitratori"* il compito di determinare l'equo premio spettante al lavoratore subordinato che abbia realizzato un'invenzione industriale nello svolgimento delle proprie mansioni (M. BOVE, *Perizia contrattuale*, in A. BUONFRATE e C. GIOVANNUCCI ORLANDI (*a cura di*), *Codice degli arbitrati, delle conciliazioni e di altre ADR,* Torino, 2006, pp. 579-580).

[3] Per un'ampia casistica si rinvia a M. BOVE, *Perizia contrattuale*, cit., pp. 579-580; ID., *Sull'efficacia della convenzione per perizia contrattuale*, in *Riv. Arb.*, 2010, p. 690; F. CAMPIONE, *La perizia contrattuale*, in *Riv. Arb.*, 2014, I, pp. 55 ss.. Oltre alla clausola contenuta nei contratti di assicurazione (su cui v. *infra*) sono generalmente ricondotte all'interno della nozione di perizia contrattuale: *i)* i c.d. *"arbitrati di qualità"* nei quali le parti di un contratto a prestazioni corrispettive affidano a un perito il compito di accertare la conformità della prestazione compiuta a quella pattuita (ad esempio se la merce consegnata abbia le qualità dovute in base al contratto) senza però trarne alcuna conseguenza giuridica in punto di riduzione del prezzo o di risoluzione del contratto; *ii)* le clausole con le quali si demandano a un terzo la soluzione di una questione giuridica concreta (come, ad esempio, la riconducibilità di un certo comportamento al concetto di concorrenza sleale, la sussistenza di una giusta causa di recesso contrattuale, o se vi sia stata la violazione di una norma contrattuale); *iii)* le c.d. "*clausole di adeguamento*" con le quali, nei rapporti contrattuali di durata, le parti si impegnano ad adeguare il regolamento contrattuale a fronte di eventi sopravvenuti tali da alterare l'equilibrio negoziale originario. In tale contesto, in particolare, esse possono affidare a un terzo il duplice compito di accertare il verificarsi di presupposti legittimanti la rinegoziazione del contratto e, al contempo, di determinare un nuovo equilibrio negoziale, rettificando il contenuto delle prestazioni reciproche (su quest'ultima fattispecie v. più ampiamente, E. FAZZALARI, *Fondamenti dell'arbitrato*, in *Riv. Arb*., 1995, p. 10, nt. 33).

[4] L'incarico in questione è infatti connotato dal fatto che il terzo sia una persona scelta per la sua particolare competenza tecnica e che l'apprezzamento del fatto non venga effettuato attraverso una valutazione discrezionale, ma mediante l'applicazione delle comuni regole tecniche e criteri tecnico-scientifici di natura obiettiva. Il risultato sarà, dunque, più o meno corretto

ISSN 2281-3918/2421-2563



di esprimere una valutazione o un giudizio, tendenzialmente su questioni fattuali, con l'impegno di rispettarli, ritenendoli una propria manifestazione di volontà [5].

La perizia contrattuale costituisce quindi una fonte di integrazione del contratto, diretta a determinare la prestazione di una delle parti che è già prevista, *ab origine*, in termini generali, ma che non è determinata né determinabile se non in sede di svolgimento del rapporto contrattuale [6].

Tra le clausole più ricorrenti nella prassi vi è quella oggetto della pronuncia che si commenta, con la quale, nelle polizze assicurative contro danni ed infortuni, si affida a un terzo la risoluzione di una serie di questioni rilevanti per l'esistenza e/o la quantificazione dell'indennizzo spettante all'assicurato. L'applicazione della perizia contrattuale in tale ambito ha avuto un grande successo: a seguito della denuncia del sinistro sorge, infatti, la necessità di specificare il contenuto della prestazione a carico della compagnia assicuratrice, che fino a quel momento non può che essere descritta in termini generici. La determinazione dell'indennizzo è, infatti, il frutto di una valutazione spesso assai complessa e che, stante la presenza di innumerevoli varianti, non può essere effettuata *ex ante*. Con la clausola di perizia contrattuale si pone rimedio a questo impedimento e viene garantito il raggiungimento di una determinazione riconducibile alla comune volontà dei contraenti. In assenza di una simile clausola, infatti, sarebbe necessario rivolgersi al giudice, ovvero rimettere la liquidazione dell'indennizzo a una determinazione unilaterale della compagnia assicurativa e l'assicurato non soddisfatto avrebbe l'onere di sindacare l'ammontare della liquidazione in sede giudiziale [7].

---

a seconda della padronanza e dell'uso più o meno appropriato che il terzo faccia delle proprie cognizioni, e la sua pronuncia assumerà in ogni caso i connotati di una dichiarazione di scienza (cfr. A. DIMUNDO, *L'arbitraggio. La perizia contrattuale*, in G. ALPA e V. VIGORITI (*a cura di*), *Arbitrato. Profili di diritto sostanziale e di diritto processuale*, Torino, 2013, p. 218 e i richiami ivi contenuti).

[5] Questa è la definizione tradizionalmente adottata dalla giurisprudenza, che ha svolto un ruolo primario nel tratteggiare i contorni della perizia contrattuale (cfr., tra le tante, Cass., 28 giugno 2016, n. 13291; Cass., 18 febbraio 1998, n. 1721; Cass., 24 maggio 2004, n. 9996; Cass., 12 maggio 2005, n. 10023). In tutti questi arresti, a ben vedere, la Suprema Corte ha posto l'accento sulla natura vincolante della determinazione dei periti: si tratta di uno schema assimilabile al mandato giacché, in virtù di un incarico conferito dalle parti al terzo, l'accertamento effettuato da quest'ultimo è riconducibile alla volontà delle parti stesse, con un meccanismo definito «*accertamento sostitutivo della volontà delle parti*» (Cass., 30 novembre 2018, n. 31014). Tale connotato, accolto anche dalla dottrina maggioritaria, contribuisce a qualificare la perizia contrattuale come una fattispecie a formazione progressiva, dal momento che «*dapprima si colloca nel tessuto negoziale originario (tendenzialmente mediante apposizione di una clausola ad hoc) e, dipoi, attribuisce valore vincolante, sul piano degli effetti, alla dichiarazione di scienza resa dal/i perito/i*» (G. P. TRAVAGLINO, *Clausola di perizia contrattuale nei contratti assicurativi*, in M. CONFORTINI (*a cura di*), *Clausole negoziali – Volume III*, Torino, 2024, p. 1014). Il requisito della vincolatività, tuttavia, non è sempre stato ritenuto necessario: sul punto, ad esempio, G. MARANI, *In tema di arbitrato, arbitraggio, perizia contrattuale*, in *Riv. trim. proc. civ*., 1983, p. 613, secondo il quale le parti, nell'esercizio della loro autonomia negoziale, ben potrebbero convenire di non vincolarsi ad assumere tale determinazione quale contenuto della loro volontà negoziale, potendo liberamente valutarlo e disattenderlo. Per A. DIMUNDO, *L'arbitraggio*, cit., pp. 219-220, in mancanza di vincolatività non si discorrerebbe più di perizia contrattuale ma di "*mera consulenza tecnica*" e di "*parere*" reso in esecuzione di un contratto d'opera professionale.

[6] V. FARINA, *Temi e problemi in materia di perizia contrattuale*, in *Riv. Arb*., 2021, II, p. 387.

[7] Sul punto, ampiamente, F. SASSANI, *La clausola di perizia contrattuale nei contratti assicurativi: natura, funzione e giudizio di vessatorietà*, in *Giur. It*., 2015, p. 2461. Per una panoramica più dettagliata del contenuto della pattuizione si rimanda inoltre a G. VOLPE PUTZOLU, *Assicurazione, clausola arbitrale e clausola peritale*, in *Riv. Arb.*, 1996, p. 628, la quale osserva come i compiti affidati ai periti possono essere assai ampi. Accanto alla quantificazione del danno, spesso competono loro una serie di valutazioni che incidono direttamente sulla indennizzabilità dello stesso e che attengono alle cause del sinistro e al comportamento dell'assicurato. È di frequente previsto, nelle polizze assicurative contro i danni alle cose, che i periti debbano: *i)* indagare su circostanze, causa, natura e dinamica del sinistro; *ii)* verificare l'esattezza delle descrizioni e delle dichiarazioni risultanti dai documenti, accertare se al momento del sinistro esistevano circostanze che avessero aggravato il rischio o non fossero state dichiarate, nonché verificare se l'assicurato abbia adempiuto agli obblighi di avviso e di conservazione delle tracce del sinistro; *iii)* verificare l'esistenza, la qualità e la quantità delle cose assicurate, illese, distrutte od avariate; *iv)* procedere alla

ISSN 2281-3918/2421-2563



2. Sul rapporto tra perizia contrattuale e arbitraggio

Già da queste notazioni preliminari si comprende la prossimità della perizia contrattuale agli istituti dell'arbitraggio e dell'arbitrato: ciò ha portato dottrina e giurisprudenza ad interrogarsi sull'autonomia della figura e, in ogni caso, ad operare un'analisi della perizia contrattuale *per relationem* rispetto a tali figure tipiche [8].

Alla luce di ciò, benché lo specifico rapporto tra perizia contrattuale e arbitraggio non sia stato oggetto di remissione alle Sezioni Unite, alcune brevi notazioni sul punto appaiono imprescindibili per una piena comprensione del fenomeno. La perizia contrattuale, come si è efficacemente sostenuto, è infatti nata «*da una costola dell'arbitraggio*» e si è progressivamente conquistata, attraverso l'uso diffuso nella prassi negoziale, una propria autonomia e una positiva valutazione di meritevolezza [9].

La perizia contrattuale si rende necessaria, infatti, a fronte dell'incompletezza dell'oggetto del contratto e sopperisce al rischio che la funzione del negozio risulti frustrata in caso di prestazioni non esattamente individuabili al momento della conclusione dell'accordo [10]. Con l'arbitraggio, similmente, i contraenti si impegnano ad accettare la determinazione di una prestazione demandata a un terzo il quale, a meno che le parti non si siano affidate al suo mero arbitrio, deve procedervi con equo apprezzamento, ossia ricercando l'equilibrio tra prestazioni contrapposte e la perequazione degli interessi in gioco [11].

Da questi brevi cenni si può cogliere, dunque, l'attiguità tra le due figure e, al contempo, iniziare a scorgere dei profili di differenziazione, puntualmente valorizzati in dottrina e giurisprudenza [12].

---

stima e alla liquidazione del danno, comprese le spese di salvataggio, in conformità alle disposizioni contrattuali. Nelle polizze assicurative contro gli infortuni, invece, i periti sono medici, i quali devono: *i)* decidere sul grado di invalidità permanente o sulla durata dell'invalidità temporanea; *ii)* decidere sull'applicabilità della clausola che limita il risarcimento alle conseguenze dirette ed esclusive dell'infortunio (ad esempio, se al momento dell'infortunio l'assicurato non è fisicamente integro e sano, sono indennizzabili soltanto le conseguenze che si sarebbero comunque verificate qualora l'infortunio avesse colpito una persona in buona salute).

[8] Si vedano, ad esempio, i contributi di L. BIAMONTI, *Dell'arbitrato irrituale, dell'arbitraggio e della perizia contrattuale*, in *Enc. Dir*, *Vol. II*, Milano, 1958, pp. 934 ss.; G. MARANI, *In tema di arbitrato*, cit., pp. 610 ss.; F. CRISCUOLO, *Arbitraggio e perizia contrattuale*, in *Enc. Dir.*, *Aggiornamento IV*, 2000, pp. 60 ss..

[9] L'arbitraggio, come ogni istituto legalmente tipico, si presta, infatti, ad essere deviato a seconda delle esigenze dei contraenti e, nello specifico, ad ottenere una valutazione prettamente tecnica nel corso dello svolgimento del rapporto contrattuale (cfr. A. M. BENEDETTI, *In attesa delle Sezioni Unite: note sulla natura della perizia contrattuale,* in *Pactum*, 2025, III, p. 317).

[10] È tuttavia possibile che le parti affidino a dei tecnici la quantificazione della prestazione dovuta a seguito di contrasti sorti nella fase di svolgimento del regolamento contrattuale che nulla prevedeva a tal riguardo. La stipula della convenzione avviene, in questo caso, successivamente alla conclusione del contratto e alla luce del verificarsi di sopravvenienze che rendono necessario l'intervento di un terzo che, mediante un accertamento tecnico, giunga alla determinazione del contenuto della prestazione dovuta (come nel caso di clausola di perizia contrattuale accessoria a una transazione o a un negozio di accertamento) (V. FARINA, *Temi e problemi di perizia contrattuale*, cit., p. 388).

[11] Si tratta, quindi, di valutazioni certamente connotate da un margine di soggettività ma, comunque, ancorate a criteri oggettivi desumibili dallo specifico contesto nel quale si inserisce il contratto incompleto e, come tali, suscettibili di vaglio in sede giudiziale ex art. 1349 c.c. in caso di determinazione manifestamente iniqua o erronea (Cfr. Cass., 28 giugno 2016, n. 13291 e Cass., 30 giugno 2005, n. 13954).

[12] Non mancano, comunque, tesi che negano l'autonomia della perizia contrattuale rispetto all'arbitraggio dal momento che, anche attraverso la perizia contrattuale, si determinerebbe l'oggetto di un contratto incompleto, pur attraverso un peculiare accertamento del perito-arbitratore avente ad oggetto una questione prettamente tecnica. Si sono espressi in tal senso E. FAZZALARI, *L'arbitrato*, Torino, 1997, pp. 27-30, per il quale la perizia contrattuale, al pari dell'arbitraggio, consisterebbe nella definizione *per relationem* dell'oggetto del contratto operata mediante la devoluzione a un terzo della definizione dello stesso. Nello stesso senso G. VOLPE PUTZOLU, *Assicurazione, clausola arbitrale e clausola peritale*, cit., pp. 630-631, richiamandosi

ISSN 2281-3918/2421-2563



Si è sostenuto, infatti, che mentre nell'arbitraggio il terzo adopera una certa discrezionalità nella determinazione, la perizia avviene mediante un accertamento prettamente tecnico, facendo ricorso alle competenze tecniche e scientifiche di cui il perito è dotato [13]; mentre l'arbitratore tende alla ricerca di un equilibrio, il perito si limita a dar evidenza di una risultanza fattuale [14], curando che il risultato della sua attività corrisponda il più possibile alla realtà materiale [15]; mentre l'arbitratore completa il contratto nei suoi elementi essenziali, la dichiarazione di scienza [16] del perito si innesta in un negozio già completo, benché contenente il richiamo a un elemento sconosciuto per ignoranza di dati tecnici [17] ovvero definibile soltanto nel corso del rapporto [18].

3. Sul rapporto tra perizia contrattuale e arbitrato

Le Sezioni Unite della Suprema Corte si sono concentrate, essenzialmente, sul rapporto tra perizia contrattuale e arbitrato, che costituisce la questione più ambigua e dalla cui soluzione discendono le conseguenze più tangibili in punto di disciplina.

L'assunto di base da cui muove l'ordinanza interlocutoria è, infatti, che il decorso del termine di prescrizione sarebbe interrotto soltanto ove la perizia contrattuale fosse sussumibile nella figura dell'«*arbitrato tecnico*» giacché in questo caso vi sarebbe una «*temporanea rinunzia alla tutela giurisdizionale dei*

---

a T. ASCARELLI, *Sui c.d. collegi arbitrali per l'accertamento del danno nell'assicurazione infortuni*, in *Studi in tema di contratti*, Milano, 1942, pp. 241 ss.

[13] La differenziazione sulla base della natura tecnica dell'attività svolta dal perito è autorevolmente sostenuta in dottrina (tra gli altri da E. GABRIELLI, *Arbitraggio*, in *Dig. Civ.*, Torino, 2006, p. 126) benché taluno faccia notare come anche l'attività dell'arbitratore ex art. 1349 c.c. possa richiedere l'impiego di cognizioni specialistiche e dar luogo, quindi, a un c.d. "*arbitraggio tecnico*" (F. CAMPIONE, *Le Sezioni Unite sulla natura della c.d. perizia contrattuale un'occasione persa*, in *Judicium*, 8 giugno 2026, p. 5, nota 16; ID., *La perizia contrattuale*, cit., p. 65).

[14] Sebbene si ammetta, come già rilevato, la possibilità di un arbitratore che, pur applicando regole tecniche, esprima una certa discrezionalità e completi il contratto secondo uno schema proprio dell'arbitraggio e non della perizia.

[15] L. BIAMONTI, *Dell'arbitrato*, cit., p. 935; F. CRISCUOLO, *Arbitraggio*, cit., p. 74.; Cass., 28 giugno 2016, n. 13291. Un corollario di tale assunto è l'impossibilità di impugnare la determinazione del perito ai sensi dell'art. 1349 c.c., sebbene si rinvengano precedenti giurisprudenziali permissivi rispetto alla possibilità di impugnazione per errore (Cfr. A. M. BENEDETTI, *In attesa delle Sezioni Unite*, cit., p. 318 e richiami alla giurisprudenza ivi presenti).

[16] Benché sia da mantenere fermo il distinguo tra arbitraggio e perizia contrattuale, consistente (anche) nel fatto che in quest'ultimo caso il perito non integra la struttura negoziale, ma si limita a una dichiarazione di scienza, il perimetro tra le due figure non è sempre di chiara individuazione giacché, come condivisibilmente è stato osservato da A. M. BENEDETTI, *In attesa delle Sezioni Unite,* cit., p. 319, «*scienza e negozialità convivono nella determinazione peritale, che trae forza da una preventiva accettazione delle parti che, con la clausola con cui hanno previsto l'intervento peritale e con il successivo mandato conferito al perito prescelto, conferiscono alla sua determinazione un effetto certamente negoziale*».

[17] In questo senso G. MARANI, *In tema di arbitrato,* cit., p. 614, il quale riporta l'esempio delle parti che affidano a un tecnico la concreta determinazione del prezzo di una vendita a misura, attività che non si concretizza nella creazione di un elemento negoziale *ex novo*, ma nel concretizzare un elemento indicato in maniera certa, benché indirettamente, dovendosi ricorrere a un'operazione aritmetica i cui termini (definizione oggettiva dell'immobile e prezzo per ogni unità di misura) sono stati già precisati. Un elemento del prezzo che, quindi, è determinato al momento della conclusione del contratto e non già determinabile, come lo sarebbe stato ove le parti avessero rimesso la sua definizione a un arbitratore.

[18] Come avviene nel ricorrente caso di un contratto di assicurazione nel quale le parti affidano a un perito l'incarico di valutare le conseguenze dannose di un evento al quale è connessa l'erogazione dell'indennizzo. Il perito, in questo caso, non contribuisce alla determinazione del contenuto del contratto, che è già perfetto, ma accerta un dato fattuale successivo alla stipula, necessario per l'esecuzione di una delle prestazioni oggetto del contratto (Cfr. Cass., 8 novembre 2018, n. 28511). *Contra* C. M. BIANCA, *Diritto civile, III, Il contratto*, Milano, 2019, p. 303, per il quale le perizie contrattuali strumentali alla determinazione dell'indennizzo sarebbero degli arbitraggi, in quanto incidenti sul contenuto del rapporto contrattuale.

ISSN 2281-3918/2421-2563



diritti nascenti dal rapporto contrattuale» e, di conseguenza, «*l'idoneità a paralizzare il corso della prescrizione*» [19].

L'autonomia della perizia contrattuale rispetto all'arbitrato è, del resto, da sempre messa in discussione. Buona parte della giurisprudenza tende a negarla, prendendo le mosse da un'equazione di fondo secondo la quale, nel momento in cui le parti devolvono la soluzione di una questione discussa (o quantomeno incerta) a un terzo, esse stiano contestualmente compiendo una rinuncia alla tutela giurisdizionale e, dunque, optando per l'arbitrato [20].

Benché non siano negabili dei profili di differenziazione nella natura del responso del terzo (che, nel caso della perizia contrattuale, deve essere reso sulla base di specifiche competenze e si sostanzia in una dichiarazione di scienza priva di discrezionalità (ciò non varrebbe da sé «*per ravvisare in questa figura gli estremi di un istituto autonomo*» [21].

Secondo tale impostazione non vi sarebbe, pertanto, alcuna distinzione sul piano degli effetti [22] tra arbitrato e perizia contrattuale giacché in entrambi i casi si punta a risolvere «*su basi transattive, o conciliative, una controversia* […] *mediante la creazione di un nuovo assetto di interessi dipendente dal responso del terzo, che le parti si impegnano preventivamente a rispettare*» [23].

Non mancano, in ogni caso, pronunce che, pur nel quadro di un'evidente somiglianza tra le due figure, evidenziano i profili che sarebbero tali da consentire una differenziazione di fondo tra perizia contrattuale e arbitrato. Viene rilevato, in particolare, come nell'arbitrato il terzo sia chiamato a comporre un contrasto giuridico, che concerne il rapporto nel suo complesso, mentre nella perizia contrattuale debba definire una o più questioni di fatto, il cui accertamento richiede il possesso di una specifica competenza tecnica [24].

---

[19] Cass., 24 marzo 2025, n. 7795.

[20] Nella giurisprudenza di legittimità è infatti ricorrente l'assunto secondo il quale «*Nella clausola di un contratto di assicurazione, che preveda una perizia contrattuale (con il deferimento ad un collegio di esperti di accertamenti da farsi in base a regole tecniche e con l'impegno ad accettarne le conclusioni come diretta espressione della volontà dei contraenti), è insita la temporanea rinunzia alla tutela giurisdizionale dei diritti nascenti dal rapporto contrattuale, nel senso che, prima e durante il corso della procedura contrattualmente prevista, le parti stesse non possono proporre davanti al giudice le azioni derivanti dal suddetto rapporto*» (cfr., tra le altre, Cass., 1 aprile 2014, n. 7531; Cass., 17 dicembre 2010, n. 25643; Cass., 9 aprile 2009, n. 8674; Cass., 22 maggio 2007, n. 11876; Cass., 22 ottobre 2002, n. 14909).

[21] Cfr. Cass., 5 dicembre 2001, n. 15410.

[22] Le sentenze che si sono pronunciate sul tema hanno, quindi, essenzialmente applicato la disciplina dell'arbitrato alla perizia contrattuale. L'incidenza del procedimento peritale sul corso della prescrizione non è, a ben vedere, l'unico segmento della disciplina dell'arbitrato che viene esteso alla perizia contrattuale, essendovi anche decisioni che, sempre nella direzione di un'assimilazione all'arbitrato, applicano alla perizia contrattuale alcune norme concernenti la nomina dell'arbitro (v., ad esempio, Cass., 13 aprile 1999, n. 3609, in merito all'applicazione dell'art. 810, comma I, c.p.c., e, dunque, alla possibilità per il Presidente del Tribunale di nominare il perito laddove la parte non abbia provveduto).

[23] Così Cass., 12 maggio 2005, n. 10023 richiamando Cass., 12 luglio 1995, n. 6344. Analogamente, in altre pronunce, si è sostenuto che «*la perizia contrattuale non sia appunto un istituto autonomo, ma che questa, là dove si risolva in particolare nel deferimento ad uno o più esperti, scelti per la loro particolare competenza, del compito di formulare un apprezzamento tecnico che le parti si impegnano ad accettare come diretta espressione della loro volontà negoziale, si inserisca in una fattispecie di segno corrispondente (negoziale cioè) diretta ad eliminare, su basi transattive o conciliative, una controversia insorta tra le parti medesime, mediante mandato conferito ad un terzo così come avviene esattamente nell'arbitrato libero, del quale costituisce una particolare figura differenziandosene soltanto per lo speciale oggetto del contrasto, che attiene ad una questione tecnica, non già per gli effetti, posto che, in entrambi i casi, il contrasto è superato mediante la creazione di un nuovo assetto di interessi dipendente dal responso del suddetto terzo che le parti si obbligano preventivamente a rispettare*» (così Cass., 5 dicembre 2001, n. 15410, richiamando Cass., 30 marzo 1995, n. 3791).

[24] In tal senso, tra le altre: Cass., 8 novembre 2018, n. 28511; Cass., 24 maggio 2004, n. 9996; Cass., 26 aprile 2002, n. 6087.

ISSN 2281-3918/2421-2563



Una più ampia analisi del fenomeno è stata effettuata dalla dottrina, che ha indagato più a fondo il rapporto tra perizia contrattuale e arbitrato e, più in generale, i possibili contenuti del negozio di accertamento [25].

L'assimilazione della perizia contrattuale all'arbitrato viene effettuata, in dottrina, in base all'assunto secondo il quale anche all'origine della perizia contrattuale vi sarebbe una controversia di natura economica tra i contraenti [26] ovvero un "*conflitto di interessi*" [27], benché, in entrambi i casi, limitati a questioni di carattere prettamente tecnico [28].

Si tratterebbe, quindi, di un fenomeno dai connotati essenzialmente processuali [29] assimilabile all'arbitrato [30] essendo uno strumento di cui le parti dispongono al fine di evitare un processo statale, isolando l'oggetto della lite e attribuendone la decisione a un terzo esperto nello specifico settore di riferimento. Sarebbe, quindi, un arbitrato con cui si risolve non già la controversia giuridica nel suo complesso, ma soltanto una questione in essa rilevante [31].

Secondo questa impostazione, l'arbitrato, quale strumento generale di giustizia privata, può ben essere adattato dalle parti ai propri bisogni, che in questo caso consistono nella decisione di una questione specifica per la quale si preferisce il responso di un terzo scelto in funzione delle sue competenze settoriali. Ci si allontana dal processo statale, quindi, non solo per la possibilità di scegliere la figura del terzo, ma anche per limitare la cognizione ad una sola questione quando, nel processo statale, la minima unità azionabile è costituita da una situazione giuridica soggettiva [32].

In questo modo le parti ottengono una decisione più celere, essendo limitata a una sola questione, e

---

[25] Sulla riconducibilità della perizia contrattuale e dell'arbitrato alla più generale categoria del negozio di accertamento v. *infra* la nota 38.

[26] F. P. Luiso, *L'oggetto del processo arbitrale*, in *Riv. Arb*., 1996, pp. 670-671.

[27] C. Punzi, *Disegno sistematico dell'arbitrato*, I, Padova, 2000, p. 41.

[28] C. Punzi, *op. loc. ult. cit.*. Per G. Schizzerotto, *Arbitrato improprio e arbitraggio*, Milano, 1967, pp. 269-270, l'esistenza di una controversia sarebbe implicita nella volontà delle parti di demandare a un soggetto terzo la definizione dei loro rapporti sulla base di elementi tecnici e nell'impegnarsi, preventivamente, ad accettare tale determinazione. Da questo impegno ad accettare preventivamente il responso dei periti deriverebbe la funzione decisoria della perizia e la sostanziale assimilabilità all'arbitrato libero, stante il comune scopo di risolvere divergenze o contrasti. La differenza tra perizia contrattuale e arbitrato risiederebbe, dunque, soltanto nella natura tecnica degli accertamenti demandati ai periti.

[29] F. P. Luiso, *L'oggetto del processo arbitrale*, cit., p. 671, il quale rileva come il fenomeno delle perizie contrattuali «*trova malamente* […] *il suo ubi consistam sul terreno del diritto sostanziale*».

[30] Pur ammettendo l'assimilabilità a una figura processuale sarebbe astrattamente possibile anche la strada della perizia contrattuale quale fenomeno probatorio. Il punto è sollevato da M. Bove, *Perizia contrattuale* cit., p. 581 ss, per il quale si potrebbe spiegare la perizia contrattuale anche utilizzando lo schema della confessione stragiudiziale, ossia «*immaginando che le parti attribuiscano al terzo perito il compito di «riempire» una sorta di loro confessione stragiudiziale in bianco*». La possibilità è, in realtà, subito scartata dall'Autore sulla base di tre argomentazioni.

In primo luogo perché la confessione, che è una mera dichiarazione di scienza, non sarebbe compatibile con una fattispecie negoziale qual è, invece, la perizia contrattuale. In secondo luogo poiché, alle volte, la perizia contrattuale può risolversi nella soluzione di una questione non di fatto ma giuridica, con l'impossibilità di rintracciarvi un mezzo di prova (con il quale si fissano dei fatti che non vengono qualificati giuridicamente). Da ultimo, l'effetto di impedire il ricorso alla giurisdizione ordinaria prima dell'espletamento della perizia e limitatamente all'oggetto di quest'ultima, mal si concilia con l'idea che nel patto per perizia contrattuale vi sia una confessione in bianco, giacché la vigenza del principio dispositivo nel processo non legittima le parti a incidere sui poteri decisionali del giudice in ordine all'ammissibilità dei mezzi di prova di cui si chiede l'assunzione.

[31] M. Bove, *Perizia contrattuale*, cit., p. 582. La tesi è condivisa anche da F. P. Luiso, *L'oggetto del processo arbitrale*, cit., pp. 670-671, per il quale, nella perizia arbitrale, le parti possono deferire agli arbitri la decisione di controversie che non riguardano l'attuale esistenza di un diritto, ma solo uno o più elementi della fattispecie, «*onde il lodo non statuisce, in via definitiva, sui rapporti fra le parti, ma si limita a decidere di una o più questioni, rilevanti per l'esistenza del diritto, ma rispetto a tale esistenza non esaustive*».

[32] M. Bove, *Perizia contrattuale,* cit., p. 583.

ISSN 2281-3918/2421-2563

un risultato tendenzialmente migliore, affidandosi a un esperto in quel determinato settore tecnico o scientifico, senza doversi rivolgere alla giurisdizione statale per ottenere la nomina di un consulente tecnico [33].

Tra la perizia contrattuale e l'arbitrato rituale non vi sarebbe, quindi, alcuna differenza di sostanza, ma solo una differenza "quantitativa" [34]: analogamente all'arbitrato si sostituisce l'opera del giudice statale e, pertanto, verrebbero meno le esigenze di economia processuale sottostanti alle prescrizioni legislative in punto di requisiti minimi dell'oggetto processuale [35].

In definitiva, secondo tale dottrina, utilizzando lo schema offerto dagli artt. 806 ss. c.p.c., si riuscirebbe, da un lato, a giustificare sistematicamente l'ammissibilità della perizia contrattuale e, dall'altro, a spiegare la duplice serie di effetti che la perizia contrattuale esplica al livello dell'ordinamento statale, consistenti nel precludere il ricorso al giudice ordinario e nel vincolare i contraenti alla perizia compiuta [36].

4. L'inquadramento dogmatico della fattispecie secondo le Sezioni Unite

Le Sezioni Unite, con la sentenza del 30 aprile 2026, n. 11959, si sono allontanate dalle considerazioni sopra esposte, non solo, come si vedrà, rispetto all'esito dell'indagine, ma anche con riguardo all'approccio adottato. La Suprema Corte, infatti, muove dalla considerazione di fondo secondo la quale, data l'atipicità e la multiformità che la figura ha assunto nella pratica, non si possa tipizzare in termini univoci la fattispecie [37]: piuttosto che perseguire una generale finalità definitoria, quindi, l'attività della

[33] M. Bove, *Sull'efficacia della convenzione per perizia contrattuale*, cit., pp. 690-691.

[34] Dalla differenza quantitativa tra arbitrato rituale e perizia contrattuale deriverebbe, inoltre, una peculiarità in punto di disciplina, non essendo applicabile alla perizia l'art. 819-*ter* c.p.c. che qualifica il rapporto tra giurisdizione statale e arbitrato rituale in termini di competenza alternativa e impone il rigetto della domanda giudiziale per ragioni di rito (essendo stata proposta in violazione del patto compromissorio).

Il giudice adito ad onta di un patto di perizia contrattuale, invece, dovrebbe decidere la causa sulla base di questioni preliminari di merito eventualmente presenti, ovvero disporre la sospensione necessaria del processo ai sensi dell'art. 295 c.p.c. in attesa dell'espletamento della procedura peritale. In tal modo si avrebbe, sul piano processuale, una soluzione adeguata all'oggetto del patto istitutivo della perizia contrattuale, che comporta un impedimento alla giurisdizione statale insuperabile ma che non attiene alla lite nel suo complesso: l'effetto impediente non può dunque comportare la chiusura del processo statale instaurato sull'intera situazione giuridica soggettiva (M. Bove, *Perizia contrattuale* cit., p. 584).

Contra F. Sassani, *La clausola di perizia contrattuale*, cit., p. 2460, nota 8, secondo la quale sarebbe difficile giustificare la deroga all'art. 819-*ter* c.p.c., sulla sola base della natura tecnica della cognizione devoluta agli esperti. Il legislatore, continua l'A., ha infatti inteso disciplinare il rapporto tra arbitrato rituale e giurisdizione statale in termini di competenza (e non di pregiudizialità), e tale principio non sarebbe derogabile sulla base della sola natura tecnica e limitata dell'oggetto dell'arbitrato.

[35] M. Bove, *Perizia contrattuale* cit., p. 583. Anche per F. P. Luiso, *op. ult. cit.*, pp. 672 ss., differentemente da quanto avviene nel giudizio dinnanzi al giudice statale, l'unità minima dell'accertamento del giudizio arbitrale sarebbe la mera questione, poiché non vi osterebbero le ragioni di economia processuale che vietano all'attore di frazionare una pretesa giuridica in unità più piccole rispetto al diritto soggettivo, al rapporto giuridico o allo status dei quali si chiede la tutela. *Contra* F. Sassani, *op. loc. ult. cit.*, secondo la quale sarebbe riduttivo individuare l'unità minima del giudizio arbitrale facendo esclusivo riferimento all'assenza di esigenze di economia processuale proprie del solo giudizio statale, concorrendo anche considerazioni relative alla natura, alla finalità e all'attitudine del lodo rituale. Sarebbe infatti contraddittorio ammettere che il lodo, pur avendo forza di accertamento incontrovertibile ed essendo destinato a sostituirsi a una sentenza giurisdizionale, possa avere un oggetto che, altrimenti, non potrebbe essere proprio di un giudicato civile.

[36] M. Bove, *op. loc. ult. cit.*

[37] Per dirla con le Sezioni Unite, ogni contratto «*costituisce la misura e la regola di sé stesso e ogni perizia contrattuale ha una natura definita dal contenuto della clausola che la istituisce*» (Cass. S.U., 30 aprile 2026, n. 11959, § 5.3).

ISSN 2281-3918/2421-2563



Cassazione è indirizzata alla ricerca degli elementi della fattispecie idonei a qualificare la perizia contrattuale quale arbitrato.

La peculiarità della clausola arbitrale risiederebbe, in particolare, nella rinuncia all'esperimento dell'azione giudiziaria e alla giurisdizione dello Stato, attuata mediante la scelta di risolvere una controversia con uno strumento di natura privatistica. Il discrimine tra perizia contrattuale "pura" e arbitrato andrebbe rinvenuto, di conseguenza, nella sussistenza di una tale preventiva rinunzia alla giurisdizione ordinaria, poiché solo così la clausola avrebbe natura compromissoria e la perizia contrattuale assumerebbe le vesti di un arbitrato, rituale o irrituale [38]. L'interprete deve dunque ricercare nel negozio un atto dispositivo, in senso negativo, del diritto di cui all'art. 24, comma I, Cost., e, in mancanza, escludere la natura arbitrale del procedimento peritale.

La distanza tra fattispecie negoziale e arbitrale emerge con immediatezza nel momento in cui le parti intendano stabilire un prezzo, ovvero individuare un elemento necessario all'esecuzione del contratto e alla prosecuzione del rapporto contrattuale, casi nei quali non sussistono conflitti (attuali o potenziali) ma soltanto vuoti nel regolamento contrattuale, da colmare attraverso una valutazione prettamente tecnica che interviene a valle di un contratto già completo in ogni suo elemento essenziale [39]. In tali ipotesi, infatti, mancano del tutto i caratteri della clausola arbitrale sopra enunciati.

Se la clausola è inserita in un contratto di assicurazione, invece, secondo la Cassazione, le differenze tra perizia contrattuale e arbitrato rituale si riducono. Come già esposto [40], e come pure rilevato dalle Sezioni Unite, si tratta del caso in cui i contraenti incaricano un terzo affinché, sulla base delle proprie competenze tecnico-scientifiche, effettui una valutazione delle conseguenze dell'evento dannoso al quale è collegata l'erogazione dell'indennizzo. Il terzo dovrà, quindi, «*accertare le cause del sinistro,*

---

[38] Secondo le Sezioni Unite la clausola per perizia contrattuale, ove si disponga in senso negativo del diritto di agire in giudizio, può configurarsi sia come arbitrato rituale che come arbitrato irrituale. Ciò dipende, in via esclusiva, dalla scelta dei contraenti di volere la pronuncia di un lodo suscettibile di essere reso esecutivo e di produrre gli effetti di cui all'art. 825 c.p.c., ovvero di affidare all'arbitro la soluzione della controversia mediante determinazione contrattuale ex art. 808-*ter* c.p.c. (Cass. S.U., 30 aprile 2026, n. 11959, § 5.4). La statuizione, benché stringata, rappresenta una presa di posizione in merito ad altra annosa questione, concernente l'ammissibilità di un negozio di accertamento avente ad oggetto un semplice fatto e non già una situazione giuridica soggettiva. È questo, infatti, il punto attorno al quale ruota il dibattito dottrinale sulla configurabilità della perizia contrattuale quale arbitrato rituale ovvero irrituale. Il patto compromissorio irrituale, infatti, secondo l'opinione accolta dalla prevalente dottrina, non sarebbe un contratto processuale, ma un negozio di accertamento con effetti sostanziali, attraverso il quale si dispone di un rapporto giuridico affidando al terzo il compito di riempire il nuovo regolamento negoziale vincolante *inter partes*. Per qualificare la perizia contrattuale come un arbitrato libero si dovrebbe ammettere, quindi, che un contratto di accertamento possa avere ad oggetto anche un semplice fatto. Secondo una parte della dottrina (M. BOVE, *Perizia contrattuale*, cit., p. 582) nell'attuale ordinamento positivo ciò non sarebbe possibile, potendo le parti fissare i fatti solo attraverso un mezzo di prova. La perizia contrattuale andrebbe quindi qualificata quale *species* di arbitrato rituale che, essendo espressione di un fenomeno giurisdizionale, non incontrerebbe le medesime limitazioni (sul punto v. anche F. CAMPIONE, *L'arbitrato rituale e irrituale; l'arbitraggio e la perizia contrattuale*, in L. DITTRICH (*diretto da*), *Diritto processuale civile – Tomo quarto,* Torino, 2019, p. 5023 e la dottrina ivi richiamata). Secondo un'altra tesi, al contrario, un negozio di accertamento avente ad oggetto un semplice fatto avrebbe cittadinanza nel nostro ordinamento. L'incertezza di un rapporto, secondo tale impostazione, può dipendere dall'incertezza del fatto generatore, essendo le situazioni giuridiche generate da accadimenti umani o naturali. Ne discende, dunque, che il vero oggetto del negozio di accertamento resta il rapporto giuridico, poiché con l'accertamento del fatto generatore della situazione giuridica si finisce per conferire certezza, indirettamente, al rapporto stesso (F. CAMPIONE, *op. loc. ult. cit.*, richiamando la tesi di M. GIORGIANNI, *Il negozio di accertamento*, Milano, 1939, pp. 65-68). A ciò si aggiunge l'ulteriore considerazione secondo la quale, in un'ottica di valorizzazione della autonomia negoziale dei privati, le parti possono accordarsi non soltanto su un accertamento di diritti e rapporti giuridici, ma anche con riferimento a fatti o singole questioni, essendo il "meno" ricompreso nel "più" (F. CAMPIONE, *op. ult. cit.,* p. 5024).

[39] Cass. S.U., 30 aprile 2026, n. 11959, § 5.5.

[40] V. *amplius* in apertura di trattazione e, in particolare, la nota 7.

ISSN 2281-3918/2421-2563



riscontrare la corrispondenza delle cose assicurate con la relativa descrizione contenuta nella polizza e procedere alla stima e liquidazione del danno» con una propria determinazione, alla quale le parti già si sono impegnate ad attribuire efficacia vincolante, senza dover ricorrere a un'ulteriore manifestazione di volontà [41].

La prossimità tra tale fattispecie e l'arbitrato discende dal fatto che la controversia, benché non attuale, è sempre possibile ove manchi l'accordo sull'elemento da cui discende l'indennizzo: ciononostante, in mancanza di una preventiva rinuncia alla giurisdizione, la pattuizione non andrebbe qualificata quale clausola arbitrale, ma sarebbe limitata, nei propri effetti, al solo campo del diritto sostanziale e sarebbe qualificabile come *"perizia contrattuale pura"* [42].

Gli aspetti di novità della pronuncia attengono non tanto ai risultati, quanto al percorso argomentativo: la tesi dell'autonomia della perizia contrattuale rispetto all'arbitrato, infatti, non è nuova [43], ma gli autori che si sono pronunciati in questo senso hanno addotto argomentazioni differenti da quelle fatte proprie dalla Suprema Corte.

Secondo una prima tesi la perizia contrattuale rimarrebbe nettamente distinta dall'arbitrato «*per l'assenza di un rapporto controverso che viene sottoposto al giudizio dell'arbitro per la sua decisione*» [44]. Secondo questa ricostruzione la funzione dello strumento peritale sarebbe esclusivamente quella di colmare l'ignoranza dei contraenti, privi di preparazione tecnica, e determinare alcuni aspetti del regolamento contrattuale che si basano su accertamenti di fatto o valutazioni tecnico-scientifiche. Sul presupposto di tale ignoranza degli elementi tecnici, infatti, indipendentemente da una vera e propria controversia, viene affidato a un terzo il compito di svolgere un'indagine esclusivamente tecnica, dalla quale esula qualunque determinazione volitiva o discrezionale [45].

Con specifico riferimento alle perizie contrattuali inserite in polizze assicurative si è poi osservato come una lite prettamente potenziale non possa collocare la perizia contrattuale all'interno del perimetro dell'arbitrato, giacché la decisione tecnica in tali ipotesi avviene sul piano dell'integrazione oggettiva del negozio e non è resa necessaria da alcuna lite in concreto. Sarebbe, quindi, «*più corretto discorrere di incertezza anziché di lite*», con la conseguente insussistenza del requisito essenziale della controversia necessario ai sensi dell'art. 808-*ter* c.p.c. [46].

Un'autrice, ancora con specifico riferimento alle perizie contrattuali contenute nei contratti assicurativi, distingue l'ipotesi in cui si demanda al terzo soltanto la quantificazione del danno derivante da

---

[41] Cass. S.U., 30 aprile 2026, n. 11959, § 5.6.

[42] *Ibidem*.

[43] In giurisprudenza tale posizione è stata assunta, tra le altre, da Cass., 29 ottobre 1999, n. 12155, secondo la quale, a differenza dell'arbitrato, le parti non tendono alla definizione di una controversia e, a differenza dall'arbitraggio, non vi sarebbe l'incarico a un terzo per determinare uno degli elementi del negozio, ma soltanto il deferimento dello svolgimento di constatazioni e accertamenti di natura tecnica. Più di recente hanno seguito tale indirizzo, tra le altre, Cass., 8 novembre 2018, n. 28511 e Cass., 24 maggio 2004, n. 9996. La tesi dell'autonomia della figura è sposata, in dottrina, da G. P. TRAVAGLINO, *Clausola di perizia contrattuale*, cit., p. 1020, per il quale la perizia contrattuale andrebbe necessariamente qualificata come figura a sé giacché solo in questo modo si possono accogliere i multiformi aspetti che caratterizzano l'istituto. Analogamente F. SASSANI, *La clausola di perizia contrattuale*, cit., p. 2461, per la quale, stante le diversità tra le ipotesi tradizionalmente ricondotte alla perizia contrattuale, sarebbe da preferire un approccio flessibile e attento al caso concreto. Nega, invece, l'autonomia della figura D. CORAPI, *Perizia contrattuale e arbitrato. Clausola arbitrale e contratto a favore di terzi*, in *Riv. Arb.*, 1995, p. 72, per il quale la perizia contrattuale può assumere, di volta in volta, la veste dell'arbitrato o dell'arbitraggio a seconda che con essa si persegua la risoluzione di una controversia giuridica ovvero la determinazione del contenuto di un rapporto giuridico *in fieri*.

[44] L. BIAMONTI, *Dell'arbitrato*, cit., p. 956.

[45] L. BIAMONTI, *op. loc. ult. cit.*

[46] G. P. TRAVAGLINO, *Clausola di perizia contrattuale nei contratti assicurativi* cit., p. 1018.

ISSN 2281-3918/2421-2563

un sinistro (che le parti concordemente assumono come verificatosi), da quella in cui, invece, nel mandato congiunto al terzo vengono inserite valutazioni attinenti ad altri profili, quali l'accertamento della sussistenza stessa del danno o la sua indennizzabilità. In questi ultimi casi, nei quali si attribuisce al terzo la soluzione di un aspetto controverso relativo alla sussistenza o meno del diritto all'indennizzo, la perizia contrattuale dovrebbe, a rigore, qualificarsi come arbitrato libero [47].

Una soluzione simile è stata fatta propria anche da alcune pronunce di legittimità, nelle quali si è statuito che, «*qualora le parti affidino ad un terzo l'incarico di esprimere un apprezzamento tecnico sull'entità delle conseguenze di un evento al quale è collegata la prestazione dell'indennizzo, ma escludano dai poteri di detto terzo, esplicitamente o implicitamente, la soluzione delle questioni attinenti alla validità ed operatività della garanzia assicurativa, il relativo patto esula dall'ambito dell'arbitrato, rituale od irrituale, e configura un'ipotesi di cosiddetta perizia contrattuale, che non interferisce sull'azione giudiziaria rivolta alla definizione delle indicate questioni*» [48].

Secondo l'orientamento fatto proprio dalle Sezioni Unite, invece, l'unico *discrimen* tra arbitrato e perizia contrattuale andrebbe rinvenuto nell'assenza, in quest'ultima fattispecie, della rinuncia alla giurisdizione dello Stato. Non rileverebbero, invece, né la presenza di una lite, né l'oggetto della questione demandata al perito, né l'obbligo, assunto dalle parti, di non agire in giudizio. La distanza con l'arbitrato è, dunque, assai ridotta, e il compito dell'interprete è ancora più arduo, soprattutto in considerazione di quest'ultimo aspetto. Secondo la pronuncia che si commenta, infatti, l'obbligo di non agire in giudizio non si risolverebbe necessariamente in una rinuncia alla giurisdizione ordinaria, essendo invece configurabile un negozio atipico, diverso dalla clausola arbitrale, mediante il quale le parti si vincolano preventivamente al responso del terzo e assumono l'obbligo di non adire l'autorità giudiziaria.

Viene creato, in altre parole, un «*nuovo assetto di interessi, dipendente dal responso del terzo*» che i contraenti si impegnano a rispettare e che può fungere da «*volano per una soluzione transattiva dell'intera controversia*» ovvero essere alla base «*di una successiva azione giudiziaria avente ad oggetto le questioni non rimesse alla determinazione del perito*» [49].

Il vincolo negoziale ha dunque ad oggetto la valorizzazione del risultato della perizia contrattuale, ove la stessa sia esperita e portata a compimento, ma non è sinonimo di rinuncia alla giurisdizione [50] non qualificandosi, a differenza dell'arbitrato, come «*strumento di risoluzione di controversie (esistenti o potenziali) alternativo al ricorso alla giurisdizione ordinaria*» [51].

---

[47] F. SASSANI, *La clausola di perizia contrattuale nei contratti assicurativi* cit., p. 2463.

[48] Cass., 22 ottobre 2002, n. 14909. Conformi, tra le altre, Cass., 23 ottobre 1998, n. 10554 e Cass., 28 agosto 1995, n. 9032. Nella giurisprudenza di merito tale orientamento è seguito, tra gli altri, da Trib. Perugia, 19 febbraio 2025, n. 234, Trib. Pisa, 17 aprile 2020, n. 430, Trib. Bari, 18 aprile 2019, n. 1755. In senso contrario Cass., 13 luglio 1979, n. 4073, secondo la quale «*l'affidamento ad un collegio di periti del compito di accertare le cause del sinistro, di riscontrare la corrispondenza delle cose assicurate con la relativa descrizione contenuta nella polizza, e di procedere alla stima e liquidazione del danno, con l'impegno delle parti di attribuire a tale determinazione immediata efficacia vincolante in ordine al conflitto d'interessi sull'indennità, senza necessità di una ulteriore loro manifestazione di volontà, esula dall'ambito della cosiddetta perizia contrattuale, la quale ricorre nel caso in cui le parti stesse demandino a terzi, accettandone preventivamente il risultato, un'attività di accertamento e valutazione meramente tecnica, ed integra, invece, ipotesi di arbitrato irrituale, in senso stretto implicando la devoluzione ad arbitri della soluzione transattiva di una controversia*».

[49] Cass. S.U., 30 aprile 2026, n. 11959, § 5.6.

[50] Si tratta quindi di un patto che, al medesimo tempo, impegna le parti a mantenere "*definitivo e vincolante*" l'assetto deciso dal terzo perito ma non preclude «*a ciascuna delle parti la possibilità di esperire un'azione giudiziaria che abbia ad oggetto anche la porzione di controversia affidata al perito*» (Cass. S.U., 30 aprile 2026, n. 11959, § 5.7).

[51] *Ibidem*.

ISSN 2281-3918/2421-2563



Secondo questa lettura, dunque, il vincolo delle parti rimane confinato sul piano obbligatorio e l'inosservanza del patto non si traduce in una causa di inammissibilità di un eventuale atto introduttivo del giudizio, ma soltanto nella responsabilità contrattuale dell'inadempiente [52]. La devoluzione della questione al perito costituirebbe, infatti, l'adempimento di un'obbligazione «*a cui entrambe le parti sono tenute, attraverso un concorde comportamento attivo che esprime la comune volontà di esercitare le prerogative previste dal contratto onde risolvere, all'esito del continuativo sviluppo del procedimento, una porzione del contrasto fra loro esistente*» [53].

È, quindi, una soluzione che si distanzia dalla lettura fatta propria dalla dottrina e giurisprudenza prevalenti e pare fare propria un'auspicata visione più moderna del contratto, che si allontana da una concezione conflittuale per inserirsi in una ««*dimensione cooperativa*», *nella misura in cui le parti, prima di rassegnarsi all'impossibilità di determinare l'oggetto del contratto o senza affidare al giudice una determinata statuizione di tipo tecnico che incide sull'esecuzione del contratto, congegnano un meccanismo che consente loro di protrarre il loro rapporto giuridico negoziale, senza conflitto*» [54].

L'aspetto meno lineare della pronuncia è, tuttavia, quello relativo ai criteri che l'interprete deve seguire per la qualificazione della fattispecie negoziale, giacché la Cassazione si limita a stabilire che «*Ciò che* [vale] *a caratterizzare la perizia contrattuale in termini di arbitrato irrituale e non di figura negoziale pienamente atipica* [è] *non tanto l'ampiezza del mandato conferito al perito, né la volontà delle parti di tenere per ferme le conclusioni raggiunte dallo stesso, ma il ricorrere o meno di una definitiva rinunzia delle parti (attraverso una* "*disposizione espressa per iscritto*" *ex art. 808-ter, comma 1, cod. proc. civ.) ad esercitare i propri diritti avanti al giudice ordinario*» [55].

Anche in tal caso si assiste a un cambio di passo rispetto alla dottrina che si è pronunciata sul punto, secondo la quale, invece, la rinuncia alla tutela giurisdizionale sarebbe una mera conseguenza della volontà delle parti di stipulare una clausola compromissoria e non, invece, un indice rivelatore della stessa, secondo un rapporto di causa-effetto inverso rispetto a quello evidenziato dalle Sezioni Unite [56].

Analogamente, secondo la giurisprudenza prevalente, stipulando la clausola compromissoria le parti implicitamente rinunciano alla giurisdizione ordinaria: accanto alla volontà, espressa, di dare mandato ai periti, vi sarebbe un'altra manifestazione di volontà, tacita, di rinunciare alla tutela giurisdizionale dei diritti controversi [57].

Come stabilito da dottrina e giurisprudenza pressoché univoche, infatti, l'interpretazione del patto compromissorio deve avvenire ricostruendo e scrutinando la comune intenzione delle parti senza

---

[52] Secondo la Corte, peraltro, non è neanche «*possibile sostenere che questa iniziativa giudiziaria sia impedita da una supposta inesigibilità del diritto di credito conseguente al mancato espletamento della perizia contrattuale e alla condizione di illiquidità che ne discende. Invero, il diritto di credito è esigibile anche se è illiquido (come dimostra il fatto che, ai sensi dell'art. 1219, comma 2, n. 1, cod. civ., nessuna costituzione in mora è necessaria quando il debito deriva da fatto illecito), cosicché la condizione di illiquidità non influisce sull'esperibilità dell'azione, ma implica soltanto che il giudice se ne faccia carico determinando l'ammontare del credito attoreo*» (*Ibidem*).

[53] Cass. S.U., 30 aprile 2026, n. 11959, § 7.1.

[54] A. M. Benedetti, *In attesa delle Sezioni Unite*, cit., p. 321, nota 37.

[55] Cass. S.U., 30 aprile 2026, n. 11959, § 5.8.

[56] G. Schizzerotto, *Arbitrato improprio e arbitraggio*, cit., p. 270.

[57] In tal senso Cass., 1 aprile 2014, n. 7531, secondo cui, «*nella clausola di un contratto di assicurazione che preveda una perizia contrattuale (con il deferimento ad un collegio di esperti di accertamenti da farsi in base a regole tecniche e con l'impegno ad accettarne le conclusioni come diretta espressione della volontà dei contraenti), è insita la temporanea rinunzia alla tutela giurisdizionale dei diritti nascenti dal rapporto contrattuale*». Analogamente, tra le altre, Cass., 17 dicembre 2010, n. 25643 e Cass., 15 luglio 1994, n. 6648 richiamandosi ai precedenti di Cass., 21 giugno 1983, n. 4245, Cass., 23 novembre 1973, n. 3176 e Cass., 17 ottobre 1964, n. 2608.

ISSN 2281-3918/2421-2563



limitarsi al senso letterale delle parole [58], «*ma valutando il comportamento complessivo delle parti e rispettando il canone della totalità ermeneutica, che in subiecta materia trova specifica approvazione*» [59].

A tale scopo potrà rilevare anche il comportamento delle parti successivo alla conclusione del contratto e della convenzione arbitrale, nonché quello processuale tenuto dalle stesse durante il giudizio arbitrale [60]. Si applicheranno, dunque, le norme generali sull'ermeneutica di cui agli artt. 1362 ss c.c. [61] e rileverà il criterio della buona fede ex art. 1366 c.c. [62].

La dottrina che per prima ha commentato la pronuncia ha, del resto, criticato la ricostruzione offerta dalle Sezioni Unite, sul presupposto dell'assenza, nella disciplina positiva sulla convenzione di arbitrato, di una norma che imponga alle parti una rinuncia alla tutela in sede giurisdizionale [63]. L'art. 806, comma I, c.p.c. si limita infatti a stabilire che le parti possono far decidere da arbitri le controversie tra di loro insorte che non abbiano per oggetto diritti indisponibili, salvo espresso divieto di legge, mentre la previsione di cui all'art. 808-*ter* c.p.c., che pur contempla la necessità di una "*disposizione espressa per iscritto*", non si riferisce alla rinuncia alla giurisdizione statale, implicita nella scelta della via arbitrale, ma è strumentale alla scelta tra arbitrato rituale e irrituale [64].

---

[58] Del resto il dettato dell'art. 808-*quater* c.p.c., che attiene all'oggetto della convenzione d'arbitrato, ammette la possibilità di pattuizioni dubbie, che devono essere risolte dall'interprete secondo il principio dello in *dubio pro arbitrato*, dettando una prescrizione ermeneutica aggiuntiva per il patto commissorio, sintomatica della superfluità di espresse rinunce alla giurisdizione ordinaria. Si è tuttavia posto il tema se il *favor arbitrati* trovi applicazione, oltre che rispetto all'interpretazione più o meno ampia dell'oggetto della clausola arbitrale, anche quando sia dubbia la stessa volontà delle parti di optare per l'arbitrato, come nel caso in cui si intenda stabilire se le parti abbiano voluto stipulare una clausola per perizia contrattuale c.d. "pura", ovvero una clausola compromissoria. Secondo un primo orientamento tale opzione interpretativa sarebbe da escludere, in ossequio a una interpretazione strettamente letterale dell'art. 808-*quater* c.p.c. che porta a concludere per la sua applicazione solo ove si debbano superare i dubbi riguardanti l'estensione oggettiva di una convenzione da cui risulti l'incontrovertibile opzione per l'arbitrato (S. VANONI, *La convenzione arbitrale e il contratto di arbitrato*, in A. BOSSI (*a cura di*), *La prassi dell'arbitrato rituale*, Torino, 2012, p. 97). Secondo un altro Autore, invece, quella appena esposta non sarebbe «*l'unica via interpretativa possibile, perché leggendo al di là dello stretto tenore letterale, potrebbe avanzarsi l'idea che il legislatore voglia far prevalere la scelta arbitrale, – a condizione che sia validamente espressa, ovviamente – esprimendo normativamente la regola in dubio...pro arbitrato*» (E. ZUCCONI GALLI FONSECA, *Sub art. 808-quater c.p.c.*, in S. MENCHINI (*a cura di*), *La nuova disciplina dell'arbitrato*, Padova, 2009, p. 104).

[59] C. PUNZI, *Disegno sistematico dell'arbitrato*, cit., p. 634. Sul punto anche G. RUFFINI, *In tema di interpretazione della clausola compromissoria: i dubbi della Suprema Corte e l'art. 1367 cod. civ.,* in *Riv. Arb*.,1999, pp. 53 ss. e A. FABBRI, *Sub. art. 808-quater,* in L. P. COMOGLIO, C. CONSOLO, B. SASSANI, R. VACCARELLA (*diretto da*), *Commentario del Codice di procedura civile*, Milano, 2014, p. 143, richiamando, tra gli altri, S. SATTA, *Commentario al codice di procedura civile*, IV, Milano, 1971, p. 236, per il quale «*la interpretazione della clausola non differisce in alcun modo dalla interpretazione di qualunque contratto o di qualunque patto*».

Sull'irrilevanza del *nomen iuris* utilizzato dalle parti nella pattuizione di una clausola di perizia contrattuale e sulla necessità di risalire alla comune intenzione delle parti ai fini della configurabilità di una figura prettamente contrattuale, ovvero di una clausola compromissoria v., in motivazione, Trib. Bari, 2 maggio 2017, n. 2247. In giurisprudenza, tra le altre, v. anche Cass., 21 settembre 2004, n. 18917.

[60] Cfr., tra le altre, Cass., 21 settembre 2004, n. 18917.

[61] Per G. SCHIZZEROTTO, *Dell'arbitrato*, Milano, 1988, p. 136, benché le norme sull'interpretazione del contratto siano applicabili alla clausola compromissoria, non sarebbe applicabile l'art. 1363 c.c. nei rapporti tra clausola compromissoria e contratto, stante l'autonomia della clausola stessa. Diversamente N. IRTI, *Compromesso e clausola compromissoria nella nuova legge sull'arbitrato*, in *Riv. Arb*., 1994, pp. 52 ss., secondo il quale anche la clausola compromissoria rientrerebbe nell'interpretazione sistematica di cui all'art. 1363 c.c., stante la sua accessorietà al contratto.

[62] E. ZUCCONI GALLI FONSECA, *Sub art. 808-quater,* cit., pp. 102-103.

[63] F. CAMPIONE, *Le Sezioni Unite sulla natura della c.d. perizia contrattuale*, cit., p. 8.

[64] F. CAMPIONE, *op. loc. ult. cit.*, richiamandosi a F. P. LUISO, *Diritto processuale civile*, V, 2025, p. 149 e B. SASSANI, *Sub art. 808-ter c.p.c.*, in L. P. COMOGLIO, C. CONSOLO, B. SASSANI, R. VACCARELLA (*diretto da*), *Commentario del Codice di*

ISSN 2281-3918/2421-2563



Stante l'assenza di una prescrizione in tal senso, dunque, il dettato delle Sezioni Unite introduce, di fatto, una prescrizione formale in via pretoria, necessaria a ricondurre la perizia contrattuale all'interno del perimetro dell'arbitrato [65].

5. Riflessi sulla prescrizione: effetto interruttivo istantaneo

Secondo numerosi precedenti di legittimità [66], nonché secondo copiosa e autorevole dottrina, la clausola di perizia contrattuale sottrarrebbe alle parti la possibilità di azionare in giudizio un "*segmento*" del loro diritto sino a che il procedimento non si sia concluso [67]. Quest'ultima è, a ben vedere, una conseguenza necessaria e automatica della tesi che assume una generale assimilabilità della perizia contrattuale all'arbitrato, il quale comporta, come ricordato, la rinuncia alla giurisdizione ordinaria.

Secondo questa ricostruzione la domanda non è medio tempore procedibile e, sorgendo un impedimento giuridico rilevante all'esercizio del diritto da parte del titolare [68], ne deriverebbe «*l'idoneità a paralizzare il corso della prescrizione*» [69].

Vi sarebbe, di conseguenza, un'alternativa secca: o la perizia contrattuale può qualificarsi come arbitrato e, dunque, come rinuncia alla tutela giurisdizionale che impedisce il decorso del termine

---

procedura civile, Milano, 2014, pp. 113-114. Come chiarito da quest'ultimo, infatti, la norma è finalizzata a risolvere il problema dell'identificazione dell'effettiva volontà delle parti in merito alla scelta del modello arbitrale eletto per la risoluzione della lite. Prima della riforma operata dal D. Lgs., 2 febbraio 2006, n. 40, introduttivo dell'articolo che si commenta, la questione dava luogo a numerose dispute e aveva condotto la giurisprudenza ad abbracciare l'orientamento riassumibile nel brocardo *"in dubio pro irrituale*". Il legislatore, intervenendo sul punto, ha quindi statuito che la "*disposizione espressa per iscritto*" si rende necessaria per poter derogare a quanto disposto dall'art. 824-*bis* c.p.c. e quindi per permettere che "*la controversia sia definita dagli arbitri mediante determinazione contrattuale*" e non con un lodo equipollente alla sentenza del giudice dello Stato. Ove invece non vi sia alcuna diposizione espressa per iscritto e permangano dubbi sul modello arbitrale scelto, l'arbitrato deve qualificarsi come rituale.

[65] Sul punto, chiaramente, E. FAZZALARI, *L'arbitrato*, cit., p. 39, secondo il quale *«la forma vincolata* [del patto compromissorio, ndr], *non rende necessario che la volontà di compromettere sia espressa».* La superfluità di una disposizione per iscritto vale, infatti, soltanto per l'esplicita rinuncia alla giurisdizione statale, che ben potrebbe desumersi dal generale tenore letterale della pattuizione. Altra questione è, invece, quella della forma della clausola compromissoria, che ai sensi dell'art. 808, comma II, c.p.c., *«deve risultare da atto avente la forma richiesta per il compromesso dall'articolo 807»*. Ferma restando la necessità di forma scritta (prevista, appunto, dall'art. 807 c.p.c. cui la norma fa rinvio) si dibatte se si tratti di forma scritta *ad substantiam*, ovvero di forma *ad probationem*, stante il tenore letterale della norma (secondo la quale la clausola arbitrale «*deve risultare*» da atto scritto) e il venir meno, nel testo attuale, dell'espresso richiamo alla sanzione della nullità per la mancanza della forma scritta, già presente nel testo previgente alla riforma del 1994 (cfr., C. PUNZI, *Disegno sistematico dell'arbitrato*, cit., p. 192 e G. RUFFINI, *La nozione di clausola compromissoria*, in *Riv.. Arb*, 2004, p. 429).

[66] Si vedano, tra gli altri, Cass., 1 aprile 2014, n. 7531, Cass., 30 settembre 2011, n. 19998, Cass., 22 maggio 2007, n. 11876 e Cass., 29 luglio 2004, n. 14487.

[67] G. P. TRAVAGLINO, *Clausola di perizia contrattuale*, cit., p. 1016, riportando anche la tesi di M. BOVE, *Perizia contrattuale* cit., p. 584. Con riferimento alla perizia contrattuale si osserva, più nel dettaglio, come la rinuncia vada connotata temporalmente. Stante la natura prettamente tecnica dell'oggetto della perizia, infatti, l'efficacia negativa del patto, preclusiva del ricorso alla giurisdizione statale, sarebbe esclusivamente temporanea e limitata al periodo antecedente e coevo all'espletamento delle attività peritali. Particolarmente delicato è, peraltro, l'aspetto relativo all'ampiezza dell'improponibilità, essendo discusso se sia relativa a qualunque profilo del rapporto contrattuale, ovvero alle sole domande relative alla medesima questione devoluta alla cognizione dei periti. Per una più ampia trattazione si rinvia, anche rispetto ai precedenti di legittimità ivi richiamati, a F. SASSANI, *La clausola di perizia contrattuale*, cit., p. 2461.

[68] Tale impedimento persisterebbe anche in caso di inerzia della controparte nella fase di attivazione della procedura e verrebbe meno solo per l'impossibilità di espletare l'incarico da parte del perito (F. SASSANI, *La clausola di perizia contrattuale* cit., pp. 2461-2462).

[69] Cfr. l'ordinanza di rimessione Cass., 24 marzo 2025, n. 7795.

ISSN 2281-3918/2421-2563



prescrizionale, o è da confinare nel campo del diritto sostanziale, senza che possa influire sulla disciplina della prescrizione [70].

Le Sezioni Unite, tuttavia, si allontanano dalle premesse metodologiche dell'ordinanza di rimessione e, più in generale, dalla prevalente giurisprudenza di legittimità, offrendo una soluzione all'interrogativo che non discende dalla qualificazione ontologica della fattispecie (e, dunque, dall'applicazione della disciplina dell'arbitrato), ma viene costruita, *ex novo*, sul campo della disciplina generale della prescrizione.

Qualificando la perizia contrattuale in termini di autonomia rispetto all'arbitrato viene meno l'impedimento all'azione giudiziale e, con essa, la tradizionale argomentazione che escludeva il decorso della prescrizione durante lo svolgimento delle operazioni peritali. Pur con una differente argomentazione, tuttavia, le Sezioni Unite propongono una ricostruzione assimilabile, in punto di effetti, a quella appena esposta, giungendo a una conclusione che, come si vedrà, può essere accolta soltanto con qualche riserva.

Il terreno su cui si muove la Suprema Corte è, infatti, assai scivoloso, giacché la discrezionalità nell'interpretazione delle norme sulla prescrizione è molto ridotta, se non del tutto esclusa, trattandosi di una materia «*vincolata ad un duplice regime di tipicità*», che riguarda tanto i soggetti legittimati a dar causa all'interruzione, quanto i modi in cui l'effetto interruttivo può essere prodotto [71].

Il primo effetto della perizia contrattuale c.d. "*pura*" sulla prescrizione deriverebbe direttamente dall'atto di chiamata, che costituirebbe, di per sé, un atto di esercizio del diritto con un "*effetto interruttivo istantaneo*" della prescrizione.

Ciò discenderebbe dal «*combinato disposto degli artt. 2943, comma 4, e 1219 cod. civ.*» e sarebbe una diretta conseguenza dell'«*intenzione del titolare di conseguire il proprio credito*» [72]. La motivazione delle Sezioni Unite, certamente stringata, pare sufficientemente chiara nel voler qualificare l'atto di avvio della perizia contrattuale come atto di costituzione in mora, stante il richiamo all'art. 1219 c.c.. Una più precisa presa di posizione al riguardo, vista la portata nomofilattica della pronuncia, sarebbe stata comunque utile, soprattutto in considerazione dell'atipicità della figura di cui si discorre e della potenziale multiformità delle sue manifestazioni.

Sull'interpretazione dell'art. 2943 c.c. nel suo rapporto con l'art. 2934 c.c. si rinvengono, infatti, posizioni parzialmente differenti che allargano o restringono le maglie della norma facendovi rientrare fattispecie distinte [73].

Secondo una prima opzione interpretativa, autorevolmente sostenuta in dottrina, la locuzione «*atto che valga a costituire in mora*» non contemplerebbe soltanto gli atti di costituzione in mora in senso

---

[70] Riprendendo le parole dell'ordinanza di remissione, l'effetto interruttivo della prescrizione è prospettabile «*solo riconoscendo alla perizia contrattuale* […] *la sua natura di clausola di "arbitrato tecnico"*».

[71] C. COSTANTINI, *L'interruzione della prescrizione*, in P. G. MONATERI e C. COSTANTINI, *La prescrizione,* in R. SACCO (*diretto da*), *Trattato di diritto civile, La parte generale del diritto civile, V,* Torino, 2009, p. 148.

[72] Cass. S.U., 30 aprile 2026, n. 11959, § 7.1.

[73] Ai sensi dell'art. 2934 c.c. la prescrizione produce l'estinzione del diritto soggettivo «*quando il titolare non lo esercita per il tempo determinato dalla legge*», lasciando intendere che qualsiasi atto di esercizio, non completamente o definitivamente satisfattivo, valga ad escludere l'effetto prescrittivo. Questa norma pare, tuttavia, in contrasto con l'art. 2943 c.c., che limita il novero degli atti stragiudiziali interruttivi della prescrizione all'atto di costituzione in mora, tanto che si rinvengono voci in dottrina che parlano di "*difetto di coordinamento, almeno apparente, tra gli articoli 2934 e 2943*» (cfr. F. ROSELLI, *Sub. art. 2943 c.c.*, in P. VITUCCI (*a cura* di) *La prescrizione*, *II,* in P. SCHLESINGER (*a cura di*), *Il Codice Civile. Commentario*, Milano, 1999, p. 48).



stretto, riferendosi a qualunque intimazione rivolta dal creditore al proprio debitore orientata alla realizzazione del diritto [74].

La giurisprudenza è parsa, dal canto suo, variamente orientata al riguardo. Secondo un primo orientamento opererebbe, in materia, il rigoroso principio di tassatività e tipicità degli atti interruttivi della prescrizione, con una rigida tipizzazione delle fattispecie idonee a produrre il citato effetto [75].

Un altro filone giurisprudenziale, che si pone nel solco tracciato dalla dottrina, propugna invece un'interpretazione "*contenutistica*" dell'art. 2943, comma IV, c.c. [76]. Pur volendo seguire quest'ultima opzione interpretativa, probabilmente alla base della decisione che si commenta, sarebbe comunque stata necessaria una maggiore precisione nell'individuazione del contenuto minimo dell'atto di costituzione in mora ex art. 2943, comma IV, c.c., posto che sul punto si rinvengono varie voci in giurisprudenza [77]. Secondo un primo orientamento sarebbe necessario che nell'atto venga manifestata, in maniera inequivocabile, la volontà del creditore di far valere il proprio diritto nei confronti del soggetto passivo con l'effetto di costituirlo in mora [78]; secondo altre pronunce è necessario che il creditore indichi esplicitamente la propria volontà di essere integralmente soddisfatto [79]; in altre pronunce ancora si richiede esclusivamente che il creditore si limiti a manifestare la volontà di esercitare il diritto di cui è titolare [80].

Ciò vale anche alla luce dell'unico precedente che le Sezioni Unite richiamano sul punto che, in effetti, adombra qualche dubbio sulla coerenza dell'argomentazione della pronuncia. Il riferimento è, infatti, a Cass., 4 aprile 1990, n. 3600, che, pur ricollegando un effetto interruttivo istantaneo della prescrizione all'atto di avvio della perizia contrattuale, nel suo passo argomentativo decisivo si allontana dalla tesi fatta propria dalle Sezioni Unite, assimilando la perizia contrattuale all'arbitrato [81].

---

[74] A. MAGAZZÙ, *Mora del debitore*, in *Enc. Dir*., XXVI, Milano, 1976, pp. 940-941, richiamandosi a C. M. BIANCA, *Dell'inadempimento delle obbligazioni (art. 1218-1229)*, in A. SCIALOJA e G. BRANCA (*a cura di*), *Commentario del Codice Civile*, *Libro quarto. Delle obbligazioni*, Bologna-Roma, 1967, p. 189, sostiene che sarebbe idoneo «*qualsiasi atto col quale il creditore manifesti al debitore in maniera non equivoca l'intenzione di pretendere e ottenere l'adempimento*». Il contenuto dell'intimazione, secondo l'A., può essere liberamente formulato, purché ciò non si traduca in un puro sollecito o in un generico invito a una maggiore prontezza o puntualità, ma sia «*espressa in maniera non equivoca la volontà del creditore di ottenere immediatamente o comunque tempestivamente l'adempimento*». Sul punto anche F. ROSELLI, *Sub art. 2943 c.c.*, cit., p. 56, per il quale «*inteso il quarto comma dell'art. 2943 nel senso che ad interrompere la prescrizione basta una qualsiasi manifestazione della volontà di essere soddisfatto, sarà lasciato alla discrezionalità dell'interprete di attribuire efficacia interruttiva ad atti non espressi secondo il consueto modello della costituzione in mora*».

[75] V., tra le altre, Cass., 30 marzo 2001, n. 4704, secondo la quale «*le cause di sospensione (e di interruzione) del termine di prescrizione sono tassative e tipiche, di guisa che deve escludersi, al fine anzidetto, la possibilità di prendere in considerazione fatti materiali e ragioni giuridiche non previsti dalle norme di cui agli artt. 2941-2945 c.c.*».

[76] In tal senso, tra le altre, Cass., 13 marzo 1976, n. 908, secondo cui l'atto interruttivo della prescrizione non richiederebbe alcuna tipicità o formalità tassativa, trattandosi di atto libero nella forma, purché nel mezzo e nel contenuto esprima in modo inequivocabile la volontà di fare valere il diritto da parte del creditore nei confronti del debitore.

[77] Come è stato autorevolmente osservato, infatti, «*la giurisprudenza sul punto pare non orientata ad un indirizzo univoco, laddove si considerino le statuizioni rese in merito alla individuazione del contenuto minimo che l'atto di costituzione in mora deve possedere agli effetti di cui all'art. 2943, 4° co., c.c.*» (cfr. C. COSTANTINI, *L'interruzione della prescrizione*, cit., p. 167, ove si rinvia per ulteriori riferimenti a precedenti giurisprudenziali).

[78] Cfr., tra le altre, Cass., 3 dicembre 2004, n. 22751; Cass., 5 novembre 2003, n. 16639; Cass., 27 giugno 2002, n. 9378.

[79] Cfr., tra le altre, Cass., 19 gennaio 1995, n. 561; Cass., 15 novembre 2002, n. 16131.

[80] Cfr., tra le altre, Cass., 1 giugno 1993, n. 6099.

[81] Come si legge tra le righe della sentenza, infatti, l'effetto interruttivo della prescrizione deriverebbe da un'applicazione analogica dell'art. 2943, comma III, c.c., a norma del quale *"L'interruzione si verifica anche se il giudice adito è incompetente"*, al punto da farlo operare anche in caso di nomina di un collegio arbitrale incompetente a decidere sulla questione rimessa. Tale notazione conclusiva, unitamente alla ripetuta qualificazione, nella parte motiva, della perizia quale "*procedura arbitrale*", porta al sorgere di qualche perplessità in ordine alla pertinenza del richiamo, a meno di volerlo limitare ai riferimenti, pur presenti, alla necessità di indagare la volontà delle parti in ordine all'accertamento della sussistenza o meno di un valido atto di costituzione in

ISSN 2281-3918/2421-2563



Il discorso sulla qualificazione e sul contenuto minimo dell'atto di costituzione in mora non è invece stato affrontato dalla Cassazione, probabilmente in base alla considerazione secondo la quale la limitazione che l'art. 2943 c.c. opera sull'art. 2934 c.c. risulta, nella pratica, di portata modesta, giacché raramente l'esperienza restituisce atti del creditore non risolventisi nella manifestazione della pretesa, scritta ed indirizzata al debitore, idonea a integrare il contenuto minimo di cui all'art. 2943 c.c. [82].

Vista la multiforme veste che un negozio atipico come quello di cui si discorre può assumere nella prassi, e in considerazione della portata nomofilattica della sentenza a Sezioni Unite, una maggiore precisione sul punto sarebbe stata, in ogni caso, opportuna.

6. Effetto interruttivo permanente della prescrizione

Secondo le Sezioni Unite dallo svolgimento delle attività peritali discenderebbe anche un effetto interruttivo prolungato della prescrizione. Lo sforzo ermeneutico della Suprema Corte su questo specifico aspetto appare, evidentemente, maggiore: secondo l'impostazione accolta dalla giurisprudenza e dottrina prevalenti, infatti, assieme all'assimilabilità all'arbitrato dovrebbe venir meno anche l'inesigibilità del diritto che impedisce il decorso della prescrizione. L'atto introduttivo della perizia non sarebbe più, dunque, un "*atto interruttivo ad effetti permanenti*" [83] e il nuovo periodo prescrizionale riprenderebbe a decorrere immediatamente.

Un simile esito, come condivisibilmente osservato dalla Suprema Corte, rischierebbe di condurre a delle aberrazioni poiché sarebbe «*incompatibile con la valutazione normativa di inerzia del titolare che, ai sensi dell'art. 2934, comma 1, cod. civ.* […] *giustifica il decorso della prescrizione*» [84]. Il procedimento in questione è, in effetti, assimilabile a un prolungato esercizio del diritto e, pertanto, il decorso del termine prescrizionale sarebbe in distonia con lo svolgimento delle operazioni peritali.

Allo stesso tempo, spostando la lente sul debitore, chiaramente interessato al decorso del termine, la sua partecipazione alle attività peritali contrasterebbe con i principi di «*buona fede e correttezza nell'esecuzione del contratto*» giacché si lucrerebbe, durante lo svolgimento di tali operazioni, «*in termini di maturazione della prescrizione del diritto altrui*» [85].

---

mora. Secondo Cass., 4 aprile 1990, n. 3600, infatti, il giudice di merito avrebbe «*dovuto esaminare se la richiesta di arbitrato* […] *non potesse avere, nell'intenzione di chi la propose e nella interpretazione di chi la ricevette, altro scopo se non quello di contestare il rifiuto ricevuto e di pretendere l'adempimento, ponendo così in essere un atto che, quanto alla sostanza, rientra perfettamente nella previsione dell'ultimo comma dell'art. 2943 cod. civ. ed era, quindi, efficace ad interrompere la prescrizione. Invero, poiché ai sensi dell'art.1219 come sopra richiamato, la costituzione in mora consiste in una intimazione o comunque in una richiesta fatta per iscritto intesa ad ottenere l'adempimento, il fatto che detta costituzione in mora nella specie non fosse necessaria non significa che l'intimazione o la richiesta in cui si sostanzia non siano idonee ad interrompere la prescrizione, essendo esse incompatibili con l'inerzia ad esercitare il proprio diritto che della prescrizione è il fondamento».* Pare, dunque, un riferimento certamente utile ai fini dell'argomentazione e della ricostruzione della fattispecie, ma probabilmente non decisivo rispetto alle conclusioni cui pervengono le Sezioni Unite, che avrebbero potuto circostanziare meglio il proprio assunto e, magari, meglio indirizzare l'interprete che si trovi ad esaminare una simile fattispecie.

[82] In tal senso F. ROSELLI, *Sub. art. 2943 c.c.* cit., p. 56.

[83] Si esprime in questi termini G. BUFFONE, *Sospensione e interruzione*, in L. VIOLA (*a cura di*), *Prescrizione e decadenza*, Padova, 2009, p. 332. Parla, invece, di effetto "*interruttivo-sospensivo*" V. ANDRIOLI, *Sulla interruzione sospensione della prescrizione del diritto controverso*, in *Riv. Dir. Proc*., 1964, pp. 618 ss., il quale usa tale locuzione per riferirsi all'interruzione della prescrizione protratta sino al momento del passaggio in giudicato della decisione ex art. 2945, comma II, c.c., per distinguerla dal c.d. effetto interruttivo istantaneo contemplato dalle fattispecie di cui all'art. 2943 c.c..

[84] Cass. S.U., 30 aprile 2026, n. 11959, § 7.1.

[85] *Ibidem*. Il passo in questione merita, in ogni caso, qualche puntualizzazione. Rischia infatti di essere fuorviante la

ISSN 2281-3918/2421-2563



I giudici di legittimità offrono, dunque, una ricostruzione della disciplina utile a scongiurare tali aberrazioni, ricollegando alle attività peritali un effetto interruttivo che si riproduce di volta in volta giacché, in ragione della dinamica del procedimento, vi sarebbe un «*esercizio del diritto de die in diem*».

L'approdo è senz'altro significativo e richiede un certo sforzo argomentativo: la ricostruzione offerta deriverebbe da un'interpretazione "*estensiva*" del disposto dell'art. 2943, comma IV, prima parte, c.c., letto «*in sinergia ermeneutica con la più generale norma dettata, in tema di prescrizione, dall'art. 2934 cod. civ*» [86].

Più nel dettaglio, partendo dall'assunto secondo il quale «*è la natura dell'atto che costituisce la misura del suo effetto*», il caso specifico andrebbe letto non solo quale «*atto di impulso*» della perizia, ma anche nella sua dimensione funzionale, quale «*pretesa che attiva e mantiene viva la sua effettuazione, sino alla definizione delle questioni rimesse al terzo o, là dove previsto contrattualmente, sino alla scadenza del termine stabilito per tale definizione anche se la stessa non sia stata raggiunta*» [87].

Si tratta, in buona sostanza, di una finalità condivisibile ma sorretta da una argomentazione che, *de iure condito*, appare di dubbia tenuta, introducendosi in via pretoria una causa interruttiva della prescrizione a carattere permanente. È, infatti, un'opzione ermeneutica che parte dalle caratteristiche dell'atto per ricollegarvi uno specifico effetto in punto di prescrizione e non procede, invece, dalla norma per poi risalire al caso specifico, come invece sarebbe auspicabile in una materia governata dal principio di tipicità [88].

Si ricalca, di fatto, il medesimo effetto previsto dall'art. 2945, comma IV, c.c. per il caso di arbitrato, ma traslato in una fattispecie estranea a quella contemplata dalla norma ed utilizzando, quale addentellato normativo, l'art. 2943, comma IV, c.c., che enuncia varie cause di interruzione della prescrizione ma nulla dispone in merito al loro effetto permanente.

Il richiamo, presente nella sentenza, a una "*sinergia ermeneutica*" tra gli artt. 2934 e 2943, comma IV, c.c. è peraltro mutuato da Cass., 12 luglio 2006, n. 15766, che, tuttavia, ricorre a un'interpretazione estensiva della norma non per estendere nel tempo l'effetto interruttivo istantaneo, ma per ampliare i confini dell'atto di costituzione in mora valevole ai fini dell'interruzione della prescrizione [89].

---

statuizione secondo la quale la partecipazione del debitore al procedimento peritale si pone in contrasto con i principi di buona fede e correttezza nell'esecuzione del contratto. Il decorso del termine di prescrizione, del resto, prescinde dal comportamento del debitore il quale, peraltro, è obbligato contrattualmente a partecipare alle operazioni peritali. Il comportamento che, al più, potrebbe qualificarsi scorretto, sarebbe quello del debitore che, attraverso il proprio perito, ponga in essere una condotta ostruzionistica con il mero fine di dilazionare le operazioni peritali e lucrare, indebitamente, sul decorso del termine prescrizionale.

[86] *Ibidem*.

[87] *Ibidem*.

[88] Pare, in sostanza, un'argomentazione figlia di una tendenza che C. CASTRONOVO, *Eclissi del diritto civile,* Milano, 2015, p. 88, stigmatizza come perdita dell'«*alterità tradizionale tra legislazione e giurisdizione*» giacché la soluzione adottata nel caso concreto non trova altro fondamento se non in sé stessa.

[89] Viene accolta, di fatto, un'interpretazione c.d. "contenutistica" dell'atto di costituzione in mora alla quale si è fatto cenno sopra. Secondo la pronuncia, infatti, l'atto di interruzione non deve necessariamente consistere in una richiesta o intimazione, ma può anche emergere da una dichiarazione che, esplicitamente o per implicito, manifesti puramente e semplicemente l'intenzione di esercitare il diritto spettante al dichiarante, in tal guisa dovendosi interpretare estensivamente il disposto dell'art. 2943, 4° co., «*in sinergia ermeneutica*» con la più generale norma dettata dall'art. 2934 c.c.. È, dunque, un precedente a favore della tesi secondo la quale la costituzione in mora e l'atto interruttivo della prescrizione non sarebbero sovrapponibili in toto, poiché tra loro morfologicamente eterogenei, ma l'apporto in punto di effetti permanenti dell'atto interruttivo della prescrizione è nullo.

ISSN 2281-3918/2421-2563



I richiami e i riferimenti delle Sezioni Unite appaiono dunque sintomatici, più che altro, dell'adesione a un nuovo corso interpretativo incline a una «*riflessione critica sul fondamento pubblicistico della prescrizione*» e a una ridefinizione di essa in un nuovo contesto, nel quale l'istituto viene piuttosto letto in maniera strumentale a un interesse privato [90]. Tale finalità è alla base di un'interpretazione più ampia della normativa sulla prescrizione, in favore di più pragmatiche finalità di tutela che consentano di bilanciare l'interesse del debitore, a vedersi sollevato di un obbligo, con quello dell'avente diritto, il quale, invece, può adottare vari comportamenti che, benché non tipizzati dal legislatore, sono comunque sintomatici di un intento di esercitare la propria pretesa [91].

È, dunque, nel bilanciamento tra questi due ordini di interessi che va interpretato l'istituto giacché, ove così non fosse, si otterrebbero degli effetti distorti. Ciò è quanto si è indotti a pensare alla luce dei richiami presenti nella sentenza, i quali manifestano un intento condivisibile [92], ma dai quali emerge, altresì, un eccesso di sintesi, non apparendo sufficientemente saldi per sorreggere un esito ermeneutico ambizioso e innovativo come quello di cui si discute.

7. Conclusioni

Alla luce di quanto sopra sarà, dunque, particolarmente interessante constatare se più illustri Commentatori riterranno le argomentazioni della Suprema Corte esaustive, ovvero se offriranno ulteriori spunti di riflessione al riguardo. Allo stato attuale, e all'esito di questa primissima analisi, non può però non notarsi la pertinenza dell'opinione di autorevolissima dottrina che, già da tempo, ha individuato il nodo della questione classificatoria della perizia contrattuale non tanto nella sua qualificazione ontologica, quanto nella difficoltà di ricondurre una figura atipica all'interno dei confini effettuali e procedimentali dell'arbitrato.

Secondo la dottrina cui si fa riferimento, infatti, la tesi che colloca la perizia contrattuale sul terreno del diritto sostanziale mal si concilia con la necessità di applicare istituti e regole propri del processo arbitrale che, come emerge dalla sentenza che si commenta, appaiono in ogni caso necessari [93]. Secondo

[90] A. DI MAJO, *Un istituto mal tollerato: la prescrizione*, in *Corr. Giur.*, 4, 2011, p. 492.

[91] Si tratta delle condivisibili riflessioni che A. DI MAJO, *op. loc. ult. cit.*, svolge commentando una sentenza, con oggetto diverso da quella che si annota, nella quale i giudici sono apparsi ugualmente propensi a un'interpretazione del comportamento del contraente che, benché non direttamente sussumibile in una fattispecie estintiva tipizzata, manifestava, comunque, l'intento di far valere il proprio diritto.

[92] Sulla necessità di una maggiore elasticità nell'interpretazione delle norme sulla prescrizione, così da perseguire una maggiore considerazione degli interessi del creditore, si esprime M. TESCARO, *L'evoluzione del diritto della prescrizione termini, decorrenze e cause di estensione*, in *Riv. Dir. Civ.*, 2023, I, pp. 91-92 che peraltro giudica la giurisprudenza italiana «*in larga prevalenza timida, perché caratterizzata da un oltremodo formalistico rispetto per le previsioni di legge, oppure, quando tenta di elaborare soluzioni più flessibili, priva di sistematicità*». Il dibattito sulla funzione della prescrizione è, in verità, particolarmente complesso e una esaustiva trattazione eccederebbe rispetto alla funzione del presente scritto. Per un approfondimento sul punto si rinvia, tra gli altri, ad A. RENDA, *La prescrizione tra tensioni evolutive e torsioni involutive*, in *Eur. Dir. Priv.*, 2023, I, pp. 83 ss, spec. 104 ss., e S. PATTI, *Certezza e giustizia nel diritto della prescrizione in Europa*, in *Riv. Trim. Dir. Proc. Civ.*, 2010, p. 36, favorevoli a una rivalutazione della natura pubblicistica dell'interesse alla base della disciplina della prescrizione, nonché a P. G. MONATERI, *Natura, regime e scopi della prescrizione*, in P. G. MONATERI e C. COSTANTINI, *La prescrizione,* in R. SACCO (*diretto da*), *Trattato di diritto civile, La parte generale del diritto civile, V,* Torino, 2009, pp. 28 ss e G. MAGRI, *La prescrizione in Europa tra ordine pubblico e tutela del debitore*, in *Riv. Dir. Civ.*,,2017, pp. 1165 ss, che teorizzano, invece, il passaggio della prescrizione da una funzione di ordine pubblico a una funzione di rimedio privato, anche sulla scorta delle riforme avvenute, in materia, in Francia e in Germania.

[93] Il problema della disciplina della perizia contrattuale si pone, poi, oltre che per la questione della prescrizione, anche per

ISSN 2281-3918/2421-2563



questa pragmatica impostazione sarebbe dunque più coerente invertire l'operazione e, «*piuttosto che procedere addizionando alla disciplina di diritto sostanziale, con il risultato di snaturarla, norme ed istituti propri dell'arbitrato,* […] *procedere sottraendo alla disciplina dell'arbitrato quelle regole che presuppongono un oggetto del processo arbitrale identico a quello del processo giurisdizionale*» [94].

altri profili non esaminati dalla sentenza che si commenta, tra cui il principio del contraddittorio, l'equidistanza del collegio arbitrale dalle parti, l'obbligo di motivazione della decisione, la sindacabilità della stessa per *errores in iudicando* o *in procedendo*.

[94] F. P. LUISO, *L'oggetto del processo arbitrale*, cit., p. 672.

ISSN 2281-3918/2421-2563

JUS CIVILE



FABIOLA AMADORE*

DAL DISABILE ALLA PERSONA: IL PROGETTO DI VITA DEL MINORE CON DISABILITÀ TRA INCLUSIONE, AUTODETERMINAZIONE E TUTELA RISARCITORIA**

FROM "PERSON WITH A DISABILITY" TO "PERSON": THE LIFE PLAN OF THE CHILD WITH DISABILITIES BETWEEN INCLUSION, SELF-DETERMINATION AND COMPENSATORY PROTECTION

Abstract: Il contributo, dopo un'analisi normativa in materia di disabilità e tenuto conto del principio di solidarietà sociale nonché del diritto allo studio e all'inclusione scolastica dei minori disabili, si propone di ricostruire il fondamento giuridico-normativo del "piano educativo individualizzato" (PEI) e del "progetto individuale di vita" (PIV), oggi "progetto di vita individuale, personalizzato e partecipato", strumenti posti a presidio del diritto fondamentale all'autodeterminazione e alla realizzazione personale e all'inclusione sociale.
Con particolare attenzione all'àmbito scolastico, sia la dottrina che la giurisprudenza hanno sottolineato la centralità della persona con disabilità, titolare di diritti fondamentali inviolabili, alla luce dei princìpi costituzionali e sovranazionali di solidarietà, uguaglianza, autodeterminazione e dignità. In tale prospettiva, assume particolare rilievo l'analisi in ordine al pregiudizio subito dal minore disabile conseguente alla mancata predisposizione del progetto di vita o all'illegittima riduzione delle ore di sostegno, nonché alla configurabilità del danno non patrimoniale risarcibile, impropriamente ricondotto alla discussa categoria del danno esistenziale.

Abstract: Following an analysis of the legal framework governing disability issues and taking into account the principle of social solidarity as well as the right to education and school inclusion for children with disabilities, this paper aims to reconstruct the legal and regulatory basis of the "individualized education plan" (IEP) and the "individual life plan" (ILP), now known as the "Individual, Personalized, and Participatory Life Plan", which are tools designed to safeguard the fundamental right to self-determination, personal fulfillment, and social inclusion.
With particular regard to the educational context, both legal doctrine and case law have emphasized the centrality of persons with disabilities as holders of inviolable fundamental rights, in light of the constitutional and supranational principles of solidarity, equality, self-determination, and human dignity. From this perspective, particular importance is attached to the analysis of the harm suffered by a child with a disability as a result of the failure to develop a life plan or the unlawful reduction of support hours, as well as to the issue of whether compensable non-pecuniary damage may be subsumed under the controversial category of "existential damage."

SOMMARIO: *1. Introduzione. – 2. L'evoluzione giuridica della nozione di "disabilità" alla luce del principio di solidarietà sociale. – 3. La tutela del minore disabile in ambito scolastico: il piano educativo individualizzato (PEI) e il progetto individuale di vita (PIV) prima e dopo il d.lgs. 62/2024. – 4. La lesione del diritto all'inclusione e il pregiudizio subito dal minore: il danno esistenziale. – 5. Conclusioni.*

* Dottoranda – Università degli Studi di Messina.
** Contributo sottoposto a revisione.

ISSN 2281-3918/2421-2563



1. Introduzione

La persona disabile, pur se ritenuto soggetto debole, ha una sua capacità, una potenzialità che deve essere valorizzata [1]. Negli ultimi anni, l'attenzione verso le persone di minore età con disabilità ha assunto una crescente rilevanza nel dibattito internazionale, sovranazionale e nazionale. Nell'àmbito di una maggiore sensibilità giuridica rivolta alla tutela della persona e dei suoi diritti fondamentali, l'inclusione sociale di questi soggetti viene riconsiderata in un'ottica partecipativa. La partecipazione sociale delle persone disabili rappresenta oggi uno dei principali obiettivi e, al tempo stesso, delle più difficili sfide per la società contemporanea.

La mutata prospettiva impone prioritariamente di ricostruire l'*excursus* normativo del concetto di disabilità, al fine di riconsiderare la condizione di disabilità non più come non abilità, quanto come abilità diversa/residua, da valorizzare ed affermare [2]. In tale prospettiva, i princìpi di solidarietà e di uguaglianza costituiscono il fondamento per il superamento culturale della concezione della "radicale irrecuperabilità" dei disabili verso l'inserimento e l'integrazione nella scuola che riveste fondamentale importanza al fine di garantire il recupero di tali soggetti. Con specifico riferimento ai soggetti disabili in formazione si ribadisce da più parti che «la partecipazione al processo educativo con insegnanti e compagni normodotati costituisce, infatti, un rilevante fattore di socializzazione e può contribuire in modo decisivo a stimolare le potenzialità dello svantaggiato» [3].

Resta così ancora attuale l'insegnamento di Piero Calamandrei, che definiva la scuola un «organo costituzionale» [4], luogo ove alimentare il soffio vitale della democrazia e il desiderio di libertà grazie alla partecipazione [5]: la scuola è il primo strumento di socializzazione delle persone, soprattutto per i soggetti vulnerabili e, in particolare, per i minori disabili.

Inoltre, l'indagine intende osservare se e in che termini siano effettivamente attuati i diritti fondamentali del disabile, specie minore. Nella prassi applicativa gli strumenti giuridici predisposti a suo favore, quali il progetto di vita e il piano educativo individualizzato, non sempre hanno trovato corretta applicazione. Di talché, il minore disabile, e per esso i suoi genitori o chi esercita la responsabilità genitoriale, è costretto a ricorrere all'organo giurisdizionale, dando luogo ad un fitto contenzioso. La mancata o deficitaria cooperazione istituzionale, che, in attuazione del principio di solidarietà sociale, dovrebbe consentire la piena tutela dei suoi diritti [6], ha indotto la giurisprudenza amministrativa [7] a pronunciarsi sulla natura del pregiudizio patito dal minore disabile, affermando come da una situazione di partenza già svantaggiosa, questi può subire un aggravamento delle sue condizioni di vita, con influenze anche sull'intera vita familiare.

---

[1] P. STANZIONE, voce *Capacità I) Dir. priv.*, in *Enc. giur. Treccani*, 5, Roma, 1988, p. 1 ss.

[2] M. MICHETTI, *I diritti delle persone diversamente abili: l'evoluzione del quadro normativo ed il contributo della giurisprudenza costituzionale*, in *Italian Papers On Federalism*, 2/2017 p. 41.

[3] F. BLANDO, *Soggetti disabili e istruzione: la lotta per il diritto*, in *Italian Papers On Federalism*, 10/2017, p. 10.

[4] Discorso pronunciato da Piero Calamandrei al III Congresso dell'Associazione a difesa della scuola nazionale (ADSN), Roma 11 febbraio 1950.

[5] A. LAMBERTI, *Il diritto all'istruzione delle persone con disabilità: prospettive di tutela multilevel*, in *ConsultaOnline*, 3/2022, p. 1165.

[6] In particolare, in àmbito scolastico, la mancata predisposizione di misure idonee all'inclusione può compromettere in modo irreparabile lo sviluppo della piena personalità del minore.

[7] T.A.R. Calabria, Reggio Calabria, 5 ottobre 2023, n. 748, in *DeJure*.

ISSN 2281-3918/2421-2563



2. L'evoluzione giuridica della nozione di "disabilità" alla luce del principio di solidarietà sociale

Il tema della disabilità richiede, preliminarmente, un'attenta analisi definitoria della nozione di "disabilità", stante l'utilizzo improprio e promiscuo dei termini quali disabile, handicappato, invalido, diversamente abile. In àmbito giuridico, la questione diventa fondamentale, poiché è necessario definire lo *status* giuridico del disabile al fine di ricostruirne il relativo quadro normativo e i diritti a questi spettanti [8].

In tale operazione, l'interprete si trova a confrontarsi con due ordini di criticità: la prima deriva dall'assenza di una nozione unitaria di disabilità; la seconda è riconducibile ad un vizio di prospettiva, che consiste nel tentare di definire la disabilità per contrapposizione al concetto di normalità.

Nondimeno, tale estrema complessità non ha impedito l'elaborazione di un approccio interpretativo orientato alla tutela della persona con disabilità, attraverso un'evoluzione che non si è limitata solo a un mero affinamento nozionistico.

Dai suoi albori, il concetto di disabilità è stato accostato a quello di *handicap* [9], quale insieme di «conseguenze negative che gravano su di un soggetto e sulle sue relazioni sociali, a causa di una riduzione oltre la norma di una o più funzioni sensoriali, motorie e/o psichiche» [10].

Già la Dichiarazione ONU sui diritti dei portatori di *handicap* [11] definendo il portatore di *handicap* come «qualunque persona incapace di garantirsi per proprio conto, in tutto o in parte, le necessità di una vita individuale e/o sociale normale, in ragione di una minorazione, congenita o no, delle sue capacità fisiche o mentali», per la prima volta segnala che alle persone con disabilità devono essere riconosciuti il godimento di tutti i diritti umani alla pari con gli altri esseri, senza esclusione, distinzione o discriminazione [12], pur rivelando, una concezione della disabilità improntata a una logica prevalentemente assistenzialistica [13].

Nel secolo scorso l'OMS [14] ha fornito una definizione di disabilità legata alla malattia, giungendo successivamente, attraverso la predisposizione di un nuovo sistema di Classificazione Internazionale

---

[8] C. COLAPIETRO, *Diritti dei disabili e Costituzione*, Napoli 2011, pp. 20 ss.

[9] L'espressione "*handicap*" risulta dalla fusione di tre parole inglesi: *hand* (mano), *in* (in) e *cap* (cappello) e deriva da un gioco inglese e sta ad indicare le diverse posizioni che i cavalli occupano alla partenza in una gara ippica. L'animale più competitivo viene collocato nelle ultime fila, così da concedere le stesse chances di vittoria anche a quelli svantaggiati per natura. Dal mondo ippico, il termine è stato utilizzato per indicare «qualunque condizione di svantaggio fra più aspiranti ad una stessa meta».

[10] C. HANAU, *Handicap*, in *Dig. Disc. Pubbl.*, vol. VIII, Torino, 1993, p. 67. V., inoltre, M. G. BERNARDINI, *Disabilità, giustizia, diritto. Itinerari tra filosofia del diritto e* Disability Studies, Torino, 2016, pp. 10 ss.

[11] Adottata dall'Assemblea Generale dell'ONU il 9 dicembre 1975.

[12] A. RICCARDI, *La "ridefinizione" del concetto di persona disabile nell'ordinamento sovranazionale*, in *Quaderni del dipartimento jonico*, 11/2019, p. 299.

[13] In linea con gli ordinamenti degli Stati membri e con la tradizione di «emarginazione temperata dalla carità che per secoli ha contrassegnato il trattamento dei disabili negli ordinamenti degli Stati membri». Sul tema cfr., M.R. SAULLE, *Considerazioni generali*, in M.R. SAULLE (a cura di), *Le norme* standard *sulle pari opportunità dei disabili*, Napoli, 1997, p. 10 ss.

[14] Organizzazione mondiale della sanità (OMS), agenzia specializzata delle Nazioni Unite per la salute, fondata il 7 aprile 1948. Secondo l'OMS i) la disabilità, è qualsiasi limitazione della capacità di agire (ovvero di svolgere o compiere una attività), naturale conseguenza ad uno stato di minorazione/menomazione; ii) la menomazione è intesa come perdita o anomalia a carico di una struttura o di una funzione psicologica, fisiologica o anatomica e rappresenta l'estensione di uno stato patologico. Se tale disfunzione è congenita si parla di minorazione; iii) l'handicap, è lo svantaggio vissuto da una persona a seguito di disabilità o minorazione/menomazione.

ISSN 2281-3918/2421-2563



del Funzionamento della disabilità e della salute (ICF), alla predisposizione di un modello biopsico-sociale [15].

La nozione di disabilità ha subito così una forte riconfigurazione, intesa come «qualsiasi compromissione del funzionamento della persona, sia a livello personale sia a livello sociale» [16]. In particolare, la condizione di disabilità viene riferita ai soggetti che sperimentano limitazioni nella partecipazione alla vita sociale, per cui la nozione è ascrivibile ad un singolo soggetto, che a causa di una menomazione si trova a dover fronteggiare un contesto ambientale sfavorevole, e da questo suo disagio deriva la situazione di *handicap* [17].

Secondo tale rinnovata impostazione teorico-giuridica, il concetto di disabilità assume una configurazione più ampia e articolata, non più limitata alla mera dimensione patologica o biomedica dell'individuo. La nozione di disabilità, infatti, si inscrive in una prospettiva bio-psico-sociale, nella quale viene valorizzata l'interazione dinamica tra la condizione di salute della persona e il contesto ambientale, relazionale e sociale in cui essa si manifesta. Secondo tale prospettiva, la disabilità è il risultato delle relazioni che si instaurano tra il disabile e le condizioni del mondo esterno, le quali ostacolano la piena, effettiva e paritaria partecipazione dell'individuo alla vita sociale [18].

Il modello elaborato dall'OMS è stato recepito dalla Convenzione delle Nazioni Unite sui diritti delle persone con disabilità [19], che pone l'accento sul rapporto funzionale tra menomazione e barriere ambientali [20] con lo scopo di «promuovere, proteggere e garantire il pieno ed eguale godimento di tutti i diritti umani e di tutte le libertà fondamentali da parte delle persone con disabilità, e promuovere il rispetto per la loro intrinseca dignità» [21], anche mediante la predisposizione di strumenti [22] necessari per raggiungere gli obiettivi.

Il processo di rinnovamento avviato dalla Convenzione supera la logica di una protezione prevalentemente patrimoniale, per affermare un modello sociale fondato sui diritti umani e sulla dignità della persona [23]. In tale prospettiva, si rende necessario considerare prioritariamente la persona con disabilità

---

[15] Rivisitata dall'OMS nel 2001.

[16] M. LEONARDI, *ICF. La classificazione internazionale del funzionamento della disabilità e della salute dell'Organizzazione mondiale della sanità. Proposte di lavoro e di discussione per l'Italia*, in *Giornale Italiano di Medicina Riabilitativa*, XVII, 1/2003, p. 3.

[17] C. COLAPIETRO, *Diritti dei disabili e Costituzione*, *cit*., p. 24.

[18] C. SAGONE, *La tutela della disabilità secondo il modello bio-psico-sociale*, in *Federalismi.it*, 1/2023, p. 246.

[19] Adottata dall'Assemblea Generale dell'ONU a New York il 13 dicembre 2006 e ratificata dall'Itala con legge 3 marzo 2009, n. 18. Per un commento, cfr. A. RICCARDI, *La "ridefinizione" del concetto di persona disabile nell'ordinamento sovranazionale*, *cit*., p. 301. V. anche N. FOGGETTI, *Diritti umani e tutela delle persone con disabilità: la Convenzione delle Nazioni Unite del 13 dicembre 2006*, in *Riv. coop. giur. inter*., 33/2009, p. 100.

[20] In tal senso l'art. 1, comma 2 della Convenzione ONU definisce persone con disabilità «coloro che presentano minorazioni fisiche, mentali, intellettuali o sensoriali a lungo termine che in interazione con varie barriere possono impedire la loro piena ed effettiva partecipazione nella società su una base di eguaglianza con altri».

[21] Art. 1 Convenzione ONU. Sul punto, autorevole dottrina afferma che «la Convenzione propone un modello di protezione della persona con disabilità fondato sui diritti umani e sulla dignità della persona»: V. BARBA, *Persone con disabilità e capacità. Art. 12 della Convenzione sui diritti delle Persone con Disabilità e diritto civile italiano*, in *Rass. dir. civ*., 2/2021, p. 422.

[22] Vedi ad es. gli accomodamenti ragionevoli, strumenti utilizzati per l'abbattimento delle barriere che possono sorgere tra soggetto e ambiente.

[23] Osserva la dottrina civilistica che, in materia di diritti umani, la Convenzione delle Nazioni unite sui diritti delle persone con disabilità «sia la prima grande iniziativa del XXI secolo, in quanto, oltre a svolgere un ruolo di protezione contro le discriminazioni, rappresenta lo strumento per una effettiva partecipazione del disabile alla vita sociale e dell'inclusione dello stesso in tutti i rapporti interindividuali": G. TUCCI, *La partecipazione del disabile alla vita sociale*, in *Questione Giustizia*, 3/2018, p. 21. Sul tema v. anche A. CORDIANO, *Disabilità e intersezionalità, rileggendo la Convenzione di New York sui diritti delle persone disabili*, in *Fam. dir*., 2024, pp. 297 ss.

ISSN 2281-3918/2421-2563



quale soggetto titolare di piena dignità giuridica, superando ogni concezione fondata sull'automatica identificazione tra disabilità e incapacità. La disabilità, infatti, deve essere intesa come una condizione complessiva della persona, che non può né deve incidere sulla sua capacità di agire e di autodeterminarsi. Solo a partire da tale mutamento paradigmatico è possibile garantire una tutela effettiva della persona con disabilità mediante strumenti idonei ad attuare concretamente il principio di uguaglianza sostanziale di cui all'art. 3, comma 2, Cost.

Consegue che gli istituti apprestati dall'ordinamento civile, quali interdizione, inabilitazione e amministrazione di sostegno, spesso si traducono in divieti funzionalizzati alla tutela del disabile in quanto soggetto non capace, senza, invece considerare la persona-disabile.

Diventa, pertanto, imprescindibile valorizzare, per quanto possibile, le scelte di vita che la persona con disabilità è concretamente in grado di esprimere o verso le quali manifesta una chiara propensione. L'individuo, anche se disabile, deve poter decidere per sé stesso [24], deve aver diritto ad una vita autonoma e indipendente [25].

Appare fondamentale liberarsi dal pregiudizio che il disabile sia un soggetto incapace [26], in quanto l'azzeramento della capacità di agire impedisce di riconoscere e valorizzare quelle facoltà intellettive, affettive e relazionali che, seppur in misura diversa a seconda della gravità della disabilità, contribuiscono allo sviluppo della personalità dell'individuo [27]. Se è certamente corretto tutelare la consistenza patrimoniale, è soprattutto la dimensione esistenziale della vita della persona a dover essere protetta, essendo il patrimonio funzionale alla realizzazione di tale dimensione [28].

In questo quadro si inserisce la legge n. 104/1992 [29], finalizzata a garantire il rispetto della dignità umana e dei diritti delle persone con disabilità in tutti gli àmbiti della vita sociale: famiglia, scuola, lavoro e società. La legge mira a prevenire e rimuovere le circostanze che limitano l'autonomia del disabile e ostacolano il pieno esercizio dei suoi diritti civili, politici e patrimoniali, promuovendo, ove possibile, il recupero della persona mediante servizi e prestazioni anche di natura giuridico-economica. Essa prevede, inoltre, misure di sostegno volte a favorire l'integrazione scolastica, l'inserimento lavorativo, la rimozione delle barriere architettoniche e l'assistenza.

---

[24] Secondo M. E. QUADRATO, *Il soggetto disabile tra dipendenza e autonomia*, in *Teoria e Storia del Diritto privato,* XVI/2023, p. 16, «l'affermazione di un diritto alla vita indipendente, come "diritto umano", è un salto importante di prospettiva, un capovolgimento rispetto alla visione passata, che disegnava il disabile come individuo incapace di decidere autonomamente, lo escludeva socialmente e non gli garantiva pari opportunità, minando l'autostima e la capacità di affrontare la vita autonomamente».

[25] V. ZAMBRANO, *Vita indipendente ed inclusione nella società (Articolo 19)*, in *La Convenzione delle Nazioni Unite sui diritti delle persone con disabilità*, *Commentario*, a cura di S. MARCHISIO, R. CERA E V. DELLA FINA, Roma, 2010, pp. 241 ss., precisa che per vita autonoma si intende «la capacità della singola persona ad espletare da sola le attività della vita quotidiana anche attraverso l'uso di ausili specializzati»; mentre, per vita indipendente si intende «la capacità del singolo individuo di prendere decisioni riguardo la propria esistenza».

[26] M. E. QUADRATO, *Il soggetto disabile tra dipendenza e autonomia*, *cit*., p. 5.

[27] Secondo G. CARAPEZZA FIGLIA, Guarda de hecho *e sostegno di fatto. Per un adeguamento interpretativo delle misure di protezione delle persone vulnerabili*, in *Fam. dir.*, 3/2024, p. 284, l'attuale sistema normativo, ancorato ai tradizionali modelli culturali, richiede un'opera di revisione ermeneutica al fine di sollecitare la rilettura del diritto vivente al personalismo costituzionale.

[28] Da ultimo, è intervenuto il legislatore per superare tale condizione con la legge 10 novembre 2025 n. 167, entrata in vigore il 29 novembre 2025, *Misure per la semplificazione normativa e il miglioramento della qualità della normazione e deleghe al Governo per la semplificazione, il riordino e il riassetto in determinate materie.* In particolare, l'art 17 delega il Governo a riordinare e semplificare gli istituti dell'interdizione, dell'inabilitazione e dell'amministrazione di sostegno.

[29] Legge quadro per l'assistenza, l'integrazione sociale e i diritti delle persone handicappate. Sul tema v. V. BARBA, *La tutela delle persone vulnerabili nel sistema giuridico italiano. Per una rilettura integrale dell'amministratore di sostegno*, in *Dir. fam. pers.*, 4/2025, pp. 1201 ss.

ISSN 2281-3918/2421-2563



Nel più ampio processo di riformulazione e valorizzazione della persona disabile si colloca il d.lgs. 3 maggio 2024, n. 62 [30], quale terzo intervento attuativo della legge delega 22 dicembre 2021, n. 227 in materia di disabilità. Tale decreto si pone l'obiettivo di dare concreta attuazione ai princìpi sanciti dalla Convenzione ONU sui diritti delle persone con disabilità e dalle politiche sovranazionali [31], sempre più sensibili al tema dell'inclusione e della tutela della persona disabile. In particolare, emerge con crescente evidenza l'inadeguatezza dei tradizionali strumenti di protezione rispetto alle esigenze di una realtà sociale in continua trasformazione.

L'evoluzione della nozione di disabilità si è manifestata tanto sul piano terminologico quanto su quello culturale. Sotto il primo profilo, il termine "*handicap*" è stato progressivamente abbandonato, in quanto espressivo di una concezione ormai superata e potenzialmente stigmatizzante. Sul piano culturale, invece, la disabilità non è più associata a logiche di esclusione o di marginalizzazione del soggetto vulnerabile, ma viene reinterpretata alla luce dei princìpi di integrazione e, successivamente, di inclusione sociale, in coerenza con il principio di uguaglianza sostanziale. Tale evoluzione concettuale ha trovato riscontro anche sul piano giuridico, determinando il superamento, nel lessico normativo, dell'espressione "persona handicappata" [32] a favore di quella di "persona con disabilità" o "persona disabile". La scelta terminologica riflette una diversa sensibilità dell'ordinamento nella qualificazione della condizione soggettiva considerata e nella predisposizione di strumenti di tutela maggiormente rispettosi della dignità, dell'autonomia e della partecipazione sociale della persona [33].

La rielaborazione del concetto di disabilità deve essere accompagnata anche da un ripensamento della disciplina, che non si fonda più su un approccio di tipo assistenzialista né sull'idea che le persone con disabilità siano un peso o un costo per la società. Piuttosto, essa si orienta verso politiche di integrazione e di esercizio diretto dei diritti fondamentali, con il fine di favorire l'inclusione e la partecipazione attiva di questi [34].

La sfida che lancia la disabilità alla società contemporanea è una sfida sia culturale ma soprattutto

---

[30] Ancora in fase di attuazione e sperimentazione, il decreto, pubblicato in Gazzetta Ufficiale il 14 maggio 2024, si caratterizza per un'impostazione innovativa, orientata a una maggiore conformità ai principi della Convenzione. In particolare, esso si sviluppa lungo tre direttrici fondamentali: la riformulazione dei concetti chiave della disciplina sulla disabilità; la rimozione degli ostacoli all'esercizio dei diritti fondamentali; la creazione di nuovi strumenti di sostegno per l'effettivo esercizio di tali diritti.

[31] Il tema della disabilità si inserisce pienamente anche nel quadro dell'Agenda 2030 per lo sviluppo sostenibile, i cui obiettivi hanno una portata globale e coinvolgono tutte le componenti della società. I diciassette *Sustainable Development Goals* fanno riferimento ad un insieme di questioni importanti per lo sviluppo che prendono in considerazione in maniera equilibrata le tre dimensioni dello sviluppo sostenibile – economica, sociale ed ecologica – e mirano a porre fine alla povertà, a lottare contro l'ineguaglianza, ad affrontare i cambiamenti climatici, a costruire società pacifiche che rispettino i diritti umani.

In particolare, il *Goal* 4 è dedicato alla garanzia di un'istruzione di qualità, inclusiva ed equa, e alla promozione di opportunità di apprendimento permanente per tutti. Entro il 2030, esso si propone di eliminare le disparità nell'accesso all'istruzione e di assicurare pari opportunità anche alle persone con disabilità, favorendo un sistema educativo privo di barriere, in cui l'istruzione di base sia gratuita e i percorsi di formazione professionale e di istruzione superiore risultino realmente accessibili a tutti.

[32] La legge n. 104/1992 definisce la persona handicappata come «colui che presenta una minorazione fisica, psichica o sensoriale, stabilizzata o progressiva, che è causa di difficoltà di apprendimento, di relazione o di integrazione lavorativa e tale da determinare un processo di svantaggio sociale o di emarginazione» (art. 3, comma 1). La legge n. 68/1999, in materia di collocamento obbligatorio utilizza invece la diversa terminologia di persone disabili.

[33] M. MICHETTI, *I diritti delle persone diversamente abili: l'evoluzione del quadro normativo ed il contributo della giurisprudenza costituzionale, cit*., p. 2 ss.

[34] R. ZAMPERINI, *Il decreto disabilità: una prima valutazione alla luce degli standard internazionali di tutela dei diritti umani*, *in Resp. civ. prev.*, 6/2024, p. 2085.

ISSN 2281-3918/2421-2563

giuridica. Il diritto è un'importante leva per accelerare il processo di abbattimento delle barriere all'esercizio e al godimento dei diritti dei disabili [35]. Per questo l'interprete deve adoperarsi nell'adottare strumenti giuridici che realizzino l'integrazione, prima, e l'inclusione, poi, della persona disabile, in ossequio ai princìpi costituzionali di solidarietà ed eguaglianza.

3. La tutela del minore disabile in ambito scolastico: il piano educativo individualizzato (PEI) e il progetto individuale di vita (PIV) prima e dopo il d. lgs. 62/2024

La Costituzione italiana non contempla una disciplina organica espressamente dedicata alla tutela delle persone con disabilità [36]. L'unico riferimento specifico è rinvenibile nell'art. 38, comma 3, Cost., il quale riconosce agli inabili e ai minorati il diritto all'educazione e all'avviamento professionale [37]. Tale previsione, tuttavia, non esaurisce il quadro delle garanzie costituzionali riconosciute alle persone con disabilità.

Invero, le persone disabili devono ritenersi titolari di tutte le situazioni soggettive fondamentali garantite dall'ordinamento costituzionale, al pari di ogni altro individuo [38]. Consegue che le problematiche connesse alla condizione di disabilità non assumono carattere settoriale o marginale, ma investono trasversalmente l'intero sistema dei diritti costituzionalmente garantiti, coinvolgendo, al contempo, l'intera collettività nella realizzazione delle condizioni necessarie per il pieno sviluppo della persona [39].

In tale prospettiva, alla luce del principio di solidarietà sancito dall'art. 2 Cost., punto fermo nella garanzia di tutti i diritti costituzionalmente riconosciuti e garantiti, l'ordinamento è chiamato a predisporre strumenti idonei a garantire alle persone con disabilità il pieno esercizio dei diritti fondamentali e la loro effettiva partecipazione alla vita sociale, in condizioni di uguaglianza sostanziale.

In tale contesto, l'integrazione scolastica del minore con disabilità assume un rilievo centrale, in quanto costituisce un fondamentale strumento di sviluppo delle capacità personali e relazionali dell'individuo, oltre a rappresentare una concreta espressione del principio di uguaglianza sostanziale sancito

---

[35] M. MICHETTI, *I diritti delle persone diversamente abili: l'evoluzione del quadro normativo ed il contributo della giurisprudenza costituzionale, cit*., p. 41 s.

[36] Diversamente dall'ordinamento italiano, la Spagna ha recentemente costituzionalizzato la tutela delle persone con disabilità mediante la riforma dell'art. 49 Cost. del 25 gennaio 2024, che riconosce espressamente il diritto delle persone con disabilità a esercitare i diritti fondamentali in condizioni di reale ed effettiva libertà e uguaglianza.

[37] I problemi che si pongono per questi soggetti sono «problemi che riguardano tutte e ciascuna delle situazioni disciplinate nella Costituzione»: U. DE SIERVO, *Libertà negative e positive*, in R. BELLI (a cura di), *Libertà inviolabili e persone con disabilità*, Milano, 2000, p. 35.

[38] U. DE SIERVO, *Libertà negative e positive*, *cit*., pp. 36 s.

[39] In tale prospettiva si colloca la giurisprudenza della Corte costituzionale, che ha più volte valorizzato il principio di eguaglianza sostanziale di cui all'art. 3, secondo comma, Cost. quale fondamento degli interventi volti a rimuovere gli ostacoli che limitano l'autonomia e la partecipazione delle persone con disabilità. Emblematica è, in tal senso, la sentenza (Corte cost., 10 maggio 1999, n. 167, in *cortecostituzionale.it*), con la quale la Corte ha dichiarato l'illegittimità costituzionale dell'art. 1052, secondo comma, c.c. nella parte in cui non consentiva la concessione del passaggio coattivo per soddisfare esigenze di accessibilità degli edifici destinati ad uso abitativo, rilevando che l'impossibilità per il portatore di *handicap* di accedere alla pubblica via avrebbe determinato «quella disuguaglianza di fatto impeditiva dello sviluppo della persona che il legislatore deve, invece, rimuovere». Analogamente, in altra decisione (Corte cost., 1 aprile 1998, n. 88, *cortecostituzionale.it*) la Consulta, pur dichiarando non fondata la questione di legittimità costituzionale concernente la disciplina del collocamento obbligatorio, ha ricondotto la tutela delle persone con disabilità all'esigenza di garantire una partecipazione effettiva alla vita sociale e lavorativa, confermando che le misure rivolte a tali soggetti trovano giustificazione nella necessità di rendere concretamente operanti i princìpi di uguaglianza e inclusione sanciti dalla Costituzione.

ISSN 2281-3918/2421-2563



dall'art. 3, comma 2, Cost. Ciò comporta che l'ordinamento è chiamato a rimuovere gli ostacoli che impediscono il pieno sviluppo della persona umana [40], garantendo a tutti le medesime opportunità di crescita non soltanto in astratto, ma anche in concreto, intervenendo, ove necessario, per colmare le situazioni di svantaggio e le condizioni di disuguaglianza, qualunque ne sia l'origine.

Alla luce di una interpretazione sistematica degli artt. 2, 3, 34 e 38 della Costituzione, il diritto allo studio [41] del minore disabile si configura quale strumento essenziale di emancipazione personale e sociale. Le istituzioni della Repubblica devono garantire, mediante assegnazione di docenti specializzati che la scuola si impegna ad assumere in favore di costoro, il diritto all'educazione, all'istruzione in tutte le scuole di ogni ordine e grado [42] e all'assistenza.

Da questa visione inclusiva e solidaristica, si è avviato il processo evolutivo della pedagogia italiana e della legislazione che ha determinato il superamento istituzionale delle c.d. scuole speciali e delle classi differenziali [43], a favore dell'integrazione scolastica.

Grazie alla spinta della giurisprudenza costituzionale [44], è stato sancito il valore centrale dell'inserimento scolastico ai fini della socializzazione, dello sviluppo della personalità e dell'integrazione sociale e lavorativa della persona disabile [45].

Nell'interpretare l'art. 38 Cost. e le altre disposizioni costituzionali rilevanti alla luce dei principi solidarista ed egualitario di cui agli artt. 2 e 3 Cost., il giudice delle leggi ha dunque esteso la tutela dei diritti delle persone con disabilità a tutti gli àmbiti della vita sociale, contribuendo in modo decisivo all'affermazione di un modello inclusivo fondato sulla centralità della persona e sulla rimozione delle disuguaglianze sostanziali [46].

Inoltre, la Corte sovranazionale [47] ha affermato che i diritti fondamentali delle persone con disabilità

---

[40] In tal senso, Corte cost., 8 giugno 1987, n. 215, in *cortecostituzionale.it*, ha statuito che «la partecipazione al processo educativo con insegnanti e compagni normodotati costituisca un rilevante fattore di socializzazione e possa contribuire in modo decisivo a stimolare le potenzialità dello svantaggiato» e come, dall'altra parte, «la frequenza scolastica [sia] un essenziale fattore di recupero del portatore di handicaps e di superamento della sua emarginazione ai fini del complessivo sviluppo della personalità».

[41] Per un approfondimento sul diritto allo studio v. P. PERLINGIERI, D*iritto allo studio uguale per tutti. A margine della sentenza n. 454 del 1994 della Corte costituzionale*, in *Rass. dir. civ*., 1995.

[42] Le tappe per addivenire all'attribuzione delle ore di sostegno sono: i) l'individuazione dell'alunno come persona con disabilità; ii) la redazione di un "profilo di funzionamento" (già "profilo dinamico-funzionale"); iv) la predisposizione di un "piano educativo individualizzato", *alias* P.E.I.

[43] Le scuole speciali e le classi differenziali sono stati istituiti con i Regi Decreti 5 febbraio 1928 n. 577, 26 aprile 1928 n. 1297 e 1/7/1933 n. 786. L'istruzione per i soggetti disabili non veniva presa in considerazione, i quali venivano confinati e allontanati qualora la loro malattia non rendesse agevole il normale svolgimento delle attività scolastiche. La situazione rimase invariata anche dopo l'entrata in vigore della Costituzione. La legge 31dicembre 1962 n. 1859 considerava i soggetti con disabilità come "disadattati scolastici". Anche a distanza di anni, l'art. 30 del DPR 22/12/1967 n. 1518 manteneva in vigore le "scuole speciali". Con il d.l. 30 gennaio 1971 n. 5 conv. in l. 30 marzo 1971 n. 118 e la successiva l. 4 agosto 1977 n. 517 sono state abolite le classi differenziali e sono state predisposte le "classi normali".

[44] Corte cost. 8 giugno 1987, n. 215, in *cortecostituzionale.it*, attribuisce agli alunni portatori di handicap un «diritto pieno» all'accesso alle scuole superiori. Per un commento, cfr. R. BELLI, *Servizi per la libertà: diritto inviolabile o interesse diffuso?,* in *Giur. cost*., 1987, pp. 1629 ss. e C. MORO, *L'eguaglianza sostanziale e il diritto allo studio: una svolta della giurisprudenza costituzionale,* in *Giur. cost,* 1987, pp. 3064 ss.

[45] L. CAJOLA CHIAPPETTA, *Diritto allo studio delle persone con disabilità*, in C. COLAPIETRO, A. SALVIA (a cura di), *Assistenza inclusione sociale e diritti delle persone con disabilità. A vent'anni dalla legge 5 febbraio 1992, n. 104*, Napoli, 2013, pp. 203 ss.

[46] D. FERRI, *La giurisprudenza costituzionale sui diritti delle persone con disabilità e lo* Human Rights Model of Disabilty*: "convergenze parallele" tra Corte costituzionale e Comitato ONU sui diritti delle persone con disabilità*, in *Dirittifondamentali.it*, 1/2020, p. 525.

[47] V. Corte EDU, G.L. c. Italia, sez. I, 10 settembre 2020, ric. 59751/15 con nota di G. MATUCCI, *La rivincita del diritto*

ISSN 2281-3918/2421-2563



non possono essere compressi per esigenze di bilancio, sottolineando che il mancato godimento del sostegno da parte del minore disabile ha impedito allo stesso di beneficiare del servizio educativo e sociale offerto dalla scuola in condizioni di uguaglianza con gli altri studenti, in violazione dell'articolo 14 della Convenzione in combinato disposto con l'articolo 2 del protocollo n. 1, sancendo la prevalenza del nucleo indefettibile delle garanzie connesse all'inclusione scolastica rispetto ai vincoli finanziari delle amministrazioni pubbliche [48]. Tale orientamento ha trovato immediata eco nella giurisprudenza amministrativa e civile [49].

Quest'ultima ha riconosciuto il carattere discriminatorio della riduzione delle ore di sostegno rispetto a quelle indicate nel Piano Educativo Individualizzato (PEI), affermando che il sostegno scolastico rappresenta uno strumento indispensabile per l'attuazione del principio di uguaglianza sostanziale [50]. La stessa giurisprudenza amministrativa [51] ha, inoltre, sottolineato che il diritto all'inclusione scolastica richiede non soltanto la presenza di insegnanti di sostegno, ma anche la predisposizione di servizi adeguati, quali l'assistenza all'autonomia e alla comunicazione personale, il trasporto scolastico e la presenza di docenti specializzati concretamente parametrati alla tipologia e alla gravità dell'*handicap*. In questa prospettiva, il diritto all'istruzione della persona con disabilità viene progressivamente configurato come diritto pieno ed effettivo alla partecipazione scolastica e sociale [52].

A fronte di tali considerazioni, è necessario verificare come, in attuazione dei precetti costituzionali e delle previsioni giurisprudenziali [53], il legislatore italiano abbia inteso il principio di non discriminazione nel godimento del diritto all'istruzione. Si tratta di analizzare, cioè, le forme di tutela poste in essere nei confronti di soggetti come minori disabili, i quali, più di tutti, possono essere discriminati, direttamente o indirettamente, nell'accesso al servizio scolastico e alle prestazioni sociali. L'Italia, sotto

---

all'inclusione scolastica innanzi alla Corte EDU. Riflessioni a margine della Corte EDU, G.L c. Italia, sez. I, 10 settembre 2020, ric. 59751/15, in *Osservatorio Costituzionale*, 6/2020.

[48] S. TROILO, *I "nuovi" diritti sociali: la parabola dell'integrazione scolastica dei disabili tra principii e realtà*, in E. CAVASINO, G. SCALA, G. VERDE (a cura di), *I diritti sociali dal riconoscimento alla garanzia: il ruolo della* giurisprudenza, Napoli, 2013, pp. 540 ss.

[49] Con riferimento al riparto di giurisdizione nelle controversie aventi ad oggetto l'attribuzione delle ore di sostegno, le Sezioni Unite della Corte di Cassazione hanno recentemente affermato che la mancata assegnazione del numero di ore necessario a garantire un adeguato supporto all'alunno con disabilità integra una forma di discriminazione indiretta, la cui tutela è devoluta alla giurisdizione del giudice ordinario ai sensi della legge n. 67/2006 e del d.lgs. n. 150/2011. In tale prospettiva, la giurisdizione ordinaria sussiste anche quando la controversia investa una fase antecedente all'approvazione definitiva del Piano Educativo Individualizzato (PEI), purché la domanda sia fondata sulla denuncia di una condotta discriminatoria (Cass. civ., Sez. Un., 5 maggio 2026, n. 12704, in *DeJure*).

[50] Cass., Sez. Un., 25 novembre 2014, n. 20511, in *DeJure*. Secondo la Corte «la condotta dell'Amministrazione che non appresti il sostegno pianificato si risolve nella contrazione del diritto del disabile alla pari opportunità nella fruizione del servizio scolastico, la quale, ove non accompagnata dalla corrispondente riduzione dell'offerta formativa per gli alunni normodotati, concretizza discriminazione indiretta, la cui repressione spetta al giudice ordinario».

[51] Cons. Stato, Sez. VI, 11 ottobre 2018, n. 5851, in *DeJure;* v., anche, Cons. Stato, Sez. V, 3 ottobre 2012, n. 5194, in *DeJure*, nella quale ha più volte ribadito che l'amministrazione scolastica non dispone di margini di discrezionalità nel ridurre le ore di sostegno essenziali individuate nel PEI sulla base di mere esigenze di contenimento della spesa.

[52] C. COLAPIETRO, *I diritti delle persone con disabilità nella giurisprudenza della Corte costituzionale: il "nuovo" diritto alla socializzazione*, in *Dirittifondamentali.it*, 2/2020, p. 137 ss.

[53] «La natura fondamentale del diritto, che è tutelato anche a livello internazionale dall'art. 24 della Convenzione delle Nazioni Unite sui diritti delle persone con disabilità, adottata dall'Assemblea generale delle Nazioni Unite il 13 dicembre 2006, ratificata e resa esecutiva con legge 3 marzo 2009, n. 18, impone alla discrezionalità del legislatore un limite invalicabile nel «rispetto di un nucleo indefettibile di garanzie per gli interessati» (sentenza n. 80 del 2010), tra le quali rientra il servizio di trasporto scolastico e di assistenza poiché, per lo studente disabile, esso costituisce una componente essenziale ad assicurare l'effettività del medesimo diritto»: Corte cost., 16 dicembre 2016, n. 275, in *cortecostituzionale.it.*

ISSN 2281-3918/2421-2563



questo aspetto, si è rivelata anticipatrice dei princìpi consacrati poi nella Convenzione delle Nazioni Uniti sui diritti delle persone disabili del 2006.

Grazie alle spinte sociali, ai movimenti di lotta e ai *Disability Studies* [54], il diritto all'istruzione dei disabili, già affermato negli articoli 12 e 13 della legge n. 104/1992, ha trovato progressiva attuazione [55]. Ai sensi dell'art. 12 della legge 104/1992, ai fini dell'inclusione scolastica, è prevista la formulazione del piano educativo individualizzato (PEI) [56], documento dinamico, valutato e aggiornato regolarmente, al fine di verificare i progressi dell'alunno, adeguarsi alle sue esigenze e alle eventuali necessità che possono emergere nel corso dell'anno scolastico. Per tale motivo, rappresenta il fulcro della progettazione didattica per gli alunni disabili [57]. Con il d. lgs. 66/2017 [58] ha assunto una forte valenza giuridico-amministrativa, divenendo obbligatorio e vincolante per la scuola, la quale deve essere in grado di garantire le risorse e gli interventi in esso previsti [59].

A fronte delle prescrizioni normative, occorre, tuttavia, segnalare che la giurisprudenza amministrativa [60], ponendo l'accento sul "limite complessivo delle risorse disponibili" ha affermato che il PEI non è vincolante per l'ente locale, in quanto residua un margine discrezionale di apprezzamento, sussistendo l'obbligo per il Comune di adottare tutte le misure necessarie al fine di assicurare la massima tutela possibile.

La soluzione adottata appare fortemente criticabile, in quanto il "ragionevole accomodamento della spesa pubblica" finisce per limitare o quantomeno riconoscere in modo parziale il godimento pieno,

---

[54] I *Disability Studies* sono un ambito accademico multidisciplinare di ricerca che comprende discipline come la sociologia, la pedagogia, la politica, il diritto, la storia, la filosofia. Si occupano dell'esame critico della disabilità come fenomeno culturale, politico, sociale e identitario. L'approccio proposto dai *Disability Studies* ha inciso sul piano del diritto positivo, prevedendo, tra gli strumenti previsti e finalizzati alla tutela delle persone con disabilità, il progetto di vita, codificato all'art. 14 della legge 8 novembre 2000, n. 328, *Legge quadro per la realizzazione del sistema integrato di interventi e servizi sociali.* L'elemento innovativo risiede nel considerare la disabilità come un fenomeno unitario e nell'utilizzo di un approccio sia partecipativo-emancipativo sia multidisciplinare. Sulla questione v. A. D. MARRA, *Disabilità*, in *Digesto Disc. Priv.,* XVII, 1998, p. 556.

[55] Il minore disabile versa in una condizione di peculiare vulnerabilità, che richiede un trattamento differenziato, affinché la sua persona possa trovare pieno sviluppo e la sua posizione riceva la giusta considerazione, anche con riguardo al suo diritto all'istruzione. Sul tema si rinvia a E. SERRAO, *I diritti del minore con disabilità*, *Giur. merito*, 2012, pp. 757 ss.

[56] Si tratta di strumento pedagogico per personalizzare gli interventi educativi, elaborato con la collaborazione dei docenti curriculari e di sostegno, dei genitori, degli operatori dell'ASL e di tutte le altre figure necessarie per l'assistenza dell'allievo, durante uno specifico incontro del Gruppo di Lavoro per l'Handicap Operativo (GLO). Ruolo centrale è svolto dalla famiglia, i quali partecipano ai lavori del GLO per la stesura del piano, fornendo informazioni e fissando i risultati da raggiungere. I docenti monitorano i risultati per verificare i passi avanti compiuti, anche in tema di inclusione. I membri del (GLO) si riuniscono almeno una volta all'anno (da novembre ad aprile) per rivedere il modello elaborato e per condurre le verifiche intermedie previste. Infine, entro il 30 giugno, si tiene un'ulteriore riunione per discutere della verifica finale per gli alunni e formulare le proposte relative ai loro bisogni e all'assistenza per l'anno successivo.

[57] Così, il d.lgs. 13 aprile 2017, n. 66, come modificato dal successivo d.lgs. 7 agosto 2019, n. 96, e il decreto interministeriale 29 dicembre 2020, n. 182 (come modificato dal successivo decreto interministeriale 1° agosto 2023, n. 153). Secondo l'art. 6, par. 1, del di. 182/2020 s.m.i., il PEI esplicita il raccordo con il Progetto individuale «al fine di realizzare una progettazione inclusiva che recepisca anche azioni esterne al contesto scolastico, coordinate dall'Ente locale, rivolte allo sviluppo della persona e alla sua piena partecipazione alla vita sociale».

[58] Il Decreto ribadisce che il principio di inclusione scolastica si estende a tutti gli alunni portatori di differenti bisogni educativi e si realizza mediante il coinvolgimento e la condivisione del progetto individuale da parte di tutti i soggetti che, a vario titolo, partecipano direttamente o indirettamente al percorso di vita e di formazione dell'alunno.

Viene, inoltre, precisato che l'àmbito applicativo della disciplina riguarda l'intero percorso scolastico, dalla scuola dell'infanzia sino alla scuola secondaria di secondo grado, riaffermando il ruolo centrale del Piano Educativo Individualizzato (PEI) quale strumento fondamentale per l'attuazione concreta ed effettiva dell'inclusione scolastica.

[59] Ciò, comporta che ogni decisione in esso contenuta deve essere coerente con il profilo di funzionamento, tracciabile e motivata.

[60] Cons. Stato, sez. III, 12 agosto 2024, n. 7089, in *DeJure.*

ISSN 2281-3918/2421-2563



effettivo e tempestivo di un diritto fondamentale. Non sarebbe lecito né consono al principio solidaristico che le ragioni finanziarie incidano sui mezzi che l'ordinamento pone al servizio di soggetti doppiamente vulnerabili, quali sono i minori disabili.

La progressiva valorizzazione delle potenzialità della persona con disabilità ha fatto sì che il legislatore intervenisse su più fronti [61], prevedendo, per la prima volta, che i singoli interventi di inclusione siano tra loro coordinati mediante la predisposizione di progetti individuali [62]. È con la legge n. 328/2000 [63] (e art. 2 del d.p.c.m. 14 febbraio 2001 [64]) e con l'art. 14 in particolare, di recente oggetto di riforma da parte del d.lgs. 62/2024 [65], che l'idea innovativa di progettualità integrata si traduce nella predisposizione di un Progetto Individuale di Vita (PIV).

Tale strumento, pur non essendo specificatamente rivolto ai minori, assume una rilevanza specifica per la tutela e la promozione dei soggetti in formazione. Infatti, il progetto di vita, integrato dagli altri strumenti già previsto dall'ordinamento, tra cui il PEI [66], supera una visione frammentaria di interventi e promuove una presa in carico globale e personalizzata del minore.

In base all'impostazione assunta sotto l'egida dell'art. 14, l. 328/2000 [67], il PIV può considerarsi come strumento rivolto a supporto delle persone con disabilità fisica, psichica e/o sensoriale, stabilizzata o progressiva che mira a coordinare fra loro progettualità diverse secondo una logica socio-assistenziale [68].

Il progetto di vita così inteso si pone in linea con il modello bio-psico-sociale, secondo il quale è fondamentale valorizzare l'interazione tra la persona con disabilità e l'ambiente circostante, intervenendo, dunque, non solo sul soggetto, ma anche sui contesti sociali, educativi e relazionali, adattandoli ai bisogni specifici del soggetto, al fine di promuoverne l'autonomia, l'indipendenza e la piena partecipazione alla vita collettiva [69], mediante la predisposizione di un percorso specifico, individualizzato e calibrato sulla persona stessa [70].

---

[61] Scolastico, lavorativo, sociale e familiare.

[62] G. LATTI, *Il progetto personalizzato tra autodeterminazione ed esigenze di protezione*, in *Questione giustizia*, 3/2018, p. 28.

[63] La legge 8 novembre 2000, n. 328 (legge quadro per la realizzazione del sistema integrato di interventi e servizi sociali) promuove l'integrazione fra prestazioni sanitarie e prestazioni sociali al fine di tutelare la salute individuale intesa secondo la concezione accolta dall'Organizzazione Mondiale della Sanità (OMS) come benessere psico-fisico della persona globalmente intesa. Essa ambisce a realizzare quell'opera di coordinamento mirato fra interventi d'integrazione e di inclusione che si rende indispensabile non solo per evitare inefficaci sovrapposizioni (e conflitti), ma anche, e soprattutto, per venire incontro effettivamente ai bisogni della persona nella sua complessità.

[64] D.p.c.m. 14 febbraio 2001, Atto di indirizzo e coordinamento in materia di prestazioni socio-sanitarie.

[65] Il decreto si conforma a quanto stabilito dalla Convenzione delle Nazioni Unite sui diritti delle persone con disabilità.

[66] R. MASONI, *Le rinnovate funzioni tutelari del terzo millennio*, in *Dir. fam. pers*., 2020, p. 337.

[67] Il progetto di cui all'art. 14 l. 328/2000 dava un ruolo preminente al Comune, il quale rivestiva un ruolo peculiare e differenziato rispetto a quello degli altri soggetti coinvolti, essendo il soggetto responsabile dell'avvio e della conclusione al procedimento stesso. L'ente comunale individuava un Responsabile di progetto, adeguatamente formato, che si assuma la responsabilità del percorso di presa in carico e che rappresenti un riferimento unitario, di fiducia e di coordinamento. Inoltre, doveva predisporre le modalità organizzative e operative e, d'intesa con l'Asl, coinvolgere gli altri enti pubblici, quali scuole o centri per l'impiego, secondo il principio di leale collaborazione, ed enti del terzo settore. Cfr. G. ARENA, *L'amministrazione condivisa ed i suoi sviluppi nei rapporti con cittadini ed enti del Terzo settore*, in *Giur. cost.*, 3/2020, pp. 1449 ss.

[68] Si tratta di uno strumento, elaborato dal Comune in cui ricade la residenza della persona con disabilità, a seguito di istanza presentata dal cittadino e d'intesa con le Aziende Unità Sanitarie Locali, al fine di realizzare la piena integrazione delle persone con disabilità.

[69] G. MATUCCI, *Persona, formazione, libertà. L'autorealizzazione della persona con disabilità fra istruzione e* legal capacity, Milano, 2021, pp. 56 ss.

[70] M. BOMBARDELLI, *Il progetto individuale per le persone disabili e il danno da ritardo nella sua adozione, in Giornale di diritto amministrativo*, 1/2024, pp. 114-116.

ISSN 2281-3918/2421-2563



In questa prospettiva, la personalizzazione degli interventi assume una duplice funzione: da un lato, consente un utilizzo più efficiente delle risorse pubbliche, indirizzandole verso bisogni concretamente individuati, dall'altro, garantisce alla persona con disabilità maggiori spazi di libertà, autodeterminazione e scelta [71].

Questa duplice funzione è stata rafforzata con l'approvazione della legge n. 112/2016 [72], il cui scopo generale è quello di perseguire la migliore qualità di vita della persona con disabilità, favorire la partecipazione, assicurandone la libertà di autodeterminazione, la piena inclusione e il godimento, sulla base di uguaglianza con gli altri, dei diritti civili e sociali e delle libertà fondamentali.

La legislazione vigente è così giunta a regolamentare un ampio ed elaborato, culminato nel d. lgs. 62/2024 [73], che conferma la centralità del progetto personalizzato. La riforma è imperniata sull'obiettivo di garantire ai soggetti disabili la possibilità di usufruire di un progetto di vita personalizzato e partecipato [74] secondo i principi di autodeterminazione [75] e di non discriminazione, in coerenza con la Convenzione delle Nazioni Unite sui diritti delle persone con disabilità [76]. Per fare ciò, il legislatore riprende l'impianto normativo delineato dalla legge 328/2000, sostituisce l'art. 14, l. 328/2000, e tratteggia, in modo minuzioso, gli obiettivi e il contenuto essenziale del nuovo progetto di vita, le fasi di presentazione, redazione e attuazione, con riguardo ai soggetti che sono coinvolti nella partecipazione e la «capacitazione» della persona con disabilità cui è rivolto [77], con allegazione di un *budget* [78] di fattibilità, indicazione dei sostegni, degli accomodamenti ragionevoli [79].

Da questo punto di vista, si comprende l'ampia portata del progetto di vita, in quanto si tratta di uno strumento onnicomprensivo che richiede una valutazione multidisciplinare [80] mediante l'integrazione di

---

[71] Cfr. G. Arconzo, G. Ragone, S. Bissaro, *Il diritto delle persone con disabilità al progetto individuale,* in *Rivistaweb*, 1/2020, p. 37, secondo cui «la propensione verso la personalizzazione dei servizi risponde sia ad esigenze di efficienza economica, dal momento che porta ad indirizzare risorse verso bisogni specificamente individuati e realmente percepiti dalla persona, sia alla necessità di garantire una maggiore libertà di scelta e autodeterminazione ai fruitori dei servizi».

[72] Si basa su due assi principali: a) l'erogazione di una serie di misure di assistenza, cura e protezione per le persone con disabilità grave, finanziati attraverso l'istituzione di un apposito Fondo; b) interventi volti a favorire: esborsi liberali da parte di soggetti privati, stipula di polizze assicurative e costituzione di trust e separazione di vincoli patrimoniali.

[73] D. lgs. 3 maggio 2024, n. 62 – Definizione della condizione di disabilità, della valutazione di base, di accomodamento ragionevole, della valutazione multidimensionale per l'elaborazione e attuazione del progetto di vita individuale personalizzato e partecipato. In particolare, gli artt. 18-32 disciplinano la predisposizione del progetto di vita individuale, personalizzato e partecipato.

[74] Ai sensi dell'art. 18, comma 1, del decreto in riferimento «il progetto di vita è diretto a realizzare gli obiettivi della persona con disabilità, per migliorare le condizioni personali e di salute nei diversi ambiti di vita, facilitandone l'inclusione sociale e la partecipazione nei diversi contesti di vita su base di eguaglianza con gli altri».

[75] Si prevede espressamente che il soggetto disabile deve essere reso partecipe, mediante la predisposizione di strumenti che rendono effettiva la sua partecipazione, come l'utilizzo di strumenti informatici o l'ausilio di facilitatori.

[76] La Convenzione delle Nazioni Unite sui diritti delle persone con disabilità è stata approvata dall'Assemblea Generali delle Nazioni Uniti il 13 dicembre 2006 e ratificata dall'Italia con legge 9 marzo 2009, n. 18.

[77] E. Vivaldi, *Il progetto di vita individuale, personalizzato e partecipato: quali prospettive*, in E. Vivaldi (a cura di), *Il progetto di vita della persona con disabilità. Dal PNRR al decreto legislativo n. 62/2024*, Pisa, Pisa University Press, 2025, pp. 47 ss.

[78] È costituito dall'insieme delle risorse – umane, professionali, tecnologiche, strumentali ed economiche, sia pubbliche che private, già presenti o attivabili, anche in seno alla comunità territoriale, alla rete familiare e al sistema dei supporti informali – che devono confluire nel progetto, in quanto necessarie per realizzarlo, considerando la loro disponibilità nelle diverse fasi della progettazione, in riferimento alle dimensioni di vita della persona e al raggiungimento degli obiettivi declinati per ogni singola fase, *ex* art. 28 del decreto.

[79] R. Gelli, *Progetto di vita del minore disabile: il ritardo dell'ente è fonte di responsabilità civile*, in *Fam. dir.*, 10/2024, pp. 907-908.

[80] È elaborato cioè da un gruppo di soggetti atti ad esprimere un giudizio competente, quali l'esercente la responsabilità

ISSN 2281-3918/2421-2563

una molteplicità di risorse, prestazioni, interventi. Al contempo, il progetto di vita presenta un carattere fortemente innovativo, poiché esalta il ruolo attivo della persona disabile, rendendola protagonista delle scelte di vita che lo riguardano [81]. Tale innovatività si manifesta anche nella possibilità di ricomprendere al suo interno una moltitudine di strumenti di sostegno personalizzati e atipici, modellati sulle specifiche esigenze della persona [82].

Il decreto in questione riveste particolare importanza per l'intero mondo della disabilità, sia per le persone disabili sia per coloro che si relazionano con loro. Tuttavia, la dottrina non è unitaria sulla portata innovativa e rivoluzionaria della riforma, proponendo letture non sempre condivisibili. Da un lato, vi è chi sostiene che il decreto sceglie di normare l'autonomia della persona disabile e prova a darne concreta realizzazione, ma senza una portata realmente innovativa, ancorando la condizione di disabilità alla dimensione patologica [83]. D'altro canto, c'è chi ritiene che la riforma in questione rappresenti una vera «rivoluzione copernicana» e avrà un impatto significativo nella vita delle persone con disabilità e i loro familiari [84].

Nonostante la potenzialità di questo strumento di tutela e gli interventi normativi e giurisprudenziali, ancora oggi si deve constatare, purtroppo, la mancata piena attuazione dell'art. 14 della legge 328/2000, soprattutto con riferimento ai minori. Invero, la sezione del PEI dedicata al Progetto individuale di vita rimane, nella prassi, quasi sempre priva di contenuto [85]. Si tratta, in ogni caso, di un fenomeno generalizzato, che interessa tanto i bambini, quanto gli adulti, evidenziando come il pieno riconoscimento del diritto a una progettazione personalizzata e integrata rappresenti ancora oggi una sfida aperta per il sistema di *welfare* e per l'amministrazione pubblica [86].

4. La lesione del diritto all'inclusione e il pregiudizio subito dal minore: il danno esistenziale

Accertata la rilevanza del progetto individuale di vita quale strumento essenziale per la realizzazione dell'inclusione del minore con disabilità, è necessario affrontare il tema della responsabilità in caso di

genitoriale o il tutore o l'amministrazione di sostegno; un operatore dei servizi sociali territoriali; un professionista sanitario del distretto sanitario locale; un rappresentante dell'istituzione scolastica o dei servizi per l'inserimento lavorativo; il medico di medicina generale prescelto dall'interessato; e, eventualmente, il coniuge o parente o un affine, un medico specialista, un rappresentante di ente con specifica competenza nelle costituzione dei progetti di vita.

[81] R. ZAMPERINI, *Il decreto disabilità: una prima valutazione alla luce degli standard internazionali di tutela dei diritti umani*, *cit.*, p. 2085.

[82] Inoltre, viene garantita la continuità assistenziale: in caso di cambiamenti del contesto territoriale, di vita o del luogo di abitazione, è garantita la continuità nell'assistenza e nei livelli di organizzazione e prestazioni non inferiori a quelli precedenti. Dunque, anche in caso di trasferimento di regione, è garantito il diritto al progetto di vita, salvo il caso di riformulazione in base al nuovo assetto territoriale e ai relativi servizi. Cfr. M. P. MONACO e V. FALABELLA, *Prima analisi del decreto legislativo 3 maggio 2024, n. 62 in materia di disabilità: una "rivoluzione copernicana"*, in *Bollettino ADAPT*, 2024.

[83] E. W. DI MAURO, *Il progetto di vita confluisce nella "legge" a tutela delle persone disabili. Prime riflessioni sulle criticità e potenzialità dell'istituto*, in *Dir. fam. pers.* 1/2025, p. 207.

[84] M. P. MONACO e V. FALABELLA, *Prima analisi del decreto legislativo 3 maggio 2024, n. 62 in materia di disabilità: una "rivoluzione copernicana"*, *cit*., 2024.

[85] F. FOGAROLO, *Nuovo PEI. Domande e risposte. La normativa per genitori e insegnanti*, Trento, 2023, pp. 125 ss. In particolare, il Comune deve organizzarsi per coinvolgere anche i soggetti privati che operano sul territorio nei diversi ambiti di intervento (enti del terzo settore, importanti qualora venga previsto che la realizzazione del piano possa avvenire anche con l'assistenza indiretta e l'affidamento dei servizi a enti accreditati).

[86] G. MATUCCI, *Fra scuola e progetto di vita. Principio di personalizzazione e processi inclusivi*, in E. VIVALDI (a cura di), *Il progetto di vita della persona con disabilità. Dal PNRR al decreto legislativo n. 62/2024*, Pisa, Pisa University Press, 2025, p. 67 e ss.

ISSN 2281-3918/2421-2563



omessa predisposizione del PIV, strumento volto a dare attuazione allo sviluppo della persona disabile, alla dignità di cui all'art 1 della Carta dei diritti fondamentali dell'Unione europea, all'autonomia e all'inclusione sociale, con particolare riferimento al pregiudizio subito dal minore disabile e alla configurabilità di un danno risarcibile [87].

L'affermarsi della centralità della persona ha indotto la giurisprudenza interna, già nel secolo scorso, seppur con connotazioni diverse da quelle attuali, a considerare i diritti inviolabili del disabile come situazioni giuridiche rappresentative dei valori preminenti dell'ordinamento multilivello, destinati ad essere tutelati quali diritti soggettivi, anche in presenza di un provvedimento amministrativo [88].

In tale àmbito, assume rilevanza la posizione della Corte costituzionale, la quale, ribadendo la titolarità dei diritti fondamentali in capo ai disabili e orientandosi verso il rafforzamento della loro situazione giuridica, ha riconosciuto al contempo la cognizione del giudice amministrativo sui diritti inviolabili della persona [89], lesi da un comportamento posto in essere dalla pubblica amministrazione [90].

In un'ottica di promozione delle esigenze del minore disabile può leggersi, invero, la soluzione adottata dalla Consulta, la quale, nella materia di indagine, ha prospettato una tutela giurisdizionale "forte" contro provvedimenti che tendono a degradare le posizioni giuridiche soggettive in diritti finanziariamente condizionati, finendo per superare il concetto di "indefettibilità" [91] a favore del concetto di "invalicabilità" [92]. Alla luce dei rilievi della Consulta emerge che anche il giudice amministrativo è vincolato sempre più a concorrere ad assicurare tutela alle situazioni giuridiche fondamentali coinvolte, come la salute, l'istruzione, l'assistenza, valorizzando le indicazioni contenute nella Costituzione [93].

---

[87] La questione ha interessato anche altri Paesi, v. C. A. AGURTO GONZÁLES, El nuevo derecho de daños. Daño a la persona y daño al proyecto de vida, Bogotà, 2019.

[88] Tali diritti vengono definiti anche inaffievolibili, in quanto rappresenterebbero una sorta di eccezione di resistenza alla c.d. teoria della degradazione (teoria accolta dalla giurisprudenza a partire dagli anni '70, sulla base della quale un diritto soggettivo inciso da un provvedimento amministrativo degrada ad interesse legittimo e ricade nella giurisdizione amministrativa). Questa teoria prende le mosse dalla nota pronuncia della Cass. civ., Sez. Un., 6 ottobre 1979, n. 5172, in *DeJure*. V. anche A. ZITO, *L'ambito della giurisdizione del giudice amministrativo*, in F. G. SCOCA (a cura di), *Giustizia amministrativa*, Torino, 2023, pp. 71 ss.

[89] Corte cost., 11 febbraio 1999, n. 26, in *Giur. Cost*., 1999, p. 176.

[90] Corte cost., 27 aprile 2007, n. 140, in *Foro it*., 2008, pp. 435 ss., secondo cui «è riconosciuta al giudice amministrativo la piena tutela anche risarcitoria, per equivalente o in forma specifica, per il danno asseritamente sofferto anche in violazione di diritti fondamentali a causa dell'illegittimo esercizio del potere pubblico da parte della pubblica amministrazione». Cfr. A. BATTAGLIA, *Il giudice amministrativo e la tutela dei diritti fondamentali*, in *Gior. dir. amm*., 2007, p.169.

[91] Secondo Corte cost., 22 febbraio 2010, n. 80, in *cortecostituzionale.it,* «è costituzionalmente illegittimo, per violazione del principio di ragionevolezza, l'art. 2, comma 413, della legge 24 dicembre 2007, n. 244, nella parte in cui fissa un limite massimo al numero dei posti degli insegnanti di sostegno. Preliminarmente occorre segnalare che non tutti i disabili sono uguali, in quanto vi sono forme diverse di disabilità e per ciascuna di esse è necessario individuare gli strumenti di rimozione degli ostacoli che tengano conto della persona in concreto e della tipologia di handicap; che il diritto del disabile all'istruzione, tutelato sia a livello nazionale che internazionale, si configura come diritto fondamentale; che la discrezionalità del legislatore, nell'individuazione delle misure necessarie a tutela dei diritti delle persone disabili, trova un limite invalicabile nel rispetto di un nucleo "indefettibile" di garanzie per gli interessati. Pertanto, non si rinviene alcuna giustificazione nella scelta di limitare il numero delle ore di sostegno». La distinzione emerge anche in una recente sentenza della Corte costituzionale (Corte cost. 19 ottobre 2016, n. 275, in *cortecostituzionale.it*). L'indefettibilità riguarda l'esistenza stessa del diritto (un diritto fondamentale si dice indefettibile in quanto deve essere sempre garantito); mentre l'invalicabilità attiene alla misura della tutela del diritto (individua un livello minimo di tutela che rende il diritto effettivo e che non può essere compromesso neanche da esigenze finanziarie).

[92] Corte cost., 16 dicembre 2016, n. 275, in *DeJure*.

[93] Si può così affermare che una delle più importanti manifestazioni dell'evoluzione del ruolo del giudice amministrativo è rappresentata dal dialogo che, nel corso del tempo, si è istaurato tra quest'ultimo e la Corte costituzionale, al fine di assicurare la piena effettività dei diritti fondamentali.

ISSN 2281-3918/2421-2563



Consegue da ciò che il sostegno scolastico in tutte le sue declinazioni, strumento idoneo a promuovere l'uguaglianza del minore disabile e la sua personalità, impone un vero e proprio obbligo per le amministrazioni scolastiche, sicché eventuali doglianze e/o controversie nella fase di predisposizione del PEI sono attratte alla giurisdizione esclusiva del giudice amministrativo, in quanto attinenti alla materia di pubblici servizi [94].

Piuttosto, predisposto il PEI, non vi sono più margini di discrezionalità da parte dell'amministrazione scolastica, sicché i genitori del minore disabile, nell'esercizio della responsabilità genitoriale, *ex* art. 315-*bis* c.c., o eventualmente il curatore speciale nominato *ex* art. 473-*bis*.8 c.p.c., possono agire di fronte al giudice ordinario [95] per contrastare eventuali comportamenti discriminatori nei confronti del figlio/alunno disabile in situazione di svantaggio rispetto agli altri studenti [96].

Dalle indicazioni giurisprudenziali richiamate emerge un pluralismo giurisdizionale: la giurisdizione amministrativa per le questioni anteriori alla formalizzazione dei PEI (mancata o insufficiente assegnazione delle ore di sostegno) e la giurisdizione ordinaria per controversie attinenti alla fase di attuazione del documento programmatico redatto, qualora venisse in rilievo un'ipotesi discriminatoria o lesiva delle esigenze fondamentali del minore [97].

A prescindere dal momento in cui si realizza la lesione del diritto occorre segnalare che la persona disabile, soggetto vulnerabile, subisce un pregiudizio a causa di un'attuazione inadeguata del diritto all'istruzione e all'educazione.

La dottrina e la giurisprudenza civilistica, per far fronte alle sempre più crescenti domande di tutela, si sono attestate sul rimedio risarcitorio [98] progressivamente adottato anche dal giudice amministrativo nel caso di responsabilità della pubblica amministrazione nel settore di indagine, pur residuando differenze in ordine ai danni risarcibili.

Per lungo tempo, la giurisprudenza amministrativa [99] ha negato il risarcimento del danno non

---

[94] Art. 133, comma 1, lett. *c*, c.p.a.

[95] Secondo Cass. Civ., Sez. Un., 5 maggio 2026, n. 12704, in *OneLegale,* «anche prima dell'approvazione del PEI, va affermata la giurisdizione del giudice ordinario ai sensi del combinato disposto dell'art 3 della l. 67/2006 e dell'art. 28 del d. lgs. 150/2011, ove con il ricorso si denunci che le determinazioni dell'autorità scolastica in ordine all'assegnazione delle ore di sostegno per lo studente disabile siano idonee a porre in essere in danno di questi una discriminazione indiretta».

[96] Cass. Civ. Sez. Un., 25 novembre 2014, n. 25011, in *DeJure*. In senso contrario si muove il giudice amministrativo. T.A.R. Sicilia, Palermo, 2 dicembre 2014, in *Giustizia amministrativa*, con commento di A. PLAIA, *Il TAR Sicilia e il TAR Toscana smentiscono il «*revirement*» delle Sezioni Unite e ribadiscono la giurisdizione amministrativa in tema di diritto al sostegno scolastico del disabile*, in *Dir. civ. cont*., 17 dicembre 2014.

[97] Questo profilo è stato oggetto di attenzione sia dal giudice amministrativo che da quello ordinario. Il Cons. Stato, sez. VI, 3 maggio 2017, n. 2023, in *DeJure*, ammette la giurisdizione del giudice ordinario a condizione che vi sia nella domanda la deduzione "esplicita" di un comportamento discriminatorio; secondo la Cass. Civ., Sez. Un., 8 ottobre 2019, n. 25101, in *DeJure*, «la tutela avverso comportamenti discriminatori appartiene al giudice ordinario, anche quando il ricorrente non qualifichi espressamente la domanda come azione antidiscriminatoria, in quanto la mancata erogazione del sostegno costituisce una violazione del diritto fondamentale all'istruzione e all'inclusione dell'alunno disabile e integra una discriminazione indiretta ai sensi della L. n. 67/2006».

La dottrina civilistica, conformemente a quanto sostenuto dalle Sez. Un. n. 25011/2014, ritiene che tale criterio di riparto di giurisdizione rispetti e garantisca il diritto all'educazione e all'istruzione, in quanto, dopo la definitiva redazione del PEI, l'alunno disabile vanta nei confronti della pubblica amministrazione un diritto al sostegno, mentre, prima di questo momento, la sua situazione giuridica corrisponderebbe a un mero interesse legittimo, trovando, invece, spazio l'esercizio del potere discrezionale della pubblica amministrazione. Sul punto, cfr. S. CORSO, *Sui limiti del rimedio risarcitorio. Diritto all'educazione e all'istruzione del minore con disabilità e sua tutela*, in Actualidad Jurídica Iberoamericana*,* 23/2025, p. 619.

[98] L. VALLE, C. VITAGLIANO, *Il diritto all'inclusione e il diritto alla non discriminazione in ambito scolastico, il loro riconoscimento e le responsabilità in caso di mancata o incompleta attuazione*, in Familia, 13 novembre 2024.

[99] Osserva T.A.R. Calabria, Catanzaro, 28 gennaio 2022, n. 106, in *OneLegale,* che «in assenza di un progetto individuale

ISSN 2281-3918/2421-2563



patrimoniale, optando invece per il riconoscimento di un danno patrimoniale, determinato in via equitativa limitatamente agli esborsi sostenuti dalla famiglia del disabile per le prestazioni specialistiche che, in presenza del progetto individuale tempestivamente adottato, sarebbero stati posti in parte a carico delle strutture pubbliche. La soluzione adottata che pone l'accento soltanto sulle conseguenze economiche non appare condivisibile, in quanto riflette una concezione meramente patrimonialistica di danno, trascurando di porre la dovuta e necessaria attenzione ai princìpi costituzionali a tutela della dignità [100] siccome declinati dalla giurisprudenza nazionale e sovranazionale [101].

Nel secolo attuale, il pieno riconoscimento del valore fondamentale del quotidiano vivere ed agire [102]della persona e le sollecitazioni provenienti dalla Corte costituzionale [103] e dalla Corte di Cassazione [104] hanno indotto la giurisprudenza amministrativa a pronunciarsi a favore del riconoscimento del danno non patrimoniale – pur se nell'accezione di danno esistenziale – tutte le volte in cui vi è una lesione dei diritti fondamentali costituzionalmente garantiti [105] che incide sulla posizione soggettiva di cui è titolare la persona con disabilità.

La soluzione adottata dal giudice amministrativo tiene conto dell'interpretazione costituzionalmente orientata dell'art. 2059 c.c., quale declinata all'inizio del secolo attuale, in virtù della quale la persona nei cui confronti venga leso un diritto inviolabile avrà diritto al risarcimento del danno di tipo esistenziale [106].

Alla luce di tale orientamento, il mutato assetto giurisprudenziale, basato sul principio di solidarietà e di inclusione sociale, è giunto all'affermazione che la mancata predisposizione del progetto di vita [107], di cui all'articolo 14 della legge n. 328/2000, non possa essere giustificata da carenze di organico o da esigenze finanziarie e il pregiudizio subito dal minore disabile e dai suoi genitori è anche di natura non patrimoniale, ascrivibile, secondo il giudice amministrativo, alla discussa categoria del c.d. danno esistenziale [108].

---

non è infatti possibile apprezzare in alcun modo se esso, qualora tempestivamente predisposto, sarebbe stato idoneo (e in che misura) ad evitare l'emergere e il perdurare delle criticità dedotte dai ricorrenti in ordine alla situazione nella quale versa il minore e, dunque, riconoscere e risarcire il danno non patrimoniale».

[100] La dignità è un valore supremo e universale, proprio di ciascun individuo, che prescinde dalle sue caratteristiche personali o capacità. Rappresenta il fulcro dei diritti di ogni persona. Pertanto, la dignità non può prescindere dalla inviolabilità dei diritti e il nesso tra questi deve essere rinvenuto nel principio personalista. Sul tema confronta P. PERLINGIERI, *La personalità umana nell'ordinamento giuridico*, Napoli, 1972, *passim*. Nei confronti dei soggetti vulnerabili, la dignità rappresenta «un limite di significato assoluto e intangibile... che non tollera compromissioni o alterazioni»: P. GROSSI, *La dignità nella Costituzione italiana*, in *Dir. soc*., 2008, p. 31. Con specifico riferimento alla questione della dignità dei soggetti disabili v. C. LEVORATO*, Aspetti giuridici della dignità umana nell'orizzonte della disabilità*, in *ConsultaOnline*, 3/2019.

[101] Corte cost., 11 luglio 2000, n. 293, in *cortecostituzionale.it*; Trib. Catanzaro, 15 gennaio 2013, con nota di N. BRUZZI, *La discriminazione fondata sulla disabilità: la dignità come lente trifocale*, in *Resp. civ. prev*., 3/2013, p. 931.

[102] A. LIBERATI, *Danno esistenziale e Pubblica Amministrazione*, Torino, 2005, p. 2.

[103] Corte cost., 14 luglio 1986, n. 184, in *cortecostituzionale.it,* con nota di U. CARNEVALI*, Relaz. al conv. su* "il *danno alla persona nella giurisprudenza della Corte cost*, in *La responsabilità civile,* 1987.

[104] Cass. Civ. 31 maggio 2000, n. 7713, in *DeJure*. Determinate è stata la pronuncia delle Sez. Un. sulla risarcibilità degli interessi legittimi, v. Cass. Civ., Sez. Un., 26 marzo-22 luglio 1999, n. 500, con nota di A. DI MAJO, *Risarcibili per Cassazione gli interessi legittimi*, in *Il Corriere Giuridico*, 11/1999. Cass. Civ., 31 maggio 2003 nn. 8827-8828, in *DeJure.*

[105] Il riferimento è al diritto all'istruzione e all'integrazione sociale.

[106] Corte cost., 11 luglio 2003, n. 233, con nota di P. ZIVIZ, *Il nuovo volto dell'art. 2059 c.c*., in *Resp. civ. prev*., 4-5/2003.

[107] Una parte della giurisprudenza civilistica (Trib. Civile Siracusa, 27 luglio 2012, n. 1372 richiamata da G. LATTI, *Il Progetto personalizzato tra autodeterminazione ed esigenze di protezione*, *cit*.) ritiene che l'omessa predisposizione integri una forma di discriminazione indiretta, *ex* art. 2, comma 3, legge n. 67/2006, tutelabile dinnanzi al giudice ordinario. Inoltre, secondo G. LATTI, *op. ult. cit*., p. 29, alla persona disabile nei cui confronti viene predisposto un PIV viene riconosciuta la titolarità di un diritto soggettivo.

[108] La categoria del danno esistenziale, affermatasi nella prassi a partire dalla fine degli anni '90, trova le proprie origini

ISSN 2281-3918/2421-2563



Pur se è vero che il danno esistenziale come categoria autonoma di pregiudizio appare superato, essendosi giunti alla determinazione unitaria del danno alla persona [109], è del pari interessante segnalare il riconoscimento di tale tipologia di danno da parte del giudice amministrativo, che evidenzia l'affermazione di un "diritto vivente" sempre più in sintonia con istanze di tutela dei diritti fondamentali della persona emergenti dalla comunità civile.

In questa direzione, una pietra miliare in materia è una pronuncia dell'organo amministrativo [110] che, superando numerosi precedenti giurisprudenziali [111], ha riconosciuto il danno esistenziale in capo al

---

nella evoluzione della tematica del danno non patrimoniale. È noto che, per lungo tempo, vi è stato un acceso dibattito in merito al suo fondamento, rinvenibile nell'art. 2043 c.c. piuttosto che nell'art. 2059 c.c., tenuto conto della lettura ad opera della Consulta che ricollegava il danno non patrimoniale alle fattispecie di reato di cui all'art. 185 c.p. (Corte cost. 14 luglio 1986, n. 184 e 27 ottobre 1994, n. 372, in *cortecostituzionale.it*).

Il mutamento di prospettiva si ha ad opera della Corte di Cassazione a partite dal 2003 (Cass. civ., 31 maggio 2003 nn. 8827 e 8828), la quale ha ricompreso nel campo di applicazione dell'art. 2059 c.c., tutte le ipotesi in cui l'evento di danno consegua alla lezione di diritti costituzionalmente garantiti. Per un commento alle sentenze v., *ex multis*, P. CENDON, *Anche se gli amanti si perdono l'amore non si perderà. Impressioni di lettura su Cass., 8828/2003*, in *Resp. civ. prev*., 2003, p. 675; M. FRANZONI, *Il danno non patrimoniale, il danno morale: una svolta per il danno alla persona,* in *Corr. giur*., 2003, p. 1017; E. NAVARRETTA, *Danni non patrimoniali: il dogma infranto e il nuovo diritto vivente,* in *Foro it*., 2003, p. 2272; M. P. SUPPA, *La svolta della Cassazione in tema di danno non patrimoniale: la nuova valenza dell'art. 2059 cod. civ.,* in *Giur. it*., 2004, p. 29; A. SCARPELLO, *Danno esistenziale e sistema del danno alla persona: la Cassazione, la Consulta e l'art. 2059 cod. civ.*, in *Nuova giur. civ. commentata*, 2004, p. 233.

[109] La soluzione adottata dalla Corte di Cassazione che ha aperto la via ad una frammentazione del danno alla persona e alla moltiplicazione dei danni risarcibili, ha dato vita ad un contrasto giurisprudenziale, composto dalle Sez. Un. della Suprema Corte (Cass. Sez Un., 12 novembre 2008 nn. 26972, 26973, 26974 e 26975, in *DeJure*, note come "sentenze San Martino"). I giudici di legittimità hanno operato un'importante opera di sistemazione del danno non patrimoniale, sancendo che si tratta di categoria unitaria, di natura composita – danno morale, danno biologico e danno esistenziale – con funzione meramente descrittiva. Inoltre, si è riconosciuta la risarcibilità ai soli casi in cui l'illecito abbia leso diritti inviolabili della persona costituzionalmente garantiti, escludendo così i c.d. danni bagatellari (pregiudizi patrimoniali atipici derivanti dalla violazione di diritti che non presentano carattere fondamentale). Sulle osservazioni da parte della dottrina si rinvia, tra i tanti, M. ROSSETTI, Post nubilia phoebus*, ovvero gli effetti concreti della sentenza delle sezioni unite n. 26972 del 2008 in tema di danno non patrimoniale*, in *Giust. civ.*, 1/2009, p. 913; P. G. MONTANERI, *Il pregiudizio esistenziale come voce del danno non patrimoniale*, in *Resp. civ. prev*., 1/2009, p. 38; E. NAVARETTA, *Il valore della persona nei diritti involabili e la complessità dei danni non patrimoniali*, in *Resp. civ. prev*., 1/2009, p. 63; D. POLETTI, *La dualità del sistema risarcitorio e l'unicità della categoria dei danni non patrimoniali,* in *Resp. civ. prev*., 1/2009, p. 76; P. ZIVIZ, *Il danno non patrimoniale: istruzione per l'uso,* in *Resp. civ. prev*., 1/2009, p. 94; A. PROCIDA MIRABELLI DI LAURO, *Il danno non patrimoniale secondo le Sezioni unite. Un "*de profundis*" per il danno esistenziale?,* in *Danno resp*., 2009, pp. 19 ss.; A. PALMIERI, *La rifondazione del danno non patrimoniale, all'insegna della tipicità dell'interesse leso (con qualche attenuazione) e dell'unitarietà*, in *Foro it*., 1/2009, pp. 120 ss.

[110] T.A.R. Calabria, Reggio Calabria, 5 ottobre 2023, n. 748, in *Giorn. dir. amm*., 2024, p. 113, con nota di M. BOMBARDELLI, *Il progetto individuale per le persone disabili e il danno da ritardo nella sua adozione*. Il Tribunale ha condannato il Comune di Reggio Calabria a risarcire i danni non patrimoniali subiti dai genitori e dalla propria figlia disabile, per effetto della mancata predisposizione da parte dell'amministrazione comunale del cd. "progetto individuale di assistenza" previsto dall'art. 14 della L. n. 328/2000 in favore della minore con *deficit* dell'attenzione e ritardo nello sviluppo psicomotorio. Il giudice amministrativo afferma la responsabilità civile dell'ente comunale per il ritardo nell'adozione del progetto di vita del minore disabile. Cfr. R. GELLI, *Progetto di vita del minore disabile: il ritardo dell'ente è fonte di responsabilità civile*, *cit*., pp. 904-905, secondo cui «poiché dal silenzio non discende alcuna conseguenza in termini di assenso o rigetto dell'istanza, l'inerzia dell'amministrazione costituisce, dunque, un fatto illecito, fonte di responsabilità civile. La giurisprudenza (Cons. St., Ad. Plen. 23 aprile 2021, n. 7, in *OneLegale*) ritiene che tale responsabilità abbia natura extracontrattuale. Si argomenta, infatti, che il legame tra pubblica amministrazione e privato cittadino non possa configurare un vincolo negoziale, posto che l'ente che agisce nell'espletamento delle sue funzioni esercita un potere autoritativo, attribuito da una disposizione normativa, nell'ambito di una relazione connotata da un'asimmetria che mal si concilia con la teoria del c.d. contatto sociale».

[111] T.A.R. Sicilia, Palermo, 27 luglio 2011, n. 2344, in *OneLegale*, ha rigettato la richiesta di condanna del Comune di Palermo al risarcimento del danno, per ritardata adozione del piano, in mancanza di prova del concreto peggioramento dello stato di salute e della qualità di vita del minore disabile; cfr., inoltre, T.A.R Sicilia, Palermo, 15 novembre 2023, n. 3361, in

ISSN 2281-3918/2421-2563



soggetto minore disabile, tenuto conto dei plurimi pregiudizi e della plurioffensività del danno [112] che possono determinarsi da un comportamento della pubblica amministrazione che non dà concreta attuazione alla predisposizione del progetto di vita [113].

Nel caso di specie, l'omessa redazione del progetto di vita, incidendo specificamente sulla condizione dinamico-relazionale [114] lede concretamente le possibilità della minore di studiare, partecipare alla vita sociale, relazionarsi con altri suoi coetanei e ricevere adeguata assistenza, sicché appare significativo il riconoscimento di una tutela risarcitoria, pur apparendo, come anticipato, non accettabile la scelta di continuare ad utilizzare la categoria del danno esistenziale [115] in luogo del danno non patrimoniale.

La pronuncia ha così offerto un importante precedente per il risarcimento dei danni in molteplici ricorsi analoghi successivi riguardanti, oltre l'omessa redazione del progetto individuale e la violazione dei diritti fondamentali dei minori disabili, anche la mancata assistenza ai disabili o i ritardi nei servizi socio-sanitari [116]. Tuttavia, il rimedio risarcitorio, intervenendo solo *ex post*, dopo il verificarsi

---

OneLegale, T.A.R. Sicilia, Palermo, 30 marzo 2022, n. 1100, in *OneLegale*, T.A.R. Sicilia, Palermo 14 marzo 2022, n. 849, in *OneLegale*, che hanno rigettato la richiesta di condanna del Ministero dell'Istruzione al risarcimento del danno, per ritardata attivazione del sostegno scolastico, in presenza di un danno esistenziale allegato, ma asseritamente non dimostrato.

[112] Il Tribunale amministrativo dà rilievo al ruolo che riveste la famiglia nel sistema di supporto della persona disabile, conformandosi a quanto previsto dal Comitato ONU sui diritti delle persone con disabilità, che sancisce il dovere dello Stato di proteggere la famiglia, quale «nucleo naturale e fondamentale della società», nonché di prevedere in favore dei familiari quelle misure di protezione e di assistenza che possano consentire loro di garantire «il pieno ed eguale godimento dei diritti delle persone con disabilità». In tale prospettiva, il giudice ha riconosciuto che anche i genitori hanno subito un aggravamento delle condizioni di vita familiare, una compromissione delle possibilità di espressione della loro personalità nel mondo esterno, quale conseguenza delle gravose condizioni assistenziali determinate dall'assenza del progetto individuale. Sul tema cfr. B. MORETTI, *La tutela del minore disabile tra esigenze di effettività ed esigenze processuali*, *cit.*, 2/2024, p. 628. V. anche Cass. civ., 17 gennaio 2024, n. 1788, in *Dir. giust*., 2024, p. 13, con nota di I. LEVERONE, *Il diritto del* caregiver *familiare ad una tutela piena contro le discriminazioni.*

[113] È interessante segnalare che la sentenza in commento offre un'approfondita ricostruzione della natura giuridica del progetto individuale di vita e del rapporto che si instaura tra l'amministrazione procedente e la persona con disabilità nell'ambito del relativo procedimento. La pronuncia, infatti, si sofferma sulle modalità attraverso cui viene accertata la spettanza del bene della vita richiesto, evidenziando la centralità della partecipazione dell'interessato e la funzione del progetto individuale quale strumento volto a garantire la piena realizzazione dei diritti fondamentali della persona con disabilità. Sul tema cfr. M. BOMBARDELLI, *Il progetto individuale per le persone disabili e il danno da ritardo nella sua adozione*, *cit*., p. 119.

[114] Nella vicenda esaminata dal Tribunale amministrativo la circostanza che non fosse possibile ravvisare alcun "peggioramento" della condizione della minore, potrebbe risultare meno percepibile. Non si determina il passaggio da una situazione di pienezza delle condizioni psico-fisiche a una limitazione delle stesse, ma il peggioramento «incide su esistenze, le cui abitudini ed i cui assetti si presentano già gravemente compromessi e portatrici di condizioni di forte sofferenza». Tuttavia, ciò non ha impedito il risarcimento del danno esistenziale. Infatti, il progetto di vita costituisce uno strumento essenziale per l'inserimento sociale, scolastico e professionale della minore, e la negligenza dell'Amministrazione comunale interrompe il processo di promozione dei bisogni di cura cui lo stesso è finalizzato. Cfr. B. MORETTI, *La tutela del minore disabile tra esigenze di effettività ed incertezze processuali*, in *Resp. civ. prev*., 2/2024, p. 634.

[115] La soluzione del giudice amministrativo si pone in linea con la ricostruzione proposta dalla Cassazione civile prima delle sentenze San Martino, nella quale si ribadiva che «ogni pregiudizio (di natura non meramente emotiva e interiore, ma oggettivamente accertabile) provocato sul fare areddituale del soggetto, che alteri le sue abitudini e gli assetti relazionali propri, inducendolo a scelte di vita diverse quanto all'espressione e realizzazione della sua personalità nel mondo esterno» distinto dal danno psicofisico, pone in rilievo il peggioramento della qualità della vita del soggetto e riguarda la compromissione delle sue condizioni di esistenza, con conseguente pregiudizio della sua personalità. Cfr. Cass. civ., Sez. Un., 24 marzo 2006, n. 6572, in *Giur. It*., 9, 2006, p. 1359, con nota di R. BORDON, in cui la Corte afferma le differenze tra le sottocategorie di danno non patrimoniale; T.A.R. Sicilia, Palermo, Sez. I, 13 ottobre 2011, n. 1842, in *OneLegale*; T.A.R. Calabria, Reggio Calabria, 14 gennaio 2013, n. 16, in *OneLegale*.

[116] Cons. St., 1 luglio 2025, n. 1321, in *Giustizia amministrativa.* Si segnala, inoltre, una decisione del Tribunale amministrativo di Palermo (T.A.R. Sicilia Palermo, Sez. III, Sentenza, 30/04/2025, n. 919, in *OneLegale)* con la quale è stato

ISSN 2281-3918/2421-2563



dell'evento dannoso, non garantisce pienamente e compiutamente il diritto all'educazione, all'istruzione e all'inclusione sociale del minore disabile, «ma anche non è in grado di impedire che non sia attuato o che lo sia in modo inadeguato» [117]. Sebbene al ristoro possa riconoscersi anche una funzione di carattere deterrente, esso non appare idoneo a realizzare in modo compiuto le finalità proprie della precauzione e della prevenzione effettiva; al contempo, esso rimane estraneo al soddisfacimento, in senso stretto, degli interessi sostanziali sottesi al diritto leso [118].

In una prospettiva *de iure condendo*, alla luce anche dei recenti interventi legislativi, appare necessario orientare l'agire delle pubbliche amministrazioni verso l'adozione di misure volte a dare concreta attuazione ai diritti fondamentali dei soggetti disabili, specie se minori, preservando anzitutto il nucleo essenziale indefettibile, nonché l'invalicabilità degli stessi anche da esigenze finanziarie.

5. Conclusioni

L'inclusione scolastica dei minori disabili non è solo un concetto astratto o un dovere imposto dall'ordinamento della Repubblica. La tutela dei soggetti disabili diventa «valore apicale» [119] del sistema giuridico prendendo in considerazione la tutela della persona non solo in relazione ai suoi bisogni patrimoniali ed economici, ma anche e soprattutto in funzione dei suoi aspetti esistenziali [120]. La persona diventa, dunque, centro di imputazione di una molteplicità di interessi [121], tra i quali spicca il pieno e libero sviluppo della persona a prescindere dalle proprie condizioni personali [122].

Per tale ragione, il diritto deve apprestare la «regola giuridica più appropriata» [123] per raggiungere l'effetto «più conveniente e adatto» [124] a garantire una tutela piena ed effettiva alle persone con disabilità, specie se minori, le cui condizioni necessitano di risposte giuridiche differenti rispetto agli altri soggetti [125]. Solo in tal modo verrà garantita loro maggior *chance* per sentirsi parte integrante della

---

riconosciuto il danno esistenziale anche per violazione dei termini di conclusione del procedimento di cui all'art. 14 della legge 328/2000. La decisione è parimenti rilevante in quanto stabilisce che il danno può essere riconosciuto in via equitativa e provato per presunzioni semplici «sulla base del depauperamento della qualità della vita che l'inerzia della Pubblica Amministrazione ha provocato». In senso contrario, si è espresso di recente il T.A.R. Calabria, Reggio Calabria, 3 aprile 2026 n. 248, in *OneLegale*, precisando che «la domanda di risarcimento del danno non patrimoniale per mancata attuazione o mancata rimodulazione del progetto di vita *ex* art. 14, l. 328/2000, non può essere accolta in difetto di specifica e puntuale allegazione dei concreti pregiudizi subiti in termini di compromissione della sfera psichica, fisica o relazionale della persona interessata; la liquidazione equitativa *ex* artt. 1226 e 2056 c.c. riguarda il *quantum* e non esonera la parte dall'onere di allegare e provare, anche solo in via indiziaria, l'*an debeatur*».

[117] L. Valle, C. Vitagliano, *Il diritto all'inclusione e il diritto alla non discriminazione in ambito scolastico, il loro riconoscimento e le responsabilità in caso di mancata o incompleta attuazione*, *cit*., 13 novembre 2024.

[118] P. Perlingieri, *Il diritto civile nella legalità costituzionale secondo il sistema italo-europeo delle fonti*, Vol. IV, *Attività e responsabilità*, 4ª ed., Napoli, 2020, pp. 318 ss.

[119] V. Scalisi, *Ermeneutica dei diritti fondamentali e principio "personalista" in Italia e nell'Unione europea*, *in Riv. dir. civ*., 2010, p. 151.

[120] C. Mignone, *Meritevolezza dell'iniziativa, monetizzazione del benessere e nuovi modelli di* welfare *sussidiario*, in *Rass. dir. civ*., 2017, p. 139.

[121] A. Bonanni Caione, *Dal "calzolaio" al "danno esistenziale" percorso verso una teoria generale del danno alla persona*, in *Rass. dir. civ*., 2005, p. 47.

[122] E. W. Di Mauro, *Il progetto di vita confluisce nella "legge" a tutela delle persone disabili. Prime riflessioni sulle criticità e potenzialità dell'istituto*, *cit*., p. 207.

[123] V. Scalisi, *L'ermeneutica della dignità*, Milano, 2018, p. 58.

[124] A. Falzea, *Efficacia giuridica*, in *Enc. dir*., XIV, Milano, 1965, p. 456.

[125] G. Vettori, *Verità e dignità nel pensiero di Vincenzo Scalisi*, in *Juscivile*, 3/2023, p. 581.

ISSN 2281-3918/2421-2563



comunità sociale, realizzando così il principio di eguaglianza sostanziale sancito all'art. 3, comma 2, della nostra Costituzione.

Tutto ciò, in àmbito scolastico, trova attuazione mediante la concreta predisposizione di un piano educativo individualizzato e, conseguentemente, di un più ampio progetto individuale di vita predisposto sulla base delle esigenze del minore disabile.

In linea con i princìpi costituzionali e i mezzi predisposti dal legislatore, la giurisprudenza civile e amministrativa, intervenuta più volte nel corso degli anni in materia, ha riconosciuto la responsabilità della pubblica amministrazione e il pregiudizio subito dal minore disabile per la mancata predisposizione del progetto di vita o per l'illegittima riduzione delle ore, risarcendo il danno non patrimoniale – impropriamente – di tipo esistenziale.

Trattasi di una importante evoluzione sul piano della tutela dei minori con disabilità che, a causa della patologia dalla quale sono affetti, hanno bisogno di un sostegno per rimuovere tutti gli ostacoli che minano l'autonomia e la piena realizzazione dei loro diritti civili, politici e patrimoniali, in tutti gli àmbiti della vita sociale, e perseguendo, ove possibile, il pieno recupero della persona, mediante la predisposizione di ausilio, servizi e prestazioni, anche di natura giuridico-economica, volti a contrastare e debellare l'emarginazione.

Tuttavia, se è vero che, ad oggi, l'azione giudiziaria rappresenti la strada più celere per la salvaguardia del diritto all'istruzione e all'inclusione, la tutela risarcitoria apprestata a fronte di un danno di tipo esistenziale non appare essere la soluzione adeguata ai problemi che l'attualità pone. Pertanto, si auspica che la riforma di cui al d.lgs. 62/2024, ancora in fase di sperimentazione [126], possa rispondere in concreto ai bisogni delle persone disabili. Nonostante si dovrà attendere qualche anno per verificare la sua portata innovativa, il citato decreto legislativo risulta essere una riforma rivoluzionaria in materia di disabilità, in quanto, per la prima volta, il legislatore pone al centro delle sue scelte la persona in quanto tale, le sue aspirazioni, i suoi bisogni e le sue necessità. Il disabile, oltre che essere tutelato, viene valorizzato anche attraverso un "semplice" mutamento lessicale: si supera la definizione di "handicappato" in favore di quella di "persona con disabilità" [127].

La direttrice evolutiva da perseguire è quella orientata alla piena attuazione del principio di autodeterminazione della persona con disabilità, in linea con l'impostazione recepita dal d.lgs. n. 62/2024. Tale approccio impone di valorizzarne le capacità, le aspirazioni e le potenzialità individuali, favorendo

---

[126] Sul punto, F. GASPARI, *Il riordino della normativa in materia di disabilità e il progetto di vita individuale, personale e partecipato*, in *federalismi.it*, 5/2025, pp. 106-107, secondo cui «si tratta di una fase che prevede un'applicazione provvisoria e a campione, secondo un principio di differenziazione geografica (Nord, Centro e Sud)», *ex* art. 33, commi 1 e 2, d. lgs. 62/2024, «e territoriale (regionale, provinciale e comunale)», *ex* art. 9 comma 1, d.l. n. 71/2024. «Le modalità per la procedura di sperimentazione sono invece rimesse alla fonte regolamentare (da adottare nella forma del decreto ministeriale o interministeriale, *ex* art. 17, comma 3, legge 23 agosto 1988, n. 400)», *ex* art. 33, commi 3 e 4, d. lgs. 62/2024. «Ad oggi, risulta essere stato emanato da parte della Presidenza del Consiglio dei Ministri e del Dipartimento per le politiche in favore delle persone con disabilità, solo il Decreto 12 novembre 2024, n. 197 – *Regolamento recante la disciplina per la procedura di sperimentazione della valutazione multidimensionale e del progetto di vita individuale personalizzato e partecipato, le relative modalità, le risorse da assegnare e il monitoraggio* – mentre, nelle more dell'adozione del regolamento relativo alla valutazione di base, l'INPS ha adottato il Messaggio n. 4465 del 27 dicembre 2024 – *Decreto legislativo 3 maggio 2024, n. 62. Avvio della sperimentazione a decorrere dal 1° gennaio 2025 nelle Province di Brescia, Catanzaro, Firenze, Forlì-Cesena, Frosinone, Perugia, Salerno, Sassari e Trieste. Prime istruzioni operative* – con il quale l'Istituto illustra le principali novità che riguardano l'*iter* amministrativo per il riconoscimento della condizione di disabilità».

[127] Tale evoluzione, come più volte ribadito, non è meramente lessicale, ma riflette un cambiamento culturale e giuridico.

ISSN 2281-3918/2421-2563



altresì la costruzione di relazioni significative e di sostegno con altri soggetti all'interno del contesto sociale di riferimento. In questa prospettiva, la condizione di interdipendenza non deve essere interpretata come un fattore limitativo dell'autonomia personale, bensì quale elemento costitutivo di percorsi di reciproco arricchimento e inclusione. Solo attraverso il riconoscimento della dignità, del valore e delle risorse della persona in situazione di fragilità è possibile promuoverne un'autonomia effettiva, intesa non come indipendenza assoluta, ma come concreta capacità di autodeterminarsi nell'ambito delle relazioni sociali e dei sostegni necessari.

ISSN 2281-3918/2421-2563